TESIS
UHU
1998
5

Universidad de Huelva 2009

Universidad de Huelva 2009

Universidad de Huelva 2009

Universidad de Huelva 2009

TESIS
UHU
1998
5

El co-director

Fdo: Dr. Alberto Díaz Moreno

El co-director

Fdo: Dr. Guillermo J. Jiménez Sánchez

LA APORTACIÓN DE EMPRESA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Departamento de Derecho Mercantil, Derecho Eclesiástico del Estado y Derecho Romano de la Universidad de Huelva.

La doctoranda

Fdo: Sonia Rodríguez Sánchez

Tesis doctoral que presenta la licenciada Sonia Rodríguez Sánchez, bajo la dirección de los profesores doctores D. Guillermo J. Jiménez Sánchez (Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla) y D. Alberto Díaz Moreno (Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Huelva), para la obtención del grado de doctor.

Huelva, 1998.

Universidad de Huelva 2009

Universidad de Huelva 2009

Universidad de Huelva 2009

Universidad de Huelva 2009

SUMARIO

ABREVIATURAS

PRESENTACIÓN

1ª PARTE:

CAPÍTULO PRIMERO: LA APORTACIÓN SOCIAL EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

I. CONCEPTO DE APORTACIÓN SOCIAL.

1°. Planteamiento general.

2°. Concepto y límites de la aportación social.

2°.a. "Aportaciones" que no integran el capital social.

2°.b. Aportación en sentido estricto.

3°. Naturaleza jurídica de la aportación social.

4°. Contenido obligacional de la aportación.

5°. Características de la aportación a la sociedad anónima.

II. POSIBLES CONTENIDOS DE LAS APORTACIONES SOCIALES EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS.

1°. Aportaciones dinerarias y no dinerarias.

2°. Las aportaciones sociales y las funciones del capital en las sociedades anónimas. Bienes susceptibles de ser aportados.

3°. Criterios para determinar la "aportabilidad" de los bienes.

3°.a. Valoración objetiva de los bienes o derechos.

3°.b. "Recuperabilidad" del valor de los bienes o derechos.

3°.c. Inscripción en el balance de la sociedad.

3°.d. Consideraciones finales.

4°. La prohibición de aportar el trabajo o los servicios.

4°.a. Los créditos derivados de la prestación de trabajo o servicios.

4°.a.1. Introducción.

Universidad de Huelva 2009

4°.a.2. La compensación de un crédito por prestación de trabajo o servicio con la deuda derivada de la aportación aplazada.

4°.a.2.1. Normalidad económica de la sociedad.

4°.a.2.2. Quiebra de la sociedad.

4°.a.3. La compensación en el momento fundacional.

4°.a.4. La compensación en el supuesto concreto de aumento del capital social.

CAPÍTULO SEGUNDO: TÍTULO DE LA APORTACIÓN A LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

I. APORTACIÓN A TÍTULO DE PROPIEDAD. APORTACIÓN A TÍTULO DE USO (CONSIDERACIONES GENERALES).

II. POSIBILIDAD Y VALIDEZ DE LA APORTACIÓN DE UN DERECHO REAL DE USUFRUCTO.

1°. Aportación del derecho real de usufructo.

2°. Extinción del derecho de usufructo.

III. POSIBILIDAD Y VALIDEZ DE LA APORTACIÓN DE UNA RELACIÓN JURÍDICA DE ARRENDAMIENTO.

IV. APORTACIÓN DEL USO DE UN BIEN. POSIBILIDAD Y VALIDEZ.

1°. Introducción.

2°. La liberación de la aportación de uso.

3°. La participación en las pérdidas de la sociedad del socio aportante del uso.

4°. La aportación de uso y la función de garantía del capital social.

5°. Un ejemplo significativo: la aportación del uso de un bien que el aportante posee en régimen de *leasing*.

5°.a. Concepto preliminar.

5°.b. Posibilidad y validez de la aportación del uso de un bien que el aportante posee en régimen de *leasing*.

6°. Conclusiones finales.

Universidad de Huelva 2009

2ª PARTE:

CAPÍTULO TERCERO: LA EMPRESA COMO APORTACIÓN SOCIAL.

I. LA APORTACIÓN DE EMPRESA A LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

1°. Consideraciones generales.

1°.a. La empresa como objeto unitario de tráfico jurídico.

1°.b. Relación empresario-empresa: la titularidad de la empresa.

1°.c. Transmisión de empresa en sentido estricto.

2°. La aportación de empresa.

2°.a. Aportación de empresa por empresario individual. Aportación de empresa por sociedad.

2°.b. Aportación de empresa en bloque. Aportación de rama de actividad.

II. APORTACIÓN DE EMPRESA Y OTRAS OPERACIONES SOCIETARIAS AFINES.

1°. Aportación de empresa, fusión y escisión. Ideas preliminares.

2°. Sucesión universal en los supuestos de fusión y escisión.

3°. Sucesión singular en la aportación de empresa.

III. EL PRINCIPIO DE REALIDAD DEL CAPITAL EN LA APORTACIÓN DE EMPRESA.

1°. La efectiva integración del capital social.

2°. La "entrega" de la empresa aportada.

3°. Recapitulación final.

CAPÍTULO CUARTO: ESPECIALIDADES DE LA APORTACIÓN DE EMPRESA RESPECTO DE LAS OBLIGACIONES DEL APORTANTE.

I. LA OBLIGACIÓN DE NO HACER LA COMPETENCIA A LA SOCIEDAD.

1°. Consideraciones generales.

2°. La obligación de no concurrir.

2°.a. Naturaleza y fundamento de la obligación.

2°.b. Contenido y alcance.

3°. Limitaciones de la obligación de no concurrir.

Universidad de Huelva 2009

3°.a. Breve referencia al Derecho de la competencia.

3°.b. Limitación temporal, objetiva y espacial.

II. GARANTÍAS EN LA TRANSMISIÓN Y ENTREGA DE LOS BIENES APORTADOS. PECULIARIDADES EN EL SANEAMIENTO DE LA EMPRESA APORTADA.

1°. Planteamiento general.

2°. La aportación de bienes muebles, inmuebles y derechos asimilados a ellos.

2°.a. La obligación de entrega.

2°.b. La obligación de saneamiento.

2°.c. La transmisión del riesgo.

3°. El saneamiento de la empresa aportada.

3°.a. Consideraciones introductorias.

3°.b. El saneamiento de la empresa aportada en la LSA de 1951.

3°.c. Los nuevos criterios establecidos por la LSA de 1989.

3°.c.1. La necesidad de la reforma.

3°.c.2. Saneamiento de la empresa en su conjunto.

3°.c.3. Saneamiento individualizado de aquellos elementos de la empresa aportada que sean de importancia por su valor patrimonial.

3ª PARTE:

CAPÍTULO V: EL FONDO DE COMERCIO DE LA EMPRESA.

I. EL FONDO DE COMERCIO COMO CUALIDAD DE LA EMPRESA.

1°. Consideraciones generales.

2°. Concepto de "fondo de comercio".

3°. Factores de la empresa que generan el valor del fondo de comercio.

II. LA APORTACIÓN DEL FONDO DE COMERCIO.

1°. Planteamiento de la cuestión.

2°. El fondo de comercio y el respeto a los principios de realidad y efectividad del capital social.

Universidad de Huelva 2009

3°. Susceptibilidad de valoración económica e inscripción en el balance de la sociedad.

3°.a. Valoración del fondo de comercio: criterios.

3°.b. La representación contable del fondo de comercio.

4°. La tutela de los acreedores sociales: "recuperabilidad" del valor del fondo de comercio.

5°. Conclusiones finales.

III. LA INCIDENCIA DE UN FONDO DE COMERCIO NEGATIVO.

IV. LA AMORTIZACIÓN DEL FONDO DE COMERCIO.

1°. Consideraciones previas.

2°. El mayor rigor de la legislación nacional con respecto a la IV Directiva de la CEE.

3°. Fundamentos de la necesidad de amortizar el fondo de comercio.

4°. Sistemas de amortización.

CAPÍTULO VI: CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE LA APORTACIÓN DE DEL ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO Y DE KNOW-HOW.

I. LA TRANSMISIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO SOBRE EL LOCAL DE NEGOCIO.

1°. Introducción.

1°.a. Consideraciones generales.

1°.b. La denominada "propiedad comercial".

1°.b.1. El reconocimiento y protección de la "propiedad comercial" en España.

1°.b.2. La promulgación del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica.

1°.c. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994.

2°. La aportación del contrato de arrendamiento sobre el local de negocio. Otras posibilidades.

Universidad de Huelva 2009

2°.a. Planteamiento.

2°.b. Otras posibilidades.

2°.c. La influencia de la Ley 19/1989.

3°. Breve referencia a la aportación de un inmueble arrendado.

II. LA TRANSMISIÓN DEL *KNOW-HOW*.

1°. Introducción.

2°. Concepto de know-how.

2°.a. Dificultades en su delimitación conceptual.

2°.b. El know-how como bien inmaterial.

3°. Cesión y licencia de know-how.

4°. La aportación de know-how.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

Universidad de Huelva 2009

AAVV	=Autores varios.
AktG	=Aktiengesetz.
BGB	=Bürgerliches Gesetzbuch.
BORME	=Boletín Oficial del Registro Mercantil.
C.c.	=Código civil.
C. de c.	=Código de comercio.
CE	=Constitución Española.
CECA	=Comunidad Europea del Carbón y del Acero.
CEE	=Comunidad Económica Europea.
DGRN	=Dirección General de los Registros y del Notariado.
D-L	=Decreto-ley.
DOCE	=Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
EFC	=Establecimientos Financieros de Créditos.
EPI	=Estatuto de la Propiedad Industrial.
ET	=Estatuto de los Trabajadores.
GmbH	=Gesellschaft mit beschränkter Haftung.
HGB	=Handelsgesetzbuch.
ICAC	=Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.
LAR	=Ley de Arrendamientos Rústicos.
LAU	=Ley de Arrendamientos Urbanos.
LCT	=Ley de Contrato de Trabajo.
LCD	=Ley de Competencia Desleal.
LDC	=Ley de Defensa de la competencia.
LH	=Ley Hipotecaria.
LHMPSDP	=Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión.
LIS	=Ley del Impuesto de Sociedades.

Universidad de Huelva 2009

LM	=Ley de Marcas.
LMV	=Ley del Mercado de Valores.
LP	=Ley de Patentes.
LPI	=Ley de Propiedad Intelectual.
LSA	=Ley de Sociedades Anónimas.
LSRL	=Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.
OEPM	=Oficina Española de Patentes y Marcas.
PGC	=Plan General de Contabilidad.
RD	=Real Decreto.
RD-L	=Real Decreto-ley.
RDGRN	=Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
RH	=Reglamento Hipotecario
RRM	=Reglamento del Registro Mercantil.
SDC	=Servicio de Defensa de la Competencia.
TDC	=Tribunal de Defensa de la Competencia.
TRET	=Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
TS	=Tribunal Supremo.

Universidad de Huelva 2009

Es una constante, en las sucesivas normas reguladoras del régimen aplicable a las Sociedades Anónimas, el interés y la preocupación del legislador por salvaguardar la integridad del capital y la realidad y efectividad del patrimonio de la sociedad.

Siguiendo esta orientación, el artículo 36 de la Ley de Sociedades Anónimas actualmente vigente (de ahora en adelante LSA) sólo permite la aportación a este tipo social de "bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica", esto es, pone límites al objeto de la aportación. En virtud de la finalidad anteriormente apuntada, otros preceptos del mismo Texto legal cuidan y se ocupan de que las aportaciones sean reales y efectivas, a la vez que establecen un régimen bastante minucioso y severo para procurar el cumplimiento de la obligación de desembolsar los dividendos pasivos pendientes.

En efecto, los bienes o derechos que se pretendan aportar a la sociedad anónima deben poder integrar el capital social y constituir un patrimonio cierto y cualificado, en garantía de terceros acreedores. Recordemos que, en las sociedades anónimas, los accionistas no responden de las deudas de la sociedad, razón por la cual ésta -la sociedad- debe estar dotada de un patrimonio especialmente cualificado en orden a garantizar la efectiva satisfacción de las obligaciones contraídas frente a terceros.

Indudablemente, la empresa, considerada en su unidad, es decir, como conjunto unitario, presenta las características y cualidades necesarias para ser calificada como posible objeto de aportación a la sociedad anónima. Precisamente, la eventualidad de aportar a la sociedad anónima una empresa como entidad productiva unitaria en funcionamiento es la idea que pretendemos desarrollar a través del estudio que presentamos.

Universidad de Huelva 2009

Ahora bien, es conveniente que pongamos en conocimiento del lector, desde este mismo instante, que el trabajo consta de tres bloques perfectamente diferenciados. La división de nuestra investigación en tres partes bien delimitadas se debe a razones tanto de conveniencia como de entendimiento en orden a la meta final. De hecho, en el momento inicial, cuando se planteó el proyecto de tesis, la intención era simplemente el análisis pormenorizado de la aportación de una empresa a la sociedad anónima. Sin embargo, pronto fuimos conscientes de la imposibilidad de limitarnos a tratar el tema propuesto, sin antes resolver toda una serie de cuestiones preliminares o de base sobre las aportaciones sociales que, con toda seguridad, se iban a plantear *a posteriori*.

De ahí, la idea de elaborar un primer bloque en el cual poder dilucidar todos esos interrogantes que, en un momento posterior, al tratar la aportación de empresa, se podían presentar. Entendemos, por tanto, que para estudiar la aportación de empresa es esencial partir de un concepto claro sobre qué son las aportaciones sociales, especialmente las aportaciones no dinerarias; qué peculiaridades presentan estas prestaciones en el seno de las sociedades anónimas; y qué bienes o derechos están dotados de las características necesarias para poder ser aportados a este tipo social. He aquí la razón por la que nos hemos sentido obligados a dedicar una primera parte de nuestro estudio a indagar sobre estas obligaciones sociales, las aportaciones no dinerarias, dentro de las cuales se encuadra la aportación de empresa.

La segunda parte del trabajo podemos calificarla como el núcleo central del mismo. En ella hemos tratado de profundizar sobre la empresa como objeto de aportación a una sociedad anónima. Necesariamente, partimos de la consideración de la entidad productiva como posible objeto unitario de diversos negocios jurídicos, no sin antes tratar de fundamentar de manera adecuada esta afirmación. Aceptada la premisa de configurar a la empresa como objeto de tráfico jurídico, hemos intentado resolver las cuestiones que se iban planteando en orden a su consideración como objeto de aportación. Posteriormente, para delimitar el supuesto de aportación de empresa, lo comparamos y

Universidad de Huelva 2009

diferenciamos de otras figuras societarias que pueden presentar ciertas similitudes con la operación objeto de estudio; así, nos hemos referido, en concreto, a la fusión y escisión de sociedades, en tanto modificaciones estructurales que acarrean la transmisión en bloque de una o varias empresas, o, una o varias partes de empresa, de una sociedad a otra.

También hemos otorgado especial atención, en este segundo bloque, a las obligaciones que la aportación de empresa hace nacer en la persona del aportante. Por una parte, nos ocupamos de una obligación que es específica y exclusiva de esta aportación, en concreto, la obligación del aportante de empresa de abstenerse de desarrollar, durante un período de tiempo limitado y en un espacio geográfico determinado, actividades análogas a la de la empresa aportada. De otro lado, tratamos de resaltar aquella otra obligación que, siendo general o común para las aportaciones no dinerarias, presenta ciertas peculiaridades cuando el objeto aportado consiste en una entidad productiva. Nos referimos, en este caso, a la eventual obligación de saneamiento que pesa sobre el aportante para los supuestos de evicción y de vicios o defectos ocultos que afecten a la empresa aportada, o, a determinados elementos que la integran. Así pues, señalamos las diversas singularidades que presenta la obligación de sanear en los supuestos de aportación de empresa, las cuales han sido en parte introducidas por la LSA actualmente vigente y que resultan necesarias resaltar.

Finalmente, hemos creído conveniente dedicar la tercera parte del trabajo a profundizar sobre determinados elementos de la empresa que adquieren o pueden adquirir cierta relevancia en el momento de su transmisión. En concreto, aludimos en primer lugar a lo que se viene denominando el "fondo de comercio" de la empresa. Ante la constatación de la práctica inexistencia en nuestra doctrina de trabajos específicamente dedicados al fondo de comercio de la empresa, nos hemos visto obligados a procurar la búsqueda de un concepto jurídico válido sobre esta entidad ideal. Así mismo, tras el análisis del plus valor que el fondo de comercio puede atribuir a la empresa a la que

Universidad de Huelva 2009

pertenece, a efectos de la transmisión unitaria de la entidad productiva a título oneroso, terminamos aceptando la importancia y necesidad de tenerlo en consideración en el momento de valorar la empresa como objeto de aportación.

En segundo lugar, hemos hecho referencia a la transmisión del derecho de arrendamiento sobre el local de negocio donde se lleva a cabo el desarrollo de la actividad empresarial, como un eventual elemento más de los muy heterogéneos que pueden integrar la entidad productiva,. Hemos destacado la relevancia que en ocasiones puede adquirir la transmisión de las facultades de uso cuando el empresario aportante disfruta del inmueble en virtud de una relación arrendaticia, esto es, en calidad de arrendatario. La decisión de analizar la transmisión del contrato de arrendamiento sobre el local de negocio se debe tanto a la importancia que puede representar en los supuestos de transmisión de empresa como conjunto unitario, en cuanto que el inmueble se configura como sede física de la misma a la que se halla especialmente vinculada una parte considerable de la clientela, como a las modificaciones a las que se ha visto sometido el régimen jurídico del contrato de arrendamiento de local de negocio, en virtud de la promulgación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994.

Para terminar, hemos aludido a la eventual transmisión de *know-how* del que viene disfrutando la empresa transmitida, no ya tanto porque presente ciertas particularidades o especialidades en el momento de la aportación de empresa sino por la dificultad de su conceptuación, la relevancia que hoy en día ha adquirido en el mercado la innovación y el progreso tecnológico, y el valor económico o expectativas de beneficios que su titularidad y disfrute puede representar para la empresa.

No queremos dar por finalizada esta breve presentación sin poner de manifiesto que el trabajo que hoy se presenta pretende dar un paso adelante en la problemática que encierra el tema de la aportación de empresa. Tras una primera parte que nos permite aproximarnos a las aportaciones no dinerarias y salvar ciertos obstáculos que

Universidad de Huelva 2009

necesariamente van a presentarse al tratar la aportación de empresa, intentamos abordar la difícil tarea de suministrar nuevos elementos de juicio para el análisis de la empresa como objeto unitario de negocios jurídicos, en concreto, como objeto de aportación a una sociedad anónima.

Universidad de Huelva 2009

Universidad de Huelva 2009

CAPÍTULO PRIMERO: LA APORTACIÓN SOCIAL EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

I. CONCEPTO DE APORTACIÓN SOCIAL.

1°. Planteamiento general.

2°. Concepto y límites de la aportación social.

2°.a. "Aportaciones" que no integran el capital social.

2°.b. Aportación en sentido estricto.

3°. Naturaleza jurídica de la aportación social.

4°. Contenido obligacional de la aportación.

5°. Características de la aportación a la sociedad anónima.

II. POSIBLES CONTENIDOS DE LAS APORTACIONES SOCIALES EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS.

1°. Aportaciones dinerarias y no dinerarias.

2°. Las aportaciones sociales y las funciones del capital en las sociedades anónimas. Bienes susceptibles de ser aportados.

3°. Criterios para determinar la "aportabilidad" de los bienes.

3°.a. Valoración objetiva de los bienes o derechos.

3°.b. "Recuperabilidad" del valor de los bienes o derechos.

3°.c. Inscripción en el balance de la sociedad.

3°.d. Consideraciones finales.

4°. La prohibición de aportar el trabajo o los servicios.

4°.a. Los créditos derivados de la prestación de trabajo o servicios.

Universidad de Huelva 2009

4º.a.1. Introducción.

4º.a.2. La compensación de un crédito por prestación de trabajo o servicio con la deuda derivada de la aportación aplazada.

4º.a.2.1. Normalidad económica de la sociedad.

4º.a.2.2. Quiebra de la sociedad.

4º.a.3. La compensación en el momento fundacional.

4º.a.4. La compensación en el supuesto concreto de aumento del capital social.

Universidad de Huelva 2009

CAPÍTULO PRIMERO: LA APORTACIÓN SOCIAL EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

I. CONCEPTO DE APORTACIÓN SOCIAL.

1°. Planteamiento general.

Antes de comenzar cualquier estudio específico sobre la sociedad anónima es conveniente, para establecer con suficiente claridad sus rasgos más característicos, partir de la tradicional distinción entre las llamadas sociedades personalistas o de personas y las denominadas sociedades capitalistas o de capital.

En las primeras, a efectos internos, el dato realmente relevante que impulsa a la constitución de la sociedad se apoya en las condiciones personales de los socios. Tanto en las estrictamente personales, es decir, en la capacidad de gestión, de trabajo, en la honorabilidad y en otras cualidades de la persona, como en las patrimoniales, esto es, en su patrimonio, en su solvencia. Por el contrario, en las sociedades capitalistas el impulso lo constituyen las aportaciones de los socios, consideradas objetivamente y con independencia de las cualidades o condiciones personales de los mismos. De tal manera que, realizadas las aportaciones que han comprometido, ya no importa la solvencia o insolvencia de los socios.

En el terreno de las relaciones con terceros, o a efectos externos, en las sociedades personalistas todos o algunos de los socios responden subsidiaria, personal e ilimitadamente de las deudas de la sociedad, lo que quizás haya provocado un cierto descuido en la ley por tutelar con más fuerza el patrimonio social. En cambio, en las sociedades anónimas,

Universidad de Huelva 2009

sociedades capitalistas por excelencia, los socios gozan del beneficio de la no responsabilidad por las deudas de la sociedad, lo que hace que la garantía de los acreedores para la satisfacción de sus créditos descanse exclusivamente en la existencia y realidad del patrimonio social, que se da a conocer a los terceros interesados a través de la publicación de la cifra de capital. Por esta razón, el legislador ha considerado indispensable establecer una disciplina peculiar y rígida, un conjunto de normas que aseguren la formación y conservación del patrimonio social.

El concepto jurídico de sociedad anónima no puede obtenerse de uno sólo de los preceptos legales, sino del conjunto de las normas que regulan este tipo social. En efecto, el artículo 1 de la LSA ofrece una simple enunciación de sus principales características, que deben ser completadas con el resto del texto articulado[1]. Así pues, los dos rasgos característicos de este tipo social son, en primer lugar, la existencia de un capital propio dividido en acciones, que se integra por las aportaciones de los socios, y, en segundo lugar, el principio fundamental en virtud del cual los socios no responden de las deudas de la sociedad. El beneficio de la no responsabilidad de los socios significa que la sociedad es la única responsable frente a los terceros de las deudas que con ellos haya contraído o contraiga en el futuro[2]. Por su parte, los socios no asumen responsabilidad alguna frente a terceros por las deudas de la sociedad, y únicamente responden frente a ella, con todo el patrimonio presente y futuro, por la cuantía de sus aportaciones, es decir, por el valor de lo que se comprometieron a aportar.

En consecuencia, los terceros acreedores de la sociedad sólo pueden reclamar la satisfacción de sus créditos a la sociedad, que asume una responsabilidad ilimitada, sin que puedan ejercitar acción directa alguna frente a los socios, ni siquiera frente a aquéllos que

---

[1] De ahora en adelante, cuando se haga mención a la LSA y a sus artículos debemos entender, salvo que otra cosa se indique, que estamos haciendo referencia al Texto refundido de 22 de diciembre de 1989.

[2] De acuerdo con la regla general de responsabilidad establecida en el artículo 1.911 del C.c. para toda clase de deudores, sean personas físicas o jurídicas, la sociedad responde de sus deudas con todos sus bienes presentes y futuros.

Universidad de Huelva 2009

no han realizado aún su obligación de desembolso de las aportaciones comprometidas. Los socios, por su parte, no responden de las deudas de la sociedad; responden únicamente de su aportación al patrimonio social. Es, pues, el patrimonio social y no el crédito frente a los socios ni la cifra de capital la base financiera[3] y, a la vez, el fondo de responsabilidad de la sociedad[4]. Los acreedores de la sociedad únicamente pueden recurrir a la vía subrogatoria que les ofrece el artículo 1.111 del C.c. para exigir a los socios el completo desembolso de las cantidades, bienes o derechos que se hayan comprometido a aportar.

La relevancia que el concepto jurídico de patrimonio alcanza en la sociedad anónima precisa que tratemos de distinguirlo con claridad del concepto de capital social[5]. El capital en la sociedad anónima es una cifra estable, abstracta, una magnitud jurídica que aparece en los estatutos. Se considera, pues, un elemento esencial para el nacimiento de la sociedad (art. 4 LSA). No representa bienes o cosas, sino un dato de valor, en concreto del valor de las aportaciones comprometidas por los socios, y por ello sólo puede modificarse formalmente, jurídicamente[6]. Por su parte, el patrimonio es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de la sociedad que aumenta o disminuye según las vicisitudes de la actividad empresarial. En definitiva, la masa de bienes contra la que puede dirigirse la acción ejecutiva de los acreedores.

Normalmente, en el momento de constitución de la sociedad la cifra de capital

---

[3] GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, pág. 50, afirma que como cualquier otra empresa, la regida bajo forma de anónima necesita una base patrimonial, materialmente concretada en bienes económicos de cualquier naturaleza, para la realización de su fin. La idea vulgar de qué es o sea el capital es inexacta.

[4] Es este el motivo por el que se afirma que en las sociedades anónimas el patrimonio social es patrimonio de explotación de las actividades de la empresa social y, a la vez, patrimonio de garantía frente a terceros acreedores de la sociedad. Podemos decir que, desde el punto de vista económico, el concepto de patrimonio social va unido al concepto de productividad; mientras que, desde el punto de vista jurídico, se conecta con el de garantía.

[5] GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. I, 3ª ed. (puesta al día por MENÉNDEZ y OLIVENCIA), Madrid, 1976, págs. 111-112, consideran que, a diferencia de lo que ocurre en las sociedades personalistas, el capital de la sociedad anónima es un concepto jurídico y no un concepto económico.

[6] Desde el punto de vista de la ciencia contable, el capital social, como primera anotación que figura en el pasivo del balance, se corresponde con aquella parte del activo que representa la valoración contable de las aportaciones comprometidas, bien en la constitución, bien en los posteriores aumentos de capital.

Universidad de Huelva 2009

coincide con la del patrimonio (salvo que se emitan acciones con prima, en cuyo caso el patrimonio será superior, o que la sociedad nazca con deudas, supuesto en el que éste último será inferior), en el sentido de que el capital -integrado por las aportaciones de los socios- constituye el único patrimonio inicial de la sociedad. Pero a medida que avanza el desarrollo de la actividad social, mientras que la cifra de capital permanece estable, salvo que se altere a través de la pertinente modificación de los estatutos sociales[7], la cuantía del patrimonio se verá sometida a diversas oscilaciones, aumentando en los supuestos en los que la sociedad obtenga beneficios en la gestión social y disminuyendo en los casos de pérdidas. La Ley exige que a la cifra de capital -cifra que indica el patrimonio que tendencialmente debe existir[8]- le corresponda un patrimonio real y efectivo, pues, como hemos señalado, los acreedores de la sociedad no pueden dirigirse contra el patrimonio de los socios. En función del principio de la no responsabilidad de los socios, los acreedores sólo cuentan con el patrimonio social como fondo de responsabilidad. La sociedad asume la obligación de conservar en interés de sus acreedores un patrimonio neto equivalente, cuanto menos, a un cierto porcentaje de la cifra de capital.

De ahí deriva la idea, mantenida con el transcurso de los años, de que el capital de la sociedad anónima cumple una función de garantía para sus acreedores, en cuanto que técnicamente se le asigna el carácter de cifra de retención sobre el patrimonio de la sociedad[9]. Sin embargo, lo cierto es que la actuación de la cifra de capital como cifra de

---

[7] A ello responden los principios de estabilidad y permanencia del capital social que hacen referencia a que ésta cifra sólo pueda cambiar cuando se produzca formalmente una modificación de los estatutos con los requisitos de los artículos 144 y siguientes de la LSA. Entre tanto el capital permanece inalterable.

[8] En realidad, la cifra de capital garantiza que exista un patrimonio neto mínimo, pues, la LSA obliga: en primer lugar, a reducir el capital cuando las pérdidas hayan disminuido el patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital, y haya transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio (art. 163.1, párrafo 2º, LSA); y, en segundo lugar, a disolver la sociedad cuando las pérdidas hayan disminuido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social (art. 260.4 LSA).

[9] RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, 3ª ed., Madrid, 1974, pág. 71, considera que lo que la Ley si puede establecer es que el capital aportado no pueda cuantitativamente repartirse o detraerse por debajo de la cifra en que se valoró. Se hace así operar esta suma como cifra de retención que, a tales efectos, se hace figurar en el pasivo del balance. No porque el capital sea pasivo exigible, ya que indica la valoración inicial de los bienes del activo, sino sobre la base de la técnica contable de partida doble, utilizándolo como dique en garantía de acreedores con el fin de contrapesar los valores de los bienes correspondientes del activo e impedir que puedan distribuirse entre los socios mientras no excedan de esa cifra.

Universidad de Huelva 2009

retención no representa para los acreedores de la sociedad más que una garantía indirecta[10].

En realidad, la sociedad anónima no ofrece a sus acreedores más garantía que la existencia y veracidad de su propio patrimonio. En efecto, en el momento de constitución de la sociedad los bienes o derechos que los socios aportan o se obligan a aportar pasan a formar el patrimonio social, el fondo común, fondo de responsabilidad frente a los acreedores sociales. Conviene, pues, tener presente en todo momento que la garantía para los acreedores no se halla propiamente en la cifra de capital social, sino en la existencia efectiva de las aportaciones que lo integran, que constituyen, generalmente, el patrimonio de la sociedad en su momento inicial. La garantía de ver satisfechos sus créditos no les viene dada a los acreedores por la cifra del capital social. Lo que realmente les interesa y lo que supone una garantía para la futura satisfacción de sus créditos es que los socios realicen sus aportaciones y que la sociedad disponga de un activo patrimonial suficiente para hacer efectivas sus deudas. Igualmente, los terceros interesados en mantener relaciones con la sociedad lo harán si ésta cuenta con un activo capaz de cubrir las obligaciones a las que quedará comprometida respecto a ellos. En definitiva, en las sociedades anónimas, en las que la no responsabilidad de los socios es un principio básico, la constitución y el posterior funcionamiento de la sociedad exigen la formación y conservación de un patrimonio cualificado[11].

Nuestro legislador se ha preocupado tanto de garantizar el patrimonio inicial de la

---

[10] El capital social, en las sociedades anónimas, no es ni puede ser nunca garantía directa de los acreedores sociales, porque no constituye una masa patrimonial susceptible de ser objeto de ejecución por los acreedores insatisfechos. La garantía directa y real para los acreedores es el patrimonio de la sociedad, en concreto, el activo del cual ésta dispone para satisfacer sus obligaciones. Activo del que pasan a formar parte las aportaciones de los socios, cuya efectiva realización sí supone una verdadera garantía para los acreedores de la sociedad.

[11] Se trata de evitar que el beneficio de la no responsabilidad de los socios se transforme en una lesión, en un peligro para los acreedores sociales. De ahí, la idea de equilibrar tal inconveniente a través de la formación de un patrimonio cualificado que, sin embargo, no es requerido a los empresarios individuales ni a las sociedades personalistas. En este sentido se ha manifestado GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil, T. I*, 7ª ed., Madrid, 1976, pág. 427, para quien la aportación se hace no sólo en interés de la sociedad para integrar su capital de explotación, sino, en primera línea, en interés de los acreedores, para integrar el fondo de responsabilidad, que sustituye a la responsabilidad personal de los accionistas, que falta.

Universidad de Huelva 2009

sociedad (es decir, de que en el momento de la constitución de la sociedad la cifra de capital sea igual a la cifra de patrimonio, salvo las excepciones antes apuntadas), como de que a lo largo de la vida de la sociedad exista la mayor correspondencia posible entre la cifra de capital y el patrimonio. Para alcanzar este fin es necesario dar cumplimiento a los principios ordenadores del capital social y a las normas que lo regulan, especialmente a los principios de realidad, integridad e intangibilidad. Así pues, de un lado, la sociedad tiene que nacer con un patrimonio real y efectivo, que coincida con la cifra que expresa el capital social; para ello será preciso que el capital haya sido íntegramente suscrito. De otro lado, es imprescindible que no se entregue a los socios cantidad alguna a expensas del activo social en tanto el patrimonio neto (después del reparto) no cubra la suma que expresa el capital[12].

El deseo de nuestro legislador de proteger adecuadamente el patrimonio social, se manifiesta, en multitud de ocasiones, a través de estos principios que presiden la regulación del capital social. El principio de realidad, también denominado principio de efectividad, significa que a la cifra del capital social debe responder una efectiva aportación patrimonial a la sociedad[13]. Al capital de la sociedad (art. 1), y a cada una de sus acciones (art. 47) ha de corresponder una efectiva aportación patrimonial[14], con la consiguiente prohibición de emitir acciones con valor inferior al nominal. Para que el principio sea debidamente respetado es preciso que las aportaciones se efectúen realmente y tengan un valor que cubra al menos la parte de capital a la que corresponden. Por su parte, el principio de integridad exige la suscripción total de las acciones (art. 12 LSA), de manera que si éstas no se han

---

[12] Es el momento oportuno de hacer una breve referencia a otros principios inspiradores de las normas que regulan el capital social en la LSA, no sin la previa advertencia de la falta de acuerdo en la doctrina sobre los criterios delimitadores de estos principios. La necesidad de que exista un capital perfectamente determinado en su cifra global y en su división en acciones hace que se hable de los principios de esencialidad, existencia, determinación y división en acciones (arts. 1, 9 f) y g) y 47 LSA). De suyo, el principio de determinación no pide otra cosa que no sea la claridad de la cifra del capital a efectos del conocimiento de la misma por parte de los interesados. Los principios de estabilidad y permanencia, anteriormente anunciados, sirven, en cierta medida, como garantía para los acreedores, en cuanto que la cifra de capital no podrá ser modificada sino a través de la correspondiente modificación de los estatutos sociales.

[13] Este principio encuentra entre sus manifestaciones más importantes las normas que regulan las aportaciones sociales (arts. 36 a 41 LSA).

[14] Salvo que se trate de acciones procedentes de un aumento de capital con cargo, en todo o en parte, a reservas o a beneficios no repartidos que ya existen en el patrimonio de la sociedad.

Universidad de Huelva 2009

desembolsado en su totalidad, como admite el propio precepto, la sociedad tiene en su patrimonio un derecho de crédito contra el socio deudor de dividendos pasivos[15]. En definitiva, la cifra de capital debe estar completamente cubierta por las aportaciones comprometidas por los socios, que, sin embargo, sólo están inicialmente obligados a desembolsar las que corresponden a la cuarta parte del valor nominal de cada acción[16].

Por último, el denominado por algunos principio de intangibilidad obedece a la preocupación de que no se repartan dividendos si ello supone que el patrimonio neto quede reducido por debajo de la cifra del capital social[17]. En este sentido, el artículo 213 de la LSA sólo permite repartir dividendos con cargo al beneficio del ejercicio o a reservas de libre disposición si el patrimonio neto no es (después del reparto) inferior al capital social[18]. En realidad, el objetivo de todos estos preceptos es que los acreedores y otros terceros

---

[15] Clara manifestación de este principio es el riguroso régimen, en favor de la sociedad, a que se ha sometido la obligación de dividendos pasivos del socio en los artículos 42 a 46 de la LSA.

[16] Es conveniente advertir que la infracción de la obligación de íntegra suscripción del capital social en el momento de constitución (art. 12 LSA) no es causa de nulidad de la sociedad anónima. No obstante, en estas circunstancias puede proceder la nulidad por no haberse respetado el desembolso mínimo (art. 34.1 b] LSA). La falta de suscripción íntegra del capital social no da lugar por sí misma a la nulidad de la sociedad, al no aparecer relacionada en la enumeración exhaustiva legalmente fijada (art. 34.2). En este caso, la Junta General deberá adoptar el correspondiente acuerdo de reducción ya que el capital que aparece en los estatutos debe ser el capital efectivamente suscrito. Ahora bien, la viabilidad de esta solución está condicionada al respeto de las exigencias del principio de capital mínimo (art. 4 LSA) y de la reducción del capital social. Otra solución, aún cuando más dudosa y con mayores problemas prácticos, pudiera ser que los socios fueran automáticamente llamados a suscribir íntegramente el capital en cumplimiento de una obligación legal.

Si la suscripción incompleta se produce en un aumento de capital habrá que atender a las condiciones estipuladas para la emisión de las nuevas acciones. Así pues, si las condiciones de la emisión prevén la suscripción incompleta, el capital podrá ser aumentado en la cuantía de las suscripciones efectuadas (art. 161.1 LSA). Si, por el contrario, no se ha previsto esa eventualidad, y no se logra la íntegra suscripción de las acciones dentro del plazo estipulado, el acuerdo de aumentar el capital quedará sin efecto por suscripción incompleta de las acciones emitidas, debiendo los administradores publicarlo en el BORME, y proceder a la restitución de las aportaciones realizadas o a su consignación a nombre del suscriptor, dentro del mes siguiente a aquel en que hubiera finalizado el plazo de suscripción (art. 161.2 LSA).

[17] LOJENDIO OSBORNE, I., "La sociedad anónima", *Derecho Mercantil* (coordinación JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.), 4ª ed., T. I, Barcelona, 1997, pág. 191.

[18] Igualmente, el artículo 194.3 prohíbe la distribución de beneficios mientras no se hayan amortizado las partidas relativas a gastos de establecimiento, de investigación y desarrollo y fondo de comercio, salvo que haya reservas disponibles que cubran su importe. Con el fin de evitar la devolución del patrimonio a los accionistas se ha establecido el régimen de la adquisición por la sociedad de sus propias acciones o de acciones de la sociedad dominante, de las participaciones recíprocas y demás negocios contemplados en los artículos 74 a 89 de la LSA, así como el régimen de la reducción del capital (arts. 166 y 167 LSA).

Universidad de Huelva 2009

interesados puedan confiar en que existe un patrimonio en consonancia con la cifra de capital social. Por esta misma razón, el artículo 163.1 obliga a reducir el capital para adaptarlo a la realidad cuando, como consecuencia de las pérdidas, el patrimonio haya quedado reducido por debajo de las dos terceras partes de la cifra de capital y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio.

En definitiva, el capital social representa una garantía indirecta para los terceros acreedores, -en cuanto que sirve de punto de referencia para exigir la efectiva aportación patrimonial a la sociedad y la debida retención del patrimonio existente[19]-. Pero, la dificultad estriba en que, en las sociedades anónimas el patrimonio social, única garantía directa de los acreedores, es a la vez patrimonio de producción, de explotación de las actividades de la empresa social. El régimen normativo de las aportaciones que constituyen su patrimonio gira en torno al concepto de capital social[20]. Por tanto, la disciplina que las regula debe ponerse necesariamente en relación con las funciones que se encomiendan al capital en este tipo de sociedades[21].

---

[19] La fijación de la cifra de capital en los estatutos sociales permite a los terceros, siempre que se cumpla la previsión legal, tomar conocimiento del patrimonio neto mínimo de la sociedad anónima. Ello se instrumenta a través de la publicidad registral de que gozan los estatutos, mediante su inscripción en el Registro Mercantil y publicación en el BORME. Por otra parte, la actuación del capital social como cifra de retención se traduce en un mandato de presencia constante de un patrimonio neto positivo, es decir, de un activo superior al pasivo exigible en cuantía igual a la cifra de capital social o, al menos, a las dos y terceras partes de dicha suma.

[20] QUINTANA CARLO, I., "El capital social", *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas* (dir. ROJO, A.), Madrid, 1987, pág. 115, afirma que íntimamente relacionado con el propio concepto de capital social...y con el principio de realidad del mismo...se encuentra el tema de la aportación social.

[21] Una vez aclarada que la verdadera garantía directa para los acreedores de la sociedad anónima se encuentra en el patrimonio social y, especialmente, en las aportaciones que lo constituyen (sin perjuicio de que la cifra de capital represente, como hemos señalado, una garantía indirecta en cuanto cifra de retención sobre el patrimonio de la sociedad), hemos considerado conveniente, ya que es práctica habitual en nuestra doctrina, e incluso en la extranjera, hablar de las funciones de garantía y explotación del capital, en el bien entendido de que, en realidad, ambas funciones corresponden a las aportaciones que lo integran y, en cualquier caso, al patrimonio de la sociedad.

Universidad de Huelva 2009

2°. Concepto y límites de la aportación social.

Resaltada la importancia de las aportaciones en las sociedades anónimas, estimamos conveniente determinar, en primer lugar, un concepto claro y preciso de dichas obligaciones sociales.

La aportación es la prestación que efectúa el socio como medio para la consecución del fin común que persigue la sociedad. El artículo 1.665 del C.c., al igual que lo hiciera el texto original -anterior a la reforma del 89- del artículo 116 del C. de c., incluye dentro de la definición de sociedad la obligación de los socios de "poner en común" dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias. Este fondo común constituye un medio necesario para que la sociedad pueda desarrollar la actividad propia de su objeto a fin de alcanzar el resultado económico buscado con su constitución.

Este concepto de aportación, en sentido amplio, es válido, en principio, para todo el Derecho de sociedades, aunque las aportaciones se sometan a un régimen jurídico diferente según el tipo social del que se trate. Las diferencias entre las sociedades anónimas y las sociedades personalistas en materia de aportaciones se deben al mayor rigor a que las primeras se someten como consecuencia de la necesidad de proteger el patrimonio de la sociedad, habida cuenta del beneficio de la no responsabilidad de los socios y de la función que desempeña en garantía de terceros acreedores. Por ello, en las sociedades anónimas se ponen límites al posible objeto de aportación, excluyéndose expresamente las aportaciones de trabajo personal y de servicios que, por el contrario, están permitidas en las sociedades personalistas.

Pero quizás sea conveniente reflexionar brevemente sobre la situación especial que podemos encontrar en algunas sociedades (en sociedades colectivas) a las que es posible aportar únicamente "industria" y, en consecuencia, llegado el caso, pueden nacer con la carencia de un "fondo real de bienes". En este tipo de sociedades la estimación del fondo

Universidad de Huelva 2009

común como instrumento de productividad o como medio para obtener el fin social parece permitir que la sociedad pueda cumplir su función contando, en principio, sólo con un fondo de trabajo (art. 1.665 C.c. "...se obligan a poner en común dinero, bienes *o industria*...")[22]. La sociedad colectiva ha sido considerada tradicionalmente la sociedad personalista por excelencia, en la que las cualidades personales de los socios constituyen el elemento fundamental y decisivo de su estructura. Además, la responsabilidad personal, solidaria e ilimitada de los socios colectivos, aunque subsidiaria respecto a la de la propia sociedad, constituye la mejor garantía para los terceros y acreedores de la compañía.

Ahora bien, una sociedad colectiva que se constituye únicamente con aportaciones de industria nace, lógicamente, sin capital alguno. El artículo 209 del RRM exige la determinación del capital de las sociedades colectivas "salvo en las sociedades formadas exclusivamente por socios que sólo hubieran aportado o se hubieran obligado a aportar servicios"[23], así como la aportación de cada socio expresando el título o el concepto en que se realice.

---

[22] Esto es imposible jurídicamente en una sociedad de tipo capitalista como es la sociedad anónima. El beneficio de la no responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad, en definitiva, el hecho de que los acreedores únicamente puedan contar con el patrimonio social como garantía real para la satisfacción de sus créditos, hace necesario que el patrimonio, fondo de responsabilidad del ente social, esté debidamente constituido por bienes o derechos que puedan ser valorados objetivamente y que, en caso de necesidad o crisis económica de la compañía, puedan ser empleados para salvar la situación y satisfacer las obligaciones pendientes de la sociedad. Por el contrario, la exigencia de ese fondo de responsabilidad parece atenuada por nuestro Derecho cuando, junto a la responsabilidad de la sociedad por las deudas contraídas, los socios asumen una responsabilidad solidaria entre ellos, personal e ilimitada y, a la vez, subsidiaria respecto de la asumida por la sociedad, para satisfacer las deudas sociales pendientes con sus propios patrimonios (sociedades colectivas). Mención expresa es necesario hacer de la sociedad comanditaria simple (sociedad personalista), en la que coexisten socios colectivos, que responden personal e ilimitadamente de las deudas de la sociedad, una vez hecha excusión de los bienes sociales, con socios comanditarios, que únicamente responden frente a la sociedad, y no frente a terceros, hasta el límite de los fondos que pusieran o se obligaran a poner en la comandita. Igualmente, en la sociedad comanditaria por acciones (sociedad de marcado carácter capitalista) los socios comanditarios, que tienen la condición de accionistas, se acogen al beneficio de la no responsabilidad, por lo que no podrán realizar aportaciones de industria sino que se verán obligados a cumplir las exigencias que la LSA establece para las aportaciones sociales, debiendo nacer la sociedad con un patrimonio efectivo y apto para servir de fondo de responsabilidad de la sociedad. La particularidad de este tipo social es que, como mínimo, un socio responderá personal, ilimitada y subsidiariamente de las deudas sociales como socio colectivo, quien habrá de estar necesariamente a cargo de la administración de la sociedad.

[23] El texto entrecomillado es una novedad que no aparecía en el artículo 178 del anterior RRM. La modificación introducida por el RRM, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, corrobora nuestra afirmación anterior de que la sociedad colectiva que se constituye únicamente con aportaciones de industria nace, lógicamente, sin capital alguno. De ahí que dicha cifra no pueda consignarse en la primera inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil.

Universidad de Huelva 2009

No obstante, la adecuada integración del capital en las sociedades personalistas interesa a los acreedores y a los mismos socios. A éstos últimos, porque tienen especial interés en que la sociedad esté dotada de un capital real, que sirva como fondo de explotación a la actividad propia del objeto social, y que de esta manera, la sociedad pueda desarrollar las operaciones necesarias para obtener las ganancias pretendidas con su constitución. Además, porque los socios son los responsables subsidiarios de las deudas sociales, lo que significa que tendrán que responder ante los acreedores de la sociedad cuando el patrimonio de ésta resulte insuficiente para satisfacer las deudas pendientes. Por otro lado, también los acreedores están interesados en la adecuada integración del capital social, que debe ofrecer una justa tutela de sus legítimos intereses. Estos acreedores cuentan como garantía de sus créditos, en primer lugar, con el fondo común integrado por las aportaciones de los socios. En caso de quiebra de la sociedad los acreedores sociales ostentan una posición preferente, respecto del importe obtenido a través de la realización de los bienes que integran dicho fondo común, pues no han de soportar la concurrencia de los acreedores "particulares" de los socios cuyos créditos fueron posteriores a la constitución de la sociedad[24]. En segundo lugar, una vez agotado el patrimonio de la sociedad sin que sus créditos hayan sido totalmente satisfechos, los acreedores de la sociedad pueden hacerlos efectivos con los bienes restantes (no aportados) de los socios. Sin embargo, en este caso, tienen que respetar la concurrencia de los acreedores "particulares" de éstos últimos, pudiendo los acreedores sociales encontrarse frente a unos socios insolventes y, por tanto, ante la imposibilidad de hacer efectivos sus créditos por no estar dotada la sociedad de un capital real.

A pesar de estas consideraciones, la mayoría de la doctrina, aún antes de la modificación sufrida por el RRM, consideró que cabía el supuesto, más teórico que real, de una sociedad colectiva constituida únicamente con aportaciones de industria y, por ende,

---

[24] "... los acreedores particulares de los socios cuyos créditos fueren anteriores a la constitución de la Sociedad, concurrirán con los acreedores de ésta, colocándose en el lugar y grado que les corresponda, según la naturaleza de sus respectivos créditos, conforme a lo dispuesto en los artículos 913, 914 y 915 de este Código" (art. 927 C. de c., párrafo primero).

Universidad de Huelva 2009

carente de capital social[25]. Tras la entrada en vigor del nuevo RRM, no existe la menor duda sobre la validez de una sociedad colectiva constituida exclusivamente con aportaciones de industria, pues en estos términos se expresa el artículo 209 del RRM, en su número 8.

Retomando la cuestión principal que nos interesa, la aportación es la puesta en común y, también, lo que se pone en común. El término admite las dos acepciones[26]: de un lado, se entiende por aportación la prestación que todo socio está obligado a hacer a la sociedad -es la aportación como objeto del contrato de sociedad, en el sentido de objeto de las obligaciones que el socio contrae en el contrato de sociedad[27]-; de otro lado, se entiende como aportación la acción de aportar, el acto por el que se produce un desplazamiento patrimonial dirigido al fondo común[28].

Ahora bien, para alcanzar una comprensión total de lo que debemos entender por aportación social es necesario distinguir el concepto de aportación, entendida como objeto de la prestación del socio a la sociedad, en sentido amplio y en sentido estrictamente jurídico.

---

[25] GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, cit., pág. 358; GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades, I*, Madrid, 1976, pág. 474; VERGEZ SÁNCHEZ, M., *El socio industrial*, Madrid, 1972, págs. 59-66.

[26] LOJENDIO OSBORNE, I., "Clases de fundación. Aportaciones sociales", *Derecho Mercantil*, (coordinación JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.), 4ª ed., T. I, Barcelona, 1997, pág. 221; ID., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", Fundación de la sociedad anónima, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dir. URÍA, MENÉNDEZ, OLIVENCIA), T. III, vol. 3°, Madrid, 1994, pág. 19.

[27] La aportación como objeto de la obligación del socio derivada del contrato de sociedad no puede ser confundida con el objeto de la sociedad, entendiendo éste último como la actividad que la sociedad desarrolla, dirigida a la consecución del fin social.

[28] En Francia, se ha afirmado que la expresión <<apport en sociètè>> hace referencia a dos realidades distintas: por un lado, la operación jurídica consistente en poner en común determinados bienes; y, por otro, el bien puesto en común por el socio (BLAISE, H., *L 'apport en sociètè*, Paris, 1955, pág. 4).

Universidad de Huelva 2009

2°.a. "Aportaciones" que no integran el capital social.

En sentido amplio, son aportaciones sociales todas las prestaciones prometidas por el socio en vista de la futura consecución del fin social previsto en el momento del contrato[29]. Consecuentemente, dentro de este concepto amplio de aportación puede encuadrarse cualquier tipo de colaboración del socio destinada a la consecución del fin social siempre que prestarla sea una obligación derivada del contrato de sociedad. En este concepto de aportación se incluyen tanto las prestaciones accesorias, las primas de emisión y otras colaboraciones de los socios como las aportaciones sociales propiamente dichas. Se habla en el primer caso de "aportaciones de mero patrimonio", en cuanto que estas prestaciones no integran el capital de la sociedad pero sí aumentan su patrimonio y contribuyen a la promoción del fin social; y en el segundo, de "aportaciones de capital", prestaciones cuyo valor está destinado a integrar el capital de la sociedad.

Queda fuera de toda duda que las prestaciones accesorias son auténticas obligaciones sociales[30], surgidas del contrato de sociedad, pero es la misma LSA la que establece que son "distintas de las aportaciones de capital"[31]. Las prestaciones accesorias son colaboraciones de los socios que contribuyen al fin común, se establecen con carácter obligatorio en los

---

[29] GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, cit., pág. 333.

[30] Las prestaciones accesorias surgieron en la práctica alemana de la segunda mitad del siglo XIX. Su primer reconocimiento legislativo tuvo lugar en aquél país, en 1892, con la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (*GmbHG*). La *GmbHG* de 20 de abril de 1892 (modificada por la Ley de 4 de julio de 1980) las regulaba en el § 3-11. Posteriormente, serían acogidas en el seno de las sociedades anónimas, primero en los § 212,216 y 276 del Código de Comercio Alemán (*HGB)* de 10 de mayo de 1897, y sucesivamente en las Ley de Sociedades Anónimas (*AktG)* de 30 de enero de 1937 (§ 50, 55,147) y en la vigente *AktG* de 6 de septiembre de 1965 (§ 55,61,180.1) (sobre el origen histórico de las prestaciones accesorias, ver, ROJO, A., "Génesis y evolución de las prestaciones accesorias", *Revista de Derecho Mercantil*, 1977, págs. 271-307). En la legislación española, fueron reguladas inicialmente en la LSRL de 17 de julio de 1953 (art. 10). Su extensión a la sociedad anónima fue recibiendo la aprobación de la doctrina como uno de los posibles "pactos lícitos y condiciones especiales que los socios...juzguen conveniente establecer..." al amparo del anterior artículo 11.5 de la Ley de 1951, ya derogada. Sin embargo, esa licitud genérica de las prestaciones accesorias está hoy reforzada expresamente por obra del párrafo segundo del artículo 36.1 de la actual LSA.

[31] El artículo 36.1 de la LSA, en su párrafo segundo, posibilita que en los estatutos sociales se establezcan con carácter obligatorio, para todos o algunos accionistas, prestaciones accesorias *distintas de las aportaciones de capital*, y dispone expresamente que *no podrán integrar el capital de la sociedad.*

Universidad de Huelva 2009

estatutos para todos o algunos de ellos, y no pueden integrar el capital de la sociedad[32].

Es cierto que en las sociedades anónimas todos los socios, para adquirir tal condición, necesariamente tienen que realizar su aportación al capital social, pero además todos o algunos de ellos pueden asumir la obligación de realizar a favor de la sociedad otras actividades o comportamientos distintos de la aportación al capital en sentido estricto[33]. Estas obligaciones accesorias se establecen en los estatutos de la sociedad[34].

El legislador distingue, pues, con insistencia, entre las llamadas "aportaciones de capital" y las prestaciones accesorias, a pesar de que ambas responden al concepto amplio de aportación, tal como antes vimos. Sin embargo, las prestaciones accesorias quedan fuera del concepto estrictamente jurídico de aportación pues, aunque incrementan el patrimonio de la sociedad, no pueden de ninguna manera integrar su capital. En definitiva, de acuerdo con el concepto amplio de aportación, las prestaciones accesorias serían "aportaciones de

---

[32] Para un estudio más detenido de las prestaciones accesorias, ver, entre otros: BARBA DE VEGA, J., *Las prestaciones accesorias en las Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1984, *passim*; LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., págs. 44-50; LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., "La configuración estatutaria de las prestaciones accesorias en la sociedad anónima", *Derecho de Sociedades Anónimas. I. La Fundación*, Madrid, 1991, págs. 835-873; ROJO, A., "Génesis y evolución de las prestaciones accesorias", cit., págs. 271-307; SOTILLO MARTÍ, A., "El contenido de las prestaciones accesorias en la Sociedad de Responsabilidad Limitada", *Revista de Derecho Mercantil*, 1975, págs. 91-118; URÍA, R., "Las prestaciones accesorias en la sociedad de Responsabilidad Limitada española", *Revista de Derecho Mercantil*, 1956, págs. 325-341; PEÑAS MOYANO, *Las prestaciones accesorias en la Sociedad Anónima*, Pamplona, 1996, *passim*.

[33] Las prestaciones accesorias, como obligaciones que surgen del propio contrato de sociedad y que forman parte del complejo de derechos y deberes que integran la posición jurídica del socio, pueden tener por objeto cualquier obligación de dar, de hacer o de no hacer alguna cosa, siempre que dicha obligación sea posible, lícita y determinada. Lo normal es que no tengan carácter dinerario pues, en tal caso, resultará preferible efectuarla como aportación de capital. Más razonable parece que consistan en trabajo personal o servicios (gestión o asesoramiento), o compromisos de adquirir productos que la sociedad fabrica o comercializa, o suministrarle los que ella precisa para su actividad.

[34] El artículo 9.1 l) de la LSA se ha preocupado de consignar los extremos que en la correspondiente mención estatutaria deben venir precisados: el contenido de las prestaciones, su carácter gratuito o retribuido, las acciones que llevan aparejadas la obligación de realizarlas, así como las eventuales cláusulas penales inherentes a su incumplimiento. En consecuencia, la disciplina de las prestaciones accesorias remite a la autonomía de las partes, expresada a través de los estatutos, la determinación del régimen aplicable a esas eventuales obligaciones añadidas a la aportación al capital social.

Universidad de Huelva 2009

mero patrimonio", pero no "aportaciones de capital"[35]. En consecuencia, su régimen jurídico será también diferente del que corresponde a las aportaciones propiamente dichas[36].

Al igual que las prestaciones accesorias, las denominadas primas de emisión no pueden integrar el capital de la sociedad. La prima de emisión es una cuantía suplementaria cuyo desembolso, además del correspondiente al valor nominal de las acciones, se exige a los suscriptores de las mismas; se suele afirmar en estos casos que las acciones se emiten "por encima de la par". La prima de emisión es, en definitiva, una especie de "sobreprecio" complementario al valor de la acción, una aportación suplementaria que deriva del contrato de sociedad e incrementa su patrimonio, pero que no puede integrar su capital[37].

Lo más frecuente es que las acciones con prima o sobre la par se emitan al realizarse un aumento de capital. Su emisión responde, en este caso, a una función de protección de los derechos económicos de los antiguos accionistas por la necesidad de mantener una correlación permanente entre el valor desembolsado por el socio y su cuota de participación en el patrimonio y en los beneficios sociales, para no producir una situación discriminatoria entre los antiguos y los nuevos socios; estos últimos, si aportasen exclusivamente el valor nominal de las acciones que suscriben, pasarían a tener derecho sobre los beneficios acumulados mientras no formaban parte de la sociedad, con el consiguiente empobrecimiento

---

[35] BARBA DE VEGA, J., *Las prestaciones accesorias en las Sociedades de Responsabilidad Limitada*, cit.,; LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., págs. 44-50; LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., "La configuración estatutaria de las prestaciones accesorias en la sociedad anónima", cit., págs. 835-873; ROJO, A., "Génesis y evolución de las prestaciones accesorias", cit., págs. 271-307.; SOTILLO MARTÍ, A., "El contenido de las prestaciones accesorias en la Sociedad de Responsabilidad Limitada", cit., págs. 91-118; URÍA, R., "Las prestaciones accesorias en la Sociedad de Responsabilidad Limitada española", cit., págs. 325-341; FERNÁNDEZ FÉRNANDEZ, I., *Aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima*, Pamplona, 1997, págs. 52-56.

[36] La institución de las prestaciones accesorias presenta, desde el punto de vista económico, una indudable significación en el ámbito de las sociedades capitalistas, al ofrecer una vía de acceso a valores económicos que pueden resultar imprescindibles para la consecución del fin social y que no pueden ser adquiridos por la sociedad en concepto de aportaciones sociales.

[37] GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. I, cit., pág. 420; GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 119; VELASCO ALONSO, A., "La prima de emisión en las ampliaciones de capital de las sociedades anónimas", *Revista de Derecho Privado*, 1953, págs. 215 y ss; MASSAGUER, J., "El capital nominal. Un estudio del capital de la sociedad anónima como mención estatutaria", *Revista General del Derecho* nº 549-551, pág. 5555; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I., *Aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima*, cit., págs. 59-62.

Universidad de Huelva 2009

para los antiguos accionistas, que verían disminuido el valor de sus antiguas acciones. Para evitar este efecto negativo se impone a los suscriptores de las nuevas acciones el desembolso de una suma adicional o sobreprecio junto con el valor nominal de los títulos que suscriben. A través de las primas de emisión se trata de nivelar equitativamente la situación económica de los nuevos accionistas con respecto a los antiguos[38], manteniendo éstos sus derechos latentes sobre las reservas y conservando idénticas expectativas de dividendos, evitando que sean disminuidos por la emisión de nuevas acciones a la par[39]. Sin embargo, no existe obstáculo alguno para que la emisión de acciones con prima tenga lugar en el momento de constitución de la sociedad (si por las circunstancias de la actividad que se emprende se quiere contar con un determinado respaldo patrimonial inicial y no se desea rebasar cierta cifra de capital social en la fase de constitución[40]).

Ahora bien, el importe de las primas de emisión no integra, como ya hemos señalado, el capital de la sociedad, lo que hace imposible considerar tales primas como verdaderas aportaciones, como aportaciones en sentido estricto[41]. La prima de emisión puede ser considerada una aportación complementaria, una "aportación de mero patrimonio", en cuanto prestación o colaboración del socio (impuesta por la sociedad para adquirir dicha condición) encaminada a la consecución del objeto social, pero nunca una "aportación de capital"[42].

---

[38] GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, I, cit., págs. 419-420.

[39] La prima limita sus efectos, pues, a la nivelación de la situación patrimonial de los nuevos accionistas con los antiguos, que son los que habían venido soportando la constitución de reservas a costa de reducir la cuantía de los beneficios repartibles en períodos anteriores (SÁNCHEZ ANDRÉS, A., "La acción y los derechos del accionista [Artículos 47 a 50 LSA], Las acciones", T. IV, vol.1°, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* [dir. URÍA, MENÉNDEZ, OLIVENCIA], Madrid, 1994, pág. 77).

[40] De esta manera se consigue más rápidamente la estabilidad económica de la sociedad, así como la rentabilidad del capital social, disponiendo de antemano de fondos aptos para lanzar la producción, y permitir una más pronta distribución de beneficios.

[41] Cosa distinta es la posibilidad de emplear los fondos constituidos con las primas de emisión para su transformación en capital por vía de ampliación de capital gratuita, único destino expresamente contemplado por nuestra legislación actual para las primas de emisión (art. 157 LSA). Sin perjuicio de la posibilidad de su distribución, en los términos que la Ley condiciona su reparto (art. 194.3), y la admisión de su utilización para financiar amortizaciones patrimoniales.

[42] Prueba de ello es que, aún cuando la prima de emisión debe satisfacerse íntegramente en el momento de la suscripción de las acciones (art. 47.3 LSA), su desembolso no puede ser contabilizado dentro de la cuarta parte de desembolso mínimo del valor de cada una de las acciones que exige el artículo 12 de la LSA.

Universidad de Huelva 2009

2°.b. Aportación en sentido estricto.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, la aportación debe concebirse en un sentido más restringido. El término aportación hace referencia a aquellas prestaciones que integran el capital de la sociedad, son las que antes hemos denominado "aportaciones de capital". La LSA, igual que la LSRL, se preocupa de un modo muy particular de regular con rigor las aportaciones, entendidas en un sentido estricto, reservadas para bienes o activos que integran debidamente el capital social, que resultan aptos para garantizar a los acreedores el pago de las deudas sociales y que otorgan a quienes las realizan la condición de socios. Consecuentemente, tanto la LSA como la LSRL utilizan el término aportación únicamente en este sentido restringido o estrictamente jurídico.

El artículo 36 de la LSA, al disponer que sólo podrán ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica, no quiere decir que para las sociedades anónimas exista un concepto nuevo ni distinto de aportación del que hasta ahora venimos anunciando. Lo que quiere el precepto es que a la cifra del capital social corresponda un patrimonio constituido por aportaciones efectivas y de naturaleza patrimonial, capaces de servir de garantía para el pago de las deudas sociales[43]. Son las anteriormente denominadas "aportaciones de capital".

Cuando se afirma que la aportación es la contribución de cada socio a la formación del patrimonio social[44], se hace referencia a un concepto más restringido que exige la naturaleza patrimonial de aquélla y su susceptibilidad de formar parte del patrimonio

---

[43] En definitiva, que las aportaciones realizadas por los socios puedan ser valoradas objetivamente a través de criterios generalmente admitidos, sean idóneas para ser cambiadas por dinero, y que el valor que en su momento se les atribuya a estas aportaciones pueda ser de algún modo, ante una situación de crisis económica de la sociedad, recuperado en favor de los acreedores sociales para la satisfacción de sus créditos. En este sentido se manifiesta GALLEGO SÁNCHEZ, E., "Las aportaciones en la sociedad de responsabilidad limitada", *Revista de Derecho de Sociedades* nº 5, 1995, pág. 83.

[44] GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, I, Madrid, 1976, cit., pág. 238.

Universidad de Huelva 2009

común[45]; excluyendo la posibilidad de constituir objeto de aportación cualquier otro tipo de colaboración del socio, encaminada a la consecución del fin social, que no pueda pasar a integrar el capital de la sociedad. Estas obligaciones sociales, que no pueden integrar el capital social, se encauzan en las sociedades anónimas a través de la figura de las prestaciones accesorias (art. 36.1, párrafo. 2º LSA)[46].

En cuanto a las diferencias entre las sociedades anónimas y las sociedades personalistas merece la pena mencionar, como ya hemos dicho, la prohibición expresa del artículo 36.1 de la LSA de aportar a una sociedad de este tipo el trabajo o los servicios[47]; mientras que los socios colectivos, por el contrario, pueden recibir partes sociales a cambio de estas aportaciones de "industria"[48].

3º. Naturaleza jurídica de la aportación social.

Examinado el concepto jurídico de aportación social, es conveniente mencionar la amplia discusión doctrinal a la que ha dado lugar la naturaleza jurídica del acto de desplazamiento que se produce del patrimonio del socio al patrimonio de la sociedad. La causa de ello ha sido la variedad y diversidad de posturas que se han expuesto y defendido

---

[45] LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 19.

[46] La LSA utiliza el término aportación en un sentido restringido, de manera que las prestaciones accesorias quedan fuera del mismo y, por lo tanto, fuera del mayor rigor con que se regulan las aportaciones que tienen la función de integrar el capital social. En consecuencia, si un bien susceptible de ser aportado, se entrega como prestación accesoria, queda fuera del régimen riguroso que las aportaciones tienen que respetar.

[47] CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, 2ª ed., T.I, Jaen, 1977, pág. 455, afirma que no hay duda de que tal aportación se compadece mal con la necesidad de que lo aportado pase a constituir un fondo de garantía.

[48] GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, cit., pág. 358, considera que en la sociedad colectiva las aportaciones se caracterizan por su amplitud: "no sólo el dinero y la actividad, sino también otros valores económicos que no son ponderables en dinero ni, por tanto, susceptibles de ser llevados al balance, constituyen aportaciones admisibles en la sociedad colectiva".

Universidad de Huelva 2009

en relación a este tema[49]. Algunas de ellas son rechazadas, porque niegan o desconocen la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles. El Derecho positivo vigente en nuestro país reconoce la personalidad jurídica de estas entidades sociales, a menudo condicionadas a que cumplan determinados requisitos exigidos por las leyes, pudiéndose diferenciar aquellas legislaciones que la conceden a todo tipo de sociedades frente a aquellas otras que sólo la otorgan a un grupo de ellas[50].

El Código civil español establece que son personas jurídicas, "las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados" (art. 35.2). Así mismo el Código de comercio determina que "una vez constituida la Compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos" (art. 116). Este precepto ha añadido, por vía legislativa, en una "parte general" de las sociedades mercantiles, la nota de la personalidad jurídica referida a todas, a pesar del distinto régimen de cada tipo que llega por evolución autónoma al Código. El Código de comercio, al igual que las distintas leyes reguladoras de los diversos tipos sociales que escapan a este cuerpo legal, atribuye a las

---

[49] Sobre las distintas teorías en torno a la naturaleza jurídica de las aportaciones sociales, en nuestra doctrina: LÓPEZ JACOISTE, J.F., *El arrendamiento como aportación social*, Pamplona, 1955, págs. 15-64; BÉRGAMO, A., *Sociedades anónimas (Las acciones)*, T. I, Madrid, 1970, págs. 427-438; MARTÍNEZ ALMEIDA, A., "Naturaleza jurídica de la aportación social", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1950, págs. 220-243; ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, A., "Tradición instrumental y aportación social", *Revista de Derecho Mercantil* nº 78, 1960, págs. 482-486; ROCA SASTRE, "Naturaleza jurídica de la aportación social", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1946, págs. 413-457; CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T. XXI, vol. 1º, Madrid, 1986, págs. 191-217; PAZ-ARES, C., "Comentario a los artículos 1.665 y siguientes del Código civil", *Comentario del Código civil*, T. II, Ministerio de Justicia, 2ª ed., Madrid, 1993, pág. 1418-1419.

[50] Es conveniente poner de manifiesto que existen sociedades que actúan en el tráfico mercantil sin que hayan cumplido los requisitos establecidos por las leyes para su válida constitución. En efecto, es posible que en el contrato de sociedad se hayan producido algunos vicios o defectos que conlleven su nulidad o anulabilidad (vicios en el consentimiento de los contratantes, ilicitud en el objeto de la sociedad, ilicitud de la causa del contrato, etc.). Estas sociedades, a pesar de ser nulas o anulables, pueden haber actuado en el tráfico, incluso manteniendo relaciones jurídicas con terceros. En tal caso, no es adecuado, sin más, declarar la nulidad de la entidad social, ya que este modo de actuar perjudicaría seriamente los intereses de esos terceros que han establecido relaciones con la sociedad. Estamos haciendo alusión a las denominadas sociedades de hecho. El tratamiento jurídico que se les atribuye, justificado precisamente por las relaciones que han podido mantener con diversos sujetos, es considerar a la sociedad válida, produciendo todos sus efectos, tanto entre las partes como frente a los terceros, hasta el momento en que es anulada o declarada nula por los tribunales. Es entonces cuando se procede a liquidar a la sociedad de acuerdo con las normas aplicables al tipo social constituido con vicios o defectos. De este modo se garantiza la posición de esos terceros que con ella contrataron, y se protegen los intereses que pudieran resultar afectados o perjudicados si se llegase a la conclusión de considerar nulos los contratos celebrados por la sociedad.

Universidad de Huelva 2009

sociedades mercantiles los atributos propios de la persona jurídica (domicilio, nacionalidad, denominación o razón social, patrimonio, etc.).

El reconocimiento de dicha personalidad, en el plano subjetivo, implica que las sociedades mercantiles son sujetos de derecho, están dotadas de capacidad jurídica plena, tanto en sus relaciones jurídicas con terceros (externas) como frente a los socios (relaciones internas). En el plano patrimonial, una de las consecuencias más relevantes del reconocimiento de personalidad jurídica a las sociedades mercantiles es la atribución a las mismas de un patrimonio propio, sometido a su propia esfera de responsabilidad. Se dice entonces que gozan de autonomía patrimonial, es decir, son titulares de un patrimonio, distinto y separado del patrimonio de sus socios, con el que responden de las deudas sociales, lo que hace posible una separación de responsabilidad entre los socios y la sociedad[51], impidiendo que los acreedores particulares de los primeros puedan dirigirse contra el patrimonio de la sociedad, ya que éste queda reservado a la garantía de los acreedores sociales.

Respecto a la naturaleza jurídica de la aportación, se han defendido multitud de teorías, pero dejando a un lado aquellas que niegan o desconocen la personalidad jurídica de las sociedades[52], el resto parece coincidir en calificar a la aportación como una verdadera

---

[51] En repetidas ocasiones hemos afirmado que en las sociedades capitalistas, como ocurre en las sociedades anónimas, los socios no responden de las deudas de la sociedad. Consecuentemente, es clara en este tipo social, la autonomía patrimonial de la sociedad. Pero incluso en las sociedades personalistas, la existencia del patrimonio social, independiente del patrimonio de los socios, es manifiesta, al igual que lo es la separación de la responsabilidad entre uno y otros. En estas sociedades los socios van a responder con su propio patrimonio de las deudas sociales, pero es una responsabilidad subsidiaria, por lo que es necesario agotar, en primer lugar, el patrimonio de la sociedad. Sólo así, después de haber hecho excusión de los bienes sociales, los acreedores podrán dirigirse directamente al patrimonio de los socios para satisfacer sus créditos pendientes.

[52] Ver: MANARA ("Delle Società e delle Associazioni Commerciale", *Trattato teorico-pratico. Parte generale*, vol.II, Sec. I, Turín, 1902, págs. 37 y ss.), después de negar la personalidad de las sociedades, llaga a la afirmación de que los socios conservan durante la sociedad la copropiedad de los bienes puestos en comunidad social. Para este autor, el aportante conserva en condominio de las cosas aportadas y el derecho de los socios sobre el patrimonio social constituye un auténtico señorío real; CHIRONI (*Personalità e persona giuridica*, Turín, 1915), por su parte, estima que la sociedad es, en realidad, una comunidad en quiescencia; NAVARRINI (*Trattato Teorico-Pratico di Diritto Commerciale*, IV, 1920, págs. 235-236), considera que la aportación presenta dos vertientes: una, la cara interna que se halla fuertemente pigmentada de condominio. Pese al desplazamiento patrimonial, la copropiedad persiste; otra, el aspecto externo, cara al tráfico la titularidad pertenece a la compañía. Lo que sucede es que esto no basta para extirpar la raíz interna del condominio: tan sólo la camufla.

Universidad de Huelva 2009

enajenación[53]. La aportación va dirigida a crear un patrimonio autónomo y los bienes y derechos aportados escapan del poder de disposición del aportante; equivale para éste a una verdadera enajenación.

La opinión dominante en nuestra doctrina considera, por tanto, la aportación como un acto de enajenación del aportante a la sociedad, similar a un acto traslativo del dominio, mediante el cual los bienes o derechos aportados salen del patrimonio del aportante, quien pierde desde ese momento la disponibilidad sobre los mismos, que entran a formar parte del patrimonio de la sociedad[54].

Aún cuando se distinguen ciertos matices de apreciación, la doctrina mayoritaria coincide en afirmar que los bienes aportados pasan al dominio de la sociedad no sólo es su aspecto externo o frente a los terceros, sino también en el ámbito de las relaciones internas, entre los socios, produciéndose un acto traslativo a título oneroso entre el socio y la sociedad[55]. El reconocimiento de la titularidad dominical de la sociedad sobre los bienes

---

Consecuentemente, no se produce una verdadera transferencia de la propiedad en favor de la compañía, sino un mero desplazamiento formal, motivado por las conveniencias del tráfico; BONET ("Comentario a la Sentencia de 15 de Octubre de 1940", *Revista de Derecho Privado*, 1941, págs. 35 y ss.), concluye que la sociedad es una comunidad en movimiento; ROCA SASTRE, ("Naturaleza jurídica de la aportación social", cit., págs. 413-457), finalmente, determina que la personalidad jurídica de las sociedades no es más que la cobertura personificante de una comunidad de bienes, por lo que ve en la aportación un acto de intercomunicación de bienes y no una enajenación a la sociedad.

[53] CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, T. I, cit., pág. 281, considera que la aportación, aunque no entrañe, sobre todo desde el punto de vista económico, un desprendimiento total del derecho, modifica sustancialmente la situación jurídica de los bienes que se aportan y debe ser tratada, en principio, como un acto dispositivo.

[54] LOJENDIO OSBORNE, I., "Clases de fundación. Aportaciones sociales", cit., pág. 221; ID., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 22; GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. I, cit., pág. 343; VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. I, vol. 1°, 3ª ed., Barcelona, 1990, pág. 440; MARTÍNEZ ALMEIDA, A., "Naturaleza jurídica de la aportación social", cit., págs. 220-243; ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, A., "Tradición instrumental y aportación social", cit., pág. 486; LUCAS FERNÁNDEZ, F., *Temas sobre sociedades anónimas. Escrituras de constitución y ampliación de capital*, Madrid, 1991, pág. 125; BERGAMO, A., *Sociedades anónimas (Las acciones)*, T. I, cit., pág. 434; PAZ-ARES, C., "Comentario a los artículo 1.665 y siguientes del Código civil", cit., págs. 1418-1419; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I., *Aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima*, cit., págs. 87-88; SÁNCHEZ MIGUEL, M.C, "De las aportaciones (Artículo 36 a 41)", *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas* (dir. SÁNCHEZ CALERO, F.), T. I, Madrid, 1997, pág. 838.

[55] Es necesario dejar constancia de que diversas sentencias del Tribunal Supremo consideran la aportación como un acto dispositivo, como un acto traslativo del dominio de la cosa aportada o acto de enajenación (ver, entre otras, las sentencias de 11 de noviembre de 1970, 3 de diciembre de 1981, 13 de diciembre de 1982 y 2 de abril de 1990). En el mismo sentido,

Universidad de Huelva 2009

aportados es explícito en diversos preceptos del Código de comercio que hablan de masa social (arts. 170 y 235), de bienes y efectos de la compañía (art. 225) y de bienes particulares de los socios que no se incluyeron en el haber de la sociedad (art. 237).

Algunos autores, a nuestro juicio equivocadamente, invocan la personalidad jurídica diferenciada de la sociedad para justificar la teoría de la enajenación[56], lo cual es irrelevante a efectos normativos. Pues la razón de que consideremos que hay enajenación no se halla propiamente en la personificación de la sociedad, sino en la sustancial alteración que sufre el vínculo jurídico que existe entre el socio y el objeto de la aportación antes y después de realizarla.

En efecto, pensemos que, de acuerdo con los artículos 117 y 119 del C. de c., nuestro Derecho no requiere que el consentimiento de las partes para constituir una sociedad mercantil se exprese en una forma determinada para reconocer validez y eficacia al contrato de sociedad[57]. El contrato de sociedad, como todo contrato, surge del acuerdo de voluntades entre las partes que lo conciertan. Y ese acuerdo, a falta de normas especiales en contrario, puede concluirse en cualquier forma, por lo que la producción de sus efectos deriva de su simple existencia. En este sentido, no existe duda de que en las sociedades colectivas y comanditarias simples no se requiere (*ad solemnitatem*) que su constitución conste en escritura pública, salvo que la especial naturaleza de los bienes aportados así lo exija[58]. El problema se plantea en las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y comanditarias por acciones. Los artículos 7 de la LSA, 11.1 de la LSRL y 152 del C. de c., vienen a

---

la DGRN ha afirmado la imposibilidad de aportar bienes de dominio público a una sociedad anónima, dado su carácter inalienable (ver, por todos, la Resolución de 12 de septiembre de 1985).

[56] MARTÍNEZ ALMEIDA, A., "Naturaleza jurídica de la aportación social", cit., pág. 222 y ss.; LÓPEZ JACOISTE, J.F., *El arrendamiento como aportación social*, cit., págs. 44 y ss.

[57] En términos similares se manifiesta DÍAZ MORENO, A., "Las sociedades Mercantiles", *Lecciones de Derecho Mercantil* (coordinación JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.), 4ª ed., Madrid, 1997, pág. 144.

[58] En el caso de que se aporten a la sociedad bienes inmuebles o derechos reales, será necesaria la escritura pública (arts. 1.667 y 1.668 C.c), a la que deberá unirse un inventario de los inmuebles aportados (GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, I, cit., págs. 227-230; CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil T.* I, cit., págs. 176-200).

Universidad de Huelva 2009

establecer que estos tipos sociales se constituirán mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil y que con la inscripción adquirirán su personalidad jurídica.

La realidad es que estas sociedades existen, en cuanto que concurren todos sus elementos estructurales, y actúan en el tráfico antes de la inscripción e incluso antes de la escritura, siendo válidas las relaciones que mantienen con terceros. Por tanto, la cuestión se centra en el tratamiento que a las mismas se les debe otorgar en orden a determinar si los bienes o derechos aportados siguen perteneciendo a los socios hasta el momento de la inscripción de la sociedad o, por el contrario, pertenecen a la sociedad, aún no inscrita, desde el instante en que se efectúa la aportación, perdiendo los socios la disponibilidad sobre los mismos[59].

Como en líneas anteriores hemos señalado, la LSA, la LSRL y el C. de c. establecen que estos tipos de sociedades se constituirán mediante escritura pública[60], que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Continúan los citados preceptos diciendo que con la inscripción adquirirá (la sociedad anónima, la sociedad de responsabilidad limitada o la sociedad comanditaria por acciones) su personalidad jurídica[61]. Sin embargo, como

---

[59] La sociedad anónima, constituida en escritura pública, e incluso antes de la escritura, en la que concurren los elementos esenciales del contrato, es suficiente para ser considerada sociedad y para que actúe en el tráfico mercantil siendo válidas las relaciones que mantiene con terceros. Así lo prevé el Derecho positivo. La LSA contempla expresamente la figura de la sociedad anónima en formación, reconociendo la existencia de un patrimonio autónomo, constituido por las aportaciones de los socios y sujeto a un régimen especial de responsabilidad por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad (art. 15 LSA). Siguiendo la misma línea, el mismo texto legal establece el régimen jurídico de la sociedad anónima irregular, sociedad que mantiene relaciones válidas y eficaces con terceros aún cuando no esté inscrita en el Registro Mercantil (art. 16 LSA).

[60] DÍAZ MORENO, A., "Las sociedades mercantiles", cit., pág. 145, estima que, tal expresión legal (se constituirán mediante escritura pública) no parece suficiente para desvirtuar la fuerza del artículo 117 del C. de c. y, por tanto, para supeditar la eficacia *inter partes* del contrato social al cumplimiento de aquella formalidad. Advierte, además, que el artículo 322 del RRM parece apuntar a la no necesidad de escritura pública al prever la inscripción de sociedades no inscritas a través de mandamiento judicial cuando falte la escritura de constitución, sin distinguir entre los diferentes tipos sociales.

[61] Estos preceptos han vuelto a plantear la cuestión de si estas sociedades se constituyen con la escritura pública o con la inscripción. Podemos decir que caben, respecto al problema planteado en las sociedades anónimas, dos posturas tradicionales. La primera podemos sintetizarla diciendo que la sociedad anónima se constituye con la escritura y adquiere personalidad jurídica con la inscripción (CÁMARA ÁLVAREZ, M., "Fundación: escritura y estatutos. Suscripción y desembolso", *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, pág. 69; LUCAS FERNÁNDEZ, F., *Temas sobre sociedades anónimas. Escrituras de constitución y ampliación de capital*, cit., pág. 23; MARTÍ SÁNCHEZ, J.N., "El empresario social como sujeto de derecho en el Ordenamiento jurídico español", *Revista de Derecho*

Universidad de Huelva 2009

anteriormente hemos apuntado, existen sociedades que actúan en el tráfico mercantil estando pendiente su inscripción, bien porque están en período de formación[62], bien porque no existe realmente intención de inscribirlas; hablamos en estos casos, respectivamente, de sociedades en formación y de sociedades irregulares[63].

Mercantil nº 211-212, 1994, págs. 145-151; TAPIA HERMIDA, A., *La sociedad anónima. Falta de inscripción registral*, Madrid, 1996, págs. 106-109 y 129-139; GARCÍA-CRUCES, J.A., *La Sociedad de Capital en Formación*, Pamplona, 1996, págs. 13-32, matiza que, en realidad, no es que la sociedad adquiera personalidad jurídica con la inscripción, pues goza de personalidad desde su constitución -escritura pública-, sino que la inscripción permite la oponibilidad plena frente a los terceros de las características propias del tipo social). La segunda postura o interpretación del artículo 7 de la LSA parece sostener que en la sociedad anónima la inscripción es constitutiva. Sólo hay sociedad anónima como tal desde la inscripción (GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. I, cit., págs. 157 y 175; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., "La sociedad anónima en formación y la sociedad irregular", *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en homenaje a JOSÉ GIRÓN TENA*, Madrid, 1991, pág. 685; DÍAZ ECHEGARAY, J., *Fundación de la Sociedad Anónima*, 2ª ed., Madrid, 1990, pág. 63; VENTOSO ESCRIBANO, A., *Constitución de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1991, pág. 262; VALPUESTA GASTAMINZA, E., *La sociedad irregular*, Derecho de Sociedades, Pamplona, 1995; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.D., "La sociedad en proceso de fundación y la sociedad irregular", *La reforma del Derecho español de Sociedades de capital*, Madrid, 1987, pág. 181; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., "La Sociedad Comanditaria por Acciones [Artículos 151 a 157 del Código de Comercio]", *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. XIII, Madrid, 1992, pág. 91).

Mención expresa y separada merece la interpretación del artículo 7 de la LSA por parte de LANZAS GALVACHE, J. Para él, el nacimiento de la sociedad anónima presenta cierta similitud con el de las personas físicas. La fase de concepción y gestación se produce cuando se presta el consentimiento de los contratantes, unido a la causa objetiva y la final, de acuerdo con el artículo 1.261 del C.c., momento a partir del cual ya hay contrato de sociedad. La de alumbramiento tiene lugar cuando se otorga la escritura pública de constitución, a contar desde la cual ya puede hablarse de sociedad. La de viabilidad, por su parte, se produce desde la inscripción en el Registro Mercantil, surgiendo así la persona jurídica sociedad (*Comentarios Prácticos a la Ley de Sociedades Anónimas y Reglamento del Registro Mercantil en lo aplicable a dicho tipo societario*, Madrid, 1991, págs. 27-28). Siguiendo esta misma orientación, SELVA SÁNCHEZ, L. destaca tres momentos relvantes en el proceso de constitución de la sociedad anónima: en primer lugar, el acuerdo de algunas personas para constituirla, es decir, la fase contractual; en segundo lugar, el otorgamiento de la escritura, a partir de la cual la sociedad ya está constituida, pero aún no goza del estatus completo de incomunicación o autonomía patrimonial plena respecto del de sus componentes (desde ese momento es conceptuada como persona jurídica sociedad en formación); y, finalmente, la inscripción en el Registro Mercantil, con la que el ordenamiento establece la absoluta separación de patrimonios y la exclusiva responsabilidad de la sociedad (desde ese momento es conceptuada como persona jurídica sociedad anónima) ("Reflexiones en torno a la sociedad en formación y a la sociedad irregular", *Academia Sevillana del Notariado*, T. VI, 1992, págs. 397-398).

[62] En la práctica, parece casi imposible la fundación inmediata de una sociedad anónima: otorgamiento de escritura pública por los socios, inscripción simultánea, sin problemas, en el Registro Mercantil, y ausencia de cualquier actividad por aquéllos antes de la inscripción, salvo las actuaciones indispensables para conseguir ésta. La realidad no es tan sencilla. Entre la escritura y la inscripción transcurrirá, normalmente, un plazo de tiempo, más o menos largo, siendo posible que, por diversos motivos, voluntarios o involuntarios se retrase la presentación a la inscripción, o incluso, que la calificación del Registrador advierta defectos que impidan o retrasen la inscripción del documento, o que, finalmente, no exista realmente voluntad de inscribir. En todos estos supuestos, lo normal es que se hayan realizado determinadas actuaciones, y generado ciertos gastos con vistas a la constitución de la sociedad, que pueden haber tenido lugar incluso antes del otorgamiento de la escritura. En ocasiones, puede ser necesario que la sociedad empiece a funcionar prematuramente, sin esperar a que se cumplan los trámites que distancian el otorgamiento de la escritura pública de su inscripción en el Registro Mercantil.

[63] Debemos advertir que de ahora en adelante, al analizar estas sociedades aún no inscritas, vamos a referirnos exclusivamente a las sociedades anónimas, tipo social que en este momento nos interesa. No sin poner de manifiesto que la mayor parte de las consideraciones que sobre ellas se realicen son válidas, en principio, para el resto de las sociedades

Universidad de Huelva 2009

La realidad es que las sociedades anónimas nacen a través de un proceso delimitado por diversos actos o elementos, siendo una tarea ardua y difícil determinar en qué momento adquieren su personalidad jurídica. Este proceso viene delimitado en su comienzo por el contrato de sociedad y en su final por la inscripción, pero ello no significa que hasta ese momento final el contrato de sociedad carezca de toda eficacia por sí mismo y que con la inscripción nazca la personalidad jurídica de la nada. Muy lejos de eso, el contrato de sociedad tiene validez y eficacia por sí mismo, dando lugar a la apertura del proceso de fundación de la persona jurídica, que, a partir de ese momento, se rige por las normas reguladoras de la sociedad que se pretende fundar: se otorga la escritura (art. 8 LSA), en la que se fijan los estatutos [art. 8.e)], debiendo asimismo suscribirse todas las acciones y desembolsarse como mínimo el 25 por 100 del capital suscrito (art. 12 LSA); se designan quienes van a ser los miembros de los primeros órganos de la sociedad, etc. En definitiva, se constituyen los primeros órganos, se constituye el patrimonio social con las aportaciones de los socios e incluso se realizan negocios en nombre de la sociedad (art. 15)[64]. Pues bien, todos estos actos y acuerdos no pueden entenderse si partimos de la idea de que hasta la inscripción no existe la persona jurídica, pero sí en cuantos actos, acuerdos o negocios de esa figura jurídica que es la persona jurídica en proceso de formación[65].

En este sentido, el artículo 15 de la LSA establece no sólo un régimen de responsabilidad de quienes actúan en nombre de la sociedad anónima en formación (art. 15.1), sino también la configuración de la responsabilidad de la sociedad misma en proceso

---

capitalistas: de responsabilidad limitada y comanditarias por acciones. Sin perjuicio de que en determinados momentos estimemos conveniente aludir a otros tipos sociales a efectos comparativos o aclaratorios.

[64] ALONSO UREBA, A., "La sociedad en formación", *Derecho de Sociedades Anónimas. I. La Fundación*, Madrid, 1991, pág. 542, considera que es preciso contemplar las actuaciones en la fase fundacional a partir de la construcción jurídica de la llamada <<sociedad en formación>> como entidad jurídica capaz de obligarse y actuar como tal en el tráfico, de modo que la responsabilidad personal de los <<actuantes en nombre de la sociedad en la fase fundacional>>, se añada a la de la propia sociedad como plus de protección de terceros a falta del control preventivo y publicidad que implica la inscripción, sin descartar incluso la responsabilidad de los propios socios.

[65] ALONSO UREBA, A., "La sociedad en formación", cit., pág. 528; SELVA SÁNCHEZ, L., "Reflexiones en torno a la sociedad en formación y a la sociedad irregular", cit., págs. 397-398; GARCÍA-CRUCES, J.A., *La Sociedad de Capital en Formación*, cit., págs. 34-35 y 98, especialmente (nota 198).

Universidad de Huelva 2009

de formación con su propio patrimonio, constituido con las aportaciones de los socios (art. 15.2), lo que implica el reconocimiento de la figura de la sociedad en formación. Consecuentemente, la sociedad anónima en formación disfruta de un cierto grado de subjetivación, que le permite actuar en el tráfico y ser destinataria de las aportaciones recibidas, cuya titularidad le corresponde[66].

Pero la LSA llega aún más lejos; junto a la actuación en el tráfico de esta figura jurídica -no inscrita aún- de la sociedad en formación (art. 15), contempla la actuación en el tráfico con efectos externos, y no meramente internos, del supuesto de una sociedad, no sólo no inscrita, sino sin intención de inscribirse, o sin intención de realizar lo necesario para alcanzar la inscripción; la denominada sociedad anónima irregular (art. 16)[67].

Consecuentemente, no se puede negar toda entidad o reconocimiento jurídico a la sociedad anónima en la fase anterior a la inscripción. Debemos partir de la idea de que la falta de inscripción impide el nacimiento de la sociedad anónima como tal, con la plenitud de las características que a este tipo social le corresponden, pero que ello no supone la ausencia total de efectos jurídicos, con independencia de la terminología que se utilice para designar esta situación. Si negamos la eficacia del contrato de sociedad, subordinándola a la inscripción, no podemos hablar de patrimonio social y, en dicho caso, las aportaciones corresponderían a los propios fundadores y no a la sociedad en formación o, en todo caso, los aportantes seguirían siendo los titulares de los bienes y derechos aportados hasta el

---

[66] Como se ha dicho autorizadamente (ALONSO UREBA, "La sociedad en formación", cit., pág. 587), dicho precepto acoge la construcción germánica que conceptúa a la sociedad en formación como "persona jurídica en proceso de fundación", es decir, sociedad sujeta a normas legales y negociales sobre la fundación y al derecho de la persona jurídica que se pretende crear.

[67] Podemos afirmar que una de las novedades digna de ser mencionada nacida de la reforma de 1989 ha sido precisamente la mayor atención prestada al *iter* formativo de la sociedad. De este modo, el legislador ha perfilado con mayor nitidez la figura de la sociedad en formación y, asimismo, ha dado contornos más seguros a la sociedad irregular. En ambos casos se viene a reconocer un grado de subjetividad jurídica variable que, en principio, no podemos identificar con la personalidad jurídica plena.

Universidad de Huelva 2009

momento de la inscripción de la sociedad[68].

Tampoco podemos afirmar, sin más, que la sociedad anónima como tal adquiere su personalidad jurídica antes de la inscripción (art. 7 LSA), pero sí cabe pensar que antes de este momento hay sociedad. Debemos entender que desde el otorgamiento de la escritura, quizás más exactamente desde el contrato de sociedad[69], hay sociedad; no una sociedad anónima perfectamente constituida con la plenitud de sus efectos, pero sí una sociedad con capacidad jurídica para obligarse y actuar en el tráfico a través de sus órganos[70], tanto en el ámbito de las relaciones internas como externas, en cuanto entidad distinta y separada de los socios, titular de su propio patrimonio[71]. Prueba de ello es que los contratantes no pueden desligarse de sus compromisos ni, por tanto, pretender retirar sus aportaciones o

---

[68] Ello podría llevar al fatal desenlace de que los aportantes transmitieran de nuevo a otros terceros los bienes y derechos aportados, o que los acreedores particulares de los aportantes pudieran ejecutar los bienes por ellos aportados a la todavía no sociedad.

[69] En repetidas ocasiones hemos señalado que la forma exigida por la LSA para el nacimiento de la sociedad anónima es la escritura pública. El documento privado es ineficaz para crear una sociedad anónima, sin embargo es válido como receptáculo de la voluntad negocial de constituir una sociedad. Sin la escritura pública la sociedad anónima no se constituye como tal, pues la voluntad no se ha expresado correctamente por el cauce jurídico previsto necesariamente por la Ley, pero, al menos, podrá existir una sociedad. El artículo 16 de la LSA se ocupa de disciplinar la sociedad anónima irregular, cualquiera que sea la causa de la irregularidad: falta la inscripción o falta el presupuesto de la misma (escritura pública). De hecho la falta de la voluntad de inscribir la sociedad puede darse tanto en una situación de previo otorgamiento de escritura pública como en una situación anterior -cuando todavía ésta no ha sido otorgada-. Los términos de la Ley "y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción", no recoge el supuesto caracterizador de la sociedad irregular, sino la manifestación evidente que revela la voluntad de no inscribir y, por tanto, que la sociedad ha dejado de estar en fase de formación (art. 15 LSA) y ha pasado a estar sometida a un régimen distinto, previsto para la sociedad irregular (art. 16 LSA). Si la voluntad de los contratantes es la de desarrollar un objeto mercantil, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva, porque representa el tipo social que ofrece mayores garantía a los terceros.

[70] En este sentido, pueden resultar significativos los términos en los que se expresa el Tribunal Supremo, antes de la reforma del 89, y, por tanto, antes del reconocimiento legal expreso de la sociedad anónima en formación, en la Sentencia de 15 de diciembre de 1986: "*...aunque la Sociedad Anónima como tal adquiere su personalidad jurídica plena con la inscripción de la escritura en el Registro Mercantil, es lo cierto de que antes de que se practique la inscripción existe la llamada <<presociedad>>, que viene a ser un germen de sociedad en vías de su definitiva constitución que puede dar lugar a una actividad -como reconoce el art.7 de la Ley de Sociedades Anónimas- distinta de la pura actividad que constituye el objeto social y que se concreta en actos perfectamente convalidables que realizan los gestores frente a terceros*".

[71] De acuerdo con el artículo 1.665 del C.c. -no aplicable a la sociedad anónima, a la comanditaria por acciones, ni a la sociedad de responsabilidad limitada-, basta el contrato de sociedad y la existencia de un fin a promover en común por los socios para que haya propiamente sociedad, determinando la mercantilidad del objeto social la mercantilidad, a su vez, de la sociedad misma .

Universidad de Huelva 2009

incumplir las obligaciones asumidas so pretexto de que la sociedad aún no se ha inscrito en el Registro Mercantil[72]. En definitiva, antes de la inscripción existe una sociedad con un régimen jurídico especial, bien sea la sociedad anónima en formación, bien, atendiendo al supuesto concreto si no existe voluntad de inscribir o, en cualquier caso transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya producido la inscripción, la sociedad anónima irregular; solo con la inscripción dicha sociedad alcanza toda su plenitud como tal sociedad anónima[73].

En efecto, la pérdida de disponibilidad sobre el bien derivada del acto de aportar no depende de que la sociedad haya sido o no inscrita en el Registro Mercantil. Desde el momento de la aportación el bien "transmitido" pasa a constituir el patrimonio de la sociedad en formación, quedando éste sometido a un régimen especial de responsabilidad (art. 15.2 LSA) y el riesgo por pérdida, deterioro o depreciación del bien aportado pasa a la sociedad en el instante en que es puesto a su disposición, con independencia de que la sociedad haya sido inscrita en el Registro o se encuentre aún en la fase anterior a su inscripción.

---

[72] Sin perjuicio de que el legislador faculte a cualquiera de los socios, para el supuesto de sociedad anónima irregular, a instar la disolución de la sociedad en formación y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la restitución de sus aportaciones (art. 16.1 LSA). Lo que, a su vez, resulta especialmente significativo para reforzar nuestra posición, pues, los términos empleados por el legislador "disolución", "la sociedad en formación", "el patrimonio social" y la "restitución", son predicables de un sujeto, no se conciben sin un soporte de personalidad jurídica.

[73] Estas ideas encuentran apoyo, además, en la propia regulación legal. Los artículos 15 y 16 de la LSA establecen un régimen jurídico específico de la sociedad antes (o a falta) de la inscripción. Es más, parecen confirmadas con los mínimos cambios de expresión operados en el segundo inciso del artículo 7. Conforme al anterior artículo 6 de la Ley de 1951, *la sociedad tiene personalidad jurídica desde la inscripción*; en cambio, de acuerdo con el actual artículo 7 *con la inscripción adquiere su personalidad jurídica*. Y sólo puede adquirir algo un ente preexistente. Pero llegando más lejos aún, ese *su* debe interpretarse en el sentido de que hasta entonces tenía ya personalidad jurídica: la de la sociedad anónima en formación o, en su caso, la de la sociedad anónima irregular. En cambio con la inscripción adquiere la sociedad la plenitud de la personalidad propia de la sociedad anónima, dejando de ser aplicables a partir de ese momento ese régimen especial del artículo 15 para la sociedad en formación o, de la sociedad colectiva o civil en el supuesto de sociedad irregular, y aplicando a partir de ese instante el régimen propio del tipo social que le corresponde: la sociedad anónima como tal. No por ello puede pensarse que la sociedad en formación sea algo diferente a la sociedad anónima que surge con la inscripción, como si fueran dos sociedades con regímenes jurídicos propios independientes entre sí. La sociedad en formación es la misma sociedad que la que existe después de la inscripción en un grado inferior, precisamente porque está en período de formación, es decir, no ha adquirido aún la plenitud de dicho tipo social, que necesita de la inscripción para así alcanzar la plenitud del tipo que se pretende constituir. Por lo tanto, es la propia sociedad anónima en período de formación (prueba de ello es que de una gran parte de las obligaciones asumidas en nombre de la sociedad antes de la inscripción responde automáticamente la sociedad anónima; sigue respondiendo la misma persona jurídica, que no ha cambiado, aunque su régimen sea diferente).

Universidad de Huelva 2009

Ningún obstáculo representa -teniendo en cuenta el hecho de que aún antes de la inscripción se realizan las aportaciones de los socios (cuanto menos éstas se comprometen debiendo desembolsarse como mínimo el 25 por 100 del valor nominal de cada acción)-, que algunos de los bienes aportados -por ejemplo un inmueble-, por su propia naturaleza, deban aparecer inscritos a nombre de la sociedad en un Registro -en este caso en el Registro de la Propiedad- para poder oponer la transmisión efectuada a terceros[74]. En esta hipótesis, la transmisión del bien que sale del patrimonio del socio y pasa a constituir el patrimonio de la sociedad en formación, no podrá hacerse constar en el Registro hasta que la inscripción de la sociedad no se realice[75]. Así pues, en el Registro de la Propiedad el bien seguirá estando inscrito a favor del socio aportante, y así será hasta que la sociedad sea definitivamente inscrita y pueda, a partir de ese instante, aparecer, en los supuestos que corresponda, como titular registral del bien aportado[76].

El nuevo texto de la LSA demuestra, con suficiente claridad, que la inscripción de la sociedad anónima es irrelevante a los efectos de reconocer la existencia de un fondo común patrimonial, autónomo y responsable. Prueba de ello es la actual regulación de la sociedad en formación (art. 15. 2 a 4). La Ley reconoce expresamente la existencia de un "patrimonio formado por las aportaciones de los socios" (art. 15.2). Lo relevante es que desde ese

---

[74] Es decir, la transmisión del inmueble del socio aportante a la sociedad es válida, aún cuando dicha transmisión no tenga constancia en el Registro de la Propiedad. Lo que ocurre es que para oponer los efectos de la transmisión a terceros es conveniente que en el Registro de la Propiedad aparezca la sociedad como nuevo titular registral del bien aportado.

[75] El artículo 383 del RH impide la inscripción en el Registro de la Propiedad de cualquier titularidad de una sociedad mercantil (y la sociedad en formación lo es) mientras no conste la inscripción de ésta en el Registro Mercantil.

[76] SELVA SÁNCHEZ, L., "Reflexiones en torno a la sociedad en formación y a la sociedad irregular", cit., pág. 416, considera posible acudir al sistema de protección transitoria de la anotación preventiva por defecto subsanable al amparo del artículo 42.9 de la LH. De esta forma se obtendría la defensa durante el período de los sesenta días del artículo 96, casi coincidente con el establecido en el artículo 17.2 de la LSA para que los administradores y fundadores presenten la escritura de constitución en el Registro Mercantil, para proceder a su conversión conforme al artículo 197 del RH. No obstante, reconoce el autor que esta solución no deja de ser un remedio provisional, y estima que la verdadera garantía vendría dada por un asiento temporal de un año de duración, convertible en definitivo, a favor de la sociedad típica, acreditando su inscripción en el Registro Mercantil, o a favor de la sociedad irregular, una vez transcurrido aquel plazo. En el mismo sentido, GARCÍA-CRUCES, J.A., *La Sociedad de Capital en Formación*, cit., pág. 199, estima conveniente proceder a la oportuna modificación y recoger una previsión reglamentaria que permita a la sociedad realizar una anotación preventiva de su derecho, cuya vigencia quede sujeta a la condición de la solicitud de inscripción en el Registro Mercantil dentro del plazo de un año previsto en el artículo 16 de la LSA.

Universidad de Huelva 2009

momento, sin necesidad de esperar a la inscripción, el socio pierde la disponibilidad de los bienes aportados. De hecho, no prosperarán los embargos de los acreedores personales de los socios sobre los bienes aportados, de fecha posterior a la escritura de constitución[77], ni

---

[77] VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. I, vol.1°, cit., pág. 340.

Este hecho constituye precisamente los antecedentes de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1984. En ella se alza el embargo trabado sobre una finca por una oficina recaudadora de Tributos del Estado, argumentándose que la finca había sido incorporada, en concepto de aportación social, al patrimonio de una Sociedad Anónima (el embargo se realizó sin estar inscrita la sociedad en el Registro Mercantil, a pesar de haber transcurrido más de cuatro años desde el otorgamiento de la escritura fundacional): "*...Si ciertamente la Sociedad Anónima constituida (...), mediante escritura pública otorgada el 16 de junio de 1973 no adquirió personalidad jurídica como tal hasta el 18 de enero de 1978 (la anotación preventiva de embargo tiene lugar el 17 de octubre de 1977) en que fue inscrita la escritura fundacional en el correspondiente Registro Mercantil, tampoco cabe desconocer que establecido un convenio social con la consiguiente aportación a su base económica de la referida finca por parte del socio, desplazó el dominio de ésta al referido ente social creado, puesto que aunque no pueda tener personalidad jurídica con alcance y efectos de Sociedad Anónima en tanto no se lleva a cabo su inscripción registral, según se deduce de los términos del artículo 6 de la Ley 17 de julio 1951 (...), en cuanto se han cumplido los requisitos de forma y fondo para generar relación societaria (...) se estableció un vínculo societario a cuya masa de bienes efectuó aportación de la finca en cuestión don Demetrio S.M., en contraprestación de su participación como socio, que si no produjo efectos en el concepto de Sociedad Anónima con la consiguiente personalidad jurídica de esa naturaleza mercantil, ante la falta del requisito complementario constitutivo de la inscripción registral, sin embargo, produjo efectos, en tanto esa inscripción no tuvo lugar (...) como sociedad privada de índole civil*".

En el mismo sentido se manifiesta el Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de enero de 1990. En este caso, los inmuebles se habían transmitido a la sociedad en virtud de un contrato de compraventa en escritura pública, no a título de aportación, produciéndose el embargo en fecha posterior a la compraventa y anterior a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil. El Tribunal Supremo afirmó que "*...la transmisión del dominio de los citados inmuebles se operó en la fecha de la escritura (...), fecha en que perdió el dominio el transmitente, y, por tanto, el embargo efectuado después sobre esos bienes se practicó sobre inmuebles que ya no pertenecían al deudor*", y continúa señalando que "*el embargo nunca pudo tener virtualidad y eficacia para anteponerse a la presente transmisión del dominio del patrimonio del deudor a otra persona; ni puede, por otro lado, dejarse en suspenso la transmisión dominical hasta que la sociedad se hubiera inscrito en el Registro Mercantil, por ser ello contradictorio, no solo con el art. 1.462.2 del Código civil, sino también con el art. 7 de la Ley de Sociedades Anónimas*".

Las sentencias referidas son de manifiesta importancia, a pesar de que la primera califique a la sociedad existente antes de la inscripción de sociedad civil, si tenemos en cuenta que es anterior a la nueva Ley de 1989, en la que el legislador ha reconocido la existencia de la sociedad anónima en formación y de la sociedad anónima irregular, estableciendo un régimen jurídico propio para cada uno de los casos. Sin embargo, debe advertirse que existen sentencias que resuelven en sentido contrario y afirman la falta de personalidad jurídica de la sociedad antes de la inscripción -como es de esperar los hechos ocurrieron bajo la vigencia de la Ley de 1951-. Esta es la posición que adopta el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 13 de febrero de 1985, en un supuesto similar al anterior, en el que la petición de embargo procedía, ahora, de un particular, una persona jurídica privada. El Alto Tribunal rechaza la tercería de dominio sobre la base de que no inscrita la sociedad anónima en el momento del embargo, carecía de personalidad jurídica, y por tanto, los bienes aportados seguían siendo propiedad del socio aportante. Afirma el Tribunal Supremo que si la supuesta sociedad anónima "*no había nacido como persona jurídica al tiempo en que el embargo se produjo mal podía tener en su patrimonio los bienes en cuestión*" y continúa señalando que "*si la falta de inscripción de una sociedad anónima, sin perjuicio de que el contrato vincule a los socios (...) es manifiesto que sólo a partir del acceso de la escritura al Registro Mercantil pudo adquirir la sociedad de que se trata el dominio de las fincas aportadas por el ejecutado, de donde se sigue que al ser embargadas en fecha anterior a la inscripción determinadora de la personalidad jurídica de la demandante, ésta no era propietaria, y consiguientemente la tercería de dominio, que implica el ejercicio de una acción reivindicatoria, no puede prosperar, pues falta la prueba de ser la actora titular del dominio de las fincas embargadas al practicarse la traba*" (para un análisis

Universidad de Huelva 2009

se plantea el problema de si prosperaría una tercería de dominio por parte de la sociedad una vez inscrita[78].

En cambio, es más difícil determinar si prosperaría una tercería de dominio por parte de la sociedad antes de la inscripción[79]. Pensemos que la sociedad en formación puede actuar a través de los órganos que, tanto en la escritura como en los estatutos, han sido designados para su representación, gestión y administración[80]. Consideramos, pues, que no existe obstáculo legal alguno para que la sociedad en formación interponga, a través de sus órganos correspondientes, una tercería de dominio, aún antes de su inscripción en el Registro

---

más profundo de otras sentencias que examinan esta cuestión, ver, por todos, ALONSO GARCÍA, R., *La sociedad anónima no inscrita. Régimen jurídico de los actos y contratos celebrados en su nombre*, Madrid, 1986, págs. 39-43). Ahora bien, debemos valorar esta última Sentencia en sus justos términos y no olvidar que los hechos se juzgan a la luz de la anterior LSA y que en el futuro, esta línea de pensamiento de los Tribunales -que consideran inexistente la sociedad en formación y la sociedad irregular- deberá ir perdiendo su arraigo en virtud, precisamente, del reconocimiento y regulación en la Ley de 1989 de la sociedad anónima en formación y de la sociedad irregular. En este sentido se manifiestan BERDEJO VIDAL, J.A., "Las sentencias del Tribunal Supremo (Salas 1ª y 3ª) de fechas 23 de diciembre de 1992 y 7 de mayo de 1994. Un nuevo distanciamiento entre las doctrinas científica y jurisprudencial en torno a los efectos de la sociedad no inscrita", *La Ley* nº 3875, 1995, pág. 1-3 y EMBID IRUJO, J.M., "Significado jurídico de la sociedad en formación (Comentario de la STS [Sala 1ª] de 23 de diciembre de 1992), *La Ley (Revista Jurídica Española)*, 1994-4, págs 271-275, en relación a dos sentencias por ellos comentadas (23 de diciembre de 1992 y 7 de mayo de 1994) en las que, aún cuando no versan sobre el particular que estamos aludiendo, el Tribunal Supremo declara la inexistencia de personalidad jurídica antes de la inscripción -los hechos, también en este caso, se juzgan bajo la legislación anterior-.

En consecuencia, antes de la inscripción hay que sostener la existencia de un patrimonio separado, el de la sociedad en formación, constituido por las aportaciones de los socios y la regla de la preferencia de los acreedores sociales, frente a los acreedores personales del socio para el cobro de sus créditos (responderá la sociedad con el patrimonio así formado). En este sentido se manifiesta MARTÍN ROMERO, J.C., "Otras consideraciones en torno a la aportación social y sus problemas" (Comentario al art. 21 de la LSRL), *La Sociedad de Responsabilidad Limitada, I*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1995, pág. 137.

[78] LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 26, considera que antes de la reforma la solución era más difícil y tenía más justificación la tesis que hacía prevalecer el derecho del embargante, acreedor personal del socio, sobre la tercería de dominio que, una vez inscrita, podría plantear la sociedad. Tras la reforma, debe prevalecer la tesis de que la aportación y la adquisición por la sociedad se produce antes de la inscripción. En el mismo sentido, ver por todos, VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. I, vol. 1º, cit., págs. 339-340 y GARCÍA-CRUCES, J.A., *La Sociedad de Capital en Formación*, cit., pág. 201.

[79] Debemos advertir la existencia de un oscuro panorama doctrinal y jurisprudencial en torno a la cuestión de la sociedad anónima no inscrita, tanto antes como después de la nueva LSA de 1989. Como no es difícil comprender, esta falta de claridad se extiende también a la cuestión que en este momento nos interesa. Se ha manifestado expresamente a favor de que la sociedad en formación puede instar una tercería de dominio GARCÍA-CRUCES, J.A., *La Sociedad de Capital en Formación*, cit, pág. 201.

[80] Es posible que en la escritura de constitución se otorgue a los administradores la facultad de representar a la sociedad en juicio, incluso para un momento anterior a la inscripción.

Universidad de Huelva 2009

Mercantil, argumentando que el bien en cuestión se había incorporado a su patrimonio, patrimonio de la sociedad en formación, distinto y separado del propio del socio que, posteriormente y sin poseer ya su titularidad, lo transmitió. El obstáculo que puede plantearse, en este caso, es de índole procesal. En concreto, nos preguntamos si la sociedad anónima en formación tiene capacidad procesal para actuar como demandante en un procedimiento judicial. Este presupuesto procesal, capacidad para ser parte, se hace depender de la existencia de personalidad jurídica, cualidad que durante mucho tiempo, y hasta la reforma de 1989, se ha negado tajantemente a la sociedad anónima no inscrita en el Registro Mercantil. No obstante, hay que señalar que existen diversas sentencias de nuestro Tribunal Supremo, anteriores a la reforma aludida, que reconocen o, al menos, no cuestionan la capacidad procesal de la sociedad mercantil irregular para ser parte actora en un procedimiento judicial[81]. Por tanto, si venimos defendiendo que el

---

[81] En este sentido, de las sentencias de 29 de abril de 1901 y de 3 de enero de 1906 han deducido los procesalistas que hay jurisprudencia admitiendo la capacidad de la sociedad mercantil irregular para ser parte. En la primera de las dos sentencias citadas, no se plantea directamente por el demandado la falta de capacidad de la sociedad irregular para ser parte (actora), sino la acreditación de la representación por la persona física que afirma ser representante de la sociedad. En las dos instancias se desestimó la excepción de falta de personalidad en el actor y se condenó al demandado (se dictaminó a favor de la sociedad mercantil irregular). En la segunda, la sociedad colectiva irregular se presenta como parte actora en un ejecutivo cambiario. En este caso, a diferencia del anterior, la irregularidad se intenta hacer valer por el demandado como defecto de forma -excepción de falta de personalidad- y, al mismo tiempo, como cuestión relativa al fondo -nulidad del título por no existir la persona jurídica-. Rechazadas ambas alegaciones, se interpuso finalmente recurso de casación por quebrantamiento de forma. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso contestando al primer motivo de la siguiente manera: "... *que no es de estimar la infracción por falta de personalidad alegada ... porque apareciendo que la acción ejercitada contra D. Vicente Ramos dimana de actos y vínculos establecidos libres y espontáneamente por éste con la referida, no le es lícito ahora negar la personalidad de la misma...*". Como señala DE LA OLIVA, A., al comentar ambas sentencias, ha sido parte en el proceso una sociedad mercantil irregular, de lo cual deduce que ciertamente son cosas distintas acción y personalidad, pero que es obvio que respecto a una sociedad mercantil, siempre que se diga que tiene acción -cualquiera que sea el fundamento de ella- se estará afirmando que tiene personalidad procesal (*La sociedad irregular mercantil en el proceso*, Pamplona, 1971, págs. 61-69).

Algunas otras sentencias del Tribunal Supremo reconocen la capacidad procesal de la sociedad mercantil irregular para ser parte (sentencia de 25 de 1879, de 8 de mayo de 1885, de 2 de diciembre de 1898, de 8 de febrero de 1960). Hay que señalar, como significativa, la Sentencia de 12 de mayo de 1932, en la que una sociedad limitada no inscrita en el Registro Mercantil comparecía como actora en una tercería de dominio, alegando que los bienes que se habían embargado como pertenecientes al ejecutado, pertenecían en realidad a la sociedad irregular. Aún cuando la cuestión de fondo se resolvió declarando el Supremo que no se podía oponer al ejecutante la existencia de la sociedad mercantil irregular ("... *no existe otro contrato que el de Compañía regular colectiva, constituido entre el tercerista y el ejecutado por escritura pública de 14 de julio de 1929 y ese contrato ni es obligatorio más que para los contratantes conforme al artículo 117 del mismo Código* [se refiere al Código de comercio] *ni puede surtir efecto contra el tercero ejecutante, que ha acreditado que aquella escritura no fue inscrita en el Registro Mercantil*" -respuesta lógica en un momento anterior a la regulación y reconocimiento expreso en la LSA y LSRL de la sociedad en formación y de la sociedad irregular-), no se opuso la excepción de falta de capacidad para ser parte en la tercerista por ninguno de los dos demandados -ejecutante y ejecutado-. Es también oportuno resaltar los términos en los que se expresa el Alto Tribunal en la Sentencia de 15 de octubre de 1987,

Universidad de Huelva 2009

socio pierde desde el momento de la aportación la disponibilidad del bien que aporta, que pasa a formar parte a partir de ese preciso instante de un patrimonio distinto e independiente que es el patrimonio de la sociedad en formación, no podemos sino concluir que, a pesar de la falta de inscripción, debería prosperar la tercería de dominio por parte de la sociedad en formación al haber dejado de pertenecer el bien en cuestión al aportante en el momento de la transmisión, ya que había pasado con anterioridad a formar parte del patrimonio de la sociedad en formación. Esta conclusión, podemos entender, se mueve en la misma línea de pensamiento que muestra nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia anteriormente citada de 24 de marzo de 1984.

Una vez más, es necesario destacar que el régimen vigente de la sociedad en formación responde a la idea de un patrimonio sometido a reglas propias de responsabilidad, confirmando la autonomía patrimonial de dicha sociedad en formación[82].

---

aún cuando los hechos no versaban, en este caso, sobre una tercería de dominio interpuesta por la sociedad: "*Tampoco se puede desechar la legitimación activa, aun cuando el demandante no sea ya el arrendatario y la sociedad anónima subrogada no haya sido inscrita en el Registro Mercantil (...) por lo cual, esta sociedad, en vías de constitución, pueden recurrir una sentencia, por medio de su administrador designado*". Otra Sentencia en la que nuestro Tribunal Supremo reconoce expresamente legitimación procesal activa a una sociedad anónima en formación es la anteriormente citada de 15 de diciembre de 1986.

Finalmente, destacar la postura de DE LA OLIVA, A., para quien "la personalidad jurídica no agota el significado de la capacidad para ser parte, de forma que fuera de ella no pueda ésta concederse. Los vínculos entre los socios y una masa patrimonial, unida a su publicidad de hecho (ejercicio colectivo del comercio bajo una razón social) hacen posible el tratamiento unitario de esa colectividad que, en el campo procesal, ha de manifestarse con el reconocimiento legislativo de su capacidad para ser parte" (*La sociedad irregular mercantil en el proceso*, cit., pág. 185). Apunta el autor, que negar la capacidad para ser parte activa a la sociedad mercantil irregular, podría causar graves consecuencias, convirtiendo la publicidad registral en un instrumento de fraude en manos de terceros (*La sociedad irregular mercantil en el proceso*, cit., pág. 112).

Por nuestra parte, debemos resaltar que tanto las decisiones jurisprudenciales como la monografía citadas son anteriores a la reforma y por tanto anteriores al reconocimiento legal expreso de la sociedad en formación y de la sociedad irregular, por lo que hoy, con mayor razón, debe admitirse la capacidad procesal de las sociedades mercantiles aún no inscritas en el Registro Mercantil.

[82] Es preciso, en primer lugar, diferenciar entre la responsabilidad de quienes de hecho actúan en nombre de la sociedad antes de su inscripción (art. 15.1), y la de la propia sociedad en formación (art. 15.2). En el primer caso se establece una responsabilidad solidaria de quienes efectivamente han sido parte en el acto o negocio (hace referencia el precepto a los actos o contratos celebrados por quienes pueden obligar a la sociedad, es decir, por las personas designadas en los estatutos para representar a la sociedad, ya que de no ser así no es posible plantear la vinculación de la sociedad por actos o contratos celebrados en su nombre; además, estos actos y contratos deben ser perfectos en el sentido de que haya nacido válidamente un vínculo jurídico y, que la eficacia del mismo no hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción por la sociedad), habiendo actuado de hecho en nombre de la sociedad, sin que en ningún momento dicha

Universidad de Huelva 2009

La sociedad anónima, en efecto, adquiere un patrimonio propio, distinto y separado del patrimonio de los socios, formado por los bienes o derechos que éstos han aportado y cuya titularidad han transmitido en el momento en que efectuaron la aportación. Por eso la aportación, dado su carácter traslativo, debe situarse entre las enajenaciones a título oneroso; distinta de la compraventa, aunque por analogía se le apliquen muchas de sus normas[83].

4º. Contenido obligacional de la aportación.

La aportación, entendida en su doble acepción, como objeto de la prestación del socio y como acción de aportar, plantea una cuestión que enfrenta, de una parte, a los que consideran, diferenciando la asunción de la obligación de aportar de la aportación efectiva,

---

responsabilidad pueda extenderse al patrimonio de la sociedad en formación (ALONSO UREBA, A., "La sociedad en formación", cit., pág. 586, afirma que si los actos o negocios en cuestión se consuman antes de la inscripción de la sociedad ejecutándose las correspondientes prestaciones de las partes, las mismas deberán hacerse con cargo exclusivamente al patrimonio personal de los actuantes).

En el segundo caso, la sociedad en formación, con el patrimonio formado por las aportaciones de los socios, ha de soportar las consecuencias patrimoniales de los actos o contratos indispensables para la inscripción de la sociedad (creemos correcto hacer una interpretación restrictiva del precepto, considerando incluidos únicamente los actos jurídicamente necesarios para permitir el acceso al Registro Mercantil de la escritura de constitución y demás elementos exigidos por la LSA y el RRM, como son los gastos de escritura, liquidación de impuestos, etc.; por lo tanto no puede extenderse a otros actos o negocios económicamente necesarios para hacer viable el nacimiento de la sociedad misma, que deberán encontrar su enmarque en cualquiera de los otros dos supuesto contemplados en el artículo 15.2), las de los realizados por los administradores dentro de las facultades que les hayan sido atribuidas en la escritura social para la fase anterior a la inscripción, y la de aquéllos estipulados en virtud de mandato específico por personas designadas a tal fin por todos los socios; pero además establece la eventual responsabilidad personal de los socios, por estos actos o contratos, hasta el límite de lo que se hubiesen obligado a aportar.

Puede que no esté justificada la limitación de la responsabilidad de los socios antes de la inscripción, ni la diferencia con el régimen de la sociedad irregular (ver, por todos, VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. I, vol.1º, cit., págs. 338-339; ALONSO UREBA, A., "La sociedad en formación", cit., págs. 594-597), ni que tal limitación sea imprescindible para defender la autonomía patrimonial de la sociedad, pero sí representa un argumento más a favor de la misma (LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales [Artículos 36 a 41 LSA]", cit., pág. 27). Finalmente, para el caso de que el valor del patrimonio social, sumado el importe de los gastos indispensables para la inscripción, sea inferior a la cifra del capital, los socios estarán obligados a cubrir la diferencia (de esta manera, en protección de los terceros, se compensa la posible actuación en el tráfico de la sociedad en formación en cuanto tal sujeto jurídico, obligando a los socios a reconstruir en el momento de la inscripción, cuando fuese preciso, la equivalencia entre capital y patrimonio) (art. 15.4).

[83] Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1981: "*...la más autorizada doctrina no ha dejado de apuntar las importantes diferencias que median entre las figuras de aportación a sociedad y la compraventa, pues en la segunda existe un precio que el vendedor recibe, mientras que tal elemento falta en la primera, en la que el aportante adquiere derechos sociales...*".

Universidad de Huelva 2009

que no existe verdadera aportación hasta que no se produce el desembolso de los bienes o derechos comprometidos; de otra, a los que opinan que el concepto de aportación tiene un contenido obligacional y que, más que una tradición real y efectiva al fondo común, significa la asunción por el socio de la obligación de efectuar la prestación prometida.

Los primeros distinguen la "suscripción" (en cuanto declaración del futuro accionista por la que se obliga frente a la sociedad a la aportación de una parte del patrimonio social equivalente al importe nominal de las acciones suscritas) y el "desembolso" (que equiparan a la aportación efectiva). Al tiempo de otorgarse la escritura fundacional, debe estar "comprometida" la aportación de todo el capital cuya cifra expresa la misma escritura, y desembolsada una cuarta parte al menos del valor nominal de cada una de las acciones suscritas. Estos autores entienden que la aportación es la consecuencia de la obligación contractual de aportar, de la que constituye su cumplimiento[84].

No es lo mismo suscribir acciones que desembolsar su valor, y recibir materialmente la aportación es cosa distinta de constituirse en acreedor de ella[85]. Consecuentemente, tampoco parece que a los acreedores les sea indiferente poder dirigirse contra unos bienes que ya existen materialmente en el patrimonio de la sociedad -y que, consiguientemente, proporcionan una solvencia que, por objetiva, es siempre igual y conocida-, que tener que

---

[84] CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, cit., pág. 216, considera que aportar es dar cumplimiento al deber que los socios asumen como consecuencia de la celebración del contrato de sociedad de manera principal. En virtud del contrato de sociedad los socios quedan obligados a efectuar aportaciones. De donde es fácil deducir que la aportación es, precisamente, la prestación constitutiva del objeto de la obligación de aportar. En la doctrina italiana SIMONETTO, E., "L'apporto nel contratto di società", *Rivista di Diritto Civile*, T. I, 1958, págs. 8-11, afirma que la obligación de aportar (causa) tiene como consecuencia (efecto) la realización de la aportación. La aportación es la prestación entendida como efecto útil, como atribución patrimonial.

[85] Defensor de esta postura es ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, A., "Tradición instrumental y aportación social", cit., págs. 488 y ss, quien considera que son momentos y conceptos diferentes la asunción de la obligación, que nace y se vincula al socio en el momento fundacional, y la aportación, el instante en que el socio aporta, que se efectúa posteriormente en el momento convenido. Siguen esta línea de pensamiento GARRIGUES, J., "Teoría general de las sociedades mercantiles", *Revista de Derecho Mercantil* nº 132-133, 1974, pág. 212; CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, T. I, cit., págs. 472 y ss; y recientemente, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I., *Aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima*, cit., págs. 36-37.

Universidad de Huelva 2009

dirigirse contra los socios deudores de la aportación[86], ya que la responsabilidad de éstos, por subjetiva, es diferente en cada caso.

Cuando se habla de aportación ha de entenderse, pues, la aportación ya consumada y no la asunción de la obligación de realizar la aportación[87].

Por el contrario, otros autores ven en el concepto de aportación un indudable contenido obligacional[88]. La aportación es la asunción por el socio de la obligación de efectuar la prestación social, y por ello el fondo común se reputa existente desde que los socios asumen la obligación de aportar. Desde que se asume la obligación de aportar nace un crédito a favor de la sociedad de cuyo patrimonio entra a formar parte. El concepto de aportación tiene, según esta orientación, un contenido típicamente obligacional[89].

Es claro que cuando el socio suscribe un número determinado de acciones se compromete a entregar a la sociedad los bienes o derechos que correspondan como objeto de su aportación. La obligación de aportar del socio es única como consecuencia de la

---

[86] No podemos olvidar que en las sociedades anónimas los socios no responden de las deudas sociales. Únicamente son responsables frente a la sociedad por los bienes o derechos que en su momento se comprometieron a aportar. Consecuentemente, en este tipo social, los acreedores de la sociedad no tienen acción directa contra los socios, sólo podrán dirigirse contra ellos a través de la vía subrogatoria que ofrece el artículo 1.111 del C.c., y exclusivamente por el importe de los dividendos pasivos pendientes.

[87] En este sentido, GARRIGUES, J., "Teoría general de las sociedades mercantiles", cit., pág. 212; ID., *Tratado de Derecho Mercantil*, T. I, vol. 1°, Madrid, 1947, págs. 440-441, distingue entre aportación ya realizada y obligación de aportar: "*Si una persona* [dice] *se ha comprometido a aportar 100.000 pesetas a una sociedad, no habrá realizado su aportación hasta que no haya entregado esa cantidad en la caja social. Mientras tanto, sólo habrá una obligación de aportar la cifra convenida. La prueba está en que si el socio se demora en hacer la entrega, la sociedad podría pedirle indemnización y no precisamente por causa de la aportación, sino por causa de la falta de aportación*".

[88] FERRI, G., *Manuale di Diritto Commerciale*, (a cura di C. ANGELICI e G.B. FERRI), 8ª ed., Torino, 1991, págs. 246 y 341, considera que aportación, tanto en las sociedades de capital como en las personalistas, no significa entrega del bien o prestación efectiva del servicio, sino simplemente asunción de la obligación de dar o hacer.

[89] BERGAMO, A., *Sociedades Anónimas (Las acciones)*, T. I, cit., pág. 426, considera que, en sentido estricto, la aportación, más que una tradición real y efectiva al acervo social, significa simplemente la asunción por el socio de la obligación de efectuar la prestación prometida. En el mismo sentido se manifiesta SÁNCHEZ MIGUEL, M.C., "Las aportaciones en la SRL, en particular las no dinerarias. Realidad y valoración", *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, T. I, Madrid, 1996, págs. 337-338; ID., "De las aportaciones (Artículos 36 a 41)", cit., págs. 838-840.

Universidad de Huelva 2009

adopción del tipo societario y, tratándose de una sociedad anónima, de los principios de integridad y realidad del capital social. El socio que suscribe un número de acciones queda obligado a desembolsar los bienes o derechos que ha comprometido. Pero el compromiso u obligación de aportar, ¿es la aportación?. Es evidente que la asunción de la obligación no puede equipararse a su cumplimiento. Son momentos y conceptos diferentes la asunción de la obligación, que nace y se vincula al socio en el momento fundacional, y la aportación, instante en que el socio cumple, que se efectúa posteriormente en el momento convenido. Es indudable que ni a la sociedad ni a los acreedores les puede ser igual contar con los créditos contra los socios -pueden plantear problemas pendientes de la solvencia del socio-, que contar con el dinero o bienes que éstos hayan ya entregado y que existen en el patrimonio de la sociedad.

Lo que ocurre es que el desembolso de los bienes que se han comprometido en concepto de aportación no necesita ser realizado íntegramente en el momento de la suscripción de las acciones. Los artículos 12, 22 y 152.3 de la LSA imponen la suscripción total, pero solamente exigen el desembolso parcial mínimo de la cuarta parte del valor nominal de cada una de las acciones. Por el valor correspondiente a la aportación comprometida, aplazada a un momento posterior, nace a favor de la sociedad un derecho de crédito frente al socio, derecho de crédito que pasa a integrar el capital social, pero que no se hará efectivo hasta el momento en que el socio desembolse o entregue a la sociedad la aportación prometida. De esta manera, se evitan los trastornos que puede producir a un socio el tener que entregar inmediata e íntegramente el objeto de su aportación, se atiende a la finalidad de garantía que cumple el patrimonio social y se proporciona a la sociedad un fondo económico material, tangible y efectivo para dar comienzo a sus operaciones.

En definitiva, antes de la entrega de los bienes a la sociedad sólo puede hablarse de aportación comprometida frente a la aportación efectiva o consumada que surge únicamente con el desembolso de la prestación en el patrimonio social, acto que supone la ejecución del compromiso asumido en el momento de la suscripción de las acciones.

Universidad de Huelva 2009

No obstante, cualquiera que sea la posición adoptada, lo que realmente nos interesa destacar es que las reglas sobre aportaciones que se tienen que aplicar son únicas. Es decir, las normas sobre las aportaciones son predicables del objeto de la obligación de aportar, con independencia de que se haya cumplido o no. En definitiva, aún cuando pudiéramos considerar que aportación significa asunción de la obligación de desembolsar, las normas sobre cómo han de ser las aportaciones se refieren no a dicha obligación, sino al objeto de la misma.

5°. Características de la aportación a la sociedad anónima.

La aportación a la sociedad anónima entendida como la contribución de cada socio a la formación del "fondo común", ha de ser real, posible, lícita y determinada.

Debe ser *real*. Declarar en la escritura desembolsado el capital cuando no es cierto que se hayan efectuado las aportaciones correspondientes, debe entrañar una responsabilidad de los fundadores por su falta a la verdad (art. 18 LSA). Además, el incumplimiento de este requisito esencial puede dar origen a la nulidad de la sociedad "por no respetarse el desembolso mínimo del capital legalmente previsto" (art. 34.b LSA)[90].

La aportación social debe consistir en bienes o derechos susceptibles de formar parte

---

[90] Quizás nos sea útil, para comprender lo que queremos decir, recordar la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de julio de 1989, en un supuesto en el que, tras declararse en la escritura realizadas las aportaciones de todos los socios, en realidad sólo hizo efectiva su aportación uno de ellos. En este caso se declaró probado: "*...c) Que el desembolso del valor de las restantes acciones se manifestó efectuado, con absoluta simulación -simulatio nuda-, como ingresado en efectivo metálico, por lo que se añade, como ratio decidendi, teniendo en cuenta que la Sociedad anónima es una sociedad de capital intuitu pecuniae, se exige como elemento esencial común la constitución de "fondo común", lo que en el caso de autos conlleva a la nulidad del proceso fundacional y nulidad que no se enerva por la inscripción...*". En su fundamento de Derecho 4° razona el Tribunal Supremo: "*...que, calificada la simulación de total o absoluta -la llamada simulatio nuda- la misma por su naturaleza esencialmente contraventora de la legalidad (...) pues quieren preconstituir un negocio de Sociedad en cuestión, pero, eso sí, omitiendo un requisito de ius cogens las aportaciones de algunos socios, por lo que también por esta vía se alcanza la nulidad radical, ex artículo 6.3 del C. c....*".

Es conveniente señalar que este caso podría recibir una solución distinta de aplicarse el régimen actual de nulidad del artículo 34 de la LSA. En este sentido, pudiera producirse una resolución parcial del contrato de sociedad respecto de los socios que no hubieron cumplido su obligación de aportar, sin que por ello deba concluirse que no existía el consentimiento efectivo de, al menos, dos socios fundadores.

Universidad de Huelva 2009

del patrimonio de la sociedad desde el momento mismo de su constitución -o del aumento de capital-, y susceptibles de servir como base de garantía a los acreedores. Ello supone que debe tratarse de bienes que sean transmisibles, que tengan un contenido patrimonial[91].

La aportación social ha de ser *posible*. El Código civil excluye como objeto del contrato las cosas o servicios imposibles (art. 1.272). La imposibilidad es la originaria, la existente al celebrarse el contrato. Ahora bien, la posibilidad, característica de las cosas o servicios, no excluye la existencia futura[92]. No obstante, el tratamiento jurídico de este requisito presenta algunas dificultades que se incrementan cuando es trasladado al ámbito societario.

En efecto, al plantear la aportación a la sociedad anónima de bienes o derechos futuros, inmediatamente se encuentran argumentos suficientes para negar esta posibilidad, sobre todo en función a las exigencias del principio de realidad y efectividad del capital social. Ciertamente, la aportación de un bien o derecho que aún no existe, o que aún no está en poder del aportante, no representa para la sociedad una atribución patrimonial, esto es, un incremento de su patrimonio, y menos aún, una disposición inmediata del bien o derecho aportado. Por tanto, este tipo de aportación no puede integrar el capital social, pues una simple expectativa no sirve a la función de garantía que corresponde a las aportaciones. Por otra parte, se ha alegado en favor de la exclusión de la aportación de un bien o derecho futuro que ésta guarda estrecha similitud con la aportación de servicios, expresamente prohibida por la Ley, pues, para su efectividad se requiere una actividad o colaboración

---

[91] Cuestión objeto de discusión en el punto II, **POSIBLES CONTENIDOS DE LAS APORTACIONES SOCIALES EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS**, en el que se analiza detalladamente la función de garantía que está llamada a desempeñar las aportaciones de los socios que integran el capital social (apartado 2°, **Las aportaciones sociales y las funciones del capital en las sociedades anónimas. Bienes susceptibles de ser aportados**), así como los criterios necesarios para determinar qué bienes o derechos pueden ser aportados a la sociedad anónima (apartado 3°, **Criterios para determinar la "aportabilidad" de los bienes**).

[92] El artículo 1.271 del C.c. dice que pueden ser objeto de contrato las cosas futuras, a excepción de la herencia futura. Por cosa futura se ha de entender todo bien inexistente en el momento de la celebración del contrato, pero que puede existir según el curso normal de los acontecimientos, ya por hecho de la naturaleza, ya por hecho del hombre, ya por hecho de la naturaleza y del hombre conjuntamente.

Universidad de Huelva 2009

personal del aportante[93]. Finalmente, puede añadirse a estos argumentos la enorme dificultad para elaborar el informe pericial de control, previsto en el artículo 38 de la LSA, sobre un bien o derecho que no existe, a pesar de que se prevea que llegue a existir[94].

Sin embargo, a pesar de las dificultades e inconvenientes que puede plantear la aportación de un bien o derecho futuro, una parte de la doctrina acepta, con distintos matices, y dentro de ciertos límites, la aportación que nos ocupa[95]. En este sentido, se admite la aportación de un bien o derecho futuro siempre que existan expectativas fundadas de que el bien o derecho va a existir, y, por ello, va a ingresar en el patrimonio social[96]. Además, conscientes de los diversos argumentos que pueden alegarse para rechazar la aportación de bienes o derechos futuros, advierten que, en ocasiones, esos mismos obstáculos pueden predicarse de otras aportaciones sobre las que ni siquiera se cuestiona su aportabilidad. De hecho, puede defenderse que la presunta colaboración personal del aportante, que se atribuye a estas aportaciones puede repetirse, en cierta medida, en otras aportaciones admitidas por la doctrina e incluso por el propio legislador, como ocurre con la aportación de *know-how* o con la propia aportación de empresa respectivamente, esta última regulada de forma expresa en el artículo 39.3 de la LSA. Igualmente, las dificultades relativas a la elaboración del informe de control que el legislador atribuye al experto independiente se repiten en la aportación de otros bienes, como pueden ser los bienes inmateriales. Desde esta perspectiva, se ha puesto de manifiesto la posibilidad de aportar un bien que esté en proceso de

---

[93] Ver, por todos, PISANI MASSAMORMILE, A., *Conferimenti in SPA e formazione del capitale*, Napoli, 1992, págs. 116-117.

[94] No podemos olvidar el mandato del artículo 338.1.2° del RRM, en virtud del cual, en la solicitud de nombramiento del experto independiente, encargado de formular dicho informe, ha de figurar la descripción de los bienes, con indicación del lugar en que se encuentren.

[95] Ver, por todos, BÉRGAMO, A., *Sociedades anónimas (Las acciones)*, T. I, cit., págs. 520-521; CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, T. I, cit., pág. 442; LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículo 36 a 41 LSA)", cit., pág. 177; DÍAZ GÓMEZ, Mª.A., *Las aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima: contenido, valoración y desembolso*, Madrid, 1997, págs. 162-163; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I., *Aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima*, cit., págs. 164-167. En la doctrina italiana, FRE, G., "Società per azioni", *Commentario del Codice Civile* (a cura di A. SCIALOGA e G. BRANCA), 5ª ed., Bologna, 1989, págs. 132-133. Entre los autores franceses, ver, BLAISE, *L'apport en société*, cit., 273 y ss.

[96] FRE, G., "Società per azioni", cit., págs. 132-133.

Universidad de Huelva 2009

fabricación, siempre que haya datos, especificaciones técnicas, etc., que permitan controlar el valor atribuido por las partes a través de criterios objetivos[97].

Desde nuestro punto de vista, la posibilidad en la aportación significa, entre otras cosas, que el bien o derecho que se pretende aportar exista o pueda realmente llegar a existir. Ahora bien, siguiendo esta orientación, en principio, los bienes o derechos futuros pueden ser objeto de aportación a la sociedad anónima. Sin embargo, cuando la aportación versa sobre bienes o derechos que el aportante no tiene aún en su patrimonio, como no es difícil imaginar, no pueden ser transmitidos al patrimonio de la sociedad, no pueden ser desembolsados. La LSA exige que en el momento de suscripción de las acciones se desembolse, como mínimo, el 25 por 100 del valor nominal de cada una de ellas, desembolso mínimo que necesariamente debe ser respetado. Por lo tanto, no sería posible la aportación de un bien futuro para cubrir el desembolso mínimo del 25 por 100 que exige la Ley, pues al no existir en el momento de la suscripción de las acciones sería imposible su entrega inmediata a la sociedad[98].

Consideramos, por tanto, que las normas sobre aportaciones y sobre formación del capital social vetan la posibilidad de aportar un bien o derecho futuro para cubrir el desembolso mínimo exigido por la Ley, en tanto que en ese momento el bien no existe y no puede ser transmitido a la sociedad. El capital debe ser cierto desde el origen de la sociedad y, además, la LSA prohíbe la emisión de acciones que no respondan a un efectiva aportación

---

[97] Ver, por todos, CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, T. I, cit., pág. 442; LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 177.

[98] Si por el contrario, admitimos la aportación de un bien o derecho futuro para cubrir el desembolso mínimo del artículo 12 de la LSA, tendremos que entender que la sociedad adquiere una mera expectativa, un eventual derecho sobre un bien futuro, sobre un bien que no existe pero que se prevé que llegue a existir. Debemos, pues, considerar que esta aportación choca con el principio de realidad del capital social y de efectividad de las aportaciones que lo integran, en tanto que en el patrimonio de la sociedad no va a ingresar ningún elemento patrimonial, no se verá incrementado por la aportación efectuada. En definitiva, no responde a una efectiva aportación patrimonial. El bien que se pretende aportar, en este caso, no puede ser desembolsado, pues no existe en el momento de realización del contrato de sociedad o del aumento del capital. Esa expectativa, en tanto que no puede conceptuarse como elemento patrimonial, no es idónea para integrar, junto al resto de los bienes aportados, el capital social y, en virtud de su carácter aleatorio, no es válida para satisfacer la función de garantía frente a los terceros acreedores.

Universidad de Huelva 2009

patrimonial (art. 47.1).

Distinta solución debe otorgarse a la posibilidad, que implícitamente ofrece la LSA, de que el socio desembolse en el momento de la suscripción de las acciones el 25 por 100 del valor de las mismas, bien sea a través de una aportación dineraria bien a través de una aportación *in natura*, aplazando el resto para un momento posterior (surgiendo en ese momento un derecho de crédito a favor de la sociedad por los dividendos pasivos pendientes)[99]. En este caso, en la escritura de constitución de la sociedad, o en la del aumento de capital, se determinará que la aportación aplazada consiste en un bien o derecho determinado que aún no existe, y se hará constar la naturaleza, valor y contenido de la aportación aplazada[100].

No obstante, puede darse la circunstancia de que en el momento de hacer efectivo el desembolso del bien comprometido, éste no hubiera llegado a existir. En aquellos supuestos en los que expresamente se hubiera acordado que si el bien no llegara a existir el aportante entregaría a la sociedad su valor en dinero no se plantearía ningún problema, pues a través de este acuerdo quedaría suficientemente cubierto el principio de realidad del capital social. La dificultad surgiría, por el contrario, en aquellas hipótesis en las que las partes no hubieran acordado nada al respecto[101]. Parece que, en este caso, pueden sostenerse dos soluciones. La primera consistiría en que la sociedad reclamase del aportante la satisfacción en dinero del valor de la aportación prometida, en virtud de la aplicación de los principios recogidos

---

[99] LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 177, no descarta que el objeto de la aportación aplazada consista en una cosa futura o ajena. En términos similares se manifiesta, DÍAZ GÓMEZ, Mª.A., *Las aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima: contenido, valoración y desembolso*, cit., págs. 162-163, quien no aconseja ni la exclusión tajante de estas aportaciones ni la admisión categórica de las mismas.

[100] La inexistencia del bien o derecho que se pretende aportar, cuyo desembolso queda aplazado a un momento posterior -tal como permite el artículo 12 de la LSA siempre que se respete el desembolso mínimo- puede, en determinados casos, representar un obstáculo a efectos del necesario control o verificación de su valor por parte del experto independiente. Sin embargo, en la mayoría de los supuestos significará simplemente un eventual incremento en la dificultad de la valoración, lo que no debemos equiparar a la imposibilidad de que esta se lleve a cabo.

[101] Estimamos conveniente que, cuando la aportación aplazada consista en un bien o derecho futuro, el socio se comprometa, para el supuesto de que finalmente la aportación comprometida no llegue a existir o no pueda ser adquirida por el aportante, a entregar su valor en dinero.

Universidad de Huelva 2009

en el artículo 134.2 RRM[102] Ahora bien, esta opción únicamente nos parece adecuada para aquellos supuestos en los que el socio estuviera interesado en conservar su participación en el capital de la sociedad. De ahí que, a primera vista, pueda parecer que es al socio a quien correspondería en realidad decidir si entrega o no en dinero el valor atribuido a la aportación. Sin embargo, esto no es del todo cierto. El socio, aún cuando esté interesado en mantener su participación en el capital, no podría obligar a la sociedad a recibir el valor en dinero de la aportación prometida . En definitiva, ambas partes, socio y sociedad, tendrían que acordar entregar y recibir, respectivamente, el valor en dinero de la aportación prometida. La segunda posibilidad, desde nuestro punto de vista más adecuada, consistiría en que la sociedad procediera a la oportuna reducción del capital social en la cuantía correspondiente, con anulación de las acciones del aportante en la proporción que proceda. Esta reducción, al no llevar consigo devolución de aportaciones y tener por finalidad el restablecimiento del equilibrio patrimonial, no daría derecho de oposición a los acreedores ni obligaría a prestar garantías a su favor (arts. 166 y 167 LSA).

La aportación ha de ser *lícita*, es decir, que lo que se pretende aportar se halle en el tráfico jurídico[103]. De ahí la exclusión de los bienes demaniales, afectados a un uso o a un servicio público que, por ser inalienables, inembargables e imprescriptibles, no pueden, en principio, ser objeto de aportación a una sociedad anónima[104].

---

[102] Según el tenor del precepto -sobre el que volveremos más tarde-, salvo disposición en contrario, si llegase el momento de efectuar la aportación y ésta hubiera devenido imposible se satisfará su valor en dinero. La norma se refiere al caso de imposibilidad total por perecimiento de la cosa objeto de aportación, y, aunque la solución es criticable, dada la generalidad de sus términos, pudiera aplicarse al supuesto que nos ocupa.

[103] El requisito de la licitud se expresa en el artículo 1.271 del C.c, que exige como cualidad para las cosas, que no estén fuera del comercio de los hombres.

[104] Las resoluciones de la DGRN de 12 de septiembre de 1985 y de 15 de noviembre 1988, ponen de relieve la imposibilidad de aportar bienes de dominio público a una sociedad anónima, dado el carácter inalienable de los mismos. En este sentido se han manifestado: LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 37; VENTOSO ESCRIBANO, A., *Constitución de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 65; EMBID IRUJO, "El capital social: el principio del capital mínimo, régimen de las aportaciones sociales y prohibición en materia de distribución de beneficios", *El nuevo Derecho de las sociedades de capital*, (dir. QUINTANA), Madrid, 1989, pág. 91; ALONSO UREBA, A., *La Sociedad Mercantil de Capital como forma de la Empresa Pública Local*, Madrid, 1988, págs. 142-143; LUCAS FERNÁNDEZ, *Temas sobre sociedades anónimas. Escrituras de constitución y ampliación de capital*, cit., págs. 112-114; ROMERO HERNÁNDEZ, F., "La empresa privada municipal y los bienes de servicio público", *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 47, 1985, págs. 377-394; MENÉNDEZ GARCÍA, P., "Sociedad privada municipal y aportación

Universidad de Huelva 2009

Los bienes de dominio público, al ser intransmisibles, no pueden integrar el capital social, rompen con la función principal que a éste se le encomienda en las sociedades anónimas, servir de garantía a los terceros acreedores. Estos bienes no son susceptibles de aportación a una sociedad anónima por la sencilla y elemental razón de que son inalienables, y por tanto, no pueden ser objeto de transmisión[105].

Finalmente, el objeto de la aportación debe estar totalmente *determinado*. Es necesario que los bienes o derechos que se aporten estén determinados y figuren expresamente en la escritura de constitución -o en la de aumento de capital- tal como se pone de manifiesto expresamente en el artículo 8 de la LSA, constituyendo causa de nulidad de

---

de bienes de dominio público", *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 47, 1985, págs. 419-424; VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil,* T. I, vol. 1º, cit., pág. 437.

[105] Para la existencia de un bien de dominio público -distinto de los bienes patrimoniales de la Administración- deben concurrir dos notas esenciales: la necesidad de que su titular sea una Administración Pública y su "afectación" a un servicio público. Estos bienes, por naturaleza, son inalienables y, por tanto, no son susceptibles de incorporarse al tráfico jurídico. No pueden ser transmitidos a una sociedad por vía de aportaciones, a través de las cuales se produce un acto traslativo del dominio de los bienes que se aportan, pasando del patrimonio del aportante al patrimonio de la sociedad, adquiriendo ésta la titularidad sobre los bienes aportados. La inalienabilidad, por tanto, hace imposible la aportación de bienes de dominio público a una sociedad anónima.

Para ser posible su aportación se requiere su desafectación, momento en el que se convierte en bien patrimonial y desaparecen las notas típicas o privilegios de que gozan los bienes de dominio público (inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad), con lo cual resultan aptos para integrarse en el tráfico jurídico. La omisión de este requisito supone la nulidad absoluta del negocio de aportación por falta de objeto del mismo (ALONSO UREBA, A., *La Sociedad Mercantil de Capital como forma de la Empresa Pública Local,* cit., págs. 142-143. Siguiendo el mismo criterio, MENÉNDEZ GARCÍA, P., "Sociedad privada municipal y aportación de bienes de dominio público", cit., pág. 422, quien califica la nulidad de pleno derecho, y por ello insubsanable). No parece que pueda entenderse que la desafectación se produce implícitamente con la transmisión a una sociedad anónima municipal aunque los bienes sigan adscritos al servicio público (ver, en este sentido, las resoluciones de la DGRN de 12.9.85 y de 15.8.88; y ROMERO HERNÁNDEZ, F.,"La empresa privada municipal y los bienes de servicio público", cit., pág. 383. En contra MONGE GIL, "La aportación de bienes de dominio público a la sociedad privada municipal", *Revista de Derecho Mercantil* nº. 181-182, 1986, págs. 482 y ss.).

Distinto es el supuesto de la concesión administrativa para el uso o aprovechamiento de los bienes públicos, que sí puede ser objeto de aportación (ALONSO UREBA, A., *La Sociedad Mercantil de Capital como forma de la Empresa Pública Local,* cit., pág. 153) y que normalmente conllevará la cesión del uso de esos bienes al titular de la misma (Resolución de la DGRN de 15 de noviembre de 1988). La concesión demanial relativa al uso de bienes de dominio público implica la sustracción de éstos del uso común o general para pasar a ser objeto de uso exclusivo o privativo por parte del concesionario. De esta forma, la Administración Pública conserva la propiedad de los bienes transmitiendo a la sociedad concesionaria, exclusivamente, la titularidad del "derecho de uso" respecto de los mismos. En tal caso, el objeto de la aportación no es un bien de dominio público, sino la concesión demanial en concreto, la cual, además de ser valorable económicamente, es susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad y está abierta, en general, al tráfico jurídico -siempre que la concesión no vaya ligada a la prohibición de cesión o transmisión de la misma por parte del cesionario- pudiendo venderse, enajenarse, etc., dejando a salvo la función de garantía del capital social frente a terceros acreedores.

Universidad de Huelva 2009

la sociedad el que dichas aportaciones no consten en la escritura o en los estatutos (art. 34.b LSA)[106].

II. POSIBLES CONTENIDOS DE LAS APORTACIONES SOCIALES EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS.

1°. Aportaciones dinerarias y no dinerarias.

El artículo 36.1, párrafo 1°, de la LSA comienza diciendo que "sólo podrán ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica". El inciso 1°, del párrafo 2° de este mismo precepto, establece que "en ningún caso podrán ser objeto de aportación el trabajo o los servicios". En los artículos que siguen, la Ley distingue entre aportaciones dinerarias, reguladas en los artículos 37 y 40.1, y aportaciones no dinerarias o *in natura*, contempladas en los artículos 38, 39 y 40.2. Por su parte, el artículo 7 de la Segunda Directiva de la CEE en materia de sociedades[107] dispone que "el capital suscrito sólo podrá estar integrado por activos susceptibles de valoración económica", y continúa el precepto excluyendo expresamente como posible objeto de aportación los activos constituidos por "compromisos relativos a la ejecución de trabajos o a la prestación de servicios".

---

[106] El precepto citado exige la expresión de las aportaciones de los socios. La omisión de dicha formalidad debe reputarse causa de nulidad. Sin embargo, debemos poner de manifiesto que en la realidad es casi imposible que este motivo produzca la nulidad de la sociedad, ya que presupone su inscripción y consecuentemente la autorización del Notario y la calificación del Registrador. Pero dado el principio de plurilateralidad, inherente a la naturaleza asociativa del contrato fundacional, debemos preguntarnos si la nulidad se produce por no mencionar todas las aportaciones o por no mencionar ninguna de las aportaciones. Creemos preferible, teniendo en cuenta el criterio de interpretación restrictiva de las causas de nulidad de la sociedad y la interpretación del artículo 11.2.c) de la Directiva 68/151/CEE ("la ausencia, en la escritura de constitución o en los estatutos, de indicaciones relativas...a las aportaciones"), optar por la segunda de las soluciones anunciadas: la sociedad sólo podrá ser declarada nula cuando falte cualquier tipo de indicación relativa a las aportaciones (sobre esta cuestión, ver, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.-DÍAZ MORENO, A., "Nulidad de la sociedad [Artículos 34 y 35 LSA]", *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. III, vol. 2°, Madrid, 1995, págs. 82-83).

[107] Aprobada por el Consejo de Ministros de la CEE, el 13 de diciembre de 1976 (77/91/CEE, JO L 26, de 31 de enero de 1977).

Universidad de Huelva 2009

No existe duda alguna sobre la posibilidad de aportar a una sociedad una suma de dinero. Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando lo que se pretende es efectuar una aportación *in natura*, cuyo objeto consiste en bienes o derechos diferentes al dinero, que son valorables económicamente y que producen una utilidad a la sociedad a la que se aportan[108].

Estas aportaciones no dinerarias pueden acarrear el peligro de la excesiva inmovilización de fondos sociales, al representar formas cualitativamente bien definidas de bienes y al constituir en el seno de la empresa un patrimonio inmovilizado, que puede originar particulares riesgos, a diferencia de las aportaciones en dinero, que constituyen en su origen disponibilidades líquidas[109].

Por otra parte, las aportaciones no dinerarias, -debido a que el valor de los bienes o derechos aportados tiene su correspondencia con el capital social-, entrañan el peligro de su excesiva valoración, con la que la sociedad nacería con un patrimonio real inferior a la cifra de capital. En el momento de constitución de la sociedad es necesario que el patrimonio neto efectivo coincida con el capital social, cifra de garantía para los acreedores sociales[110]. Juegan, en este punto, tres órdenes de intereses: el de los acreedores, que desean contar con una firme garantía en el capital social[111]; el de la sociedad, que necesita comenzar su andadura con la mayor solidez posible; y el de los mismos socios, que tienen especial interés en que cada uno de ellos efectúe realmente la aportación que ha comprometido por el valor de las acciones suscritas, a fin de que, la sociedad esté dotada la sociedad de un patrimonio real para la explotación de las actividades de la empresa social, y puedan obtenerse los

---

[108] BLAISE, H., *L'apport en société*, cit., pág. 141.

[109] Debemos advertir que no siempre es así. Es posible que se realicen aportaciones no dinerarias que puedan fácilmente y con extrema rapidez convertirse en dinero, por ejemplo, acciones que coticen en bolsa.

[110] La exigencia de efectividad patrimonial no se cumple si se sobrevalora un bien y se entregan a cambio acciones por una suma equivalente a la "sobrevaloración". Lo aportado, para que respete el principio de realidad del capital social, ha de tener un valor que cubra al menos el nominal de las acciones suscritas.

[111] Si el valor atribuido al bien que se aporta es superior a su valor real, los acreedores sociales -que confían en la correspondencia entre capital y patrimonio social-, sufrirán una lesión de sus intereses puesto que el patrimonio neto de la sociedad será menor de lo que se les ha hecho creer, es decir, de lo que se ha publicado en el Registro.

Universidad de Huelva 2009

resultados económicos perseguidos con la constitución de la sociedad.

Piénsese que, según las condiciones en que se decide la aportación, bienes en especie, en principio, idénticos pueden ser diversamente valorados: si, por ejemplo, una empresa en difícil situación se aporta a una sociedad anónima que se constituye entre el empresario y los financieros dispuestos a proporcionar el numerario, la valoración de sus elementos será muy distinta, lógicamente, al caso en que la empresa se aporte en una situación económica normal. Pero puede darse el caso de que, en un aumento de capital, sea la propia sociedad quien esté interesada en que un socio aporte una empresa o cualquier otro bien o derecho determinado por suponer para su actividad o para su fin social una utilidad mayor de la que le reportaría la aportación de una suma de dinero; o simplemente porque necesita dicho bien para el logro de su fin social y le es más ventajoso, por distintos motivos, que sea aportado por un socio que tenerlo que adquirir por otros medios. Igualmente un socio -por razones fiscales o anticipando previsiones sucesorias- puede estar interesado en desprenderse de la titularidad de un bien o derecho, conservando cierto poder sobre él. Es necesario, por tanto, analizar la complejidad de las distintas situaciones y los variados supuestos que podamos encontrar, valorando siempre objetivamente la aportación *in natura* que se efectúa a la sociedad, e impidiendo que las diferentes apreciaciones y los diversos intereses de las partes puedan hacer subir o bajar el valor atribuido a la aportación.

Al hablar de aportaciones no dinerarias es insoslayable mencionar, brevemente, la innovación que en nuestro Ordenamiento se ha producido en relación al tema de su valoración. En la Ley 19/1989, siguiendo las Directivas de la CEE, el legislador español ha tratado de establecer unas normas que tutelen los intereses de los socios y de los terceros que pudieran verse perjudicados por la realización de este tipo de aportaciones. Con este objetivo, se ha establecido en el artículo 38 LSA la exigencia de que cualquier aportación no dineraria venga acompañada de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes nombrados por el Registrador Mercantil conforme al procedimiento que se

Universidad de Huelva 2009

establece en el RRM[112]; y que en dicho informe se describa cada una de las aportaciones no dinerarias, así como los criterios empleados para valorarlas y la indicación de si dicho valor se corresponde o no con el número y valor nominal de las acciones atribuidas en pago. El informe debe incorporarse como anexo a la escritura de constitución de la sociedad o a la de ejecución del aumento de capital, y depositarse una copia autenticada en el Registro Mercantil al presentar a inscripción dicha escritura[113].

A través de estas normas se ha querido poner freno a los abusos que los socios podían cometer al realizar aportaciones de este tipo, y se ha tratado de evitar que a las aportaciones no dinerarias les asignen un valor superior al que en realidad les corresponde[114], perjudicando así no sólo a los demás socios sino también a la propia sociedad que, como consecuencia de la sobrevaloración de los bienes aportados, puede verse con un patrimonio que, en verdad, es inferior a su capital.

---

[112] La exigencia del informe a toda aportación no dineraria ha sido considerada excesiva por nuestra doctrina: PÉREZ DE LA CRUZ, A., "La fundación cualificada (ventajas de los fundadores y promotores)", *La reforma del Derecho español de las sociedades de capital*, Madrid, 1987, pág. 160; MAMBRILLA RIVERA, V., "Fundación con aportaciones *in natura*", *Derecho de Sociedades Anónimas I. La Fundación*, Madrid, 1991, pág. 757; GARCÍA VALDECASAS, J.A., "Aportaciones no dinerarias y adquisiciones onerosas en la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 592, 1989, págs. 751-752.

Ciertamente, hay casos en los que los criterios de valoración son tan objetivos que su control es tan innecesario como entorpecedor. Ejemplo de ello es la valoración por el experto de la aportación de valores cotizados en bolsa. El valor de cotización no ofrece ninguna duda, por lo que la tarea del experto en este caso será fácil pero siempre ocasionará dilaciones y gastos. No obstante, el artículo 133.3 del nuevo RRM dispone que cuando se aporten valores mobiliarios admitidos a cotización en un mercado secundario oficial, el Registrador Mercantil podrá designar como experto a la Sociedad Rectora de la Bolsa de Valores en que aquéllos estén admitidos a cotización, que emitirá una certificación relativa al valor de los mismos. La certificación de la Sociedad Rectora expresará los extremos que se especifican en el artículo 38 de la LSA y tendrá el valor del informe a que se refiere el citado artículo.

[113] Este informe sustituye al sistema de revisión de la valoración de las aportaciones no dinerarias establecido en la legislación anterior. La Ley de 1951 establecía un control interno que únicamente en caso de disconformidad y, sólo si la solicitaba un accionista, requería la intervención judicial. Este sistema no tutelaba debidamente los intereses de los acreedores sociales. Por el contrario, la nueva Ley exige un control externo y previo sin el que no será posible la constitución de la sociedad, reforzando claramente el régimen de las aportaciones no dinerarias.

[114] Parece que en el informe no es necesario indicar el valor real de los bienes o derechos aportados. A los efectos del respeto al principio de realidad del capital social es suficiente con que se ponga de manifiesto que lo que se aporta cubre por lo menos el valor nominal correspondiente a las acciones que se suscriben a cambio.

Universidad de Huelva 2009

2º. Las aportaciones sociales y las funciones del capital en las sociedades anónimas. Bienes susceptibles de ser aportados.

Dejando a un lado las aportaciones dinerarias, ¿qué bienes o derechos, distintos del dinero, pueden constituir objeto de aportación a la sociedad anónima?. La Ley excluye expresamente la aportación de trabajo o industria[115]. Esta prestación no puede integrar el capital de la sociedad, lo que impide que se efectúen aportaciones de trabajo o servicios a cambio de acciones[116].

La LSA señala (art. 36.1), en consonancia con las normas comunitarias[117], que el objeto de la aportación sólo puede consistir en "bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica". Sin embargo, no aclara cuál es el criterio para considerar a un bien como patrimonial y como valorable económicamente. Esta cuestión enlaza directamente con la polémica que existe sobre la función que cumple el capital social, integrado por el conjunto de las aportaciones de los accionistas, de un lado como garantía de terceros y, de otro, como capital de explotación orientado a la consecución del objeto social[118]. Es preciso, por tanto, determinar la función prioritaria del capital, bien sea la de garantizar a los acreedores los créditos pendientes que tuvieran frente a la sociedad, o bien la de asegurar la

---

[115] Esta cuestión es objeto de examen en el apartado 4º, **La prohibición de aportar el trabajo o los servicios**, de este mismo punto II, **POSIBLES CONTENIDOS DE LAS APORTACIONES SOCIALES EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS**.

[116] Estos actos de colaboración se instrumentan, en la sociedad anónima, a través de la figura de las prestaciones accesorias.

[117] El artículo 7 de la *Segunda Directiva de la CEE en materia de sociedades* muestra la preocupación del legislador comunitario, así como su acentuada tendencia y constante aspiración, por salvaguardar el capital social.

[118] Una vez más, creo necesario advertir que el capital no tiene ni una finalidad productiva ni una finalidad de garantía. Estas funciones le corresponden al patrimonio o, por mejor decir, al activo patrimonial. El capital, como en ocasiones hemos señalado, no es más que una cifra de retención y de publicidad de los valores económicos inicialmente aportados a la sociedad y -con cierta oscilación- del mínimo del activo neto que debe existir. Por tanto, en rigor, al hablar de las funciones del capital en cuanto resulta integrado por las aportaciones de los socios, hacemos referencia en realidad a las funciones de las aportaciones que integran el capital y pasan a constituir el patrimonio de la sociedad. Es el lenguaje habitual empleado por la doctrina lo que nos conduce a usar la expresión "funciones del capital" en lugar de "funciones de las aportaciones que integran el capital".

Universidad de Huelva 2009

productividad de la empresa social[119]. No obstante, conviene recordar que al capital social se le encomienda, además, una función organizativa en cuanto que constituye, básicamente, el parámetro para calcular la participación de la acción y, por ende, del accionista en los derechos corporativos[120].

Un sector de la doctrina española es partidario de la tesis de que existe en nuestro Ordenamiento un principio que impone la adecuación del capital y, por tanto, de las aportaciones que lo integran, al objeto social[121]. Estos autores consideran que el capital, más que servir de garantía a los acreedores sociales, es un capital de explotación, de producción (es la denominada "función empresarial, de explotación o productiva" del capital social). La sociedad debe contar con un capital suficiente para el desarrollo de su objeto, para los fines que trata de conseguir, y los bienes y derechos que se aporten han de ser adecuados al objeto o actividad que la sociedad persiga. Para ellos la función primaria de las aportaciones no es

---

[119] Sobre las funciones del capital social: GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. I, cit., págs. 111-114; GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., págs. 50-56; PÉREZ DE LA CRUZ, A., *La reducción del capital en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, Zaragoza, 1973, págs. 40-49; MASSAGUER, J., "El capital nominal. Un estudio del capital en la sociedad anónima como mención estatutaria", cit., págs. 5549-5580; PAZ-ARES, C., "Sobre la infracapitalización de las sociedades", *Anuario de Derecho Civil*, 1983, págs. 1597-1612; QUINTANA CARLO, I., "El capital social", cit., págs. 106-115; MAMBRILLA RIVERA, V., "Fundación con aportaciones *in natura*", cit., págs. 732-736; VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. I, vol. 1°, cit., págs. 421-432; URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 24ª ed., Madrid, 1997, págs. 228-230; CÁMARA ÁLVAREZ, M., *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, Madrid, 1996, págs. 13-188; BAYONA JIMÉNEZ, R., "Una aproximación al problema de la infracapitalización a la luz de la necesaria revisión de las funciones del capital en la sociedad anónima", *Cuadernos de Derecho y Comercio* n° 20, 1996, págs. 147-212. En la doctrina italiana: TANTINI, G., *Capitale e patrimonio nella società per azioni*, Padova, 1980, *passim*; ASCARELLI, T., "In tema di conferimenti in natura", *Rivista delle Società*, 1959, 483-502; SIMONETTO, E., *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova, 1959, págs. 234-304; PORTALE, G., "Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni", *Rivista delle Società*, 1970, págs. 33-94; ID., "Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata, *Rivista delle Società*, 1991, T. I, págs. 3-124; FORTUNATO, S., "Capitale e bilanci nella s.p.a.", *Rivista delle Società*, 1991, T. I, págs. 125-193; OLIVIERI, G., *I conferimenti in natura nella società per azioni*, Padova, 1989, págs. 13-22 y 84-184.

[120] Ver, entre otros, GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 51; PÉREZ DE LA CRUZ, A., *La reducción del capital en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, cit., págs. 47-49; GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, cit., págs. 450-453.

[121] PAZ-ARES, C., "Sobre la infracapitalización de las sociedades", cit., págs. 1608-1612; MASSAGUER, J., "El capital nominal. Un estudio del capital en la sociedad anónima como mención estatutaria", cit., págs. 5566-5570; VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. I, vol. 1°, cit., págs. 426-432. VERGEZ SÁNCHEZ, M., *El socio industrial*, cit., págs. 58-59, por su parte, justifica la necesidad de adecuación entre capital y objeto social en base a la finalidad de garantía que cumple el capital social. También defiende esta correspondencia SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J.C., *El objeto social en la sociedad anónima*, Madrid, 1990, págs. 87-88.

Universidad de Huelva 2009

tanto la de constituir un patrimonio de garantía como la de formar un patrimonio empresarial[122].

Siguiendo esta orientación, el capital social es, ante y sobre todo, un capital de producción, de explotación de las actividades de la empresa social. La concepción productiva del capital requiere que los distintos elementos integrantes del mismo sean entidades susceptibles de ser utilizadas instrumentalmente en la actividad social, lo que va a permitir a la persona jurídica reunir los factores de producción imprescindibles para la consecución del objeto social; luego, en cumplimiento de la función del capital social como capital de explotación, puede ser objeto de aportación a la sociedad todo activo que se considere económicamente apto, adecuado para el cumplimiento del fin social[123]. Esta es la tesis que ha desarrollado en la doctrina italiana PORTALE[124] -puede aportarse todo valor económicamente apreciable y apto para servir al fin social- y recientemente la ha apuntado QUINTANA CARLO[125] y expuesto con brillantez PAZ-ARES[126].

---

[122] También en la doctrina italiana diversos autores consideran prevalente la función productiva del capital social, frente a la función de garantía de las deudas sociales: TANTINI, *Capitale e patrimonio nella società per azioni*, cit., 1980, págs. 38 y ss., 75 y ss.; PORTALE, "I <<beni>> iscrivibili nel bilancio di esercizio e la tutela dei creditori nella società per azioni", *Rivista delle Società*, 1969, págs. 242 y ss.; ID., "Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni", cit., 1970, págs. 46 y ss.

[123] Estos autores se han olvidado, quizás conscientemente, de explicar los motivos que han inducido al legislador, tanto nacional como comunitario, a excluir expresamente el trabajo o los servicios como posible objeto de aportación. ¿Cómo es que el trabajo o los servicios, elementos dotados de un alto grado de productividad en orden a alcanzar el fin social, han sido excluidos expresamente por la LSA y por la Segunda Directiva Comunitaria en materia de sociedades como posible objeto de aportación a la sociedad anónima?.

[124] "Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni", cit., págs. 46 y ss.

[125] "*La concepción clásica* -dice QUINTANA CARLO- *ha comenzado a entrar en crisis. Dejando a un lado las experiencias de los países del área anglo-americana, cada vez cobra más fuerza el dato de que -en la práctica española- el capital ya no es única y fundamentalmente un concepto jurídico, sino económico. Cada día comienza a hablarse más de <<recursos de la sociedad, medios de financiación de la sociedad...>> que de capital social. En conclusión, que en términos económicos hay que partir del <<capital de riesgo>>, del cual el capital social es uno más de los medios financieros con que la sociedad cuenta; con lo que la consecuencia es que ha entrado en crisis la función de garantía del capital*" ("El capital social", cit., págs. 106-107).

[126] Quien en su trabajo, "Sobre la infracapitalización de las sociedades", cit., pág. 1611, considera que la función pecuniaria de las aportaciones no es tanto la de constituir un patrimonio de garantía como la de formar un patrimonio empresarial, pudiendo constituir objeto de aportación todo activo que se considere económicamente adecuado para desarrollar el objeto social: secretos industriales, marcas y modelos, el *goodwill*, etc.

Universidad de Huelva 2009

Pero en nuestro Ordenamiento vigente no encontramos ninguna disposición de carácter general que obligue a un control institucional sobre la suficiencia o insuficiencia del capital social en relación con las actividades que constituyen el objeto de la sociedad. Es decir, no es necesario que la cuantía del capital sea proporcionada a la actividad que la sociedad vaya a desempeñar[127]. Una sociedad puede constituirse con un capital inferior al necesario para el ejercicio de su actividad y recurrir, posteriormente, a la financiación interna -aumento de capital social, constitución y dotación de reservas-, o bien a la financiación externa -emisión de obligaciones o endeudamiento, en general-, con la posibilidad de proveerse de recursos financieros a través de préstamos[128]. El único límite que ha establecido la LSA es el que impone el respeto al capital mínimo de diez millones de pesetas (art. 4 LSA)[129] o al más elevado que para casos concretos requieran disposiciones

---

[127] En este sentido se manifiestan, entre otros: CÁMARA ÁLVAREZ, M., *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, cit., págs. 172-188; JIMÉNEZ BAYONA, R., "Una aproximación al problema de la infracapitalización a la luz de la necesaria revisión de las funciones del capital en la sociedad anónima", cit., pág. 167. Por su parte, POLO SÁNCHEZ, E. ("La reforma y adaptación de la Ley de sociedades anónimas a las Directivas de la Comunidad Económica Europea", *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en homenaje a JOSÉ GIRÓN TENA*, Madrid, 1991, pág. 793) critica la falta de medidas legales que garanticen la adecuación del capital a las necesidades de la empresa, en virtud de la protección de los intereses de los acreedores. Pero es consciente de que ni la Segunda Directiva ni la Ley española han pretendido abordar los problemas derivados de la insuficiencia de los fondos propios y de la infracapitalización de las sociedades. De otro lado, PÉREZ DE LA CRUZ, A.(*La reducción del capital en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, cit., págs. 40-42) y LOJENDIO OSBORNE, I. ("Aportaciones sociales [Artículos 36 a 41 LSA]", cit., pág. 32), consideran que nuestro Derecho no contiene esta exigencia de adecuación al objeto y que tal carencia no es reprochable.

[128] Además, es necesario subrayar que la falta de adecuación del capital al objeto social no está de ningún modo recogida entre las diversas causas de nulidad de la sociedad enumeradas en el artículo 34 de la LSA. Esa falta de adecuación únicamente puede tener alguna relevancia, como causa de disolución de la sociedad, a través de la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social derivada del hecho de que los medios productivos de los cuales está dotada la sociedad aparecen en concreto insuficientes -y no se quiere o no se puede proceder a una integración de los mismos, por ejemplo a través de un aumento de capital-; pero la infracapitalización de la sociedad no puede ser considerada nunca como causa, por sí misma, de disolución de la sociedad (art. 260 LSA). En este sentido, ver, URÍA-MENÉNDEZ-BELTRÁN, "Disolución y liquidación de la Sociedad Anónima (Artículos 260 a 281 de la Ley de Sociedades Anónimas)", *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. XI, Madrid, 1992, págs. 35-36; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La disolución de la Sociedad Anónima*, Madrid, 1991, pág. 101; SÁNCHEZ MIGUEL, M.C., "Concepto de capital social en relación a las aportaciones de los socios", *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. MANUEL BROSETA PONT*, T. III, Valencia, 1995, pág. 3427.

[129] La Resolución de la DGRN, de 22 de junio de 1993, en relación a la suspensión por el Registrador Mercantil de la inscripción de la escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada, establece en su Fundamento de Derecho segundo que: "*Es cierto que la garantía de los acreedores y de los terceros que entran en relación con una sociedad, así como la propia permanencia de ésta y del adecuado desenvolvimiento de su actividad, apuntan a una conveniente capitalización de la Entidad en función de las actividades que integran su objeto social; y también lo es que*

Universidad de Huelva 2009

especiales[130]. La Ley no ha querido imponer, ni con esta exigencia ni de otra manera, que la sociedad cuente con fondos suficientes para el desarrollo de su objeto[131]. Consecuentemente, la denominada "función de explotación" del capital social no parece encontrarse claramente explicitada en la LSA.

---

en el caso debatido, es manifiestamente desproporcionada e insignificante la cifra de capital social inicial para atender el desarrollo del objeto social...Sin embargo, en el estado actual de nuestra legislación...se establece la válida constitución de una sociedad limitada si su capital alcanza la cifra mínima de 500.000 pesetas..., y a ese requisito legal ha de ajustarse el Registrador en su labor de calificación". En este mismo sentido se expresa la Resolución de la DGRN de 23 de julio de 1993.

[130] Corrobora esta interpretación la existencia de disposiciones especiales que en casos determinados imponen, excepcionalmente, cuantías mayores de capital. Múltiples son estos supuestos concretos en los que, a través de disposiciones especiales, se exige un capital superior al fijado en la LSA (art. 4). Lejos del ánimo de efectuar una enumeración exhaustiva, consideramos adecuado hacer una referencia, al menos, significativa de algunos de ellos. En este sentido, el artículo 13.1 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, establece que las sociedades anónimas y las cooperativas de seguros a prima fija deberán tener un capital mínimo de acuerdo con los ramos en que operen, de cuantía no inferior a la siguiente: mil quinientos millones de pesetas en los ramos de vida, caución, crédito, cualquiera de los que cubran el riesgo de responsabilidad civil y en la actividad exclusivamente reaseguradora; trescientos cincuenta millones de pesetas en los ramos de accidentes, enfermedad, defensa jurídica, asistencia, y decesos. En el caso de entidades aseguradoras que únicamente practiquen el seguro de asistencia sanitaria y limiten su actividad a un ámbito territorial con menos de dos millones de habitantes, será suficiente la mitad del capital o fondo mutual anterior; quinientos millones de pesetas en los restantes. El capital social mínimo estará totalmente suscrito y desembolsado al menos en un cincuenta por ciento. El artículo 13.3 de la misma Ley dispone que las cooperativas de seguros a prima variable deberán acreditar un capital social suscrito e íntegramente desembolsado de cincuenta millones de pesetas. El artículo 20.1 a) de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, impone a las sociedades gestoras de Fondos de Pensiones, un capital mínimo desembolsado de cien millones de pesetas, al que se debe añadir el 1 por 100 del exceso del activo total del Fondo de pensiones sobre 1.000 millones de pesetas. El artículo 2.1 b) del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, impone como requisito necesario para ejercer la actividad bancaria el "tener un capital social mínimo de 3.000 millones de pesetas, desembolsado íntegramente en efectivo y representado por acciones nominativas". Para las sociedades concesionarias de canales de televisión privada, el artículo 18.2 de la Ley 10/1988, de 30 de septiembre, de Régimen Jurídico de la Televisión privada, dispone un capital social mínimo de mil millones de pesetas. El artículo 2.1 e) del Real Decreto 276/1989, de 22 de marzo, por el que se regula la creación y régimen jurídico de las Sociedades y Agencias de Valores, exige a las primeras, para su válida constitución, un capital social mínimo de setecientos cincuenta millones de pesetas y a las Agencias de Valores, un capital social mínimo de ciento cincuenta millones de pesetas, pero además, el RD 1343/92, de 6 de noviembre en su artículo 43.1 indica que "Las sociedades y agencias de valores y los grupos consolidados de las mismas, deberán mantener en todo momento un volumen de recursos propios proporcionado al de su actividad y gastos de estructura, y a los riesgos asumidos". El Real Decreto Ley de 19 de julio de 1995, sobre creación de nuevos Bancos privados y el establecimiento de Bancos extranjeros en España, fija para las sociedades bancarias, un capital mínimos de tres mil millones de pesetas.

[131] ROJO-BELTRÁN, "El capital social mínimo. Consideraciones de política y de técnica legislativa", *Revista de Derecho Mercantil* nº 187-188, 1988, pág. 152. En términos similares se manifiesta GOMEZA VILLA, J.I., "Contrapartidas en aumentos o reducciones de capital", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXXI, 1992, págs. 115-116

Universidad de Huelva 2009

Por otro lado, la mayor parte de la doctrina[132] considera que la función esencial del capital en las sociedades anónimas es la de servir de garantía a los acreedores[133]. Como ya hemos señalado, en estas sociedades, los socios no responden de las deudas sociales. Las aportaciones que integran el capital y que constituyen, inicialmente, una parte importante del patrimonio de la sociedad, representan una buena garantía para estos terceros. No podemos olvidar que realmente lo que garantiza a los acreedores sociales la satisfacción final de sus créditos es la existencia de un patrimonio neto constituido por bienes y valores efectivos, es decir, la existencia de un activo patrimonial suficiente para cubrir las obligaciones pendientes de la sociedad; constituyéndose el capital en cifra de retención de ese patrimonio social.

Básicamente, la exigencia de constituir un patrimonio cualificado y efectivo en las sociedades anónimas opera en garantía de acreedores, en compensación del privilegio de la no responsabilidad de los socios[134]. De esta manera, se crea un fondo social de responsabilidad y se asegura la existencia de bienes y derechos en el patrimonio de la sociedad, lo que supone, además, una cierta confianza para los futuros accionistas o terceros

---

[132] GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. I, cit., págs. 329 y ss.; GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, cit., pág. 427; GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 50; RUBIO,J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 51. Esta es también la posición que ha adoptado PAZ-ARES, C., en su nuevo trabajo, "La aportación de uso en las sociedades de capital", *Revista de Derecho de Sociedades* nº 5, 1995, pág. 33, que corrige la anteriormente expuesta en su estudio "Sobre la infracapitalización de las sociedades", citada en diversas ocasiones. En Francia, destaca como defensor de esta opinión, BLAISE, H., *L'apport en société*, cit., pág. 322. En Italia, SIMONETTO, E., "L'apporto nel contratto di società", cit., págs. 32 y ss.; ID., *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, cit., págs. 53, 409, 296 y ss., 327 y ss.; OLIVIERI, G., *I conferimenti in natura nella società per azioni*, cit., págs. 90 y ss.

[133] Reforzando esta función de garantía inherente al capital social, los "Considerandos" de la Segunda Directiva de la CEE en materia de sociedades, de 13 de diciembre de 1976, entre otras razones que impulsaron al legislador supranacional a intervenir en la disciplina del capital de las sociedades anónimas, cita expresamente la finalidad de asegurar una equivalencia mínima en la protección de los accionistas y de los acreedores de la sociedad (ver, GARCÍA VILLAVERDE, R., "La constitución y el capital de las sociedades en la CEE [1ª y 2ª Directrices]", *Cuadernos de Derecho y Comercio* nº 5, 1985, págs. 31 y ss.).

[134] PÉREZ DE LA CRUZ, A., *La reducción del capital en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, cit, pág. 26; MAMBRILLA RIVERA, V., "Fundación con aportaciones *in natura*", cit., pág. 735; QUINTANA CARLO, I., "El capital social", cit., pág. 106; OTXOA-ERRARTE, "Comentario a la Resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado, de 22 de junio de 1993. La infracapitalización", *Cuadernos de Derecho y Comercio* nº 14, 1994, pág. 282. Siguiendo esta misma orientación en la doctrina italiana, SIMONETTO, E., "L'apporto nel contratto di società", cit., págs. 32 y ss; ID., *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, cit., págs. 43 y ss; OLIVIERI, G., *I conferimenti in natura nella società per azioni*, págs. 90 y ss.

Universidad de Huelva 2009

que vayan a mantener relaciones con ella.

Por tanto, la función prioritaria que en las sociedades anónimas tiene que cumplir o desarrollar el capital social es la de servir de garantía frente a terceros acreedores para el pago de las deudas sociales[135]. Las aportaciones integran el capital social; la realidad capital y la efectividad de las aportaciones es exigida por la Ley para garantizar los créditos de terceros; consecuentemente, los bienes o derechos que se aporten han de ser idóneos para cumplir dicha función[136].

No por ello tiene que desecharse la llamada función de explotación, que en última instancia también sirve a los intereses de los acreedores y de los propios socios, permitiendo que se lleve a cabo una actividad empresarial con aptitud para obtener un beneficio[137]. La función de explotación del capital social constituye, además, una garantía indirecta para los intereses de los acreedores, en cuanto que contribuye a la conservación de la capacidad productiva de la empresa social e indirectamente garantiza a éstos la satisfacción de sus créditos[138]. En efecto, la solvencia y capacidad de obtención de beneficios de la sociedad

---

[135] En las sociedades personalistas, en las que no se excluye la responsabilidad personal de los socios por las deudas sociales, y cuentan los acreedores de la sociedad con la posibilidad final de hacer efectivos sus créditos insatisfechos sobre el patrimonio de los propios socios, no cabe duda que la función primordial del capital social es la de asegurar la debida constitución de un fondo de explotación necesario para el correcto desarrollo de las actividades de la sociedad (sin perjuicio de la trascendencia, aunque de menor entidad, que tiene en este tipo de sociedades la función de garantía del capital social). Por el contrario, en las sociedades anónimas, al igual que en las sociedades de responsabilidad limitada, en las que los socios no responden por las deudas sociales, resulta lógico y necesario que la principal función de las aportaciones que integran el capital social sea la de garantizar a terceros las deudas que frente a ellos ha contraído o pueda contraer en el futuro la sociedad.

[136] Tanto el legislador nacional como el legislador comunitario, reforzando esta función de garantía, han excluido expresamente la posibilidad de considerar objeto de aportación el trabajo y los servicios personales, con el fin de satisfacer las exigencias sustanciales y primarias de la realidad del capital social y de la efectividad de las aportaciones que lo integran. Debemos de pensar que si la LSA excluye expresamente el trabajo y los servicios personales como posible objeto de aportación a la sociedad anónima es porque, de no existir expresamente esa prohibición, podrían ser aportados al ser valorables económicamente. Y en tal caso, al no poder la aportación de trabajo o servicio integrar el capital de la sociedad, se desvirtuaría la función de garantía que el mismo representa para los acreedores.

[137] Sin que esto signifique la presencia en nuestro Ordenamiento de un principio que exija la capitalización adecuada de la sociedad.

[138] MAMBRILLA RIVERA, V., "Fundación con aportaciones *in natura*", cit., pág. 734. Por su parte, PORTALE, "Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni", cit., págs. 67 y ss., considera que la mejor garantía que puede ofrecer una sociedad a los terceros acreedores es su capacidad para producir beneficios, derivada de su aptitud para

Universidad de Huelva 2009

es garantía tanto para el accionista como para el acreedor: para el primero constituirá la base de sus expectativas de ingresos; para el segundo significará la certeza de su crédito. Ambas funciones no son, pues, contradictorias, sino más bien compatibles y complementarias la una de la otra[139], respetando siempre el orden de prioridad de la función de garantía del capital social[140].

Lo que en cualquier caso está claro es que los acreedores sociales cuentan con el patrimonio social como garantía de sus créditos frente a la sociedad, lo que hace necesario que se constituya con aportaciones efectivas. El legislador ha tratado de asegurar que la

---

desarrollar una actividad provechosa.

[139] RUBIO, J., *Curso de derecho de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 70, defiende que en la sociedad anónima, el patrimonio de garantía es a la vez patrimonio de explotación. En el mismo sentido, BAYONA JIMÉNEZ, R., "Una aproximación al problema de la infracapitalización a la luz de la necesaria revisión de las funciones del capital en la sociedad anónima", cit., pág. 153, afirma que las funciones que cumple el capital no son excluyentes sino complementarias. Por otra parte, LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 33, considera que el capital social cumple una esencial función de garantía, pero aclara que esta afirmación no tiene por qué considerarse contradictoria con el reconocimiento de que el capital social cumple también una función productiva; hay - para este autor- una concurrencia de funciones. En el mismo sentido, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., "Las aportaciones sociales en el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", *Revista de Derecho Mercantil* nº 214, 1994, págs. 804-805, advierte que el carácter prioritario de dicha tutela (tutela de los intereses legítimos de los acreedores de la sociedad) no significa que la única función a la que hayan de atender las normas reguladoras de las aportaciones sociales sea la de establecer los mecanismos necesarios para ofrecerla, sino que también atiende (la realización de las aportaciones) a la satisfacción de la necesidad económica de constituir un fondo de explotación, que permita el desarrollo de la actividad económica que constituye el objeto del ente creado. Siguen esta misma línea de pensamiento PÉREZ DE LA CRUZ, A., "La reducción del capital en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada", cit., pág. 44 (nota 33) y GALLEGO SÁNCHEZ, E., "Las aportaciones en la Sociedad de Responsabilidad Limitada", cit., pág. 91. En la doctrina italiana CAVALLO BORGIA, R., "Conferimenti in natura e conferimenti di crediti", *Rivista di Diritto Commerciale*, 1986, pág. 295-296.

[140] En este sentido parece ir consolidándose una posición intermedia con finalidad armonizadora. JAEGER y DENOZZA, *Appunti di Diritto Commerciale I, Impresa e società*, Milano, 1989, pág. 247, consideran que en las sociedades de capital se ponen límites al posible objeto de las aportaciones y al valor que se les atribuye, ello fundamentalmente -no exclusivamente- por exigencia de la tutela de los acreedores sociales. Es de la misma opinión OLIVIERI, G., *I conferimenti in natura nella società per azioni*, cit., pág. 91, para quien dicha tutela "*significa necessità di escludere tutte quelle* [entidades o bienes] *che, pur essendo utili alla società sotto il profilo produttivo, non siano tuttavia in grado di servire all'eventuale soddisfazione dei creditori sociali*".

En términos análogos se expresan, en nuestra doctrina, GARRIDO DE PALMA, V.M., quien afirma que aquellos elementos que aún siendo económicamente útiles a la sociedad no pueden acrecer el capital podrán ser objeto de prestación accesoria distinta de la aportación de capital, pero no integradora del mismo ("La aportación a la sociedad anónima, hoy", *La Ley* [2629], 1990, pág. 1139; GARRIDO DE PALMA-SÁNCHEZ GONZÁLEZ, "La sociedad anónima en sus principios configuradores", *Estudios sobre la Sociedad Anónima*, T. I, Madrid, 1991, pág. 27). También en la doctrina española, MAMBRILLA RIVERA, V., considera que la función de garantía que el capital social está llamado a desempeñar obliga a la adopción de criterios selectivos de los elementos que pueden aportarse, excluyendo aquéllos que si bien pueden ser aptos para el cumplimiento de la función productiva, no son útiles para el desarrollo de esta función de garantía frente a terceros ("Fundación con aportaciones *in natura*", cit., pág. 735).

Universidad de Huelva 2009

sociedad anónima, ante la falta de sujetos que respondan ilimitadamente frente a los acreedores, esté en condiciones, desde el momento de su constitución, de garantizar el pago de las deudas sociales.

La esencial función de garantía atribuida al capital social tiene un extensa proyección normativa -condensada en los principios de realidad e integridad del capital-, particularmente acusada en el régimen de las aportaciones sociales (arts. 36 a 41 LSA). El principio de integridad obliga a que las aportaciones sean reales, no basta con declarar que se han realizado sino que tienen efectivamente que desembolsarse. El artículo 34.1 b) de la LSA posibilita el ejercicio de la acción de nulidad de la sociedad, cuando no se hubiese respetado el desembolso mínimo del capital legalmente previsto. El principio de realidad del capital social justifica que las aportaciones deban tener naturaleza patrimonial. Si éstas no son dinerarias, tienen que ser valorables en dinero. El artículo 47.1 LSA declara que será nula la creación de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad. En esa efectividad, y en el respeto al principio de integridad, se deben buscar los criterios para determinar qué bienes son susceptibles de ser aportados.

3º. Criterios para determinar la "aportabilidad" de los bienes.

En las sociedades anónimas, hemos afirmado en páginas anteriores, los acreedores cuentan con el patrimonio social como garantía normal y frecuentemente única de sus créditos frente a la sociedad. Es necesario, por tanto, que los bienes o derechos aportados sean aptos para integrar de forma efectiva el capital de la sociedad y sirvan de garantía frente a los terceros, a la vez que constituyen un fondo de explotación, capaz de asegurar la función productiva que comienza a tomar fuerza en nuestro Derecho de Sociedades.

El artículo 36.1 de la LSA señala que *sólo podrán ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica.* Ahora bien, esta norma, por

Universidad de Huelva 2009

sí sola, no aclara qué activos son susceptibles de aportación[141]. En efecto, la referencia al carácter patrimonial y a la susceptibilidad de valoración económica es tan genérica e imprecisa que se muestra insuficiente para dar una solución adecuada al interrogante sobre la naturaleza de los bienes aportables a una sociedad anónima. De ahí, la necesidad de conjugar el mandato del artículo 36 con el principio de realidad y efectividad del capital y la función de garantía que a éste se le encomienda en el tipo social que nos ocupa. De otro lado, resulta conveniente tener presente el artículo 7 de la Segunda Directiva de la CEE que, como ya hemos anunciado, ha sido transcrito, con muy pequeñas variantes, por nuestro legislador.

En definitiva, nos corresponde ahora determinar qué cualidades ha de reunir un bien o derecho para poder ser aportado a una sociedad anónima.

3°.a. Valoración objetiva de los bienes o derechos.

Tras las consideraciones que, sobre las aportaciones sociales, venimos efectuando desde el comienzo de este trabajo, y en consonancia a los términos empleados por el legislador español en la redacción del artículo 36 de la LSA, podemos afirmar con rotundidad que la aportación a la sociedad anónima supone necesariamente una atribución patrimonial en favor de la entidad social. En efecto, es esencial que mediante la transmisión, realizada en virtud del contrato de sociedad, la compañía pueda usar y disfrutar de los elementos aportados, resultando el patrimonio social evidentemente incrementado, y quedando los mismos a disposición de la sociedad. En este sentido, se ha interpretado que la "patrimonialidad" hace referencia a la aptitud de los bienes o derechos para ser transferidos a la sociedad e incluidos en su patrimonio[142].

---

[141] En este sentido, LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículo 36 a 41 LSA)", cit., pág. 30.

[142] Véase, en este sentido: GOMEZA VILLA, J.I., "Contrapartidas en aumentos y reducciones de capital", cit., págs. 123-124 y DÍAZ GÓMEZ, Mª.A., *Las aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima: contenido, valoración y desembolso*, cit., págs. 81-82.

Universidad de Huelva 2009

Por su parte, el requisito de la "susceptibilidad de valoración económica" debe ser interpretado en el sentido de que los bienes o derechos aportados han de tener un valor económico demostrable, esto es, han de poder ser valorados a través de criterios objetivos. Esta afirmación se ve reforzada por los artículos 193 y siguientes de la LSA que, al establecer las reglas de valoración de los activos, para su inscripción en el balance, permiten deducir la necesidad de que puedan ser valorados a través de criterios predeterminados[143]. Además, el valor de los bienes aportados tiene su correspondencia con el capital social, en el momento de la constitución, en cuanto que éste viene conformado por el valor nominal o la par contable de las acciones entregadas como contraprestación a las aportaciones efectuadas.

En efecto, el objeto de la aportación en las sociedades anónimas debe necesariamente integrar el capital social[144]. Para ello, es necesario que el bien o derecho que se pretende aportar tenga naturaleza patrimonial, y, si las aportaciones no son dinerarias, han de ser valorables en dinero. Ahora bien, la Ley no determina cuáles son los criterios que pueden emplearse para valorar los bienes que se aportan[145]. Lo decisivo, por tanto, es que se respete el requisito de la efectividad de la aportación y de la debida integración del capital social.

Podría entenderse que, para valorar los bienes que se aportan, deben emplearse los criterios establecidos para las cuentas anuales de los empresarios y de las sociedades

---

[143] La necesidad de que los bienes o derechos que se aportan a la sociedad anónima puedan ser objeto de inscripción en el balance de la sociedad es tratada en el apartado **3°.c. Inscripción en el balance de la sociedad**, al cual nos remitimos.

[144] SIMONETTO, E., *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, cit., pág. 437, sostiene que la persona que no participa en la formación del capital en la sociedad de capital no puede ser socio. En el mismo sentido se manifiestan MANFREDONIA, "La formazione del capitale sociale e l'art. 7 della Seconda Direttiva", *La Seconda Direttiva CEE in materia societaria* (a cura de BUTTARO e PATRONI GRIFFI), Milano, 1984, pág. 49 y PORTALE, "I conferimenti in natura <<atipici>> nella S.p.A.", 1 *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 1974, pág. 1. En la doctrina francesa, BLAISE, H., *L'apport en sociètè*, cit., pág. 121.

[145] Si el legislador no ha proporcionado orientaciones más precisas sobre los criterios de valoración de los bienes que se aportan es, creemos, por la imposibilidad de determinar *a priori* cuáles pueden ser esos criterios a la vista de la variedad de las posibles aportaciones.

Universidad de Huelva 2009

mercantiles[146], centrados en principios de contabilidad generalmente aceptados[147].

Sin embargo, teniendo en cuenta la variedad de las posibles aportaciones, no parece que siempre sea adecuado el empleo de estos criterios para conocer el valor real de los bienes que se aportan. Es más, emplear estos criterios de valoración puede resultar una decisión poco afortunada[148]. Las normas contables imponen el respeto al principio de prudencia valorativa, tratan de evitar la sobrevaloración del activo, por lo que siendo necesario elegir entre diversos criterios se deberá optar por el principio del menor valor, a fin de que al calcular la distribución del rendimiento económico del ejercicio no corra peligro la integridad económica de la empresa[149]. Por ello, si se emplean estos mismos criterios a los efectos de valorar los bienes que se aportan, el valor real de los mismos puede ser superior a la valoración efectuada de acuerdo a las normas contables[150].

---

[146] Artículos 25 a 42 del C. de c. y 171 y ss. de la LSA, complementados con las normas del PGC, aprobado por Real Decreto 1643/1990 de 20 de diciembre.

[147] En este sentido se manifiesta SÁNCHEZ MIGUEL, M.C., "La valoración de las aportaciones no dinerarias o *in natura* en la sociedad anónima", *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en homenaje a JOSÉ GIRÓN TENA*, Madrid, 1991, págs. 951-955; ID., "Las aportaciones en la SRL, en particular las no dinerarias. Realidad y valoración", cit., pág. 350. En contra LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., págs. 97-98.

[148] Debemos considerar que el balance de ejercicio tiene una finalidad concreta y a su cumplimiento van dirigidas las normas que regulan qué elementos se inscriben en él y cuáles son los criterios de valoración aplicables. Del balance no tiene que resultar el valor real o de mercado de los bienes que lo integran. Pero estos criterios y reglas (seguimiento del principio de prudencia valorativa o el recurso a los valores históricos de algunos bienes...) no tienen que ser los mismos si la valoración tiene una finalidad distinta, como sucede si lo que se pretende es efectuar una aportación a la sociedad u otra transmisión patrimonial, pues no sirven para dar a conocer el valor real de los bienes, que puede ser muy superior.

[149] LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 98, considera que la valoración a la baja, justificada en un balance de ejercicio, no es la apropiada en caso de aportación.

[150] Por ejemplo, en la aportación de una empresa, siguiendo los criterios contables a efectos de valoración, no podría tenerse en cuenta el valor del fondo de comercio cuando éste no haya sido adquirido a título oneroso o cuando, habiendo sido adquirido a título oneroso, haya sido completamente amortizado, pues, su valor no aparecería inscrito en el activo del balance (art. 194.2), es decir, carecería de valor contable en el balance de la empresa. Sin embargo, a pesar de la falta de inscripción, su valor debe tomarse en consideración a efectos de valoración de la empresa (el fondo de comercio existe igualmente). Un fondo de comercio que ha ido naciendo y desarrollándose a la misma vez que la empresa va constituyéndose o funcionando, representa también un "plus" que contribuye a aumentar el valor total de la misma cuando ésta va a ser valorada como objeto de aportación. Por ello, el mayor valor que el fondo de comercio representa debe ser considerado en el momento de determinar el valor de la aportación. Igualmente, podría verse perjudicada la sociedad aportante de un inmueble si el experto independiente no permitiera valorarlo según criterios reales y objetivos, como sería el que se fijara en el precio corriente del mercado, por encima de lo que consta en su balance. No sería justo para el aportante el tenerse que resignar a recibir un número menor de acciones o renunciar a la operación, cosa que podría perjudicar a la sociedad si está interesada en

Universidad de Huelva 2009

El artículo 38.2 de la LSA dispone que el informe del experto independiente contendrá la descripción de cada una de las aportaciones no dinerarias, así como los criterios de valoración adoptados. Esto significa que el legislador, si bien exige la indicación del criterio de valoración concretamente elegido, permanece indiferente ante la adopción por el experto de uno u otro, determinando simplemente que sean generalmente aceptados, pero sin imponer, en ningún caso, la adopción de un criterio concreto.

Ahora bien, el principio de efectividad obliga a utilizar criterios objetivos orientados a establecer el valor real de los bienes que se aportan, el valor que en condiciones normales pueden tener dichos bienes[151]; obliga, igualmente, a evitar que la aportación se sobrevalore, pero no puede poner obstáculos excesivos a una aportación que respete la debida integración patrimonial del capital social[152]. En cualquier caso, esto implica que debe tratarse de un bien o derecho que pueda ser valorado de manera autónoma y objetiva[153] conforme a criterios

---

adquirir el bien en cuestión.

[151] Precisamente porque ese valor real y objetivo puede no coincidir con el que el aportante y la sociedad hayan acordado, interviene el experto para evitar que se aporte por un valor superior, que puede obedecer a intereses subjetivos y personales de transmitente y adquirente o de uno de los interesados. El experto debe hacer caso omiso de las circunstancias que puedan mover a las partes a establecer un valor distinto para la aportación, y atenerse al valor que en condiciones normales pueda tener el bien en cuestión.

[152] LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., págs. 97-100, se inclina a elegir criterios objetivos que permitan determinar el valor de cambio que se le daría al bien que se aporta en condiciones normales. Considera que el criterio más claro para valorar los bienes que se aportan a la sociedad anónima es el valor de mercado, y para aquellos casos en los que no se puede hablar de mercado porque no hay otras transacciones similares que sirvan de referencia o porque éstas no son suficientes para determinarlo, precisa que habrá siempre que recurrir a criterios objetivos de los que resulte un valor equivalente al que, en condiciones normales, podría obtenerse de otros hipotéticos adquirentes. También se decantan por el valor de mercado de los bienes: PÉREZ DE LA CRUZ, A., "La fundación cualificada (ventajas de los fundadores y promotores)", cit., pág. 163 y ROJO, A., "Adquisiciones onerosas por la sociedad anónima durante el período inicial", *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en homenaje a JOSÉ GIRÓN TENA*, Madrid, 1991, pág. 871.

En cualquier caso, entendemos que cuando no sea posible realizar una valoración objetiva, conforme a criterios generalmente admitidos, se debería evitar la imputación al bien o derecho aportado de un valor determinado en base a criterios personales y no verificables. Este debe ser el contenido preceptivo mínimo del requisito de la "susceptibilidad de valoración económica", introducido por el legislador comunitario como criterio general de selección de las aportaciones al capital.

[153] PAZ-ARES, C., "Las aportaciones de uso en las sociedades de capital", cit., pág. 33, afirma que la exigencia de que las aportaciones a la sociedad anónima estén constituidas por activos susceptibles de ser evaluados económicamente, aunque pueda ser discutida de *lege ferenda*, resulta indiscutible de *lege data*. La razón -dice- salta a la vista: si los activos objeto de aportación no pudieran satisfacerla, sería imposible cumplir las reglas sobre valoración (art. 38 LSA) y las reglas sobre

Universidad de Huelva 2009

generalmente admitidos.

3°.b. "Recuperabilidad"del valor de los bienes o derechos.

La siguiente cuestión que de forma inmediata se plantea es si, para asegurar la función de garantía del capital social, resulta necesario, como antes de la reforma de 1989 aseguraba la mayor parte de la doctrina[154], que los bienes o derechos aportados a la sociedad sean susceptibles de ejecución, es decir, "*fácilmente transformables en dinero, porque sólo así el capital social puede representar realmente una garantía para los acreedores*"[155].

Esta tradicional opinión venía confirmada por el artículo 9 del Anteproyecto de 1965 de la Segunda Directiva de la CEE[156]. El precepto mencionado exigía que las aportaciones fueran *susceptibles de realización forzosa* en beneficio de los acreedores. Siguiendo la misma orientación, el artículo 10 del Proyecto de 1970 establecía que *el capital suscrito no podría estar integrado por aportaciones no realizables*[157]. Ambos preceptos seguían la línea en virtud de la cual, en las sociedades de capital, la función de garantía frente a los acreedores propia del capital social comportaba la posibilidad de aportar únicamente aquellos

---

el desembolso (arts. 12 y 40 LSA).

[154] Entre ellos: GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, I, cit., pág. 218; ID., *Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., págs. 144-145; GARRIGUES, J., "Teoría general de las sociedades mercantiles", cit., págs. 214 y ss.; CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, T. I, cit., págs 406 y ss. En la doctrina italiana, es defensor destacado de esta tesis, SIMONETTO, E., *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, cit., págs. 269 y ss; ID., *I bilanci*, ristampa anastatica dell'edizione 1967, Padova, 1972, págs. 96 y ss.

[155] GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, cit., pág. 549.

[156] Este Anteproyecto, que constituyó la primera redacción del texto actual, fue publicado junto al informe de la Comisión, en el DOCE, de 24 de abril de 1970, Nr C 48.

[157] El Proyecto de Segunda Directiva de la CEE aparece publicado en la *Rivista delle Societá*, 1970, págs. 845 y ss. Sobre este Proyecto pueden, además, consultarse los interesantes comentarios efectuados por IANNUZZI, "Osservazioni sul progetto di Seconda Direttiva in tema de armonizzazione del diritto societario", *Rivista delle Societá*, 1971, págs. 636-656.

Universidad de Huelva 2009

bienes que fueran idóneos o susceptibles de ejecución[158]. Pues bien, el requisito de ejecutabilidad de los bienes aportados fue rechazado por el propio Comité Económico y Social; por considerarlo excesivamente rígido y obstaculizador de determinadas aportaciones que, aún siendo ciertamente inejecutables, se consideraban capaces de reportar a la sociedad una utilidad mayor incluso que la que le producía una aportación en dinero[159].

Esta es la razón por la que el texto definitivo de la Segunda Directiva de la CEE ha sustituido el requisito de la *realizabilidad* por el de la *susceptibilidad de valoración* económica. Se ha roto, por tanto, la tradicional ecuación "aportabilidad=ejecutabilidad", dando lugar a criterios más flexibles a la hora de considerar un bien o derecho como posible objeto de aportación a una sociedad anónima.

En consecuencia, la exigencia de que los bienes o derechos que se aportan a la sociedad anónima sean susceptibles de ejecución es hoy rechazada por su excesivo rigor[160]

---

[158] Este criterio se vinculaba, a su vez, con las normas relativas al balance de la sociedad. El balance venía configurado como un instrumento para tutelar de modo directo a los acreedores sociales y por lo tanto, desde esta perspectiva, serían aportables e inscribibles en el activo únicamente los bienes ejecutables, para así garantizar la satisfacción de las deudas sociales, inscritas en el pasivo. Sin embargo, esta teoría resultaba privada de significado desde el momento en que se admitía la inscripción en el activo del balance de bienes no ejecutables (*know-how*, fondo de comercio...). En este sentido, la Comisión de la CEE, en el comentario anexo al Proyecto, declaraba no existir objeción alguna para admitir aportaciones de bienes o derechos inmateriales como el *know how* (no pudiendo ser éste objeto de ejecución forzosa), bienes que actualmente pueden ser esenciales para una sociedad e igualmente pueden ser inscritos en activo del balance de la misma (el texto del anexo del proyecto, con los oportunos comentarios, puede verse en OLIVIERI, *I conferimenti in natura nella società per azioni*, cit., págs. 60, 266 y ss).

[159] Es posible, que la sociedad tenga un interés especial en que un bien determinado entre a formar parte de su patrimonio, en cuanto que le es útil para el fin que trata de conseguir y no existe motivo alguno por el cual dicha adquisición no pueda llevarse a cabo a través de la figura de las aportaciones sociales. De otro lado, es difícil negar que el acreedor de una sociedad que posee un importante *know how* tiene más probabilidad de ver satisfecho su crédito que aquél otro de una sociedad cuyo patrimonio está constituido por bienes y derechos en teoría ejecutables, pero privados de un valor de realización cuando se sustraen de su actual o común destino.

[160] LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., págs. 35-36; VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. I, vol. 1°, cit., pág. 433; MAMBRILLA RIVERA, V., "Fundación con aportaciones *in natura*", cit., págs. 748-749; GARRIDO DE PALMA, V.M., *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, 3ª ed., Madrid, 1990, pág. 148; GARRIDO DE PALMA-SÁNCHEZ GONZÁLEZ, "La sociedad anónima en sus principios configuradores", cit., pág. 27; PAZ-ARES, C., "Sobre la infracapitalización de las sociedades", cit., pág. 1611; GALLEGO SÁNCHEZ, E., "Las aportaciones en la sociedad de responsabilidad limitada", cit., págs. 89-91; GOMEZA VILLA, J.I., "Contrapartidas en aumentos o reducciones de capital", cit., pág. 122; DÍAZ GÓMEZ, Mª.A., *Las aportacines no dinerarias en la Sociedad Anónima: contenido, valoración y desembolso*, cit., págs. 87-90; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I., *Aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima*, cit., pág. 143. En la doctrina italiana, entre otros:

Universidad de Huelva 2009

y, probablemente, por no realizar una equilibrada protección de los intereses en juego[161]. Si el criterio aplicable fuera éste, los bienes o derechos aportados tendrían que valorarse de acuerdo con el valor probable de ejecución[162]. Además, esta dirección negaría la posibilidad de aportar a la sociedad anónima una empresa unitariamente considerada[163].

Siguiendo, pues, esta nueva orientación, no debe interpretarse que susceptibilidad de valoración económica signifique ejecutabilidad, esto es, el efecto de garantía no tiene necesariamente que identificarse con ejecutabilidad de los bienes o derechos. Más bien, la *susceptibilidad de valoración económica* reclamada por el artículo 36 de la LSA, para los bienes o derechos aportables, debe equipararse al requisito de *recuperabilidad* que propugna la doctrina italiana[164].

En efecto, como ya hemos señalado, la aportación a la sociedad anónima implica la transmisión de un bien o derecho del patrimonio del socio al patrimonio de la sociedad[165]. Por tanto, necesariamente, los bienes que se aportan han de ser susceptibles de ser

---

JAEGER Y DENOZZA, *Appunti di Diritto Commerciale I, Impresa e società*, cit., pág. 247 y OLIVIERI, *I conferimenti in natura nella società per azioni*, cit., págs. 97 y ss.

[161] LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 35, considera que tanto la Directiva como la LSA al sustituir los términos "expropiable", "ejecutable" o "realizable", excesivamente rígidos, por la susceptibilidad de valoración económica, además de permitir una mayor flexibilidad en la determinación de los bienes aportables, tratan de superar el antagonismo de las indicadas tesis y llevar a la conclusión de que las dos funciones, de garantía y de explotación del capital social, no son contradictorias.

[162] LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41)", cit., págs. 35-36, afirma que si el criterio a tener en cuenta fuera el de la susceptibilidad de ejecución forzosa, o bien lo aportado tendría que valorarse de acuerdo con el valor probable de ejecución, lo que no es razonable, o bien el interés de los acreedores no se vería suficientemente atendido si reconocemos que en la práctica, por diversas razones, raramente se alcanza el valor de mercado en este tipo de enajenaciones.

[163] Si se aportara una empresa habría de tenerse en cuenta el valor de cada uno de sus elementos susceptibles de ejecución individualizada lo que impediría valorar como aportación elementos inmateriales (el fondo de comercio, el *know how*) o meras situaciones de hecho valorables económicamente, pero privadas del atributo de la ejecutabilidad. En definitiva, se estaría negando la posibilidad de aportar una empresa como objeto unitario y, en tal caso, iríamos contra las normas establecidas en los artículos 39.3 LSA y 133.1 RRM, que reconocen y regulan expresamente esta aportación.

[164] Véase, OLIVIERI, G., *I conferimenti in natura nella società per azioni*, cit., págs. 63 y ss.

[165] El activo que se aporta se atribuye a la sociedad en firme, es decir, se separa del patrimonio del aportante, de manera que aquélla quede al abrigo de riesgos provenientes de la esfera de éste (riesgo de incumplimiento, riesgo de disposición, riesgo de que sea trabado por sus acreedores, etc.).

Universidad de Huelva 2009

transferidos a la sociedad, han de tener naturaleza patrimonial, e, igualmente, han de ser puestos a su completa disposición[166].

Pero es que, además, es imprescindible que el valor de las aportaciones, que en principio constituyen el patrimonio social, pueda ser "recuperado" en caso de crisis o necesidad económica de la compañía para atender los intereses de los acreedores. Esto significa que el bien que se pretende aportar debe gozar de aptitud para el cambio, es decir debe ser enajenable o negociable, posible objeto de un contrato de cambio[167].

De ahí que, un autorizado sector de la doctrina considere que el requisito de la "susceptibilidad de valoración económica" haya de interpretarse en el sentido de idoneidad de la prestación para ser cambiada por dinero[168]. En definitiva, debemos entender que la voluntad del legislador es elevar la negociabilidad del bien aportado a requisito común y esencial en cada tipo de aportación que se realice a la sociedad anónima. De este modo, en un determinado momento de crisis económica de la entidad social, ésta podrá recuperar el valor del bien aportado que ha sido puesto a su disposición y constituye parte de su patrimonio, si bien no necesariamente a través de un procedimiento ejecutivo, sí a través de

---

[166] En este sentido se manifiesta OLIVIERI, G., *I conferimenti in natura nella società per azioni*, cit., págs. 197 y ss., para quien es necesario garantizar la efectividad del capital real de la sociedad anónima haciendo que las aportaciones prometidas sean realmente exigidas, o sea, transferidas al patrimonio social. En la misma línea de pensamiento GARRIDO DE PALMA, V.M., "La aportación a la sociedad anónima, hoy", *La Ley* (2629), 1990, pág. 1139; GARRIDO DE PALMA-SÁNCHEZ GONZÁLEZ, "La sociedad anónima en sus principios configuradores", cit., pág. 28.

[167] Lo que no significa, en absoluto, que el bien en cuestión deba ser susceptible de ejecución forzosa. Debemos entender que un bien es ejecutable cuando puede ser objeto de un procedimiento de ejecución individual. Es el requisito que la doctrina italiana denomina "realizabilidad" del bien. Para poder ser objeto de aportación a la sociedad anónima es suficiente que el bien o derecho que se aporta pueda ser objeto de enajenación voluntaria, sin necesidad de que debe ser sometido a un procedimiento de ejecución forzosa. En este caso la doctrina italiana habla de bienes "recuperables". Por lo demás, es necesario apuntar que no se exige que el activo sea autónomamente transferible. Es suficiente con que su valor pueda ser recuperado aunque sea indirectamente a través de un procedimiento de liquidación que comporte la enajenación completa de la empresa.

[168] SÁNCHEZ MIGUEL, M.C., "La valoración de las aportaciones no dinerarias o *in natura* en la sociedad anónima", cit, pág. 938; ID., "Concepto de capital social en relación a las aportaciones de los socios", cit., pág. 3422; QUINTANA CARLO, I., "El capital social", cit., pág. 115; GALLEGO SÁNCHEZ, E., "Las aportaciones en la sociedad de responsabilidad limitada", cit., pág. 88; MAMBRILLA RIVERA, V., ""Fundación con aportaciones *in natura*", cit., 746. En la doctrina italiana, MANFREDONIA, "La formazione del capitale sociale e l'art. 7 della Seconda Direttiva", cit., pág. 44.

Universidad de Huelva 2009

cualquier transmisión onerosa, para así satisfacer las deudas pendientes que pesan sobre el patrimonio social[169]. Ello permite consentir la adquisición, a través de las aportaciones, de elementos productivos importantes para la sociedad, realizando siempre una selección entre los diversos bienes a aportar en base a criterios inspirados en la protección del capital social.

3°.c. Inscripción en el balance de la sociedad.

En repetidas ocasiones hemos señalado que el objeto de la aportación en las sociedades anónimas debe necesariamente integrar el capital social. Si queremos dar un contenido más preciso o aclarar qué bienes pueden integrar el capital, debemos aclarar que tal cualidad comprende sólo los bienes que, además de las características anteriormente anunciadas, pueden ser inscritos en el activo del balance de la sociedad[170].

Como ya hemos apuntado, la teoría tradicional según la cual serían inscribibles en el balance únicamente los bienes susceptibles de realización forzosa, es desmentida en el momento en el que se realiza un atento análisis de las normas relativas al balance, análisis

---

[169] Aún cuando en páginas anteriores hemos admitido con carácter general que una concesión administrativa puede constituir objeto de aportación a la sociedad anónima, es preciso efectuar una distinción en función del tipo de concesión de que se trate y de la naturaleza de la misma. En este sentido, debemos distinguir la "concesión demanial" de la denominada "concesión de obras y servicios". La primera, relativa al uso de bienes de dominio público, implica la sustracción de éstos del uso común o general para pasar a ser objeto de uso exclusivo o privativo por parte del concesionario. De este modo, la sociedad sería titular de un "derecho de uso" respecto de dichos bienes, pues la aportación no es el bien sino la concesión demanial. Dicha concesión, además de ser valorable económicamente, es inscribible en el Registro de la Propiedad, por supuesto inscribible en el activo del balance de la sociedad y está abierta en general -salvo que vaya ligada a la prohibición de cesión o transmisión de la misma por parte del cesionario- al tráfico jurídico, es decir, enajenable o negociable, posible objeto de un contrato de cambio. Consecuentemente, puede ser objeto de aportación a la sociedad anónima. En cambio, la denominada "concesión de obra o servicio" no puede ser objeto de aportación a la sociedad anónima dada su naturaleza contractual e *intuitus personae*. El carácter personalísimo que lleva implícita esta concesión, en la que es fundamental las condiciones y cualidades del contratista o concesionario, hacen que la cesión o el subcontrato tengan carácter excepcional. La imposibilidad de que los acreedores de la sociedad concesionaria puedan hacer efectivos sus créditos a través de la convertibilidad en dinero de la concesión por medio de su transmisión, lleva a excluirla como posible objeto de aportación a la sociedad anónima (ver, ALONSO UREBA, A., *La Sociedad Mercantil de Capital comò forma de la Empresa Pública Local*, cit., págs. 150-160).

[170] MAMBRILLA RIVERA, V., "Fundación con aportaciones *in natura*", cit., pág. 749; GALLEGO SÁNCHEZ, E., "Las aportaciones en la sociedad de responsabilidad limitada", cit., pág. 91; ALONSO UREBA, A., *La Sociedad Mercantil de Capital como forma de la Empresa Pública Local*, cit., pág. 140; GOMEZA VILLA, J.I., "Contrapartidas en aumentos o reducciones de capital", cit., págs. 123-124; BLAISE, H., *L'apport en société*, cit., pág. 105; SIMONETTO, E., *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, cit., págs. 92 y ss; PORTALE, "I <<beni>> iscrivibili del bilancio di esercizio e la tutela dei creditori nella società per azioni", cit., 1969, págs. 242 y ss.

Universidad de Huelva 2009

que evidencia la presencia en el activo de entidades que no pueden ser calificadas de ejecutables como el *know how*, concesiones administrativas, el fondo de comercio, etc[171].

Es necesario, por tanto, que el bien o derecho que se pretende aportar pueda ser inscrito en el activo del balance[172], es decir, que todos los componentes aportables del patrimonio deben hallar necesariamente expresión en el activo del balance de la sociedad[173]. La exigencia de que los elementos patrimoniales objeto de aportación puedan figurar en el balance, ya fue requerida por la doctrina anterior a la Ley de 1989[174] y refrendada por la propia jurisprudencia y por la DGRN al manifestar que: "...*una de las características que presenta la aportación de bienes a la sociedad anónima, a diferencia de lo que ocurre con las sociedades personalistas, es que han de ser valuables en dinero, al objeto de que puedan*

---

[171] Es claro que la sociedad durante la fase de gestión es libre para adquirir bienes no susceptibles de ejecución forzosa, así sobre todo respecto de los elementos del inmovilizado inmaterial, *know how*, fondo de comercio. No existe razón para prohibir que se efectúe esa misma operación vía aportación, evitando los costes adicionales. A ello, es verdad, podrían oponerse los términos de la LSA y el PGC (ctas. 211-213) que sólo permiten su inscripción cuando hayan sido adquiridos a título oneroso (adquisiciones en las que se deben encuadrar las realizadas a través de las aportaciones) o, en el supuesto del *know-how*, cuando haya sido creado en la propia empresa. Sin embargo, debemos entender que estas previsiones legislativas, que condicionan la inscripción de los activos apuntados al cumplimiento de ciertos requisitos, no han sido dictadas con la intención de impedir su inscripción en balance, sino con la de sentar un criterio objetivo de valoración que impida la contabilización de los mismos por un valor superior al que en realidad les corresponde. Esto es, para evitar la atribución de un valor determinado a través de criterios subjetivos, el legislador se ha preocupado de precisar que la valoración no debe exceder de ciertos parámetros objetivos: el valor de coste en su momento o el coste actual de reproducción, pero considerando éste siempre como un límite máximo.

[172] En la doctrina italiana, SIMONETTO, considera que de admitirse aportaciones que no pueden ser inscritas en el activo del balance en la constitución de la sociedad, se daría lugar a que la sociedad naciera con una pérdida, con un vacío en el balance que es inconcebible e inadmisible (ver, por todos, sus trabajos: *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, cit., págs. 344-345 y "La conferibilità a capitale e l'iscrivibilità all'attivo del bilancio nella Seconda Direttiva comunitaria in rapporto alla società per azioni e alle società di persona", *Rivista delle Società*, 1979, pág. 1224).

[173] SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, T. I, 18ª ed., Madrid, 1995, pág. 336; GALLEGO SÁNCHEZ, E., "Las aportaciones en la Sociedad de Responsabilidad limitada"; cit., págs. 90-91; GOMEZA VILLA, J.I., "Contrapartidas en los aumentos y reducciones de capital", cit., págs.123-124; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., "Las aportaciones sociales en el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", cit., pág. 831; MAMBRILLA RIVERA, V., "Fundación con aportaciones *in natura*", cit., pág. 748;FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I., *Aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima*, cit., pág. 143.

[174] GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., págs. 144; ESPERANZA MARTÍNEZ RADIO, A., "Tradición instrumental y aportación social", cit., pág. 481.

Universidad de Huelva 2009

figurar en el balance"[175]. Además, el tenor literal del artículo 7 de la Segunda Directiva de la CEE parece enlazar con este postulado defendido por la doctrina dominante. Pensemos que el término "activos", empleado por el legislador comunitario, adquiere pleno sentido en el ámbito contable, en relación al balance, en concreto, en tanto bienes y derechos situados en la parte activa del mismo.

Entendemos, pues, como último requisito que debe cumplir un elemento para su aportación a la sociedad anónima que su valor pueda ser objeto de anotación contable, ya que la cifra de capital se corresponde con el valor que figura en el activo para los distintos bienes aportados, e, inicialmente, el valor de unos y otros debe tener idéntica anotación[176].

3°.d. Consideraciones finales.

Con independencia, por tanto, del carácter material o inmaterial de los bienes objeto de aportación, podemos concluir afirmando que para que un bien pueda ser aportado a una sociedad anónima, o sea, para que pueda imputarse al capital, se requiere: en primer lugar, que sea un bien o derecho patrimonial, es decir, que pueda ser transmitido a la sociedad y entre a formar parte de su patrimonio; en segundo término, que el bien pueda ser valorado de acuerdo con criterios objetivos; por otro lado, que en caso de crisis o necesidad económica de la compañía su valor pueda ser recuperado, esto es, que sea enajenable o negociable, posible objeto de un contrato de cambio y susceptible de apropiación; y, finalmente, que pueda ser inscrito en el activo del balance. En consecuencia, convertible en dinero y apto para producir una ganancia[177].

---

[175] Véase, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1985 y la Resolución de la DGRN de 31 de octubre de 1986.

[176] SÁNCHEZ MIGUEL, M.C., "La valoración de las aportaciones no dinerarias o *in natura*", cit., pág. 951; PORTALE, "I <<beni>> iscrivibili nel bilancio di esercizio e la tutela dei creditori nella società per azioni", cit., pág. 242.

[177] En este sentido se han manifestado: LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., págs. 36-37; RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., págs. 197 y ss; GARRIGUES, J., "Teoría general de las sociedades mercantiles", cit., págs. 212-213; QUINTANA CARLO, I., "El capital social", cit., págs. 115-116; MAMBRILLA RIVERA, V., "Fundación con aportaciones *in natura*", cit., págs. 746-749; SÁNCHEZ MIGUEL, M.C.,

Universidad de Huelva 2009

Si bien es cierto que pueden aparecer algunas dificultades a la hora de aportar a una sociedad anónima determinados elementos, en especial, aquellos denominados "elementos del inmovilizado inmaterial", como el *know how*, el fondo de comercio, etc, estas aportaciones han sido admitidas por la mayoría de la doctrina[178], aunque para ello se exija, generalmente, que formen parte del conjunto de la empresa que se transmite[179].

En consonancia con la evolución experimentada por el artículo 7 de la II Directiva de la CEE en materia de sociedades, la doctrina española ha flexibilizado la que hasta ahora venía siendo posición dominante, que exigía que las aportaciones no dinerarias se constituyeran por bienes ejecutables, sustituyendo este criterio por otros menos restrictivos

---

"La valoración de las aportaciones no dinerarias o in natura en la sociedad anónima", cit., págs. 937-938; VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. I, vol. 1º, cit., pág. 437; GARRIDO DE PALMA, "La aportación a la sociedad anónima, hoy", cit., pág. 1139; GARRIDO DE PALMA- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, "La sociedad anónima en sus principios configuradores", cit., págs. 23-28; LUCAS FERNÁNDEZ, F., *Temas sobre sociedades anónimas. Escrituras de constitución y ampliación de capital*, cit., págs. 110-115.

[178] LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 36; QUINTANA CARLO, I., "El capital social", cit., pág. 116; PAZ-ARES, C., "Sobre la infracapitalización de sociedades", cit., pág. 1611; MAMBRILLA RIVERA, V., "Fundación con aportaciones *in natura*", cit., págs. 750-751. A título meramente indicativo, podemos resaltar como el legislador inglés incluyó expresamente en la Sec. 20 del texto de la *Companies Act* de 1980, la posibilidad de dar cobertura al valor de las acciones mediante la aportación de *know-how* y *goodwill* (SCHMITTHOFF, C.M., "Consideraciones generales sobre la Ley Inglesa de sociedades mercantiles de 1980", *Revista de Derecho Mercantil* nº 156, 1980, pág. 204). La *Companies Act* de 1985, que modifica la de 1980 -y que, a su vez, es modificada por la de 1989- continúa previendo esta aportación en la Sec. 99 (ver: MORSE, G., *Company Law*, 15ª ed., London, 1995, pág. 159; BUTTERWORTHS, *Company Law Guide*, 3ª ed., London, 1995, pág. 66; BUTTERWORTHS, *Company Law Handbook*, 10ª ed., London, 1995, pág., 67).

[179] El Tribunal Supremo, en Sentencia de 15 de julio de 1985, e igualmente la DGRN, en Resolución de 31 de octubre de 1986, han admitido expresamente la aportación del fondo de comercio, destacando la necesidad de que sea valorado separadamente del resto de los elementos que componen la empresa.

Por lo demás, no podemos olvidar que es imposible aportar un fondo de comercio independiente o separado de la empresa a la que pertenece. El fondo de comercio expresa el mayor valor que adquiere la empresa derivado de su aptitud y capacidad -que consigue a través de diversos bienes y derechos, y de la organización que el empresario da a los mismos- para generar beneficios futuros. Cuando esa capacidad de obtener beneficios futuros se imputa a la empresa, se considera transferible junto a ella, y la empresa termina así adquiriendo un valor de cambio superior a su valor neto patrimonial, siendo posible, entre los distintos métodos para valorar la empresa, que a su valor neto se le añada la capitalización de esos beneficios obtenidos u obtenibles. Consecuentemente, el fondo de comercio no puede desligarse de la empresa y transmitirse autónomamente, sino que circulará junto al resto de elementos que la componen. Lo mismo ocurre con otros elementos inmateriales de la empresa como son el nombre comercial (art. 79 LM) o una patente obligatoria (art. 104 LP) que no pueden transmitirse aisladamente de la entidad productiva. Otros, en cambio, como el *know how*, las patentes, etc, que se traducen en beneficios concretos para la entidad empresarial a la que pertenecen, a diferencia de los anteriores, pueden ser transmitidos separadamente de la empresa; sin embargo, muy frecuentemente, se transmitirán junto al resto de sus elementos.

Universidad de Huelva 2009

que permiten ampliar el ámbito de los posibles bienes que pueden ser aportados a las sociedades anónimas.

4°. La prohibición de aportar el trabajo o los servicios.

El artículo 36.1 de la LSA, en su párrafo 2°, siguiendo la línea de la II Directiva de la CEE[180], prohíbe expresamente la aportación de trabajo o servicios[181]. La razón de esta exclusión, para las sociedades anónimas, debe buscarse en el respeto a los principios configuradores del capital social, particularmente al principio de realidad del capital y efectividad de las aportaciones que lo integran, en consideración a la esencial función de servir de garantía frente a terceros acreedores. En efecto, las prestaciones de trabajo, aún cuando pueden resultar aptas para el desarrollo de la actividad social[182] y, ciertamente, son susceptibles de valoración económica[183], no pueden integrar el capital de la sociedad, ya que

---

[180] El artículo 7 de la Directiva 77/91/CEE, excluye expresamente como posible objeto de aportación *los activos constituidos por compromisos relativos a la ejecución de trabajos o a la prestación de servicios.*

[181] Lógicamente, esta exclusión ha sido acogida expresamente en otros ordenamientos. A título meramente indicativo: en Alemania, las Leyes de adaptación alemana de 13 de diciembre de 1978 (*Gesetz zur Durchführung der Zweiten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts*), que modifica el § 27.2, de la *Aktiengesetz* (*AktG*) prohíbe esta aportación; en Francia, dicha exclusión se lleva a cabo en el apartado final del artículo 75 de la *Loi sur les sociétés commerciales*, de acuerdo con la redacción proporcionada por la *Loi num.*81-1162, de 30 de diciembre de 1981 *relative à la mise en harmonie du Droit des Sociétés commerciales avec la directive adoptée par le Conseil des Communautés Européennes le 13 décembre 1976* (ver, entre otros, GUYON, Y., *La Société Anonyme*, Paris, 1994, págs. 10-11); en Italia, en virtud del d.p.r. 10 de febrero de 1986 n.30 italiano, el artículo 2.342, apartado 3, del *Codice Civile* establece que no pueden ser objeto de aportación las prestaciones de trabajo o de servicios; en Portugal, el num.1 del artículo 277 del *Código das Sociedades Comerciais* excluye expresamente las aportaciones de industria; siguiendo la misma orientación, el legislador de la *Companies Act* de 1980, a través de la cual se efectuó fundamentalmente la trasposición de la Segunda Directiva, excluyó, para las *public companies*, la prestación de servicios futuros en concepto de aportación (ver, SCHMITTHOFF, C.M., "Consideraciones generales sobre la Ley Inglesa de Sociedades Mercantiles", cit., pág. 203 [nota 6]). Esta prohibición continua vigente en nuestros días, para las *public companies*, a través de la Sec. 99.2 (MORSE, G., *Company Law*, cit., pág. 159; BUTTERWORTHS, *Company Law Guide*, cit., págs. 68-69), estando, por el contrario permitida esta aportación en las *private companies* (ver, Sec. 103) (MORSE, G., *Company Law*, cit., págs. 161-163; BUTTERWORTHS, *Company Law Handbook*, cit., pás 69-70).

[182] Dentro del trabajo o los servicios pueden encuadrarse prestaciones de muy variada índole, consistentes en una actividad personal a favor de la sociedad, que puede tener un carácter muy diverso: manual, comercial, técnico, de asesoramiento, etc.

[183] LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 38; VERGEZ SÁNCHEZ, M., *El socio industrial*, cit., pág. 67; MAMBRILLA RIVERA, V., "Fundación con aportaciones *in natura*", cit., pág. 747; DÍAZ GÓMEZ, Mª.A., *Las aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima: contenido, valoración y desembolso*, cit., pág. 175; PISANI MASSAMORMILE, A., *Conferimenti in SPA. e formazione del capitale*, cit., pág. 45; OLIVIERI,

Universidad de Huelva 2009

este tipo de prestaciones difícilmente son compatibles con la función de garantía anteriormente anunciada[184].

Con anterioridad a la reforma de 1989, sin necesidad de exclusión expresa, se negaba la posibilidad de aportar a una sociedad anónima prestaciones de trabajo o servicios, en el sentido de que era rigurosamente inadmisible entregar acciones a cambio de tales prestaciones[185]. La Exposición de motivos de la Ley de 1951, enunciaba este principio al afirmar la necesidad de que "las aportaciones sean en dinero o fácilmente transformables en dinero, porque sólo así el capital puede realmente representar una garantía para los acreedores", y al prever por tanto "la desaparición en nuestra práctica de las acciones liberadas, sin perjuicio de que la aportación de servicios, ideas, iniciativas, experiencias y otros elementos inmateriales puedan ser compensados mediante la atribución a los socios de títulos diversos de la acción"[186].

En nuestros días, los argumentos que se han empleado para rechazar la aportabilidad del trabajo personal o los servicios a las sociedades anónimas son múltiples y muy heterogéneos. No obstante, es conveniente hacer una breve reflexión sobre los más

---

G., *I conferimenti in natura nella società per azioni*, cit., pág. 449 y ss; MANFREDONIA, "La formazione del capitale sociale l'art. 7 della Seconda Direttiva", cit., pág. 45.

[184] La prohibición de aportar el trabajo y los servicios es un argumento más a favor de la prevalente función de garantía del capital social frente a terceros acreedores. Si la principal función encomendada al capital, en este tipo de sociedades, fuera la que denominamos "función de explotación", anteriormente examinada, no encontraríamos razón alguna por la cual las prestaciones de trabajo o servicios hubieran de ser expresamente excluidas por la Ley como posible objeto de aportación. No todos los bienes o derechos presentan mayor grado de productividad para la sociedad, en orden a alcanzar el fin social, que el propio trabajo personal o los servicios efectuados a su favor.

[185] CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, T. I, cit., págs. 454-455; GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 145; GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, T. I, cit., pág. 441; RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 197.

[186] Por lo tanto, la prohibición de aportar el trabajo o los servicios no puede calificarse de nueva. Se trata de una norma que en nuestro Derecho ya cabía deducir de los términos muy claros en que se pronunciaba la Ley de 1951. Pues, si en aquélla Ley ya se decía que el capital debía estar integrado por las aportaciones de los socios (art. 1 Ley de 1951) y, según su texto, tales aportaciones debían consistir en dinero, derechos de crédito, bienes muebles e inmuebles y derechos asimilables a ellos (art. 31 Ley de 1951), al poner toda esa disciplina en relación con la exigencia de cobertura establecida en su artículo 33, no podía abrigarse, en efecto, duda alguna respecto de la ilicitud de entregar acciones a cambio de la aportación del trabajo o servicios.

Universidad de Huelva 2009

significativos, por si en algún caso, pudieran contribuir en la tarea de esclarecer la verdadera razón de tan tajante exclusión. Ahora bien, no está de más advertir que, la mayoría de ellos, terminan considerando que esta prestación no puede integrar el capital de la sociedad porque no está dotada de los requisitos mínimos para servir a la función de garantía de las aportaciones.

Por un lado, se ha invocado como argumento de la exclusión de la aportación de trabajo o servicios su configuración como una prestación que se va a efectuar, generalmente, de una manera continuada en el futuro, por lo que el simple compromiso de prestarla no sirve como garantía a los acreedores[187]. La aportación de industria ha sido considerada, pues, como el prototipo de aportación de tracto sucesivo, que se realiza progresivamente durante un tiempo, más o menos breve. La Ley quiere que desde la constitución de la sociedad y durante toda la vida de ésta, el capital social esté en condiciones adecuadas para cumplir su función de garantía, y esto no sería posible si se permitiera aportar a la sociedad el compromiso de efectuar trabajos o servicios a su favor en el futuro. Consecuentemente, podemos calificar a las aportaciones ahora analizadas incompatibles con la función de garantía que el capital social debe estar en grado de desarrollar en favor de los acreedores sociales.

En segundo término, se ha aducido como causa de la exclusión efectuada por el legislador la incertidumbre o el peligro ínsito en la naturaleza de la aportación de trabajo o servicios, ligada a la vida y a la capacidad del sujeto obligado[188]. Incertidumbre en

---

[187] En este sentido, véase: LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., págs. 38-39. Por nuestra parte, consideramos necesaria la efectiva adquisición en el patrimonio social de un bien o derecho de valor equivalente al valor nominal de las acciones emitidas como contrapartida de la aportación; en otras palabras, es requisito esencial de cada aportación su efectividad, su incorporación al patrimonio social.

[188] ATTOLICO, L., "I conferimenti nelle società per azioni dopo la novella del 1986", *Giustizia Civile*, 1988, T. II, pág. 18. Con diferentes matices, también aluden a este tipo de dificultad, OLIVIERI, *I conferimenti in natural nella società per azioni*, cit., págs 54 y ss.; MANFREDONIA, "La formazione del capitale sociale l'art. 7 della Seconda Direttiva", cit., págs. 33 y ss.; PISANI MASSAMORMILE, A., "I conferimenti nelle società per azioni (Acquisti "pericolosi". Prestazioni accessorie)", *Il Codice Civile, Commentario* (diretto sa Piero Schlesinger), Milano, 1994, págs. 10 y ss. En la doctrina española, SÁNCHEZ MIGUEL, M.C., resalta la incertidumbre y peligrosidad que conlleva la admisición de la aportación de trabajo y servicios ("De las aportaciones [Artículos 36 a 41]", cit., pág. 848).

Universidad de Huelva 2009

consideración, no a la posibilidad de valoración económica, sino incertidumbre sobre su íntegro cumplimiento por parte del socio; evento éste que podría ser obstaculizado por alguna causa posterior no imputable al socio que aportó su trabajo o, incluso, por el intento por parte del socio obligado de sustraerse de las obligaciones asumidas en el contrato social[189]. Esta situación conllevaría un inminente peligro y una eventual lesión de la realidad del capital social y de la efectividad de las aportaciones, ya que, en muchos casos (por ejemplo si sobreviniera la muerte o la incapacidad al socio aportante de trabajo), resultará difícil adquirir un valor real equivalente a aquél asignado a la prestación de trabajo o servicios prometida[190].

Estas prestaciones presentan, por tanto, un elevado grado de incertidumbre en orden a su cumplimiento, porque no es posible en el momento de la estipulación del acto constitutivo, por las características intrínsecas a la prestación (ejecución normalmente proyectada en el futuro), ni adquirirla efectivamente ni saber con certeza la probabilidad de

---

[189] CÁMARA ÁLVAREZ, M., *(Estudios de Derecho Mercantil*, I, cit., pág. 455) advierte sobre la imposibilidad o gran dificultad de ejecutar ese crédito (el crédito contra el deudor de trabajo) y el hecho de que normalmente no puede obtener satisfacción coactiva directa, de suerte que el incumplimiento se traduce en una indemnización de daños y perjuicios, cuya cuantía no es dable determinar *a priori*. Por su parte, LOJENDIO OSBORNE, I., ("Aportaciones sociales [Artículos 36 a 41 LSA]", cit., pág. 39) considera que en caso de dividendos pasivos pendientes, el legislador prevé que se reclame a los accionistas el reembolso de los que sean necesarios para satisfacer a los acreedores en caso de quiebra (art. 925 C. de c.) y en caso de liquidación a la sociedad (art. 272.e), regla que se repite en el artículo 35 para cuando la liquidación sea consecuencia de la declaración de nulidad de la sociedad. Esta exigibilidad anticipada no es posible si se trata de prestaciones de servicios que no son coercibles. Esta idea es desarrollada en la doctrina italiana por SIMONETTO, E., *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, cit., págs. 341-342.

[190] Ello dependerá de que la prestación debida sea o no fungible. En el primer caso, el interés de la sociedad podría quedar satisfecho con la realización del trabajo o servicio por otra persona (un tercero) a costa del aportante. Es decir, ante la negativa o la imposibilidad del aportante de cumplir la aportación que en su día comprometió, podemos decir que sería de aplicación el artículo 1.098 del C.c. que manda el cumplimiento por un tercero a su costa. No obstante, en las obligaciones de hacer hay que matizar adecuadamente la naturaleza de la prestación. Si la prestación de trabajo o servicio fuera insustituible, por haber tenido en cuenta la sociedad las cualidades y circunstancias personales del aportante, su persona no podría ser sustituida por otra para el desempeño del trabajo o servicio que aquél comprometió (art. 1.161 C.c.). En tal caso, la sociedad únicamente podrá recurrir a la indemnización de daños y perjuicios (art. 1.106 C.c.) si el aportante no hiciera aquello a que le hubiere condenado la sentencia (art. 924.1 LEC). Ahora bien, si el aportante no pudiera efectuar la prestación prometida (en caso de incapacidad o muerte), según el tenor literal del artículo 1.184 del C.c., éste quedaría liberado de su obligación, lo que podría lesionar gravemente el principio de realidad del capital social, salvo que quisiéramos entender que por haber devenido la aportación imposible, pudiera aplicarse el artículo 134.2, párrafo 2º del RRM, y hubiera de satisfacer el aportante o, en su defecto, los herederos, su valor en dinero.

Universidad de Huelva 2009

efectiva adquisición[191]. El trabajo personal, aún teniendo un valor económico, reviste características propias que impiden asimilarlo de manera absoluta a los bienes patrimoniales.

Con la prohibición del artículo 36.1 de la LSA, párrafo 2°, se pretende, en parte, evitar que sean objeto de aportación prestaciones en orden a las cuales el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el socio pudieran tener mayor probabilidad de verificarse y producirían un alto grado de incertidumbre sobre la adquisición de valores reales idóneos para cubrir el importe nominal de las acciones entregadas como contrapartida[192]. Por tanto, la promesa de ejercer determinada actividad durante cierto tiempo carece de la necesaria certeza para actuar en materia de desembolso de acciones: como ya hemos señalado, la prestación puede no sólo depender de la voluntad del aportante, sino de otras posibilidades (subjetivas u objetivas) de problemático cumplimiento.

Un tercer argumento que ha servido para negar la aportabilidad del trabajo o los servicios consiste en la eventual dificultad en orden a atribuir a estas prestaciones un valor objetivo[193]. Aún cuando el nuevo texto de la LSA permite el aplazamiento de las

---

[191] Si, en efecto, de hecho es discutible que el crédito de prestaciones de trabajo pueda ser coactivamente realizado, también es cierto que a una conclusión distinta se debería llegar para el eventual crédito del resarcimiento del daño frente al socio aportante (cuando haya incumplido por hecho a él imputable): una vez convertida en ejecutiva la sentencia que condenara al socio al resarcimiento, la sociedad podría proceder a la ejecución forzosa sobre los bienes de éste. En este caso la sociedad podría ir coactivamente contra el socio. Pero, ni siquiera en este supuesto, sería posible garantizar la efectiva adquisición por parte de la sociedad del valor asignado a la prestación de trabajo o servicio. Convertida en ejecutiva la sentencia que condenara al socio al resarcimiento podría plantearse el problema de la insolvencia del mismo. Ante este hecho, de nuevo la sociedad vería frustrada su expectativa de adquirir el valor real equivalente a aquél asignado a la prestación de trabajo o servicio, teniendo que concurrir con el resto de los acreedores del socio y, sufriendo, de este modo, una posible lesión en la realidad y efectividad de su capital (sin embargo, debemos advertir que en el fondo puede ocurrir lo mismo con la aportación de créditos o de cosas ciertas, con respecto a la garantía del socio aportante, es decir, eso mismo puede pasar en otros supuestos de aportación con la parte aún no desembolsada. Es, por tanto, una cuestión de grado. Parece que en las aportaciones de trabajo existen mayores posibilidades de que finalmente el evento del incumplimiento llegue a producirse y de que la sociedad no sea debidamente satisfecha).

[192] Las denominadas acciones de trabajo, es decir, las que se entregan a los trabajadores de la empresa, ofreciéndoles la posibilidad de participar en el capital y en los beneficios de la sociedad, no son una excepción a lo dicho anteriormente. A estas acciones tiene que corresponder también un patrimonio efectivo, bien porque se emitan a cambio de nuevas aportaciones, bien porque tengan como contrapartida beneficios o reservas de la sociedad. Pero no serán válidas las acciones creadas como contrapartida del trabajo de los empleados de la empresa a quienes fueran destinadas.

[193] MANFREDONIA, "La formazione del capitale sociale l'art. 7 della Seconda Direttiva", cit., pág. 45.

Universidad de Huelva 2009

aportaciones no dinerarias (art. 40.2)[194], éstas tienen que valorarse previamente (art. 38) y la estimación no puede quedar pendiente de los servicios que efectivamente se vayan a prestar. Se observa, por tanto, que la imputación al capital del valor del trabajo o servicios prometidos, ha hallado siempre un serio obstáculo en la dificultad de cumplir una valoración actual de la utilidad futura recabable de los mismos[195]. Ahora bien, este argumento no goza de excesiva consistencia pues, en su contra, puede fácilmente argumentarse, de un lado, la propia redacción del artículo 7 de la Segunda Directiva que, tras manifestar que *el capital suscrito sólo podrá estar constituido por activos susceptibles de evaluación económica,* continúa el precepto con la siguiente puntualización: *sin embargo, estos activos no podrán estar constituidos por compromisos relativos a la ejecución de trabajos o a la prestación de servicios*. El hecho de que el legislador haya optado por el empleo de la partícula adversativa *sin embargo* es buena prueba de que, desde la perpectiva de la valoración económica, esta aportación es admisible. De otro lado, la dificultad en la atribución de un valor objetivo a esta prestación se reproduce en otras cuya admisión como objeto de aportación ni siquiera ha sido puesta en duda[196].

Por último, se ha afirmado como argumento secundario, para reforzar la idea expuesta en el párrafo anterior, que la aportación de trabajo o servicios no es inscribible en el balance de la sociedad en tanto no figura entre las entidades enumeradas en el artículo 175 de la

---

[194] Es conveniente advertir que la exigencia de íntegra liberación de las aportaciones no dinerarias, establecida en otros ordenamientos europeos (por ejemplo: en el Derecho francés -art.76 *Loi* 1966-; en el italiano -art. 2.342 *Codice civile*; y en el portugés -art. 277 *Código das Sociedades Comerciais* 1986-), no significa agotamiento y cumplimiento íntegro de las obligaciones por parte del socio aportante. Sobre esta cuestión volveremos en el capítulo II de este trabajo, **TÍTULO DE LA APORTACIÓN A LA SOCIEDAD ANÓNIMA**, en concreto en su punto IV, **APORTACIÓN DEL USO DE UN BIEN. POSIBILIDAD Y VALIDEZ**, apartado 2°. **La liberación de la aportación de uso**.

[195] Se ha hecho hoy hincapié en que la *ratio* última de la norma (art. 36.1, párrafo 2°), ante la ausencia de parámetros seguros que orienten la valoración de servicios futuros, tiende a evitar el peligro optando por su exclusión de las que pueden integrar el capital social (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., "La sociedad Comanditaria por Acciones [Artículos 151 a 157 del Código de Comercio]", cit., pág. 34).

[196] El argumento escrimido sobre las dificultades en la valoración de la aportación de trabajo o servicios ha sido muy acertadamente criticado por DÍAZ GÓMEZ, Mª.A., *Las aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima: contenido, valoración y desembolso*, cit., págs. 169-172.

Universidad de Huelva 2009

LSA[197]. Esta afirmación no es sino una constatación más de que esta prestación no puede integrar el capital social[198].

Ahora bien, con independencia del mayor o menor peso que queramos otorgar a cada uno de los argumentos formulados, desde nuestro punto de vista, la verdadera razón que ha llevado al legislador a excluir la aportación que nos ocupa -sin desechar por completo los razonamientos anteriores- se halla en que la aportación de trabajo o servicios no es susceptible de ofrecer garantía suficiente a los acreedores sociales.

En efecto, por una parte, la prestación de trabajo o servicios no siempre supone una efectiva aportación patrimonial a la sociedad[199], pues, en ocasiones, no puede separarse la actividad respecto del aportante[200]. Esto es, carece de aptitud para salir en el momento de la aportación del patrimonio del socio por lo que, en rara ocasión, la prestación queda a la libre disposición de la sociedad[201]. De ordinario, en el momento de la aportación surge a favor de la sociedad únicamente una expectativa sobre la prestación futura, pero ningún bien

---

[197] No podemos considerar el compromiso del socio de efectuar un trabajo futuro como un crédito, en sentido técnico, que nace a favor de la sociedad. Además, no se puede olvidar que la inscripción en el activo del balance de esta aportación no es posible. Este debe expresar valores ciertos y reales, es decir, los bienes que la sociedad tiene en ese mismo momento. En realidad, en el momento de la aportación surge a favor de la sociedad únicamente una expectativa sobre la prestación futura, pero ningún bien o derecho incrementa su patrimonio. La no inscripción en el balance del derecho personal a la prestación del trabajo no es más que otro argumento que confirma la imposibilidad de aportar el trabajo personal o los servicios.

[198] En la doctrina española, con ciertas matizaciones: FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., "La Sociedad Comanditaria por Acciones (Artículo 151 a 157 del Código de Comercio)", cit., pág. 35; MAMBRILLA RIVERA, V., "Fundación con aportaciones *in natura*", cit., pág. 749.

[199] En este sentido, destaca SÁNCHEZ MIGUEL, M.C., que la aportación de trabajo no integra la parte patrimonial de la empresa, sino que forma uno de los elementos de producción, de trabajo ("De las aportaciones [Artículo 36 a 41]", cit., pág. 848). Por su parte, LOJENDIO OSBORNE, I., señala que los servicios no pueden considerarse aportación patrimonial efectiva, ni son objetos patrimoniales que se incorporen al patrimonio social ("Aportaciones sociales [Artículos 36 a 41 LSA]", cit., pág. 38). En la doctrina italiana, véase, ATTOLICO, L., "I conferimenti nelle società per azioni dopo la novelladel 1986", cit., pág. 18.

[200] DÍAZ GÓMEZ, Mª.A., *Las aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima: contenido, valoración y desembolso*, cit., pág. 174.

[201] "*La fuerza del trabajo, por ser inaprensible* -dice GARRIDO DE PALMA-, *hace que su aporte esté excluido de integrar el capital de la sociedad*" ("La autonomía de la voluntad en la Sociedad Anónima. Problemática específica de su ámbito en tema de aportaciones", *Noticias/CEE* nº 78, 1991, pág. 80, nota (1)).

Universidad de Huelva 2009

o derecho incrementa su patrimonio.

Por otra parte, la prestación de trabajo o servicios no cumple el requisito que, siguiendo a la doctrina italiana, hemos denominado "recuperabilidad"[202]. Así es, el valor de esta prestación, una vez imputado al capital social, no puede ser recuperado por los acreedores sociales en orden a la satisfacción de sus créditos, ni a través de un procedimiento de ejecución forzosa, ni a través de una simple transmisión onerosa[203]. A la prestación de trabajo o servicios, situada en el último escalón apuntado, le corresponde, como mucho, un grado mínimo, pero no suficiente, de recuperabilidad del valor de la aportación que pasa a integrar el capital en favor de los acreedores sociales ya que, tal posibilidad, depende exclusivamente de la voluntad incoercible del obligado.

En efecto, la sociedad, ante una situación de necesidad o crisis económica carecerá de la posibilidad de recuperar el valor de esa prestación, pues es indisponible sin el consentimiento del aportante. Evidentemente la aptitud para la negociabilidad, para ser objeto de cambio, de la prestación que nos ocupa es prácticamente nula. De hecho, en el supuesto de liquidación anticipada de la sociedad, sin que haya sido efectuada la prestación comprometida, ésta no podrá transmitirla o otro sujeto, ni podrá exigir su cumplimiento inmediato para incrementar su patrimonio[204]. Por tanto, es insuficiente la capacidad de este

---

[202] OLIVIERI, G., *I conferimenti in natura nella società per azioni*, cit., pág. 105. En España, recientemente se ha manifestado en estos términos, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I. *Aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima*, cit., págs. 162.163.

[203] OLIVIERI, G., (*I conferimenti in natura nella società per azioni*, cit., pág. 66) clasifica los bienes en una escala decreciente en función a la recuperabilidad de su valor: a) bienes susceptibles de ser objeto de ejecución forzosa de forma individualizada; b) bienes que pueden ser enajenados autónomamente sólo en el ámbito de un procedimiento de liquidación concursal; c) y bienes cuyo valor puede ser únicamente recuperado en los casos de cesión en bloque del íntegro patrimonio social; d) en el último escalón, estarían aquellos valores cuya recuperabilidad depende exclusivamente de un acto de voluntad incoercible del titular.

[204] ATTOLICO, ("I conferimenti nelle società per azioni dopo la novella del 1986", cit., págs. 18-19): "*Va ancora sottolineato come la prestazione di lavoro non sia un bene cedibile dal promissario senza il consenso del promittente, per cui non è consentita la sua circolazione. Ne deriva l'impossibilità di un conferimento avente ad oggetto la prestazione di lavoro, giacché tale prestazione, ancorché caratterizzata dall'incertezza, nel censo suddetto, potrebbe rivelarsi priva di qualsiasi valore se la società, per ragioni diverse, non dovesse avvalersi più dell'opera lavorativa in questione*".

Universidad de Huelva 2009

tipo de prestaciones para garantizar los créditos de terceros[205].

En definitiva, de ninguna manera, el trabajo o los servicios personales poseen las características necesarias para ser objeto de aportación a la sociedad anónima[206].

4°.a. Los créditos derivados de la prestación de trabajo o servicios.

4°.a.1. Introducción.

Las prestaciones de trabajo o servicios una vez efectuadas pueden plantear diversas cuestiones a las que necesariamente debemos prestar atención. Como ya hemos señalado, el artículo 36.1 de la LSA prohíbe que puedan ser objeto de aportación el trabajo o los servicios. Ahora bien, pensemos en la posibilidad de que una persona, sea o no socio, realice a favor de la sociedad un trabajo determinado naciendo, de este modo, un crédito a su favor y contra la propia sociedad. La prohibición de aportar el trabajo o los servicios no parece ser un obstáculo para que, en un momento determinado, si el acreedor es socio -concurriendo en él la doble cualidad de deudor de dividendos pasivos y de acreedor social-, pueda procederse a la extinción de la obligación de dividendos pasivos pendientes por compensación con el crédito que el socio deudor tiene contra la sociedad derivado de la realización de un trabajo o servicio (arts. 1.195 y ss. C.c.).

---

[205] Distinto es que la sociedad pueda, en determinados casos, transmitir a un tercero el derecho a la prestación de trabajo o servicio que ella misma no ha agotado. Pero aún así, esto es, en el supuesto que calificásemos el crédito a la prestación de trabajo como transmisible, no podemos afirmar que ese derecho a obtener la prestación aportada goce del grado necesario para poder garantizar a los acreedores de la sociedad la satisfacción final de sus créditos.

[206] Ver, entre otros, QUINTANA CARLO, I., "El capital social", cit., pág. 116; LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., págs. 38-44; DÍAZ GÓMEZ, Mª.A., *Las aportaciones no dinerarias en la sociedad Anónima: contenido, valoración y desembolso*, cit., págs. 164-176; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I., *Aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima*, cit., págs. 144-164; GALLEGO SÁNCHEZ, E., "las aportaciones en la sociedad de responsabilidad limitada", cit., pág.88; BLAISE, H., *L'apport en société*, cit., págs. 198-200; MANFREDONIA, "La formazione del capitale sociale l'art. 7 della Seconda Direttiva", cit., pág. 45; MARASÁ, G., "La Seconda Direttiva CEE in materia di società per azioni", *Rivista di Diritto Civile*, 1978, II, págs. 662-663; OLIVIERI, *I conferimenti in natura nella società per azioni*, cit., pág. 46 y ss.

Universidad de Huelva 2009

Nos cuestionamos, por tanto, la posibilidad de recurrir al mecanismo de la compensación[207], tras la oportuna reclamación de los dividendos pasivos, entre las cantidades que el socio que aplazó la obligación de aportar adeude a la sociedad y las que a éste tenga que satisfacer la compañía en cuanto acreedor social. Para dar una solución adecuada, es necesario atender a la situación económica en la que se encuentre la entidad social en el momento en que se pretende efectuar la operación anunciada, distinguiendo con claridad los supuestos en los que la sociedad se halla en una situación de normal desenvolvimiento y aquéllos otros en los que la sociedad haya sido declarada en quiebra.

Por otra parte, la existencia de un crédito contra la sociedad derivado de la prestación de trabajo o servicios, nos obliga a preguntarnos sobre la posibilidad de emplear el mecanismo compensatorio, o, algún otro que pudiera en definitiva dar lugar a la extinción de la obligación de aportar, en otras situaciones de la vida social. En este sentido, en el momento de constitución de la sociedad se puede plantear la posibilidad de aportar el crédito contra la propia sociedad[208]. Siguiendo la misma línea, cuando la sociedad todavía no ha culminado su proceso de constitución, surge la duda acerca de la posibilidad de compensar el crédito que se ostenta contra la propia sociedad en formación -por un trabajo o servicio efectuado a su favor-, con la deuda de dividendos pasivos vencida con anterioridad a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil.

Finalmente, no podemos dejar de aludir a la posibilidad que prevén los artículos 151.2 y 156 de la LSA, en los que la contraprestación del aumento de capital consiste precisamente en la compensación de créditos contra la sociedad. Esta norma permite expresamente la compensación de créditos como modalidad de aportación no dineraria, es decir, como modo

---

[207] Nuestro Código civil, en el capítulo IV, "De la extinción de las obligaciones", en su sección quinta "De la compensación", dedica los artículos 1.195 y siguientes a regular la figura de la compensación como medio de extinción de las obligaciones. La compensación simplifica las obligaciones de cumplimiento. Su fundamento se halla en el carácter injusto y desleal del comportamiento de quien reclama un crédito, siendo al mismo tiempo deudor del demandado, pues es contrario a la buena fe pedir lo que ha de ser restituido.

[208] La cuestión suscita serias dudas, pues su realización equivaldría a la liberación, por compensación, del desembolso mínimo de las acciones suscritas.

Universidad de Huelva 2009

de liberación de las nuevas acciones emitidas con el propósito de extinguir determinados créditos que gravan el patrimonio social. En cambio, la LSA no contempla expresamente la posibilidad de que un nuevo socio, que a su vez sea acreedor social, extinga mediante compensación la deuda de aportación contraída con ocasión de un aumento de capital ordinario mediante aportaciones dinerarias, así como tampoco prevé la posibilidad de compensar los dividendos pasivos pendientes derivados del aumento de capital.

4°.a.2. La compensación de un crédito por prestación de trabajo o servicio con la deuda derivada de la aportación aplazada.

4°.a.2.1. Normalidad económica de la sociedad.

Comenzando por la primera de las cuestiones expuestas en líneas precedentes, es el momento de analizar la posibilidad de emplear el mecanismo de la compensación, ante la existencia de un crédito a favor del socio derivado de la realización de un trabajo o servicio a la sociedad, como modo de extinción de la deuda de dividendos pasivos tras la constitución de la sociedad. Es necesario partir del reconocimiento de la diversa situación que puede plantearse según se trate de la compensación de dividendos pasivos en una situación de normalidad económica de la sociedad o, ante una situación de quiebra de la misma.

En el primer caso, la compensación de dividendos pasivos es generalmente aceptada por la doctrina española, siempre que proceda la misma de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.196 del C.c.[209]. La posición contraria a la admisibilidad de la compensación de

---

[209] GARRIGUES, J., *Dictámenes de Derecho Mercantil*, T. II, Madrid, 1976, pág. 628, llega a la conclusión de que si la prestación de servicios se ha realizado ya a favor de la sociedad...y la persona que ha realizado tales actividades ostenta, a consecuencia de ellas, un crédito contra la Compañía, el hecho de que este crédito provenga de una prestación de servicios no puede impedir que se destine al pago de los dividendos pasivos pendientes de desembolso. En el mismo sentido, sin hacer referencia alguna sobre la procedencia del crédito a compensar, se manifiestan OLIVENCIA, M., "La compensación en la quiebra y el art. 926 del Código de comercio", *Anuario de Derecho Civil*, T. XI, 1958, pág. 825; CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, T. I, cit., pág. 446; SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *El derecho de suscripción preferente del accionista*, Madrid, 1973, págs. 322-323; LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., págs. 140-141; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Los dividendos pasivos*, Madrid, 1988, pág. 58; ID., "Efectos de la quiebra de la Sociedad Anónima sobre la obligación de aportar", *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. MANUEL*

Universidad de Huelva 2009

dividendos pasivos de los socios frente a la sociedad es fundamentada en los riesgos que la utilización de este mecanismo pudiera ocasionar al disminuir la garantía del capital social frente a la totalidad de los acreedores, y en la necesidad de mantener los principios de integridad y realidad del capital. En definitiva, se trataría de evitar -según esta línea de pensamiento- que la compensación rompiese el equilibrio entre patrimonio y capital social y se emitiesen acciones que no correspondiesen a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad.

Sin embargo, el pago por compensación de los dividendos pasivos debe considerarse posible, en ausencia de una norma que expresamente lo prohíba. Esta operación no ocasiona perjuicio directo o indirecto a los acreedores sociales en el sentido de que, la compensación, no opera disminución patrimonial alguna a la sociedad, concretamente, cuando la sociedad debe entregar con una mano el valor que va a recibir con la otra, siempre que el crédito que va a ser compensado con la deuda de dividendos pasivos sea real y efectivo. Nos encontramos, simplemente, ante una extinción simultánea de una relación activa y otra pasiva, que puede mejorar la situación del patrimonio social al extinguir el débito que anteriormente pesaba sobre la sociedad[210].

Ciertamente, la compensación así contemplada no opera disminución patrimonial alguna a la sociedad. No obstante, para admitir la operación es preciso que concurran una

---

BROSETA PONT, T. I, Valencia, 1995, pág. 365 (nota 65); OTERO LASTRES, J.M. "De los dividendos pasivos (Artículos 42 a 46 LSA)", Fundación de la sociedad anónima, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dir. URÍA, MENÉNDEZ, OLIVENCIA), T. III, vol. 3°, Madrid, 1994, pág. 257; LLOBREGAT HURTADO, "La disciplina de los dividendos pasivos en la reforma del Derecho español de Sociedades Anónimas", *Derecho de Sociedades anónimas II Capital y acciones*, vol. I, Madrid, 1994, pág. 289; GALÁN LÓPEZ, C., "El aumento del capital por compensación de créditos", *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en homenaje a JOSÉ GIRÓN TENA*, Madrid, 1991, pág. 464. En contra BÉRGAMO, A., *Sociedades Anónimas (Las acciones)*, T. I, cit., pág. 367.

[210] En efecto, la compensación que anunciamos no determina una minoración del patrimonio social, ya que éste experimenta, con la extinción de la deuda de dividendos pasivos, una descarga igual a la disminución que supone la extinción del crédito del socio por el mismo importe. En este caso, la falta de entrega efectiva se ve contrarrestada con la desaparición de una partida del pasivo (ver, en este sentido, SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *El derecho de suscripción preferente del accionista*, cit., pág. 322 [nota 131]; MAMBRILLA RIVERA, V., "El aumento de capital por compensación de créditos", *Derecho de Sociedades Anónimas III. Modificación de estatutos. Aumento y reducción del capital. Obligaciones*, vol. I, Madrid, 1994, pág. 415).

Universidad de Huelva 2009

serie de presupuestos que garanticen la protección del capital social. Los presupuestos a los que hacemos referencia se traducen, por un lado, en un control sobre la existencia del crédito (que ha de aparecer en el estado contable de la sociedad, siendo real y efectivo); por otro, es necesario que el crédito que se pretende compensar con la deuda de dividendos pasivos cubra, totalmente o, en su caso, en la cantidad concurrente en la que se vaya a producir la compensación, el importe de dicha deuda; y, finalmente, tener certeza de la efectiva aplicación del crédito a la extinción de la deuda de dividendos pasivos[211].

A efectos contables, la operación aquí contemplada supondría simplemente la cancelación en el activo del balance de la parte correspondiente en la partida "Accionistas por desembolsos no exigidos"[212], y, simultáneamente, la cancelación en el pasivo del balance, en la partida "acreedores varios"[213], de la deuda frente a dicho acreedor, derivada de la prestación de trabajo o servicios.

Hechas estas primeras consideraciones, hay que señalar que es incluso posible que concurran determinadas circunstancias que hagan conveniente, para los intereses de la propia sociedad, poner en marcha el mecanismo de la compensación. Por ejemplo, en el supuesto de que el socio, acreedor de la sociedad por la prestación de trabajo o servicios ya realizados y deudor de la misma por los dividendos pasivos pendientes de desembolso, se encuentra en una grave situación de crisis financiera. En este caso, prohibir la compensación puede suponer un grave perjuicio para el patrimonio social que podría, en caso de insolvencia del socio, verse privado del pago de esos dividendos pendientes.

---

[211] No podemos olvidar que, al tratarse de un crédito contra la sociedad, los datos de su existencia, cuantía y modalidad de vencimiento aparecerán contenidos en la contabilidad social. De este modo, quedarán suficientemente cubiertas las garantías necesarias respecto a la veracidad de la existencia y cuantía del crédito.

[212] La primera partida A) del activo, según el artículo 175 de la LSA, se denomina "Accionistas por desembolsos no exigidos"; constituye el crédito que la sociedad tiene frente a sus accionistas por el capital suscrito pero no desembolsado y cuyas cuentas aparecen en el PGC bajo el rótulo de "situaciones transitorias financiación", que engloba también a la cuenta de desembolsos pendientes de socios de compañías colectivas o comanditarias simples.

[213] Esta partida estará integrada por obligaciones con terceros y corresponderá a lo que la LSA denomina "acreedores a largo plazo y acreedores a corto plazo", según que el vencimiento supere los doce meses o no los alcance. El artículo 180.1 de la LSA incluye entre estos acreedores en su número cuatro a "las deudas por compras o prestaciones de servicios".

Universidad de Huelva 2009

Consecuentemente, es conveniente mostrar nuestro acuerdo con el mecanismo de la compensación cuando ésta implique, simplemente, evitar una doble operación carente de sentido: la entrega de los dividendos pasivos por el socio a la sociedad y el correlativo pago por ésta del crédito al socio[214].

Ahora bien, hemos admitido en líneas anteriores, con carácter general, la posibilidad de recurrir a la figura de la compensación, ante la existencia de un crédito a favor del socio derivado de la prestación de trabajo o servicio a la sociedad, como modo de extinción de la deuda de dividendos pasivos, siempre que proceda la misma de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.196 del C.c. Dicho precepto exige como requisitos para llevar a cabo la operación, entre otros, que ambas deudas estén vencidas, y que sean líquidas y exigibles. Esta es la compensación legal.

Por nuestra parte, no podemos olvidar que junto a la compensación legal, la doctrina admite la denominada compensación voluntaria[215], entendiendo por tal, aquélla en la que, por faltar alguno de los requisitos legales que exige el artículo 1.196 del C.c., no puede producirse la compensación *ope legis*, y entonces, bien por voluntad de las partes

---

[214] Según el artículo 1.202 del C.c., el efecto de la compensación es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores. Por lo tanto, siguiendo el tenor literal del precepto, debemos entender que la compensación legal, hasta ahora contemplada, opera automáticamente desde el momento en que se producen los requisitos legalmente exigidos. Sin embargo, el propio Código Civil habla en varios preceptos de "oponer la compensación" (ver, por todos, los artículos 1.197, 1.198 y 1.200 del C.c.), lo que sugiere la idea de que tiene que excepcionarla el demandado. En el mismo sentido se deduce que la compensación es renunciable (como cualquier otro derecho o facultad, al amparo del artículo 6.2 del C.c.). La jurisprudencia, además, tiene dicho que el Juez no la puede apreciar de oficio, y que tiene que ser invocada por la parte que quiera beneficiarse con ella, en el proceso o fuera de él (sentencias de 29 de abril de 1944 y 21 de noviembre de 1988). Tal es, sobre todo, nuestra tradición jurídica (LACRUZ, J.L. "Elementos de Derecho Civil II, Teoría general del contrato", *Derecho de obligaciones*, vol. 1°, 3ª ed., Barcelona, 1994, pág. 309; DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. I, Madrid, 1972, pág. 650). En consecuencia, debemos entender que, prácticamente, el efecto de la compensación no se produce hasta que la declara, en juicio, oponiendo esta voluntad de compensar en los escritos de alegaciones, o fuera de él, mediante la manifestación de la voluntad de compensar dirigida a la otra parte, uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actúa como si la extinción de las pretensiones contrapuestas se hubiera verificado en el momento de nacer la segunda de ellas. Es decir, una vez opuesta o alegada la compensación, hay retroactividad de los efectos de la misma al día en que concurrieron las circunstancias exigidas legalmente en las deudas compensables.

[215] DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, 1990, pág. 194; DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, cit., págs. 650-651; LACRUZ, J.L. "Elementos de Derecho Civil II, Teoría general del contrato", cit., pág. 311; ROJO AJURIA, L., *La compensación como garantía*, Madrid, 1992, pág. 58.

Universidad de Huelva 2009

(compensación convencional) bien por voluntad unilateral del titular del crédito o de la deuda en que concurre la circunstancia impeditiva de ésta (compensación facultativa), se remueve el obstáculo que impide la compensación legal[216]. En consecuencia, si el crédito derivado de la realización de trabajo o servicio a favor de la sociedad no fuere líquido o exigible o no hubiere vencido, no por ello necesariamente tiene que renunciarse a la posibilidad de compensar, sino que el socio acreedor podrá recurrir a la compensación voluntaria, previo consentimiento o acuerdo de la sociedad, como modalidad de desembolso de los dividendos pasivos pendientes. Igualmente puede recurrirse a la compensación voluntaria cuando los dividendos pasivos pendientes no estuvieran aún vencidos y hubiera llegado el momento de satisfacer la sociedad el crédito del socio por la prestación del trabajo o servicios efectuados a su favor[217].

En esta hipótesis, es decir, en los supuestos de compensación voluntaria, en los que la compensación se produce por acuerdo de las partes, faltando alguno de los requisitos del articulo 1.196 del C.c, es necesario que los presupuestos anteriormente anunciados para efectuar la operación se lleven a cabo con la máxima cautela. Incluso sería posible ejercitar la correspondiente acción de responsabilidad contra los administradores, por falta de diligencia en el desempeño de su cargo, siempre que la operación acordada haya podido ocasionar una disminución en el patrimonio social, con el consiguiente perjuicio para la sociedad, los socios y los acreedores (arts. 133 y ss. LSA).

4°.a.2.2. Quiebra de la sociedad.

Realmente, la polémica en nuestro Derecho se ha centrado en el supuesto de

---

[216] En realidad, la compensación voluntaria no es más que un mecanismo jurídico para conseguir que las obligaciones que no serían compensables *per se*, se pongan en condiciones o reúnan los requisitos para serlo, y efectivamente se compensen.

[217] En estos supuestos de compensación voluntaria no existe duda alguna de que los efectos de la misma se desencadenan desde el momento en que las partes acuerdan su realización, sin que puedan retrotraerse sus efectos a un momento anterior (ROJO AJURIA, L., *La compensación como garantía*, cit., pág. 59).

Universidad de Huelva 2009

admisibilidad o no del mecanismo de la compensación de dividendos pasivos en caso de quiebra de la sociedad[218]. Se ha negado la admisibilidad de la compensación en los supuestos de quiebra con argumentos basados en el derecho concursal, como son, el principio de indisponibilidad de los bienes del activo o la necesidad de respetar el principio de la *par conditio creditorum*; pero, además, en razones basadas en la función de garantía del capital social, sosteniendo que al permitir a los accionistas llevar a cabo el mecanismo de la compensación se sustrae una parte del capital social, desvirtuando, de esta manera, el soporte que tienen los demás acreedores para la satisfacción de sus créditos[219]. Por otro lado, se ha tratado de aceptar la compensación de las deudas y créditos que una misma persona tenga frente al quebrado en el momento de la declaración de la quiebra fundamentándose también en principios que se estiman generales en materia de compensación o de quiebra, y aduciendo además razones de equidad.

Como hemos afirmado en líneas anteriores, es posible compensar el crédito de un socio, cualquiera que sea su origen -en este caso derivado de la prestación de trabajo o servicios a favor de la sociedad-, siempre que éste sea líquido y exigible y esté vencido, o cuando, aún no reuniendo dichos requisitos, las partes acuerden la compensación de dicho crédito con la deuda de dividendos pasivos antes de la declaración de quiebra de la sociedad. Por el contrario, no está nada claro que el mecanismo de la compensación pueda ponerse en marcha con posterioridad a la declaración de quiebra. Ante la falta de cualquier precisión por parte de la legislación mercantil, lo más conveniente es tener en cuenta el reconocimiento en nuestro Derecho positivo de un concreto precepto, el artículo 926 del C. de c.[220], que

---

[218] Ciertamente, ni nuestro sistema mercantil ni nuestro ordenamiento positivo civil contienen principios generales que ofrezcan soluciones en materia de compensación en la quiebra o en el concurso de acreedores. Pero no podemos olvidar que el Código de comercio contiene un precepto de evidente relevancia en este tema: el artículo 926.

[219] GALÁN LÓPEZ, C., "El aumento de capital por compensación de créditos", cit., págs. 463-464, después de mostrar la divergencia existente sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de la compensación de la deuda de dividendos pasivos, considera que el supuesto que no ofrece dudas, en ningún caso, es el rechazo a la compensación de dividendos pasivos en caso de quiebra de la sociedad, dejando a salvo la polémica interpretativa del artículo 926 del C. de c.

[220] El artículo 926 del C. de c. está situado en la sección séptima del título primero del libro cuarto, bajo la rúbrica "Disposiciones generales relativas a la quiebra de las sociedades mercantiles en general". Su texto es el siguiente: "*los socios comanditarios, los de sociedades anónimas y los de cuentas en participación que a la vez sean acreedores de la quiebra,*

Universidad de Huelva 2009

resuelve de manera afirmativa un supuesto de compensación en la quiebra.

A pesar de la polémica interpretativa que dicho artículo ha generado, no podemos olvidar que el precepto citado prevé un supuesto de compensación y admite que los efectos de ésta se den incluso en caso de quiebra. Se trata de una auténtica compensación con efectos liberatorios y de una compensación legal, no convencional o facultativa.

Pero para captar el significado preciso de este precepto es necesario ponerlo en relación con el artículo que le precede en número en nuestro Código de comercio. A los efectos que aquí nos interesan[221], el artículo 925 viene a decir que si el socio de la sociedad anónima no ha entregado al tiempo de la declaración de la quiebra el total de las cantidades que se obligó a poner en la sociedad (esas cantidades no pueden ser otras que las que se obligó a aportar, es decir, los dividendos pasivos), los síndicos de la quiebra podrán reclamarle los dividendos pasivos en la medida en que éstos sean necesarios y dentro del límite de responsabilidad marcado por el importe de la aportación prometida[222].

Evidentemente, admitir la compensación en caso de quiebra de la sociedad supone dar un trato de favor al socio deudor-acreedor con la consiguiente ruptura del principio de la *par conditio*. De admitirse la operación, el socio cobraría el cien por cien de su crédito en la cantidad concurrente afectada por la compensación, sin retrasos o dilaciones. Por este

---

no figurarán en el pasivo de la misma más que por la diferencia que resulte a su favor después de cubiertas las cantidades que estuvieren obligados a poner en el concepto de tales socios".

[221] El artículo 925 hace referencia a los socios comanditarios o de compañías anónimas. Igualmente, el artículo 926 habla de los socios comanditarios, los de las sociedades anónimas y los de cuentas en participación. Nosotros, a partir de este momento, tratamos de interpretar ambos artículos desde la perspectiva de los socios de las sociedades anónimas, ya que extender la investigación a los socios comanditarios y a los de cuentas en participación nos parece excesivo y fuera de lugar en este trabajo.

[222] OLIVENCIA, M., ("La compensación en la quiebra y el artículo 926 del Código de comercio", cit., pág. 817, [nota 14]), considera que este artículo hace referencia a los dividendos pasivos no vencidos. De ahí que el precepto haga perder el beneficio del plazo a los socios que en el momento de declararse la quiebra de la sociedad se encontraban al corriente en el pago de sus dividendos pasivos y, de conformidad con lo establecido en los Estatutos sociales no estaban aún obligados a desembolsar la parte del capital aplazada. En cambio, el dividendo vencido representa un crédito, integrante del patrimonio de la sociedad, que los síndicos podrán exigir sin más en cualquier momento.

Universidad de Huelva 2009

motivo, es necesario interpretar el artículo 926 del C. de c. en sentido restrictivo y determinar con claridad a qué clase de dividendos pasivos se refiere el artículo y cuáles son los que quedan fuera de su ámbito de aplicación.

Debe descartarse la interpretación de que el artículo 926 esté aludiendo o acogiendo en su texto la compensación de los dividendos pasivos vencidos[223]. Si el socio está obligado a satisfacer los dividendos pasivos antes de la declaración de quiebra e, igualmente, antes de dicha declaración la sociedad está obligada a satisfacer al socio la deuda derivada de la realización a su favor de determinados trabajos o servicios, concurriendo por tanto los requisitos del artículo 1.196, podrá alegarse la compensación incluso en el momento inmediatamente posterior a la declaración quiebra, pues los efectos de la misma se retrotraen al momento anterior a la quiebra. Si, por el contrario, la deuda del socio por los dividendos pasivos era líquida y exigible, y estaba vencida antes de la declaración de quiebra, pero la deuda de la sociedad frente al socio venció y se hizo líquida y exigible precisamente con la declaración de quiebra, por imperativo legal del artículo 883 del C. de c., ya no podrá producirse la compensación, pues los requisitos del artículo 1.196 del C.c. se dan precisamente en virtud de la declaración quiebra y no antes.

El dividendo pasivo vencido al tiempo de la declaración de la quiebra es ya un crédito a favor de la sociedad y, aún admitiéndose que puede ser compensado con un eventual crédito del socio contra la sociedad si los requisitos exigidos por el artículo 1.196 del C.c. se dan antes de la quiebra, no podrá serlo después de la declaración de ésta si dichos

---

[223] Esta cuestión es tratada con gran amplitud y profundidad por OLIVENCIA, M., ("La compensación en la quiebra y el art. 926 del Código de comercio", cit., págs. 824 y ss). Señala, el autor, que entender que la deuda compensable a que se refiere el artículo 926 es la de dividendos pasivos vencidos vendría a hacer de mejor condición al socio moroso que aquél que cumplió puntualmente con su deber de aportación. En el supuesto de que ambos se encontrarán respecto de la sociedad en la situación de acreedores cuyos créditos vencieran por la declaración de quiebra, el socio moroso cobraría el cien por cien de su crédito hasta la cantidad en que coincidieran crédito y deuda, mientras que el segundo se vería obligado, después de haber aportado cuanto le correspondía, a insinuar su crédito en la masa pasiva de la quiebra y a someterlo a la ley del dividendo. El socio moroso acreedor de la sociedad, gozaría, en cuanto tal socio, de un trato de favor respecto a los demás, y en cuanto acreedor se beneficiaría, en detrimento de los otros, de una excepción al principio de la *par conditio*. Por ello el citado autor propugna como solución justa y equitativa que el socio moroso pague íntegramente el importe de los dividendos pasivos vencidos y figure como acreedor, en igualdad con los demás acreedores comunes, sometido a la ley del dividendo.

Universidad de Huelva 2009

requisitos se producen, precisamente, en virtud de la declaración de quiebra. Además, es obligación de los síndicos de la quiebra de la sociedad exigir los créditos debidos a la sociedad, créditos entre los que se cuentan los dividendos pasivos vencidos de los socios.

Tras esta operación -en los supuestos de vencimientos sucesivos de dividendos pasivos- y ante la insuficiencia, en la mayoría de los casos, de liquidez por parte de la sociedad para satisfacer íntegramente a sus acreedores, entra en juego la excepcionalidad del artículo 925[224], haciendo exigible una deuda aún no vencida, y, en su virtud, los síndicos podrán dirigirse contra los socios para reclamarles los dividendos pasivos no vencidos que sean necesarios, dentro del límite de su respectiva responsabilidad.

No podemos olvidar, además, la razones de equidad que mueven a la admisión de la compensación en caso de quiebra de los dividendos pasivos no vencidos. Es cierto que si el socio compensa el crédito del que es titular con la deuda de dividendos pasivos no se somete a la *par conditio*, al menos en la cantidad concurrente entre crédito y deuda. Pero es de considerar que también, en este caso, el socio pierde el beneficio del plazo en su calidad de deudor y sería injusto que pagase su deuda por entero y cobrase en moneda de dividendo[225].

Concluimos, por tanto, que el artículo 926, cuando admite a compensación las cantidades que estuvieren obligados a poner los socios, en concepto de tales, se refiere única y exclusivamente a las cantidades que a esos mismos socios pueden exigirles los síndicos de la quiebra, según el artículo 925; es decir, a los dividendos pasivos no vencidos que sean necesarios para cubrir el pasivo de la quiebra. Consideramos, por tanto, que la compensación

---

[224] Hablamos, en este caso de excepcionalidad porque el efecto típico de la declaración de la quiebra es el vencimiento anticipado de las deudas del quebrado (art. 883 C. de c.). Por el contrario, el artículo 925 adelanta el vencimiento de unos créditos del quebrado, los dividendos pasivos no vencidos de los socios.

[225] En este sentido se manifiestan BELTRÁN SÁNCHEZ, E., "Efectos de la quiebra de la Sociedad Anónima sobre la obligación de aportar", cit., pág. 367 y OLIVENCIA, M., "La compensación en la quiebra y el art. 926 del Código de comercio", cit., págs. 828 y ss, quien fundamenta con suficiente claridad la interpretación que acabamos de formular, trasladando la regla del artículo 1.285 del C.c. ("las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras...") del campo de lo contractual al campo de lo legal, y reforzando dicha interpretación con argumentos extraídos de la Exposición de Motivos del Código de comercio.

Universidad de Huelva 2009

en la quiebra no se admite en nuestro Derecho si no es con carácter excepcional, ya que si se admitiera con carácter general no hubiera sido necesario dedicar un precepto expreso a un supuesto concreto de compensación. La norma del artículo 926 debe interpretarse, en consecuencia, como una excepción a esa inadmisibilidad[226].

Llegados a este punto es necesario preguntarnos si el crédito que detenta el socio contra la sociedad, derivado de una prestación de trabajo o servicios, puede ser compensado con la deuda de dividendos pasivos no vencidos tras la declaración de quiebra de la misma.

Ante todo es necesario destacar que el artículo 926, después de exigir que la deuda a compensar ha de ser precisamente una obligación social, una obligación de dividendos pasivos, no requiere que el crédito tenga que ser de esa misma naturaleza, es decir, el crédito no tiene que ser forzosamente un derecho que le corresponda al socio en cuanto tal socio. Por tanto, puede recurrirse a la compensación cualquiera que sea el origen del crédito cuya titularidad ostenta el socio. Así pues, en los términos del artículo 926 del C. de c., es posible la compensación cuando el crédito derive de un contrato que vincula o vinculó al socio con la sociedad por la prestación de un trabajo o servicio ya efectuado y del que ha nacido la obligación de la sociedad de retribuir ese trabajo o servicio determinado.

4°.a.3. La compensación en el momento fundacional.

Hechas las consideraciones oportunas sobre la posibilidad de recurrir a la compensación como modo de extinción de la deuda de dividendos pasivos, consideramos conveniente plantear su admisibilidad o inadmisibilidad en el período anterior a la inscripción de la sociedad.

---

[226] GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, I, cit., pág. 586 (nota 19); OLIVENCIA, M., "La compensación en la quiebra y el art. 926 del Código de comercio", cit., págs. 805-848; VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. II, Barcelona, 1990, págs. 869-870; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., "Efectos de la quiebra de la Sociedad Anónima sobre la obligación de aportar", cit., págs. 364-365. En contra, URÍA, R., *Derecho Mercantil*, cit., págs. 1049-1050.

Universidad de Huelva 2009

En principio, es necesario destacar que al celebrarse el contrato de sociedad, cualquiera que sea el tipo social que se pretenda fundar, cada uno de los fundadores tienen que determinar los bienes o derechos que aportan a la sociedad que se va a constituir[227]. En ese momento de realización del contrato, primer paso para constituir una sociedad, ninguno de los socios puede ostentar un crédito contra la sociedad que se pretende fundar. Antes del contrato, la sociedad no existe, ni siquiera como mero vínculo contractual, por lo que no puede haber contraído deudas ni obligaciones frente a terceros, ni se pueden efectuar trabajos o servicios a favor de una sociedad que aún no existe.

Por otra parte, ningún socio puede aportar el compromiso de realizar en un momento posterior un trabajo o servicio a favor de la sociedad (ya hemos señalado que la aportación de trabajo o servicios está expresamente prohibida por el artículo 36.1 párrafo 2° de la LSA). Tampoco consideramos posible que un socio pueda aportar el futuro crédito, que se supone vaya a nacer a su favor, por la futura realización de un trabajo o servicio a favor de la futura sociedad[228]. Esto es, el prestador de trabajo o servicios futuros no puede concurrir a la suscripción de acciones, en el momento fundacional, con el futuro crédito que vaya a nacer contra la sociedad por razón de los servicios que se van a realizar a su favor. Entendemos, a pesar de que la Ley no lo prohíbe expresamente, que no es lícito recibir acciones fundacionales a cambio del crédito que vaya a derivar de esas prestaciones de trabajo o servicios, porque al tiempo de constituirse la sociedad y suscribirse las acciones no puede hablarse todavía de verdaderos créditos contra ella por razón de esos servicios.

Ahora bien, pensemos en el supuesto de que la sociedad en fase de formación ha

---

[227] En el contrato de sociedad anónima se determinan las aportaciones de los socios. Posterior o simultáneamente, este contrato de sociedad se elevará a escritura pública para su inscripción en el Registro Mercantil. Ahora bien, nos resulta difícil pensar que los pretendidos socios acudan al Notario sin antes haber realizado el contrato de sociedad, o, al menos, haber acordado las aportaciones que cada uno va a efectuar. Es más, si existieran aportaciones no dinerarias, éstas tendrán que ser objeto de un informe elaborado por parte de uno o varios expertos independientes designados por el Registrador Mercantil. Dicho informe, que contendrá la descripción de cada una de las aportaciones no dinerarias y demás datos que exige el artículo 38.2, como establece el párrafo 3° de ese mismo precepto, deberá incorporarse como anexo a la escritura de constitución de la sociedad.

[228] Ver, por todos, LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 42.

Universidad de Huelva 2009

contraído determinadas obligaciones y algún socio fundador pretende, al otorgarse la escritura pública de constitución, compensar el desembolso mínimo con el crédito que tuviese contra la sociedad en formación. Antes de la reforma de 1989 no se consideraba viable la compensación del desembolso mínimo con un crédito del socio frente a una sociedad que todavía no existía[229]. En general, se alegaba que hasta que la sociedad no existiese jurídicamente, esto es, hasta su inscripción en el Registro Mercantil- no podía obligarse como tal sociedad[230]. Se entendía, pues, imposible que asumiera deudas anteriores -en el tiempo- a la obligación de desembolso mínimo. Además, se resaltaba la necesidad de contar con un fondo inicial mínimo[231].

En nuestros días, como a continuación tendremos ocasión de comprobar, es posible que la propia sociedad en formación contraiga obligaciones en los términos del artículo 15.2 de la LSA, de las cuales responde la sociedad en formación con el patrimonio formado por las aportaciones de los socios. En ocasiones, entre la celebración del contrato de sociedad y su elevación a escritura pública ha podido transcurrir cierto período de tiempo. Es posible que en ese intervalo temporal hayan nacido verdaderos derechos de crédito contra la sociedad en fase de formación[232]. Cuando el contrato de sociedad se eleve a escritura

---

[229] OLIVENCIA, M., "La compensación en la quiebra y el art. 926 del Código de comercio", cit., págs. 822-823.

[230] El artículo 7 de la LSA de 1951 subordinaba la validez de los contratos concluidos en nombre de la sociedad antes de su inscripción a este requisito -la inscripción en el Registro Mercantil- y a su posterior aceptación por la sociedad antes del plazo de tres meses, lo que impedía la calificación de estas deudas como auténticos créditos frente a la sociedad.

[231] GALÁN LÓPEZ, C., "El aumento de capital por compensación de créditos", cit., pág. 462 (nota 47); NEILA NEILA, *La nueva Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1990, pág. 700.

Esto no significa que los socios fundadores no puedan aportar a la sociedad los créditos que tuvieran en ese momento frente a terceros. La aportación de créditos está expresamente contemplada y regulada por el artículo 39.2 de la LSA.

[232] En este sentido, constituyen verdaderos créditos contra la sociedad en fase de formación, que pudieran nacer antes de la escritura pública, los derivados de los actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad y los derivados de los actos o contratos estipulados en virtud de mandato específico por las personas designadas a tal fin por todos los socios (art. 15.2 LSA). Junto a estas operaciones, el precepto establece la responsabilidad exclusiva de la sociedad en formación por las actuaciones realizadas por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción, a las que no hacemos referencia por ser concluidas en la fase posterior a la escritura (obsérvese que el artículo 15.2 de la LSA utiliza el término "escritura" en lugar de "contrato", por lo que no es susceptible de cuestionar el juego de la compensación entre los créditos que de ellas puedan derivar y la deuda de desembolso mínimo).

Universidad de Huelva 2009

pública, debe estar el capital totalmente suscrito, si bien, es posible, de acuerdo con el artículo 12 de la LSA, que se haya desembolsado (art. 132.1 RRM) o que se vaya a desembolsar ante el Notario autorizante (art. 132.2 RRM) únicamente el 25 por 100 del valor nominal de las acciones, aplazándose el resto. Si el titular de alguno de esos derechos de créditos contra la sociedad en formación ha de efectuar en el momento de la escritura el desembolso mínimo del 25 por 100 que establece el artículo 12, podría alegar la compensación de su derecho de crédito, frente a la sociedad en formación con la deuda por el desembolso mínimo que en ese momento tiene que satisfacer. No obstante, entendemos, que estos supuestos en los que pudiera producirse la compensación por el desembolso mínimo son en realidad excepcionales. Por otro lado, la sociedad en formación tiene precisamente como patrimonio los desembolsos mínimos efectuados por los socios fundadores, sin cuyo cumplimiento no se puede autorizar la escritura de constitución de la sociedad. De ahí que se haya rechazado la posibilidad de que el fundador pueda recurrir a la compensación como modo de extinguir su obligación de desembolso mínimo[233].

Por otra parte, una vez otorgada la escritura de constitución de la sociedad anónima y hasta el momento en que ésta es inscrita en el Registro Mercantil puede transcurrir un período de tiempo más o menos largo. Es posible que en ese período de tiempo uno de los socios, que en el contrato de sociedad se comprometió a aportar una cantidad de dinero u otro bien o derecho determinado, y que desembolsó el 25 por 100 del valor nominal de cada una de sus acciones, quedando pendiente el resto en concepto de dividendos pasivos, realice o efectúe un trabajo o servicio a favor de la sociedad anónima en formación. De la realización de dicho trabajo o servicio derivará un crédito a favor del socio. En tal caso, será necesario distinguir si ese trabajo o servicio procede de los actos o contratos a los que hace referencia el artículo 15.1 de la LSA o, en su caso, de los actos o contratos enumerados en el artículo 15.2.

---

[233] Véase, CÁMARA ÁLVAREZ, M., *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, cit., pág. 416 (nota 642).

Universidad de Huelva 2009

En el primer caso, si el acto o contrato celebrado en nombre de la sociedad se encuadra entre los que el legislador recoge en el artículo 15.1 de la LSA, el socio será acreedor por el importe del crédito frente a quienes, en nombre de la sociedad, lo hubieran celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción del mismo por parte de la sociedad en los tres meses siguientes a su inscripción. Es decir, será un crédito frente a terceros, hasta la posterior inscripción de la sociedad y aceptación, en su caso, del acto o contrato celebrado. En este supuesto, el crédito derivado del trabajo o servicio realizado por el socio no puede ser considerado, en ningún momento, como un crédito contra la sociedad anónima en formación, antes de la inscripción de la misma en el Registro Mercantil.

Ahora bien, pensemos en la posibilidad de que en los estatutos de la sociedad no se haya establecido la forma y plazo en que los dividendos pasivos deben ser satisfechos y los administradores, en virtud de la facultad que les otorga el artículo 42 de la LSA, vean conveniente exigir el desembolso de los mismos antes de la inscripción. Nuestra duda es si podría el socio sustituir, para satisfacer el pago de los dividendos pasivos pendientes, la aportación que en su día comprometió por el crédito derivado de esos trabajos o servicios efectuados a favor de la sociedad. La respuesta, creemos, puede ser afirmativa siempre y cuando la sociedad en formación, acreedora del socio por los dividendos pasivos pendientes, permita esa sustitución.

En dicho caso no podemos hablar de compensación, pues, el crédito del socio no es contra la sociedad en formación sino contra los gestores, los socios fundadores o los representantes comunes de los anteriores que, en nombre de la sociedad, hubieron celebrado el acto o contrato, en definitiva, contra terceros[234]; tampoco podemos hablar de aportación

[234] El artículo 1.195 del C.c., regulador junto a los preceptos que le siguen del mecanismo de la compensación, exige para que esta operación pueda llevarse a cabo la existencia de dos personas (físicas o jurídicas), que sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra. En el supuesto que ahora nos ocupa, la sociedad anónima es acreedora del socio por el importe de los dividendos pasivos, pero no deudora del mismo, puesto que el crédito que éste último detenta es un crédito contra terceros, no contra la sociedad en formación.

Universidad de Huelva 2009

de un derecho de crédito (operación admitida y regulada en el artículo 39.2 de la LSA), ya que la aportación propiamente dicha es la que comprometió el socio en el contrato de sociedad, una suma de dinero o cualquier otro bien o derecho determinado, no el derecho de crédito que posteriormente ha nacido. Tal vez fuera más preciso hablar de *datio in solutum*. En realidad, se está sustituyendo la aportación originaria que el socio comprometió a entregar a la sociedad por un crédito que posteriormente ha nacido a su favor. En definitiva, se está sustituyendo la entrega de una suma de dinero, un bien o un derecho determinado que el socio adeuda en concepto de dividendos pasivos, por la entrega de una prestación diferente, en este caso, un crédito frente a terceros[235].

En principio, no parece existir ningún obstáculo insalvable para admitir esta operación, siempre y cuando la sociedad en formación consienta la sustitución de una prestación por la otra. No obstante, la necesidad de proteger el patrimonio de la sociedad en garantía de posibles acreedores haría preciso que el derecho de crédito, que ahora sustituye la aportación que en su día el socio comprometió, ofrezca las garantías suficientes, en el momento de ser transmitido a la sociedad, para la efectiva satisfacción de los dividendos pasivos pendientes. Planteamos, por tanto, la posibilidad de que está operación pueda quedar sometida, por analogía, al control del artículo 41 de la LSA[236].

---

[235] A pesar de que nuestro Código civil no ofrece una definición ni regulación específica de esta operación, hace alusión a la misma en diversos artículos de su texto (arts. 1.521, 1.536.2, 1.636, 1.849). Ello ha permitido a la doctrina civil, con ayuda de los principios generales del Derecho de obligaciones, intentar una construcción de la figura de la *datio in solutum*. Podemos decir que la operación en sí, consiste en la realización de una prestación diferente de la debida, siendo indiferente la naturaleza de una u otra, con finalidad y efectos de pago y siempre aceptada por el acreedor, pues, sólo con su voluntad puede producir aquella nueva prestación los efectos del pago. La característica de la *datio in solutum* es, por consiguiente, que la prestación que se ejecuta es un *aliud* respecto de la prestación convenida. (LACRUZ, J.L., "Elementos de Derecho Civil, II. Teoría general del Contrato", cit., págs. 162-165; DIEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. 2°, 5° ed., Madrid, 1988, págs. 195-197; DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. I, cit., págs. 651-654; SASTRE PAPIOL, *La dación en pago [su incidencia en los convenios concursales]*, Barcelona, 1995, págs. 5-165).

[236] Diversas normas de la LSA, entre ellas el artículo 41, tratan de salvaguardar el patrimonio inicial de la sociedad disponiendo, incluso, un régimen más riguroso para el momento de comienzo de la vida social que el aplicable en el período de tiempo restante, en que la sociedad va a mantener relaciones con terceros. Siguiendo esta orientación, es preciso garantizar este patrimonio, ante la admisibilidad de la operación de sustituir la aportación inicialmente comprometida por una prestación diferente en el momento inicial, permitiendo sin tantos reparos la operación en un momento posterior, transcurrido un período de tiempo razonable para que la sociedad haya podido consolidar y reforzar su patrimonio.

Universidad de Huelva 2009

En efecto, tratando de encontrar alguna garantía que pudiera hacer más segura la operación que venimos anunciando, en los primeros momentos de la vida social, se viene a la mente la conveniencia de aplicar para el supuesto concreto el régimen que para los fenómenos llamados de "fundación retardada" se previene en el artículo 41 de la LSA en materia de adquisiciones onerosas.

Este precepto parece responder a la preocupación del legislador por evitar una lesión al patrimonio social, en la misma línea que la que preside el régimen de las aportaciones sociales[237]. El legislador ha querido reforzar las cautelas con el fin de proteger el patrimonio inicial de la sociedad imponiendo un control extraordinario que afecta a operaciones especialmente significativas, al margen de toda consideración sobre si las adquisiciones encubren aportaciones o no, o de si existen intenciones fraudulentas o se levantan sospechas al respecto[238].

---

[237] Antes de la reforma de 1989 la mayor parte de la doctrina consideraba que la función de la norma equivalente (art. 32. d] LSA de 1951) era exclusivamente luchar contra las aportaciones no dinerarias encubiertas (CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, T. I, cit., pág. 479; GARRIGUES-URÍA, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. I, cit., pág. 369; GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., págs. 154-155). Sin embargo, las importantísimas modificaciones operadas por la nueva Ley suponen un reforzamiento de las garantías, poniéndose de relieve que no se trata únicamente de evitar que se eludan las normas sobre aportaciones no dinerarias, sino además, de proteger el patrimonio inicial (ROJO, A., "Adquisiciones onerosas por la sociedad anónima durante el período inicial", cit., pág. 858; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I., *Aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima*, cit., pág. 305), a pesar de que continúe pesando el temor al fraude. Creemos que la redacción del precepto ha sido muy desafortunada. Si su única finalidad fuera controlar las aportaciones no dinerarias encubiertas, sólo conseguiría su objetivo muy parcialmente, porque quedan fuera tanto las adquisiciones que no excedan del 10 por 100 del capital social como, por ejemplo, las comprendidas en las operaciones ordinarias, y no cabe duda que unas y otras pueden ser de gran importancia económica y que por esa vía también se podía eludir el régimen de las aportaciones sociales (LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales [Artículo 36 a 41 LSA]", cit., pág. 188).

[238] El artículo que comentamos somete a control, a la aprobación de la Junta General, las adquisiciones de bienes, a título oneroso, realizadas por la sociedad en los dos primeros años desde su constitución, siempre que superen una determinada cuantía, en concreto, la décima parte del capital que tenga la sociedad en el momento de la adquisición, siendo indiferente la persona del transmitente. En primer lugar es necesario aclarar que la "adquisición", objeto de informe, publicidad y aprobación no son las adquisiciones, sino los contratos traslativos, entendiendo por tales aquéllos de los que nazca la obligación de transmitir la propiedad, siempre, naturalmente, que se concluyan durante el bienio inicial y que generen para la sociedad una obligación por importe superior a la décima parte del capital social. Es, por tanto, indiferente el momento en que la adquisición se vaya a producir. Por "bienes" objeto de adquisición parece que debe entenderse todo lo que se puede admitir como objeto de aportación social social, abarcando así a los derechos, los créditos, las adquisiciones a título de uso, etc. Las adquisiciones contempladas son sólo las que se realizan a título oneroso, sólo tiene sentido controlar las operaciones en las que la sociedad realiza alguna contraprestación. A pesar de que las más numerosas serán las que resultan de un contrato de compraventa, también quedan incluidas otras como las permuta o la dación en pago, el usufructo o el arrendamiento, etc.

Universidad de Huelva 2009

Como esta norma tiene un límite temporal de dos años desde la constitución de la sociedad, se deduce que la intención del legislador es reforzar las garantías en protección del patrimonio social en el momento inicial, quizás por considerar que es el período más peligroso, lo que, justificadamente, lleva a unas diferencias de régimen entre ese primer momento y el resto de la vida de la sociedad[239]. En cualquier caso, queda cubierto el supuesto "sospechoso" de que se intenten efectuar aportaciones no dinerarias encubiertas.

Admitir, sin alguna garantía, la posibilidad de emplear el mecanismo de la *datio in solutum*, antes de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, puede suponer un peligro para el patrimonio inicial de la sociedad. Son, por lo tanto, las mismas razones que tienden a justificar la presencia del artículo 41 de la LSA, proteger el patrimonio inicial de la sociedad (y también luchar contra las aportaciones encubiertas) las que nos mueven a reclamar las garantías que exige el precepto citado para poder admitir la operación que venimos analizando.

Con independencia de las dudas que con frecuencia suscita la interpretación del artículo 41, en lo referente a lo que deba entenderse por "constitución de la sociedad"[240], es

---

Para un estudio más profundo, sobre el significado y alcance del artículo 41 de la LSA, ver: LANZAS GALVACHE, J., "El artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas", *Academia Sevillana del Notariado*, T. VI, 1992, págs. 287-323; LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., págs. 181-214; ROJO, A., "Adquisiciones onerosas por la sociedad anónima durante el período inicial", cit., págs. 847-881; GARCÍA VALDECASAS, J.A., "Aportaciones no dinerarias y adquisiciones onerosas en la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas", cit., págs. 739-759; GARRIDO DE PALMA, "El artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas y su problemática real", *Estudios sobre la Sociedad Anónima* (dir. GARRIDO DE PALMA), T. II, Madrid, 1993, págs. 27 y ss; SÁNCHEZ MIGUEL, M.C., "De las aportaciones (Artículos 36 a 41)", cit., págs. 941-973.

[239] Consideramos, por tanto, que es ésta, y no otra, la razón por la cual dicha norma, junto con las garantías que representa, no se ha extendido a los supuestos de aumento de capital.

[240] El artículo 41 debería haber aclarado si el período de dos años desde la constitución de la sociedad, en el que el precepto es aplicable, comienza a correr con el otorgamiento de la escritura de constitución o con la inscripción de la misma en el Registro Mercantil, ya que es imprescindible saber exactamente cuál es el período de tiempo en el que, si se efectúan las adquisiciones, tienen que someterse al control; y, sobre todo, porque se plantea el difícil tema de si se aplica el régimen de las adquisiciones onerosas a las efectuadas por la sociedad en formación. La doctrina mayoritaria interpreta que el artículo 41, aunque defectuosamente con arreglo a sus propios pronunciamientos, se está refiriendo al momento de la inscripción en el Registro Mercantil, no al de la constitución en sentido estricto u otorgamiento de la escritura pública (LANZAS GALVACHE, J., "El artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas", cit., págs. 301-303; LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales [Artículos 36 a 41 LSA]", cit., págs. 194-197; ROJO, A., "Adquisiciones onerosas por la sociedad anónima durante el período inicial", cit., págs. 868-869; GARRIDO DE PALMA, "El artículo 41 de la Ley de Sociedades

Universidad de Huelva 2009

necesario poner de relieve que la operación por nosotros anunciada, se puede encuadrar dentro de las adquisiciones onerosas que se someten a control en el artículo 41, con la diferencia de que la sociedad aún no se ha inscrito.

Consecuentemente, es conveniente que la protección del patrimonio social, en el supuesto de *datio in solutum*, anteriormente analizado, se lleve a cabo a través de la aprobación previa de dicha operación por la Junta General. Junto con la convocatoria de ésta deberán ponerse a disposición de los socios dos informes, uno elaborado por los administradores y otro por uno o varios expertos[241], a los que necesariamente deberán remitirles todos los datos necesarios para la adecuada elaboración de los informes, relativos al derecho de crédito que se trata de ceder en pago de la deuda derivada de los dividendos pasivos. El informe de los administradores tratará normalmente de expresar la conveniencia u oportunidad, en su caso, de la operación que se pretende efectuar. El informe de los expertos, por su parte, controlará, atendiendo al valor real del crédito que se transmite y de la deuda de dividendos pasivos que se extingue, que no se produzca un perjuicio patrimonial a la sociedad. Por eso, ha de contener, además de la descripción del crédito y de los criterios empleados para su valoración, la indicación de que el valor del crédito cubre, al menos en

---

Anónimas y su problemática real", cit., pág. 42. En contra CÁMARA ÁLVAREZ, M., *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, cit., pág. 83). Esta es, por otra parte, la postura más acorde con la solución adoptada en esta materia por las legislaciones de los Estados miembros (§52 *AktG* 1965; art. 157.1 Ley francesa de Sociedades Comerciales; art. 2343 bis *Codice civile* italiano. El derecho portugués se refiere a las adquisiciones que provengan de un contrato concluido antes de la celebración del contrato de sociedad, simultáneamente con éste o en los dos años siguientes a la escritura del contrato de sociedad o de aumento del capital social [art. 29.1, letra c, del *Código das Sociedades Comerciais*]). Por nuestra parte, consideramos que existen argumentos suficientes en favor de cada una de las posibles soluciones anteriormente apuntadas. De cualquier manera, es conveniente señalar que el legislador se ha preocupado de fijar una fecha límite o máxima "período de juventud" para la aplicación del precepto, pero no ha puesto demasiado énfasis en establecer con claridad la fecha de inicio del mismo. A los efectos que en este momento nos interesan, si consideramos que el artículo 41 está vigente desde el momento del otorgamiento de la escritura su aplicación al supuesto que estamos analizando será directa. Por el contrario, si optamos por su aplicación a partir de la inscripción de la sociedad, debemos entender que la aplicación del precepto a la operación que contemplamos será por analogía.

[241] No existe duda de que estos informes son imprescindibles incluso si la aprobación se realiza por unanimidad en Junta universal. Aunque el artículo 41 exija que los informes se pongan a disposición de los accionistas con la convocatoria, hay que entender que, si ésta puede faltar y se celebra Junta universal, basta con que la puesta a disposición se haga en el momento de la constitución de la Junta, pero son en todo caso necesario. En este sentido se manifiestan, LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., págs. 197 y 207; ROJO, A., "Adquisiciones onerosas por sociedad anónima durante el período inicial", cit., pág. 872; GARCÍA VALDECASAS, J.A., "Aportaciones no dinerarias y adquisiciones onerosas en la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas", cit., pág. 768.

Universidad de Huelva 2009

la cantidad concurrente, el valor de la obligación pendiente de desembolso[242].

En realidad, el precepto es criticable. Precisamente, el límite temporal impuesto de los dos años y el hecho de que sea aplicable únicamente para las operaciones con las características y cuantías en él contempladas -que la adquisición no se halle incluida en el ámbito propio de las operaciones ordinarias de la sociedad ni haya tenido lugar en Bolsa de Valores o en subasta pública, y, que el importe de la adquisición exceda de la décima parte del capital social-, permiten que queden fuera de control muchas operaciones que pueden ocasionar graves prejuicios al patrimonio social. Por otro lado, no podemos olvidar, para los supuestos que queden fuera de los encuadrables en el artículo 41, la posibilidad de recurrir a las reglas generales que combaten el fraude, a la responsabilidad de los fundadores por la realidad de las aportaciones y por la valoración de las no dinerarias (art. 18) y, en nuestro caso, a la responsabilidad de los administradores si con su actuación negligente han causado algún daño a la sociedad, a los socios o a los terceros (arts. 133-135 LSA).

Retomando el tema que nos ocupa, en el segundo caso anteriormente anunciado, esto es, si el acto o contrato celebrado en nombre de la sociedad, del que derivó el crédito a favor del socio por la realización de su trabajo o servicio, se encuadra entre los que el legislador reconoce en el artículo 15.2 de la LSA[243], el socio será titular de un crédito contra la sociedad en formación, del que es responsable el patrimonio de ésta constituido con los bienes y derechos que los socios han aportado, y los socios hasta el límite de lo que se hubieron obligado a aportar.

---

[242] Sobre el contenido y las funciones de los informes, ver, entre otros, LANZAS GALVACHE, J., " El artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas", cit., pág. 304 y 307; LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 206-209; ROJO, A., "Adquisiciones onerosas por la sociedad anónima durante el período inicial", cit., pág. 869-871.

[243] Es decir, si se trata de un acto o contrato indispensable para la inscripción de la sociedad o, ha sido realizado por los administradores dentro de las facultades que le confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción, así como en el supuesto de que el contrato haya sido estipulado en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socio.

Universidad de Huelva 2009

Si, al igual que en el caso anterior, los administradores reclaman los dividendos pasivos en fecha anterior a la inscripción de la sociedad, el socio podría alegar la compensación en la cantidad concurrente, de su deuda de dinero por los dividendos pasivos pendientes con el crédito que ha nacido derivado de la realización de esos trabajos o servicios a favor de la sociedad en formación[244]. En esta hipótesis, si sería correcto hablar de compensación[245].

Consecuentemente, admitida la posibilidad de emplear, en este caso, el mecanismo de la compensación como modo de satisfacer los dividendos pasivos pendientes es necesario, para salvar el principio de realidad del capital social y de efectividad de las aportaciones que lo integran, que el crédito contra la sociedad en formación que se pretende compensar con la deuda de dividendos pasivos sea objeto de control. Ese control que reclamamos debe de ser tanto de existencia -es decir, que el crédito sea real y efectivo y que tenga un valor, al menos en la cantidad concurrente, igual al de los desembolsos debidos-, como de efectiva

---

[244] En la compensación legal para que el socio acreedor de la sociedad en formación pueda recurrir a la figura de la compensación como medio para extinguir su obligación de dividendos pasivos es necesario que lo que éste se comprometió a aportar en el momento de suscribir el contrato de sociedad fuera una suma de dinero -puesto que, por hipótesis, el crédito que él ostenta contra la sociedad en formación se traduce en el pago de una suma de dinero como consecuencia de la prestación de trabajo o servicios-. El artículo 1.196.2 del C.c. exige para que proceda la compensación, "que ambas deudas consistan en un cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado".

Por otra parte, no podemos olvidar que es un hecho consagrado en la doctrina la posibilidad de que la compensación se lleve a efecto aunque no se verifiquen todos los requisitos establecidos por el legislador, entre ellos, que las deudas a compensar no consistan ambas en un cantidad de dinero o sean de diferentes naturaleza. Más aún, es precisamente esta circunstancia la que da lugar al planteamiento de la compensación voluntaria. La compensación voluntaria encuentra apoyo jurídico en el principio de la autonomía de la voluntad y libertad de pactos (art. 1.255 C.c.). Para que esta compensación voluntaria sea posible es necesario, como ya hemos señalado, el acuerdo entre las partes, o bien, la aceptación de la parte que pudiera alegar la falta de uno de los requisitos establecidos en el C.c. para la compensación, en este caso, la sociedad. A los efectos que a nosotros nos interesan, sería posible la compensación del crédito de dividendos pasivos pendientes cuando el socio deudor se comprometió en el contrato de sociedad a realizar una aportación *in natura*, siempre que la sociedad, acreedora por el importe de los dividendos pasivos, aceptase voluntariamente la operación así contemplada (ROJO AJURIA, L., *La compensación como garantía*, cit., pág. 59, afirma que la compensación voluntaria puede afectar, en principio, a todos los presupuestos de la compensación, incluidos los básicos como es la homogeneidad de prestaciones), y, sin perjuicio de la posible acción de responsabilidad contra los administradores en los supuestos que esta operación origine algún perjuicio al patrimonio de la sociedad (arts. 133 y ss. LSA).

[245] El socio es deudor de la sociedad en formación por el importe de los dividendos pasivos pendientes y, a su vez, acreedor por el crédito derivado de los trabajos o servicios efectuados a favor de la sociedad en formación. Recíprocamente, la sociedad en formación es deudora del socio por la obligación derivada de dichos trabajos o servicios y acreedora por el importe de los dividendos pasivos.

Universidad de Huelva 2009

aplicación del crédito a la extinción de la deuda de dividendos pasivos.

Finalmente, examinadas las diversas posibilidades que pueden plantearse en el supuesto de que los dividendos pasivos sean exigidos antes de la inscripción de la sociedad, pensemos por un momento qué podría ocurrir si la exigencia de satisfacer el desembolso de la deuda pendiente fuera inmediatamente posterior a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil.

Si la sociedad ha aceptado en los tres meses siguientes a su inscripción los actos y contratos a los que hace referencia el artículo 15.1, la responsabilidad de quienes los hubieran celebrado habrá cesado. En tal caso, el crédito derivado por la realización de los trabajos o servicios a favor de la sociedad en formación ha pasado, de ser un crédito frente a terceros a ser un crédito contra la propia sociedad. Si los administradores acuerdan el desembolso de los dividendos pasivos para ese momento posterior a la inscripción, o así se estableció en los estatutos de la sociedad, ante la exigencia de satisfacer el importe de los mismos, el socio acreedor de la sociedad podrá alegar la compensación como medio de extinguir su deuda por los dividendos pasivos pendientes. Si por el contrario, la sociedad no ha aceptado el acto o contrato que en su día celebraron en su nombre, el socio únicamente podrá recurrir a la *datio in solutum,* anteriormente admitida, siempre contando con el necesario consentimiento de la sociedad, pues el crédito derivado de la realización de esos trabajos o servicios indudablemente seguiría siendo un crédito frente a terceros, frente a quienes hubieren celebrado el contrato en nombre de la sociedad[246].

Igualmente, el socio que detenta un crédito derivado de la realización de determinados trabajos o servicios a favor de la sociedad, en virtud de un acto o contrato de los enumerados en el artículo 15.2 de la LSA, podrá alegar la compensación ante la exigencia del desembolso de los dividendos pasivos una vez inscrita la sociedad.

---

[246] En este caso, la aplicación del artículo 41 sería, sin lugar a dudas, directa.

Universidad de Huelva 2009

En principio, pues, parece que nada se opone a la posibilidad de emplear las operaciones de compensación o de *datio in solutum* en el momento inmediatamente posterior a la inscripción, e incluso antes de la misma como en líneas precedentes hemos apuntado, para extinguir la deuda derivada de suscribir un número determinado de acciones con el crédito que un socio detenta contra la sociedad, o, en su caso, contra terceros. En este caso, el resultado será simplemente la extinción del derecho de crédito que el socio ostenta contra la sociedad por la realización de unos trabajos o servicios efectuados a su favor e, igualmente, la extinción del crédito contra el socio por los dividendos pasivos pendientes, o, en su caso, la sustitución de la aportación originaria que se aplazó por la cesión de un derecho de crédito frente a terceros para extinguir, igualmente, la deuda de dividendos pasivos. Podríamos decir que se trata, exclusivamente, de distintos medios para extinguir las obligaciones pendientes, pero en ningún momento podemos considerar que las operaciones contempladas consisten en la aportación *in natura* propiamente dicha de un derecho de crédito, regulada y admitida expresamente por el artículo 39.2 de la LSA (a pesar de que debamos asimilarlas a ellas), pues, en tal caso, así deberían haberse hecho constar en el contrato de sociedad[247].

4°.a.4. La compensación en el supuesto concreto de aumento del capital social.

Como ya hemos señalado, antes de la constitución de la sociedad, cuando se realiza el contrato social, no puede existir ningún crédito contra la sociedad que se pretende fundar. En cambio, en un aumento de capital, sí es posible que un socio o un tercero aporte el crédito que detenta contra la sociedad como contraprestación de las nuevas acciones que ésta ha

---

[247] Pues bien, pudiera entenderse que admitir estos mecanismos para extinguir la obligación de desembolso de los dividendos pasivos -la *datio in solutum* y la compensación de créditos derivados de esos trabajos en el momento inmediatamente posterior a la constitución de la sociedad, incluso antes de su inscripción en el Registro Mercantil-, facilita a los prestadores de trabajo o servicios una vía muy fácil de burlar la prohibición del artículo 36.1, párrafo segundo, prohibición que afecta a la aportación de trabajo o servicios, poniendo en su lugar los créditos correspondientes. En tal caso, pudiera cuestionarse su posible articulación en fraude de ley. Sin embargo, debemos ser conscientes, por un lado, que no es lo mismo aportar trabajo o servicios que aportar un derecho de crédito, expresamente admitido en la Ley (art. 39.2), aún cuando dicho derecho haya nacido de la realización de un trabajo o servicio a favor de la sociedad; y, por otro lado, que la *datio in solutum* y la compensación hacen referencia al modo de extinción de las obligaciones y no a las aportaciones efectuadas por los socios.

Universidad de Huelva 2009

emitido. En principio, parece no existir ningún obstáculo para admitir, en el supuesto de aumento de capital, la aportación de un crédito originado por un contrato entre la sociedad y un tercero, sea o no socio, por la realización de un trabajo, del que ya ha nacido y está vencida la obligación de la primera de retribuir el servicio prestado[248]. Es decir, es totalmente posible que los trabajos o servicios realizados a la sociedad se evalúen en una cifra determinada, se reconozca un crédito a favor de tercero y que más tarde, en un aumento de capital, se puedan liberar estas acciones por medio del crédito[249].

El artículo 151.2 de la LSA admite expresamente que el contravalor del aumento de capital consista en la compensación de créditos contra la sociedad. En este caso, la operación que anunciamos se ha previsto antes de adoptar el acuerdo de aumento con el propósito de extinguir determinadas deudas que gravan el patrimonio de la sociedad, transformando pasivo exigible en capital[250].

No obstante, la hipótesis apuntada debe diferenciarse de otras similares que pueden crear cierta confusión. Por un lado, debe distinguirse de la posibilidad de que un suscriptor, que a su vez es acreedor de la sociedad por trabajos o servicios efectuados a su favor, extinga mediante compensación la deuda de aportación contraída con ocasión de un aumento de capital ordinario a realizar mediante aportaciones dinerarias. De otro lado, puede plantearse,

---

[248] SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *El derecho de suscripción preferente del accionista*, cit., pág. 324, quien, sin referirse al hecho de que el crédito proceda en concreto de la prestación de trabajo o servicios a favor de la sociedad, sostiene que la admisión de este tipo de aumento se ve facilitada por una doble circunstancia: en primer lugar, porque no se produce en estas hipótesis la obligación de tener que integrar un fondo inicial que resulte inmediatamente operativo; en segundo lugar, porque, luego del período constitucional de la sociedad, es evidente la posibilidad de que existan deudas compensables.

[249] En este sentido se manifiesta gran parte de nuestra doctrina: OLIVENCIA, M., "La compensación en la quiebra y el art. 926 del Código de comercio", cit., pág. 822; GARRIGUES, J., *Dictámenes de Derecho Mercantil*, T. II, cit., pág. 628; CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, T. I, cit., pág. 455; LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., págs. 41-42; GALÁN LÓPEZ, C., "El aumento de capital por compensación de créditos", cit., págs. 435 y ss; BERCOVITZ, A., "Modificación de estatutos. Aumento y reducción del capital", *El nuevo Derecho de las sociedades de capital* (dir. QUINTANA CARLO), Zaragoza, 1989, págs. 182-183; DÍAZ GÓMEZ, Mª.A., *Las aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima: contenido, valoración y desembolso*, cit., pág. 176.

[250] De acuerdo con CÁMARA ÁLVAREZ, M., *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, cit., pág. 378, la finalidad fundamental y podríamos decir que exclusiva que se persigue con este supuesto de ampliación es la extinción del crédito o créditos, convirtiendo al acreedor en socio o aumentando su participación en la sociedad si ya lo era.

Universidad de Huelva 2009

la viabilidad de emplear la figura de la compensación para extinguir la deuda de dividendos pasivos nacida, en este caso, de la suscripción de acciones en un aumento de capital. Ambos supuestos entrarían dentro de la que se ha denominado compensación circunstancial, en tanto incidencia en un aumento ordinario que no perseguía como fin extinguir ningún crédito, sino que es el suscriptor-acreedor quien opone la compensación y ve como su crédito se extingue a cambio de la liberación (total o parcial) de las acciones que suscribió[251].

Así pues, pasando a analizar los diferentes supuestos apuntados, el primero de ellos es el que el artículo 151.2 denomina, empleando términos muy desafortunados, aumento de capital por compensación de créditos. A nuestro entender, la operación que el legislador contempla se traduce en la posibilidad de "transmitir" a la sociedad, como contraprestación de las nuevas acciones emitidas con ocasión del aumento de capital, el crédito que el suscriptor detenta contra la propia entidad. En definitiva, aportación de crédito contra la sociedad, dando lugar a la extinción del mismo por confusión, no por compensación como impropiamente es calificado por la Ley[252].

Ahora bien, para comprender el mecanismo de la operación, es necesario determinar ante qué tipo de aumento de capital nos encontramos, esto es, si el aumento de capital por compensación de créditos -como impropiamente lo denomina la Ley-, en la forma prevista en el artículo 156, participa de la naturaleza de un aumento con cargo a aportaciones

---

[251] CÁMARA ÁLVAREZ, M., *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, cit., págs. 379 y 412 y ss; IGLESIAS PRADA, J.L., "Sobre el aumento de capital por compensación de créditos", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXXIII, págs. 226 y ss. y 237 y ss.

[252] La denominada compensación de créditos contra la sociedad, como una modalidad de aumento de capital social, se incorporó ya en el primer Anteproyecto de Ley de Reforma Parcial y Adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades en su redacción de enero de 1987, cuyos artículos 89 y 92 aparecían redactados en términos similares a los del texto vigente. En la primera redacción otorgada al artículo 89 (que se corresponde con el artículo 151.2 vigente) al hacer referencia al contravalor del aumento del capital se establecía que éste podía consistir "tanto en nuevas aportaciones dinerarias o no dinerarias al patrimonio social o en la compensación de créditos contra la sociedad... o en la conversión de obligaciones en acciones". Pero tras el trámite Parlamentario de Dictamen de la Comisión del Congreso (13 de abril de 1989, B.O. de la C.G., Congreso de los Diputados, núm. 80-9) el precepto sufriría dos modificaciones. Se sustituyó, en primer lugar, la expresión "o en la compensación", por "incluida la compensación", con lo cual parece querer matizar el carácter de aportación no dineraria que la compensación implica, o, en todo caso, su mayor asimilación a la misma. En segundo lugar, se suprimió la referencia a "la conversión de obligaciones en acciones" como supuesto de verificación del contravalor del aumento del capital diverso de los anteriormente regulados.

Universidad de Huelva 2009

dinerarias, o, por el contrario, se trata de un aumento con cargo a aportaciones no dinerarias. De la solución que adoptemos en esta cuestión dependerá que la disciplina correspondiente a este aumento de capital se conduzca bien a través de las normas propias de las aportaciones dinerarias bien a través de las normas reguladoras de las aportaciones no dinerarias.

La mayor parte de la doctrina se inclina por considerar que el aumento de capital por compensación de créditos constituye un aumento realizado mediante aportaciones no dinerarias, que ofrece ciertas peculiaridades derivadas del hecho de aportarse un crédito contra la propia sociedad[253]. Estos autores, para fundamentar su posición recurren al propio tenor literal del artículo 151.2 de la LSA[254] y a las similitudes existentes entre la disciplina específica que establece el artículo 156 y la general prevista en los artículos 38 y 40.2 para las aportaciones no dinerarias, en concreto, en orden al control por experto independiente y al desembolso en el plazo máximo de cinco años[255].

---

[253] En este sentido, GALÁN LÓPEZ, C., "El aumento de capital por compensación de créditos", cit., págs. 451-452; BERCOVITZ, A., "Modificación de estatutos. Aumento y reducción del capital", cit., pág. 182; MAMBRILLA RIVERA, V., "Aumento del capital por compensación de créditos", cit., págs. 371-372; SÁNCHEZ ANDRÉS, A., "Aumento y reducción del capital", *La reforma del Derecho español de las sociedades de capital*, Madrid, 1987, pág. 382; ALONSO ESPINOSA, F.J.,"Modificación de estatutos y aumento y reducción del capital", *Cuadernos de Derecho y Comercio* nº 8, 1990, pág. 87; DE LA CUESTA, "El aumento y la reducción del capital social", *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas* (dir. ROJO, A.), Madrid, 1987, pág. 197. Esta orientación ha sido la seguida, además, por la DGRN en las resoluciones de 15 de julio de 1992 y 11 de octubre de 1993, comentadas por CÁMARA ÁLVAREZ, M., que también se decanta por la misma solución (*El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, cit., págs. 390-400).

[254] El artículo 151.2 de la LSA, cuando habla de "aportaciones dinerarias o no dinerarias al patrimonio social, *incluida la compensación de créditos contra la sociedad...*", no deja lugar a dudas de la asimilación de la compensación a las aportaciones no dinerarias. La expresión "incluida" viene a significar que la compensación es un supuesto específico que se puede individualizar dentro de las aportaciones no dinerarias. Esta asimilación se muestra aún más explícitamente en los antecedentes de la norma. En el artículo 92.2 del Anteproyecto de abril de 1988 se decía -al regular las modalidades de contravalor en el aumento del capital- "compensación de créditos y otras aportaciones no dinerarias" (ver, por todos, GALÁN LÓPEZ, C., "El aumento de capital por compensación de créditos", cit., pág. 451). El hecho de que el legislador haya establecido un régimen propio de regulación del aumento por compensación de créditos contra la sociedad no es suficiente para desvirtuar las afirmaciones reseñadas. En la medida en que la compensación se traduce, desde la perspectiva social, en un supuesto peculiar de la aportación de crédito contra la propia sociedad es evidente que su régimen habrá de adaptarse a las peculiaridades que la operación presenta en el contexto social.

[255] Es conveniente advertir que, la pretendida correspondencia entre la disciplina del artículo 156 de la LSA y la general de las aportaciones no dinerarias es más aparente que real. En efecto, no son asimilables la intervención del auditor prevista en el artículo 156 y la del experto independiente contemplada en el artículo 38, pues mientras que la primera tiene por objeto la verificación de la existencia y características del crédito a compensar conforme a la contabilidad social, la segunda persigue la verificación del valor atribuido a la aportación. De ahí que pueda entenderse que la intervención del auditor ha de reconducirse a la acreditación del desembolso de las aportaciones dinerarias que exige el régimen general recogido en el artículo 40.1 de la LSA (IGLESIAS PRADA, J.L., "Sobre el aumento de capital por compensación de créditos", cit., págs.

Universidad de Huelva 2009

Frente a esta posición, se ha expuesto una orientación contraria que mantiene que el aumento de capital por compensación de créditos constituye un supuesto que se encuadra dentro de las aportaciones dinerarias[256]. Desde esta línea de pensamiento, se critican los argumentos formales inducidos de la letra de la Ley[257] y se resalta la inexistencia -ya apuntada- de la pretendida correspondencia entre la disciplina del artículo 156 y la específica de las aportaciones no dinerarias. Se considera, pues, que, a través de esta operación, la sociedad pretende la extinción de determinados créditos que gravan a su patrimonio, para lo que entrega acciones a sus acreedores que extinguirán las deudas de aportación contraídas compensándolas con los créditos que ostenten contra ella. En este caso, la liberación de la deuda de aportación que contrae el acreedor se produce mediante compensación con el

---

217-218). No obstante, esta objeción ha sido criticada aduciendo que, aún cuando se debe reputar la compensación de créditos como aportación no dineraria, se declara exenta del requisito de la intervención del experto independiente a que se refiere el artículo 38 de la LSA en aras a la simplificación de trámites. Y, que en el caso de créditos no vencidos, el auditor, además de pronunciarse sobre la existencia contable de los créditos, y sobre la concurrencia de los requisitos legales para su capitalización, habrá de pronunciarse sobre el valor que a los créditos se les asigna, entrando en juego en ese momento la cautela del artículo 133.2 del RRM, posibilitando que el Registrador deniegue la inscripción si el valor por el que se aportan los créditos excede en más del 20 por 100 de aquél que les asignó el auditor (CÁMARA ÁLVAREZ, M., *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, cit., págs. 397-398, quien fundamenta sus pensamientos en las resoluciones de la DGRN, anteriormente citadas).

Por otra parte, la Ley excluye la compensación cuando los créditos contra la sociedad no estén vencidos y sean líquidos y exigibles en un 25 por 100, como mínimo, en el momento de producirse el acuerdo de compensación. Esta exigencia se ha puesto en relación con la de desembolso mínimo establecida con carácter general para todo tipo de aportaciones en el artículo 12 de la LSA. Pero otra de las exigencias del precepto es que la fecha de vencimiento de los restantes créditos no sea superior a cinco años contados desde el aumento del capital, exigencia que se ha entendido paralela al plazo máximo de cinco años que el artículo 40.2 establece para el desembolso de los dividendos pasivos pendientes derivados de aportaciones no dinerarias (arts. 40.2 y 155.2 de la LSA). Seguramente, la intención del legislador era establecer para este supuesto un régimen paralelo al de las aportaciones no dinerarias en el momento de la constitución de la sociedad, sin embargo no lo ha logrado. El hecho de que el 25 por 100 de los créditos que se tratan de compensar tengan que estar vencidos y ser líquidos y exigibles no significa que no se haya podido desembolsar el 100 por 100 de la aportación. El plazo de cinco años hace referencia al momento en que han de vencer los créditos aportados, no al plazo máximo para el desembolso de la aportación. La Ley no se ha expresado con la claridad deseada. Sólo exige que el 25 por 100 de los créditos estén vencidos, y sean líquidos y exigibles. Aún así, es posible que el acreedor haya desembolsado por completo su aportación, a pesar de que el 75 por 100 de los créditos aportados venzan en los cinco años siguientes. Es decir, por el mero hecho de que el crédito aportado no esté vencido no puede entenderse que se ha producido el aplazamiento del desembolso de la aportación.

[256] GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. II, cit., pág. 277; IGLESIAS PRADA, J.L., "Sobre el aumento de capital por compensación de créditos", cit., pág. 212-223; GOMEZA VILLA., J.I., "Contrapartidas en aumentos o reducciones de capital", cit., pág. 168.

[257] En este sentido, se afirma que el artículo 151.2 de la LSA hace referencia a la categoría general de aumento de capital con cargo a nuevas aportaciones, que engloba tanto los realizados mediante aportaciones dinerarias como los verificados con aportaciones no dinerarias, y no exclusivamente a estos últimos. Sin embargo, nuestro parecer es que en él aparecen claramente asimilado el aumento de capital por compensación de créditos a las aportaciones no dinerarias.

Universidad de Huelva 2009

crédito que ostenta contra la sociedad[258].

Así pues,entienden que la obligación de aportación, nacida de la suscripción de las acciones por el acreedor, se satisface mediante la compensación entre esta deuda y el crédito del socio frente a la sociedad, dando lugar a la extinción cuando éste último cumpla los requisitos legales del artículo 1.196 del C.c., entre ellos que sea líquido, vencido y exigible. De esta manera, en tanto no se produzca el vencimiento y exigibilidad de los créditos del suscriptor, éstos no pueden resultar aptos para ser compensados y, por tanto, para liberar las acciones suscritas dando lugar al aplazamiento del desembolso, cuyo vencimiento coincidirá con el fijado para los créditos[259]. Y ello, porque no puede admitirse el vencimiento anticipado de parte de los créditos a compensar, dado que dicha solución no encuentra cabida alguna en el régimen legal. Siguiendo esta orientación, debería entenderse que cuando los créditos a compensar no estén vencidos o no sean líquidos o exigibles, sería aplicable el régimen de las aportaciones aplazadas[260]. Desde la perspectiva económica contable, los créditos del socio no vencidos deberán seguir figurando en el balance, como pasivo exigible, mientras que en activo se recogerán los desembolsos pendientes de cumplimiento de tal manera que, a medida que se vaya produciendo el vencimiento de los créditos y resulten exigibles, se produciría de forma automática la compensación entre estas dos partidas[261].

Desde nuestro punto de vista, aún cuando se predique la naturaleza de la compensación para esta modalidad de aumento de capital, la solución debería ser distinta. Ciertamente no puede hablarse de vencimiento anticipado de los créditos, pero si podría pensarse en la compensación voluntaria, en tanto que la extinción de los créditos-deudas

---

[258] IGLESIAS PRADA, J.L., "Sobre el aumento de capital por compensación de créditos", cit., págs. 218-219.

[259] En este sentido se manifiesta IGLESIAS PRADA, J.L., "Sobre el aumento de capital por compensación de créditos", cit., pág. 246.

[260] Los créditos no vencidos irán abonándose, mediante compensación, a medida que vayan venciendo dentro del plazo máximo de cinco años fijado legalmente, de tal manera que el socio-acreedor recibirá acciones parcialmente desembolsadas.

[261] Ver, GALÁN LÓPEZ, C., "El aumento de capital por compensación de créditos", cit., pág. 456 y IGLESIAS PRADA, J.L., "Sobre el aumento de capital por compensación de créditos", cit., pág. 247.

Universidad de Huelva 2009

opera sobre la base del acuerdo entre las partes aunque no concurran los requisitos de vencimiento y exigibilidad sobre la totalidad de los créditos[262]. En consecuencia, aprobado el aumento de capital por compensación de créditos, operaría la extinción del crédito o créditos en las cantidades concurrentes, sin necesidad de esperar el vencimiento y la exigibilidad de los mismos.

Ahora bien, a nuestro entender, la operación se corresponde en realidad con la situación general de aportación de créditos. En efecto, el aumento de capital por compensación de créditos contra la sociedad constituye un aumento *con aportaciones in natura*, en la que el suscriptor de las acciones es titular de un crédito frente a la propia entidad, crédito que transmite a la sociedad en concepto de aportación. Así pues, la deuda del socio -deuda de aportación- se extingue por la "entrega" del crédito contra la sociedad y la deuda de la sociedad frente al socio se extinguirá por confusión, no por compensación, en el patrimonio social del crédito y la deuda nacida de la misma relación obligatoria. Entendemos que las dificultades en orden a delimitar la naturaleza de este aumento de capital derivan derivado, de una parte, de los inadecuados términos empleados por el legislador al conceptuar la operación como *aumento de capital por compensación de crédito*. De otro lado, de la confusión causada por los propios defensores de la teoría del aumento con cargo a aportaciones no dinerarias quienes, erróneamente, han alegado que el crédito de que es titular el suscriptor, transmitido a la sociedad en concepto de aportación, se extingue por dación en pago[263], por novación[264] o por compensación[265], en lugar de por confusión[266].

---

[262] El consentimiento del acreedor es evidente, y el de la sociedad se manifiesta en la aprobación del aumento de capital por compensación, según se establece en el apartado b) del artículo 156.1.

[263] La figura de la dación en pago ha sido aducida por algún autor para justificar la naturaleza de la operación que nos ocupa, ya que la sociedad va a liberarse de su deuda entregando cuotas de participación social (ALONSO ESPINOSA, "Modificación de estatutos y aumento y reducción del capital", cit., pág. 86). Sin embargo, este posicionamiento puede ser objeto de ciertas críticas. La dación en pago, como ya hemos señalado, supone una forma especial de cumplimiento de las obligaciones en la que se modifica el objeto de una de las contraprestaciones inicialmente pactadas al constituirse la relación obligatoria. Sin embargo, en el aumento de capital contemplado, no se puede decir que exista sustitución alguna, pues desde el primer momento lo que se trata de aportar es el crédito contra la propia sociedad y no una prestación diferente.

[264] Por otra parte, un sector de nuestra doctrina parece inclinarse a favor de considerar la operación comentada como una novación extintiva (SANCHEZ ANDRÉS, A., "Aumento y reducción del capital", cit., pág. 381; ID., *El derecho de suscripción preferente del accionista*, cit., págs. 325-326; DE LA CUESTA, "El aumento y la reducción del capital social",

Universidad de Huelva 2009

En definitiva, la aportación puede consistir en una cantidad de dinero o en un bien o derecho, y dentro de éstos últimos, en la aportación de un derecho de crédito, bien frente a terceros o bien frente a la sociedad.

De cualquier manera, consecuencia del aumento de capital -impropiamente denominado por compensación de créditos- es que el activo circulante no ha tenido que destinarse a la liquidación del pasivo exigible en el importe total del crédito aportado, por lo que habrá mejorado el equilibrio financiero de la sociedad[267]. En este caso, existe una

---

cit., págs. 203-204). La novación se caracteriza por sustituir una obligación por otra, de forma que la que se extingue es sustituida por la obligación que nace en virtud del pacto de novación entre las partes (art. 1.204 C.c.). Sin embargo, la novación no condiciona su realización a ningún requisito de liquidez, vencimiento o exigibilidad ni del crédito que se extingue, ni del que le sustituye (arts. 1.203 a 1.213 C.c.), pues la figura mira a otro supuesto. Además, la novación implica una identidad de las posiciones jurídicas asumidas por las partes en la relación que se extingue y en la que la sustituye, situación que sufre una cierta distorsión cuando se aplica al supuesto concreto de sustitución de la posición de acreedor por la de accionista de la sociedad (GALÁN LÓPEZ, C., "El aumento del capital por compensación de créditos", cit., págs. 444-445; IGLESIAS PRADA, J.L:, "Sobre el aumento de capital por compensación de créditos", cit., págs. 210-211).

[265] Para los redactores de la LSA, la naturaleza del aumento de capital por compensación de créditos no parece abrigar ningún tipo de dudas. La operación se ha configurado como un auténtico supuesto de aumento del capital por compensación de créditos, como así lo demuestra el propio rótulo del precepto. Son partidarios de la configuración de la operación como auténtico supuesto de compensación de créditos y deudas: GALÁN LÓPEZ, C., "El aumento de capital por compensación de créditos", cit., págs. 437 y ss.y NEILA NEILA, *La nueva Ley de Sociedades Anónimas*, cit., págs. 704-707.

[266] Algún autor, con bastante acierto desde nuestro punto de vista, ha sostenido que la deuda de aportación no se extingue por compensación sino que lo hace porque en realidad se produce una confusión de créditos y deudas (OLIVENCIA, M., "La compensación en la quiebra y el art. 926 del Código de comercio", cit., pág. 822; por otro lado, CÁMARA ÁLVAREZ, M., *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, cit., págs. 386-389, parece decantarse por esta solución, aunque afirma que difícilmente el fenómeno puede ser objeto de una calificación jurídico-civil totalmente satisfactoria). Si tenemos presente lo dispuesto en el artículo 1.192.1 del C.c., el mecanismo propio de la confusión tiene lugar cuando en una misma persona coinciden las condiciones de acreedor y deudor en función a un sola relación obligatoria. En el supuesto que contemplamos, si lo configuramos como una aportación *in natura*, como defiende la doctrina mayoritaria, se producirá la aportación del crédito que el acreedor ostenta frente a la sociedad. Efectuada la aportación, concurren en la misma persona (la sociedad) la cualidad de acreedor y deudor, produciéndose la extinción del crédito aportado por confusión. En este caso podemos afirmar que hay un único crédito, el que detenta el acreedor contra la sociedad (el socio no es deudor de la sociedad pues cumplió su obligación a través de la aportación del crédito); este crédito se transmitió a la sociedad en concepto de aportación y fue entonces cuando se produjo la concurrencia que exige el artículo 1.192 del C.c.

[267] El aumento de capital por compensación de créditos responde, en la mayoría de los casos, a razones de saneamiento financiero de la sociedad, procurando, con su puesta en funcionamiento, corregir los posibles desequilibrios patrimoniales que tienen lugar durante el curso de su ciclo económico. Así, sociedades con problemas de liquidez y con un alto índice de deudas pendientes de pago, pueden superar esta situación de desequilibrio financiero mediante un cambio de la posición subjetiva del titular del crédito, el cual pasará a obtener, si ya era socio, mayor número de acciones y, si aún no lo era, la cualidad de socio, adquiriendo su posición jurídica en la sociedad.

Universidad de Huelva 2009

verdadera aportación de valor al patrimonio social[268]: la extinción del crédito le libera de tener que pagarlo. La sociedad deja de soportar esa obligación con sus correspondientes cargas financieras. Lo importante para la sociedad es que, como consecuencia del aumento, tiene lugar la "desafectación" patrimonial de los elementos del activo destinados a la cobertura de las deudas extinguidas, lo que le permite disponer de un mayor volumen de recursos, aún cuando éstos ya figurasen en el balance societario.

Para que se lleve a cabo esta modalidad de aumento de capital es necesaria la concurrencia de los requisitos establecidos por el artículo 156 de la LSA. Este precepto exige: primero, que en el momento de su realización, al menos el 25 por 100 de los créditos que se aportan sean líquidos, vencidos y exigibles, y que el vencimiento de los restantes no sea superior a cinco años; y, en segundo lugar, la verificación de los créditos por un auditor. Además, aún cuando esta exigencia no la contempla la Ley, será preciso un previo acuerdo entre el aportante o los aportantes y la sociedad sobre la aportación de los créditos, en orden a la posterior deliberación en la Junta y, si procede, aprobación del aumento de capital correspondiente por compensación de créditos.

Así se desprende del razonamiento de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1985 (anterior a la reforma), cuando afirma: <<*..que el otro subsiguiente acuerdo de ampliar el capital social, mediante la emisión de nuevas acciones... decidiendo, asimismo, que los créditos que varios accionistas tenían contra la Sociedad por préstamos efectuados a la misma pudieran ser saldados mediante la entrega a sus titulares de acciones si facultativamente optaren a ello, no determinaba un perjuicio para la Sociedad porque "sus dificultades económicas y financieras, constatadas reiteradamente en diversos consejos de administración precedentes a la Junta Extraordinaria, se alivian mediante nuevas aportaciones y también mediante la transformación o conversión de los créditos de los accionistas, por entregas ya realizadas en concepto de préstamo, en acciones, con lo que se beneficiaba la Sociedad al disminuir su pasivo, que gravaba o comprometía su activo, transformando una cantidad de deuda real productora de intereses, en un valor nominal representado por acciones, sujetas al riesgo de la actividad económica de la entidad"...*>>.

[268] El legislador no parece dudar sobre el carácter de nueva aportación al patrimonio social que el aumento por compensación de créditos implica. El artículo 151.2 incluye a la compensación de créditos contra la sociedad dentro de los supuestos de aumento con nuevas aportaciones, distinguiéndola así de aquéllos que no son sino transformación de reservas o recursos propios. Y la doctrina destaca su carácter de auténtica aportación a la sociedad al tratarse de un supuesto de aportación no dineraria que permite la incorporación de recursos de terceros, previamente integrados en el patrimonio social, al transformar la posición del acreedor en socio (GALÁN LÓPEZ, C., "El aumento del capital por compensación de créditos", cit., pág. 447; BERCOVITZ, A., "Modificaciones de estatutos, aumento y reducción del capital", cit., pág. 182; SÁNCHEZ ANDRÉS, A., "Aumento y reducción del capital", cit., págs. 381-382; MAMBRILLA RIVERA, V., "Aumento del capital por compensación de créditos", cit., págs. 364-365. En el mismo sentido se manifiesta IGLESIAS PRADA, J.L., "Sobre el aumento de capital por compensación de créditos", cit., págs. 223-224, aún cuando es defensor de la opinión de que nos hallamos ante una aportación dineraria.

Universidad de Huelva 2009

El artículo 156.1 de la LSA debe ser completado con lo dispuesto por el artículo 168.3 del RRM[269]. Por otra parte, no podemos olvidar que, al tratarse de créditos contra la sociedad, los datos de su existencia, cuantía y modalidades de vencimiento aparecerán contenidos en la contabilidad social. Consecuentemente, siguiendo el procedimiento correspondiente, parece que quedan suficientemente cubiertas las garantías necesarias respecto a la veracidad de la existencia y cuantía del crédito.

Este régimen especial que dispone la LSA, para los supuestos en los que la aportación del crédito se produce como contrapartida de un aumento de capital, debe interpretarse en el sentido de que el artículo 156 considera susceptible de aportación esos créditos aún no vencidos, siempre que el vencimiento se produzca dentro de un plazo no superior a cinco años. En efecto, como en alguna ocasión hemos señalado, no es necesario el vencimiento de los créditos para que se produzca la aportación efectiva de los mismos a la sociedad. El hecho de que los créditos estén o no vencidos influirá en el valor que a cada uno de ellos se le atribuya y en el número de acciones que al suscriptor se le entreguen como contraprestación de su aportación, pero no incide sobre la efectividad ni sobre el desembolso de la aportación. La aportación de un crédito líquido, aún cuando no esté vencido, sirve perfectamente de cobertura al aumento, produciéndose de forma inmediata la extinción por confusión en el patrimonio de la sociedad del crédito y la deuda derivada de la misma relación obligatoria, en nuestro caso, la extinción del crédito derivado de la prestación de trabajo o servicio del que ahora -en virtud de la aportación- es titular la sociedad con la deuda derivada de la realización de esos trabajos o servicios de la ya era obligada la sociedad.

---

[269] En este sentido se requiere: A) un certificado del auditor de cuentas de la sociedad, o en caso de no tenerlo, del auditor nombrado por el Registrador Mercantil a petición de los administradores, que acredite que, verificada la contabilidad social, resultan exactos los datos ofrecidos por los Administradores de los créditos en cuestión; b) dicho certificado debe ser puesto a disposición de los accionistas al tiempo de la convocatoria de la Junta; c) en la escritura de aumento del capital se deberá expresar el nombre del acreedor o acreedores, y la fecha en que fue contraído el crédito o créditos, así como, en su caso, el documento en el que conste que el crédito es líquido y exigible o que, al menos, lo es en un 25 por 100 y el vencimiento de los restantes no es superior a cinco años.

Universidad de Huelva 2009

Distinto del supuesto examinado, es la posibilidad, anteriormente anunciada y no contemplada en la LSA, de que un suscriptor, que a la vez sea acreedor de la sociedad -siendo su crédito líquido vencido y exigible-, extinga mediante compensación la deuda de aportación con ocasión de un aumento ordinario de capital social mediante aportaciones dinerarias, ejerciendo la facultad que le otorga el artículo 1.196 del C.c[270]. Si hemos admitido la compensación en el momento de constitución de la sociedad, momento de inminente peligro para el patrimonio social, debemos admitir la operación -en este caso verdadera compensación- tanto por el desembolso mínimo como por la deuda total de aportación, derivada del aumento de capital, con el crédito que el socio ostenta frente a la sociedad. En este caso el socio, titular de un derecho de crédito contra la sociedad, podrá oponer la compensación satisfaciendo de este modo, total o parcialmente, su deuda de aportación derivada del aumento de capital.

Para que se lleve a cabo la operación será necesario la concurrencia de una serie de presupuestos que garanticen la protección del capital social -no necesariamente los previstos en el artículo 156- que se pueden sintetizar en la verificación y constatación de la existencia de los créditos a compensar, su valoración y su efectiva aplicación a la extinción de la deuda de aportación.

Igualmente no nos queda sino admitir, además, la viabilidad de la compensación, una vez efectuado el desembolso mínimo, para la liberación de la deuda de dividendos pasivos nacida de las acciones suscritas en un aumento de capital ordinario, en los mismos términos en los que nos pronunciábamos al admitir la compensación de los dividendos pasivos una vez constituida la sociedad.

---

[270] A favor de esta operación se han manifestado IGLESIAS PRADA, J.L., "Sobre el aumento de capital por compensación de créditos", cit., págs. 238-239; CÁMARA ÁLVAREZ, M., *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, cit., págs. 412-416; SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *El derecho de suscripción preferente del accionista*, cit., pág. 324, quien matiza que el socio podrá valerse de la compensación siempre que del acuerdo de aumento no se deduzca la renuncia explícita o implícita del suscriptor a servirse de ella.

Universidad de Huelva 2009

Universidad de Huelva 2009

CAPÍTULO SEGUNDO: TÍTULO DE LA APORTACIÓN A LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

I. APORTACIÓN A TÍTULO DE PROPIEDAD. APORTACIÓN A TÍTULO DE USO. (CONSIDERACIONES GENERALES).

II. POSIBILIDAD Y VALIDEZ DE LA APORTACIÓN DE UN DERECHO REAL DE USUFRUCTO.

1°. Aportación del derecho real de usufructo.

2°. Extinción del derecho de usufructo.

III. POSIBILIDAD Y VALIDEZ DE LA APORTACIÓN DE UNA RELACIÓN JURÍDICA DE ARRENDAMIENTO.

IV. APORTACIÓN DEL USO DE UN BIEN. POSIBILIDAD Y VALIDEZ.

1°. Introducción.

2°. La liberación de la aportación de uso.

3°. La participación en las pérdidas de la sociedad del socio aportante del uso.

4°. La aportación de uso y la función de garantía del capital social.

5°. Un ejemplo significativo: la aportación del uso de un bien que el aportante posee en régimen de *leasing*.

Universidad de Huelva 2009

5º.a. Concepto preliminar.

5º.b. Posibilidad y validez de la aportación del uso de un bien que el aportante posee en régimen de *leasing*.

6º. Conclusiones finales.

Universidad de Huelva 2009

CAPÍTULO SEGUNDO: TÍTULO DE LA APORTACIÓN A LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

I. APORTACIÓN A TÍTULO DE PROPIEDAD. APORTACIÓN A TÍTULO DE USO. (CONSIDERACIONES GENERALES).

Es práctica habitual clasificar las aportaciones, atendiendo al título en que se efectúan, en[1]: aportaciones a título de propiedad o "*quoad dominium*" y aportaciones a título de uso o "*quoad usum*"[2].

---

[1] Ver, entre otros, GALLEGO SÁNCHEZ, E., "Las aportaciones en la Sociedad de Responsabilidad Limitada", cit., págs. 109 y ss.; LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., págs. 50 y ss.; ID., "Clases de fundación. Aportaciones sociales", cit., pág. 223; MAMBRILLA RIVERA, V., "Fundación con aportaciones *in natura*", cit., págs. 751 y ss; DÍAZ GÓMEZ, Mª.A., *Las aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima: contenido, valoración y desembolso*, cit., págs. 176 y ss.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I., *Aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima*, cit., págs. 95 y ss.

[2] No obstante, debemos advertir sobre la posibilidad de encontrarnos con una clasificación más amplia de los títulos de la aportación. En este sentido, GIRÓN TENA, J., (*Derecho de Sociedades*, I, cit., págs. 217-218), distingue entre aportación *quoad dominium* -transmisión a la sociedad, reservándose el socio la devolución de la cosa a la terminación de aquélla-; *quoad dominium y quoad sortem* -no reservándose aquella devolución-; *quoad sortem* -transmisión a la sociedad del derecho de disposición sobre la cosa-; *quoad usum* -sólo el uso de la cosa-; y *quoad usum y quoad sortem* -transmisión del uso y del derecho de disposición (las aportaciones *quoad sortem* son aludidas, además, por otros autores: GARRIGUES, J., "Teoría General de las sociedades mercantiles", cit., págs. 215-218; CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, cit., págs. 237-242). En las aportaciones *quoad sortem* no se trasmite la propiedad a la sociedad, sino el derecho a disponer de la cosa, de modo que, frente a terceros propietario es el socio mientras que en la relación interna propietario es la sociedad (PAZ-ARES, C., "Comentario a los artículos 1.665 y siguientes del Código civil", cit., pág. 1416, afirma que el objetivo perseguido mediante esta aportación es poner a disposición de la sociedad, sin cambio formal de la titularidad, el valor material de una cosa o de un derecho). Estas aportaciones *quoad sortem* no tienen sentido en nuestro sistema actual, al igual que tampoco lo tiene la aportación *quoad dominium* en la que el socio pueda reservarse la devolución de la cosa a la terminación de aquella, en todo caso. Consecuentemente, las aportaciones *quoad sortem* no pueden configurarse hoy en día una categoría independiente de aportación sino que es una cualidad esencial de las aportaciones *quoad dominium*. En efecto, en las sociedades mercantiles no cabe la aportación en propiedad en la que el socio se reserve el derecho a recuperar el bien aportado a la finalización de la sociedad en el estado en que se encuentre. Sería posible, en cualquier caso, que se pactara que el modo de cubrir la cuota de liquidación de un socio aportante en propiedad, o de todos los aportantes *in natura*, sea mediante la adjudicación de los mismos bienes que cada uno aportó, en la medida en que ello sea posible. Pero no cabe pactar que, cualquiera que sea el resultado de la actividad social, el socio recupere íntegramente su aportación, en el estado en que se encuentre al concluir la sociedad, pues se trataría de un pacto de exclusión de responsabilidad real, ya que si el socio tiene efectivamente derecho a esa recuperación *en todo caso*, es tanto como afirmar que el bien aportado en propiedad por dicho socio no puede ser agredido por los acreedores sociales (CAPILLA RONCERO, F., "Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, cit., pág. 321). El título de la aportación

Universidad de Huelva 2009

En las aportaciones *quoad dominium* el aportante transmite a la sociedad la integridad del derecho o facultades que ostenta sobre el bien objeto de aportación. La propiedad del bien o derecho deja de ser del primero para convertirse en propiedad de la sociedad[3]. Por el contrario, en las aportaciones *quoad usum* se produce la transmisión a la sociedad de las facultades de uso y disfrute. Ello no implica la plena trasferencia de la titularidad dominical del bien o derecho aportado en beneficio de la sociedad, sino simplemente su uso, el socio conserva el derecho a recuperar la cosa cuyo uso aportó al término del plazo estipulado o a la disolución de la sociedad.

La aportación a título de propiedad determina la transmisión, desde el patrimonio del aportante al patrimonio de la sociedad, de la titularidad plena sobre el bien o derecho que se aporta. Le son aplicables analógicamente las normas del contrato de compraventa[4], adecuadamente combinadas con las propias del contrato de sociedad. Consecuentemente, la transmisión del riesgo se regula también de acuerdo a las normas establecidas para la

---

en propiedad implica necesariamente que los bienes aportados quedan integrados definitivamente en el patrimonio social, quedando afectados a las responsabilidades derivadas del ejercicio de la actividad social. Luego, frente a terceros, dicho pacto sería inoponible. En consecuencia, la clasificación que acabamos de enunciar no encuentra cabida en nuestro sistema (ver, en este sentido, LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales [Artículo 36 a 41 LSA]", cit., pág. 50 y PAZ-ARES, C., "Comentario a los artículos 1.665 y siguientes del Código civil", cit., pág. 1416). Finalmente, nos consideramos obligados a mencionar las conocidas como aportaciones fiduciarias, haciendo referencia a aquellos casos en los cuales se opera una aportación formalmente por un título más amplio y comprometido que el título por el cual efectivamente se quiere comprometer el socio en cuestión (CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, cit., págs. 241-242, considera que esta actuación puede obedecer a razones inconfesables, en cuyo caso habrá de aplicarse el régimen propio de los actos en fraude a la ley, o de acreedores, según corresponda; o bien puede deberse a razones de oportunidad, como, por ejemplo, dotar aparentemente a la sociedad de una amplia cobertura patrimonial y a los socios administradores de amplias facultades de administración y disposición sobre los bienes sociales, para que con más facilidad se desenvuelvan en las negociaciones con terceros. En este segundo caso -considera el autor- habrán de resolverse las cuestiones que se planteen aplicando los criterios elaborados acerca de los negocios fiduciarios). Consideramos necesario descartar para las sociedades anónimas la posibilidad de realizar aportaciones de las denominadas *"quoad sortem"* y fiduciarias, respecto de las que, frente a terceros, el aportante conserva el dominio de lo aportado, que sólo a efectos internos se considera disponible por la sociedad, por lo que es claro que no pueden admitirse como aportaciones de capital (LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales [Artículos 36 a 41 LSA]", cit., pág. 50).

[3] Se ha encuadrado en esta categoría el supuesto en el cual el titular de un derecho real limitado sobre una cosa ajena aporta a la sociedad dicha titularidad por completo -por ejemplo, cuando el usufructuario aporta su derecho de usufructo-, en tanto se configura como un acto traslativo de un derecho real que no difiere de la aportación en propiedad de las cosas más que por la extensión del derecho objeto de la transferencia.

[4] GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades, I*, cit., pág. 220; GARRIGUES, J., "Teoría General de las sociedades mercantiles", cit., pág. 216; GALLEGO SÁNCHEZ, E., "Las aportaciones en la Sociedad de Responsabilidad Limitada", cit, pág. 111; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I., *Aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima*, cit., pág. 96.

Universidad de Huelva 2009

compraventa: lo que significa que si la cosa ha sido adquirida por la sociedad, el riesgo de su detrimento grava a ésta última y el socio conserva su cualidad de accionista. Como dice GARRIGUES[5] cuando el socio ha transferido una cosa a título de propiedad su aportación queda cumplida, el riesgo pasa a la sociedad, quedando el socio liberado de toda posterior obligación salvo la de saneamiento y, al disolverse la sociedad, sólo tendrá derecho, en principio, cuando se divida el haber social, a obtener el valor de su aportación o la parte proporcional que le corresponda, después de liquidados los acreedores sociales.

Por el contrario, en la aportación a título de uso la sociedad únicamente adquiere el derecho a utilizar la cosa, la cual permanece en el dominio del aportante; es decir, sólo se produce una incorporación temporal -bien por un plazo determinado, bien por toda la duración de la sociedad- del uso del bien al patrimonio social, siendo aplicables, también por analogía, las normas del contrato de arrendamiento, adecuadamente combinadas con las normas reguladoras del contrato de sociedad[6]. De esta manera, el socio sólo transmite el derecho de uso o disfrute de la cosa; siendo el riesgo del socio[7], que sigue siendo

---

[5] *Tratado de Derecho Mercantil*, cit., págs. 443-444; ID., *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, cit., pág. 336; ID., "Teoría general de las sociedades mercantiles", cit., págs. 216-217.

[6] GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades, I*, cit., pág. 221; GARRIGUES, J., "Teoría General de las sociedades mercantiles", cit., pág. 216; BARBA DE VEGA, J., *Las prestaciones accesorias en las Sociedades de Responsabilidad Limitada*, cit., pág. 315; LOJENDIO OSBORNE, I, "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 de la LSA)", cit., pág. 53; CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, págs. 238-239; GALLEGO SÁNCHEZ, E., "Las aportaciones en la Sociedad de Responsabilidad Limitada", cit., pág. 112.

[7] Algunos ordenamientos realizan expresamente referencias al régimen jurídico del arrendamiento, como régimen general supletorio de las aportaciones a título de uso. En este sentido el Código civil italiano, en su artículo 2.254, párrafo 2º, determina que el riesgo de las cosas cuyo goce se aporta queda a cargo del socio aportante, regulándose la garantía por el goce de acuerdo con las normas de los arrendamientos.

Podemos afirmar que, también en nuestro Ordenamiento, la regla general en materia de riesgos, cuando se aporta el uso de un bien, es que el riesgo es soportado o viene a pesar sobre el patrimonio del aportante. Pero esto no significa que, desde el punto de vista económico, las incidencias padecidas por los bienes aportados a título de uso carezcan de relevancia para la sociedad. Evidentemente, de algún modo la sociedad también experimenta una disminución patrimonial como consecuencia de los avatares o la pérdida de los bienes aportados en uso. Así, si se pierde un bien que ha sido aportado a título de uso, cierto es que el riesgo ha de soportarlo el socio, ya que, desaparecido el bien, éste pierde su derecho a obtener la restitución del mismo, es decir, la pérdida por causa no imputable a ninguna de las partes libera a la sociedad de su obligación de restituir el bien cuyo uso se aportó. Ahora bien, no podemos olvidar que también la sociedad se verá privada de la facultad de usar y explotar el bien aportado en uso, como consecuencia de su pérdida, empobreciéndose de este modo el patrimonio social, pues el socio no está obligado a transmitir a la sociedad el derecho de uso sobre otro bien de características similares al que ha desaparecido.

Universidad de Huelva 2009

propietario. Y puesto que lo aportado no ha ingresado a título definitivo en el patrimonio de la sociedad, deberá ser restituido a su aportante al disolverse ésta o al extinguirse el tiempo por el que el derecho de uso fue aportado[8]. Consecuentemente, el título según el cual se realiza la aportación tiene incidencia directa sobre las consecuencias jurídicas de la misma.

Bajo el anterior régimen de sociedades anónimas, antes de su reforma por la Ley 19/1989, la mayoría de la doctrina española rechazó que las simples cesiones de uso fueran aptas para constituir objeto de una aportación social[9]. En atención a la función de garantía que para los acreedores sociales está llamado a cumplir el capital, se consideraba que sólo podían ser objeto de aportación los bienes o derechos de existencia autónoma, con valor de cambio y susceptibles de ejecución[10]. Siguiendo estas consideraciones se dedujo que, en este tipo de sociedades[11], sólo podían admitirse las aportaciones a título de dominio; es decir, que la aportación debía tener lugar a título definitivo, cualquiera que fuese la naturaleza del objeto transferido.

Así pues, se interpretó que la referencia al "título o concepto" en que se realicen las aportaciones del artículo 11 de la Ley de 1951 significaba la necesidad de indicar en la

---

[8] GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, cit., págs. 443-444; ID., *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, cit., pág. 336; ID., "Teoría general de las sociedades mercantiles", cit., págs. 216-217.

[9] GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, cit., pág. 238; BARBA DE VEGA, J., *Las prestaciones accesorias en las Sociedades de Responsabilidad Limitada*, cit., págs. 324-325; LÓPEZ JACOISTE, J.F., *El arrendamiento como aportación social*, cit., págs. 65-66; CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, T. I, cit., pág. 411. En contra, BÉRGAMO, A., *Sociedades Anónimas (Las acciones)*, T. I , cit., pág. 517.

[10] GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, I, cit., págs. 218-220; GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, cit., págs. 238-243; BARBA DE VEGA, J., *Las prestaciones accesorias en las Sociedades de Responsabilidad Limitada*, cit., págs. 319-321.

[11] El problema del título en que puede realizarse la aportación depende de las características de cada sociedad y está en íntima relación con la conformación y delimitación del capital social. Así, la aportación a título de uso no plantea dificultad alguna para las sociedades colectivas, en las que se admite sin ningún género de dudas.

Universidad de Huelva 2009

escritura social si la aportación se hacía a título de representante de la sociedad, o de representante legal de un menor o mujer casada, o de apoderado de otra persona cualquiera[12].

Por el contrario, se admitió, con carácter generalizado, la aportación de un derecho real de usufructo o la aportación de la titularidad de una relación jurídica como el derecho de arrendamiento. Ambas se consideraron o se equipararon a las aportaciones de dominio, en cuanto que con ellas se transmitía de modo completo la titularidad de un derecho[13].

Tras la reforma del 89, el artículo 8 de la vigente Ley suprime la palabra "concepto" y deja subsistente la de "título". Además, el artículo 36.2 LSA establece que "toda aportación se entiende realizada a título de propiedad, salvo que expresamente se estipule de otro modo"[14], por lo que, si bien establece la presunción *iuris tantum* de que la aportación se entiende realizada a título de propiedad, al admitir expresamente la salvedad de que se estipule de otro modo, parece permitir que la aportación pueda realizarse a un título diferente. En este sentido, se ha interpretado que se han hecho admisibles legalmente las aportaciones sociales *quoad usum*[15].

---

[12] GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, cit., págs. 238-239.

[13] GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, cit., pág. 356; GARRIGUES, "Teoría general de las sociedades mercantiles", cit., pág. 216; ID., *Tratado de Derecho Mercantil*, cit., pág. 443; CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, I, cit., pág. 411; BARBA DE VEGA, J., *Las prestaciones accesorias en las Sociedades de Responsabilidad Limitada*, cit., págs. 314-315; LÓPEZ JACOISTE, J.F., *El arrendamiento como aportación social*, cit., págs. 99 y ss.

[14] La estipulación del título diverso a la propiedad ha de ser expresa y tiene que recogerse en la escritura de constitución de la sociedad (art. 8 c) LSA); si no aparece reflejada en este instrumento público, la limitación de la atribución no "será oponible a la sociedad" (art. 7.1, párrafo 2°, LSA) ni, por tanto, surtirá efecto frente a los acreedores sociales (sí podrá ser hecha valer, puesto que la ineficacia de la restricción del título en que se efectúa la aportación se refiere a la sociedad, y no a las partes que la hayan convenido, entre los socios que la hubieran admitido y, cuando así proceda, frente a los que hayan adquirido las acciones de éstos conociendo la restricción del título de la aportación y por los acreedores particulares de los socios frente a las personas que no sean terceros del negocio de aportación (ver, por todos, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., "Las aportaciones sociales en el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", cit., pág. 833).

[15] LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., "La configuración estatutaria de las prestaciones accesorias en la sociedad anónima", cit., págs. 850-851; DÍAZ ECHEGARAY, J., *Fundación de la Sociedad Anónima*, cit., 1990, pág. 174; VENTOSO ESCRIBANO, A., *Constitución de Sociedades Anónimas*, cit., págs. 66-67; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., "Hacia un nuevo Derecho de Sociedades Anónimas", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* nº 30, 1988, pág. 346; PAZ-ARES, C., "La

Universidad de Huelva 2009

Sin embargo, a pesar de la modificación que ha sufrido el texto de la Ley, las cosas no han quedado tan claras como parece. Antes de la reforma se exigía que el bien o derecho aportado fuera susceptible de integrar adecuadamente el capital social, para servir de garantía frente a terceros. Esta misma exigencia sigue vigente en nuestros días[16]. Por lo tanto, la cuestión está en analizar si lo que se transmite cumple los requisitos necesarios, que en el capítulo anterior hemos determinado, para poder ser considerado como posible objeto de aportación a la sociedad anónima. En consecuencia, será necesario que el bien o derecho tenga naturaleza patrimonial; pueda ser valorado de acuerdo con criterios objetivos; su valor pueda, de algún modo, ser recuperado en caso de crisis o necesidad económica de la sociedad -esto es, que sea transmisible, posible objeto de un contrato de cambio-; y, finalmente, pueda ser inscrito en el activo del balance. En definitiva convertible en dinero y apto para producir una ganancia.

II. POSIBILIDAD Y VALIDEZ DE LA APORTACIÓN DE UN DERECHO REAL DE USUFRUCTO.

1°. Aportación del derecho real de usufructo.

Como hemos apuntado, la mayoría de nuestra doctrina, incluso antes de la reforma del 89, ha admitido la posibilidad de aportar a la sociedad anónima un derecho real de

---

aportación de uso en las sociedades de capital", cit., pág. 36; SÁNCHEZ MIGUEL, M.C., "Las aportaciones en la SRL, en particular las no dinerarias", cit., pág. 342; DÍAZ GÓMEZ, Mª.A., *Las aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima: contenido, valoración y desembolso*, cit, pág. 177.

[16] No obstante, la interpretación que en nuestros días realiza la doctrina en torno a los requisitos necesarios para que un bien o derecho pueda ser considerado posible objeto de aportación a la sociedad anónima es más suave y flexible. En este sentido, hay que destacar la supresión o la desaparición de la exigencia doctrinal que precisaba que los bienes o derechos aportados tenían que ser susceptibles de ejecución o de realización forzosa.

Universidad de Huelva 2009

usufructo -a excepción de aquél que sea intransmisible[17]-. Debemos diferenciar dos modalidades posibles de aportar este derecho real. La primera posibilidad es la constitución, por parte del propietario del bien, de un derecho real de usufructo a favor de la sociedad[18]. La segunda, en cambio, consiste en la aportación, por parte del usufructuario, de su derecho de usufructo existente antes de la constitución de la sociedad -o del aumento de capital cuando proceda-, de ahí que la sociedad no pueda, en este caso, adquirir más derechos que aquellos que el aportante tenga[19]. En ambos casos la sociedad adquiere la titularidad de un

---

[17] La regla general es la de transmisibilidad del derecho de usufructo. No obstante, se consideran intransmisibles los usufructos legales. El Código civil reconocía como usufructos legales: 1) el que correspondía al padre o a la madre sobre los bienes del hijo que tuviesen bajo su potestad y en su compañía (antiguo art. 160 -suprimido por la reforma de 13 de mayo de 1981-); 2) el que correspondía al marido sobre la dote inestimada que la mujer aportase al matrimonio (antiguo art. 1.357 -cabe aún entender que exista, si la dote inestimada se establece, pues aunque la regulación de la dote haya sido, también por la reforma de 1981, eliminada del Código, sigue siendo posible constituir dote-); 3) el que como legítima corresponde al viudo o viuda sobre parte de la herencia de su difunto consorte (arts. 384 y ss. C.c.). Pues bien, a tenor del artículo 108.2° de la LH, estos usufructos legales no son hipotecables, "excepto el concedido al cónyuge viudo por el Código civil". Este precepto nos sirve de base para considerar que tampoco son enajenables (salvo el del cónyuge viudo), ya que según el artículo 106.2° de la LH y el 1.874.2° del C.c., sólo son hipotecables los bienes o derechos enajenables (ver, por todos, MADRILEJOS SARASOLA, J., "Los derechos personalísimos", *Revista de Derecho Privado*, 1962, pág. 283; PÉREZ DE VARGAS, J., "La enajenación del usufructo y el Código civil", *Centenario del Código civil*, T. II, Asociación de profesores de Derecho Civil, Madrid, 1990, pág. 1.610; ALBADALEJO, M., *Derecho Civil*, T. III, vol. 2°, 8ª ed., Barcelona, 1994, pág. 39).

[18] Este caso, en tanto que se produce la constitución de un usufructo en favor de la sociedad, se asemeja en cierto modo a la aportación en uso, que coloca a la sociedad en la situación de un usufructuario y al socio aportante en la de un nudo propietario (ver, por todos, BLAISE, H., *L'apport en societé*, cit., págs. 165-166).

[19] Este segundo supuesto, aportación de un derecho real de usufructo que ya existe, se acerca más a la aportación a título de propiedad, en tanto acto traslativo de un derecho real. No obstante, es conveniente apuntar brevemente el doble planteamiento que se ha expuesto y defendido en relación a la transmisión del derecho de usufructo, que pudiera llevarnos a una posición contraria. En primer lugar, hay una corriente que, ignorando el alcance literal del artículo 480 del C.c. y del 107 de la LH, mantiene que en nuestro derecho sólo es enajenable y, por tanto, hipotecable, el derecho a la percepción de los frutos, pero no el usufructo mismo. Si aceptamos este planteamiento, se produciría una mera transmisión del ejercicio del derecho de usufructo, en definitiva, una cesión a título de uso del derecho de usufructo. Por tanto, seguiría siendo usufructuario el cedente y continuarían sus relaciones con el nudo propietario, aunque, a efectos internos, el uso del poder en que el derecho real consiste, no lo realizaría su titular, sino la persona a quien éste lo cedió (véase, DORAL GARCÍA, J.A., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T. VII, vol. 1°, Madrid, 1980, págs. 186-188). En cambio, la mayor parte de la doctrina, con la que mostramos nuestro acuerdo, considera que lo enajenable e hipotecable es el derecho de usufructo en sí. Así pues, la operación se traduce en la transmisión a título de propiedad del derecho real de usufructo. En este caso, el antiguo usufructuario cesa en su puesto por completo. En el futuro, el poder en que consiste el derecho real pasa a pertenecer al nuevo usufructuario, y los derechos y obligaciones se darán directamente entre este nuevo usufructuario y el nudo propietario. Tras la enajenación, el cesionario adquiere el mismo derecho de usufructo y en el mismo estado en que estaba cuando se encontraba en manos del cedente, pues éste no podrá transmitirle un derecho distinto del que tenía; consiguientemente lo transmite con las causas de extinción que afectaban al usufructuario cedente (art. 480 C.c. "...pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario..."). El único obstáculo que podría oponerse a esta línea de pensamiento es el artículo 498 del C.c., según el cual "el usufructuario que enajenase... su derecho de usufructo, será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que le sustituya", artículo que se fundamenta en buscar un refuerzo de la posición de nudo propietario y en ser, en cierto modo, culpable el

Universidad de Huelva 2009

derecho real de usufructo valorable objetivamente y transmisible. El objeto de dicha aportación no es pues la cesión del uso de un bien, sino la titularidad plena de un derecho real sobre el mismo[20].

Según el artículo 480 del C.c., el derecho real de usufructo es transmisible por parte de su titular -salvo expresa disposición en contrario del título constitutivo (art. 470 C.c.)-, y, cuando se transmite a la sociedad (o se constituye directamente en su favor por el propietario de la cosa), ésta -la sociedad- puede aprovechar por sí misma la cosa usufructuada, arrendar a otro e incluso enajenar su derecho de usufructo[21]. El precepto contempla una pluralidad de formas de aprovechamiento de su derecho por parte del usufructuario. Inicialmente, reconoce que recayendo el derecho de usufructo sobre cosas ajenas y otorgando este derecho un poder para gozar y disfrutar de ellas, este aprovechamiento de las mismas puede ser llevado a cabo estrictamente por el propio

---

transmitente, que al enajenar su derecho a persona poco diligente, puso en más riesgo el derecho del nudo propietario (son partidarios de la transmisión del derecho de usufructo en sí, entre otros, MADRILEJOS SARASOLA, J., "Los derechos personalísimos", cit., págs. 281-282; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, T. III, vol. 2°, 3ª ed., Barcelona, 1979, págs. 320-324; PÉREZ DE VARGAS, J., "La enajenación del usufructo y el Código civil", cit., págs. 1606-1616; ALBADALEJO, M., *Derecho Civil*, T. III, vol. 2°, cit. págs. 41-43; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., "Notas sobre el derecho de disfrute del usufructuario", *Anuario de Derecho Civil*, T. XLII, 1989, págs. 857-866; SÁNCHEZ CALERO, F.., "El usufructo con facultad de disponer", *Revista de Derecho Privado*, 1982, pág. 237 [nota 80]; MALUQUER DE MOTES, C.J., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia (dir. PAZ-ARES, DIEZ-PICAZO, BERCOVITZ, SALVADOR), T. I, Madrid, 1993, págs. 1.285-1.286).

[20] Por tanto, aún cuando reconozcamos que esta aportación, en sus dos modalidades, presenta algunos rasgos peculiares, podemos englobarla dentro de la categoría de las aportaciones a título de dominio o en propiedad. En efecto, la aportación a título de propiedad no tiene que identificarse con la aportación de la propiedad de un bien. Hay aportación en propiedad siempre que el aportante transfiere a la sociedad la plena titularidad de un derecho, aunque sea de uso, lo que indudablemente ocurre en el supuesto de aportación de un derecho de usufructo.

[21] A la Ley le resulta indiferente que el usufructuario disfrute directamente de la cosa, percibiendo los frutos por sí mismo, o que los perciba indirectamente, a través de otra persona a la que ha trasmitido ese derecho de uso y disfrute en que consiste el usufructo. Es claro que, en la hipótesis de que la sociedad decida arrendar el derecho de usufructo que ha adquirido a través de su aportación, la única parte que reviste la posición de arrendador es la sociedad usufructuaria y, las prestaciones periódicas en que consista el precio del arrendamiento forman parte del derecho de disfrute de la sociedad, contraído en este supuesto a la facultad de percibir frutos civiles (en este sentido, ver, GINOT LLOBATERAS, F., "El arrendamiento otorgado por el usufructuario", *Anuario de Derecho Civil*, T. IX, 1956, págs. 1209-1233; LÓPEZ JACOISTE, F.J., "El arrendamiento notoriamente gravoso concertado por el usufructuario", *Anuario de Derecho Civil*, T. IX, 1956, págs. 1235-1265).

Universidad de Huelva 2009

usufructuario, pero no necesariamente[22]. Es factible, por tanto, que el usufructuario otorgue a otro esa facultad de goce[23].

Esto demuestra que el derecho aportado tiene un valor económico, un valor propio -distinto al valor del bien objeto de usufructo- y que es disponible por la sociedad. La sociedad puede, de esta manera, disponer según sus necesidades del derecho de usufructo del que es titular, no del dominio de la cosa sobre la que se ha constituido el usufructo, puesto que ésta sigue siendo del nudo propietario, que será quien podrá enajenarla[24], excepto que esta facultad se haya concedido al usufructuario en el título constitutivo[25]. El

---

[22] MALUQUER DE MOTES, C.J., *Comentario del Código Civil*, T. I, cit., pág. 1285, considera que el aprovechamiento propio por parte del usufructuario constituye una manera singular de obtener el disfrute y rendimiento de la cosa que pertenece a otro, pero no el único.

[23] MALUQUER DE MOTES, C.J., *Comentario del Código Civil*, T. I, cit., pág. 1285, estima que, de este modo, se supera el sentido personal que tenía el usufructo, y, manifiesta que no está reñido con la propia institución el que el goce directo de las cosas pueda ostentarlo una tercera persona ajena a la relación constituida inicialmente. En el mismo sentido, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., "Notas sobre el derecho de disfrute del usufructuario", cit., págs. 848-849, quien afirma que una vez que el usufructuario ha entrado en el goce, en uso de la autonomía privada, nada impide que cambie el modo concreto del disfrute efectivo, el percibo de frutos y convierta la percepción de los naturales o industriales en civiles; todo ello sin perjuicio del derecho que tiene en la cosa el nudo propietario.

[24] El artículo 489 del C.c. determina que "el propietario de bienes en que otro tenga el usufructo, podrá enajenarlos, pero no alterar su forma ni sustancia, ni hacer en ellos nada que perjudique al usufructuario". Contempla el presente artículo la posición del nudo propietario en el marco del derecho de usufructo. El nudo propietario tiene su propia esfera de acción que le permite enajenar su derecho de propiedad. Este tiene la libre disposición sobre el objeto, y el derecho en favor de otro, aunque afecte a la totalidad del uso y goce como en este caso, no le limita su facultad de disposición que seguirá siendo absoluta y plena.

[25] El artículo 470 establece que "los derechos y las obligaciones del usufructuario serán los que determine el título constitutivo del usufructo; en su defecto, o por insuficiencia de éste, se observarán las disposiciones contenidas en las dos secciones siguientes". Con estas palabras quiere manifestar el precepto que el derecho de usufructo nace como consecuencia de la existencia de un título que legitima al usufructuario a gozar de la cosa sobre la que recae el usufructo, título que determina el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden al usufructuario. Este artículo está pensando principalmente en el usufructo constituido por la voluntad de los particulares. Por el título se establece el contenido y éste, por aplicación del artículo 1.255 del C.c., puede contener los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes las partes. Por tanto, habrá que examinar el título constitutivo del usufructo para determinar la amplitud de su contenido, los derechos y obligaciones que corresponden a las partes y el alcance de los mismos. Cuando, con carácter excepcional, el título constitutivo concede al usufructuario la facultad de vender, enajenar o gravar los bienes en caso de necesidad, nos hallamos ante el "usufructo con facultad de disponer", institución consuetudinaria admitida por una parte considerable de nuestra doctrina (DORAL GARCÍA, J.A., "Comentario al artículo 470 del Código civil", *Revista de Derecho Privado*, 1979, pág. 1003-1005; SÁNCHEZ CALERO, F., "El usufructo con facultad de disponer", cit., págs. 215-236; MALUQUER DE MOTES, C.J., Comentario del Código Civil, T. I, cit., pág. 1.285; ALBADALEJO, M., Derecho Civil, T. III, vol. 2°, págs. 15-20) y por la jurisprudencia (ver, Sentencia de 6 de diciembre de 1929). Sobre la base de los artículos 467 y 470 del C.c., se ha reconocido que el título constitutivo del usufructo puede autorizar al usufructuario para enajenar los bienes usufructuados (para un estudio amplio sobre el usufructo con facultad de disponer, ver, por todos, SÁNCHEZ CALERO,

Universidad de Huelva 2009

usufructuario, salvo disposición expresa en el título constitutivo, únicamente podrá transmitir su titularidad del derecho de usufructo y nunca la propiedad de la cosa pues, simplemente, no es su propietario.

El derecho de usufructo es, por tanto, transmisible y cabe respecto de él, en cuanto bien patrimonial que forma parte del patrimonio de la sociedad, una obtención o consecución tanto de su valor en uso, como de su valor en cambio; es decir, sobre el objeto usufructuado cabe el goce directo por la sociedad o el indirecto a través de su arrendamiento o de la transmisión de la titularidad del derecho de usufructo. En cualquier caso, su valor, como valor concreto y real del que goza y puede disponer la sociedad, puede y debe ser inscrito en el activo del balance de la misma. El derecho de usufructo aportado implica una inversión de fondos para la sociedad, con la posibilidad de realizarlo en el futuro, de la misma manera que los demás elementos enajenables o transmisibles que constituyen el patrimonio social. Esta inversión debe, pues, provocar el asiento correspondiente en el activo del balance de la sociedad.

De acuerdo con el artículo 480 del C.c., todos los contratos que celebre el usufructuario se resolverán al fin del usufructo (salvo el arrendamiento de las fincas rústicas que subsistirá durante el año agrícola). Pues bien, es posible que el usufructo se extinga antes de finalizar el período previsto en el momento de la aportación (es lo que ocurre, por ejemplo, en el supuesto de fallecimiento del usufructuario cuando éste aportó el derecho real de usufructo ya existente del que era titular). Pensando en esta eventual circunstancia se dice que la sociedad adquiere un valor aleatorio, pudiendo verse afectada la integridad de su patrimonio[26]. Sin embargo, este inconveniente puede evitarse teniendo en cuenta, en el momento de valorar el derecho real que se aporta, las probabilidades de que la sociedad

---

F., "El usufructo con facultad de disponer", cit., págs. 215-236).

[26] Esta observación es puesta de manifiesto por LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 56.

Universidad de Huelva 2009

tenga que soportar el riesgo de una extinción del usufructo anterior a la calculada[27]. A la vez, debe tenerse en consideración en el momento de valorar el derecho que se aporta que la transmisión de su titularidad se realiza por un período de tiempo limitado, por lo que se atenderá a su posible duración, y, el valor que finalmente se le atribuya a la aportación del derecho de usufructo sobre un bien será siempre inferior al valor atribuible a ese mismo bien si fuere aportado a título de propiedad.

En relación a la cuestión de quién soporta el riesgo, si el usufructo lo constituye el aportante a favor de la sociedad, ésta soporta el riesgo de la pérdida de la cosa en lo que respecta al uso[28] y aquél en la nuda propiedad[29]; es decir cada uno en lo concerniente al derecho del que es titular[30]. En el supuesto de aportación de un derecho real de usufructo ya existente del que era titular el aportante, la sociedad sufre, en los mismos términos anteriormente apuntados, la pérdida en su patrimonio del derecho de disfrutar y usar del bien. En ambos casos, la sociedad asume el riesgo del derecho del que resulta titular. Por el contrario, en este caso, el socio aportante no asume ningún riesgo, puesto que la sociedad, al término del usufructo estaba obligada a devolver la cosa sobre la que el derecho de usufructo recaía al nudo propietario, que ahora no coincide con la persona del socio

---

[27] Por otra parte, la extinción del derecho de usufructo anterior a la calculada puede evitarse constituyéndolo con la específica garantía de que no se extinguirá con la muerte del usufructuario, sino que durará un período de tiempo determinado. No podemos olvidar que cuando el usufructuario es una persona física, el derecho de usufructo normalmente se extingue con la muerte de ésta. Es, pues, naturalmente, vitalicio (art. 513.1 C.c.). No obstante, es posible que las partes pacten en el título constitutivo una duración del usufructo determinada, superior o inferior a la vida del usufructuario. En el primer caso, producida la muerte del usufructuario sin que halla finalizado el período de tiempo inicialmente pactado, el derecho de usufructo sigue latente y se transmitirá, en su caso, a sus herederos.

[28] Es decir, si la cosa sobre la que recae el derecho de usufructo se pierde o destruye por caso fortuito o fuerza mayor, en definitiva, por causa no imputable a ninguna de las dos partes, estando la sociedad gozando de ella, el socio-nudo propietario no estará obligado a procurar a la sociedad el disfrute sobre otra cosa equivalente o similar para restituir la pérdida sufrida. La sociedad asume el riesgo de perder su derecho de uso y disfrute.

[29] Igualmente, perdida la cosa sobre la que recae el derecho de usufructo, la sociedad queda liberada de su obligación de restituir al socio-nudo propietario, al término del plazo acordado, la cosa sobre la que se constituyó el derecho real de usufructo. Consecuentemente, éste último soporta el riesgo de perder la titularidad dominical de la cosa.

[30] En consonancia con lo que venimos diciendo, el artículo 1.687 del C.c., determina, si bien haciendo referencia a las sociedades civiles, que el riesgo de las cosas ciertas y determinadas, no fungibles, que se aportan a la sociedad para que sólo sean comunes su uso y sus frutos, es del socio propietario.

Universidad de Huelva 2009

aportante[31]. En esta hipótesis el socio aportante no soporta el riesgo por pérdida de la cosa, que, por el contrario, si recae de nuevo sobre el nudo propietario quien no verá revertir a su patrimonio ni la cosa pérdida ni otra diferente que la sustituya.

Distinta es la cuestión regulada en el artículo 498 del C.c. El precepto hace responsable al usufructuario del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que le sustituya. Esto no significa que la sociedad, en la segunda modalidad apuntada de aportación del derecho de usufructo, no sea responsable de los daños que por su culpa o negligencia sufran las cosas usufructuadas, sino que, en este caso, el nudo propietario podrá ejercitar una acción directa contra el primitivo usufructuario, sin perjuicio de que éste pueda, a su vez, ejercitar las correspondientes acciones contra la sociedad. La finalidad de precepto es reforzar la posición del nudo propietario, y hacer responsable de los daños y menoscabos al primitivo usufructuario por enajenar su derecho de usufructo a persona poco diligente. Para lograr este fin, se le deberá permitir dirigirse contra los usufructuarios sucesivos: contra la sociedad que adquirió el derecho real de usufructo, y contra el primitivo usufructuario que dispuso del suyo a favor de persona poco diligente[32].

---

[31] Queda a salvo el supuesto de que el socio hubiera transmitido a la sociedad el derecho de usufructo por un plazo inferior al por él estipulado con el nudo propietario. De ser así, la sociedad hubiera quedado obligada, extinguido su derecho de usufructo, a entregar el bien sobre el que éste recaía al socio en lugar de al nudo propietario. Perdida la cosa por causa no imputable a ninguna de las partes, en este caso el aportante sí sufriría el perjuicio de no poder volver a disfrutar de la cosa una vez extinguido el derecho de usufructo de la sociedad, pues, aún cuando no hubiere transcurrido el período de tiempo pactado entre el aportante y el nudo propietario, el derecho de usufructo se habrá extinguido (art. 513.5° C.c.).

[32] La relación de responsabilidad se establecerá primordialmente entre el nudo propietario y el primer usufructuario, según el tenor literal del precepto. Ahora bien, lo que el artículo 498 no dice es que el adquirente del derecho no deba responder. Éste también está obligado a cumplir los deberes que le imponen los distintos preceptos que regulan la materia de usufructo, en tanto que ha adquirido la cualidad de usufructuario. Lógicamente, si el usufructuario no ha notificado al nudo propietario la transmisión, éste se dirigirá contra el primitivo usufructuario. Ahora bien, suponemos que en la mayoría de los casos, el nudo propietario conocerá la situación. Pensemos que, por un lado, es posible que el primitivo usufructuario carezca de los bienes suficientes para saldar el perjuicio económico que, como consecuencia de su negligente actuación o de la de su adquirente, ha causado al nudo propietario. Por otra parte, si la actuación negligente del nuevo usufructuario ha ocasionado perjuicios al nudo propietario, será porque, entre otras causas, ha incumplido su obligación de cuidar la cosa. Nacen derechos y obligaciones directamente en contra o a favor del nuevo usufructuario relacionándose con el nudo propietario. En definitiva, creemos que el nudo propietario puede dirigirse contra ambos. Ambos son responsables, ya que ambos tienen o han tenido la cualidad de usufructuarios y están o estaban, por tanto, sujetos a las obligaciones que derivan de dicha condición. Consideramos que es lógico que el usufructuario primitivo responda ante el nudo propietario porque, si se produce algún perjuicio, en cierto modo es culpable por enajenar su derecho a persona poco diligente. Por otro lado, el nuevo usufructuario ligado al nudo propietario debe cumplir las obligaciones derivadas de tal cualidad. Si no lo hace, deberá responder (en este sentido, aunque con diferentes matices de apreciación y variados argumentos, se manifiestan, entre

Universidad de Huelva 2009

Así pues, debe entenderse que cuando el usufructuario transmite la titularidad del derecho real de usufructo a un tercero se produce una exclusión de este primitivo usufructuario en virtud de la transmisión por él efectuada pues la norma citada le vincula exclusivamente en funciones de responsabilidad.

2°. Extinción del derecho de usufructo.

Al término del plazo por el cual se aportó el derecho real de usufructo, en cualquiera de las dos modalidades que venimos examinando, la sociedad tendrá que devolver al nudo propietario -socio o no socio- el bien sobre el cual recae ese derecho real. Pero esta circunstancia no debe entenderse un obstáculo para su aportación. Pensemos que lo que el socio realmente aportó fue la titularidad del derecho y no el dominio pleno del bien sobre el que recae, por lo que la sociedad ha gozado, aunque temporalmente, de su titularidad. Por lo tanto, la sociedad no devuelve lo aportado; simplemente el objeto de la aportación, el derecho real de usufructo, se ha extinguido[33].

---

otros, MALUQUER DE MOTES, C.J., *Comentario del Código Civil*, T. I, cit., pág. 1286; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, T. III, vol. 2°, cit., pág. 323; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., "Notas sobre el derecho de disfrute del usufructuario", cit., pág. 850; ALBADALEJO, M., *Derecho Civil*, T. III, vol. 2°, cit., pág. 43; PÉREZ DE VARGAS, J., "La enajenación del usufructo y el Código civil", cit., págs. 1612-1615).

[33] Debemos partir de la idea de que el derecho de usufructo se caracteriza por la obligación del usufructuario de conservar la sustancia y la forma, tal como expresa el artículo 467 del C.c., a no ser que el título de constitución autorice otra cosa. El usufructo concede el derecho de usar de las cosas ajenas percibiendo los frutos, pero respetando en todo momento la identidad de esas cosas. De este modo, al usar una cosa ajena, el derecho del usufructuario lleva innato el conservar su sustancia para posteriormente devolverla a su dueño. Sin embargo, esta obligación del usufructuario de devolver al término del usufructo se ve enormemente dificultada cuando el mismo recae sobre cosas consumibles. Sabemos que los bienes pueden deteriorarse por el uso, pero que también existen bienes cuyo uso conlleva su propia destrucción. Se entiende, pues, por bien consumible, aquél del que no se puede obtener un beneficio más que consumiéndolo. De este modo, los bienes que se consumen se destruyen y difícilmente se pueden devolver al propietario cuando sobre ellos se ha constituido un derecho real de usufructo. Este problema fundamental en que se centra la imposibilidad de devolución determina un doble planteamiento: o que las cosas consumibles no pueden ser objeto de relaciones jurídicas temporales de uso; o que sí pueden serlo, y entonces habrá que buscar un principio que permita la restitución.

Nuestro Código civil admite que el usufructo se extienda también a las cosas consumibles (art. 482), por consiguiente, está reconociendo inicialmente la validez de la relación jurídica de esta naturaleza, a la vez que intenta resolver el problema de su extinción. Cuando el derecho de usufructo recae sobre cosas consumibles, la posterior restitución al nudo propietario va a resultar,
en principio, imposible -pensemos que estamos hablando de cosas que se consumen por el uso y a la sociedad usufructuaria se aporta el derecho a usarlas, consiguientemente esa cosa se consumirá y no podrá ser devuelta al nudo propietario-. En realidad lo que se produce, en este caso, es la transmisión a la sociedad de la propiedad del bien cuyo uso se aportó y la

Universidad de Huelva 2009

Pudiera darse la eventualidad antes apuntada de que el socio, primitivo usufructuario, que aporta el derecho real de usufructo que él viene disfrutando hasta ese momento, hubiera estipulado con la sociedad un plazo para el uso y disfrute de la cosa por parte de ésta inferior

---

pérdida de la misma por parte del nudo propietario (ALBADALEJO, M., *Derecho Civil*, T. III, vol. 2°, cit., pág. 70; MALUQUER DE MOTES, C.J., *Comentario del Código civil*, T. I, cit., pág. 1292). De este modo, podemos decir que en el usufructo de cosas consumibles, el inicialmente llamado nudo propietario va a perder la titularidad de ese bien, que pasará totalmente a ser propiedad del "usufructuario" (que se convierte así en propietario). Lo que inicialmente se contempla como un derecho de goce sobre una cosa ajena se transforma en un derecho de adquisición de la propiedad inicialmente ajena, con todas las consecuencias que en materia de riesgos ello comporta. Así, si la propiedad del bien se transmitió a la sociedad desde que ésta lo recibió del primitivo propietario, también se transmitieron los riesgos, es decir, a partir de ese momento, independientemente de que la sociedad consuma o no el bien, ésta soporta el riesgo por su pérdida o destrucción. Si se pierde el bien por caso fortuito o fuerza mayor, esta pérdida la debe sufrir la sociedad, nueva propietaria, contemplada inicialmente como usufructuaria, aspecto que no ocurriría de entenderse que no se produce un cambio de la titularidad dominical (sería el llamado nudo propietario quien tendría que sufrir la pérdida de la cosa por caso fortuito). Como hemos señalado en líneas anteriores, si el usufructo recae sobre cosa no consumible las consecuencias económicas negativas derivadas de la pérdida de la cosa, por causa no imputable a ninguna de las partes, recae sobre el patrimonio del nudo propietario, que disminuirá en la cuantía correspondiente al valor de la cosa perdida o deteriorada, sea o no sea aportante. Por su parte, la sociedad soportará el riesgo por la pérdida en la medida que, perdida la cosa, no podrá usar ni disfrutar de ella, ni tampoco reclamar al aportante el derecho de uso de otra cosa de las mismas características que la perdida. Pero, a la vez, la pérdida de la cosa, por caso fortuito o fuerza mayor, libera a la sociedad de la obligación de devolver al nudo propietario la cosa sobre la cual recaía el derecho de usufructo. Por el contrario, si el usufructo recae sobre cosa consumible, la sociedad adquiere el dominio de la cosa, y, creemos, también el riesgo por la pérdida de la misma, manteniéndose, por tanto, latente la obligación de devolver su avalúo u otro tanto de la misma especie y calidad. En efecto, si la cosa igualmente se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la sociedad habrá de soportar: por un lado, la pérdida de la posibilidad de usar y disfrutar de la cosa, en definitiva, de consumirla si no lo había hecho; por otro lado, la pérdida en sí de la cosa cuya propiedad había adquirido, viéndose obligada a restituir, al término del plazo fijado, al primitivo propietario el equivalente pactado, pues la pérdida de la cosa no le libera en esta ocasión de dicha obligación (COLIN-CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, T. II, vol.2°, 4ª ed., Madrid, 1984, pág. 331; CAPILLA RONCERO, F., *Comentario al Código civil y compilaciones forales*, T. XXI, vol. 1°, cit., pág. 324).

Como venimos señalando, el usufructo sobre cosas consumibles determina un cambio en la titularidad dominical de las cosas sobre las que dicho derecho recae. Se justifica, por tanto, la necesidad de establecer un mecanismo restitutorio en favor del primitivo propietario que determine el resarcimiento por la pérdida de la titularidad de su objeto. El Código ordena, para estos supuestos, la devolución del avalúo o, si los bienes no se hubiesen estimado, la restitución de otro tanto de la misma especie y calidad o, a pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo. En efecto, entiende el Código que el mejor sistema de especificar las relaciones entre las dos partes originariamente existentes es proceder, al constituirse la relación, a la estimación de las cosas dadas en usufructo. La estimación inicial determinará el valor que las partes atribuyen a las cosas dadas en usufructo y será el elemento determinante que indique aquello que debe restituir la sociedad usufructuaria, nueva propietaria, al término del usufructo. De no haberse valorado, el socio aportante tendrá derecho a recibir el precio al tiempo de extinguirse el usufructo u otro tanto de la misma especie y calidad. De esta forma, el artículo 482 del C.c. ofrece un sistema de opción en favor del "usufructuario": por un lado, la posibilidad de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, y por otro, el precio de la cosa al tiempo de extinguirse el derecho (la preferencia del avalúo sobre la restitución del precio en el momento de la extinción, tiene el sentido de proteger tanto al "usufructuario" como al nudo propietario de la aleatoria oscilación de los precios de bienes concretos -sobre todo durante períodos largos-).

Así pues, es necesario insistir sobre la idea de que, en este caso, la sociedad no devuelve lo aportado. Lo que el socio realmente aportó fue la titularidad del derecho de usar y gozar el bien por un tiempo determinado, aún cuando el bien en cuestión fuera consumible y, como consecuencia, la sociedad haya adquirido la titularidad dominical del mismo. La sociedad ha gozado, durante el período de tiempo pactado, de dicha titularidad, a pesar de que extinguido, por cualquier motivo, el derecho de usufructo deba entregar al socio aportante el avalúo del bien sobre el que recayó el derecho o, si no se hubiese estimado, otro tanto de la misma especie y calidad o el precio corriente al tiempo de cesar el usufructo.

Universidad de Huelva 2009

al que él acordó con el nudo propietario. Transcurrido el plazo pactado con la sociedad para el uso y disfrute del bien, ésta queda obligada a devolver la cosa sobre la que recae el derecho de usufructo al socio aportante y no al nudo propietario. Tampoco en este supuesto la sociedad devuelve lo aportado, el derecho real de usufructo del que ella era titular se ha extinguido, a pesar de que se mantenga vivo el que le corresponda al socio aportante.

Por último, en caso de liquidación de la sociedad, antes de que haya transcurrido el período de tiempo pactado para que usara y gozara del bien cuyo derecho real de usufructo se aportó, los liquidadores podrán, si fuera necesario o lo considerasen conveniente, enajenar el derecho real de usufructo por el tiempo que aún resta hasta su extinción[34]. De esta manera, el importe obtenido en la enajenación del derecho real, contribuirá a satisfacer los intereses de los acreedores sociales, o en su caso, los intereses de los propios accionistas[35]. Por su parte, el tercero que adquiere de la sociedad el derecho real de usufructo, una vez extinguido éste, queda obligado a devolver al nudo propietario el bien sobre el cual recaía dicho derecho.

---

[34] Es necesario efectuar ciertas matizaciones. Así, en el supuesto de que el aportante hubiera constituido el usufructo a favor de la sociedad, en principio, la extinción de la sociedad lleva consigo la extinción del derecho de usufructo (art. 515 C.c.). En este caso, el socio recuperaría el pleno dominio de la cosa. No obstante, la doctrina civilista considera que el artículo 515 del C.c. tiene carácter imperativo sólo en cuanto al plazo máximo de treinta años para la constitución del usufructo a favor de una persona jurídica, pero no respecto a la extinción del usufructo por extinción de la persona jurídica (en este sentido se manifiestan ALBADALEJO, M., *Derecho Civil*, T. III, vol. 2°, cit., pág. 48; MORENO QUESADA, B., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia [dir. PAZ-ARES, DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ, SALVADOR], T. I, Madrid, 1993, págs 1366). Consecuentemente, siguiendo esta interpretación, para evitar la extinción del derecho de usufructo como consecuencia de la extinción prematura de la sociedad sería necesario que en el título constitutivo del usufructo se hubiera previsto expresamente la continuidad del derecho de usufructo durante un período de tiempo determinado, eso sí nunca superior a treinta años, con independencia de la subsistencia o extinción de la sociedad. De este modo, la sociedad podrá enajenar a un tercero su derecho de usufructo que pervivirá hasta la finalización del período de tiempo pactado. En cambio, el artículo 515 no es aplicable al supuesto de que el usufructuario hubiese transmitido a título de aportación su derecho de usufructo a la sociedad (ver, por todos, MORENO QUESADA, B., *Comentario del Código Civil*, cit., págs. 1365-1366). En este caso, si la sociedad se va a disolver, antes de que haya transcurrido el período de tiempo pactado con el socio aportante, podrá transmitirlo a un tercero por el período restante hasta la extinción del usufructo, sin que para ello exista ningún obstáculo legal.

[35] El artículo 272.b) de la LSA faculta expresamente a los liquidadores para enajenar los bienes sociales como primer paso para la realización del activo. Consecuentemente, todos los bienes integrantes del patrimonio de la sociedad, incluidos los derechos de contenido patrimonial -entre ellos el derecho real de usufructo-, pueden ser enajenados por los liquidadores para convertirlos en numerario y facilitar así la labor de la liquidación, tanto para satisfacer las deudas de la sociedad como para la división del haber social entre los accionistas.

Universidad de Huelva 2009

Pensemos, por el contrario, en la posibilidad de que los liquidadores no consideren necesario o conveniente enajenar el derecho real de usufructo para satisfacer a los acreedores sociales y lo conserven en el patrimonio que se trata de liquidar[36]. Satisfechos los acreedores sociales, y consignado el importe de los créditos vencidos no cobrados o, asegurados, en su caso, los no vencidos, el patrimonio social remanente se reparte entre los socios, constituyendo ésta la última fase de la liquidación[37]. Debemos entender que lo que se reparte a los accionistas es, por regla general, una cuota líquida, es decir, dinero, en proporción al importe nominal de las acciones suscritas en su día por cada uno de ellos. Lo que tenemos que cuestionarnos en este momento es la posibilidad de que el reparto del haber social se haga total o parcialmente *in natura*.

En principio, el accionista titular de acciones que fueron desembolsadas mediante aportaciones no dinerarias no tiene derecho a que se le devuelva en la liquidación los mismos bienes que en su día aportó a la sociedad[38]. Diferente es el supuesto de que los estatutos reconozcan a estos socios, o así lo acuerde la junta general de accionistas[39], el derecho a

---

[36] Ningún precepto de la LSA obliga expresamente a los liquidadores a reducir todo el patrimonio social a numerario. La Ley faculta a los liquidadores a enajenar los bienes sociales, pero no obliga a ello (ver, por todos, la Resolución de la DGRN de 13 de febrero de 1986). Sí están obligados a enajenarlos en la medida que sea necesario para satisfacer a los acreedores sociales, y cuando el reparto del activo social haya de efectuarse en metálico porque así se determinó en los estatutos.

[37] Así lo determina el artículo 277 de la LSA, que consagra en materia de división del haber social un margen de libertad, al establecer en su apartado primero que "la división del haber social se practicará con arreglo a las normas que se hubiesen establecido en los estatutos o, en su defecto, a las fijadas por la junta general de accionistas".

[38] GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 594, considera que debe reputarse nula la cláusula estatutaria que atribuya *en todo caso* a los socios aportantes de bienes *in natura*, sin atención a las exigencias propias de la división, el derecho a recibir en concepto de cuota de liquidación los mismos bienes aportados.

[39] La junta general, órgano soberano que continúa decidiendo en el período de liquidación lo que convenga al interés común, puede acordar el reparto *in natura* del haber social y, consiguientemente, la restitución de las aportaciones no dinerarias, respetando siempre el principio de igualdad de derechos de los socios y de proporcionalidad en el reparto social, y siempre que dicha actuación no suponga una alteración del régimen que para la división se haya establecido en los estatutos (a no ser modificando éstos). La duda que en tal caso pudiera plantearse hace referencia a si el acuerdo de restitución *in natura* debe ser adoptado necesariamente por unanimidad de los socios o es suficiente el voto favorable de la mayoría. El artículo 271 de la LSA ordena que se observen y respeten las decisiones estatutarias relativas a "la convocatoria y reunión de juntas ordinarias y extraordinarias". Consideramos que, igualmente, serán aplicables las normas legales y estatutarias sobre constitución de la junta, en función de la naturaleza de los acuerdos a adoptar, derecho y deber de asistencia, formación de mayorías, emisión del voto, etc. También serán aplicables las normas sobre impugnación de acuerdos sociales. Estimamos, por tanto, excesiva la exigencia de que dicho acuerdo deba ser adoptado por el consentimiento

Universidad de Huelva 2009

recuperar esos bienes por vía de liquidación cuando no sea necesaria su enajenación para satisfacer íntegramente los créditos de los acreedores y a los demás accionistas la cuota de liquidación que les corresponda[40]. En este caso los bienes o derechos aportados podrán ser devueltos a los aportantes, incluido el derecho de usufructo[41].

Ahora bien, si el remanente que ha quedado, una vez satisfechas las obligaciones de la sociedad frente a terceros, no es suficiente para devolver a cada socio el valor íntegro de su aportación se entregará a cada uno de ellos una porción de dicho valor. Por su parte, los que realizaron esta obligación a través de aportaciones *in natura* (a los efectos que a nosotros nos interesa, el socio-usufructuario que aportó el derecho de usufructo que la sociedad no

---

unánime de todos los asistentes. La junta general de accionistas es un órgano social cuyo funcionamiento está regido por el principio de que los acuerdos se adoptan por mayoría y toda la estructura legal de la misma es contraria a la exigencia de unanimidad en la toma de acuerdos. Por último, no podemos olvidar que la Ley ofrece a los socios que se reputen agraviados por la división *in natura* un instrumento eficaz de defensa, permitiéndoles impugnar el balance de liquidación que predeterminará la cuota del activo social repartible por cada acción, así como el proyecto de división del haber social que generalmente acompaña a ese balance, e impidiendo que se proceda al reparto del haber social en tanto no sea firme la sentencia que resuelva las reclamaciones formuladas (arts. 274 y 275) (en términos similares se manifiesta MUÑOZ MARTÍN, N., *Disolución y derecho a la cuota de liquidación en la Sociedad Anónima*, Valladolid, 1991, págs. 399-401).

[40] En realidad no existe ningún obstáculo legal para acordar distribuciones en especie que excepcionen el principio general de conversión en dinero (GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., págs. 588 y 594; RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 508; CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, T. II, cit., págs. 481 y 618; VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. I, vol. 2º, cit., pág. 914; URÍA-MENÉNDEZ-BELTRÁN, "Disolución y liquidación de la Sociedad Anónima (Artículos 260 a 281 de la Ley de Sociedades Anónimas)", cit., págs. 158-159 y 199.

[41] Hay que recordar que los socios que hayan realizado sus aportaciones a título de uso, tienen derecho a la restitución del bien cuya propiedad no fue transmitida a la sociedad. En este supuesto, la devolución no se debe a una operación de división del patrimonio social, sino de cumplimiento de la obligación de restituir de la sociedad frente al socio. Los liquidadores no podrán enajenar esos bienes, cuya titularidad dominical no forma parte del patrimonio social, y, en consecuencia, deberán restituirlos a sus dueños. Lo que si podrán, si el derecho de uso aportado no ha sido consumido íntegramente por la sociedad, es transmitir a título oneroso ese derecho de uso que aún no ha sido agotado, siendo entonces el adquirente de la sociedad la persona que queda obligada a la restitución del bien sobre el que se constituyó ese derecho, cuando transcurra el término que en su día se estipuló. En el supuesto de aportación del derecho de usufructo, lo que la sociedad puede transmitir a terceros para la satisfacción de los acreedores es la titularidad del derecho de usufructo y no la propiedad del bien sobre el que recae pues, en principio, solamente está facultado para transmitirla el nudo propietario. Consecuentemente, lo que es posible que reciba el aportante en concepto de cuota de liquidación es el derecho que aportó de usar y disfrutar del bien en tanto el derecho de usufructo no se haya extinguido, pero sólo en el supuesto de que el socio fuera el primitivo usufructuario que aportó en su momento el derecho de usufructo del que él venía disfrutando; pues si el socio era el nudo propietario que constituyó a favor de la sociedad el usufructo en concepto de aportación, el derecho de usufructo se extinguirá por consolidación, es decir, por la reunión de ambas titularidades -de propietario y de usufructuario- en una misma persona (art. 513.3 C.c.). Extinguido el derecho de usufructo, el bien sobre el que recaía será devuelto por quien en ese momento tuviera la posesión del mismo -ya sea la sociedad, el socio aportante o un tercero adquirente- al nudo propietario, único titular del derecho de propiedad sobre el bien en cuestión.

Universidad de Huelva 2009

ha consumido aún por completo), podrán recuperar su aportación -el derecho de usufructo- si así se estableció en los estatutos o lo acordó la junta general. Para ello, es absolutamente necesario que se respeten en el reparto del haber social los principios de igualdad de trato entre todos los accionistas y de proporcionalidad del valor nominal de sus respectivas acciones y el importe de la cuota de liquidación asignada a cada uno.

Consecuentemente, si el valor de los bienes aportados es superior a la cuota que al socio le pudiera corresponder, éste quedará obligado a satisfacer o pagar en dinero el resto del valor del bien que como cuota de liquidación no le corresponde[42]. De no ser así, éste último se estaría beneficiando a costa de los demás socios, pues entonces se le restituiría al aportante *in natura* el cien por cien de su aportación mientras que a los aportantes de dinerario solamente un porcentaje del valor de las mismas. En efecto, en esta hipótesis, se produciría la restitución por parte de la sociedad del tanto por ciento que le corresponde a cada uno de los socios en concepto de cuota de liquidación y la adquisición a título oneroso del exceso por parte del socio que estuviese interesado en recuperar su aportación no dineraria. Por el contrario, si el valor de la aportación es inferior a la cuota que al socio le correspondería en un reparto en dinerario, la sociedad estará obligada a entregar la diferencia en dinero.

Consecuentemente, en principio, cuando el derecho de usufructo reúna estas características -derecho susceptible de valoración objetiva, enajenable o negociable, y, finalmente, posible objeto de inscripción en el balance de la sociedad-, no existe ningún obstáculo para admitirlo como objeto de aportación a la sociedad anónima.

---

[42] URÍA-MENÉNDEZ-BELTRÁN, "Disolución y liquidación de la Sociedad Anónima (Artículos 260 a 281 de la Ley de Sociedades Anónimas)", cit., pág. 199.

Universidad de Huelva 2009

III. POSIBILIDAD Y VALIDEZ DE LA APORTACIÓN DE UNA RELACIÓN JURÍDICA DE ARRENDAMIENTO.

También se admite, de forma casi unánime[43], la posibilidad de aportar a una sociedad anónima la titularidad de una relación jurídica como el derecho de arrendamiento, siempre que cumpla los requisitos exigidos para su transmisión. Al igual que la aportación del derecho de usufructo, en este caso lo que se transmite es la titularidad del derecho de arrendamiento[44]. El aportante, titular de un derecho de arrendamiento, sobre la base de una relación arrendaticia ya existente, aporta su titularidad, es decir, cede a la sociedad su posición de arrendatario[45]. Si bien, en principio, tendrá que contar con las normas del Código civil que exigen el consentimiento del arrendador para la transmisión del derecho de arrendamiento por parte del arrendatario a un tercero y, además, tener en cuenta las reglas establecidas en la legislación especial.

La titularidad de una relación arrendaticia tiene en sí misma un valor patrimonial[46]

---

[43] GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, cit., pág. 356; GARRIGUES, J., "Teoría general de las sociedades mercantiles", cit., pág. 216; ID., *Tratado de Derecho Mercantil*, cit., pág. 443; BARBA DE VEGA, J., *Las prestaciones accesorias en las Sociedades de Responsabilidad Limitada*, cit., págs. 314-315; LÓPEZ JACOISTE, J.F., *El arrendamiento como aportación social*, cit., págs. 99 y ss; LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 52 y 53-54; CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T. XXI, vol. 1°, cit., pág. 237.

[44] Antes de la reforma de 1989, como ya hemos dicho, se excluían las aportaciones de uso pero se admitían las mencionadas en el texto porque se consideraban aportaciones de "dominio", en cuanto que con ellas se transmitía de modo completo y definitivo la titularidad de un derecho. En este sentido, entre otros, GARRIGUES, J., "Teoría general de las sociedades mercantiles", cit., pág. 216; GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, cit., pág. 356; BARBA DE VEGA, J., *Las prestaciones accesorias en las Sociedades de Responsabilidad Limitada*, cit., pág. 315.

[45] LÓPEZ JACOISTE, J.F., *El arrendamiento como aportación social*, cit., pág. 100, considera que las aportaciones a título de "dominio" no exigen que lo aportado consista en facultades dominicales. No importa que el arrendamiento de lugar a facultades de simple goce. A la sociedad pasa en dominio la "titularidad arrendaticia", y esto basta, aunque el arrendamiento sólo comporte facultades de uso. En el mismo sentido se manifiesta PAZ-ARES, C., "La aportación de uso en las sociedades de capital", cit., pág. 38, quien aclara que la aportación a título de propiedad no se identifica con la aportación de la propiedad de un bien, pues en su ámbito de cobertura se incluye cualquier aportación de un derecho real limitado o incluso de un derecho personal que ostente el aportante contra un tercero -por eso se entiende que es una aportación a título de "propiedad" la que tiene por objeto la cesión a la sociedad de un contrato de arrendamiento-.

[46] En algunos supuestos el valor patrimonial del derecho de arrendamiento puede ser verdaderamente importante. Piénsese en la aportación de la titularidad del derecho de arrendamiento del local donde la sociedad desarrolla la actividad empresarial propia de su objeto. La aportación del local de negocio es objeto de estudio específico (capítulo VI) en el análisis

Universidad de Huelva 2009

-independiente del valor atribuible a la cosa sobre la cual recae la relación arrendaticia-, susceptible de constituir objeto de aportación a la sociedad anónima y que, al igual que la aportación del derecho de usufructo, se libera de inmediato. Es obligada, por tanto, la inscripción en el activo del balance del valor de la titularidad de la que la sociedad disfruta, o bien, en caso de que la sociedad decida transferir a un tercero el derecho adquirido a título oneroso, del valor que haya obtenido con dicha transmisión.

El arrendatario aporta su posición jurídica en la relación arrendaticia, adquiriendo la sociedad su titularidad. Ésta puede, desde ese momento, teniendo en cuenta los límites establecidos por el Código civil y por la legislación especial, disponer de la titularidad que ha adquirido, es decir, puede aprovechar por si misma la cosa sobre la que recae la relación jurídica de arrendamiento, o transmitir la titularidad aportada a un tercero. Por lo tanto, la aportación de la titularidad del derecho de arrendamiento a una sociedad anónima se admite siempre que tal derecho cumpla los requisitos exigidos para su transmisión (como son los del traspaso, en el supuesto frecuente de que el objeto sea un local de negocios[47], o el

---

de la aportación de empresa, en tanto se configura como un elemento relevante que, de ordinario, se transmitirá junto a la entidad productiva.

[47] LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 53.

Consideramos conveniente realizar una breve aclaración sobre la transmisión de la titularidad del derecho de arrendamiento cuando este recae sobre un local de negocios, así como sobre la reciente evolución legislativa sufrida en los últimos años en relación a esta cuestión. Durante muchos años se ha considerado que el sitio o lugar elegido para el ejercicio de la actividad empresarial influye directamente sobre la entidad y calidad de la clientela. De ahí la aspiración a consolidar el emplazamiento de los negocios mediante la estabilización de los arrendamientos de los locales, como único medio de amortizar los gastos e inversiones realizados en ellos.

El conflicto de intereses suscitado entre arrendadores y arrendatarios de inmuebles alquilados para el desarrollo de la actividad empresarial, fue resuelto por nuestro legislador en favor de los arrendatarios a través de las normas de la Ley de Arrendamientos Urbanos, Texto Refundido de 24 de diciembre de 1964. La protección a los arrendatarios consistía, esencialmente, en asegurarles la estabilidad y la permanencia en los locales arrendados mediante la prórroga indefinida del arrendamiento (arts. 57 y 60) -con las excepciones previstas en el artículo 62- y en facultarles al mismo tiempo para ceder o traspasar los locales arrendados a nuevas personas que se subrogasen en la posición arrendaticia de los cedentes (arts. 29 y ss), así como a subarrendarlos, en este último caso siempre con autorización expresa y escrita del arrendador (art. 22.1)

Sin embargo, con posterioridad a esta norma, el Real Decreto-ley de 30 de abril de 1985, modificó sustancialmente la protección que emanaba de la citada Ley, introduciendo dos importantes cambios. El primero permitía transformar la vivienda en local de negocios (art. 8) y el segundo consistía en suprimir la prórroga indefinida, de manera que la duración de los contratos sería la que libremente estipulasen las partes (art. 9). Por tanto, la protección ofrecida por la legislación

Universidad de Huelva 2009

consentimiento del arrendador)[48].

Algunos autores[49] han clasificado en tres tipos los negocios de enajenación arrendaticia: a) la cesión del contrato de arrendamiento, que significa transferir íntegramente el arrendatario a un tercero su posición en la relación contractual. Esta transmisión abarca, por tanto, la plenitud de los derechos y obligaciones anexos a la cualidad de arrendatario. Se produce, de esta manera, una transmisión de titularidad; b) la cesión de derechos arrendaticios, de contenido limitado, con la que sólo se transmiten los derechos que expresamente se enajenan; y c) el subarriendo, que resulta de una sucesión constitutiva en la posición contractual de una de las partes, que da lugar al nacimiento a favor de un tercero de un derecho nuevo, si bien dependiente del primitivo del que se desgaja, es decir, el subarrendatario no podrá adquirir más derechos de los que por el primitivo contrato de

---

anterior quedó prácticamente reducida a la facultad del arrendatario para ceder o traspasar a una tercera persona el local arrendado, e, igualmente, para subarrendarlo.

En la actualidad, la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, deja de conceder protección al arrendamiento cuando tenga por objeto un local de negocios, y será la autonomía de la voluntad de las partes la que rija los extremos en que se efectúe el contrato. Cuando las partes se sometan a lo que, supletoriamente se establezca en la Ley, el arrendatario que quiera ceder el contrato o subarrendar la finca, no tendrá que contar con el consentimiento del arrendador. No obstante, le deberá ser notificada la cesión o el subarriendo en el plazo de un mes (art. 32).

[48] En principio, partimos de la idea de que nuestro Código civil exige el consentimiento del arrendador para que el arrendatario transmita a un tercero la titularidad del derecho de arrendamiento que hasta ese momento le corresponde (cesión de contrato) -sin perjuicio de que el artículo 1.550 del C.c. faculte al arrendatario, salvo que en contrato de arrendamiento se hubiera prohibido expresamente, para subarrendar en todo o en parte la cosa arrendada, sin necesidad de consentimiento por parte del arrendador (subarriendo)-. Podemos, además, encontrar ciertas limitaciones y prohibiciones cuando la cosa sobre la que recae el derecho de arrendamiento se halla sujeta a la legislación especial, por ejemplo, un inmueble. Dejando a un lado la posibilidad de que el inmueble se halle destinado a la realización de una actividad empresarial (local de negocios), a la que en líneas anteriores hemos hecho referencia, debemos ocuparnos de aquél otro supuesto recogido en la LAU, cuando el derecho de arrendamiento recae sobre una vivienda. La actualmente vigente LAU, de 24 de noviembre de 1994, prohíbe expresamente, en el artículo 8, la cesión del contrato de arrendamiento por el arrendatario y el subarriendo, que sólo podrá ser parcial, sin el consentimiento escrito del arrendador. Una vez consentido el subarriendo por el arrendador, el derecho del subarrendatario se extinguirá en todo caso, cuando lo haga el del arrendatario que subarrendó.

A diferencia del régimen de los arrendamientos urbanos, si se trata de aportar una finca rústica poseída en arrendamiento no cabrá ni hacerlo de forma plena, ni en uso o parcialmente, pues por disposición del artículo 70 de la LAR (con las excepciones del artículo 71), son nulos el subarriendo o la cesión total o parcial de los derechos del arrendatario y, además, son causa de desahucio, "sin que puedan ser convalidados por consentimiento del arrendador".

[49] LÓPEZ JACOISTE, J.F., *El arrendamiento como aportación social*, cit., págs. 83 y ss; BÉRGAMO, A., *Sociedades Anónimas (Las acciones)*, T. I, cit., págs. 518-520; CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T. XXI, vol. 1°, cit., pág. 210-216.

Universidad de Huelva 2009

arrendamiento le correspondían al subarrendador, quien, además, no desaparece de la relación arrendaticia.

En el primer caso, se aporta la relación jurídica plena, la posición contractual de arrendatario pasa del aportante a la sociedad. Aquél desaparece de la relación arrendaticia total y definitivamente. La transmisión operada es plena, y comprende tanto los derechos como las obligaciones, la sociedad adquiere la cualidad de exclusivo arrendatario. A la sociedad pasa en "dominio" la titularidad arrendaticia.

Distinto es lo que ocurre en segundo supuesto apuntado. El arrendatario únicamente aporta a la sociedad alguno o algunos de los derechos que le confiere el contrato de arrendamiento, del que es y continúa siendo parte. Este supuesto, por tanto, no comporta la plena transmisión de la relación arrendaticia a la sociedad, sino sólo la de algunas facultades. Debe equipararse, pues, a las aportaciones realizadas a título de mero uso que analizaremos más adelante.

Finalmente, la tercera de las posibilidades aludidas es la que hemos calificado de subarriendo. El subarrendatario pasa a ocupar la posición del subarrendador-arrendatario en lo que se refiere al uso y disfrute de la cosa, pero, sin que en ningún momento éste último desaparezca de la relación contractual originaria que sigue manteniendo con el arrendador. El subarriendo es relación y vínculo que liga y afecta tan sólo al subarrendador y al subarrendatario, sin alterar las relaciones jurídicas preexistentes con el arrendador. El subarriendo es, por tanto, un contrato nuevo, aunque de naturaleza análoga al de arrendamiento, que se superpone al mismo, con el que pervive, subsistiendo la figura del arrendatario como lazo de unión entre el arrendador, a quien está vinculado por el negocio arrendaticio, y el subarrendatario, ligado al primero por el contrato subarrendaticio[50].

---

[50] GARCÍA GIL, F.J.-GARCÍA GIL, J.L., *El arrendamiento de local de negocios*, Zaragoza, 1995, pág. 112, consideran que en el subarriendo, permanece la personalidad de los contratantes originarios, a los que se adiciona uno nuevo, dando lugar a una trilogía de elementos personales: arrendador, arrendatario-subarrendador y subarrendatario.

Universidad de Huelva 2009

Consecuentemente, la sociedad-subarrendataria sólo podrá ejercitar sus derechos y hacer valer sus pretensiones frente al socio aportante-subarrendador.

IV. APORTACIÓN DEL USO DE UN BIEN. POSIBILIDAD Y VALIDEZ.

1°. Introducción.

En el segundo de los tres supuestos contemplados en el punto anterior hemos hecho referencia a las aportaciones de mero uso. Planteamos en este momento la cuestión sobre si la mera cesión del uso de un bien puede ser objeto de aportación a la sociedad anónima. Los argumentos a los que se ha recurrido para negar la posibilidad de aportar el uso de un bien o derecho son variados. De ordinario, se afirma que la aportación de uso, propiamente dicha, rompe con la función del capital social como cifra de garantía, pues el aportante cede el uso del bien, asumiendo el riesgo de la pérdida, y tiene derecho a su restitución cuando concluye el período de tiempo que se estipuló para su uso[51].

Sin embargo, hay que decir que también en el supuesto de aportación del derecho real de usufructo -aportación admitida incluso antes de la reforma de 1989-, el aportante cede el uso y disfrute de la cosa y que, aún cuando la sociedad adquiere el derecho real sobre la misma y soporta el riesgo de perder la posibilidad de usarla -pues no puede pedir que se le entregue otra con las mismas características-, a la vez el nudo propietario sufre la pérdida de la cosa de la que ostentaba su titularidad dominical[52]; finalmente, al término del período estipulado, extinguido el derecho de usufructo, el nudo propietario tiene derecho a la

---

[51] GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, cit., págs. 216-218; GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, cit., págs. 238-239.

[52] En realidad, en las aportaciones de mero uso, a pesar de que habitualmente se afirme que el aportante asume el riesgo de la pérdida de la cosa, éste no soporta un riesgo superior al que le corresponde al nudo propietario aportante del derecho real de usufructo. También en las aportaciones de mero uso, la sociedad soportará el riesgo de perder la posibilidad de usar la cosa, mientras que sobre el patrimonio del socio aportante recaerá el riesgo de sufrir la pérdida de la titularidad dominical ante la destrucción o desaparición de la cosa por causas no imputables a ninguna de las dos partes.

Universidad de Huelva 2009

restitución de la cosa sobre la que recaía el derecho real.

No obstante, consideramos conveniente analizar los argumentos de mayor peso que han sido empleados para negar la posibilidad de aportar el mero uso o disfrute de un bien: por un lado, que el aportante contrae una obligación de tracto sucesivo, lo que hace imposible proceder a la liberación o desembolso de la aportación en el momento de la suscripción de las acciones entregadas en contrapartida; por otro lado, que el aportante de uso no participa en las pérdidas de la compañía, pues, en todo caso, tiene derecho a la restitución de la cosa tras la finalización de su uso por la sociedad; y, sobre todo, que las aportaciones de uso no son adecuadas para cumplir la función de garantía del capital social, a lo que se suma las dificultades para calcular su verdadero valor y para proceder a su asentamiento en el activo del balance[53].

2°. La liberación de la aportación de uso.

Según una opinión durante mucho tiempo dominante en la doctrina, la aportación de un bien en uso desencadena en la persona del aportante una obligación de tracto sucesivo[54], por lo que se dice que esta aportación no es susceptible de íntegra liberación en el momento de la suscripción de las acciones a ella correspondientes[55]. En virtud de esa obligación de tracto sucesivo -mantener a la sociedad en el goce pacífico de la posesión- la ejecución de la aportación de uso se prolongaría en el tiempo mientras durase el disfrute por parte de la sociedad y, en consecuencia, las acciones entregadas en contrapartida no podrían

---

[53] Hacen referencia a las dificultades para reflejar esta aportación en el balance, entre otros, BARBA DE VEGA, J., *Las prestaciones accesorias en las Sociedades de Responsabilidad Limitada*, cit., págs. 317-318; MAMBRILLA RIVERA, V., "Fundación con aportaciones *in natura*", cit., págs. 752-753.

[54] GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, cit., pág. 443.

[55] MAMBRILLA RIVERA, V., "Fundación con aportaciones *in natura*", cit., pág. 752; BARBA DE VEGA, J., *Las prestaciones accesorias en las Sociedades de Responsabilidad Limitada*, cit., pág. 317. En la doctrina italiana, la objeción de la imposibilidad de íntegra liberación también se utiliza en ocasiones para declara la improcedencia de las aportaciones de uso: ver, por ejemplo, PISANI MASSAMORMILE, A., "I conferimenti nelle societá per azioni (Acquisti "pericolosi". Prestazioni accessorie)", cit., págs. 18-22.

Universidad de Huelva 2009

considerarse plenamente liberadas.

Frente a esto hay que decir que tanto en la aportación del uso de un bien, como en la aportación de un derecho real de usufructo o de una relación jurídica de arrendamiento, la puesta a disposición del bien aportado no agota el contenido de las obligaciones *conexas* del aportante derivadas de la aportación, obligaciones que continúan subsistiendo frente a la sociedad durante toda la duración del uso. Esto es, una cosa es realizar la aportación y otra cumplir todas las obligaciones derivadas de la misma[56]. Consecuentemente, las afirmaciones anunciadas en líneas anteriores, en relación a la imposibilidad de íntegra liberación de las acciones entregadas como contraprestación de la aportación de uso, se deben a una confusión entre la obligación de efectuar la aportación y la ejecución de las obligaciones que se derivan de la aportación misma. Las reglas de desembolso se fijan en el primer aspecto, no en el segundo, y su finalidad no consiste en agotar *uno actu* la relación obligatoria, sino en asegurar que la utilidad prometida a la sociedad pueda aprovecharse a partir de un determinado momento sin requerir nuevos esfuerzos del socio[57].

Por lo tanto, "íntegra liberación" no tiene necesariamente que significar cumplimiento inmediato, por parte del socio aportante, de todas las obligaciones conectadas al tipo de aportación realizado -que no constituyen propiamente la obligación de aportar-. Parece posible interpretar estos términos como "puesta a disposición" de la utilidad prometida bajo un doble perfil: formal, con la transmisión o constitución del derecho correspondiente; y sustancial, con la entrega material del bien. La disponibilidad del bien por la sociedad, a través de su entrega o puesta a disposición, posibilita que ésta pueda, desde ese momento, disfrutar libremente de la utilidad derivada del uso del bien aportado[58]. Es decir, para la

---

[56] PAZ-ARES, C., "La aportación de uso en las sociedades de capital", cit., págs. 45-46.

[57] En efecto, el hecho de que el aportante esté obligado a garantizar la posesión, efectuar las reparaciones necesarias, mantener el bien en estado de servir al uso pactado, etc., no es un obstáculo para tener por cumplido el requisito del desembolso.

[58] LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 132, considera que la obligación de aportar en uso, se cumple íntegramente de manera inmediata cuando se le entrega materialmente el bien a la

Universidad de Huelva 2009

íntegra liberación de las acciones es necesario el cumplimiento o la realización de una serie de operaciones materiales dirigidas a consentir la efectiva utilización del bien por parte de la sociedad. A partir de la entrega a la sociedad del bien cuyo uso se aporta, ésta -la sociedad- ya puede disfrutar libre e íntegramente de las utilidades derivadas del uso sin necesidad de ulteriores mediaciones del socio.

Como en líneas anteriores hemos apuntado, a las aportaciones de uso son aplicables, por analogía, las normas reguladoras del contrato de arrendamiento (arts. 1.542 y ss. C.c.), en la medida en que ello sea posible y siempre adecuadamente combinadas con las normas reguladoras del contrato de sociedad. Al igual que cuando se aporta un derecho real de usufructo, también en este caso el socio aportante está obligado a mantener una determinada conducta a lo largo del período de tiempo durante el cual se ha pactado la aportación de uso, como puede ser conservar o mantener el bien en estado de servir al uso convenido (art. 1.554.2 C.c.), o, "garantizar" a la sociedad el uso pacífico de la cosa (art. 1.554.3 C.c.). Obligaciones que, por otro lado, también subsisten en el supuesto de aportación de una relación jurídica de arrendamiento e, incluso, de aportación de un bien o derecho a título propiedad[59], por lo que resultan irrelevantes[60].

---

sociedad y ésta adquiere el derecho a usarlo. Por eso, aunque no se admitiese el aplazamiento de las aportaciones no dinerarias la aportación de uso, desembolsada íntegramente, sería admisible. Por su parte, PAZ-ARES, C., "La aportación de uso en las sociedades de capital", cit., págs. 45-46, afirma que la aportación de uso puede ser liberada inmediatamente mediante la entrega de la posesión del bien a usar. A partir de ese momento la sociedad ya puede disfrutar libre e integramente de las utilidades derivadas del uso sin necesidad de ulteriores mediaciones del socio. En el mismo sentido se manifiesta GALLEGO SÁNCHEZ, E., "Las aportaciones en la sociedad de responsabilidad limitada", cit., págs. 110-111. También la doctrina italiana actualmente dominante estima, en efecto, que la aportación de uso queda íntegramente liberada con la entrega del bien a la sociedad: OLIVIERI, G., *I conferimenti in natura nella società per azioni*, cit., págs. 227-228; PORTALE, "I conferimenti in natura <<atipici>> nella S.p.A.", cit., pág. 4 (nota 7); RIMINI, E., *La mancata attuazione dei conferimenti in natura nelle società per azioni*, Milano, 1993, págs. 57 y ss; SPATAZZA, G., "Conferimento di beni in godimento e capitale sociale", *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale* 131, Milano, 1991, págs. 17-26.

[59] Tratándose de una obligación de "garantía" -saneamiento- ésta existe también en la hipótesis de aportación de un bien en propiedad. En cualquier caso, los comportamientos necesarios por parte de los socios aportantes no pueden ser determinados con carácter general, en cuanto que, éstos pueden variar sensiblemente según los diversos tipos de aportaciones.

[60] Una cuestión se plantea, en estos casos, en relación a la venta o cesión de las acciones por parte del socio que realiza una aportación de este tipo, antes de la finalización del plazo para el cual se ha cedido el uso del bien. Pensemos que algunas de las obligaciones derivadas de las aportaciones de uso -por ejemplo, "prestar garantía" en caso de evicción o vicios ocultos- pueden aparecer intrínsecamente conectadas a la cualidad de propietario del bien cuyo uso se aportó, cualidad que no

Universidad de Huelva 2009

En cualquier caso, es necesario aclarar que el carácter sucesivo de las obligaciones *conexas* derivadas de la aportación del uso de un bien no puede presentarse como un obstáculo para admitir la aportación del uso teniendo en cuenta, sobre todo, que la Ley la admite implícitamente en el tenor literal de su artículo 36. El problema, por lo demás, puede igualmente presentarse en aportaciones que han sido tradicionalmente admitidas, aportación de un derecho real de usufructo, de una relación jurídica de arrendamiento e incluso en la aportación a título de propiedad. Con la puesta a disposición del bien al cual se refiere la utilidad concedida, por un período de tiempo o por toda la vida de la sociedad, el socio aportante realiza la obligación nacida de la aportación indispensable para permitir el uso a la sociedad[61]. Además, a través de esta aportación, el socio separa de su esfera jurídica un

---

desaparece por efecto de la transmisión de las acciones. En estas transmisiones, para asegurar el cumplimiento de la obligación de "mantenimiento del uso de la cosa" por parte de la sociedad, así como otras obligaciones conexas derivadas de la aportación, podría, a primera vista, reclamarse erróneamente la aplicación analógica de la norma que establece el artículo 46 de la LSA (responsabilidad solidaria del adquirente de acción no liberada con todos los transmitentes que le precedan, del pago de la parte no desembolsada). Ahora bien, de acuerdo con el tenor literal del precepto, la responsabilidad del cedente duraría sólo tres años desde la respectiva transmisión, pudiendo la sociedad dirigirse al nuevo adquirente, sin límite de tiempo, para que éste cumpliese las obligaciones y satisfaciera la consiguiente responsabilidad nacida de la aportación de uso. Si admitiéramos esta solución, sería preciso, para evitar cualquier eventual lesión en el patrimonio social derivada de la transmisión de acciones liberadas a través de aportaciones de uso, incluir una cláusula estatutaria por la que se prolongase la responsabilidad solidaria entre transmitente y posteriores adquirentes de las acciones, hasta la finalización del período pactado entre el aportante y la sociedad, es decir, durante todo el tiempo que durase el uso por parte de la sociedad. Sólo a través de una cláusula de este tipo se reforzaría y garantizaría el uso en beneficio de la sociedad y consiguientemente de los propios acreedores.

No obstante, no creemos que la solución expuesta sea la más correcta. El artículo 46 de la LSA hace referencia a la responsabilidad por los dividendos pasivos pendientes, es decir, a quién debe responder, cuando se transmiten las acciones que no han sido íntegramente liberadas, por lo que se ha prometido aportar y aún no se ha aportado, en definitiva, al desembolso o entrega de los bienes comprometidos frente a la sociedad. Sin embargo, en la aportación del uso de un bien el desembolso es inmediato y las acciones se liberan íntegramente. Las obligaciones derivadas de la aportación asumidas por el aportante no pueden considerarse realmente aportación, no son dividendos pasivos. La realidad es que cuando se transmiten las acciones el adquirente recibe tanto las acciones entregadas como contrapartida de la aportación como la deuda derivada de aportar, la deuda de dividendos pasivos, pero lo que no adquiere son las obligaciones conectadas a la aportación porque en realidad no son parte de la de aportación, no forman parte de los dividendos pasivos. Son prestaciones que obligan a quien las asumió, pero que no se transmiten con las acciones porque precisamente no entran dentro de la obligación de aportar. Esta postura parece vislumbrarse en PAZ-ARES, C., ("La aportación de uso en las sociedades de capital", cit., pág. 35) quien considera que la transmisión de acciones simplemente produce una escisión o desdoblamiento de la posición jurídica originaria, en el sentido de que mientras el nuevo socio adquirirá la titularidad de la parte activa, el socio originario continuará obligado frente a la sociedad a mantener y garantizar el uso de un bien (en el mismo sentido se manifiesta FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I., *Aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima*, cit., pág. 173 [nota 155]). No obstante, esta solución se vería reforzada a través de una cláusula fijada en los estatutos que permitiera la transmisión de estas acciones a un nuevo socio, conservando el transmitente de las acciones la carga de las obligaciones que asumió cuando realizó su aportación, durante el período de tiempo que para el uso se pactó.

[61] Reconocida además en nuestro derecho la validez del aplazamiento de las aportaciones no dinerarias, también es aplicable esa posibilidad a la aportación de uso. El aportante se puede obligar a ceder el uso del bien en un momento

Universidad de Huelva 2009

elemento patrimonial del cual la sociedad puede autónomamente disponer para el desarrollo de su objeto, en concreto, el derecho a usar un bien.

3º. La participación en las pérdidas de la sociedad del socio aportante de uso.

Otro de los argumentos que se han aducido para negar la aportabilidad del uso de un bien ha sido la indiferencia de este tipo de aportaciones ante la suerte económica de la empresa social[62]. Siguiendo esta orientación, se ha entendido que el aportante de uso, al tener derecho a la restitución del bien cuyo uso aportó al término del plazo pactado, no sufre en su patrimonio las eventuales pérdidas derivadas de la gestión social.

Pero este razonamiento es totalmente erróneo. En las sociedades anónimas, la participación de un socio en las pérdidas sociales parece estar condicionada a la aportación, por su parte, de un bien u otra utilidad susceptible de ser perdida. Cuando la aportación se efectúa a título de uso, el socio tiene derecho, a la finalización de la empresa, a la restitución del mismo bien o entidad cuyo uso aportó, pero durante el tiempo que la sociedad ha estado usando el bien, el socio ha estado privado de su uso, disfrute o renta en favor de la sociedad.

En efecto, el socio aportante de uso tiene derecho, a la liquidación de la sociedad -al igual que el resto de los accionistas- al reembolso de la aportación que en su día realizó a la sociedad, reembolso que será satisfecho a través de la cuota de liquidación que se determinará según el valor atribuido al uso por él aportado[63], independientemente de que

---

posterior, en el plazo máximo de cinco años desde la constitución de la sociedad o desde el acuerdo de aumento de capital y siempre que se respete el desembolso mínimo, produciéndose de este modo el aplazamiento de la aportación. Pero si se ha aportado el uso de un bien por un período de tiempo determinado -por ejemplo, cinco años- se ha producido un desembolso íntegro, no un aplazamiento.

[62] SIMONETTO, E., *Responsabilitá e garanzia nel diritto delle società*, cit., págs. 95-96 y 335.

[63] Es decir, el socio que ha aportado un bien a título de uso tiene derecho en el momento de liquidación de la sociedad y en la medida en que sea posible porque existan fondos una vez satisfechas las obligaciones sociales frente a terceros acreedores, a una suma de dinero en proporción a la utilidad que la sociedad ha obtenido por ser titular del derecho de uso y no una suma de dinero equivalente al valor de la propiedad del bien.

Universidad de Huelva 2009

se le restituya el bien. Al igual que a los restantes socios, las pérdidas de la sociedad se le imputarán precisamente a través de la correspondiente disminución, o en su caso desaparición, según el haber social una vez satisfechas las obligaciones de la sociedad, de esa cuota de liquidación. Es decir, si la sociedad ha sufrido pérdidas de tal cuantía que han hecho desaparecer todo el patrimonio social al aportante de uso le será devuelto el bien cuyo uso aportó, pero no recibirá nada a cambio de su aportación -el uso-; esto es, no recibirá nada a cambio de las acciones, al igual que tampoco lo recibirán el resto de los accionistas.

No es posible afirmar que esta solución conlleve una desigualdad de trato entre los socios que aportan el uso de bienes, de modo que se encuentren en un lugar privilegiado, frente a los aportantes de dinero u otros bienes o derechos a título de propiedad ya que, ante una situación negativa de la sociedad, tanto los unos como los otros podrían verse privados, en el momento de la liquidación, de obtener su cuota correspondiente. De admitir, un privilegio a favor de los aportantes de uso, podría ocasionarse una falta de estímulos o incentivos para que los socios realizasen sus aportaciones en dinero, debilitándose, con esta falta, las disponibilidades líquidas y la base patrimonial de la sociedad. No se puede olvidar que en el momento de liquidación de la sociedad aquéllos que han aportado el uso de un bien van a recuperar dicho bien -ya que lo aportado no ha sido el bien mismo, sino el derecho a usarlo y a disfrutarlo-, y, además, van a obtener, al igual que los aportantes de dinero u otros bienes o derechos a título de propiedad, su correspondiente cuota de liquidación. Por lo tanto, si una vez satisfechos los acreedores sociales el activo social -en el que no se incluye el valor del bien cuyo uso se aportó- es equivalente a la cifra del capital -cifra en la cual se ha imputado también el valor del uso aportado- tanto unos socios como otros tienen derecho a su cuota correspondiente. Si ésta se niega al socio que ha aportado el uso de un bien, por el simple hecho de que éste le ha sido restituido, los demás socios van a disfrutar de un beneficio que no existe, porque en realidad ese remanente no es beneficio sino la cuota correspondiente al socio que aportó el uso.

Es preciso, por tanto, tener en cuenta que, en caso de pérdidas en la gestión

Universidad de Huelva 2009

económica de la sociedad, tanto unos socios como otros van a sufrir el perjuicio, en proporción a la participación de cada uno en el capital social, de no recibir o ver disminuida su cuota de liquidación. Aún cuando el socio que aportó el uso de un bien tenga derecho a la restitución del mismo -su aportación no consistió en el bien, sino simplemente en su uso-, éste -el socio- ha estado privado, durante el período de tiempo que comprometió en el momento de la aportación, de la posibilidad de usar y disfrutar el bien que, en cuestión, es de su propiedad y de obtener, de esta manera, el beneficio derivado de su uso o utilidad[64].

Además, el problema es de valoración de la aportación. El mayor valor que se reconoce al socio que aporta en propiedad se verá compensado con una mayor cuota de participación respecto a aquélla que es atribuida al socio que se ha limitado a aportar el uso de un bien. Y es que el socio que transmite la propiedad de un bien o derecho realiza una aportación superior a la que realiza el socio que se limita a ceder el uso. En este último caso, la valoración de la aportación es inferior, pues siempre se tendrá en cuenta para determinar el número de acciones que le corresponden como contraprestación que la aportación se realiza a título de uso y por un período de tiempo limitado. Siendo siempre conscientes del carácter limitado de la aportación, el valor que se le atribuya va a depender de diversos factores como pueden ser la duración del uso o la naturaleza del bien aportado.

Por otra parte, no podemos olvidar que la aportación del uso de un bien conlleva una serie de características o notas específicas frente a las aportaciones a título de propiedad. Debemos recordar que cuando el bien cuyo uso se ha aportado, estando la sociedad gozando de él, se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, el socio que lo aportó va a sufrir dicha pérdida económica en su patrimonio, quedando la sociedad liberada de la obligación de devolverlo. Al contrario, nada de esto debe temer el aportante a título de propiedad, que

---

[64] En este sentido PAZ-ARES, C., "La aportación de uso en las sociedades de capital", cit., pág. 35, afirma que si bien es cierto que quien aporta el uso de una cosa no está sujeto al riesgo de perder el valor de la cosa, también es cierto que se expone a perder el valor de su uso durante un determinado período de tiempo, que es lo que aporta. Y así, considera el autor, que la posibilidad de pérdida se hace visible pensando en el coste de oportunidad, es decir, en la renta que alternativamente podría haberse obtenido y no se obtiene.

Universidad de Huelva 2009

transfiere a la sociedad el derecho pleno sobre su aportación. En realidad la particularidad en las aportaciones a título de propiedad se debe a que la sociedad asume el riesgo por la pérdida del bien que ha adquirido, cosa que no ocurre en las aportaciones a título de uso.

Por último, deben tenerse en cuenta los incentivos que mueven a un inversor a realizar un contrato de sociedad, obligándose, en ese instante, a efectuar una aportación. Si la voluntad o intención del inversor fuera simplemente obtener una suma de dinero por el bien o derecho del que es propietario, se limitaría sin más complicaciones a enajenar o arrendar su propiedad. Sin embargo, al realizar un contrato de sociedad trata de llevar a cabo una inversión, su intención va más allá de efectuar un contrato de compraventa o de arrendamiento, espera obtener unos beneficios, asumiendo o, cuando menos conociendo, el riesgo que ello supone.

4º. La aportación de uso y la función de garantía del capital social.

Otro argumento contrario a la admisibilidad de aportar el uso de un bien o derecho a las sociedades anónimas es el de la presunta incapacidad de este género de aportaciones para ofrecer a los acreedores sociales una garantía adecuada para la satisfacción de sus créditos[65]. La cuestión se centra, por tanto, en determinar en qué medida las aportaciones de uso se ponen en contraste con los intereses, jurídicamente protegidos, de los acreedores en relación con la constitución y el mantenimiento de un capital social real y efectivo.

La aportación de uso da origen a una relación nacida del contrato de sociedad, pero equiparable al arrendamiento, que vincula a la sociedad con el socio. Para estas aportaciones de uso rigen, por analogía, las normas propias del contrato de arrendamiento combinadas,

---

[65] GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, cit., pág. 238; BARBA DE VEGA, J., *Las prestaciones accesorias en las Sociedades de Responsabilidad Limitada*, cit., págs. 319-325; GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., págs. 144-145; ID., *Derecho de Sociedades*, I, cit., págs. 218-220; CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, T. I, cit., pág. 411. En Italia, SIMONETTO, E., *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, cit., págs. 350 y ss.

Universidad de Huelva 2009

como ya hemos dicho, con las normas del contrato de sociedad. Por lo tanto, esta aportación está garantizada por la obligación del arrendador de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa. El artículo 1.553 del C.c. remite, en materia de saneamiento, por evicción y por vicios ocultos, a las normas sobre la compraventa, normas que rigen para las aportaciones en propiedad, y, en caso de incumplimiento, el artículo 1.556 del mismo cuerpo legal, faculta para pedir "la rescisión del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, o sólo esto último, dejando el contrato subsistente"[66]. Por otra parte, el artículo 1.553 prevé que "en los casos en que proceda la devolución del precio, se hará la disminución proporcional al tiempo que el arrendatario haya disfrutado de la cosa".

Por lo que respecta al riesgo por pérdida de la cosa cuyo uso se ha aportado, si ésta se pierde por caso fortuito o fuerza mayor antes de que sea puesta a disposición de la sociedad, el aportante, si quiere conservar la cualidad de socio[67], salvo disposición contraria en los estatutos, tendrá que satisfacer el valor de la utilidad prometida y no gozada a través de una suma de dinero, entendiendo que la aportación ha devenido imposible (art. 134.2 *in fine* RRM)[68]. Si, por el contrario, la cosa se pierde cuando la sociedad ya está haciendo uso de la misma, ésta -la sociedad- no está obligada a devolverla si prueba que no se perdió por su culpa (arts. 1.568, 1.182 y 1.183 C.c.)[69]. En efecto, si la pérdida es por causa no imputable a ninguna de las dos partes, haciendo uso la sociedad de ella, la compañía sufre

---

[66] El punto II, **GARANTÍAS EN LA TRANSMISIÓN Y ENTREGA DE LOS BIENES APORTADOS. PECULIARIDADES EN EL SANEAMIENTO DE LA EMPRESA**, del capítulo IV, está dedicado al estudio, entre otras cuestiones, de la obligación de saneamiento por evicción y vicios ocultos, tanto en las aportaciones a título de propiedad como en las realizadas a título de uso. Consideramos preferible remitir su estudio a ese lugar.

[67] En caso contrario, procederá la resolución parcial del contrato social, esto es, respecto al aportante. No obstante, si la aportación del derecho de uso fuese esencial para la sociedad, la pérdida de la cosa sobre la que recaía el derecho aportado podría incluso determinar la disolución de la sociedad (el artículo 260.3 de la LSA contempla como causa de disolución de la sociedad la imposibilidad de cumplir el fin social).

[68] Este precepto es directamente aplicable a las aportaciones realizadas a título propiedad cuando hubieran devenido imposibles.

[69] Si la pérdida o deterioro de la cosa se debe a causa imputable a la sociedad, el socio aportante a título de uso tendrá derecho a la correspondiente indemnización a cargo del patrimonio social. Por su parte, la sociedad podrá ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores por su falta de diligencia, si es el caso (art. 133.1 LSA).

Universidad de Huelva 2009

la pérdida del uso de la cosa, pues el aportante ni está obligado a restituir acciones a la sociedad[70], ni está obligado a entregar en uso otra cosa igual o similar a la que ha desaparecido; por otra parte, el socio soporta la pérdida de su propiedad, pues la sociedad queda liberada de la obligación de restituirle la cosa. Si, por culpa del socio aportante, se pierde la cosa cuyo uso aportó a la sociedad, antes de finalizar el período de duración pactado, la sociedad podrá ejercitar la acción indemnizatoria correspondiente derivada de la titularidad del derecho de uso adquirido a través de la aportación. Pues, en este caso, la obligación de aportar ya se ha cumplido y la indemnización procede, no de la obligación de aportar, sino de la actuación del aportante considerado ya un tercero. Finalmente, si la cosa se pierde por culpa de un tercero, el socio propietario podrá ejercitar las correspondientes acciones contra el tercero en calidad de propietario de la cosa, reclamándole la indemnización por los daños y perjuicios causados, y, a la vez, la sociedad podrá ejercitar la acción indemnizatoria que le corresponde contra el tercero causante del daño, en virtud de la titularidad del derecho de uso adquirido[71].

Distinto es el supuesto de que la sociedad entre en período de liquidación prematuramente, sin que haya disfrutado por entero de la utilidad que ha sido objeto de aportación -esto es, sin haber transcurrido todo el período de tiempo por el cual el socio realizó su aportación de uso-. Ante tal evento, pudiera plantearse la facultad, en los casos en que el activo no fuera suficiente para cubrir las deudas de la sociedad, de que los

---

[70] FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I.(*Aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima*, cit., pág. 120) considera que, sobrevenida la pérdida de la cosa, el socio tendría que devolver a la sociedad la parte de las acciones correspondientes al valor del uso no aprovechado. No obstante, la autora, ante las dificultades que dicha restitución puede ocasionar -especialmente cuando las acciones han sido transmitidas a un tercero, sin olvidar, por otra parte, el inconveniente de tener que reducir el capital-, entiende más razonable que el socio aporte en dinero el valor correspondiente a la pérdida del uso. A nuestro entender, en realidad, el socio tendría que restituir las acciones o pagar en dinero el valor del uso en el supuesto de que la sociedad aún no estuviera gozando de la cosa en el momento en que se perdió. Pero, si la pérdida se produce estando ya gozando de la misma, entendemos que cada parte pierde lo que a cada una le correponde: el propietario su derecho de propiedad y la sociedad su derecho de uso, en ambos casos, como consecuencia de la pérdida de la cosa sobre la que los dos derechos recaían.

[71] La sociedad, en este caso, no tiene acción contra el socio aportante, que nada ha tenido que ver con la pérdida o destrucción de la cosa. Esta idea, es ratificada por el artículo 1.560 del C.c., al afirmar que el arrendador no está obligado a responder de las perturbaciones de mero hecho -no de derecho- que un tercero causare en el uso de la finca arrendada, atribuyendo, además, al arrendatario acción directa contra el perturbador.

Universidad de Huelva 2009

liquidadores cedieran o transmitieran a un tercero, a título oneroso, el derecho de uso aportado por el período de tiempo que aún la sociedad no ha aprovechado[72].

Esta cuestión enlaza directamente con la polémica sobre la posibilidad por parte de la sociedad de negociar a su vez el derecho de uso aportado. Es preciso determinar si ese derecho de uso, en sí mismo considerado, es transmisible. O dicho en otros términos, si es posible la "recuperabilidad" de su valor.

Partimos de la idea de que el simple uso de un bien o derecho -por ejemplo, los que encuadramos dentro de la denominada propiedad industrial- puede tener un valor económico apreciable y, de hecho, no se considera escandaloso que se pague una cantidad de dinero determinada para procurarlo sin adquirir ningún derecho de propiedad sobre el mismo, simplemente el derecho a usarlo y a obtener de él la mayor utilidad posible.

Sin embargo, la transmisión del uso de un bien a un tercero puede, en algunos casos, resultar condicionada por las limitaciones que nuestro Ordenamiento impone al arrendatario. Nos referimos, en concreto, al obstáculo jurídico que representa la necesidad de obtener el consentimiento expreso del propietario del bien como principio general para que el arrendatario pueda ceder su derecho de arrendamiento[73]. Este obstáculo legal puede

---

[72] El artículo 1.112 del C.c. establece que todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario. Por otra parte, el artículo 1.550 del C.c. posibilita, salvo que en el contrato de arrendamiento se haya prohibido expresamente, que el arrendatario subarriende, en todo o en parte, la cosa arrendada. En la legislación especial, el artículo 8 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre (LAU), determina la necesidad del consentimiento escrito del arrendador de vivienda para la cesión del contrato; consentimiento previo que, igualmente, es requerido para subarrendar la vivienda arrendada. En términos más flexibles, el artículo 32 de esta misma Ley, regula la cesión del contrato y el subarriendo de una finca para un uso distinto de vivienda, otorgando al arrendador la facultad de subarrendar la finca o ceder el contrato de arrendamiento sin necesidad de contar con el consentimiento del arrendador, sin perjuicio de la necesidad de notificación al arrendador tanto de la cesión como del subarriendo.

[73] En páginas anteriores, hemos afirmado la transmisibilidad por parte de su titular, salvo expresa disposición del título constitutivo, del derecho real de usufructo. De la misma manera, la titularidad de una relación jurídica de arrendamiento es transmisible siempre que cumpla los requisitos necesarios para su transmisión, por ejemplo, el consentimiento del arrendador para la cesión del contrato de arrendamiento. Y ello porque la cesión del contrato de arrendamiento implica a la vez cesión de créditos y deudas (las que tiene el arrendatario con el arrendador). En nuestro Derecho no hay dificultad en admitir la cesión de arrendamiento como cesión de los derechos del arrendatario (art. 1.112 C.c.), pero no es posible la cesión del arrendamiento en el sentido de cesión total de derechos y obligaciones, sin el consentimiento del arrendador (a tenor del artículo 1.257 del C.c. "los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos");

Universidad de Huelva 2009

resolverse si el consentimiento del aportante, propietario del bien, es prestado en el momento de efectuar la aportación, quedando la sociedad facultada para transmitir su derecho de uso en aquellos casos en que se estime necesario o conveniente para la gestión social.

Pero en los supuestos en los que no se ha prestado ese consentimiento, quizás fuera posible que, en determinadas situaciones críticas de la sociedad, se considerase debilitada la exigencia de consentimiento, o incluso entenderse presumiblemente prestado, por la necesidad de tutelar los intereses de los acreedores sociales. Es decir, en algunos supuestos, la necesidad de obtener el consentimiento previo del aportante podría tender a desaparecer o, al menos, podría ser atenuado tratando de evitar un perjuicio a los acreedores de la sociedad. Esto podría ocurrir en el caso anteriormente enunciado de que la sociedad entrase en período de liquidación sin haber disfrutado por entero del uso que había sido aportado y su activo patrimonial resultase insuficiente para cubrir las deudas que pesaran sobre el patrimonio social.

Con la finalidad de liquidar el patrimonio y satisfacer las deudas pendientes, el artículo 272.d) otorga a los liquidadores la facultad de enajenar los bienes sociales. Entre esos bienes sociales podemos considerar incluido el derecho de uso aportado del que la sociedad no ha disfrutado por completo y que, consecuentemente, se halla dentro del patrimonio de la sociedad en liquidación. En la hipótesis en la cual, produciéndose una causa de disolución, la sociedad no hubiera gozado completamente del uso aportado[74], quizás pudiera entenderse lícito, si el activo fuera insuficiente para cubrir las deudas de la sociedad, que los liquidadores cediesen o transmitiesen, a título oneroso, el uso del bien por el período

---

siguiendo la misma línea de pensamiento, el artículo 1.550 nos muestra que el Código no autoriza el subarriendo sino a base de dejar subsistente la responsabilidad del arrendatario "al cumplimiento del contrato para con el arrendador"; y, en general, los principios de nuestro Código contrarios a la admisión de la sucesión particular en las deudas [sobre la transmisibilidad del derecho de arrendamiento, ver por todos, CASTÁN, J., *Derecho Civil español, común y foral*, T. IV, 15ª ed., Madrid, 1993, págs. 307-310, y la amplia bibliografía citada por el autor]).

[74] En este supuesto, en el que la sociedad no ha consumido la totalidad del uso aportado, verdaderamente, no se puede hablar de un crédito que la sociedad o los liquidadores puedan exigir directamente frente al aportante, ya que las acciones que a él le corresponden han podido ser íntegramente liberadas; pero la sociedad tiene a su favor un derecho de uso que no ha sido ejercido durante todo el período para el que se concedió.

Universidad de Huelva 2009

de tiempo aún no disfrutado (art. 272 d] LSA)[75], atenuándose, cuando procediera, la necesidad de que el aportante prestase su consentimiento o incluso presumiéndose prestado en el momento de la aportación. Sin duda alguna, sería totalmente posible cuando el consentimiento del aportante hubiese sido prestado de forma expresa.

Ahora bien, salvando el obstáculo jurídico planteado en la medida que venimos anunciando, pudiéramos chocar con otro obstáculo, en este caso, de orden práctico, pues, por regla general, no hay un "mercado para los derechos de uso". En efecto, en algunas ocasiones pudiera resultar bastante difícil encontrar un tercero interesado en adquirir a título oneroso el derecho de uso sobre un bien o derecho. Para estos supuestos, cuando no fuera posible que la sociedad enajenase a título oneroso el derecho de uso que no ha aprovechado por completo, tal vez lo más adecuado fuera que el socio quedase obligado a satisfacer a la sociedad una suma de dinero en correspondencia al período de tiempo no disfrutado, es decir, la diferencia entre el valor asignado inicialmente y el valor realmente aprovechado. Esta solución no presentaría inconveniente alguno si se hubiera pactado, a través de una cláusula estatutaria, en previsión de una eventual liquidación anticipada de la sociedad, la oportuna compensación en metálico, por parte del socio, del valor del uso no aprovechado.

En definitiva, podemos afirmar que en virtud de la relación jurídica que se instaura entre la sociedad y el aportante de uso, puede calificarse el derecho de uso como transmisible, en situaciones críticas, sin consentimiento del propietario del bien cuyo uso aportó, alejando así la diversidad de trato que sufriría el aportante del uso de un bien, obligado a satisfacer a través de una suma de dinero, de la que en ese momento puede no disponer, la parte de uso no agotada por la sociedad, sin que la causa de disolución sea a él imputable. Además, es posible superar este obstáculo a la libre transmisión del uso aportado a través de una disposición estatutaria que establezca en concreto su autorización, obteniendo la sociedad previamente el consentimiento necesario del socio que aporta el uso de un bien

---

[75] Propone esta solución OLIVIERI, *I conferimenti in natura nella società per azioni*, cit., págs. 246-247. En el mismo sentido, PAZ-ARES, "La aportación de uso en las sociedades de capital", cit., pág. 40.

Universidad de Huelva 2009

para la sucesiva circulación del derecho de uso adquirido por la sociedad.

5º. Un ejemplo significativo: la aportación del uso de un bien que el aportante posee en régimen de *leasing*.

5º.a. Conceptos preliminares.

Bajo la denominación de *leasing* u operaciones de *leasing* se comprende una amplia variedad contractual, en la que destaca el *leasing* financiero. Se trata de un contrato atípico, por cuanto el legislador se ha limitado a conferirle una denominación y a regular ciertos aspectos sustantivos y fiscales de la operación, sin establecer un acabado régimen jurídico del negocio[76].

El concepto legal del contrato de *leasing* podemos encontrarlo en la Disposición Adicional Séptima nº 1, de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito[77]. En síntesis, el contrato de arrendamiento financiero consiste en que una de las partes -sociedad de *leasing*- adquiera, a un proveedor o fabricante, bienes determinados que facilita a la otra parte, que previamente ha elegido y especificado dichos bienes, -usuario o arrendatario financiero-, cediéndole a éste el uso y disfrute a cambio del pago de un canon o renta periódica, y añadiéndose una opción de compra de modo que, al finalizar el plazo que se ha establecido en el contrato, el usuario (financiado) podrá adquirir el bien por el precio residual, renovar el arrendamiento o devolver el bien a la empresa

---

[76] LA CASA GARCÍA, R., "Comentario a la Sentencia de 7 de febrero de 1995", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* nº 38, 1995, pág. 732; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., pág. 224.

[77] De acuerdo con la Disposición citada: "*Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el nº 2* [naturalmente se trata de un error, pues debe referirse al nº 3, ya que el 2 sería la duración de los contratos] *de esta disposición. Los bienes objetos de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanas, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra a su término, en favor del usuario*".

Universidad de Huelva 2009

financiera o financiadora. Consecuentemente, el usuario adquiere el derecho de disfrute del bien objeto del contrato, cuyo goce quieto y pacífico deberá ser respetado por el concedente; asimismo, se confiere al usuario un derecho de opción de compra.

La cesión de uso propia del contrato de *leasing* guarda cierta similitud con la derivada del contrato de arrendamiento[78], en tanto que en ambos casos se produce la cesión del uso de un bien por tiempo determinado y precio cierto. Esto da lugar a plantearse si, a falta de normativa convencional e insuficiencia en el recurso al régimen general de las obligaciones y contratos, sería posible la aplicación analógica, en la medida en que no resulte incompatible con la finalidad económica perseguida por las partes, de las normas reguladoras del arrendamiento, por tratarse del tipo contractual al que mejor se asimila la prestación de cesión de uso que tiene lugar en el contrato de *leasing*[79].

Ahora bien, antes de continuar, es imprescindible recordar con nitidez las diversas situaciones que pueden presentarse al objeto de ceder el uso de un bien: a) cesión del contrato de arrendamiento que, de ordinario, precisa el consentimiento de la parte cedida; b)cesión de derechos -no obligaciones- de uso derivados de un contrato de arrendamiento. En este caso, en tanto se cede un derecho de crédito -cuyo contenido es el uso- que el aportante ostenta contra un tercero no es necesario el consentimiento del arrendador (art. 1.112 C.c); c) constitución a favor de la sociedad de un derecho de uso sobre un bien que el aportante tiene, bien en propiedad -situación equiparable al arrendamiento a la que le es aplicable sus normas-, bien en uso -situación análoga al subarrendamiento a la que entendemos aplicable el artículo 1.550 del C.c., por lo que, salvo disposición expresa, podrá transmitirse el derecho de uso-.

---

[78] Destacan su carácter de arrendamiento, si bien con diferentes matizaciones: ILLESCAS ORTIZ, R., "El <<leasing>>: aproximación a los problemas planteados por un nuevo contrato", *Revista de Derecho Mercantil*, 1971, págs. 73-114; JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, R.-DE GISPERT PASTOR, M.T., "La operación de leasing, ¿es una operación de crédito?", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* nº 31, 1988, págs. 489 y 496-498; GUTIÉRREZ VIGUERA, M., *El leasing como institución financiera*, Madrid, 1977, pág. 104.

[79] LA CASA GARCÍA, R., "Comentario a la Sentencia de 7 de febrero de 1995", cit., pág. 732.

Universidad de Huelva 2009

Pues bien, como a continuación tendremos ocasión de comprobar, la aportación del uso de un bien que del que el aportante disfruta en régimen de *leasing* es similar a este último supuesto apuntado, esto es, a un subarrendamiento, y, además, constituye una verdadera y mera aportación de uso.

5º.b. Posibilidad y validez de la aportación del uso de un bien que el aportante posee en régimen de *leasing*.

La LSA no hace mención precisa y detallada de las diferentes aportaciones que pueden realizar los socios. Es necesario atender, como en ocasiones hemos señalado, a los principios de realidad y efectividad del capital social, y exigir el cumplimiento de los requisitos de "aportabilidad" para que un bien o derecho pueda ser aportado a una sociedad anónima, en previsión, además, de que la sociedad cuente con un patrimonio cualificado para la satisfacción de las obligaciones frente a terceros.

En este sentido, no parece existir obstáculo para que el arrendatario financiero pueda ceder o transmitir a título de aportación, el uso de los bienes de los que se halla disfrutando en régimen de *leasing*. La sociedad puede, por tanto, disfrutar del uso de un bien sujeto a este régimen, adquirido por vía de aportación social.

Nos situamos, por tanto, en un supuesto análogo al anteriormente apuntado de constitución a favor de la sociedad de un derecho de uso sobre un bien que el aportante posee, a su vez, a título de uso, pues, lo cierto es que el arrendatario financiero no es propietario del bien. Esta situación puede equiparse al subarrendamiento. De ahí que, en principio, el derecho de uso por parte de la sociedad sobre el bien objeto del contrato de *leasing* podamos calificarlo como transmisible a terceros, salvo prohibición expresa[80]. Así

---

[80] Sin querer entrar en la polémica naturaleza jurídica del contrato de leasing, cuestión que creemos excede de este trabajo, consideramos aplicable, al menos por analogía, la norma del artículo 1.550 del C.c., a pesar de que sea discutible la calificación del *leasing* como contrato de arrendamiento.

Universidad de Huelva 2009

pues, dejamos a un lado la posibilidad de que el socio, usuario en el contrato de *leasing*, transmita a la sociedad su posición contractual por vía de aportación, produciéndose, en tal caso, la transmisión de todos los derechos y obligaciones derivados de la relación contractual, en definitiva, cesión del contrato[81]. Tampoco hacemos referencia a la posibilidad de que el socio -propietario- aporte el bien en *leasing*[82]. En concreto, el supuesto que en este momento nos interesa es aquél en el que no se produce una auténtica cesión de la titularidad del derecho de uso, sino únicamente una aportación consistente en permitir la utilización y aprovechamiento de los bienes -de los cuales el aportante es usuario en virtud de un contrato de *leasing*- por parte de la sociedad[83], en definitiva, aportación de mero uso.

Consecuentemente el supuesto que tratamos de entender sería la aportación a título de mero uso de los bienes que el socio aportante viene disfrutando en virtud de un contrato de *leasing*. Es decir, se proporciona el disfrute del bien, nacido del contrato de *leasing*, por el socio a la sociedad, para que lo aproveche según su contenido económico, sin que se otorgue ninguna cesión definitiva, ni se transmita la titularidad de la posición contractual, ni de ninguno de los derechos derivados de ésta[84].

---

[81] En principio, se admite la cesión de contrato como aportación en razón del valor económico que a la combinación de relaciones activas y pasivas se concede, de forma que la utilidad presumible constituye la base o criterio de valoración (GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades, I*, págs. 224-225).

[82] Es conveniente mencionar que, por mandato expreso de la Ley 3/1994, de 14 de abril, de adaptación de la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria, las sociedades de arrendamiento financiero han tenido que transformarse en "establecimientos financieros de crédito" (EFC), antes del 1 de enero de 1997, para no perder su condición de entidades financieras. La Disposición Adicional Primera de esta Ley estableció los rasgos básicos de la disciplina de los EFC, posteriormente complementados, y en algún aspecto modificados, por la Disposición Adicional Séptima del Real Decreto-Ley 12/1995, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera. Finalmente, el régimen jurídico de los EFC ha sido desarrollado por el Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito.

[83] En concreto este es el supuesto que analiza la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1995, cuya controversia tuvo su origen en la aportación por parte del socio -usuario- de dos automóviles cuya posesión disfrutaba el aportante como consecuencia de la celebración de sendos contratos de *leasing*. En dicho caso, no se llevó a cabo transferencia alguna de propiedad de los vehículos, sino únicamente su utilización y aprovechamiento comercial, verificándose la aportación a título de uso, quedando el socio aportante liberado del abono del precio de los arriendos, por asumir la compañía en la escritura fundacional el pago de las cuotas pendientes correspondientes a los citados contratos, en justa compensación por los beneficios que obtendría la sociedad de su explotación industrial, y sin que se produjese la transmisión del derecho de opción de compra.

[84] LA CASA GARCÍA, R., "Comentario de la Sentencia de 7 de febrero de 1995", cit., pág. 734.

Universidad de Huelva 2009

No vemos obstáculo legal alguno para admitir esta aportación, ya que de la celebración del contrato de *leasing* nace a favor del usuario un derecho de utilización del bien objeto de la relación, cuya cesión a título de uso resulta, en principio, perfectamente admisible, sin que se produzca alteración alguna en las relaciones derivadas del contrato base, es decir, del contrato de *leasing* entre el usuario y la sociedad financiadora[85]. Podemos decir que, en este tipo de aportación, se produce el ingreso en el patrimonio social de un derecho de uso sobre un bien. En consecuencia, lo que se transmite -el uso del bien- tiene entidad patrimonial, puede ser valorado a través de criterios objetivos, es negociable o enajenable, esto es, "recuperable" y puede ser inscrito en el activo del balance, por lo que sirve a la función de garantía que venimos anunciando, y además, puede permitir a la sociedad el desarrollo de las actividades comprendidas en el objeto social.

Lo hasta ahora apuntado, nos permite afirmar la admisibilidad, en un plano general, de la aportación a título de uso por el arrendatario de un bien de cuyo goce viene disfrutando en virtud de un contrato de *leasing*, salvo prohibición convencional de cesión de dicho derecho[86].

6º. Conclusiones finales.

Tras el desarrollo de estas consideraciones podemos concluir calificando el mero uso de un bien como transmisible y, en principio, susceptible de ser aportado a una sociedad anónima. No obstante, de ordinario, para posteriores transmisiones por parte de la sociedad

---

[85] A diferencia de lo que sucede en la cesión del contrato, donde tiene lugar la sustitución del usuario cedente por la persona del usuario.

[86] En efecto, en las condiciones generales de los contratos de *leasing* suele incluirse una cláusula mediante la que se impide al usuario la venta o cesión, bajo cualquier forma, de la cosa y de sus derechos sobre ella, sin autorización de la sociedad de arrendamiento financiero. Sin embargo, debemos de tener en cuenta que, aun cuando la infracción de esa prohibición convencional faculta a la sociedad financiadora para solicitar la resolución del contrato con la indemnización de daños y perjuicios, el eventual perjuicio del negocio de aportación por falta de objeto, no produciría la nulidad de la obligación contraída por el aportante con la suscripción de las acciones, sino que éste se vería obligado a cubrir con verdaderas aportaciones la parte de capital que le corresponda (ver, por todos, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.-DÍAZ MORENO, A., "Nulidad de la sociedad anónima [Artículos 34 y 35 LSA]", cit., pág. 39).

Universidad de Huelva 2009

será necesario contar con el consentimiento previo del propietario del bien que aportó el derecho de uso. La transmisión a terceros -en favor de salvaguardar los intereses de los acreedores sociales- del uso no agotado por la sociedad, aún cuando no resulta directamente contemplada por la LSA, se deduce implícitamente, en sede de liquidación de la sociedad, del artículo 272.d) de la LSA.

En este sentido se ha afirmado que "no existen inconvenientes para admitir la cesión de un bien de la que nazca el derecho de la sociedad a usarlo, al menos durante un tiempo mínimo determinado, a cambio de acciones en lugar de arrendárselo a la sociedad a cambio de dinero"[87].

A pesar de que pueden aparecer ciertas dificultades para determinar el valor de la aportación efectuada, no deben considerarse un obstáculo para afirmar su aportabilidad. Con la aportación del uso se transfiere un elemento patrimonial del que la sociedad va a beneficiarse y, que autónomamente y en forma directa, va a acrecer su patrimonio. Será necesario valorar el uso o disfrute que se aporta a través de criterios objetivos, y el valor atribuido a la aportación debe corresponder, como mínimo, al número y valor nominal de las acciones entregadas al aportante como contraprestación de su aportación. El artículo 38.2 de la LSA obliga a que las aportaciones no dinerarias, en las que se incluyen las aportaciones del tipo de las examinadas, sean objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes, informe que deberá contener la descripción de cada una de las aportaciones, así como los criterios de valoración adoptados, con indicación de si existe o no efectivamente esa correspondencia. La intención del legislador al dictar esta norma es evitar la sobrevaloración de los bienes o derechos aportados, esto es, inversiones ficticias, así como los posibles perjuicios que las mismas puede causar a los acreedores y terceros que cuentan

---

[87] LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit. págs. 54-55, estima que la solución sería la misma que en el caso hipotético de un contrato de arrendamiento por un tiempo determinado en el que se pacta el pago anticipado de la renta y el arrendador aporta el crédito dinerario nacido de ese contrato a cambio de acciones. Manifiestan esta misma idea, en la doxtrina italiana: OLIVIERI, G., *I conferimenti in natura nella società per azioni*, cit., pág. 236 y PORTALE, "Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni", cit., págs. 56-60; ID., "I conferimenti in natura <<atipici>> nella S.p.a.", cit., pág. 4.

Universidad de Huelva 2009

con el capital social como garantía de sus créditos. De esta manera, el derecho a usar aportado a la sociedad tendrá que ser objeto de una escrupulosa valoración[88]. Por otra parte, no podemos dejar de señalar que la atribución de un valor objetivo a la aportación presenta estas mismas dificultades en otras ocasiones, sin que por ello se haya puesto en duda la aportabilidad de las mismas: una patente, una marca, el *know-how*.

Por lo tanto, al corresponder la adquisición por la sociedad del derecho de uso sobre un bien a una contraprestación que se efectúa, en los supuestos de aportación, a través de la entrega de acciones con un valor real y conocido, su inclusión en balance resulta obligada. La sociedad se ha desprendido de unas acciones como equivalente del valor de uso de la cosa, lo que debe provocar la correspondiente anotación en el balance. De lo contrario el desembolso experimentado carecería de justificación, y se rompería el imprescindible juego de valores y contravalores esencia de la contabilidad. El disfrute del derecho de uso sobre un bien puede influir en la marcha de la sociedad, puede representar una inversión y puede suponer una causa de percepciones futuras, por lo que tiene que ser considerado en el balance de la sociedad como uno más de los elementos que constituyen su patrimonio.

En conclusión no se pueden negar o admitir, de forma generalizada, las aportaciones a título de uso. Será necesario examinar las peculiaridades de cada uno de los distintos supuestos, pudiendo reclamar algunos de ellos que la aportación se acompañe de alguna garantía[89]. Para admitir la aportación del uso de un bien, ese uso debe de tener un valor patrimonial determinado a través de criterios objetivos, que deberá cubrir el valor nominal de las acciones entregadas a cambio[90]. El derecho de uso deberá figurar en el activo del

---

[88] Es necesario resaltar la exigencia de una valoración prudente de las aportaciones de uso, teniendo siempre en cuenta la duración prevista del uso, la existencia de cualquier evento que pueda influir en la terminación del uso, así como las incertidumbres derivadas del propio objeto de la aportación -el uso-.

[89] Por este motivo la estrategia expositiva elegida no toma en consideración, de manera singularizada, los posibles tipos de aportaciones en uso, sino que tiende a formar un criterio de solución general de los problemas que, a las sociedades anónimas, pudieran crear estas aportaciones.

[90] SÁNCHEZ MIGUEL, M.C., "Las aportaciones en la SRL, en particular las no dinerarias. Realidad y valoración", cit., pág. 341, afirma que en la práctica española hay una tendencia a sustituir bienes del inmovilizado, en especial

Universidad de Huelva 2009

balance y tendrá necesariamente que amortizarse de un modo regular[91]. En aquellos supuestos en los que el derecho de uso no cumpla los requisitos necesarios para poder ser considerado objeto de aportación a la sociedad anónima, podrá constituir una prestación accesoria distinta de la aportación de capital, pero no integradora del mismo.

---

inmuebles, por otros sistemas que le evitan cargas fiscales, sustituyendo la propiedad por el *leasing* o cualquier otro medio que le permita la renovación de los bienes que inicialmente componían su activo.

[91] LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 57; MAMBRILLA RIVERA, V., "Fundación con aportaciones *in natura*", cit., págs. 752-753; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I., *Aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima*, cit., pág. 177.

Universidad de Huelva 2009

CAPÍTULO TERCERO: LA EMPRESA COMO APORTACIÓN SOCIAL.

I. LA APORTACIÓN DE EMPRESA A LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

1°. Consideraciones generales.

1°.a. La empresa como objeto unitario de tráfico jurídico.

1°.b. Relación empresario-empresa: la titularidad de la empresa.

1°.c. Transmisión de empresa en sentido estricto.

2°. La aportación de empresa.

2°.a. Aportación de empresa por empresario individual. Aportación de empresa por sociedad.

2°.b. Aportación de empresa en bloque. Aportación de rama de actividad.

II. APORTACIÓN DE EMPRESA Y OTRAS OPERACIONES SOCIETARIAS AFINES.

1°. Aportación de empresa, fusión y escisión. Ideas preliminares.

2°. Sucesión universal en los supuestos de fusión y escisión.

3°. Sucesión singular en la aportación de empresa.

III. EL PRINCIPIO DE REALIDAD DEL CAPITAL EN LA APORTACIÓN DE EMPRESA.

1°. La efectiva integración del capital social.

Universidad de Huelva 2009

2º. La "entrega" de la empresa aportada.

3º. Recapitulación final.

Universidad de Huelva 2009

CAPÍTULO TERCERO: LA EMPRESA COMO APORTACIÓN SOCIAL.

I. LA APORTACIÓN DE EMPRESA A LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

1°. Consideraciones generales.

Los dos capítulos anteriores, que constituyen la primera parte de este trabajo, los hemos dedicado al estudio de las aportaciones no dinerarias en las sociedades anónimas. En concreto, hemos tratado de establecer con claridad qué bienes o derechos son susceptibles de ser aportados a un ente social de este tipo. Para ello, hemos considerado imprescindible determinar *a priori* cuáles son los criterios a tener en cuenta para admitir o negar la aportabilidad de un bien o derecho a la sociedad anónima.

Tras el análisis de los problemas que hemos considerado de mayor trascendencia y significado sobre las aportaciones no dinerarias, pasamos ahora a estudiar el segundo núcleo de nuestra tesis, esto es, la aportación de una empresa a la sociedad anónima, así como algunas otras cuestiones accesorias que pensamos pueden suscitar cierto interés.

Ahora bien, antes de comenzar el estudio de la aportación de empresa a la sociedad anónima es preciso aclarar qué entendemos por empresa como objeto de aportación social. Así como fijar y aceptar unas premisas básicas e imprescindibles para el posterior desarrollo del trabajo.

Al hablar de empresa, se advierte la existencia de un conjunto de personas que trabajan, que desarrollan una actividad de forma organizada y, a la misma vez, un conjunto de elementos patrimoniales, también organizados y dirigidos a la consecución del objeto

Universidad de Huelva 2009

empresarial. Pero al buscar un concepto jurídico que defina la empresa en sí, se hace patente la inexistencia del mismo y la complejidad que entraña encaminarse hacia su búsqueda[1].

---

[1] Por el contrario, la empresa, desde el punto de vista económico, ha sido definida con cierta unanimidad de pareceres (no obstante, VICENT CHULIÁ, F., *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, Madrid, 1971, pág. 48, advierte que en realidad existen de ella múltiples y contradictorias definiciones; SÁNCHEZ GIL, M., *Concepto económico de empresa*, Tesis doctoral defendida en la Universidad de Friburgo (Suiza), 1964 [citado por VICENT], afirma en su prólogo que apenas se hallan autores que aborden el problema con el rigor que exige la filosofía en una cuestión conceptual; por su parte, RUBIO, J., *Introducción al Derecho Mercantil*, Barcelona, 1969, pág. 453, nos dice que, en general, la doctrina jurídica alemana confiesa la imposibilidad de partir de un concepto unívoco y estable de empresa en sentido económico), si bien es un concepto ordinario y poco científico, utilizado tanto por los economistas como por los juristas. En economía se designa como empresa una combinación de los diversos factores de producción -capital y trabajo-, integrados en una explotación o serie de explotaciones productivas, que bajo una dirección común -la del empresario- se encamina al fin económico de producir y colocar en el mercado los bienes o servicios obtenidos, subordinando todo ello al interés económico de obtener los máximos beneficios posibles con el consiguiente riesgo. En este sentido, la empresa es considerada como una organización de capital y trabajo destinada a la producción o a la intermediación de bienes o servicios para el mercado con el fin de generar ganancias (GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, cit, pág. 166, afirma que "*económicamente la empresa es organización de los factores de producción (capital, trabajo) con el fin de obtener una ganancia ilimitada*". Entre los economistas, ver por todos, SAMUELSON y NORDHAUS, *Economía*, 14ª ed., Madrid, 1994, págs. 127-128 y 897).

Parece, pues, que lo que define la existencia de la empresa desde un punto de vista económico, son las siguientes notas:

a) En primer lugar, el elemento humano y, ante todo, el empresario. Es el "dueño", en sentido económico, de la organización empresarial. A él pertenecen la potestad de dirección y la titularidad sobre los bienes y derechos que constituyen su base objetiva. Junto a él, el conjunto de sus colaboradores: asesores, técnicos, dependientes, trabajadores en general.

b) El conjunto de bienes de la empresa. Lo que permanece -o se pretende que permanezca- aunque el empresario cambie. Es el conjunto de elementos objetivos o impersonales de que se vale el empresario para el ejercicio de su empresa.

c) La organización. El empresario organiza los medios de producción (capital y trabajo), los coordina racionalmente con arreglo a la actividad que en la misma se desarrolla. Esta organización se caracteriza por su independencia, en el sentido de que el empresario goza de autonomía a la hora de enlazar racionalmente los dos elementos de producción, capital y trabajo. Si bien habrá de observar y obedecer las leyes y reglamentos que con carácter general disciplinan las actividades económicas.

Pero, dentro de los límites legales, organiza a su arbitrio la actividad económica, asumiendo, eso sí, las eventuales pérdidas y ganancias que puedan producirse en base a esa organización de producción. De ahí que se diga que esta actividad económica de producción se realiza siempre con un riesgo. Se puede afirmar llanamente que, en principio, cuando ese riesgo de pérdida patrimonial no exista, no se está ante una auténtica empresa.

d) Función. Posee como función esencial la producción y distribución de bienes y servicios para el mercado. La función de la empresa es atender y satisfacer las necesidades propias de los hombres, puestas de manifiesto a través del juego de la oferta y la demanda en el mercado. Quedan excluidas del ámbito de la empresa aquellas organizaciones que producen bienes y servicios exclusivamente para el consumo propio.

e) Finalidad. Respecto a la finalidad lucrativa de la empresa, considerada en sentido amplio, parece que no debe ser entendida según la idea clásica y ordinaria de "ganancia ilimitada", ya que cada día es más frecuente la existencia de verdaderas empresas que no persiguen esta finalidad (empresas públicas, empresas mutualísticas..), sino que ha de ser entendida en el sentido de "productividad o economicidad de la empresa" (ver, el art. 38 CE). No obstante, es preciso aclarar, y así evitar interpretaciones erróneas, que *la empresa mercantil*, en virtud de su propia naturaleza, se constituye siempre con la intención de obtener de su explotación unos excedentes. Cuestión distinta es el destino que a esos excedentes se le

Universidad de Huelva 2009

La dificultad del tema que a partir de este momento tratamos se debe tanto a la falta de un concepto jurídico positivo de empresa como a la inexistencia de una regulación específica en el Ordenamiento jurídico español, aplicable a esta entidad productiva y a los diversos negocios jurídicos que sobre la misma se pueden celebrar, que sea válida para cada disciplina o rama del Derecho. Consecuentemente, podemos afirmar que el régimen jurídico regulador de la empresa como objeto de derecho está aún por crear; no ha sido suficientemente elaborado por los juristas.

El tema central de nuestro trabajo, la aportación de empresa a la sociedad anónima, nos obliga a dejar a un lado algunas de las cuestiones doctrinales que han surgido en torno al concepto y naturaleza jurídica de la empresa y, a cambio, centrarnos en las dificultades que la entidad productiva presenta cuando es objeto de aportación. Así pues, consideramos más adecuado profundizar sobre la aportación de empresa partiendo de la aceptación de unas premisas determinadas[2] -que, aun no siendo totalmente pacíficas, resultan generalmente aceptadas en nuestra doctrina-, antes que analizar cada una de las diversas teorías defendidas sobre tan controvertida cuestión. Por otra parte, no podemos dejar de subrayar que algunas de esas teorías sobre la empresa y su naturaleza jurídica han sido adoptadas en el mundo del

---

quiera atribuir. En efecto, dependiendo del tipo de empresario de que se trate, esos excedentes pueden ser repartidos entre los socios en concepto de beneficios o dividendos -por ejemplo, en las sociedades anónimas y en las de responsabilidad limitada-; pueden consistir en un puro ahorro, es decir, en un menor gasto para los socios a la hora de obtener sus productos -esto ocurre, por ejemplo, en las cooperativas de consumo, en las que sus miembros pretenden la simple utilización de los servicios que prestan o la obtención de los bienes que producen, eliminando los gastos que acarrean el acudir a terceros intermediarios-; o, pueden estar destinados a financiar actividades culturales o a cualesquiera otros fines sociales -pensemos en las Cajas de Ahorros-. Pero esto no significa que las empresas mercantiles puedan constituirse sin ánimo de obtener excedentes, sino todo lo contrario; lo que ocurre es que varía el destino que se les da dependiendo de la configuración jurídica del empresario.

[2] En primer lugar, entendemos por empresa aquella organización que engloba no sólo los bienes dispuestos por el empresario para el ejercicio de su empresa, sino también la actividad económica profesionalmente ejercitada al objeto de la producción e intercambio de bienes y servicios, y las relaciones de hecho nacidas de su ejercicio.

En segundo lugar, es preciso señalar las diferencias entre empresa, en cuanto unidad económica y técnica en explotación, caracterizada por su independencia y autonomía, respecto del establecimiento, como conjunto de bienes dispuestos y organizados por el empresario para el ejercicio de su actividad económica y base puramente física de la empresa.

Universidad de Huelva 2009

D e r e c h o [3] ,

[3] Los juristas ante la dificultad de dar un concepto válido y unitario de empresa para todas las disciplinas jurídicas, han tratado de sistematizarlo dentro de las distintas categorías jurídicas conocidas, con el fin de establecer una figura válida en la que tuviesen entrada los heterogéneos elementos que componen una empresa y estuviese así sujeta a un régimen jurídico aplicable. En este sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han esforzado por construir una teoría jurídica de la empresa que sirviese para llenar el vacío legal en tema tan importante. Brevemente, las posiciones doctrinales, variadas en su contenido, pueden encuadrarse de la siguiente forma:

a) La empresa como persona jurídica. Los defensores de esta teoría consideran que la empresa goza de personalidad jurídica distinta de la de su titular, es un sujeto autónomo de derechos. La organización de los distintos elementos que configuran la empresa para el ejercicio de la actividad propia de la misma, da lugar al nacimiento de un nuevo sujeto jurídico diferente y contrapuesto a la persona del titular. La empresa es el verdadero sujeto de todas las relaciones jurídicas derivadas de la actividad mercantil. Posee un nombre propio: la firma; un domicilio propio: la sede; una nacionalidad propia; un patrimonio propio. Esta autonomía no puede menos de traducirse jurídicamente en la admisión para la empresa de una personalidad también propia.

Consecuencias de esta construcción: los cambios de titular no tienen significación para la subsistencia de la empresa; y, los poderes conferidos a dependientes subsisten, a pesar de la muerte del titular (ver, el artículo 290 del C. de c. contra lo dispuesto en el artículo 1732.3 del C.c.).

Ahora bien, esta teoría no ofrece una configuración adecuada al Derecho positivo. La empresa no es un sujeto autónomo, está a disposición de su titular. Este puede ampliarla, reducirla e incluso destruirla a través de la liquidación, pudiendo cederla a terceros, de modo que forma parte de su patrimonio, no constituyendo un sujeto sino un objeto de derecho. Esta teoría tiene hoy, por lo tanto, un mero valor arqueológico. También ha sido rechazada, por no poder explicar, cuando se piensa que la empresa es objeto del tráfico jurídico, como puede ser al propio tiempo sujeto de Derecho, y, además, ha dado lugar a la confusión entre empresa y sociedad.

b) La empresa como patrimonio autónomo. A la doctrina que ve la empresa como un sujeto de derecho cabe oponer ésta otra que la percibe como un conjunto de elementos, es decir, como un objeto de derecho. Se considera que la empresa constituye un patrimonio autónomo, autóctono o de afectación. Es un patrimonio distinto del patrimonio civil del comerciante, definido por su finalidad y cerrado en sí mismo, que tiene una administración propia, una especial representación y una capacidad "per se" para crear relaciones jurídicas frente a terceros.

Sin embargo, es imposible configurar la empresa sin el empresario; en la empresa tiene que existir siempre un titular, no pueden darse relaciones jurídicas sin sujeto; un patrimonio supone siempre una persona titular del mismo, un sujeto.

Nuestro Ordenamiento no reconoce verdadera autonomía patrimonial a la empresa en cuanto conjunto de bienes. La empresa queda sometida al principio de unidad patrimonial, tanto en materia de responsabilidad (art.1911 C.c.; responde de las deudas de su titular, la quiebra de éste produce la liquidación concursal de todos sus bienes, se hallen o no dentro de la empresa, es decir, los acreedores civiles del titular de la empresa se podrán satisfacer con todos sus bienes), como en materia de sucesión *mortis causa* (ya que en la herencia se van a comunicar el patrimonio civil con el patrimonio empresarial del titular). No existe, por lo tanto, esa incomunicabilidad de un patrimonio autónomo.

Rigurosamente hablando, la empresa sólo constituye un patrimonio autónomo cuando el Derecho positivo admite y reglamenta la llamada empresa individual de responsabilidad limitada. *La XII Directiva de la CEE en materia de derecho de sociedades*, de 21 de diciembre de 1989, 89/667/CEE, regula la SRL de socio único, es decir, permite el ejercicio de la empresa individual bajo la forma de SRL (ver, ALONSO UREBA, A., "La 12ª Directiva comunitaria en materia de Sociedades relativa a la Sociedad de capital unipersonal y su incidencia en el Derecho, doctrina y jurisprudencia española, con particular consideración en la RDGRN de 21 de junio de 1990", *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en homenaje a JOSÉ GIRÓN TENA*, Madrid, 1991, págs. 63-118; DUQUE DOMÍNGUEZ, "La 12.ª Directiva del Consejo (89/67/CEE de 21 de diciembre de 1989) sobre la Sociedad de responsabilidad limitada de socio único en el horizonte de la empresa individual de responsabilidad limitada", *Derecho Mercantil de la Comunidad*

Universidad de Huelva 2009

Económica Europea, Estudios en homenaje a JOSÉ GIRÓN TENA, Madrid, 1991, págs. 241-289; BALDÓ DEL CASTAÑO, V., "El empresario individual con responsabilidad limitada en la doctrina española", *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. MANUEL BROSETA PONT*, T. I, Valencia, 1995, págs. 279-303).

Pero al mismo tiempo, el artículo 7 de la XII Directiva, no se opone a la existencia de una normativa que regule la empresa individual de responsabilidad limitada. En efecto, los Estados miembros pueden regular en sus ordenamientos la constitución por los empresarios de empresas individuales que limiten su responsabilidad al patrimonio afectado a la actividad determinada por el objeto de la misma empresa, debiendo, estas empresas individuales de responsabilidad limitada, ofrecer unas garantías equivalentes a las impuestas en la misma Directiva para las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada. Ejemplo de ello es el caso de la legislación portuguesa, en cuyo Ordenamiento jurídico se reguló, con anterioridad a la Directiva, a través del Decreto Ley núm. 248, de 25 de agosto de 1986, la empresa individual de responsabilidad limitada, siguiendo vigentes sus normas después de la promulgación de la XII Directiva.

> Así el artículo 1, del Decreto Ley 248/86, establece que: "*Cualquier persona individual que ejerza o pretenda ejercer una actividad comercial puede constituir para su efecto una empresa individual de responsabilidad limitada.*
> *El interesado afectará a la empresa individual de responsabilidad limitada una parte de su patrimonio, cuyo valor representará el capital inicial de la empresa.*
> *Una persona sólo puede ser titular de una única empresa de responsabilidad limitada*".
>
> Por su parte, el artículo 36 establece el ámbito de aplicación territorial del Decreto:"*...se aplica a las empresas individuales de responsabilidad limitada que se constituyan y tengan sede principal y efectiva en Portugal*".

No podemos pasar por alto la importantísima modificación que ha supuesto para nuestro Derecho de Sociedades la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Como dice la Exposición de motivos de la propia Ley uno de los aspectos más delicados de la reforma es el relativo a la sociedad unipersonal. El legislador nacional no se ha limitado a admitir y regular la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada (Capítulo XI, arts. 125-129) sino que, además, acepta y da tratamiento jurídico a la sociedad anónima unipersonal (Disposición adicional segunda). En definitiva, la Ley admite la unipersonalidad originaria o sobrevenida tanto respecto de las sociedades de responsabilidad limitada como para las sociedades anónimas. La regulación que la nueva Ley da a las sociedades unipersonales es, posiblemente, merecedora de juicios y valoraciones dispares (lo que consideramos excede de este trabajo y debiera ser el tema único de un estudio minucioso y detallado), sin embargo, no se le puede negar el mérito de dotar de un marco normativo definido y bastante completo a la sociedad de un sólo socio, evitando la peligrosa incertidumbre en que hasta la fecha se había desenvuelto la figura.

Ahora bien, es necesario aclarar que la sociedad unipersonal, a la que en líneas precedentes nos referimos, no puede ser calificada de patrimonio separado y autónomo, sino de persona jurídica con su propio patrimonio, al menos formalmente.

c) La empresa como universalidad. En el hecho de estar integrada la empresa de una variedad de cosas no ligadas entre sí materialmente, las cuales aspiran a un tratamiento jurídico unitario, se fijan algunos autores para aplicar a la empresa el concepto romano de la *universitas*. Pretenden considerar a la empresa como un objeto jurídico indivisible, integrado por todos los elementos patrimoniales singulares que la componen, reconocida por el Derecho como entidad única, sometida a una disciplina nueva y diversa de aquella que es propia de los elementos aislados.

Más no es posible permitir a los particulares la creación arbitraria de nuevos objetos jurídicos cuando ninguno de nuestros textos legales reconoce a la empresa, con carácter general, como un todo indivisible. Por ello, esta teoría ha de ser desechada. Los particulares pueden someter por vía convencional todos los elementos patrimoniales de la empresa a un mismo destino, pero cada uno de ellos recibirá el tratamiento jurídico determinado que le corresponda de acuerdo con su propia naturaleza. Es el Derecho positivo quien ha de reconocer a la empresa como nuevo objeto jurídico unitario, no los particulares.

d) Las **Teorías atomistas** surgen ante la dificultad de encontrar una fórmula que conceptualmente explique la empresa como unidad jurídica, llevando a ciertos autores a defender posturas extremas. Desde el punto de vista jurídico la

Universidad de Huelva 2009

empresa no es para el Derecho un bien único, es una pluralidad de bienes heterogéneos que se rigen por las normas específicas que el Ordenamiento reserva para cada uno de ellos de acuerdo a su naturaleza jurídica. Los negocios jurídicos que toman en consideración la empresa como unidad se descomponen en otros relativos a cada uno de sus elementos o, al menos, se configuran como negocios complejos produciendo sus efectos separadamente sobre cada uno de los bienes que la componen. La orientación atomista es la sostenida en España por GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, cit., págs. 174 y ss.

La empresa resulta de la organización de una variedad de componentes: cosas (muebles e inmuebles), derechos (nombre, firma, emblema, marcas), relaciones materiales de valor económico. La conexión de estos elementos procede de la simple voluntad de quien los combina. Su organización puede, por tanto, servir en los negocios que sobre ella se llevan a cabo como indicio del contenido de la voluntad de las partes; pero no es en sí una unidad de Derecho, cada elemento sigue su destino jurídico propio.

Hoy, la posición pesimista de esta doctrina, según la cual es imposible llegar a un concepto jurídico unitario de la empresa, no se corresponde con la evolución histórica del concepto ni con las necesidades sentidas en el tráfico jurídico de dar a la empresa un tratamiento homogéneo, por lo que es necesario seguir la "búsqueda" del concepto de empresa sin anclarse en posiciones tan extremas como ésta.

e) Las concepciones dinámicas e inmateriales. La insuficiencia de las concepciones subjetivistas y patrimonialistas de la empresa, que sólo permiten ofrecer una comprensión parcial de la realidad compleja que ésta supone, ha llevado a algunos autores a destacar los factores dinámicos (actividad), espirituales o inmateriales (organización) de la empresa.

Para algunos de ellos, en la empresa existen dos aspectos diferentes: la empresa, como la actividad económica del empresario, y la "hacienda" o establecimiento, que se integra por el conjunto de bienes organizados por el empresario para el ejercicio de su actividad. Esta corriente ha encontrado en Italia un amplio desarrollo, sobre la base de su reconocimiento en el *Codice civile*. El Código civil italiano no da un concepto de la empresa y define sólo al empresario como la persona "que ejerce profesionalmente una actividad económica organizada a los fines de la producción o del cambio de bienes o servicios" (art. 2.082), y a la *azienda* como "el complejo de bienes organizados por el empresario para el ejercicio de la empresa" (art. 2.555). Por tanto, la empresa no es un conglomerado de elementos de distinta naturaleza, organizados y unidos por un vínculo de finalidad económica, sino el ejercicio profesional de una actividad económica organizada con el fin de actuar en el mercado de bienes y servicios.

Otro grupo de autores centran la esencia del concepto jurídico de empresa en la idea de organización. Organización entendida como reunión y disposición de los distintos elementos (personales, patrimoniales e inmateriales) que componen la empresa con vista a un fin productivo, a obtener ganancias. Se pretende, así, que la empresa concebida jurídicamente como organización sea reconocida y protegida como creación inmaterial del empresario. La organización y explotación de los bienes que componen la empresa suponen un incremento en la valoración conjunta de la misma. El Derecho tiende a conservar ese resultado a través de las diversas mutaciones de sus elementos personales con objeto de salvaguardar ese nuevo valor creado por la actividad organizadora. Esta teoría ha sido desarrollada por FERRARA, "Naturaleza jurídica de la Hacienda mercantil", *Revista de Derecho Privado* nº 380, 1948, págs. 973 y ss., y seguida entre nosotros por RUBIO, J., *Introducción al Derecho Mercantil*, cit., págs. 535 y ss.

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, URÍA, R., *Derecho Mercantil*, cit., págs. 39-40, trata de examinar el fenómeno desde una nueva perspectiva, buscando la explicación del mismo por la vía del moderno concepto de institución, entendida como organización de elementos materiales y personales en función de un orden superior a todos ellos.

Estas teorías tienen el acierto de reconocer y considerar la importancia que los elementos inmateriales de la empresa tienen sobre la misma, pero, moviéndonos en la realidad, se deja sentir la falta del suficiente apoyo legal de estas doctrinas en el Ordenamiento español, y el olvido de otros elementos importantes dentro de la empresa como son, en este caso, los elementos materiales.

Lo cierto es, que casi todas estas teorías llevan a una comprensión parcial de la reglamentación positiva de la

Universidad de Huelva 2009

y, además, resaltar que todas las construcciones jurídicas sobre la empresa tienden a explicar, en definitiva, su aptitud para ser objeto de tráfico[4].

1°.a. La empresa como objeto unitario de tráfico jurídico.

En relación a la consideración de la empresa como objeto de tráfico jurídico la doctrina ha elaborado tres grupos de teorías: según la teoría clásica "unitaria", la empresa es una unidad jurídica dotada de una fuerza económica "centrípeta" e integradora quedando, de

---

empresa. Ello se debe a que los autores han pretendido encajar la empresa en algunos de los esquemas conceptuales clásicos (persona jurídica, patrimonio autónomo, universalidad, bienes inmateriales), y han tropezado con la enorme dificultad de encontrar un concepto que sirva para traducir jurídicamente la unidad económica de la empresa.

Sin embargo, el concepto jurídico de empresa no puede fijarse de un modo doctrinal o abstracto, sino que debe ser deducido de los textos legales; es decir, del Derecho positivo. Es el Ordenamiento jurídico el que ha de consagrar la unidad jurídica de la empresa, sin que ésta pueda resultar de la voluntad de los particulares ni de la interpretación laboriosa de los juristas.

Actualmente, en el Ordenamiento jurídico español existen nuevos elementos normativos que pueden constituir las bases jurídico-positivas de un concepto de empresa válido para el Derecho Mercantil. De acuerdo con nuestra Constitución, se puede afirmar que el modelo de empresa económico-constitucional es el de una organización económica, productiva y eficiente, creada y dirigida por un sujeto jurídico (privado o público), que goza de libertad económica. En el Código civil español, tras la reforma de 1981 (Ley 11/1981), se pueden encontrar valiosos materiales normativos para intentar la integración del concepto jurídico de empresa. En algunos de sus preceptos, el legislador parece inclinarse por una concepción de la empresa como objeto unitario de tráfico jurídico que puede conservar, en caso de desplazamiento, su unidad patrimonial y funcional (art. 1.406.2° C.c.). Finalmente, determinados preceptos de nuestro Derecho positivo reconocen de forma aislada la unidad económica de la empresa (art. 3 LAU, de 11 de junio de 1.964; art. 39.3 LSA; art. 133.1 RRM; art. 20.2 LSRL; art. 79 LM). Sin embargo, ninguno de ellos llegan a establecer una nueva categoría patrimonial en la cual pueda encuadrarse la empresa en su total complejidad.

A pesar de este avance en el proceso hacia la progresiva consolidación del concepto jurídico de empresa dentro del Ordenamiento jurídico español, es conveniente continuar el camino hacia la creación de un estatuto jurídico propio de la empresa, que lleve consigo una comprensión total de los distintos aspectos y dimensiones que ésta presenta como bien o valor patrimonial de explotación económica. Es, además, labor de la jurisprudencia desenvolver estas nuevas orientaciones que pueden encontrarse en nuestro Derecho positivo para que, con la ayuda de la doctrina y de los usos mercantiles, alcance la empresa la tutela jurídica deseada. En este sentido, FONT GALÁN, J.I. ("La empresa en el Derecho Mercantil", *Derecho Mercantil* [coordinación JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.], 4ª ed., T. I, Barcelona, 1997, págs. 69), ha definido la empresa, desde el punto de vista estrictamente jurídico, como una "*específica modalidad de riqueza productiva, constitutiva de un bien o valor patrimonial de explotación, resultante de la materialización de la iniciativa creadora del empresario, de la proyección patrimonial de su labor organizadora de los distintos factores productivos, facultades, poderes y técnicas jurídicas, y de la actividad de producción e intermediación de bienes y servicios para el mercado*".

[4] FONT GALÁN, J.I., ("La empresa como objeto de negocios jurídicos", *Derecho Mercantil* [coordinación JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.], 4ª ed., T. I, Barcelona, 1997, pág. 71), considera que la gran cuestión conceptual de la empresa responde a requerimientos de orden práctico jurídico: se trata de saber en qué categoría jurídica, de las conocidas y reguladas en el Derecho, se encuadra la empresa -o, en última instancia si ésta se reconoce como específica categoría jurídica del nuevo Derecho-, con vistas a someterla, cuando es objeto de negocios jurídicos, al régimen de normas reguladoras de aquella categoría jurídica en la que la empresa, por su naturaleza, se encuadre.

Universidad de Huelva 2009

este modo, sujeta a un determinado cuadro de normas más o menos completo[5]; para la teoría atomista, anteriormente enunciada, al quedar la empresa reducida a una mera pluralidad de bienes, derechos y relaciones carente de individualidad y unidad jurídica superior, el régimen jurídico aplicable a su transmisión será necesariamente plural y diverso, según la naturaleza propia y la ley de circulación de cada uno de los elementos singulares que la forman; por último, es de mencionar una teoría intermedia o ecléctica (a la cual nos adherimos) que considera que la empresa no es una verdadera unidad jurídica, pero las partes, cuando contratan para transmitirla, la consideran jurídicamente como una unidad funcional, lo que significa que un único negocio de transmisión de la empresa -cualquiera que éste sea- genera la obligación de transferir todos y cada uno de sus elementos esenciales, cuya transmisión efectiva se realizará individualmente según la ley de circulación propia de cada uno de ellos.

Lo cierto es que, aunque el Derecho no haya reconocido de manera absoluta la unidad jurídica de la empresa, los particulares, en el ámbito negocial, en el momento de perfección del contrato, la consideran jurídicamente como una unidad funcional, como objeto único y unitario del negocio jurídico que en cada caso se haya adoptado. El problema es que, llegado el momento de su ejecución, cuando el transmitente tiene que cumplir su obligación de entrega, se ve obligado, ante la falta de una regulación propia de los distintos negocios transmisivos que sobre la empresa se pueden constituir, a efectuar la transmisión por separado, es decir, la transmisión individualizada de cada uno de los elementos que la componen, siguiendo cada uno su propia ley de circulación[6].

En la realidad, en el tráfico diario, las empresas son objetos de múltiples negocios

---

[5] Esta concepción unitaria de la empresa permite su encuadramiento en algunas de las diversas categorías con eficacia unificadora tales como la universalidad, el patrimonio autónomo, la organización, etc.

[6] CALVO ALFAGEME, ("La empresa mercantil como objeto de negocios jurídicos", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1945, pág. 544), entiende que si la transmisión de la empresa implica transmisión de inmuebles, muebles y derechos, es natural que se observen las normas requeridas por la ley para que estas transmisiones tengan lugar, según la especial naturaleza de cada elemento. Pero considera que esto no basta para romper la unidad negocial: "*la unidad de un negocio por el objeto complejo* [afirma] *se mantiene a pesar de la existencia de elementos heterogéneos que exigen una especial regulación motivada por su especial naturaleza*".

Universidad de Huelva 2009

(venta, arrendamiento, usufructo, etc). En todos estos supuestos la voluntad de las partes es considerar la empresa como un conjunto unitario cuyos elementos siguen un único destino. Pero la voluntad de los interesados no puede, sin apoyo legal, crear nuevos objetos de derechos.

Cuando se habla de empresa como objeto de tráfico jurídico se hace referencia a una organización de bienes y relaciones jurídicas con un valor propio, superior al valor resultante de la suma de los valores de los distintos elementos que la integran, y susceptible de constituirse en objeto de tráfico jurídico cualquier que sea la forma jurídica adoptada (venta, arrendamiento, usufructo, *transmisión mortis causa* ...). Consecuentemente, la empresa puede, de forma válida y eficaz, ser objeto unitario de negocios jurídicos. Y ello porque las partes pueden contractualmente considerarla como una unidad. Una cosa es que nuestro Derecho positivo no haya reconocido todavía, de manera definitiva, la unidad jurídica de la empresa y otra cosa es que los particulares, en los contratos relativos a la empresa, la consideren como un todo, para someter la pluralidad de sus elementos al mismo destino sin necesidad de referirse aisladamente a cada uno de ellos[7].

En definitiva, partimos de la consideración de la empresa como objeto de tráfico jurídico, configurando su transmisión -cualquiera que sea la forma jurídica adoptada- como un único negocio que, aún diversificándose en la "entrega" de sus distintos elementos -unidad de título y pluralidad de modos[8]-, aspira a la subrogación del adquirente en la

---

[7] La voluntad de las partes es transmitir la empresa como un todo, como una unidad, y esto es posible en el ámbito negocial en el momento de perfección del contrato. El problema surge, como ya hemos señalado, cuando el transmitente, para cumplir su obligación de entrega, ha de poner los distintos elementos que la integran en poder y posesión del adquirente. En ese momento no se puede efectuar la entrega de la empresa como un bien unitario, sino que la Ley obliga, ante la falta de una regulación propia y específica para los negocios jurídicos que sobre la empresa pueden recaer, a transmitir los elementos uno por uno, siguiendo cada uno de ellos la ley de circulación que le corresponde.

[8] No podemos olvidar que, en nuestro Derecho, la transmisión de las cosas, incluso del dinero, no es consensual, sino que el contrato o título de transmisión debe venir acompañado de un "modo", la tradición o entrega material o sustituida por diversas formas de entrega inmaterial (de llaves de una casa, otorgamiento de escritura, etc.), como establece el artículo 609 del Código civil. Cuando el objeto de la transmisión lo constituye una empresa, nada impide que se considere como un todo, lo que se manifestará en los términos empleados, naciendo del contrato todas las obligaciones de dar, hacer o no hacer (arts. 1.089 y 1.091 C.c.). Pero cada uno de los elementos integrantes de la empresa habrá de seguir su propia ley de circulación.

Universidad de Huelva 2009

posición jurídica del empresario transmitente, es decir, en la titularidad de la empresa y de los derechos y obligaciones nacidos de su ejercicio[9].

De hecho, es la misma jurisprudencia la que reconoce la posibilidad de configurar la empresa como objeto de tráfico jurídico. Así lo hace la Sentencia de 13 de marzo de 1943, en la que por primera vez nuestro Tribunal Supremo, tras declarar la improcedencia del desahucio por considerar que el contrato en cuestión consistía en un arrendamiento de empresa y no de local de comercio, resuelve de manera accesoria el problema de la naturaleza jurídica de la empresa como objeto de tráfico jurídico[10]. En el mismo sentido se manifiesta el Tribunal (Sala 3ª) en la Sentencia de 13 de febrero de 1982, en la que la parte apelante defiende la improcedencia de la sujeción de la transmisión de una empresa mercantil al Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales, y declara que la transmisión de una empresa mercantil es un acto no sujeto, y por tanto, lo que debe ser gravado son tantas transmisiones como elementos integran la empresa, al tipo correspondiente a la índole de cada uno de los elementos transmitidos. Por su parte, el Tribunal Supremo (Sala 3ª), que desestima el recurso de apelación interpuesto, declara que "*a pesar de que la empresa está compuesta de elementos o bienes de distinta índole, nada se opone a que pueda ser objeto de reivindicación -y de trasmisión- como un todo unitario y complejo, diferenciado de los*

---

[9] POLO SÁNCHEZ, E., "La aportación de empresa a sociedad", *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil, homenaje a EVELIO VERDERA Y TUELLS*, T. III, Madrid, 1994, pág. 2206; LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 145; FONT GALÁN, J.I., "La empresa como objeto de negocios jurídicos", cit., págs. 71-74; BROSETA PONT, M., "La empresa como objeto de tráfico jurídico. Problemas previos", *Problemática jurídica actual de la empresa*, Valencia, 1965, págs. 18-28; CALVO ALFAGEME, "La empresa mercantil como objeto de negocios jurídicos", cit., pág. 544; VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. I, vol. 1°, cit., pág. 214.

[10] "... *Gana terreno en el orden científico, la idea de que la empresa es, en suma, una verdadera organización de actividades, de bienes y de relaciones de muy variada condición, que, pese la condición de cada uno de ellos, puede ser en su conjunto, objeto de tráfico jurídico, sin que la idea sea extraña a nuestras prácticas comerciales, en las que suele ser frecuente la transmisión definitiva o temporal del negocio mercantil como entidad sustantiva, ni pueda decirse ajena a nuestro Derecho que, en cualquier caso, como en el contemplado en el artículo 928 del C. de c., admite la posibilidad de que la Empresa sea traspasada, que es tanto como decir, que, considerada como un todo, puede ser y es frecuentemente objeto de relaciones jurídicas de carácter obligacional*". Más recientemente se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en términos similares, en la Sentencia de 13 de febrero de 1992.

Universidad de Huelva 2009

elementos que lo integran"[11]. A su vez, ratifica expresamente la doctrina según la cual la empresa como organización productiva tiene un valor superior al de la simple suma de los elementos que la integran, siendo el elemento esencial la organización[12].

Por lo tanto, el ingreso de la empresa entre los objetos o bienes jurídicos que se incorporan al tráfico se produce en la práctica cotidiana. Pero más allá del terreno convencional o contractual, la idea de la empresa como objeto de derecho también ha sido acogida a ciertos efectos en el Derecho legislado. Prueba de ello es el reflejo en algunos de nuestros textos legales de la concepción unitaria de la empresa.

En efecto, la consideración en el tráfico jurídico de la empresa como un objeto unitario parece menos cuestionable después de la reforma en 1981 de nuestro Código civil[13], en la que por fin parece que puede vislumbrarse la base jurídica necesaria para considerar a la empresa como objeto unitario, apareciendo así como un asidero legítimo para enfrentar

---

[11] Esta Sentencia acoge la concepción unitaria de la empresa también a efectos fiscales en el supuesto de venta de empresa, incluyéndola en la expresión "toda clase de bienes" (art. 7-1-A de RD 3.494/1981 de 29 de diciembre, Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, entonces vigente), como hecho imponible autónomo, cuya base imponible es el "haber líquido" o activo realizable menos pasivo exigible; y cuyo tipo aplicable era el 2 por 100, correspondiente a bienes muebles, y no el 5 por 100, correspondiente a inmuebles, aunque existan inmuebles formando parte de su activo; lo que sin duda significa un premio o recompensa al esfuerzo de organización o creación de un bien inmaterial o riqueza industrial y un estímulo a su circulación como tal. Es necesario aclarar que el citado RD 3.494/1981 ha sido derogado por el RD 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el nuevo Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentos. En dicho Reglamento se incluyen las disposiciones aplicativas o interpretativas que se han considerado necesarias para la adecuada efectividad del tributo, desarrollando en lo necesario las materias previstas en el nuevo Texto Refundido de Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por RDL 1/1993, de 24 de septiembre. Siguiendo la misma orientación de su antecesor, el artículo 6 del nuevo Reglamento, hace exigible el impuesto, por las transmisiones patrimoniales onerosas de bienes y derechos, "cualquiera que sea su naturaleza".

[12] <<...*Pretender sustraer, por lo tanto* [declara el Tribunal], *al pago del Impuesto, este "mayor valor", esta "organización", o este "todo unitario, complejo y diferenciado de los elementos que integran la empresa", es pretender ignorar una realidad...* [y continúa afirmando que] *...el hecho de que se transmitan o se cedan cada uno de estos bienes, no puede impedir la realidad de que lo que se ha cedido o transmitido ha sido la empresa que era titular de ellos, y que, por lo tanto, ha de ser valorada no por el valor singular de los que se transmiten, sino por el que tengan también aquéllos que la parte apelante parece querer ignorar, y que son precisamente, los que hacen que la empresa como un todo organizado tenga más valor que el de los bienes singulares que la componen*>>.

[13] Ver, por todos, EGEA IBÁÑEZ, R., "Empresa o establecimiento mercantil. Bienes gananciales o privativos. Reforma del Código Civil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 551, 1982, págs. 1281-1308; LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., "La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13-5-1981", *Revista Jurídica de Catalunya* nº 1, 1983, págs. 51-83.

Universidad de Huelva 2009

aquellas teorías "pesimistas" que encontraban la empresa carente de esa unidad jurídica que se esperaba en el mundo del Derecho. La empresa aparece reconocida en el Código civil como un objeto jurídico unitario, al incorporar como "parte integrante o pertenencias" de la misma "los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión" o actividad económica (art. 1.389.2), y, sobre todo, al estar protegida en la conservación de su unidad patrimonial y funcional mediante el reconocimiento en favor del cónyuge empresario de un "derecho" a que se incluya con preferencia en su "haber" repartible (art. 1.406.2) dicho objeto jurídico unitario, cuando, por su naturaleza de bien ganancial, debe sujetarse al procedimiento de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales[14]. La empresa se concibe en el Código civil como un objeto unitario de derecho susceptible de configurar y soportar sobre él la constitución de un derecho real[15].

Consecuentemente, esta consideración legal de la empresa como objeto jurídico unitario, susceptible de un único desplazamiento patrimonial, debe servir como un punto de apoyo a los juristas para que propongan y desarrollen, con suficiente fundamento jurídico positivo, la instrumentación de actos unitarios de disposición y gravamen sobre la empresa como unidad patrimonial y funcional, sin necesidad de descomponerla en sus simples elementos para la ejecución del negocio y, por tanto, sin requerir múltiples y singulares actos de disposición para cada uno de sus elementos, sujetos en su realización a regímenes

---

[14] LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A., ("La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13-5-1981", cit., pág. 55), considera que la empresa es concebida por el legislador, cuanto menos a los efectos de la regulación económica del matrimonio, como un bien unitario, distinto de los demás que pueden integrar el patrimonio ganancial o privativo de cada uno de los cónyuges; así parece deducirse de la expresa mención de la empresa en el catálogo de bienes gananciales y privativos, y de la posibilidad de que sea transmitida (adjudicada) como un todo *ex* artículo 1.406.2 del Código civil, en el acto de liquidación de la comunidad.

[15] En caso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales se reconoce y concede al cónyuge empresario -sobre la "explotación comercial o industrial"- un derecho efectivo en virtud del cual puede reclamar o exigir, con preferencia sobre el otro cónyuge, la adjudicación o atribución patrimonial de la empresa como unidad económica de explotación (art. 1.406.2). Es ciertamente relevante que sea la Ley, y no el acuerdo o la voluntad de las partes interesadas -los cónyuges miembros de la sociedad de gananciales en disolución y liquidación-, quien otorgue al cónyuge empresario la posibilidad de reivindicar que se le atribuya en propiedad el conjunto de los elementos patrimoniales de la explotación comercial o industrial (ver, el artículo 1.407 del C.c. que también puede aplicarse, por analogía, al número 2 del artículo 1.406 del C.c.). Consecuentemente, la empresa conyugal es objeto de desplazamiento patrimonial y funcional, en virtud de un acto de "adjudicación", que tiene su fundamento jurídico positivo en el reconocimiento en favor del cónyuge empresario de un derecho sobre la empresa legalmente expresado y articulado en el 1.406.2 del C.c. como derecho de adjudicación y atribución de la empresa.

Universidad de Huelva 2009

jurídicos diferentes[16].

Por otro lado, tanto en la LSA de 1951 como en la actualmente vigente, a la que expresamente remite el artículo 20.2 de la LSRL de 1995, se encuentra uno de los más significativos ejemplos de cómo el legislador toma en consideración a la empresa como objeto unitario de negocios jurídicos, al regular su aportación a una sociedad anónima. El artículo 133.1 del RRM, por su parte, reconoce expresamente la unidad económica de la empresa objeto de aportación a este tipo de sociedades, al exigir que conste la valoración unitaria del conjunto o unidad económica objeto de aportación en la escritura pública de constitución. Estos textos contemplan a la empresa, al menos a ciertos efectos, como algo diferente de la simple suma de los elementos que la componen.

Siguiendo esta misma orientación, la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos de 11 de junio de 1964, en su artículo 3 párrafo 1º, definía, si bien lo hacía excluyéndolo del ámbito de su regulación, el arrendamiento de industria o negocio (empresa), y consideraba como tal "*la unidad patrimonial con vida propia, susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas*".

Por tanto, podemos afirmar que el legislador admite -de forma clara e inequívoca- que la empresa, como conjunto organizado de elementos de variada naturaleza, puede ser unitariamente considerada por las partes en sede contractual[17]. La determinación de los

---

[16] En definitiva, el contrato puede tener a la empresa como su objeto único. No es necesario, por tanto, contratar por separado la transmisión de cada uno de los elementos que la integran. Lo que sí es necesario culminar la transmisión mediante los mecanismos jurídicos establecidos para cada bien o elemento, y el régimen de transmisión será el propio de cada uno según su naturaleza. Por ejemplo, respecto a los bienes muebles hará falta la *traditio*, de acuerdo con el artículo 609 del C.c.; tratándose de créditos será necesaria la notificación al deudor en virtud del artículo 1.527 del C.c., etc. Todo esto no haría falta si la empresa fuera un objeto unitario de derechos a todos los efectos.

[17] La falta de un general reconocimiento legislativo de la unidad jurídica de la empresa explica la inexistencia de un derecho real de garantía sobre la entidad productiva. Sin embargo, es conveniente señalar que hay una figura singular de hipoteca mercantil, la hipoteca sobre el establecimiento mercantil, entendido como base física de la empresa, instrumento de ésta y sustrato de los bienes materiales e inmateriales de la misma.

Regulada en la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 16 de diciembre de 1954 (ver, arts. 17, 19 a 23 y 27), sin gravar total ni unitariamente la empresa (al quedar excluidos de la misma elementos de tanta relevancia como la clientela y la

Universidad de Huelva 2009

elementos patrimoniales que forman la empresa cuando ésta es objeto de tráfico jurídico se ha de realizar, en caso de falta de acuerdo o discrepancia de las partes, con la asistencia técnica de criterios de naturaleza económica. De cualquier manera, todos los elementos patrimoniales de la empresa que sean necesarios para que el adquirente pueda continuar la actividad empresarial en las mismas condiciones y niveles de rendimiento y productividad deben considerarse como integrantes del objeto de la transmisión.

A pesar de todo ello, cuando se comienzan a establecer las bases jurídicas para la consideración de la empresa como unidad y a superar el vacío normativo existente, admitiendo, cómo no, que existe una tendencia legislativa a reconocer la unidad funcional o instrumental de la empresa, falta aún por crearse un estatuto jurídico o un cuadro normativo que regule los distintos negocios posibles sobre la entidad productiva. La inexistencia de una ley de circulación de la empresa tomándola en consideración como una unidad jurídica, hace preciso recurrir, en los distintos negocios que sobre la misma pueden efectuarse, a la autonomía de la voluntad de las partes y a la aplicación de las normas civiles y mercantiles propias en lo que sea útil para el fin de los contratantes, y rechazar aquellas otras normas -sin contravenir las imperativas y las configuradoras del tipo contractual- que no convengan al negocio jurídico que en cuestión se esté llevando a cabo.

---

organización), está potencialmente dotada de una notable y flexible capacidad abarcadora de los bienes de la empresa, según la voluntad de las partes, a la vez que satisface las exigencias generales de continuidad de la actividad empresarial (ver, FONT GALÁN, J.I, "La empresa como objeto de negocios jurídicos", cit., págs. 86-87; ID., "Los contratos mercantiles de garantía", *Derecho Mercantil* [coordinación JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.], 4ª ed., T. II, Barcelona, 1997, págs. 403-406). Esta hipoteca se concreta, como hemos señalado, sobre ciertos elementos patrimoniales integrantes de la empresa (arts. 21 y 22 LHM). En efecto, este derecho real de garantía se extiende necesariamente sobre el derecho de uso del local y sus instalaciones fijas o permanentes, y, salvo pacto en contrario, sobre los derechos de propiedad industrial o intelectual y el utillaje y maquinaria, pudiendo abarcar también, mediante pacto expreso, las mercaderías y materias primas. La ley debe procurar en los casos que se procede a la adjudicación de los bienes hipotecados a un tercero, o al propio acreedor, que se mantenga la unidad funcional de la empresa y la continuidad de su actividad. Con la misma idea, el artículo 27 establece que el empresario deudor hipotecante está obligado, cuando proceda, a continuar el comercio o industria en el establecimiento hipotecado con arreglo a los usos de comercio, pudiendo el acreedor pedir la administración judicial si el establecimiento hipotecado se administrase mal. Es conveniente advertir que la hipoteca sobre el establecimiento mercantil está sufriendo una considerable pérdida de sentido y devaluación, a consecuencia de la supresión, por el Real Decreto Legislativo 2/1985 (art. 8), de la prórroga forzosa de los contratos de arrendamiento del local de negocio. Con esta medida se hace perder a este derecho real de garantía su más genuino valor económico materializado en el derecho de uso y explotación del local de negocio.

Universidad de Huelva 2009

Por último, es conveniente tomar conciencia de que el interés de quien organiza una empresa no es ciertamente obtener una serie de bienes sobre los cuales adquiera el uso directo (típico del esquema de la propiedad), sino más bien aquél de obtener una posible ganancia en el ejercicio de una actividad desarrollada, instrumentalmente, a través del complejo organizado. En este sentido, es posible afirmar que la empresa es un objeto unitario; es posible vislumbrar en la persona del titular respecto de la empresa un derecho subjetivo absoluto y exclusivo que tiene como punto de referencia objetivo, no el mero agregado de bienes, sino la empresa en su aspecto dinámico, o sea, en cuanto entidad susceptible de ser gozada mediante el desarrollo de una actividad económica. Es más, el titular de la empresa se verá amparado y protegido a través de una serie de disposiciones normativas que tratan de tutelar algunos de los diversos elementos que integran la entidad productiva, como por ejemplo los signos distintivos, la propiedad comercial, y, aquéllas otras que persiguen la concurrencia desleal y la tutela de la propia actividad empresarial. De otra parte, es cierto que en las normas de diversos textos legales está presente un evidente intento de tutelar la unidad funcional de la empresa respondiendo a los intereses generales, por lo que no sería sostenible una concepción rígidamente atomista[18].

Lo realmente importante no consiste en dilucidar si la empresa es o no objeto unitario de derecho y el posible efecto que esta conclusión puede producir, ya que realmente pervive la individualidad jurídica de los singulares elementos que la componen y, en consecuencia, una pluralidad y heterogeneidad de derechos subjetivos. El problema, en verdad, es si la empresa puede o no ser considerada de forma unitaria como objeto de tráfico jurídico, configurando su transmisión -cualquiera que sea la forma jurídica adoptada- como un único negocio, aún cuando sea necesaria la diversificación en la tradición de sus distintos elementos, en definitiva, unidad de título y pluralidad de modos. Y a estos fines parece lo

---

[18] Además de los ya señalados como el Código civil, la Ley de Sociedades Anónimas, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 y el Reglamento del Registro Mercantil, podemos citar el artículo 79 de la LM, que establece la prohibición de transmitir el nombre comercial, si no es con la totalidad de la empresa a la que pertenece, e, igualmente, el artículo 928 del C. de c., que a fin de conservar la entidad productiva, admite la posibilidad de que la empresa sea traspasada con las condiciones que se fijen en el convenio de la quiebra.

Universidad de Huelva 2009

más coherente considerar a la empresa como un objeto unitario y, si se quiere, como un bien susceptible de entrar en el tráfico jurídico[19].

Consecuentemente, aceptando que la empresa puede ser objeto de tráfico jurídico, asumimos que la aportación de empresa a la sociedad anónima constituye uno de los negocios jurídicos *inter vivos* que puede adoptar la transmisión de la empresa. Este negocio de naturaleza social, se integrará en el contrato de sociedad -bien en su constitución o en el aumento de su capital- y, en concreto, habrá de seguir y respetar el régimen de las aportaciones no dinerarias.

1°.b. Relación empresario-empresa: la titularidad de la empresa.

Una vez confirmada la posibilidad de considerar a la empresa como objeto unitario de tráfico jurídico, es preciso tener en cuenta que en la empresa pueden, y de hecho suelen existir elementos o bienes a ella esenciales que no son propiedad del empresario transmitente y sobre los que, por tanto, difícilmente podrá el adquirente obtener un verdadero derecho de propiedad (pensemos, por ejemplo, en el local donde se desarrolla la actividad empresarial en aquellos supuestos en los que el transmitente posea la titularidad del derecho de arrendamiento que recae sobre él, pero no el derecho de propiedad del mismo que pertenece a un tercero, el arrendador). Además, la naturaleza especialmente compleja de este objeto jurídico empresarial, formado también por elementos económicos y relaciones de hecho no susceptibles de dominación jurídica (tales como la organización, la clientela, las expectativas de beneficios, las relaciones contractuales, etc.) obliga a hablar de "titularidad de la empresa" más que de "propiedad de la empresa" para explicar la naturaleza de la relación del

---

[19] POLO SÁNCHEZ, E., "La aportación de empresa a sociedad", cit., pág. 2206; LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 145; FONT GALÁN, J.I., "La empresa como objeto de negocios jurídicos", cit., págs. 71-74; BROSETA PONT, M., "La empresa como objeto de tráfico jurídico. Problemas previos", cit., págs. 18-28; CALVO ALFAGEME, "La empresa mercantil como objeto de negocios jurídicos", cit., pág. 544; VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. I, vol. 1°, cit., pág. 214.

Universidad de Huelva 2009

empresario con su empresa[20]. Por ello, cualquier negocio transmisivo de la empresa tiende a transmitir el poder de gestión y organización, así como las relaciones fácticas y jurídicas que ligan al empresario transmitente con cada uno de los diversos elementos que la integran, sin que por ello pierda ésta su unidad jurídica superior.

Se es, por tanto, titular de la empresa aunque no se sea propietario de la totalidad de los elementos que forman parte de la entidad productiva. Y se transmite la titularidad de la empresa a través de la transmisión de la titularidad de los derechos (de propiedad, de uso o de disfrute) sobre cada uno de los elementos y relaciones fácticas o jurídicas que la constituyen[21]. Esta titularidad será, en ocasiones, igual al derecho de propiedad sobre algunos elementos, y, en otras, no coincidirá con la propiedad de ciertas relaciones o

---

[20] La "titularidad", como noción jurídica, presenta una cierta ambigüedad. En sentido estricto debería equipararse a la noción de propiedad, de pleno dominio. Así, normalmente, cuando se indica que se es "titular" de un bien, sin mayor matización, se quiere decir que se es propietario de aquél. Si por el contrario, se dice que se es "titular" de un derecho se está indicando que se le posee en plenitud de modo legítimo. Se es "titular", por ejemplo, de un derecho de arrendamiento, de usufructo... o de una relación jurídica, en general.

Pero con independencia de ello, el término "titularidad" es objeto en la práctica de un uso más flexible, llegándose a identificar con "la particular situación jurídica de la persona en cuanto que es centro de relaciones activas y pasivas" (MARTÍNEZ CALCERRADA, "La titularidad de la empresa y el cambio de la misma", *Jornadas de estudio de los Magistrados de Trabajo sobre el Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1980, pág. 127). Entendemos por "titularidad la cualidad jurídica por virtud de la cual una persona está investida de un poder jurídico, o lo que es igual, de un derecho o de una pluralidad de derechos subjetivos. Consecuentemente, este concepto no tiene que relacionarse necesariamente con el pleno dominio sino también con la posesión y el poder de disposición. Así pues, con frecuencia se habla de "titularidad" de una relación jurídica cuando se es sujeto de ella, o de un bien cuando se ostenta la posesión legítima o la disponibilidad sobre él.

No obstante, la aplicación de este concepto a la empresa tiene un significado aún más llamativo, ya que tiene que ver con el problema que venimos anunciando de si la empresa es un bien susceptible de un derecho unitario de propiedad o de otro derecho real. En definitiva se ha optado, en este caso, por utilizar una terminología menos comprometida y a la vez más amplia acudiendo a la más ambigua noción de "titularidad". El empresario en el ejercicio de su empresa disfruta del goce y posesión de muy diversos elementos. Algunos de esos elementos los posee el empresario en concepto de propietario, como titular dominical;, otros en virtud de un contrato de arrendamiento, como titular del derecho de arrendamiento; otros en calidad de usufructuario, como titular del derecho real de usufructo; etc. Cuando transmite su empresa lo que transmite en realidad son todas y cada una de esas titularidades, pero no entendidas en el sentido de propiedad. Se dice, pues, que el empresario es titular de la empresa porque puede disponer de los elementos que la integran y es quien tiene el poder de gestionarla y organizar esos múltiples elementos.

[21] CALVO ALFAGEME, ("La empresa mercantil como objetos de negocios jurídicos", cit., pág. 544), señala que la titularidad de la empresa no está constituida por un derecho único de propiedad sobre la misma, ni por una suma de derechos separados unos de otros, sino por una síntesis de derechos interdependientes coordinados entre sí.

Universidad de Huelva 2009

derechos que formen parte de la empresa[22].

Además, incluso es posible que, siendo el empresario transmitente titular dominical de los bienes que integran la empresa, considere éste oportuno conservar para sí la propiedad de los mismos, permitiendo al empresario adquirente el goce y utilización de los bienes en el desarrollo de la actividad empresarial, a través de cualquier otro título jurídico, sin que por este motivo la operación contemplada deje de conceptuarse como transmisión de empresa.

Lo realmente importante es que el empresario adquirente pueda usar y disfrutar de los bienes que integran la empresa en la manera apropiada para continuar el ejercicio de la actividad empresarial. En consecuencia, el empresario no es, necesariamente, propietario de los instrumentos de producción, llegándose, en ciertos casos, a una disociación entre titularidad de la empresa y propiedad de sus elementos.

La calificación de un bien como elemento de la empresa depende, exclusivamente, del destino que el empresario dé a dicho bien, sin que sea necesario que éste le pertenezca a título de propiedad. Es suficiente que el empresario disponga de cada uno de los bienes que forman parte de la empresa a través de un título jurídico que le permita utilizarlo, en combinación con los otros bienes de la empresa, para el ejercicio propio de su actividad. En definitiva, no es necesario que el empresario tenga la propiedad de todos los elementos patrimoniales que integran la empresa. Lo decisivo es que en virtud de los derechos y las situaciones de hecho cuya titularidad ostente pueda disponer de los bienes, reunirlos y dedicarlos al ejercicio de su actividad profesional.

---

[22] En efecto, una primera consideración interesante es la indiferencia del título que asegura la disponibilidad por parte del empresario de cada uno de los singulares bienes que forman parte de la empresa y del derecho (de propiedad o de uso) sobre ellos. Titular de la empresa no es o, al menos, no necesariamente, el propietario de los bienes que la componen, sino aquél que los ha organizado habiendo adquirido, de cualquier modo, la disponibilidad de uso y disfrute de los mismos.

Universidad de Huelva 2009

1°.c. Transmisión de empresa en sentido estricto.

Antes de finalizar esta breve reflexión sobre la empresa es conveniente efectuar una última aclaración. El análisis de la transmisión de la empresa (con independencia del negocio jurídico que se esté llevando a cabo), desde el punto de vista jurídico, exige diferenciar las dos clases de elementos, personales e impersonales, que integran la entidad productiva. De un lado, es preciso destacar el papel de todas y cada una de las personas que trabajan en la empresa, y en particular a quién pertenece la potestad de dirección y la titularidad sobre los bienes y derechos que constituyen su base objetiva. De otro, mencionar hasta qué punto la coordinación entre los diferentes componentes impersonales condiciona las facultades del empresario o los efectos de los negocios jurídicos que tengan por objeto la entidad productiva. La existencia en la empresa de elementos personales e impersonales y la relación en la que unos y otros se encuentran conduce, por lo tanto, a la necesaria conclusión de que la transmisión de la empresa no se refiere, necesariamente, a ésta en su compleja totalidad[23].

La transmisión de la empresa no comporta obligadamente la transmisión de todos sus elementos personales[24]. En cualquier caso, es conveniente tener en cuenta el dato, ciertamente fundamental, de que la transmisión de la empresa no comprende nunca, por hipótesis, al elemento personal básico, es decir, el empresario, quien aún en el caso de que siga trabajando en la entidad productiva, lo hará en otro concepto, puesto que se ha desprendido de la titularidad de la misma. Como a continuación tendremos ocasión de comprobar, cuando hablamos de transmisión de empresa debemos entender la transmisión de una entidad dinámica, en explotación. Para que ello sea posible es necesario, de

---

[23] La transmisión de la empresa comprende la transmisión de los más variados elementos pudiéndose admitir la exclusión de algunos de ellos, siempre que no se traten de elementos esenciales para el ejercicio de la actividad empresarial. En consecuencia, domina como principio la presunción de que objeto de la transmisión son todos los elementos de la empresa que no hayan sido expresamente excluidos.

[24] Una cosa es que la transmisión de la empresa incluya (por exigencia legal o por obra de la voluntad de las partes) la transmisión de ciertos elementos personales o, para ser más exactos, la transferencia de relaciones jurídicas, aunque ni los unos ni las otras constituyan la empresa propiamente dicha, y otra que esa circunstancia sea un dato esencial para tipificar el supuesto.

Universidad de Huelva 2009

ordinario[25], que se transmitan algunos de los elementos personales que la componen[26]. Otros elementos personales, por el contrario, no necesariamente serán transmitidos[27]. Es

---

[25] Resulta interesante poner de manifiesto los términos en los que se expresa el Tribunal Supremo (Sala 3ª) en la Sentencia de 21 de junio de 1991. En este caso, los hechos versaban sobre la comprobación por parte de la Administración del valor atribuido, a los efectos de la satisfacción del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, a una empresa individual que había sido objeto de aportación a una sociedad: "*...empresa que hay que suponer en funcionamiento, y por ello, en actividad, sin que sea posible admitir que una Empresa mercantil es un solo conjunto de medios materiales sin medio personal alguno. Por lo tanto, si se aportó una empresa individual, esta lo es en su conjunto, es decir, en las condiciones y con los medios que la componían en el momento de su aportación*". A efectos meramente informativo, adelantamos que la comprobación del valor de la empresa aportada la efectuó la Administración conforme al sistema de capitalización al interés legal vigente, en el momento de la aportación, del beneficio medio resultante de las declaraciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de los dos titulares de la Empresa aportada durante el último trienio. Este criterio de valoración fue calificado por el Alto tribunal como "*criterio que parece no solamente ponderado, sino ajustado a la equidad (...) promedio y capitalización calculados de modo razonable en sentir de esta Sala*".

[26] Salvo acuerdo resolutorio de la relación laboral entre el nuevo empresario y el trabajador, dimisión del trabajador o despido, necesariamente se transmitirán los contratos de trabajo (art. 44 TRET). Es cierto que el artículo 44 del TRET trata de proteger primordialmente los intereses de los trabajadores en la continuidad y desarrollo de su actividad laboral. Sin embargo, podemos entender que esta norma sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de la empresa trasciende a los intereses de los diversos sujetos que son protagonistas (empresario transmitente, empresario adquirente y trabajadores de la empresa). Así, los trabajadores estarán por regla general interesados en mantener su puesto de trabajo a pesar de la transmisión operada. El empresario adquirente, por su parte, estará normalmente interesado en mantener en la empresa un personal profesionalmente cualificado, habituado al trabajo que en ella se desarrolla. Además, el hecho de que una organización productiva con un mediano nivel de complejidad se viese privado del personal habituado a trabajar en ella podría ocasionarle serías dificultades para retomar su ritmo normal de productividad. Máxime en determinadas empresas especialmente vinculadas a la aptitud de su personal, cuya pérdida sería un serio revés incluso para la posibilidad de continuación (empresas de asesoramiento, artesanía, etc.). El empresario transmitente normalmente no tendrá ningún interés en continuar manteniendo relaciones laborales con el personal que -después de la transmisión de la empresa- no necesita, ahorrándose, de este modo, las sumas correspondientes que se vería obligado a satisfacer a los trabajadores en concepto de indemnización, y, eventualmente otros costes, de todo lo cual queda exento por el hecho de que el nuevo empresario asuma el personal contratado con anterioridad. (Para un examen detallado sobre los valores tutelados por la normativa laboral en las transmisiones de empresas, ver, entre otros, DURÁN LÓPEZ, "La continuidad de las relaciones de trabajo y la responsabilidad por las deudas laborales en la transmisión de empresas", *Revista de Derecho Mercantil*, 1974, págs. 67-126; ÁLVAREZ ALCOLEA, "La segregación de industria y la aplicación del art. 79 LCT", *Revista de Política Social* nº 106, 1975, *passim*; GONZÁLEZ BIEDMA, E., *El cambio de titularidad de la empresa en el derecho del Trabajo*, Madrid, 1989, *passim*; MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Madrid, 1988, *passim*).

[27] Pensemos, por ejemplo, en el personal de alta dirección de la empresa. El artículo 2 del TRET incluye entre las relaciones laborales de carácter especial la del personal de alta dirección. Esta actividad "alta dirección, alto gobierno o alto consejo", estuvo tradicionalmente excluida de la legislación laboral y regulada, además de lo estipulado por las partes, por normas civiles y mercantiles. Tras su inclusión en la lista del artículo 2.1 del TRET, su incorporación efectiva al ordenamiento laboral tuvo lugar con el Real Decreto 1.382/1985, de 1 de agosto (RDAD). Este Real Decreto considera personal de alta dirección a quienes "*ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitada por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad*". Los derechos y obligaciones de las partes se regulan en primer término por "*la voluntad de las partes*"; y aunque la autonomía de la voluntad ha de sujetarse a "*las normas de este Real Decreto y a las demás que sean de aplicación*" (art. 3.1 RDAD), lo cierto es que las reglas proporcionadas por el Real Decreto son, además de escasas, ampliamente permisivas para que las partes acuerden lo que convenga a sus intereses.

Universidad de Huelva 2009

más, en supuestos particulares, es incluso posible que se produzca la transmisión de empresa sin que haya transferencia de elemento personal alguno[28], pero no por ello lo que se transmite deja de ser una empresa[29].

Sin embargo, a menudo se habla con cierta imprecisión de transmisión de empresa cuando en realidad lo que se transmite se integra exclusivamente por los elementos objetivos de que se puede valer el empresario para emprender el ejercicio de su actividad. Es decir, en muchas ocasiones lo que se transmite no es en verdad una empresa, sino simplemente la base objetiva para que sobre ella el nuevo empresario pueda llevar a cabo el desarrollo de su actividad empresarial. En este caso, debemos hablar de transmisión de empresa en un sentido más amplio o, más adecuadamente, de transmisión de establecimiento mercantil[30],

---

El papel de la autonomía de la voluntad se detecta, señaladamente, en la duración del contrato, que será la que "*las partes acuerden*" (art. 6), así como en la admisión expresa de las facultades de desistimiento para el empresario (art. 11). Sin embargo, también existen algunas reglas de carácter imperativo en el propio RDAD. En algunos casos, estas normas imperativas tienden a la protección de los intereses del directivo. Así ocurre en aquélla que faculta al alto directivo para extinguir el contrato de trabajo, con derecho a indemnización, en caso de sucesión de empresa o cambio en la titularidad de la misma que suponga la renovación de los órganos gestores o que afecte al contenido o planteamiento de su actividad principal (art. 10.3.d RDAD)(Sobre el personal de alta dirección de la empresa, ver, por todos, BORRAJO DACRUZ, E., *Altos cargos laborales*, Madrid, 1984; FERNÁNDEZ LÓPEZ y RODRÍGUEZ PIÑERO, "La relación laboral especial del personal de alta dirección y el Real Decreto 1.382/1985", *Relaciones Laborales*, 1988, T. I; IGLESIAS CABERO, M., *La relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección*, Madrid, 1994; MARTÍNEZ MORENO, C., *La extinción del contrato de alta dirección*, Valencia, 1995; SALA FRANCO, T., *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, Deusto, 1990).

[28] Existen empresas de pequeñas dimensiones en las que el único elemento personal es el propio empresario. En estos casos, la transmisión de la entidad productiva no conlleva la transferencia de elemento personal alguno, lo que no significa que lo que se transmite deja de ser, por esta razón, una empresa.

[29] En efecto, es posible que en la transmisión de empresa los elementos personales que se transfieran al nuevo empresario sean escasos en número. No es de extrañar que el nuevo empresario vaya a sustituir una parte considerable de la plantilla de trabajo por otros trabajadores más cualificados, o, simplemente, la tarea que venían desarrollando dentro de la empresa vaya a ser ejecutada a partir de ese momento por diversas máquinas, producto de las innovaciones tecnológicas. Es más, es posible la transmisión de una empresa de pequeñas dimensiones sin que se transfiera el único elemento personal que la integra, en este caso, el empresario transmitente. En definitiva, lo normal y lo que establece el TRET es que en la transmisión de empresa se transfieran los contratos de trabajo, esto es, los elementos personales de la entidad productiva. Sin embargo, existen empresas en las que el elemento personal es en gran medida fácilmente reemplazable, adquiriendo mucha más importancia la transmisión de otros elementos que la integran. Sería conveniente analizar caso por caso para determinar si la empresa como ente dinámico, en funcionamiento, se puede transmitir faltando algunos o muchos de sus elementos personales, sin que por ello lo que se transmite deje de ser una empresa.

[30] En Francia se diferencia la empresa o *entreprise*, organismo social financieramente independiente, que se propone producir para el mercado ciertos bienes o servicios; y el fondo de comercio o *fonds de commerce*, noción más restringida que se refiere a los elementos objetivos o impersonales de que se vale el empresario para el ejercicio de su empresa, sobre todo, a la clientela, hasta el punto de que se hace de ella el centro de gravedad del concepto. El Derecho francés otorga al

Universidad de Huelva 2009

entendiendo por tal el conjunto de bienes necesarios para servir de soporte objetivo a una actividad empresarial, en definitiva, para ejercitar la empresa[31].

Consecuentemente, nos sumamos a la idea que en su día defendió el profesor MANUEL BROSETA[32] de que no puede considerarse como transmisión de empresa la simple transmisión de un local con algunos elementos inconexos y desorganizados. En este caso, el objeto de la transmisión será simplemente un local de negocios, al que se sumaría la transmisión aislada de determinados bienes.

A la misma conclusión debemos llegar cuando lo que se transmite es un conjunto de bienes aptos para el ejercicio o desarrollo de la empresa, sin elementos personales que los hagan funcionar, y, lo que es más importante, en una situación puramente estática[33], en definitiva un establecimiento mercantil. Sin embargo, la tradicional aplicación del artículo 1.532 del C.c. a la venta de la empresa, debido a la interpretación que de dicho precepto se

---

fondo de comercio un específico y complejo tratamiento normativo desde el último tercio del siglo pasado: el fondo de comercio se disciplina en Francia por primera vez en la Ley fiscal de 28 de febrero de 1872, que grava las ventas de "clientela y fondos de comercio", y reconoce al "fondo" naturaleza independiente de los elementos que lo componen. Una ley de 1898 establece el registro para la prenda de fondos de comercio, pero, de modo concluyente, adquiere solidez jurídica con la Ley de 17 de marzo de 1909 -*ley Cordelet*- que consagró el régimen jurídico del fondo de comercio y su constitución en garantía. Importante en esta evolución son las leyes de 13 de marzo de 1919, que reglamenta con detalle la enajenación y pignoración de los fondos, y de 30 de junio de 1926, objeto esta última de sucesiva modificaciones que la extienden en su adaptable vigencia hasta nuestros días.

Siguiendo esta misma línea, en la doctrina italiana, hemos ya diferenciado entre *impresa*, entendida en el sentido de actividad empresarial y *azienda* (nosotros diríamos establecimiento mercantil empleando la expresión en sentido amplio, y no en el restringido de mero local). *La azienda* es la base objetiva sobre la cual desarrolla el empresario su actividad o, como dice el artículo 2.555 del Código civil italiano, "el complejo de bienes organizados por el empresario para el ejercicio de la empresa".

[31] GARRIGUES, J., (*Curso de Derecho Mercantil*, T. I, cit., pág. 206), considera que no puede identificarse el establecimiento con la empresa. En este sentido afirma que ésta última es un organismo de producción vivo, dinámico. Mientras que el establecimiento es la base inerte, estática de esa organización.

[32] "La compraventa de empresa", *Problemática jurídica actual de la empresa*, Valencia, 1965, pág. 47.

[33] CÁMARA ÁLVAREZ, M., ("La venta de la empresa mercantil. Principales problemas que plantea", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXIV, Madrid, 1981, pág. 309), puntualiza que cuando lo transmitido sea un conjunto de elementos patrimoniales organizados, de suerte que, en virtud de su naturaleza e interconexión, constituyan la plataforma objetiva sobre la que desarrollar una actividad empresarial, implica, al menos en principio, que el complejo organizado que se transmite tiene un valor mayor y un significado distinto al asignable a cada elemento singular aisladamente considerado.

Universidad de Huelva 2009

ha asumido de tiempo atrás, es válida tanto si se vende una empresa en marcha como si se trata de un establecimiento que aún no ha iniciado su funcionamiento o que, temporalmente, ha dejado de funcionar. Por otro lado, el artículo 3 de la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos, definía el arrendamiento de industria o negocio (empleaba estos términos como sinónimos de empresa) como aquél en el que el arrendatario recibía, además del local, el negocio o industria en él establecido, en definitiva, tal como decía el texto de la Ley "*una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas*". La Ley admitía, por tanto, que esa unidad patrimonial objeto de transmisión no hubiese comenzado a funcionar, no estuviese aún en marcha[34].

Desde nuestro punto de vista, para que se produzca la transmisión de empresa es necesario que lo que se transmita sea una verdadera *organización* de capital y trabajo, es decir, un conjunto organizado de elementos, personales e impersonales, *en funcionamiento*[35]. Es necesario que el adquirente pueda inmediatamente, con el conjunto de bienes y elementos adquiridos, *continuar* la explotación o la actividad mercantil o industrial que ya inició el empresario transmitente[36].

---

[34] La jurisprudencia del Tribunal Supremo, incluso antes del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre por el que se aprobó el texto refundido de la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos, admitió la posibilidad de que existiese arrendamiento de empresa a pesar de que las actividades del empresario arrendador se encontrasen interrumpidas cuando el arrendamiento se celebrase, e incluso cuando la explotación no hubiere aún comenzado. Tesis que, de acuerdo con nuestra opinión, desnaturaliza la esencia de la empresa, en tanto organización en explotación. Podemos destacar, en el sentido diferente que venimos señalando, la Sentencia de 3 de diciembre de 1957, en la que nuestro Tribunal deja bien clara la diferencia entre el arrendamiento de empresa y el de local de negocio: "*Si lo que se cede en uso y disfrute al arrendatario es todo o parte de un edificio dotado de los elementos precisos y debidamente organizados para la obtención de un producto económico y susceptible de explotación inmediata y pendiente de meras formalidades administrativas, se estará en presencia de la unidad patrimonial con vida propia creada por el arrendador y constitutiva del concepto de industria, mientras que si lo cedido es el edificio "desnudo" o con elementos desarticulados no aptos por sí solos para una finalidad industrial, aunque utilizables en unión de otros que el arrendatario aporta y organiza para un negocio que él va crear, la relación jurídica establecida será la de un arrendamiento de local de negocio*".

[35] BROSETA PONT, M., "La compraventa de empresa", cit., págs.47-48; MOTOS GUIRAO, M., "El arrendamiento de la empresa", *Estudios jurídicos en homenaje a J. GARRIGUES* T. I, Madrid, 1971, págs. 491-492.

[36] En este sentido se ha pronunciado, en fechas más recientes, el Tribunal Supremo. Así, en la Sentencia de 8 de noviembre de 1982 declara que "*...se tratará de la locación de un establecimiento mercantil* [en el sentido de empresa que venimos anunciando] *cuando el contrato versa sobre una organización patrimonial económicamente productiva, integrado por un conjunto organizado y dispuesto ("aviado"), con esta pluralidad de elementos materiales e inmateriales para lograr la explotación que constituye la finalidad de una empresa determinada, y a tenor de lo dispuesto (...) será*

Universidad de Huelva 2009

A pesar de que esta opinión no goza precisamente de mucha aceptación por parte de nuestra doctrina[37], es la que consideramos más correcta y estamos obligados a defender. No entendemos cómo se puede pensar en la transmisión de una empresa cuando el conjunto que se transmite es un complejo estático, carente de actividad, esto es, que no está en funcionamiento. En páginas anteriores hemos calificado a la empresa como una organización de capital y trabajo, consecuentemente, de ordinario, ambos elementos deben estar presentes en su transmisión, pues ambos son en cierta medida imprescindibles para que la entidad productiva que se transmite continúe en funcionamiento. Pensemos, por ejemplo, en algunas empresas dedicadas a la prestación de servicios, en las que los elementos personales, y en primer lugar las características de los colaboradores que prestan los servicios y organizan el trabajo, suelen asumir un gran peso, siendo, por tanto, de menor relieve el capital instrumental. En la transmisión de una empresa de estas características la transferencia al adquirente de los elementos personales que integran la unidad productiva será necesaria en

---

menester la preexistencia y la continuación de tal actividad económica...". Siguiendo la misma orientación, la Sentencia de 24 de febrero de 1987, dispone que "*...no aparece el concepto clave de continuación en la explotación de la empresa, de una vida propia del conjunto de bienes, que sigue con distinto titular, que se beneficia no solamente de importantes instalaciones, sino del resultado de una organización del personal, de cosas corporales e incorporales y de una clientela, resultado que genera una expectativa de beneficio por su aptitud funcional... Al no haber recibido el arrendatario ese conjunto dispuesto funcionalmente, la interpretación del contrato, como contrato de arrendamiento de local de negocio es lógica y atinada...*". Finalmente, podemos citar la Sentencia de 20 de septiembre de 1991, en la que el Tribunal Supremo ha declarado que "*La jurisprudencia constante, múltiple e incesante de esta Sala, ha sido coincidente en proclamar que la distinción entre arriendos de locales de negocio o mejor expresado, para negocios y arriendos de industria, consiste, en que en los primeros lo que únicamente se cede es el elemento material inmobiliario, es decir, un espacio construido y apto para que en él se explote el negocio que pretende instalar el arrendatario. En cambio en los arrendamientos de industria o arriendos negociales, lo cedido tiene una doble composición, la que no obstante forma un todo patrimonial autónomo y es, por un lado, el local en si, y por otro, el negocio o empresa instalada en el mismo, con los elementos necesarios para su explotación continuada, sin que se precise que esté dotado necesariamente de todos lo elementos para su comercialización, bastando con los imprescindibles y normales, y que pueden ser mejorados, ampliados o sustituidos, según lo que al respecto se convenga entre los interesados. En consecuencia, lo efectivamente arrendado fue un negocio, provisto de propia actividad empresarial constituida no solo por los elementos materiales que lo integran, es decir, el local, como plataforma necesaria para su desarrollo, instalaciones y utillajes del mismo, sino también por todo aquello que estructura una organización negocial, concebida como unidad funcional, resultante de la actividad mercantil, que se lleva a cabo en los locales cedidos, pues la organización productiva que esta actividad funcional representa en su proyección al mercado, también está compuesta por elementos inmateriales, como son el buen crédito y prestigio, la clientela, concebida como el conjunto de personas demandantes de los servicios del negocio y es fija y creciente, cuando tal demanda es permanente y asimismo las expectativas de ganancias, que son mayores cuando se trata de una industria instalada, acreditada y conocida*".

[37] Entre otros, muestran su desacuerdo, VARA DE PAZ, N., "El arrendamiento de empresa", *Cuadernos de Derecho y Comercio* nº4 , 1988, pág. 57; CÁMARA ÁLVAREZ, M., "La compraventa de la empresa mercantil. Principales problemas que plantea", cit., págs. 306-311.

Universidad de Huelva 2009

su mayor parte. Por el contrario, en las empresas que se dedican a la producción o comercialización de bienes, el conjunto de bienes instrumentales será, normalmente, de máxima importancia mientras que los elementos personales que la constituyen podrán ser fácilmente reemplazados por otros que determine el empresario adquirente, sin que por ello lo que se transmite deje de ser una empresa. Pero esto no significa que la empresa esté compuesta únicamente de uno de estos dos factores, capital o trabajo. Será necesaria, en la mayoría de las ocasiones, la transmisión de ambos -aunque no en su totalidad- para que la operación efectuada pueda ser calificada de transmisión de empresa, pues, generalmente, ambos serán precisos, cuanto no convenientes, para que el nuevo empresario pueda continuar la actividad transmitida[38].

2°. La aportación de empresa.

Como ya hemos apuntado, las cuestiones relacionadas con la empresa, comenzando por su propio concepto jurídico y continuando con su régimen de transmisión, han planteado siempre infinidad de problemas ante la falta de una regulación propia de la unidad empresarial y de un régimen específico para los negocios jurídicos que sobre ella pueden concertarse. Los numerosos trabajos doctrinales[39] y las decisiones jurisprudenciales que han versado, en particular, sobre su transmisión, encuentran en su mayor parte aplicación a la

---

[38] Siguiendo esta línea de pensamiento, en la doctrina italiana, el profesor GALGANO opina que la transmisión de una pluralidad de bienes productivos puede ser calificado, jurídicamente, como transmisión de *azienda* sólo cuando el complejo de bienes transferidos pueda ser, por si solo, idóneo para el ejercicio de empresa (*Diritto Privatto*, 6ª ed., Padova, 1990, pág. 463).

[39] Entre otros muchos, CÁMARA ÁLVAREZ, M., "La venta de la empresa mercantil. Principales problemas que plantea", cit., págs. 283-391; AAVV., *Problemática jurídica actual de la empresa*, Publicaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, Valencia, 1965; CALVO ALFAGEME, "La empresa mercantil como objeto de negocios jurídicos", cit., págs. 517-558; VICENT CHULIÁ, F., *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, cit., *passim*; LAGUNA IBÁÑEZ, F., "La trasmisión de la empresa mercantil y de sus obligaciones", *Anuario de Derecho Civil*, T. XV, 1962, págs. 657-741; PÉREZ DE LA CRUZ, A., "Efectos de la trasmisión del establecimiento mercantil sobre las deudas pendientes", *Revista de Derecho Mercantil* nº 134, 1974, págs. 485- 547; VARA DE PAZ, N., "El arrendamiento de empresa", cit., págs. 49-91; MOTOS GUIRAO, M., "El arrendamiento de la empresa", cit., págs. 481-502; POLO SÁNCHEZ, E., "La aportación de empresa a sociedad", cit., págs. 2205-2256; etc.

Universidad de Huelva 2009

aportación de la empresa a la sociedad anónima[40].

La aportación de la empresa a una sociedad constituye uno de los negocios jurídicos a través del cual se logra la transmisión de la entidad productiva[41]. No obstante, siempre debe tenerse en cuenta que el negocio de aportación presenta unas características especiales en función a la necesidad de que el objeto que se aporta integre efectivamente el capital de la sociedad. Para ser posible la aportación de una empresa a la sociedad anónima es necesario, por tanto, que dicha aportación atienda a la debida integración patrimonial de la sociedad. El punto más delicado es a este respecto, en efecto, aquél de la valoración de la empresa, pues también en este caso el principio de realidad del capital requiere que el valor del bien aportado corresponda al valor nominal de las acciones suscritas por el aportante[42]. Esto significa -en palabras de LOJENDIO OSBORNE[43]- "poner límites a la libertad de valorar la empresa que se aporta, lo que obliga a examinar si los elementos de la misma que se tienen en cuenta a la hora de fijar su valor suponen una efectiva aportación patrimonial".

Consecuentemente, será necesario combinar o tratar de dar cumplimiento, por un lado, a las normas que regulan, con carácter general, los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad o del uso o disfrute de la empresa, así como el régimen jurídico, civil y mercantil, del contrato de compraventa, aplicable no sólo por remisión legal expresa

---

[40] El régimen de las aportaciones en las sociedades anónimas, se halla claramente inspirado en la tutela de los intereses de terceros acreedores de la sociedad así como de los mismos socios. No serán aplicables al negocio jurídico de aportación de una empresa los criterios que rigen para los demás negocios de transmisión del complejo productivo (compraventa, permuta, arrendamiento, etc.), cuando sean contradictorios o puedan lesionar los intereses tutelados.

[41] La aportación de empresa está exenta del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, artículos 21 y 45.I.B.10).

[42] La Resolución de la DGRN de 17 de noviembre de 1989, abordó el problema de la aportación de una empresa como un todo o globalidad, compresivo de bienes y deudas. El Registrador Mercantil de Madrid había suspendido la inscripción de la escritura de constitución de la sociedad, entre otros defectos subsanables, por no constar el consentimiento de los acreedores para la transmisión del pasivo de la empresa aportada. Sin perjuicio del análisis de esta cuestión, sobre la que volveremos en un momento posterior, la DGRN consideró válida la aportación global de una empresa, con bienes y con deudas, cuyo saldo líquido total igualase el valor nominal de las acciones suscritas. En el mismo sentido se manifiesta el Tribunal Supremo (Sala 3ª), en la ya citada Sentencia de 21 de junio de 1991.

[43] "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., págs. 146-147.

Universidad de Huelva 2009

(art. 1.681 C.c.; art. 39.1 LSA), sino también por analogía[44]; y por otro, a las normas que, según el tipo de organización societaria tenido en consideración (por lo que a nosotros nos interesa las sociedades anónimas), regulan las aportaciones *in natura* con la finalidad de proteger la efectiva formación del capital social. Pero en caso de conflicto entre ambas normativas aplicables, estando la disciplina de las aportaciones *in natura* en las sociedades de capital claramente inspiradas en la tutela de los intereses de terceros, ésta última debe prevalecer sobre las reglas dictadas en los Códigos civil y de comercio con carácter general para el contrato de compraventa y sobre las construcciones doctrinales elaboradas por los mercantilistas para aplicar dicha normativa a los negocios *inter vivos* de transmisión de empresa, siendo así cada vez que la aplicación de estas últimas no protegan de forma satisfactoria los intereses que el Ordenamiento considera especialmente merecedores de tutela.

2°.a. Aportación de empresa por empresario individual. Aportación de empresa por sociedad.

La aportación de una empresa a la sociedad anónima constituye, como hemos señalado, un negocio jurídico unitario -el de aportación social-. Sin embargo, debemos ser conscientes que la aportación de empresa puede presentar una gran variedad de supuestos de hecho diferentes.

Es frecuente en el tráfico que el empresario individual aporte su empresa a una sociedad anónima de pequeñas dimensiones que pretende constituir. En efecto, la aportación de empresa puede considerarse un medio técnico adecuado para transformar una empresa individual en una empresa social, bien mediante su *conversión* en una sociedad nueva, bien

---

[44] Ciertamente, la aportación social, pese a tratarse de un negocio social, constituye también, en definitiva, un negocio jurídico de transmisión en parte asimilable o análogo a la permuta (art. 1.538 C.c.) y a la compraventa (art. 1.445 C.c.) cuyos esquemas negociales reproduce, con la salvedad de que la contraprestación por la cosa en que consiste la aportación -la empresa en nuestro caso- no es el precio, sino precisamente las acciones emitidas adjudicadas en la constitución o en el aumento de capital de la sociedad adquirente o, más exactamente, los derechos que incorporan.

Universidad de Huelva 2009

mediante su integración en una sociedad ya existente y en funcionamiento[45].

Sin duda, en la mayoría de las ocasiones, esta operación responde a la conveniencia o al interés por parte del empresario aportante -empresario individual- de limitar su responsabilidad[46], evitando que queden afectos todos sus bienes presentes y futuros a la responsabilidad derivada del ejercicio de la actividad empresarial. Así pues, a través de la aportación de su empresa a una sociedad anónima, el empresario aportante logra la afectación de sólo una parte de su patrimonio, en concreto los bienes ligados a la empresa. En cambio, el resto de los elementos patrimoniales quedan a salvo de la responsabilidad que pudiera derivar del ejercicio de la actividad empresarial. En definitiva, se produce la sustitución del empresario persona física por el empresario persona jurídica, esto es, por el empresario social, en virtud de la cual, el primero pasa a convertirse, de ordinario, en accionista mayoritario, o, en accionista único si la sociedad es originariamente unipersonal.

Como consecuencia de la aportación de su empresa, el empresario aportante perderá por lo general su condición de empresario[47], pasando a adquirir, en virtud del negocio social de aportación, la cualidad de accionista de la compañía que recibe la empresa aportada. Naturalmente, como en todo negocio jurídico de aportación, la obligación de la sociedad adquirente viene constituida necesariamente por la entrega de las acciones que corresponden al empresario aportante.

Ahora bien, aún cuando la aportación de empresa por empresario individual ha sido

---

[45] En esta última hipótesis señalada, más que hablar de *conversión* de la empresa individual en empresa social, hay que hablar de integración empresarial, en la que un empresario social adquiere una empresa de la que era titular un empresario individual.

[46] En este sentido se manifiesta POLO SÁNCHEZ, E., "La aportación de empresa a sociedad", cit., pág. 2210.

[47] Normalmente, el empresario individual que desarrolla su actividad a través de una empresa de pequeñas dimensiones deja de ostentar la cualidad de empresario cuando aporta la entidad productiva a una sociedad y, a cambio, adquiere la cualidad de accionista. Ahora bien, no necesariamente ha de perder la condición de empresario. Es posible que el aportante sea titular de otras empresas de las cuales conserva su titularidad, e incluso es posible, como veremos pasadas unas líneas, que la aportación efectuada no se refiera a la empresa en su totalidad, sino a una parte de la misma o rama de actividad, continuando el aportante ejerciendo su actividad empresarial con la parte de la empresa no aportada.

Universidad de Huelva 2009

tradicionalmente un supuesto frecuente en el tráfico mercantil, es preciso señalar que la aportación de una entidad productiva también puede ser efectuada por un empresario social, esto es, por una sociedad[48]. La aportación de la empresa social es una operación idéntica, desde la perspectiva jurídica, a la aportación de la empresa individual -salvo las diferencias derivadas de la naturaleza física o jurídica del empresario aportante-. En este caso, si la sociedad aportante transmite la única entidad productiva que integra su patrimonio, está abocada, generalmente, a disolverse, aunque conservará su condición de empresario hasta el momento de su extinción[49]. Por el contrario, si la sociedad aportante es titular de varias empresas, continuará con la explotación de las restantes conservando, de este modo, su condición de empresario.

En la hipótesis apuntada de aportación de empresa por parte de un empresario social es la propia sociedad aportante quien adquiere la cualidad de socio de la sociedad adquirente, como consecuencia de la suscripción de las acciones en la constitución o en el aumento de capital de la sociedad adquirente[50], no sus socios. En caso contrario, es decir, si los socios fueran los nuevos titulares de las acciones de la sociedad adquirente, estaríamos en presencia no de una aportación de empresa a sociedad sino de una operación de fusión o, en otro caso, escisión de la sociedad transmitente de la empresa[51].

---

[48] En este caso, los fines de la operación serán por completo diferentes del anteriormente enunciado para el empresario individual, y posiblemente, mucho más variados y ambiciosos en función de las diversas modalidades y supuestos de hecho que puede asumir dicha operación (POLO SÁNCHEZ, E., "La aportación de empresa a sociedad", cit., pág. 2210).

[49] El anterior RRM, en su artículo 117.4, permitía expresamente que una sociedad anónima pudiera desarrollar su objto social de modo indirecto, esto es, a través de la titularidad de acciones o participaciones de otras sociedades con objeto idéntico o análogo. En cambio, el actual RRM ha suprimido el número 4 del artículo 117. Parece, pues, que debemos entender que la sociedad anónima ya no puede desarrollar su objeto social de modo indirecto, esto es, a través de la mera tenencia de acciones o participaciones de sociedades con objeto social análogo, por lo que tendrá que modificarlo si no pretende disolverse.

[50] Si las acciones de la sociedad adquirente de la empresa no son entregadas en virtud de la suscripción de las mismas como consecuencia de su constitución o de su aumento de capital, sino que se encontraban previamente en la cartera de la propia sociedad como consecuencia de lo que la LSA de 1989 denomina "adquisición derivativa", el negocio jurídico realizado se calificará como permuta de empresa por acciones de la sociedad adquirente y no de aportación de empresa a sociedad (POLO SÁNCHEZ, E., "La aportación de empresa a sociedad", cit., pág. 2209).

[51] El supuesto de aportación de empresa por parte de una sociedad a otra, ya sea de nueva constitución o preexistente, se asemeja a ciertas figuras societarias que suponen una verdadera e importante modificación en la estructura de las sociedades que toman parte en la operación, especialmente a la fusión y a la escisión. Dada la importancia y complejidad

Universidad de Huelva 2009

2°.b. Aportación de empresa en bloque. Aportación de rama de actividad.

Hasta este momento cuando hemos tratado la aportación de empresa a la sociedad anónima nos hemos referido a la aportación de la empresa en su totalidad, en su compleja unidad. Sin embargo, es posible que el empresario no esté interesado en desprenderse de la titularidad de su empresa, sino que únicamente esté dispuesto a transmitir a la sociedad, a título de aportación, una parte de la misma que goza a su vez de cierta autonomía técnica. No existe ningún obstáculo legal para que la aportación consista, si es ésta la voluntad y el interés de las partes, no en la empresa como conjunto unitario, sino en una parte o rama de la entidad productiva que puede ser considerada como una unidad técnica, susceptible de funcionar independientemente de la totalidad de la empresa de la que se desgaja[52].

El objeto de la aportación en este caso consistirá en una unidad productiva autónoma de la empresa, es decir, una parte de ella que tenga o pueda tener autonomía productiva. En

---

del tema, hemos considerado más adecuado dedicar el punto II de este capítulo, **APORTACIÓN DE EMPRESA Y OTRAS OPERACIONES SOCIETARIAS AFINES**, al cual remitimos, a tratar de distinguir con claridad entre las diversas operaciones societarias anunciadas.

Para una primera aproximación al tema referido, ver, entre otros: VICENT CHULIÁ, F., *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, cit., passim; ID., "La fusión propia y las fusiones impropias en el derecho español", *Estudios jurídicos en homenaje a J. GARRIGUES*, T. III, Madrid, 1971, págs. 481-508; MOTOS GUIRAO, M., *Fusión de sociedades mercantiles*, Madrid, 1953, passim; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "Escisión (Artículos 252 a 259 LSA)", *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. IX, vol. 3°, Madrid, 1993, passim; ROJO, "La escisión de sociedades", *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, págs. 663-709; SANTOS MARTÍNEZ, V., "La escisión de las sociedades", *El nuevo Derecho de las sociedades de capital* (dirección QUINTANA CARLO), Zaragoza, 1989, págs. 217-258; ID., "Escisión (Artículos 252 a 259)", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (dir. SÁNCHEZ CALERO, F.), T. VII, Sección 3ª, Madrid, 1993, págs. 329-524; SEQUEIRA MARTÍN, A., "La fusión y la escisión (Tercera y Sexta Directivas)", *Tratado de Derecho comunitario europeo* (dir. García de Enterría, González Campos y Muñoz Machado), T. III, Madrid, 1986, págs. 27-72; ID., "Fusión (Artículos 233 a 251)", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (dir. SÁNCHEZ CALERO, F.), T. VII, Sección 2ª, Madrid, 1993, págs. 76-328 CERDÁ ALBERO, F., "Segregación de la Sociedad Anónima y de la Sociedad de Responsabilidad Limitada", *Revista de Derecho Mercantil* n° 214, 1994, págs. 925-971; OLEO BANET, F., *La escisión de la Sociedad Anónima*, Madrid, 1995, *passim*.

[52] En este sentido se manifiestan, entre otros, POLO SÁNCHEZ, E., "La aportación de empresa a sociedad", cit., pág. 2214 y MARTÍN ROMERO, J.C., "Otras consideraciones en torno a la aportación social y sus problemas", cit., págs. 151-153. También esta posibilidad ha sido apuntada por la doctrina italiana, entre otros: POLI, R., "I conferimenti di aziende", *Rivista dei Dottori Commercialisti*, mayo-junio, 1980, pág. 435; SPOLIDORO, M.S., "Conferimento di ramo d'azienda (considerazioni su fattispecie e disciplina applicabile)", *Giurisprudenza Commerciale*, julio-agosto, 1992, pág. 703; GAREGNANI, C.M., "La cessione d'azienda. Prima parte. Profili civilistici", *Rivista dei Dottori Commercialisti*, enero-febrero, 1996, pág. 74.

Universidad de Huelva 2009

definitiva, la existencia de una unidad funcional, de un lado, y el hecho de que ésta funcione o pueda funcionar "autónomamente" son los datos imprescindibles para que pueda considerarse posible la aportación de rama de actividad.

La cuestión que se plantea es precisamente deslindar el límite mínimo que debe exigirse para estar en presencia de lo que pudiera considerarse una unidad funcional, posible objeto de aportación a la sociedad anónima. Sin embargo, una respuesta a este interrogante habría de ser necesariamente casuística, porque, en definitiva, apreciar cuándo es efectivamente autónoma una unidad técnica o funcional será algo que, aún siendo en determinados supuestos evidente, en otros exigirá la apreciación combinada de diversos elementos.

Los criterios que en todo caso deben tenerse en cuenta para determinar cuándo se está ante una rama de actividad, ante una unidad productiva autónoma de la empresa pueden ser, entre otros, los siguientes[53]: en primer lugar, la capacidad de desarrollar por sí misma un mínimo proceso completo de producción de bienes o servicios, por elemental que éste sea; en segundo lugar, esa autonomía no debe necesariamente constatarse de forma presente, esto es, no es preciso que en la actualidad funcione de modo independiente esa unidad productiva, sino que basta que sea susceptible de hacerlo en la hipótesis de que fuese separada del total complejo productivo en el que se hallase integrada; finalmente, no debe confundirse la rama de actividad con el substrato material o instrumental de la empresa, con la maquinaria, el local u otros elementos, por fundamentales que estos sean.

Lo cierto es que, en el ámbito del Derecho de sociedades, no existe una noción de lo que deba entenderse por rama de actividad. En cambio, en el ámbito fiscal, tanto la Directiva 90/434/CEE -aprobada el 23 de julio de 1990, relativa al régimen común aplicable a las

---

[53] Criterios análogos son empleados por la doctrina laboralista al tratar de delimitar en qué consiste una unidad productiva de la empresa, ver, entre otros: MONEREO PÉREZ, J.L., *Las relaciones trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., págs. 235-241; GONZÁLEZ BIEDMA, E., *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., págs. 105-110.

Universidad de Huelva 2009

fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros-[54] como la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, definen qué debe entenderse por rama de actividad. En efecto, el ordenamiento comunitario describe una rama de actividad como "*el conjunto de elementos de activo y pasivo de una división de una sociedad, que constituye, desde el punto de vista de la organización, una explotación autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios*"[55]. Por su parte, nuestro legislador fiscal, siguiendo la misma orientación, entiende por rama de actividad "*el conjunto de elementos patrimoniales que constituyan desde el punto de vista de la organización una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios*"[56]. Consecuentemente, no pueden considerarse como rama de actividad los conjuntos de activos que no puedan funcionar por sí mismos como una explotación autónoma.

Ahora bien, en realidad, no existen diferencias sustantivas entre los casos de aportación de empresa en su totalidad y de rama de actividad, tanto si la aportación se realiza por un empresario individual como si es efectuada por una sociedad.

Si la aportación de rama de actividad la realiza el empresario individual, éste no pierde -como hemos señalado- su condición de empresario si continúa ejerciendo su actividad empresarial con la parte de la empresa no aportada, y además, adquiere la cualidad de socio de la compañía que recibe la aportación[57]. Lo mismo sucede si la rama de actividad es aportada por un empresario social, pues, la sociedad continuará desarrollando

---

[54] DOCE, núm. L 225, de 20 de agosto de 1990.

[55] Art. 2, i).

[56] Art. 97.4 LIS.

[57] Ello requiere que la empresa individual, aún formando una unidad económica integrada en el patrimonio único del empresario, esté constituida por dos o más centros autónomos o explotaciones técnicamente independientes susceptibles de constituir cada una de ellas una unidad económica de cara a su transmisión mediante su aportación a una sociedad (POLO SÁNCHEZ, E., "La aportación de empresa a sociedad", cit., pág. 2214).

Universidad de Huelva 2009

la actividad correspondiente a la parte de la empresa no aportada, y además adquirirá la cualidad de socio de la compañía que recibe la aportación.

No obstante, como tendremos ocasión de comprobar, cuando la aportación de rama de actividad es efectuada por un empresario social, la operación contemplada encuentra cierta analogía -sin que se confunda- con la escisión parcial de sociedades. El artículo 253 de la LSA exige para la escisión parcial que la parte del patrimonio social que se separa forme una unidad económica[58], y, contempla, asimismo, la separación de una o varias empresas o establecimientos comerciales, industriales o de servicios. En definitiva, una unidad económica puede ser una empresa pero podría ser también un conjunto de elementos organizados o dotados de una unidad "funcional, actual o potencial" viable y autónoma.

La aportación de rama de actividad ha sido expresamente admitida, en repetidas ocasiones, por la Dirección General de los Registros y del Notariado. En concreto, en la Resolución de 10 de junio de 1994 el criterio sustentado por el Registrador era que la operación documentada (aumento de capital social mediante la aportación no dineraria de una rama de actividad) constituía una figura distinta de la pura aportación no dineraria, al incorporar una transmisión conjunta de elementos patrimoniales activos y pasivos a título universal, que debía regularse en lo aplicable por las normas de la escisión parcial. En cambio, la Dirección General de los Registros y del Notariado, tras un detallado análisis de las figuras citadas[59], consideró que existía un supuesto típico de aumento de capital

---

[58] De este modo, se evita que exista plena discrecionalidad a la hora de determinar qué elementos patrimoniales de la sociedad que se escinde van a traspasarse a las sociedades beneficiarias, ya que esos elementos, por imperativo legal, deben constituir una unidad económica. La finalidad de la norma parece ser la de asegurar la conservación de la empresa, impidiendo su disgregación y favoreciendo la viabilidad de la sociedad o sociedades beneficiarias (RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "Escisión [Artículos 252 a 259 LSA]", cit., pág. 67).

[59] *<<Entre las diversas modificaciones estructurales que pueden afectar a la sociedad anónima, la escisión se caracteriza por implicar la división del patrimonio social de una sociedad que es traspasado en bloque a otra sociedad beneficiaria, la cual, tras el correspondiente aumento de capital, entrega en contraprestación las nuevas acciones emitidas a los accionistas de la sociedad escindida, que, simultáneamente, reduce su capital social en la cuantía necesaria -escisión parcial-, o se extingue -escisión total->>* (...). *<<Estructuralmente, la operación realizada* [aportación de rama de actividad] *se sintetiza, para una sociedad, en una ampliación de capital con las consecuentes alteraciones de base accionarial y patrimonial y, para la otra, en una modificación de la composición cualitativa de su patrimonio, que pasa a quedar constituido parcialmente por acciones de la primera sociedad, sin que su organigrama resulte, por lo demás*

Universidad de Huelva 2009

sometido a las normas generales que regulan las aportaciones no dinerarias, aumento de capital mediante la aportación de rama de actividad[60]. En este mismo sentido se manifiesta la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 4 de octubre de 1994, en un supuesto muy similar al anteriormente apuntado, si bien en este caso la aportación de rama de actividad se efectúa a favor de una sociedad de responsabilidad limitada.

II. APORTACIÓN DE EMPRESA Y OTRAS OPERACIONES SOCIETARIAS AFINES.

1°. Aportación de empresa, fusión y escisión. Ideas preliminares.

La aportación de una empresa por una sociedad a otra, existente o de nueva constitución, es una cuestión que ha sido escasamente tratada por nuestra doctrina. No obstante, en ocasiones, su consideración ha aparecido como cuestión accesoria de obligada referencia en el estudio de ciertas modificaciones estructurales que pueden afectar a las sociedades, principalmente la fusión y la escisión, al objeto de diferenciarla de dichas operaciones societarias.

---

alterado. La operación que se analiza carece de regulación sustantiva en nuestro ordenamiento>>. Continúa la DGRN afirmando que <<*la distinta naturaleza de las operaciones descritas queda también reflejada en las normas fiscales (cfr. 2, núms. 2 y 3, de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de Régimen Fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores y de sociedades matrices y filiales de diferentes países miembros de la CEE)*>>. Es necesario puntualizar que, como pasadas unas páginas tendremos ocasión de comprobar, la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, en su Disposición derogatoria única, declara derogados los Títulos I y II de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre a la que la Resolución hace referencia, así como las disposiciones adicionales primera y segunda de la misma Ley.

[60] Finalmente, la DGRN precisa que <<*la noción de "rama de actividad" es ajena a las normas sustantivas, y más aún en su aplicación a la operación que ahora se examina, carente de regulación expresa; la exigencia similar y específica de la escisión parcial, de que la porción que se segregue constituya una "unidad económica" (cfr. artículo 253 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), revela claramente, por exclusión, que el requisito no es aplicable a la operación documentada, cuyo objeto puede, por tanto, estar integrado por cualquier elemento susceptible de aportación, sin que su concreta naturaleza altere las reglas generales de las aportaciones -y sin perjuicio de que en ámbito fiscal sí se encuentre dotada de un régimen específico (cfr. artículo 2°, núm. 4, de la citada Ley de Régimen Fiscal de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores y de sociedades matrices y filiales de diferentes países miembros de la CEE)*>>.

Universidad de Huelva 2009

En efecto, la aportación de empresa por parte de una sociedad, aún cuando constituye una operación jurídica idéntica a la aportación de empresa por parte de un empresario individual, económicamente puede asimilarse, al menos desde el punto de vista de la sociedad adquirente de la empresa transmitida, a la fusión y escisión de sociedades. De ahí la necesidad de delimitar, siquiera brevemente, estas figuras societarias que presentan ciertas similitudes con la aportación de empresa, y también con la aportación de rama de actividad, destacando el inevitable paralelismo que se produce entre ellas.

Podemos comenzar mencionando que la aportación de empresa por una sociedad a otra de nueva creación puede tener por objeto la constitución de una sociedad filial. En este caso, la operación se traduce en la transmisión global de todo el activo y el pasivo de la sociedad aportante a la filial. Por su parte, la sociedad aportante puede recibir a cambio la mayoría de las acciones de la sociedad que se pretende constituir -menos las que suscribieran otro u otros fundadores-; e incluso, la totalidad de las acciones de la nueva sociedad, pues la sociedades unipersonales seguramente son las más indicadas para la constitución de sociedades filiales. Como consecuencia de la transmisión global y de la adquisición de las acciones de la filial -entregadas a cambio de la aportación-, la sociedad aportante deja de ser sociedad de explotación para convertirse en mera tenedora de acciones, es decir, *holding* o madre de la sociedad filial[61]. Este supuesto constituye una de las hipótesis clásicas de creación de sociedad filial y no plantea otros problemas que los que derivan de la transmisión unitaria del activo y pasivo de una sociedad, problemas comunes a cualquiera de las modalidades de aportación de empresa como conjunto unitario[62].

---

[61] En este sentido se manifiesta POLO SÁNCHEZ, E., "La aportación de empresa a sociedad", cit., pág. 2216.

[62] Es necesario advertir que para la creación de una sociedad filial mediante la aportación unitaria de la empresa no es necesaria siempre su constitución *ex novo*. Es perfectamente posible la creación de una sociedad filial mediante la aportación de empresa a una sociedad ya existente, tanto si se constituyó en un momento anterior con esa intención, cuanto si, como consecuencia de la aportación, la sociedad que recibe la empresa entrega a la sociedad aportante un número de acciones que sitúa a ésta última en una posición claramente mayoritaria de participación en el capital de la primera. Igualmente, es conveniente señalar que tampoco la aportación de empresa en bloque a una sociedad de nueva constitución conlleva necesariamente la creación de una sociedad filial. En ocasiones, otros fundadores pueden haber efectuado una aportación patrimonial superior a la de la sociedad aportante de la empresa, evitando que ésta se convierta en socio mayoritario de la nueva sociedad (véase, POLO SÁNCHEZ, E., "La aportación de empresa a sociedad", cit., pág. 2216).

Universidad de Huelva 2009

Ahora bien, si la aportación de empresa por una sociedad se realiza a otra sociedad existente (que no se constituyó en un momento anterior precisamente con la intención de convertirla en sociedad filial) a través de un aumento de capital podemos hallarnos ante una modalidad de concentración empresarial por transmisión global de activo y pasivo similar a la fusión por absorción, aunque sus efectos sean netamente diferentes, pues las operaciones enunciadas son distintas desde el punto de vista jurídico[63].

En la fusión por absorción la sociedad absorbida se disuelve y extingue sin que se proceda a su liquidación. Consecuentemente, son los socios de la sociedad que desaparece quienes van a recibir las acciones de la sociedad absorbente mediante la sustitución o canje de las acciones de la primera por las nuevas acciones emitidas por la sociedad absorbente en el aumento de capital correspondiente. Por el contrario, en el supuesto de aportación de empresa es la sociedad aportante quien recibe las acciones de la sociedad adquirente de la aportación, con independencia de que *a posteriori* se proceda a su disolución, y consiguiente liquidación, o continúe como empresario -modificando, si es preciso- el objeto social-. Así pues, podemos afirmar que el elemento que caracteriza a la aportación de empresa frente a la fusión por absorción es la adquisición por la sociedad aportante de la cualidad de socio de la sociedad adquirente. En efecto, en la aportación de empresa es la sociedad, y no los socios, quien recibe las acciones de la sociedad que adquiere la empresa aportada.

---

[63] La Tercera Directiva, 78/855/CEE, de 9 de octubre de 1978 (JO.L, 295, de 20 de octubre de 1978), sobre fusión de sociedades, conceptúa la fusión como aquella operación en virtud de la cual se efectúa una transmisión en bloque del patrimonio activo y pasivo de la sociedad o sociedades que se fusionan a una sociedad ya existente (fusión por absorción) o a una sociedad nueva que ellas constituyen (fusión por constitución), con extinción por disolución sin liquidación de todas ellas (menos de la sociedad absorbente que no se disuelve), pasando normalmente sus accionistas a serlo de la sociedad absorbente o de la constituida mediante la atribución a ellos de acciones de éstas y eventualmente de una compensación complementaria aunque limitada en su valor (arts. 3°, 4° y 19 de la Tercera Directiva). Por su parte, MADRID PARRA, A., ("Transformación, fusión y escisión de las sociedades mercantiles", *Derecho Mercantil* [coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.], T. I, 4ª ed., Barcelona, 1997, pág. 536) define la fusión de sociedades como "un proceso de naturaleza social al final del cual dos o más sociedades, previa disolución de alguna o de todas ellas, agrupan a sus respectivos socios en una sola sociedad, en la que todos los patrimonios se integran formando uno solo". Posteriormente distingue los dos procedimientos de fusión contemplados en el artículo 233 de la LSA: uno, por el que varias sociedades se disuelven y se constituye una nueva sociedad anónima en la que se integran los socios y patrimonios de las disueltas, a la que denominamos fusión por constitución de nueva sociedad; y otro, en el que una sociedad anónima absorbe a una o varias sociedades que se disuelven y cuyos patrimonios y socios se integran en la sociedad absorbente, cuya personalidad jurídica permanece siendo la misma cualesquiera sean las modificaciones estatutarias que implique la fusión, operación que conocemos como fusión por absorción.

Universidad de Huelva 2009

En realidad, el hecho que acerca a la fusión por absorción y a la aportación de empresa[64] es la transmisión en bloque del activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente y la transmisión de la empresa social de la sociedad aportante a la sociedad adquirente de la aportación. Sin embargo, a pesar de esta similitud, en estas dos formas de transmisión global de activo y pasivo de una sociedad continúa habiendo una diferencia jurídica fundamental, diferencia que puede constituir un obstáculo en la aportación de empresa. En la aportación de empresa, en la que en principio debemos entender que se transmiten también las deudas -como un elemento más de la entidad productiva-, la sociedad aportante -deudora- no queda liberada de su responsabilidad frente a los acreedores, sin que éstos hayan prestado su consentimiento para la transmisión (art. 1.205 C.c.), y, sin perjuicio de que la sociedad adquirente haya asumido las deudas de la empresa aportada a efectos internos. Por el contrario, esto no ocurre en la fusión por absorción donde la sociedad absorbente sucede a la absorbida en todo su activo y pasivo, sin necesidad de seguir cada elemento transmitido -incluido las deudas- su ley propia de circulación.

En efecto, la transmisión en bloque del patrimonio, activo y pasivo, de las sociedades fusionadas se produce, por imperio de la Ley (tanto en la fusión por constitución de nueva sociedad como en la fusión por absorción), a través de la sucesión universal en los derechos y obligaciones de las sociedades extinguidas (art. 233 LSA). Sin embargo, la operación de aportación unitaria de empresa, no lleva consigo la disolución y extinción de la sociedad aportante, sino la adquisición por ésta de la cualidad de socio de la sociedad que recibe la aportación. Como no existe precepto legal alguno que disponga la sucesión universal de la sociedad adquirente en los derechos y obligaciones de la sociedad transmitente para los supuestos de aportación de empresa -ni para ningún supuesto de transmisión de la empresa como objeto unitario de negocios jurídicos-, no es posible que se produzca la asunción de las deudas por parte de la sociedad que recibe la aportación y la liberación de la sociedad aportante. Por tanto, en los supuestos de aportación de empresa, cada uno de los elementos

---

[64] Es conveniente aclarar que la similitud existe, especialmente, cuando la aportación de empresa conlleva la transmisión de todo el activo y el pasivo de la sociedad aportante.

Universidad de Huelva 2009

que integran la entidad productiva habrán de seguir, como en repetidas ocasiones hemos señalado, la ley de circulación que les corresponda de acuerdo con su propia naturaleza. Así pues, la transmisión de las deudas de la empresa que se pretende aportar requerirá, para que la sociedad aportante quede liberada frente a los acreedores, el consentimiento de éstos (art. 1.205 C.c.)[65].

Ahora bien, dejando a un lado la cuestión planteada relativa a las deudas de la empresa transmitida, a la que se prestará mayor atención en páginas sucesivas, no existe ningún obstáculo legal para que la aportación consista, si es ésta la voluntad y el interés de las partes, no en la empresa en bloque, como conjunto unitario, sino en una parte o rama de actividad que pueda ser considerada como unidad productiva autónoma, susceptible de funcionar independientemente de la totalidad de la empresa de la que se desgaja. En efecto, generalmente, es posible la división de una empresa en diversas unidades de producción susceptibles de ser explotadas de forma individual. Esto hace posible, a su vez, la aportación de una, varias o todas estas unidades productivas independientes o ramas de actividad a dos o más sociedades, tanto de nueva creación como ya existentes.

Pues bien, cuando la sociedad aporte a dos o mas sociedades distintas todas y cada una de las unidades de producción de las que era titular, bien sean empresas en su totalidad bien sean lo que denominamos ramas de actividad, cada una con su activo y pasivo, adquiriendo las acciones correspondientes de las sociedades que reciben las diversas explotaciones, nos encontramos ante un supuesto que presenta ciertas analogías con la operación de escisión total[66].

---

[65] Según se desprende, entre otros, del estudio de VICENT CHULIÁ, F., "La fusión propia y las fusiones impropias en el Derecho español", cit., pág. 505, la subrogación de la sociedad adquirente en las deudas de la sociedad aportante sólo se producirá si concurre el consentimiento de los acreedores; de lo contrario, éstos podrán exigir a la sociedad aportante su pago, en tanto no prescriban sus correspondientes acciones. Y, si la sociedad aportante acordase su disolución, deberá proceder a su liquidación antes de distribuir su haber entre los socios, de modo que los liquidadores tendrán que atender al pago de aquellas deudas.

[66] RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "Escisión (Artículos 252 a 259 LSA)", cit., pág. 22, define la escisión total o propia como aquella operación por la que una sociedad acuerda su disolución y transmite, sin liquidación, todo su patrimonio dividido a dos o más sociedades, denominadas beneficiarias, convirtiéndose los socios de la primera en socios de las

Universidad de Huelva 2009

La división total de la empresa social y la posterior aportación, de forma individual, de cada una de las diversas ramas de actividad a dos o más sociedades diferentes, bien de nueva creación bien ya existentes, constituye un supuesto paralelo a la escisión total propiamente dicha. La diferencia más acusada entre ambas operaciones radica en que mientras en la primera, aportación de rama de actividad, la sociedad aportante no se disuelve ni extingue pese a la transmisión de la empresa social en su totalidad, ya que es la propia sociedad y no sus socios quien recibe las nuevas acciones emitidas por las sociedades, nuevas o existentes, adquirentes de las diferentes ramas de actividad aportadas; en la escisión se produce la extinción de la sociedad escindida como consecuencia de la transmisión de la totalidad de su patrimonio a las sociedades nuevas o a las beneficiarias de la escisión y la atribución de las acciones de éstas a los socios de la sociedad escindida y disuelta[67].

En definitiva, en el supuesto de aportación de las distintas empresas o ramas de actividad a diversas sociedades, ni se produce la extinción de la sociedad aportante, ni son sus socios quienes reciben las acciones de las sociedades adquirentes, sino la propia sociedad aportante. Esto significa que tampoco en este supuesto -a diferencia de la fusión o de la

---

beneficiarias. Son, por tanto, características de la escisión total la disolución y extinción de la sociedad que se escinde, la transmisión sin liquidación de la totalidad de su patrimonio a otras sociedades y la atribución de las acciones procedentes de las sociedades beneficiarias a los socios de la sociedad que se escinde. En términos similares se manifiesta CERDÁ ALBERO, F., *Escisión de la Sociedad Anónima*, Valencia, 1993, pág. 35.

[67] En la escisión total es preciso que el patrimonio de la sociedad que se escinde se divida en dos o más partes y, lógicamente, se traspase en bloque a dos o más sociedades. Sin embargo, en la escisión total, a diferencia de lo que se establece en el artículo 253 para la escisión parcial (en tanto que exige que la parte o partes del patrimonio que se segrega o segregan constituyan una unidad económica), rige el principio de libertad en materia de división y reparto del patrimonio de la sociedad que se escinde. Ese traspaso en bloque se regirá, a falta de normas específicas, por las normas de la fusión, en las que se hace expresa referencia a la adquisición "por sucesión universal" por parte de la nueva sociedad resultante de la fusión de los derechos y obligaciones de las sociedades fusionadas (art. 233). Y aunque en el caso de la escisión total se trate de transmisión por partes, no parece que puedan existir dudas acerca de la existencia de una auténtica sucesión universal, cuyos efectos se producen *ipso iure* y simultáneamente, de tal manera que las deudas contraídas en el ejercicio de cada explotación o empresa que se transmite se atribuirán a cada una de las sociedades, nuevas o ya existentes, beneficiarias de la escisión (RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "Escisión (Artículos 252 a 259 LSA)", cit., pág. 51; VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. I, vol. 2°, cit., pág. 863; POLO SÁNCHEZ, E., "La aportación de empresa a sociedad", cit., pág. 2219; CERDÁ ALBERO, F., *Escisión de la Sociedad Anónima*, cit., pág. 35; GUASCH MARTORELL, R., *La escisión de sociedades en el Derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores*, Madrid, 1993, págs. 92-95; SANTOS MARTÍNEZ, V., "Escisión [Artículos 252 a 259]", cit., pág. 359).

Universidad de Huelva 2009

escisión propiamente dichas[68]- hay sucesión universal en los derechos y obligaciones de la sociedad aportante por parte de las sociedades adquirentes, lo que reconduce de nuevo al problema del tratamiento unitario de la transmisión de las deudas o asunción del pasivo.

Ahora bien, seguramente, las mayores dificultades se plantearán en el momento de distinguir con claridad entre la denominada escisión parcial y la segregación patrimonial por aportación -esto es, la división del patrimonio de la sociedad con el fin de aportar a otra sociedad o sociedades la parte o partes separadas-; sobre todo cuando la parte que se separa o segrega del patrimonio de la sociedad aportante constituye una empresa o rama de actividad.

En efecto, si la operación que pretende efectuar la sociedad consiste en la aportación de una o varias ramas de actividad a otra sociedad o sociedades de nueva creación o ya existentes, estamos en presencia de un supuesto en el que el paralelismo con la escisión parcial ha llevado en ocasiones a su confusión e intento de tratamiento unitario[69].

Esta confusión se debe a que tanto la escisión parcial como la aportación no conllevan, al contrario que la fusión o la escisión total, la extinción de la sociedad escindida ni de la sociedad aportante, ya que no se produce en este caso la transmisión de todo su

---

[68] Aún cuando, la adquisición por sucesión universal de los derechos y obligaciones de la sociedad escindida por las sociedades de nueva creación o las existentes beneficiarias de la escisión no se proclama explícitamente en las normas de la LSA que regulan la escisión total, la remisión al régimen de la fusión contenida en el artículo 254 de la LSA, la ausencia de norma propia o sustitutiva de la contenida en el artículo 233 de la LSA y la identidad de presupuestos que concurren en la fusión y en la escisión total -extinción de la sociedad escindida y transmisión en bloque de cada parte de su patrimonio a las sociedades de nueva creación o de las sociedades existentes- parecen llevar a la conclusión de que también en la escisión se produce la sucesión universal, en este caso en cada una de las partes segregadas, de tal manera que las deudas contraídas en el ejercicio de cada explotación o rama de actividad que se transmite se atribuirán a cada una de las sociedades, nuevas o ya existentes, beneficiarias de la escisión. Een defecto de cumplimiento de dichas deudas por una de ellas, todas serán solidariamente responsables hasta el importe del activo neto atribuido a cada una en la escisión (art. 259 de la LSA). En este sentido se manifiestan POLO SÁNCHEZ, E., "La aportación de empresa a sociedad", cit., pág. 2219; GUASCH MARTORELL, R., *La escisión de sociedades en el Derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores*, cit., págs. 94-95.

[69] Como muestra de ese paralelismo y de la confusión que el mismo origina podemos citar de nuevo las ya conocidas resoluciones de 10 de junio de 1994 y de 4 de octubre de ese mismo año, en las que la DGRN, ante los confusos argumentos dados por el Registrador, ha tratado de delimitar y distinguir con claridad dichas operaciones societarias.

Universidad de Huelva 2009

patrimonio, sino tan sólo se separan o segregan una o varias unidades económicas -en el supuesto de la escisión parcial (art. 253 LSA)- o uno o varios elementos o partes de su patrimonio -en el supuesto de la aportación-, de tal manera que la sociedad escindida y la sociedad aportante continúan con la explotación de las unidades que han quedado tras la segregación. En efecto, la escisión parcial, en la que subsiste la sociedad escindida -al igual que sucede en los supuestos de aportación-, se puede confundir con la simple aportación en tanto que puede apreciarse -al menos aparentemente- la existencia de una persona jurídica que aporta parte de su patrimonio a otra u otras sociedades beneficiarias. En este sentido la escisión parcial se aproxima externamente al supuesto de aportación de empresa o de rama de actividad por parte de un empresario social.

La escisión parcial, también denominada escisión impropia, se puede definir como aquella operación de reestructuración societaria por la que se transmite en bloque a una o varias sociedades -preexistentes o constituidas a raíz de esta operación- una o varias partes del patrimonio de la sociedad escindida, debiendo constituir cada una de las partes escindidas una unidad económica[70]. Los socios de la sociedad que se escinde reciben las acciones de la sociedad o sociedades beneficiarias en proporción a la respectiva participación de cada uno de ellos en el capital de la sociedad escindida, capital que se reducirá, en su caso[71], simultáneamente, en la cuantía necesaria. Las características de la escisión parcial recogidas en el artículo 252.2.b) de la LSA son las siguientes: en primer lugar, la subsistencia de la sociedad que se escinde; en segundo lugar, la segregación o división de una o varias partes

---

[70] El artículo 253.1 de la LSA exige que la parte de patrimonio que se segregue o divida, en los supuestos de escisión parcial, ha de constituir una unidad económica. La referencia a la empresa o establecimiento del artículo 253.2 implica necesariamente la unidad económica que reclama el párrafo primero del precepto. Podemos entender que la relación entre ambos conceptos es la de género y especie, siendo la unidad económica el género y la empresa la especie dentro de ese género.

[71] Hay que advertir que la reducción del capital de la sociedad que se escinde no siempre es necesaria. La reducción del capital dependerá de la situación en que quede en esa sociedad la relación capital-patrimonio después de la transmisión de una parte de éste último, de forma que sólo será necesaria la reducción del capital cuando se hayan transmitido elementos patrimoniales vinculados por el principio de conservación del capital en beneficio de los acreedores sociales (RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "Escisión [Artículos 252 a 259 LSA]", cit., pág. 63; MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., "Una aproximación al análisis del régimen de la escisión parcial: especial referencia al art. 253 del TRLSA", *Revista de Derecho de Sociedades* nº 3, 1994, pág. 62; SANTOS MARTÍNEZ, V., "Escisión [Artículos 252 a 259]", cit., págs. 399-400).

Universidad de Huelva 2009

del patrimonio de la sociedad que se escinde[72] y su traspaso en bloque a las sociedades beneficiarias[73]; y, finalmente, la tercera característica, establecida de forma conjunta para las dos modalidades de escisión en el artículo 252.2, consiste en la atribución de las acciones de las sociedades beneficiarias a los socios de la sociedad que se escinde[74].

---

[72] En la escisión parcial, a diferencia de lo que sucede en la escisión total, no rige el principio de libertad en materia de división del patrimonio que se separa, ya que el artículo 253 exige que el patrimonio que se segrega constituya una unidad económica. No ha sido la Sexta Directiva de la CEE, relativa a las escisiones, de 17 de diciembre de 1982, quien ha introducido el requisito de que la parte segregada constituya una unidad económica. En este caso, ha sido el Derecho Portugués quien ha servido de modelo al legislador español. En efecto, el *Código das Sociedades Comerciais* establece en su artículo 124.1 que, en caso de escisión parcial (denominada "escisión simple"), sólo pueden ser separados para la constitución de la nueva sociedad: a) participaciones en otras sociedades que constituyan la totalidad o parte de las poseídas por la sociedad a escindir, para la formación de una nueva sociedad cuyo exclusivo objeto consista en la gestión de participaciones sociales; b) bienes que en el patrimonio de la sociedad a escindir estén agrupados de modo que formen "una unidad económica". Esa unidad económica puede ser una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios, tal como determina el artículo 253.2 de la LSA, pero puede ser también un conjunto de elementos organizados o dotados de una unidad funcional, actual o potencial (RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "Escisión [Artículos 252 a 259 LSA]", cit., págs. 71-72; ROJO, A., "Escisión de sociedades", cit., pág. 690; MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., "Una aproximación al análisis del régimen de la escisión parcial: especial referencia al art. 253 del TRLSA", cit., págs. 81-90), con independencia de que le denominemos rama de actividad o le atribuyamos cualquier otro calificativo. En cualquier caso, el proyecto de escisión debe incluir "la designación y el reparto precisos de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a cada una de las sociedades beneficiarias" (art. 155.1.a] LSA). Por otra parte, no podemos olvidar que la sociedad que se escinde debe, en principio, conservar además un patrimonio que asegure, en cierta forma, su viabilidad. Necesita un patrimonio para subsistir y para que no resulten defraudados los intereses de sus accionistas, de sus acreedores y de sus trabajadores.

[73] En contraste con lo que sucede en la escisión total, en la escisión parcial la parte o partes segregadas del patrimonio de la sociedad que se escinde pueden traspasarse a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, lo que significa que no se exige para la escisión parcial que las sociedades beneficiarias sean varias, ya que al poder separarse una sola parte de la totalidad del patrimonio de la sociedad que se escinde, la parte que se segrega puede transmitirse a una sola sociedad, sin que ello suponga la realización de una operación distinta de la escisión. Finalmente, dado que la escisión parcial no afecta a la totalidad del patrimonio de la sociedad que se escinde es posible cuestionarse si en esta modalidad de escisión se produce o no sucesión universal. Respecto a este interrogante, debemos observar que la LSA utiliza en el artículo 252 la expresión "traspaso en bloque" tanto para la escisión total como para la escisión parcial, expresión que en ambos casos debe tener el mismo significado "sucesión universal" (RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "Escisión [Artículos 252 a 259 LSA]", cit., pág. 61; OLIVENCIA, M., "Fusión y escisión de sociedades y restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones", *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. BROSETA PONT*, T. II, Valencia, 1995, págs. 2631-2632; CERDÁ ALBERO, F., "Segregación de la Sociedad Anónima y de la Sociedad de Responsabilidad Limitada", cit., pág. 938).

[74] En el Derecho Comunitario europeo, la escisión constituye el objeto de la Directiva 82/891/CEE, de 17 de diciembre de 1982: la Sexta Directiva. El análisis de las normas contenidas en esta Directiva permite identificar dos operaciones básicas: la escisión total y la escisión parcial. Es necesario advertir que la cuestión acerca de si la Sexta Directiva, y más precisamente el artículo 25, acoge la figura de la escisión parcial no es resuelta de modo unánime por la doctrina (ROJO, A., "La escisión de sociedades", cit., pág. 673 y OLEO BANET, F., *La escisión de la Sociedad Anónima*, cit., 1995, págs. 60-61, consideran sin más acogida la escisión parcial por el artículo 25; SEQUEIRA MARTÍN, A., "La fusión y la escisión [Tercera y Sexta Directivas]", cit., pág. 37, declara que no recoge expresamente la Sexta Directiva la posibilidad de una transmisión parcial de patrimonio, por lo que queda excluida la llamada escisión parcial o impropia. Piensa que se ha dejado su regulación a los Estados miembros, "*si bien* [añade] *pudiera considerarse que está afectada por la Directiva en la remisión que a otras operaciones asimiladas a la escisión se efectúan en el artículo 25, sometiendo sus preceptos a aquellas operaciones similares en las cuales la sociedad que se escinde no deja de existir*"; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "Escisión [Artículos 252 a 259 LSA]", cit., pág. 32, considera que la Directiva menciona como "operación asimilada a la escisión" la denominada escisión parcial [art. 25], aunque se deja en libertad a los Estados miembros para regularla, junto

Universidad de Huelva 2009

Consecuentemente, el común denominador de las dos clases de escisión que contempla nuestra LSA (escisión total o propia y escisión parcial o impropia) es la atribución de las acciones de las sociedades beneficiarias a los socios de la sociedad escindida y no a ésta, lo que, según la doctrina[75], constituye la nota diferenciadora de la escisión respecto de la segregación patrimonial por aportación.

No obstante, durante algún tiempo el reflejo de la cercanía entre las figuras de escisión parcial y segregación patrimonial ha provocado cierta confusión conceptual. De hecho, el artículo 229.3 del Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas de 1979, con el título de "Escisiones impropias", señalaba: "Cuando en el supuesto previsto en el párrafo primero sea la propia sociedad escindida que traspasa una parte de su patrimonio la que recibe las acciones de la sociedad a la que realiza la aportación, podrán acordar los administradores de las sociedades participantes en la operación someter la misma a las normas de la escisión...". El precepto aludía a la segregación patrimonial y facultaba a los administradores de las sociedades participantes a poder escoger el régimen jurídico que se aplicaría a la segregación patrimonial.

Siguiendo la misma orientación, el Proyecto de Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Consejo de Ministros el 8 de abril de 1988, partía de un concepto amplio de escisión, en el que lo relevante no era ya, según el criterio doctrinal predominante, la distribución de las acciones de las sociedades beneficiarias de la escisión entre los socios de

---

con la escisión total, como una modalidad de la escisión; por su parte, SANTOS MARTÍNEZ, V., ["La escisión de sociedades en el Derecho Comunitario Europeo", *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en homenaje a JOSÉ GIRÓN TENA*, Madrid, 1991, pág. 1004], entiende que las operaciones de reestructuración societaria que se identifican con la escisión pueden considerarse acogidas por el artículo 25, aunque es precisa una interpretación que vaya más allá de la letra de este texto tal como resulta de las remisiones que hace a otros artículos de la propia Directiva).

[75] RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "Escisión (Artículos 252 a 259 LSA)", cit., pág. 33; SEQUEIRA MARTÍN, A., "La fusión y la escisión (Tercera y Sexta Directivas)", cit., págs. 35-36; CERDÁ ALBERO, F., "Segregación de la Sociedad Anónima y de la Sociedad de Responsabilidad Limitada", cit., pág. 938; ROJO, A., "La escisión de las sociedades anónimas", cit., págs. 671-674; SANTOS MARTÍNEZ, V., "La escisión de las sociedades", cit., pág. 229; ID., "Escisión (Artículos 252 a 259)", cit., págs. 362-365; RUBIO VICENTE, P.J., "¿Cabe la extensión del régimen jurídico de la escisión a los supuestos de segregación patrimonial de sociedad por aportación?", *Revista de Derecho de Sociedades* nº 5, 1995, págs. 241-242.

Universidad de Huelva 2009

la sociedad escindida, sino el carácter total o parcial de la escisión. De esta forma, el artículo 149.1 del Proyecto de Ley consideraba como escisión tanto las operaciones de división total del patrimonio de una sociedad que se extinguía (art. 149.1.1°), como las operaciones (consideradas por el legislador como supuestos de escisión parcial) en las que sólo se segregaba una parte del patrimonio de una sociedad y *con independencia de que las participaciones de la sociedad o sociedades beneficiarias se atribuyeran a la sociedad que se escindía o a sus accionistas*[76]. A todas estas operaciones se les aplicaba el mismo régimen, recogido en la Sección Tercera del Capítulo IX del Proyecto bajo el epígrafe "De la escisión", con las lógicas salvedades derivadas de las distintas características que presentaban las diversas operaciones agrupadas bajo el concepto de escisión.

Sin embargo, en el Senado se admitió una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista (núm. 406) de modificación del artículo 149.2 en cuya virtud se suprimía la posibilidad de que las acciones de las sociedades beneficiarias de la escisión pudieran ser atribuidas, en contraprestación, a la sociedad que se escindía, de forma que, en la actualidad, para que exista escisión a efectos legales, esas acciones sólo pueden atribuirse a los accionistas de la sociedad que se escinde. Y ello con la justificación de "distinguir adecuadamente entre segregación con contraprestación de acciones a la propia sociedad y los supuestos de constitución de sociedad con aportaciones *in natura*"[77].

En el ámbito fiscal, la reforma del artículo 15 de la Ley 76/1980, que se llevó a cabo por el D-L 7/1989, de 29 de diciembre, armonizó en este punto la legislación fiscal con la sustantiva, puesto que, en su redacción original, la mencionada Ley de 1980 utilizaba un concepto amplio de escisión en virtud del cual la segregación era considerada como escisión

---

[76] Art. 149.1.2° del Proyecto de Ley de Reforma parcial y adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades: BOCG-CD, III Legislatura, serie A, núm. 80-6, de 22-IV-1988, pág. 45.

[77] Enmiendas al Proyecto de Ley de Reforma parcial y adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades: BOCG-S, III Legislatura, serie II, núm. 304 (c), de 23-V-1989, pág. 175. La redacción propuesta del artículo 149.2 de la LSA era: "Las acciones o participaciones sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión deberán ser atribuidas en contraprestación a los accionistas de la sociedad que se escinde...".

Universidad de Huelva 2009

a efectos fiscales[78] . En la redacción que le dio el mencionado D-L al artículo 15 de la Ley de 1980, sólo tenía la consideración de operación de escisión, total o parcial, aquélla en la que eran los socios y no la sociedad escindida los que recibían, a cambio de la aportación de todos o de parte de los elementos patrimoniales de ésta, "títulos representativos del capital social de las Sociedades beneficiarias de la aportación". Derogada esta Ley por la 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, su artículo 2.2 mantuvo también, un concepto estricto de escisión. Finalmente, los Títulos I y II de la Ley 29/1991, han sido derogados por la Disposición derogatoria única de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, que continúa manteniendo en su artículo 97.2 un concepto estricto de escisión, pues se limita a reproducir el artículo 2.2 de la Ley 29/1991.

En efecto, las normas de la sección Tercera del Capítulo VIII de la LSA sólo se aplican a la operación de escisión en sentido estricto y en sus dos modalidades de escisión total y escisión parcial, quedando fuera del ámbito de aplicación de la Ley otras figuras afines, como la segregación patrimonial. Lo que ocurre, y da lugar a confusión, es que en ocasiones el legislador continúa empleando los términos segregación y escisión como conceptos sinónimos. En este sentido, la LSA utiliza "segregación" o "segregar" unas veces al definir la escisión parcial en el artículo 252.2 como "la segregación de una o varias partes del patrimonio...", otras como sinónimo de "división" en el artículo 253 al decir la "parte que se divida o segregue". También el RRM equipara terminológicamente ambas figuras en el artículo 236.3 cuando señala: "en caso de escisión parcial o segregación, una vez inscrita la segregación...".

Por nuestra parte entendemos que cuando en una sociedad anónima se produce una segregación patrimonial, y la parte segregada constituye una empresa o una rama de actividad que se transmite a otra sociedad, que se constituye o que aumenta su capital social,

---

[78] Artículo 15.1.b): "Dichas acciones recibidas podrán mantenerlas en su activo las sociedades escindidas o entregarlas a sus socios partícipes...".

Universidad de Huelva 2009

a cambio de acciones -adquiridas por la sociedad segregante-, estamos ante un supuesto de aportación no dineraria. En concreto, de aportación de empresa o rama de actividad. Esta operación es jurídicamente idéntica a la aportación de empresa o rama de actividad por parte de un empresario individual -salvo que en este caso el aportante es una persona física con las diferencias que ello conlleva-, en la que igualmente el empresario separa una parte de su patrimonio para aportarlo a una sociedad anónima a cambio de acciones. Consideramos, por tanto, que no es correcto extender el régimen normativo de la escisión a la segregación patrimonial, pues además de que no existe fundamentación normativa que lo permita, las circunstancias y necesidades de tutela distan mucho de ser coincidentes, como podremos comprobar en las páginas siguientes. Siguiendo esta orientación entendemos que el régimen jurídico aplicable a la segregación patrimonial, en este caso, será el de las aportaciones no dinerarias previsto en la LSA[79].

Por su parte, la aportación de una rama de actividad, o de una empresa, representa la concreción del contenido de una aportación no dineraria. En definitiva, consiste en la aportación a una sociedad de una rama de actividad, o de una empresa, en los términos anteriormente definidos, transmisión que se efectúa a título singular, y, a cambio de la aportación, al igual que ocurre en cualquier otra aportación dineraria o no dineraria, el

---

[79] Esta orientación es puesta de manifiesto por un sector de nuestra doctrina, entre otros, GUASCH MARTORELL, R., *La escisión de sociedades en el Derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores*, cit., págs. 88-92; RUBIO VICENTE, P.J., "¿Cabe la extensión del régimen jurídico de la escisión a los supuestos de segregación patrimonial de sociedad por aportación?", cit., págs. 253-255; SANTOS MARTÍNEZ, V., "La escisión de las sociedades anónimas", cit., pág. 230; ID., "Escisión (Artículos 252 a 259)", cit., págs. 365-367; POLO SÁNCHEZ, E., "La aportación de empresa a sociedad", cit. págs. 2219-2220; OLEO BANET, F., *La escisión de la Sociedad Anónima*, cit., págs. 112-113. En buena medida coincide con lo expuesto RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "Escisión (Artículos 252 a 259 LSA)", cit., 37-39, para quien la determinación del régimen jurídico aplicable depende de la fase o etapa de la operación. Así, respecto a la sociedad o sociedades beneficiarias considera aplicable el régimen jurídico previsto para las aportaciones sociales; respecto a la sociedad segregada dependerá de la incidencia que tenga la segregación en el patrimonio social. Por su parte, DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., "El régimen jurídico de la escisión de sociedades anónimas por aportación como cuestión abierta", *Revista de Derecho de Sociedades* nº 4, 1995, pág. 280, no descarta la aplicación analógica del régimen legal de la escisión parcial a los supuestos de segregación por aportación. Para terminar, llama la atención la idea puesta de manifiesto por CERDÁ ALBERO, F., *Escisión de la Sociedad Anónima*, cit., págs. 38-40, quien califica a la segregación patrimonial de escisión impropia -no en el sentido de escisión parcial sino de atipicidad de la operación-. Declara el autor que la operación en sí no está regulada en nuestro Derecho, lo que implica que no puedan serle aplicables los efectos excepcionales que el Derecho de Sociedades y el Derecho Fiscal reconocen a la escisión propia. No obstante, sin dejar claro cual es el régimen jurídico aplicable a la segregación, atribuye a la transmisión los efectos de la sucesión universal que la Ley otorga para los supuestos de fusión y escisión.

Universidad de Huelva 2009

aportante recibe acciones de la sociedad destinataria de la aportación. Su regulación normativa mercantil viene determinada por los artículos 38, 39, 40.2 y 155 de la LSA.

Cuando es una sociedad quien aporta a otra, u otras sociedades, algún o algunos elementos se produce en el patrimonio de la aportante una segregación o separación de masa patrimonial. Se transmite en concepto de aportación una o más partes del patrimonio social a una o varias sociedades beneficiarias, ya existentes o de nueva creación, pero es la sociedad aportante, que continúa existiendo, y no sus socios, la que recibe las acciones entregadas por las sociedades beneficiarias a cambio de los elementos transmitidos. Cuando lo que se pretende aportar es en concreto una rama de actividad o una empresa, se produce una coincidencia objetiva y un relevante paralelismo con la separación o segregación -de acuerdo con los términos literales de la Ley- que se efectúa en los supuestos de escisión parcial[80]. No obstante, falta en la segregación por aportación el elemento

[80] Desde el punto de vista normativo, como ya hemos señalado, la segregación, en tanto operación autónoma e independiente, está ausente en el actual Derecho español de Sociedades e igualmente ha quedado fuera de regulación en nuestra legislación fiscal. La segregación, como desmembración o división de una parte del patrimonio social, únicamente encuentra acogida en la LSA, bien como característica de la escisión parcial (arts. 252.b y 253), bien en concepto de aportación. En el primer caso se aplicará el régimen establecido para la escisión parcial, en tanto que la operación se configura como tal. En el segundo, las normas propias de las aportaciones sociales, y específicamente normas sobre aportaciones no dinerarias, pues, como ya hemos señalado, sólo serán aplicables las normas de la escisión a las operaciones que puedan considerarse escisiones en sentido estricto.

Por otra parte, las operaciones de fusión, escisión y otras asimiladas han sido objeto de gran atención por parte del legislador fiscal. Junto a diversas disposiciones relativas sobre todo a los beneficios fiscales derivados de la concentración e integración de empresas (es obligado señalar el Decreto de 25 de noviembre de 1971, sobre beneficios fiscales a la concentración e integración de empresas; la Orden de 24 de abril de 1972, sobre procedimientos de aplicación de los beneficios fiscales a la concentración e integración de empresas; el Decreto-ley de 30 de noviembre de 1973, sobre medidas coyunturales de ordenación económica, entre otras) resulta necesario resaltar la relevancia de la ya citada Ley 76/1980, de 26 de diciembre, sobre régimen fiscal de la fusiones de empresas y su Reglamento aprobado por RD 2182/1981, de 24 de julio, que culminó un largo proceso legislativo cuya finalidad fue facilitar el proceso de concentración y reestructuración de las empresas. Diversos artículos de esta Ley y, en concreto, el artículo 15 referente a la escisión, fueron modificados por la Disposición Adicional sexta del Real Decreto-ley 7/1989, de 29 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria, que, entre otras cosas, pretendía la armonización de la legislación fiscal con la nueva legislación sustantiva sobre escisión contenida en la LSA. El artículo 15 de la citada Ley de 1980 disponía, después de su modificación por la Disposición Adicional sexta del Decreto-ley 7/1989 (sustituido luego por la Ley 5/1990, de 29 de junio), lo siguiente:

"Uno. A los efectos de lo establecido en el artículo anterior, tendrá la consideración de operación de escisión aquélla mediante la cual:

a) Una Sociedad transfiere, como consecuencia de su disolución sin liquidación, el conjunto de sus elementos patrimoniales activos y pasivos a dos o varias Sociedades preexistentes o nuevas, recibiendo sus socios, según una regla de proporcionalidad debidamente fundada, títulos representativos del capital social de las Sociedades beneficiarias de la aportación y, eventualmente, cuando sea conveniente para ajustar la operación de canje, una compensación en dinero que no exceda del 10 por 100 del nominal de los títulos atribuidos.

Universidad de Huelva 2009

b) Una sociedad traspasa, sin disolverse, los elementos patrimoniales activos y pasivos afectos a una o varias ramas de su actividad a otra u otras Sociedades, nuevas o preexistentes, recibiendo para entregar a sus socios, títulos representativos del capital social de las Sociedades beneficiarias de la aportación.

La atribución por la Sociedad transmitente a sus socios según regla debidamente fundada, de los títulos recibidos de las Sociedades beneficiarias, determinará la reducción de su capital y reservas en la cuantía necesaria.

Si la Sociedad transmitente mantuviera en su patrimonio los títulos recibidos de la Sociedad beneficiaria sin atribuirselos a sus socios mediante la reducción a que se refiere el párrafo anterior, la operación no se calificará de escisión sino de simple aportación de activos sometida al régimen tributario general.

Dos. Se entenderá por rama de actividad el conjunto de elementos patrimoniales activos y pasivos de una parte de una Sociedad que constituyen desde el punto de vista de la organización una explotación autónoma, es decir, un todo capaz de funcionar por sus propios medios.

Tres. No obstante lo previsto en el número uno anterior, tendrán la consideración de operaciones de escisión aquéllas en que participen Sociedades en liquidación que no hayan comenzado el reparto de su patrimonio entre los accionistas o partícipes.

Cuatro. Cada una de las ramas de actividad escindidas deberá tener más del 50 por 100 de su activo, estimado en valores reales, afecto a actividades empresariales. La misma proporción deberá concurrir en el activo del patrimonio de las Sociedades preexistentes destinatarias de las ramas de actividad segregadas, antes de la operación de escisión, y en el que conserve la sociedad escindida después de la necesaria reducción de su capital y reservas.

Cinco. Las Sociedades preexistentes en que se integren las ramas de actividad segregadas, deberán ejercer una actividad análoga o complementaria a la desarrollada por las escindidas.

Seis. En el supuesto de que la escisión dé lugar a la creación de una nueva Sociedad se precisará, además de los requisitos previstos anteriormente, que la totalidad de las ramas de actividad transmitidas constituyan un patrimonio en el que más del 50 por 100 de su activo estimado en valores reales esté afecto a actividades empresariales análogas o complementarias.

Siete. En las Sociedades que no se extingan, los beneficios previstos en el artículo 10 sólo afectarán a las plusvalías de los elementos patrimoniales que se traspasen".

Por otra parte, la Directiva 90/434/CEE, relativa al régimen común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, contiene en el artículo 2 una definición de escisión, junto con las definiciones de fusión, de aportación de activo, de sociedad transmitente, de sociedad beneficiaria y otras. Dicha Directiva define la escisión como "la operación por la cual una sociedad transfiere a dos o más sociedades ya existentes o nuevas, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a sus socios, con arreglo a una norma proporcional, de títulos representativos del capital social de las sociedades beneficiarias de la aportación, y en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal o, a falta de valor nominal, de una valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad". La Directiva centra, pues, esta definición en la escisión total.

Define, igualmente, la aportación de activos como "la operación por la cual una sociedad aporta, sin ser disuelta, a otra sociedad la totalidad o una o más ramas de su actividad, mediante la entrega de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria de la aportación". Por rama de actividad la Directiva entiende "el conjunto de elementos de activo y de pasivo de una división de una sociedad que constituyen desde el punto de vista de la organización una explotación autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios". En la definición de aportación de activos no se utiliza como elemento configurador el dato de que las acciones de la sociedad adquirente vayan a ser recibidas por los socios de la sociedad que transmite la rama de actividad. Por lo que la operación queda bien deslindada de la escisión.

La Ley 76/1980 quedó derogada, como ya hemos adelantado, tras la promulgación de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, produciendo cambio, al menos formalmente, respecto de la Ley de 1980, en la concepción de algunos de los aspectos de esta operación y, en particular, en lo que se refiere a la idea de rama de actividad. El artículo 2 de la Ley de 1991 define la escisión -párrafo 2-, la aportación no dineraria de rama de actividad -párrafo 3- y rama de actividad -párrafo 4- en los términos siguientes:

"2. Tendrá la consideración de escisión la operación por la cual:

a) Una entidad divide en dos o más partes la totalidad de su patrimonio social y las transmite en bloque a dos o más entidades ya existentes o nuevas, como consecuencia de su disolución sin liquidación, mediante la atribución a sus socios,

Universidad de Huelva 2009

caracterizador de toda escisión: la integración de los socios de la sociedad escindida en la sociedad o sociedades beneficiarias[81].

Consecuentemente, aún cuando en las operaciones que venimos anunciando, segregación por aportación de rama de actividad -en definitiva, aportación de rama de actividad- y escisión parcial, se produzca la coincidencia objetiva del traspaso patrimonial, existen rasgos específicos que distinguen estas instituciones entre sí, no siendo aplicables las reglas de la escisión parcial al caso de aumento de capital o constitución de sociedad en la que el contravalor de las acciones entregadas consista en una rama de actividad.

Podemos resumir diciendo que mientras que en la segregación por aportación de rama

---

con arreglo a una norma proporcional, de valores representativos del capital social de las entidades adquirentes de la aportación y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por 100 del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad.

b) Una entidad segrega una o varias partes de su patrimonio social que formen ramas de actividad y las transmita en bloque a una o varias entidades de nueva creación o ya existentes, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de éstas últimas, que deberán atribuir a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones, reduciendo el capital social y las reservas en la cuantía necesaria y, en su caso, una compensación dinero en los términos de la letra anterior.

3. Tendrán la consideración de aportación no dineraria de ramas de actividad la operación por la cual una entidad aporta, sin ser disuelta, a otra entidad la totalidad o una o más ramas de su actividad, mediante la entrega de valores representativos del capital social de la entidad adquirente.

4. Se entenderá por rama de actividad el conjunto de elementos que constituyan una unidad económica autónoma. Podrán ser atribuidas a la sociedad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan".

Finalmente, la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, en su Disposición Derogatoria única, declara derogados los Títulos I y II de la Ley 29/1991, así como las disposiciones adicionales primera y segunda de la misma. El artículo 97.2 de la nueva LIS reproduce literalmente el concepto de escisión dado por el artículo 2.2 de la Ley 29/1991. De la misma manera, en el párrafo 3, reproduce el concepto de aportación no dineraria de rama de actividad que establecía el artículo 2.3 de la Ley 29/1991. Es el párrafo 4 de la nueva LIS el que ha sufrido cierta modificación respecto a la normativa anterior, pues trata de dar un concepto más completo de rama de actividad, de acuerdo con los siguientes términos:

"4. Se entenderá por rama de actividad el conjunto de elementos patrimoniales que constituyan desde el punto de vista de la organización una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar con sus propios medios. Podrán ser atribuidas a la sociedad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan".

[81] SANTOS MARTÍNEZ, V., "La escisión de las sociedades anónimas", cit., págs. 226 y 229; ROJO, A., "La escisión de sociedades", cit., pág. 673; CERDÁ ALBERO, F., "Segregación de la Sociedad Anónima y de la Sociedad de Responsabilidad Limitada", cit., pág. 935; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "Escisión (Artículos 252 a 259 LSA)", cit., págs. 33 y 37; RUBIO VICENTE, P.J., "¿Cabe la extensión del régimen jurídico de la escisión a los supuestos de segregación patrimonial de sociedad por aportación?", cit., pág. 241.

Universidad de Huelva 2009

de actividad es la propia sociedad aportante quien recibe las acciones de la sociedad o sociedades beneficiarias de la transmisión, en la escisión parcial son los socios de la sociedad escindida quienes reciben las acciones de la sociedad o sociedades beneficiarias. Por otra parte, la escisión parcial implica la transmisión a título universal de la parte o partes del patrimonio que se traspasa en bloque[82]; en cambio, en la segregación por aportación -igual que en la aportación de rama de actividad por empresario individual-, la transmisión se realiza a título singular, siguiendo cada elemento la ley de circulación que le corresponda de acuerdo a su propia naturaleza.

Una vez señaladas las características diferenciadoras entre escisión parcial y segregación por aportación, quizás pudiera surgir algún interrogante sobre la conveniencia de extender el régimen jurídico de la primera, por analogía, a la segregación, pues ésta, puede pensarse, origina situaciones y problemas similares a los de la escisión, entendiéndose que los intereses afectados están necesitados de tutela.

Sin embargo, si nos detenemos un momento a razonar sobre ambas operaciones, las situaciones que producen una y otra no son tan similares como en un primer momento pudiera parecer. Comencemos por los intereses de los socios de la sociedad segregada -sociedad aportante-. En principio, su situación, en los supuestos de segregación patrimonial por aportación, no varía. Estos continúan siendo accionistas de la sociedad y sus respectivas participaciones en el capital social tampoco sufren modificación alguna. No olvidemos que en este caso es la sociedad segregada quien adquiere las acciones de la sociedad o sociedades beneficiarias, mientras que en la escisión parcial esas acciones son adquiridas por los socios de la sociedad escindida. En consecuencia, en la segregación por aportación basta, para salvaguardar los intereses de los socios, constatar la equivalencia existente entre el montante

---

[82] RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "Escisión (Artículos 252 a 259 LSA)", cit., pág. 61; OLIVENCIA, M., "Fusión y escisión de sociedades y restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones", cit., 2631-2632; CERDÁ ALBERO, F., "Segregación de la Sociedad anónima y de la Sociedad de Responsabilidad Limitada", cit., pág. 938; GUASCH MARTORELL, R., *La escisión de sociedades en el Derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores*, cit., pág. 97; RUBIO VICENTE, P.J., "¿Cabe la extensión del régimen jurídico de la escisión a los supuestos de segregación patrimonial de sociedad por aportación?", cit., pág. 245.

Universidad de Huelva 2009

de lo que aporta y lo que recibe la sociedad aportante.

Continuando con la situación patrimonial de la propia sociedad, hemos de hacer notar que en los supuestos de segregación patrimonial por aportación, aunque la sociedad aportante se desprende de una o varias partes de su patrimonio, ese aparente vacío patrimonial es inmediatamente cubierto por la recepción de otros elementos: las acciones emitidas por la sociedad o sociedades beneficiarias[83]. En consecuencia, lo que realmente se produce es un cambio o modificación en la composición cualitativa del patrimonio de la sociedad aportante[84]. Por el contrario, en el supuesto de la escisión parcial, la sociedad escindida se desprende de una serie de elementos patrimoniales sin que ese vacío sea cubierto por ningún otro elemento, pues las acciones emitidas por la sociedad o sociedades beneficiarias van a ir a parar a manos de los socios de la sociedad escindida y no al patrimonio social.

Así pues, en los supuestos de segregación por aportación, no se produce ninguna disminución en el patrimonio social sino únicamente un intercambio de bienes, consecuentemente las expectativas patrimoniales de los acreedores, que van a continuar siéndolo de la sociedad aportante, subsisten con carácter general. Respecto a los acreedores cuyas deudas son "transmitidas" por hallarse integradas en la empresa o rama de actividad que se aporta, sus intereses están suficientemente protegidos y garantizados, como tendremos ocasión de comprobar más detenidamente pasadas unas páginas, debido al juego del artículo 1.205 del C.c. Este precepto establece el requisito del consentimiento de los acreedores para

---

[83] Es oportuno señalar que, en ocasiones, el número de acciones que recibe la sociedad aportante puede ser de tal entidad, en relación con el capital de la sociedad beneficiaria de la aportación, que la primera pasa a ser dominante de la segunda (ver, arts. 42 C. de c., 4 LMV y 87 LSA).

[84] En este sentido se manifiesta ROJO, A., "La escisión de sociedades", cit., págs. 673-674, que considera que un patrimonio empresarial se sustituye por un patrimonio total o parcialmente integrado por acciones recibidas a cambio de lo segregado; quedando el capital de la sociedad segregante inalterado. En el mismo sentido, CERDÁ ALBERO, F., "Segregación de la Sociedad Anónima y de la Sociedad de Responsabilidad Limitada", cit., pág. 969; ID., *Escisión de la Sociedad Anónima*, cit., pág. 39; GUASCH MARTORELL, R., *La escisión de sociedades en el Derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores*, cit., pág. 87; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "Escisión (Artículos 252 a 259 LSA)", cit., págs. 37-38; RUBIO VICENTE, P.J., "¿Cabe la extensión del régimen jurídico de la escisión a los supuestos de segregación patrimonial de sociedad por aportación?", cit., pág. 244; SANTOS MARTÍNEZ, V., "Escisión (Artículos 252 a 259)", cit., pág. 371; OLEO BANET, F., *La escisión de la Sociedad Anónima*, cit., pág. 113.

Universidad de Huelva 2009

que la sustitución de la persona del deudor tenga efectos frente a ellos. De ahí que la protección de los acreedores no necesite de los mecanismos establecidos para los supuestos de escisión, en los que sí se produce una disminución patrimonial y, consiguientemente, una disminución en la garantía que éste representa para los acreedores, siendo posible, además, la sustitución de un deudor por otro sin que sea necesario el consentimiento de los acreedores.

Por otra parte, los acreedores de la sociedad o sociedades beneficiarias han de concurrir, en ambas operaciones, con los acreedores "transmitidos". Sin embargo, el mecanismo de defensa que poseen los primeros -los acreedores de las sociedades beneficiarias- varía de un supuesto a otro. En efecto, en la hipótesis de segregación patrimonial por aportación los acreedores de la sociedad que recibe la aportación cuentan, en protección de sus intereses, con la exigencia del respeto y cumplimiento de las normas que tutelan la realidad y valoración de las aportaciones no dinerarias, aplicables también en los aumentos de capital, y, en cualquier caso, con la posibilidad de exigir la correspondiente responsabilidad a los administradores de la sociedad beneficiaria. En cambio, en el supuesto de escisión parcial, los acreedores de la sociedad o sociedades beneficiarias pueden ejercitar, para salvaguardar sus intereses, el derecho de oposición que el artículo 243 de la LSA otorga a los acreedores de las sociedades que se fusionan, al cual remite el artículo 254 de la LSA, por lo que se hace extensible a las operaciones de escisión[85].

Respecto a la identidad del objeto de la transmisión que venimos anunciando, tampoco es total. Para los supuestos de escisión parcial el artículo 253 exige que la parte del patrimonio que se divida forme una unidad económica -concepto amplio en el que encuentra cabida la empresa-. Sin embargo, en la segregación por aportación, la parte del patrimonio que se divide no tiene porque constituir necesariamente una unidad económica, sino que puede consistir en cualquier activo susceptible de ser aportado a la sociedad, sin perjuicio

---

[85] Sobre el tema, véase, SANTOS MARTÍNEZ, V., "La escisión de las sociedades anónimas", cit., págs. 217 y 252; VARA DE PAZ, N., "La protección de los acreedores en la fusión y escisión de sociedades", cit., págs. 1097 y ss.; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "Escisión (Artículos 252 a 259 LSA)", cit., págs. 170 y ss.

Universidad de Huelva 2009

de que ese activo constituya, en ocasiones, una empresa o rama de actividad.

En consecuencia, no resulta posible la aplicación analógica de los efectos previstos legalmente para la operación de escisión a la aportación de empresa o rama de actividad -segregación por aportación-[86]. No puede recurrirse a la analogía cuando entre los términos sometidos a comparación no existe la identidad de razón que reclama el artículo 4.1 del C.c. para autorizar su aplicación[87].

2°. Sucesión universal en los supuestos de fusión y escisión.

En la fusión, tanto por constitución de nueva sociedad como por absorción, se produce la transmisión de los patrimonios de las sociedades que se disuelven a la de nueva creación o a la absorbente como un todo, *uno actu*. En efecto, la transmisión del patrimonio íntegro de las sociedades fusionadas no se produce mediante la transmisión individualizada o singularizada de cada uno de los elementos que lo componen, tanto en su activo como en su pasivo, lo cual requeriría en cada caso la utilización del cauce jurídico adecuado a la propia naturaleza de cada bien, derecho u obligación[88]. En la fusión se produce la sucesión a título

---

[86] GUASCH MARTORELL, R., *La escisión de sociedades en el Derecho español: la tutela de los intereses de los socios y acreedores*, cit., págs. 88-92; RUBIO VICENTE, P.J., "¿Cabe la extensión del régimen jurídico de la escisión a los supuestos de segregación patrimonial de sociedad por aportación?", cit., págs. 253-255; SANTOS MARTÍNEZ, V., "La escisión de las sociedades anónimas", cit., pág. 230; ID., "Escisión (Artículos 252 a 259)", cit., págs. 365-367; POLO SÁNCHEZ, E., "La aportación de empresa a sociedad", cit., págs. 2219-2220; OLEO BANET, F., *La escisión de la Sociedad Anónima*, cit., págs. 112-113.

[87] También, las ya citadas resoluciones de la DGRN de 10 de junio de 1994 y de 28 de octubre de 1994 niegan la posibilidad de la extensión analógica del régimen de la escisión parcial a la aportación de empresa y a la aportación de rama de actividad.

[88] En la fusión no es necesario observar la respectiva ley de circulación de los bienes para su entrega -modo-, sino que la transmisión de las distintas titularidades se produce con la simple inscripción registral de la operación; sin ser necesarios los requisitos para la transmisión aislada de los bienes muebles, de los inmuebles y otros bienes registrables, ni el endoso en las letras de cambio, ni, tampoco, el consentimiento de los acreedores para que la transmisión de las deudas produzca efectos liberatorios en la persona del primitivo deudor frente a ellos. De la misma manera, respecto a la transmisión de los créditos, realizada la fusión, el artículo 1.527 del C.c. -según el cual queda liberado el deudor que, sin haber recibido notificación de la sustitución del acreedor, paga de buena fe al que ya no lo es-, deja de tener aplicación; y tampoco es de aplicación la disciplina de la adquisición de buena fe. No obstante, a pesar de que la titularidad de los distintos bienes se consolida en la sociedad o sociedades adquirentes en el momento mismo de la inscripción, en la ejecución de las operaciones de fusión y escisión los administradores de la sociedad o sociedades adquirentes tendrán que normalizar la situación de dichas titularidades frente a terceros. Para ello, deberán tomar posesión de los distintos bienes transmitidos, e, igualmente,

Universidad de Huelva 2009

universal, es decir, en la transmisión que trae su causa de la fusión no es necesaria la transmisión de todos y cada uno de sus elementos según su especial ley de circulación. Dicha transmisión se realiza en bloque, en un sólo acto, por lo que todos los bienes, derechos y obligaciones que componen el patrimonio de la sociedad fusionada son considerados elementos integrantes de una unidad económica y jurídica[89]. Y ello, porque para la fusión no basta con que se transmita "todo el patrimonio", sino que es necesario que se transmita el "patrimonio como un todo", como una unidad jurídica[90]. En todo caso, el "bloque" o "conjunto" que se transmite en los supuestos de fusión es un patrimonio, o el patrimonio de cada una de las sociedades que se disuelven; es decir, se trata del traspaso de algo que ya tiene jurídicamente la consideración de "bloque" o "conjunto", en el sentido de un concepto "unitario", un "todo" que reconduce a unidad los diversos elementos que lo componen (*universitas*)[91]. En definitiva, el Derecho de la fusión de sociedades configura así una sucesión universal, en el sentido de que el objeto de transmisión es una "*universitas iuris*", que se traspasa "en bloque" a otra persona, en tanto su anterior titular se extingue.

El régimen de la escisión de sociedades parte de la premisa del traspaso en bloque en virtud del negocio jurídico societario (acuerdo de escisión); pero introduce la novedad de que el bloque objeto de traspaso no es ya el entero patrimonio, sino partes de él, en que se divide o segrega, configuradas en el negocio jurídico de escisión. El bloque no responde ya a una

---

deberán normalizar la situación registral de los bienes registrables, inscribiendo su adquisición. La inscripción de los inmuebles en el Registro de la Propiedad, o de las patentes en la OEPM, es indispensable para ulteriores transmisiones, en las cuales, la inscripción del nuevo adquirente no podría hacerse sin respetar el principio de tracto sucesivo.

[89] GÓMEZ PORRÚA, J.M., *La fusión de sociedades anónimas en el Derecho español y comunitario*, Madrid, 1991, pág. 47; SEQUEIRA MARTÍN, A., "Fusión (Artículos 233 a 251), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (dir. SÁNCHEZ CALERO, F.), T. VII, Sección 2ª, Madrid, 1993, pág. 96.

[90] MOTOS GUIRAO, M., *Fusión de sociedades mercantiles*, cit., pág. 52.

[91] En este sentido se manifiesta OLIVENCIA, M., "Fusión y escisión de sociedades y restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones", cit., págs. 2626-2627, quien sostiene que la idea de patrimonio es ya un recurso del Ordenamiento jurídico para reconducir a unidad y, a ciertos efectos, a un régimen único, un haz de relaciones de contenido económico. Concepto jurídico abstracto, pues, y no realidad física, pero dotado de consecuencias en el campo del Derecho, a determinados fines. Cuando el Derecho positivo configura el patrimonio como "unidad" (*universitas iuris*) lo hace con una trascendencia teleológica, con unas finalidades, fundamentalmente dos: la primera sucesoria; la segunda, de responsabilidad, enunciada en el artículo 1.911 del C.c.

Universidad de Huelva 2009

categoría jurídica predeterminada, a un conjunto dotado por el Ordenamiento de unidad (*universitas*), sino a porciones definidas en un negocio jurídico, no ya como objeto de éste sino como objeto de transmisión *uno actu*[92].

En la escisión total no se produce una transmisión del entero patrimonio de la sociedad escindida, sino que se producen tantas transmisiones como partes en que se haya dividido el patrimonio de la sociedad escindida, lo que ciertamente es distinto. No existe, en efecto, una sucesión en la posición de la sociedad escindida como anterior titular del patrimonio, sino tantas sucesiones como partes resulten de su división. Los términos "traspaso en bloque" y la remisión que el artículo 254 de la LSA hace al régimen legal de la fusión, conducen a afirmar, como ya hemos señalado, que en la escisión total se produce una sucesión universal en cada una de las partes en que se divide el patrimonio de la sociedad escindida[93].

En la escisión parcial, por el contrario, no se produce la división del entero patrimonio en partes y su posterior traspaso en bloque a las sociedades beneficiarias, sino la separación o segregación de una o varias partes y su traspaso en bloque a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, mientras que la sociedad escindida subsiste como titular del resto de su patrimonio. Como ya hemos señalado, la parte del patrimonio que se separa o segrega ha de constituir en la escisión parcial una unidad económica. Esa unidad económica está dotada de unidad jurídica a los efectos de la escisión. Se traspasa en bloque a otro titular, la sociedad beneficiaria, que sucede a la sociedad escindida a título universal en el conjunto de relaciones activas y pasivas que lo integran, y se transmite *uno actu*, sin necesidad de

---

[92] OLIVENCIA, M., "Fusión y escisión de sociedades y restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones", cit., pág. 2629.

[93] SEQUEIRA MARTÍN, A., ""La fusión y la escisión (Tercera y Sexta Directivas)", cit., pág. 37; OLIVENCIA, M., "Fusión y escisión de sociedades y restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones", cit., pág. 2630; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "Escisión (Artículos 252 a 259 LSA)", cit., págs. 51-52; POLO SÁNCHEZ, E., "La aportación de empresa a sociedad", cit., pág. 2219; VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. I, vol. 2°, cit., pág. 863; CERDÁ ALBERO, F., "Segregación de la Sociedad Anónima y de la Sociedad de Responsabilidad Limitada", cit., pág. 938; SANTOS MARTÍNEZ, V., "Escisión (Artículos 251 a 259)", cit., pág. 359; OLEO BANET, F., *La escisión de la Sociedad Anónima*, cit., págs. 575-576.

Universidad de Huelva 2009

respetar la ley de circulación de cada uno de sus elementos[94]. Además, en la escisión parcial, la parte que se segrega o divide del patrimonio de la sociedad escindida puede constituir, de acuerdo con el artículo 253.2 de la LSA, una o varias empresas o establecimientos comerciales, industriales o de servicios, en cuyo caso, se otorga la posibilidad de atribuir a la sociedad beneficiaria no sólo los elementos patrimoniales, activos y pasivos, que integran la empresa, empresas o establecimientos, sino también -dice el precepto- las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de la empresa que se traspasa: "*Si la parte que se divide o segrega está constituida por una o varias empresas o establecimientos comerciales, industriales o de servicios, además de los otros efectos, podrán ser atribuidas a la sociedad beneficiaria las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de la empresa que se traspasa*"[95].

---

[94] Admiten la sucesión universal en los supuestos de escisión parcial, entre otros, OLIVENCIA, M., "Fusión y escisión de sociedades y restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones", cit., págs. 2631-2632; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "Escisión (Artículos 252 a 259 LSA)", cit., pág. 61; CERDÁ ALBERO, F., "Segregación de la Sociedad Anónima y de la Sociedad de Responsabilidad Limitada", cit., pág. 938; RUBIO VICENTE, P.J., "¿Cabe la extensión del régimen jurídico de la escisión a los supuestos de segregación patrimonial de sociedad por aportación?", cit., pág. 245; GUASCH MARTORELL, R., *La escisión de sociedades en el Derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores*, cit., pág. 97; OLEO BANET, F., *La escisión de la Sociedad Anónima*, cit., págs. 75-76.

[95] Es necesario advertir, las dificultades de interpretación que plantean los términos con los que ha sido redactado este precepto. Partimos de la consideración de que en los supuestos de escisión parcial cada masa patrimonial separada y transmitida debe formar una unidad económica, y que esta unidad económica puede estar constituida, además, por una empresa. Cuando lo que se transmite es una empresa, lógicamente se transmitirán todos los elementos que la integran, su activo y su pasivo. Por otra parte, hemos afirmado que la escisión parcial lleva consigo la sucesión universal por parte de las sociedades beneficiarias -cada una en relación a la masa patrimonial que recibe- en los derechos y obligaciones de la sociedad escindida. Creemos que, en este caso, no era preciso hacer constar expresamente que una empresa podía constituir el objeto de la división para su posterior transmisión a una sociedad beneficiaria pues puede deducirse fácilmente su posible inclusión dentro de los términos "unidad económica". Igualmente, entendemos que está de más la aclaración de que con la transmisión de empresa se transmiten todos sus elementos, incluidas las deudas, sin perjuicio de que las partes puedan libremente acordar que una deuda determinada no sea transmitida a pesar de transferirse el activo que la originó. Finalmente, resulta confusa la alusión a las "deudas contraídas para el funcionamiento de la empresa que se traspasa", pues da a entender que existen deudas específicas del funcionamiento y organización que no son propiamente deudas de la empresa (esta observación es puesta de manifiesto por GUASCH MARTORELL, R., *La escisión de sociedades en el Derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores*, cit., pág. 116; MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., "Una aproximación al análisis del régimen de la escisión parcial: especial referencia al art. 253 del TRLSA", cit., págs. 88-90). De hecho, algunos autores (RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "Escisión [Artículos 252 a 259 LSA]", cit., págs. 76-81y SANTOS MARTÍNEZ, V., "Escisión [Artículos 252 a 259]", cit., pág. 406), tras señalar que han de atribuirse a la sociedad beneficiaria los elementos patrimoniales, activos y pasivos, que integran la unidad económica, afirman que cuando la parte que se divide esté constituida por una empresa, además de los elementos que la integran, activo y pasivo, puede transmitirse otras deudas que, aunque no forman parte de la entidad productiva que se transmite, derivan de su contribución al funcionamiento y organización de la misma.

Por otra parte es necesario advertir que, según el tenor literal del precepto, esta posibilidad -transmitir las deudas derivadas del funcionamiento y organización- se concede cuando la parte que se divide o segrega esté constituida por una

Universidad de Huelva 2009

De hecho, una de las preocupaciones del legislador consiste en que, con la división del patrimonio que se produce en la escisión, no se lesionen los derechos de los acreedores sociales, que contaban con el entero patrimonio de la deudora como ámbito de su responsabilidad "universal"[96]. De ahí que, al aplicar a la escisión (como a la fusión) el mecanismo de la sucesión universal, haya sido necesario arbitrar, como ya hemos señalado, sistemas muy variados de protección que sustituyan el consentimiento individual de los acreedores exigido por el artículo 1.205 del C.c. para la sustitución de la persona del deudor. Ahora bien, en la escisión la protección de los acreedores no se produce sólo en virtud del derecho de oposición que el artículo 243 establece para la fusión, al que remite el artículo

---

o varias empresas o establecimientos comerciales, industriales o de servicios y no cuando se trate de otra unidad económica. En el primer caso, la transmisión de esas deudas es una facultad y no una obligación, por lo que serán la sociedad que se escinde y, en su caso, la sociedad o sociedades beneficiarias las que deberán decidir, al redactar el proyecto de escisión, si esas deudas, todas o algunas, se traspasan o no, traspaso que, en caso de realizarse, se hará con los demás elementos de la empresa y dentro del mecanismo del traspaso en bloque característico de la fusión y de la escisión. No obstante, entendemos que no únicamente pueden transmitirse deudas en el caso de segregación de empresa -como parece deducirse del artículo 253.2-, sino que el concepto de deuda, en tanto elemento patrimonial del pasivo, puede integrar cualquier otra unidad económica, pudiendo las partes interesadas, también en cualquier caso, acordar la exclusión de las mismas.

En todo caso, cualquiera que sea la interpretación que se considere más adecuada, en la escisión parcial se producen una o varias sucesiones universales, limitándose cada una de ellas a los elementos patrimoniales, activos y pasivos, integrados en la unidad económica escindida. El reforzamiento de las garantías a favor de los acreedores de la sociedad escindida, para los supuestos de escisión -más aún para la escisión parcial, pues en este caso el legislador no sólo atribuye responsabilidad solidaria a las sociedades beneficiarias, sino además a la sociedad escindida- (art. 259 LSA), no ha de interpretarse como un elemento distorsionador u obstaculizador para el pleno funcionamiento del principio de sucesión universal. La transmisión de la masa patrimonial separada se produce *uno actu*, y no elemento por elemento siguiendo cada uno de ellos la ley de circulación que le corresponde según su propia naturaleza. Precisamente, al aplicarse a la escisión el régimen de la sucesión universal y no requerir el consentimiento individual de cada uno de los acreedores para llevar a cabo la operación, el legislador ha arbitrado sistemas variados de protección que sustituyen, con garantías, el consentimiento individual de éstos (en este sentido se manifiestan GUASCH MARTORELL, R., *La escisión de sociedades en el Derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores*, cit., págs. 95-101 y 279-298; VARA DE PAZ, N., "La protección de los acreedores en la fusión y escisión de sociedades", *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en homenaje a JOSÉ GIRÓN TENA*, Madrid, 1991, págs. 1120-1122; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "Escisión [Artículo 252 a 259 LSA]", cit., págs. 166-179).

[96] Concretamente, en los supuestos de escisión total, los acreedores de las sociedades que se escinden sufren necesariamente un cambio en la persona de su deudor, la división del patrimonio social y el reparto del mismo. Ese patrimonio, en definitiva, constituía la garantía para la satisfacción de sus créditos de forma que, con su fraccionamiento y posterior reparto, esa garantía puede quedar debilitada o, al menos, la reclamación del pago de su crédito resultará más complicada, teniendo, además, que concurrir con los acreedores de las sociedades beneficiarias de la escisión. En los supuestos de escisión parcial, si el crédito del acreedor ha sido transferido a una sociedad beneficiaria, se producirá, igualmente, un cambio de deudor y la concurrencia con los acreedores de ésta última. Si, en cambio, no ha sido transmitido, el patrimonio de la sociedad que se escinde se reduce y con esa reducción disminuyen las garantías con las que contaba el acreedor. Y, por último, en las dos clases de escisión, si las sociedades beneficiarias son sociedades ya existentes, el acreedor puede verse afectado no sólo por el cambio de deudor sino también por problemas en la composición del patrimonio de la sociedad beneficiaria si la que se escinde le ha transmitido todo o parte de su pasivo (RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "Escisión [Artículos 252 a 259 LSA]", cit., págs. 166-167).

Universidad de Huelva 2009

254 de la LSA[97], sino, además, a través de normas específicas para la escisión, como las del artículo 255.3 -que determina la responsabilidad solidaria de todas las sociedades beneficiarias por las deudas no atribuidas en el acuerdo de escisión[98]- y las del artículo 259 -que establece la responsabilidad solidaria, limitada al importe del respectivo activo neto, de todas las sociedades beneficiarias en caso de incumplimiento de una obligación asumida por una de ellas en virtud de la escisión, así como la responsabilidad de la sociedad que se escinde cuando no ha dejado de existir[99]-.

---

[97] La legitimación para el ejercicio del derecho de oposición corresponde a los acreedores de todas las sociedades que participan en el proyecto de fusión o escisión, tanto a los acreedores de la sociedad que se extingue o se escinde como a los de la sociedad o las sociedades beneficiarias de la fusión o escisión, siempre que fueran sociedades existentes (RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "Escisión [Artículos 252 a 259 LSA]", cit., pág. 170; SANTOS MARTÍNEZ, V., "La escisión de las sociedades anónimas", cit., págs. 253-254; VARA DE PAZ, N., "La protección de los acreedores en la fusión y escisión de sociedades", cit., pág. 1110; GÓMEZ PORRÚA, J.M., *La fusión de sociedades anónimas en el Derecho español y comunitario*, cit., pág. 239; GUASCH MARTORELL, R., *La escisión de sociedades en el Derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores*, cit., pág. 289; SEQUEIRA MARTÍN, A., "Fusión [Artículos 23 a 251]", cit., págs. 241-242; OLEO BANET, F., *La escisión de la Sociedad Anónima*, cit., pág. 329), y siempre que el crédito hubiera nacido con anterioridad a la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo de fusión o escisión, o, lo que es lo mismo, antes del inicio del cómputo del período de pendencia de la fusión señalado en el artículo 243. Por otro lado, se reconoce el derecho de oposición tanto a los titulares de créditos ordinarios como a los de aquéllos que no tienen esta cualidad, lo que incluye también los créditos garantizados pero sólo en el caso de que no lo estén adecuadamente (RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "Escisión [Artículos 252 a 259 LSA]", cit., pág. 170; VARA DE PAZ, N., "La protección de los acreedores en la fusión y escisión de sociedades", cit., pág. 1110; SEQUEIRA MARTÍN, A., "Fusión [Artículos 233 a 251]", cit., págs. 245-246; ROJO, A., "La escisión de sociedades", cit., pág. 705). Finalmente, es preciso señalar que debe tratarse de créditos no vencidos en el momento de la publicación del proyecto de fusión o escisión. El plazo para formular la oposición, de acuerdo con el artículo 243.1 de la LSA, será de un mes contado desde la fecha del último anuncio del acuerdo de la Junta General, siendo indiferente que se trate del anuncio publicado en el BORME o en uno de los dos periódicos en los que -según el artículo 242- debe publicarse, y sobre todo, del último anuncio correspondiente a cualquiera de las sociedades que intervienen en el proceso de fusión o escisión. Es conveniente aclarar que, además de a los acreedores en sentido estricto, las normas de fusión establecen determinados mecanismos de protección a otros terceros cuyos intereses también pudieran resultar perjudicados por estas operaciones societarias, como son los obligacionistas y los titulares de derechos especiales distintos a las acciones.

[98] En este caso, a diferencia de lo dispuesto por el artículo 259, la responsabilidad de las sociedades beneficiarias es, además de solidaria, ilimitada puesto que la ley no les concede el beneficio de la limitación como penalización por la negligencia en la que se ha podido incurrir al no realizar en el proyecto de escisión la atribución del elemento pasivo (en este sentido se manifiestan VARA DE PAZ, N., "La protección de los acreedores en la fusión y escisión de sociedades", cit., págs. 1121-1122, y, con ciertos matices de apreciación, SANTOS MARTÍNEZ, V., "Escisión [Artículos 252 a 259]", cit., pág. 428).

[99] De esta forma el precepto distingue entre el régimen de responsabilidad de las sociedades que participan en la escisión según se trate de una escisión total o de una escisión parcial. En el primer caso, es decir, cuando el incumplimiento por parte de una de las sociedades beneficiarias se refiera a una obligación asumida como consecuencia de una escisión total, el precepto establece la responsabilidad subsidiaria de las restantes sociedades beneficiarias -puesto que surge cuando se produce por parte de una sociedad beneficiaria el incumplimiento de alguna de las obligaciones que haya asumido en virtud de la escisión-. Si bien es necesario aclarar que las sociedades beneficiarias responsables no gozan del beneficio de excusión: no pueden señalar al acreedor bienes de la sociedad deudora realizables, suficientes para cubrir el importe de la deuda, ni exigir que se agote previamente el patrimonio de la deudora. Para poder dirigirse contra las demás sociedades beneficiarias es suficiente con que el acreedor demuestre que ha reclamado infructuosamente el pago (véase, PAZ-ARES, C., "Comentario

Universidad de Huelva 2009

Ahora bien, estos patrimonios que se transmiten en bloque en los supuestos de fusión y escisión pueden estar integrados por elementos de muy distinta naturaleza. La afirmación de que las sociedades adquirentes o beneficiarias se subrogan en todas aquellas titularidades sin excepción ha sido calificada de apresurada por parte de algún sector de la doctrina[100]. Ciertamente, la sucesión universal puede chocar en la fusión y en la escisión con una serie de dificultades que plantean la necesidad de admitir excepciones a este principio[101]. No se puede olvidar que en estos supuestos la sucesión universal no tiene su origen en un evento natural extraño a la voluntad de las partes, como ocurre en la sucesión *mortis causa*, sino que en ellas es decisiva y determinante la voluntad de los sujetos sociales intervinientes. De ahí que haya que admitir ciertas limitaciones en cuanto a la manera de operar la sucesión universal. Limitaciones que habrán de establecerse atendiendo, por una parte, a los derechos de terceras personas, y de otra, al interés general en facilitar las operaciones de fusión y escisión en cada caso. Lo que exige una interpretación equitativa y sistemática del ordenamiento jurídico, que en la medida de lo posible, y sin menoscabo de los derechos de los terceros afectados, posibilite al máximo la finalidad perseguida por ambas operaciones[102].

---

a los artículos 1.665 y siguientes del Código civil", cit., pág. 1483, quien matiza que han de deslindarse distintos planos de la subsidiariedad; en este caso, nos hallaríamos ante la susidiariedad que el autor califica de más débil, de menor grado que la propia de la fianza o del beneficio de excusión, pues sólo procede previa reclamación infructuosa). Es, además, una responsabilidad solidaria pues el acreedor impagado podrá dirigirse, a su elección, o contra cualquiera de las sociedades beneficiarias, incluida la que no ha cumplido, o contra todas ellas simultáneamente. Y, finalmente, limitada al importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de las sociedades beneficiarias (en este sentido se manifiestan RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "Escisión [Artículos 252 a 259 LSA]", cit., pág. 174; ROJO, A., ""La escisión de sociedades", cit., pág. 708; SANTOS MARTÍNEZ, V., "Escisión [Artículos 252 a 259]", cit., págs. 507-510). En el segundo supuesto, es decir, para el caso de escisión parcial, en tanto que aquí la sociedad que se escinde continúa existiendo, a la responsabilidad de las sociedades beneficiarias se debe sumar la de la sociedad escindida, que responderá solidariamente con aquéllas, pero en este caso por la totalidad de la obligación, es decir, la sociedad escindida no disfruta del beneficio de la limitación de responsabilidad.

[100] Ver, por todos, MOTOS GUIRAO, M., *Fusión de sociedades mercantiles*, cit., pág. 410 y VICENT CHULIÁ, F., *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, cit., pág. 282.

[101] Ver, por todos, MOTOS GUIRAO, M., *Fusión de sociedades mercantiles*, cit., págs. 411-432 y SEQUEIRA MARTÍN, A., "Fusión (Artículos 233 a 251)", cit., pág. 97, para quien, sólo quedarían claramente fuera de la transmisión universal, aquellas situaciones de cuya asunción por la sociedad absorbente (se refiere únicamente al supuesto de fusión) pudieran producirse consecuencias contrarias a la propia finalidad de la fusión, que deberían ser abordadas bajo la cláusula "rebus sic stantibus" determinando su extensión según criterios de equidad.

[102] En estos términos se manifiesta GÓMEZ PORRÚA, J.M., *La fusión de sociedades anónimas en el Derecho español y comunitario*, cit., pág. 53.

Universidad de Huelva 2009

En lo que se refiere a los derechos y obligaciones, y a los contratos en vigor en el momento de la fusión o de la escisión, el régimen de estas operaciones societarias deroga el régimen general de su transmisión[103]. Según este régimen general, la transmisión de los derechos de crédito en virtud de los artículos 1.527 del C.c. y 347 y 348 del C. de c., exige el conocimiento o la notificación al deudor; la asunción liberatoria de las obligaciones, según el artículo 1.205 del C.c., exige el consentimiento del acreedor; la transmisión de los contratos, a falta de un precepto general que la regule, es posible en nuestro derecho en forma unitaria, en tanto que pueden descomponerse en derechos y obligaciones, cuya transmisión se ajustará al régimen antes indicado: por consiguiente, la transmisión del contrato exigirá el consentimiento de la parte cedida, constituyendo, en realidad, una novación.

Pues bien, en las operaciones de fusión y escisión, la transmisión se produce sin sujetarse a estos regímenes, en relación a los derechos, obligaciones y contratos, en todas sus modalidades. En virtud de la sucesión universal, la transmisión se produce *ipso iure* por el simple hecho de la inscripción de la operación de que se trate en el Registro Mercantil. Ahora bien, la transmisión universal que opera en la fusión y escisión sólo es posible en la medida en que el derecho positivo así lo permite[104]. En caso contrario, la transmisión del patrimonio habría de realizarse a título singular, por lo que no serían posibles las operaciones de fusión y escisión en el sentido que actualmente se les atribuye, ya que sin transmisión a

---

[103] En efecto, los regímenes generales sobre transmisión de la relación obligatoria acogida en los diferentes ordenamientos resultan insatisfactorios en términos generales a los fines de la fusión y de la escisión. La pauta común es la carencia de una regulación específica que contemple la transmisión íntegra de la relación obligatoria como un todo. Para ello, hemos de acudir a las normas parciales sobre cesión de créditos y asunción de deudas (§§ 398 y ss. y 413 y ss. del *BGB*; arts. 1.271 y ss. y 1.689 del Código Civil francés; arts. 1.203 y ss. y 1.526 de nuestro Código civil).

[104] Lo decisivo para que la sucesión universal se produzca en los supuestos de fusión y escisión, no es la extinción de la sociedad, ya que en dicho caso no sería admisible esta sucesión universal en los supuestos de escisión parcial, sino el acuerdo de fusión o escisión adoptado por las respectivas Juntas generales de cada sociedad interviniente, ajustándose a las bases estipuladas en el pacto de fusión o de escisión según corresponda, y en el que las Juntas generales de las sociedades que se extinguen o se escinden deciden, entre otras cosas, transmitir íntegramente y en un sólo acto su patrimonio o parte del mismo a las sociedades beneficiarias (en este sentido se manifiestan, en relación con la operación de fusión, GÓMEZ PORRÚA, J. M., *La fusión de sociedades anónimas en el Derecho español y comunitario*, cit., pág. 51; GUASCH MARTORELL, R., *La escisión de sociedades en el Derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores*, cit., págs. 95-97).

Universidad de Huelva 2009

título universal no podría darse la sucesión de la sociedad resultante, absorbente o beneficiaria en el conjunto de relaciones patrimoniales de las sociedades fusionadas, absorbidas o escindidas.

3º. Sucesión singular en la aportación de empresa.

A diferencia de lo que ocurre en las operaciones de fusión y escisión, en los supuestos de aportación de empresa, los distintos elementos que constituyen la entidad productiva que se transmite han de someterse todos y cada uno de ellos para su transmisión a su propia ley de circulación[105]. Y ello, porque el legislador español no ha previsto, como en repetidas ocasiones hemos señalado, un régimen específico o una solución determinada para los supuestos de transmisión de empresa[106].

En efecto, como a continuación tendremos ocasión de comprobar más detenidamente, para la efectiva transmisión de las deudas de la empresa es necesario contar con el consentimiento de los acreedores. Únicamente cuando éstos hayan prestado su

---

[105] Recordemos que la aportación de empresa a una sociedad aspira a resolverse en un auténtico cambio en la titularidad de la empresa o explotación aportada, que continuará su actividad económica a través del nuevo titular, por lo que es preciso que la sociedad adquirente se subrogue en los derechos y obligaciones contraídos por el empresario aportante en el ejercicio de su empresa.

[106] El legislador italiano, en cambio, ha dado una solución específica para la transmisión de los créditos y de las deudas en los supuestos de transmisión de la *azienda*. El artículo 2.559 del *Codice Civile* establece que: "*La cessione dei crediti relativi all'azienda ceduta, anche in mancanza di notifica al debitore o di sua accettazione, ha effetto, nei confronti dei terzi, dal momento dell'iscrizione del trasferimento nel registro delle imprese. Tuttavia il debitore ceduto è liberato se paga in buona fede all'alienante...*". Por su parte, el artículo 2.560 dispone que: "*L'alienante non è liberato dai debiti, inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta, anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito. Nel trasferimento di un'azienda commerciale risponde dei debiti suddetti anche l'acquirente dell'azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori*". No obstante, es conveniente señalar que aun cuando el Derecho italiano prevé norma específica para la transmisión de *azienda*, no mantiene una calificación totalmente unitaria, ni considera -como se puede comprobar en los artículos 2.229 y 2.560 del *Codice*- que se produzca una sucesión universal. Según el *Codice Civile*, para que la transmisión de las deudas produzca efectos liberatorios en el transmitente (deudor originario) es necesario el consentimiento del acreedor. Si no se obtiene ese consentimiento, la asunción de deudas es posible, aunque esa asunción no tendrá carácter liberatorio para el primitivo deudor frente al acreedor. Estamos, por tanto, ante una especie de asunción cumulativa, en la que la responsabilidad del adquirente se suma a la del transmitente que no queda liberado frente al acreedor de su obligación. En definitiva, aunque el legislador italiano haya dictado normas específicas para la transmisión de empresa, éstas no distan mucho de las normas aplicables en nuestro Derecho. La diferencia entre ambos ordenamientos reside en que mientras el legislador italiano se ha preocupado de dictar expresamente determinadas normas para el supuesto concreto de transmisión de empresa, nuestro legislador, por el contrario, ha guardado silencio sobre la cuestión.

Universidad de Huelva 2009

consentimiento el deudor cedente quedará liberado frente ellos (art. 1.205 C.c.), asumiendo el nuevo adquirente de la empresa la anterior posición del cedente en la relación obligatoria. Para la transmisión de los créditos, es preciso el conocimiento de la cesión por parte de los deudores cedidos (art. 1.527 C.c.), o la correspondiente notificación (art. 347 C. de c.), para evitar el pago liberatorio de los deudores cedidos al acreedor cedente. De cualquier manera, en tanto que la empresa se considera una unidad, a efectos de su transmisión, con su activo y pasivo correspondiente, la transmisión de deudas y créditos, mediando pacto expreso o tácito, tendrá plenos efectos entre las partes, empresario aportante y sociedad adquirente de la aportación, independientemente de que para que surta efectos frente a terceros se hayan de cumplir los requisitos de consentimiento de los acreedores y de conocimiento o notificación a los deudores en los términos precisados anteriormente. Así pues, si un acreedor que no consintió la subrogación se dirige contra el empresario aportante, éste se encontrará obligado a satisfacer la deuda, con independencia de que en virtud del pacto o acuerdo que celebró con la sociedad adquirente de la aportación pueda posteriormente dirigirse contra la entidad social para reclamarle el reembolso del importe satisfecho.

Por tanto, en principio, los créditos siguen su propia ley de circulación[107]. Si los

[107] Recordemos que la empresa es un ente dinámico, en funcionamiento, lo que necesariamente lleva consigo una continua actuación en el tráfico y una continuidad en las relaciones con terceros, clientes, proveedores, etc. Cuando la empresa sea objeto del negocio jurídico de aportación, las partes manifestarán expresamente la transmisión de los créditos, como un componente más del activo de la entidad empresarial, junto al resto de elementos que la integran. El problema se planteará en aquellos supuestos en los que las partes guarden silencio sobre la transmisión o no transmisión de los créditos de la empresa. Esta situación, aún cuando es difícilmente imaginable -pues el artículo 133.1 del RRM exige para el supuesto de aportación de empresa que se describan en la escritura los bienes y derechos registrables, indicándose el valor del conjunto o unidad económica objeto de aportación, y los restantes bienes se relacionarán, normalmente, en inventario tal como indica el precepto-, no es imposible. En este caso, en virtud de la consideración por las partes de la empresa como conjunto unitario que se aporta, deben entenderse, salvo estipulación contraria, transmitidos. Así es, la aportación de empresa supone en la voluntad de las partes la transmisión del patrimonio íntegro de la misma a la sociedad anónima, y por tanto, comprensivo tanto de su activo como de su pasivo. La totalidad de los elementos que integran la empresa han de pasar de manos del anterior titular, el empresario aportante, a la sociedad. En definitiva, es la consideración por las partes de la empresa como una unidad, como objeto unitario del negocio de aportación, lo que justifica que, a falta de referencia específica de algún elemento (por ejemplo un derecho de crédito), deba entenderse aportado. De cualquier manera, cualquier margen de duda sobre la efectiva voluntad de las partes seguramente se desvanecerá en el curso de las sucesivas fases del procedimiento de aportación, particularmente, en la fase de valoración del conjunto aportado, en virtud del valor atribuido por las partes a la empresa. Además, en esta fase es necesario un intercambio de información entre el empresario aportante, la sociedad adquirente y el experto independiente encargado de verificar la realidad del valor atribuido por las partes a la empresa aportada. Parece por tanto que podemos afirmar que, cuando la transmisión de la empresa se efectúa a título de aportación a la sociedad anónima sujeta a la disciplina de los artículos 38 y 39.3 de la LSA y 133.1 del RRM, la suerte de los créditos relativos a la empresa, ante el silencio de las partes, viene determinada, de hecho, a través de la aplicación de

Universidad de Huelva 2009

créditos están representados a través de títulos valores, según sean al portador, a la orden o nominativos, requerirán su tradición en todo caso y, además, en los dos últimos, la cláusula de endoso y la documentación de la cesión, respectivamente. Por su parte, la transmisión de los valores negociables representados por medio de anotaciones en cuenta tendrá lugar por transferencia contable, produciendo su inscripción a favor del adquirente por la entidad encargada del Registro de las anotaciones en cuenta los mismos efectos que la tradición de los títulos (artículo 9 de la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988).

Por otro lado, los créditos no incorporados a títulos valores seguirán en su transmisión las normas de los artículos 1.526 y siguientes del C.c. o 347 y 348 del C. de c., según su naturaleza civil o mercantil. La cesión de los créditos, salvo en los supuestos en que deriven de los contratos transmitidos por imperativo de la Ley junto con la empresa -por ejemplo los contratos de trabajo-, requiere únicamente el acuerdo entre el empresario aportante -cedente- y la sociedad adquirente -cesionario-, sin necesidad de consentimiento del deudor cedido. No obstante, el conocimiento por el deudor de la transmisión efectuada (según el tenor literal del artículo 1.527 del C.c.) o, en su caso, la notificación (de acuerdo con los términos del artículo 347 del C. de c.), impide la liberación de éste frente al nuevo acreedor en la hipótesis de que realice el pago en favor del acreedor originario. Consecuentemente, el conocimiento o la notificación de la cesión al deudor no es requisito constitutivo del supuesto de transmisión de créditos, ni es requisito de la eficacia de la aportación respecto del deudor cedido[108].

---

dichos preceptos.

[108] Ver, por todos, GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., *La cesión de créditos*, Valencia, 1993, págs. 249-282; PANTALEÓN PRIETO, F., "Cesión de créditos", *Anuario de Derecho Civil*, 1988, págs. 1063-1070. Esta parece ser, además, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que, en Sentencia de 23 de junio de 1983 dispone que: <<*Tampoco es de acoger el motivo primero, formulado (...) en pretendida violación, por inaplicación, del párrafo segundo del artículo 347 del Código de comercio, en cuanto previene que "el deudor quedará obligado para con el nuevo acreedor en virtud de la notificación", porque, como ya ha tenido ocasión de declarar esta sala en sentencias, entre otras, de 15 abril y 23 junio de 1924 y 11 enero y 4 julio de 1927, dicho precepto legal, al exigir que la transferencia de los créditos mercantiles se pongan en conocimiento del deudor, no establece que tal notificación sea indispensable para la validez de la transferencia, si que tan sólo la manera de obligarle con el nuevo acreedor, al sólo efecto de que no se repute pago legítimo desde aquel acto al que se hiciera en favor del cedente, pues la eficacia y consumación del contrato de cesión no pueda hacerse depender de una notificación cuya finalidad está limitada taxativamente en Derecho*>>.

Universidad de Huelva 2009

En cuanto a las deudas -recordamos una vez más que con la aportación de empresa se pretende el cambio de titular de la misma, es decir, que la sociedad adquirente ocupe el lugar o la posición que hasta ese momento venía ocupando el empresario aportante, subrogándose, consecuentemente, en los derechos y obligaciones del anterior- es preciso, en principio, que la sociedad nuevo titular asuma no solamente el activo, sino también el pasivo correspondiente a la empresa aportada[109].

Por tanto, la primera duda que se nos plantea consiste en determinar si la asunción de las deudas de la empresa precisa de un pacto expreso entre el empresario aportante y la sociedad adquirente o si, por el contrario, este acuerdo se encuentra implícito en los supuestos de transmisión de la empresa como unidad económica en funcionamiento, por lo que la asunción del pasivo se produciría siempre que no hubiera sido expresamente excluida del negocio por las partes[110].

La postura dominante en nuestra doctrina[111] se ha pronunciado contundentemente por la necesidad de que la asunción de las deudas venga expresamente contemplada en el negocio de transmisión. De acuerdo con esta opinión, si las partes han guardado silencio en relación a esa cuestión, se entenderá que es el transmitente y no el adquirente quien está obligado al pago.

Frente a esta postura mayoritaria, un sector doctrinal menos numeroso ha apuntado

---

[109] A este fin, debe contraponerse aquellos otros supuestos de transmisión en los que la finalidad del contrato queda circunscrita a ceder al adquirente el conjunto de elementos patrimoniales de los que venía sirviéndose el enajenante para el ejercicio de su actividad empresarial, con objeto de que el primero los utilice como instrumentos para el desarrollo de su propia actividad.

[110] Lo que realmente está claro es que, en el plano de las relaciones internas, las partes, empresario aportante y sociedad, pueden resolver la cuestión convencionalmente, y lo normal y lógico es que así lo hagan.

[111] CALVO ALFAGEME, "La empresa mercantil como objeto de negocios jurídicos", cit., pág. 551; LAGUNA IBÁÑEZ, F., "La transmisión de la empresa mercantil y de sus obligaciones", cit., pág. 678; POLO SÁNCHEZ, E., "La aportación de empresa a sociedad", cit., págs. 2249-2252. Por su parte, el Tribunal Supremo, en la conocida sentencia de 25 de febrero de 1960, se pronunció a favor de la necesidad de que la asunción de las deudas viniese expresamente contemplada en el negocio de transmisión.

Universidad de Huelva 2009

que, en principio, se han de entender comprendidos en la transmisión de la empresa todos y cada uno de sus elementos, salvo los que no siendo esenciales para la continuidad de la actividad empresarial hayan sido expresamente excluidos por las partes. Siguiendo esta línea de pensamiento, la ausencia de pacto expreso sobre la transmisión de las deudas no es obstáculo para la asunción del pasivo por el adquirente, con independencia de que el acreedor o los acreedores hayan prestado o no su consentimiento y los diversos efectos que dicho consentimiento produce[112].

A la asunción del pasivo empresarial por la sociedad adquirente, en ausencia de acuerdo expreso, sólo se puede llegar por dos vías: si se entiende que la subrogación de la sociedad en las deudas es un efecto natural del negocio de aportación de empresa, o si por vía interpretativa se llega a la conclusión de que el adquirente las ha asumido tácitamente.

La primera de las vías anunciadas sólo sería posible si existiese una norma destinada a completar la voluntad de las partes para los supuestos de transmisión de empresa, y en la cual se dispusiese que, de no mediar pacto en contrario, el adquirente se subrogará en las deudas del transmitente derivadas del ejercicio de la actividad empresarial. Sin embargo, si de algo estamos seguros es de que esta norma no ha sido escrita. En cambio, ante la inexistencia de un precepto que obligue a consignar expresamente este tipo de acuerdos, no existen obstáculos para sostener que la asunción de las deudas empresariales puede tener lugar con carácter tácito.

En efecto, a lo largo de este trabajo hemos venido señalando que la empresa, como

---

[112] Esta postura es defendida razonadamente por PÉREZ DE LA CRUZ, A., ("Efectos de la transmisión del establecimiento mercantil sobre las deudas pendientes", cit., págs. 485-547) para el supuesto tradicional planteado por nuestra doctrina respecto de la transmisión de la empresa: la venta de toda la empresa en bloque por el empresario individual. Refiriéndose al mismo supuesto de transmisión de empresa mercantil, opta por esta misma solución, aún cuando con matices diferentes, CÁMARA ÁLVAREZ, M., ("La venta de la empresa mercantil. Principales problemas que plantea", cit., págs. 322-339). Por su parte, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 30 de enero de 1968, si bien con carácter un tanto incidental, como *obiter dictum* y no como *ratio decidendi*, ha exteriorizado una cierta inclinación por esta solución, afirmando que el contrato de cesión de negocio supone la transmisión de ese complejo constituido por el nombre comercial, clientela, activo, pasivo, etc.

Universidad de Huelva 2009

objeto del negocio jurídico de aportación, es considerada por las partes como un conjunto unitario, como un sólo objeto que se transmite en su integridad a través de un único negocio de transmisión -su aportación a la sociedad-. No obstante, aún cuando la voluntad de las partes recae sobre la empresa como objeto único y unitario del negocio de aportación, la inexistencia en nuestro Derecho positivo de un régimen jurídico sustantivo de los diversos negocios de transmisión que pueden concertarse sobre la entidad productiva obliga a que, a la hora de transferir a su nuevo titular el conjunto en funcionamiento, cada uno de los elementos que la integran hayan de seguir la ley de circulación que, de acuerdo con su propia naturaleza, les corresponda. Sin embargo, esta necesidad de "entrega" individualizada de cada uno de los elementos que componen la entidad productiva no es obstáculo para el fin que las partes persiguen, la subrogación por el nuevo titular en la posición jurídica del transmitente, lo que en definitiva significa la transmisión de todos los derechos y obligaciones del empresario aportante referentes a la empresa transmitida. Consecuentemente, aquellos elementos que integran la empresa sobre los que las partes no se hayan pronunciado expresamente, bien incluyéndolos en la transmisión, bien excluyéndolos de la misma, han de entenderse comprendidos tácitamente en el negocio de transmisión[113]. Por otro lado, no podemos olvidar que hemos configurado a la empresa como un conjunto de elementos tanto materiales como inmateriales en el que se incluyen los créditos y las deudas originados en el ejercicio de la actividad económica que se despliega a través de dicho complejo.

Ahora bien, es necesario determinar de qué manera se detecta esa finalidad subrogatoria. Como datos de cierta relevancia en cuanto a la finalidad pretendida por las

---

[113] PÉREZ DE LA CRUZ, A., ("Efectos de la transmisión del establecimiento mercantil sobre las deudas pendientes", cit., pág. 524) entiende que, aún sin necesidad de pacto expreso, la asunción del pasivo debe considerarse convenida "tácitamente" cuando la finalidad efectiva de la transmisión sea colocar al *accipiens* en la misma posición jurídica hasta entonces asumida por el *tradens*, frente al conjunto de relaciones jurídico patrimoniales que integran la organización empresarial objeto del negocio traslativo.

Universidad de Huelva 2009

partes se han invocado la transmisión del nombre comercial[114] y la entrega de los libros de contabilidad[115]. Aún cuando a través de los dos ejemplos expuestos no se puede afirmar concluyentemente que se hayan transmitido las deudas de la empresa, sí pueden tener cierto valor ilustrativo[116].

Por otra parte, en la escritura de constitución o, en su caso, en la de aumento del capital, aún cuando no se contemple un pacto expreso sobre la asunción o no asunción del pasivo, puede quedar de manifiesto si existe voluntad o no de transmitirlo. Así pues, al igual que para la transmisión de créditos, cualquier margen de duda sobre la efectiva voluntad de las partes en orden a la transmisión de las deudas se desvanecerá en función al valor atribuido por las partes al objeto aportado, en nuestro caso la empresa. Además, en la fase de valoración del conjunto aportado necesariamente se producirá un intercambio de información entre el empresario aportante, la sociedad adquirente y el experto o expertos independientes encargados de verificar la realidad del valor atribuido por las partes a la empresa aportada, donde ha de constar claramente si el pasivo ha sido transmitido o no con el resto de elementos que integran la entidad productiva.

---

[114] El § 25 del *HGB*, cifra como criterio de la responsabilidad por deudas del enajenante el que se continúe o no con el nombre comercial o razón social, (y si ha asumido las deudas públicamente) aunque cabe acudir a un Registro de Comercio para inscribir pacto en contrario; por su parte, el § 26 establece que cuando el adquirente responde del pasivo, los derechos de los acreedores prescriben a los cinco años si es que no prescriben antes por ley.

[115] PÉREZ DE LA CRUZ, A., ("Efectos de la transmisión del establecimiento mercantil sobre las deudas pendientes", cit., págs. 526-527) afirma que si el transmitente lleva los libros de contabilidad de manera adecuada y hace entrega de ellos al adquirente junto con el resto de los elementos que forman parte del establecimiento, estamos en presencia de un dato importante para poder afirmar que la voluntad de las partes se orienta en el sentido de subrogar al adquirente en la posición del enajenante respecto a todas las relaciones jurídicas en situación de pendencia. También considera muy revelador la continuación por el adquirente en el uso del nombre comercial del transmitente.

[116] Es cierto que la transmisión del nombre comercial dependerá en gran parte de si el empresario aportante cesa o no en la condición de empresario, de si se aporta la empresa o una rama de actividad o de si se busca una integración en otra empresa o se persigue sólo una limitación de responsabilidad del aportante. Aún así, la extensión de los efectos de la aportación al nombre comercial es un dato más para presumir que las partes han querido que la sociedad se subrogue en la posición jurídica del empresario aportante con respecto a las relaciones obligatorias pendientes. Por lo que se refiere a los libros de contabilidad es necesario tener en cuenta, por un lado, la obligación del empresario que cesa en su actividad de conservarlos durante seis años a partir del último asiento (art. 30 C. de c.); de otra parte, si el empresario aportante no cesa en la empresa, deberá continuar la llevanza de su contabilidad y el adquirente tendrá que iniciar una nueva contabilidad, en la que, en su caso, recogerá como partida del pasivo las deudas contraídas por el empresario aportante. Sin embargo, esto no quiere decir que el examen de los antecedentes contables, operación previa que normalmente deberá preceder a la aportación, no pueda suministrar otros criterios orientadores en uno u otro sentido (ver, por todos, CÁMARA ÁLVAREZ, M., "La venta de la empresa mercantil. Principales problemas que plantea", cit., págs. 325-326).

Universidad de Huelva 2009

En aquellos supuestos para los que el legislador ha dispuesto la cesión automática de los contratos y la subrogación del cesionario en los derechos y obligaciones del cedente, tendrá lugar la transmisión de las deudas con total independencia de pacto, aunque no siempre opere la liberación del deudor, en virtud de un establecimiento expreso de la responsabilidad solidaria del transmitente y del adquirente de la empresa[117]. También debemos encuadrar en esta categoría aquel conjunto de obligaciones que encuentren su fundamento en contratos sinalagmáticos en los que la contraparte ha ejecutado íntegra y cabalmente la prestación o prestaciones que le incumben, o las ha cumplido (si se trata de contratos de tracto sucesivo) hasta la fecha de la aportación, sin que el empresario aportante de empresa haya satisfecho, en uno u otro caso, lo que debía haber pagado como contrapartida.

Admitida así la asunción, salvo pacto en contrario, de las deudas del empresario aportante por la sociedad adquirente, es preciso determinar, en segundo lugar, los efectos que produce el consentimiento de los acreedores respecto a dicha asunción de deudas.

Partimos, pues, de la consideración de que es posible la aportación de una empresa con su activo y su pasivo. De hecho, la posición que defendemos podemos sintetizarla afirmando que la transmisión de la empresa como objeto unitario lleva consigo la obligación del adquirente de pagar o satisfacer las deudas propias de la empresa transmitida -salvo que hayan sido excluidas expresamente todas o algunas de ellas del objeto de la transmisión-, aunque ello no suponga la liberación del primitivo deudor que continúa respondiendo frente a los acreedores -salvo que éstos hayan prestado su consentimiento a la transmisión-.

En definitiva, lo que tratamos de aclarar es que cuando se aporta la empresa como objeto unitario, salvo que expresamente se diga lo contrario, debemos entender que se ha producido - cuanto menos *inter partes*- la transmisión del pasivo de la empresa junto al resto

---

[117] En este sentido, el artículo 44.1 del TRET, tras proclamar la subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones del cedente, en los contratos de trabajo, establece que ambos responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

Universidad de Huelva 2009

de elementos que integran la unidad productiva.

Ahora bien, para compreder con nitidez y absoluta claridad lo que tratamos de decir, consideramos oportuno efectuar una breve aclaración sobre tres formas posibles de transmisión de deudas[118]: 1ª) la que denominamos asunción interna; 2ª) la que se conoce como asunción cumulativa o de refuerzo; 3ª) la que, desde nuestro punto de vista, representa la única y verdadera forma de transmisión de deudas, la asunción liberatoria.

La primera, la asunción interna, es el resultado de un acuerdo entre el deudor de una obligación formalmente preexistente con un tercero (asumente interno), en cuya virtud ambos pactan sobre un contenido relativo a dicha relación principal [119]. Consecuentemente, podemos entender que, por el acuerdo de asunción el nuevo deudor se obliga con el primitivo a satisfacer por él la deuda, sin que del mismo nazca ningún derecho directo para el acreedor. Es un mero acuerdo de voluntades que produce sus efectos entre el deudor primitivo y el nuevo deudor, sin que para ello se precise el consentimiento del acreedor.

Por su parte, la asunción cumulativa o de refuerzo ha sido definida como un acuerdo [tácito o expreso] entre el acreedor y un tercero por el que éste asume la deuda colocándose solidariamente junto al primitivo deudor. En ella no se produce, por tanto, la liberación de éste último[120]. En efecto, en la asunción cumulativa un nuevo deudor se introduce en la relación obligacional, asumiendo el compromiso de pago, de manera que se adhiere con vínculo solidario a la obligación contraída por el deudor primitivo[121]. Lo que de cualquier

---

[118] Para un estudio profundo sobre la modificación o alteración de la posición pasiva en una relación jurídica obligatoria, ver, por todos, el interesante trabajo de ADAME MARTÍNEZ, M.A., *Asunción de deuda en el Derecho civil*, Granada, 1996, *passim*, así como la amplia bibliografía citada por el autor.

[119] ADAME MARTÍNEZ, M.A., *Asunción de deuda en Derecho civil*, cit., pág. 240.

[120] Sobre la asunción de deuda cumulativa o de refuerzo, ver, por todos, ADAME MARTÍNEZ, M.A., *Asunción de deuda en Derecho civil*, cit., págs. 194-240, así como la bibliografía allí citada.

[121] El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 22 de marzo de 1991, se expresa en los siguientes términos: "*...ni se extingue ni modifica la obligación prístina que se mantiene intacta, sino que se añade una nueva obligación libérrimamente contraída por un tercero que refuerza el resultado final del pago en los términos, condiciones,*

Universidad de Huelva 2009

manera parece no plantear duda alguna es que la responsabilidad nacida de la asunción de deuda es, en este caso, solidaria[122]. En definitiva, la asunción cumulativa supone una ampliación de la garantía ofrecida al acreedor, que se encuentra ahora con dos codeudores, a cualquiera de los cuales puede pedir la deuda por entero.

Por último, la asunción liberatoria es la que hemos considerado como verdadero negocio de transmisión de deudas. Para que esta operación surta sus propios efectos, la liberación del deudor primitivo, es requisito ineludible obtener el consentimiento del acreedor en este sentido (art. 1.205 C.c.)[123]. La duda que en este caso se plantea es si el consentimiento con voluntad de liberar por parte del acreedor debe ser, en este supuesto, expreso o también puede presumirse o admitirse implícitamente. Desde nuestro punto de vista, aún cuando podemos encontrar alguna Sentencia del Tribunal Supremo en la que se afirma que la voluntad de liberar debe ser expresa, y que no se puede presumir o admitir implícitamente[124], una gran número de decisiones del Alto Tribunal[125] reconocen que la voluntad de liberación puede ir "implícita" en el hecho de reclamar el pago al nuevo

---

circunstancias y modos que ese tercero ofrezca, con lo que coadyuva al propósito del feliz término y cumplimiento de la primitiva obligación y que tan solo precisa para su vinculación de la aceptación expresa o tácita del acreedor, como incuestionablemente lo es el de dirigirse en reclamación judicial de la deuda por el tercero asumida...".

[122] DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 5ª ed., Madrid, 1988, pág. 260; ADAME MARTÍNEZ, M.A., *La asunción de deuda en Derecho civil*, cit., págs. 196 y 201-206. En el mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo en las sentencias de 29 de marzo de 1989, 15 de diciembre de 1989, 27 de noviembre de 1990 y 22 de marzo de 1991.

[123] Nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciando, en reiteradas ocasiones, exigiendo ineludiblemente el consentimiento del acreedor para que se produzca la liberación del primitivo obligado. A título de ejemplo pueden citarse las sentencias de 10 de enero de 1983, de 9 de julio de 1987 y la de 26 de abril de 1993.

[124] Ver, por todos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1975, a la que puede añadirse la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de diciembre de 1989.

[125] Ver, entre otras, la interesante Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1981, en un caso calificado precisamente de "sucesión de empresa" y la de 7 de junio de 1982; así como la de la Audencia Provincial de Alicante de 19 de enero de 1987, en la que se citan diversas sentencias del Tribunal Supremo en las que sigue este último criterio: sentencias de 10 de febrero de 1950, de 29 de septiembre de 1960, de 7 de diciembre de 1971 y de 11 de diciembre de 1979.

Universidad de Huelva 2009

deudor[126]. Este último es además el común sentir de la doctrina civil[127].

Trasladando estas breves consideraciones sobre la asunción de deudas al supuesto que nos interesa, aportación de empresa como conjunto unitario, debemos entender que con el consentimiento del acreedor cabe pactar, bien la asunción liberatoria, bien la asunción cumulativa o de refuerzo, dependiendo, en cada caso, de cual sea la intención o voluntad del acreedor -liberar o admitir la responsabilidad solidaria, respectivamente-. En cambio, sin el consentimiento del acreedor lo único que pueden acordar empresario aportante y sociedad adquirente es la asunción interna. Esto es, si los acreedores no han otorgado su consentimiento a la transmisión de las deudas de la empresa que se aporta, bien porque no se les haya requerido bien porque requiriéndoseles lo hayan denegado, únicamente podemos pensar en la asunción interna. En este caso, el empresario aportante no queda liberado de sus obligaciones respecto de los acreedores (art. 1.205 C.c.). Aún cuando la asunción de las deudas por parte de la sociedad adquirente tiene plenos efectos en el ámbito interno[128],

---

[126] Ahora bien, debemos aclarar que del hecho de que el acreedor reclame la satisfacción de su crédito al nuevo deudor no puede deducirse, sin más, que se ha producido la asunción liberatoria con la consiguiente liberación del deudor originario. Por ejemplo, si en la comunicación -de la "transmisión" de la deuda- al acreedor se deja constancia de la responsabilidad solidaria de los dos deudores, la reclamación del crédito al nuevo deudor no puede ser entendida como voluntad de liberar al deudor originario, simplemente que el acreedor quiere valerse de la posibilidad y ventajas que le ofrece la responsabilidad solidaria (asunción cumulativa). Si, por el contrario, se comunica, sin más, "la transmisión" y el acreedor reclama al nuevo deudor, atendiendo a las diversas circunstancias de cada supuesto (entre otras, al valor atribuido al conjunto transmitido), podría entenderse como voluntad de liberar al antiguo deudor (asunción liberatoria). Pero ésta es una cuestión que no admite solución general, sino que habrá de ser examinado caso por caso, atendiendo a las diversas circunstancias que en cada uno se pudieran presentar.

[127] LACRUZ, J.L., "Elementos de Derecho Civil II, Teoría general del contrato", vol. 1°, cit., pág. 335; DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol, II, 5ª ed., cit., pág. 260; ADAME MARTÍNEZ, M.A., *Asunción de deuda en Derecho civil*, cit., págs. 91-95. En la doctrina mercantil, se manifiesta en el mismo sentido, CÁMARA ÁIVAREZ, M., *El capital en la sociedad anónima, su aumento y reducción*, cit., pág. 120.

[128] En este sentido se manifestó la DGRN en Resolución de 17 de noviembre de 1989. A una sociedad anónima que se constituía se aportó una empresa como un todo, con su activo y pasivo. El Registrador suspendió la inscripción de la escritura de constitución, entre otros defectos, por no constar el consentimiento de los acreedores para la transmisión del pasivo de la empresa aportada. Interpuesto recurso, fue estimado precisamente, en lo que a este defecto se refería, afirmando la DGRN que *"Es cierto que en nuestro Ordenamiento jurídico (a salvo lo especialmente previsto para los casos de sucesión universal por muerte de las personas físicas o extinción de las jurídicas) la sustitución de un nuevo deudor en lugar del primitivo (tenga o no alcance novatorio de la obligación) no puede producirse sin el consentimiento del acreedor (arts. 1.205 y 1.257 del Código civil), pero también lo es que no cabe excluir la plena validez y eficacia de aquellos pactos que, sin intervención del acreedor, celebre con un tercero el deudor acerca del pago de una deuda suya y que contraen sus efectos a la relación interna tercero-deudor, sin alterar el crédito ni excluir la acción de su titular, contra quien frente a él se obligara y que continúa siendo el sujeto pasivo de la obligación (vid. arts. 1.158 y 1.255 del*

Universidad de Huelva 2009

asunción interna, tal y como manifiesta la práctica totalidad de nuestra doctrina[129], los acreedores que no hayan prestado su consentimiento podrán exigir la satisfacción de sus créditos al empresario aportante y éste, en virtud del acuerdo expreso o tácito con la sociedad adquirente de la empresa, repetir contra la sociedad[130]. En consecuencia, la validez y eficacia del negocio, aunque limitada en sus efectos, no depende de la existencia del consentimiento de los acreedores. Del consentimiento de los acreedores depende, eso sí, que el empresario aportante -primitivo deudor- quede o no liberado de sus obligaciones respecto a ellos.

Código civil; 2.3° y 118.2° de la Ley Hipotecaria, etc.), es perfectamente posible en nuestro sistema la transmisión de bienes a cambio del compromiso del adquirente de abonar a su vencimiento determinadas deudas del transmitente (vid. arts. 609, 1.254, 1.255, 1.261, 1.271 y 1.274 del Código civil) o, como ocurre en el caso, como negocio mixto de transmisión de un activo a título de aportación y, a la vez, en contraprestación del compromiso interno que asume la Sociedad de pagar a su vencimiento las deudas determinadas, que seguirán siéndolo del aportante en tanto no consientan los respectivos acreedores".

En el mismo sentido se manifiesta la DGRN en Resolución de 3 de abril de 1991. En este caso, el Registrador se negó a inscribir la escritura de constitución de una sociedad anónima, entre otros motivos, porque sobre el vehículo aportado recaía una deuda por razón de su compra, faltando el consentimiento del acreedor para la efectividad de la asunción de la misma por parte de la sociedad, conforme a lo establecido en el artículo 1.205 del C.c. La Dirección General estimó el recurso interpuesto y afirmó que "*resultaba absolutamente improcedente la exigencia del consentimiento del acreedor para la operación realizada por cuanto no se pretende una asunción de deuda por un segundo que libere al primitivo deudor; se trata de un pacto interno entre el deudor y un tercero -la sociedad- acerca del pago de una deuda de aquél, que contrae sus efectos a la relación interna entre ambos, y que no precisa el consentimiento del acreedor para su plena validez y eficacia, pues ni altera su derecho ni excluye su acción contra quien frente a él se obligara y que continúa siendo el sujeto previo de la obligación (vid. 1.205 del Código Civil y 118.2° de la Ley Hipotecaria)*".

[129] POLO SÁNCHEZ, E., "La aportación de empresa a sociedad", cit., págs. 2.251-2.252; PÉREZ DE LA CRUZ, A., "Efectos de la transmisión del establecimiento mercantil sobre las deudas pendientes", cit., págs. 512-513; CÁMARA ÁLVAREZ, M., "La venta de la empresa mercantil. Principales problemas que plantea", cit., págs. 321-339; LACRUZ, J.L., "Elementos de Derecho Civil II, Teoría general del contrato", vol. 1°, cit., pág. 335. Por su parte, CÁMARA ÁLVAREZ, *El capital en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, págs. 118-120, reduce a dos las posibles situaciones: una según la cual la sociedad se compromete frente al aportante a hacer efectivas las deudas a medida que vayan venciendo así como sus intereses (a la que denomina mera toma interna de deuda); y, otra (que denomina asunción propiamente dicha), en la que la sociedad asume las deudas pendientes. En el primer caso, el acreedor sólo podrá dirigirse contra el primitivo deudor, sin que sea posible que éste consienta el cambio de deudor porque, en realidad, no se ha pretendido que tal cambio se produzca; se trata -según el autor- de un negocio por el cual quien contrata con el deudor sólo se ha obligado a hacer frente a las obligaciones contraídas por éste a medida que vayan venciendo y que, por tanto, no trasciende de las relaciones internas. En el segundo caso, cabe que el acreedor consienta el cambio de deudor con liberación, por tanto, del aportante. El acreedor, en este caso, puede optar entre dirigirse contra el antiguo deudor, desconociendo, por tanto, la asunción de deuda, o exigir el pago del asumente, lo que equivale a consentir la asunción, y en tal caso el primitivo deudor queda liberado. Por nuestra parte, no nos queda más que añadir la tercera posibilidad que ya hemos apuntado en el texto, la que hemos denominado asunción cumulativa o de refuerzo. En este caso, el consentimiento del acreedor no va dirigido a liberar al deudor primitivo sino a admitir la responsabilidad solidaria -junto a éste- del nuevo deudor. Así pues, este consetimiento se traduce en un refuerzo en cuanto a la efectiva satisfacción del crédito.

[130] Ver, por todos, PÉREZ DE LA CRUZ, A., "Efectos de la transmisión del establecimiento mercantil sobre las deudas pendientes", cit., pág. 513.

Universidad de Huelva 2009

Es posible, como hemos apuntado, que los acreedores consientan que, a la responsabilidad del empresario aportante, se sume de forma solidaria la responsabilidad del empresario adquirente, produciéndose una asunción cumulativa o de refuerzo. En este caso, los acreedores podrán exigir la satisfacción de sus créditos a cualquiera de los deudores solidarios o a ambos simultáneamente.

Si, por el contrario, los acreedores han consentido la efectiva transmisión de las deudas del empresario aportante a la sociedad, el primero habrá quedado liberado de dicha responsabilidad[131], sin que los acreedores puedan ya reclamar de éste la satisfacción de sus créditos, salvo en los supuestos de insolvencia de la sociedad, siempre que la insolvencia fuese anterior y pública o conocida por el empresario aportante (art. 1.206 C.c.)[132].

En definitiva, en la esfera de los efectos internos del negocio de transmisión, la asunción de las deudas de la empresa es materia reservada a la autonomía de la voluntad de los interesados[133]. Cuando éstos no se hayan pronunciado expresamente sobre el particular y se aporte una empresa siendo la finalidad perseguida por las partes la subrogación de la sociedad en la posición del empresario aportante, asumiendo la primera la titularidad de la

---

[131] Es la asunción de deudas que venimos denominado "asunción liberatoria".

[132] En dicho caso, la liberación del empresario aportante es ineficaz y por ello los acreedores tendrán acción contra él.

[133] Es conveniente en este momento aclarar algo más de la ya citada Sentencia de 30 de enero de 1968. En este supuesto, se había producido una cesión de negocio en la que expresamente se había acordado por las partes, cedente (don José H.P.L.) y cesionarios (don Francisco B.A. y don Pedro F.Ll.), la asunción de deuda. Los acreedores del cedente (don Miguel P.V. y don Francisco F.M.) formularon demanda ante el Juzgado de 1ª Instancia de Manacor reclamando la satisfacción de sus créditos a los cesionarios. El Juez de 1ª Instancia dictó sentencia por la que, estimando en parte las demandas acumuladas, declaró haber lugar a las mismas condenando a uno de los cesionarios (don Francisco B.A.) y absolviendo al otro demandado. Apelada la sentencia la Audiencia estimó el recurso y condenó a ambos cesionarios (don Francisco B.A. y don Pedro F.Ll.) a pagar mancomunadamente a los acreedores. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo: "*...parte del supuesto de la existencia de una asunción de deuda por el recurrente, cuando la Sala de instancia declara que el documento privado suscrito por los señores L., B. y F. contenía un contrato de cesión de negocio, entendiendo éste en su acepción jurídica de este complejo constituido por nombre comercial, clientela, activo, pasivo, etc., y por ello la supuesta y alegada limitación de responsabilidad respecto al pago de deudas, ni es declarada frente a terceros por el Tribunal <<a quo>> que se limita a establecer la existencia de unos pactos entre los contratantes ni en forma alguna podía autorizar válidamente a quien adquiere un establecimiento mercantil a limitar su responsabilidad en el giro y tráfico del mismo y de tal forma queda claramente reflejado en el citado contrato al establecerse en el mismo la obligación del señor L. de hacer efectivo el déficit, caso de existir, procediendo por todas las razones expuestas la desestimación del recurso interpuesto*".

Universidad de Huelva 2009

íntegra organización empresarial que recibe, y no meramente la dominical de los elementos que la componen, la responsabilidad por las deudas a efectos internos habrá de recaer sobre el adquirente[134]. En la esfera de las relaciones con los acreedores cedidos será preciso, para la liberación del empresario aportante, que se produzca el consentimiento de los primeros en este sentido[135].

Finalmente, es conveniente prestar atención a un instrumento jurídico de considerable relevancia en la actividad económica desarrollada por el empresario: los contratos, elemento esencial de la empresa en funcionamiento. Precisamente, en virtud de su importancia, se ha apuntado desde algún sector la conveniencia de que se produjera la transmisión automática de los mismos en la aportación de empresa a la sociedad, con la subsiguiente subrogación de ésta en los derechos y obligaciones asumidos por el empresario aportante.

Sin embargo, esta aspiración a la cesión automática de los contratos celebrados por el empresario aportante en el ejercicio de su empresa sólo ha venido satisfecha en nuestro Derecho positivo en relación a determinados contratos, y no tanto en función de las necesidades objetivas de la transmisión de la empresa sino más bien en atención a otros intereses igualmente dignos de protección[136].

---

[134] En estos términos se manifiesta PÉREZ DE LA CRUZ, A., "Efectos de la transmisión del establecimiento mercantil sobre las deudas pendientes", cit., págs. 528-529.

[135] Nuestro Derecho se asienta sobre la protección de los intereses del acreedor, a quien no puede imponérsele contra su voluntad un cambio en la persona del deudor que pueda llevar a la sustitución de un deudor solvente por otro que no lo sea. No obstante, es conveniente apuntar que una parte de los créditos de los que disfruta el titular de una empresa le habrán sido concedidos precisamente en virtud de los elementos que integran la unidad productiva, en tanto éstos representan una considerable garantía en orden a la satisfacción final de las deudas del empresario. Por eso al acreedor lo que en ocasiones realmente le importa no es tanto la permanencia de la persona del deudor y la solvencia patrimonial ajena a su ámbito empresarial, como la posibilidad de accionar, si resulta insatisfecho, contra los elementos integrantes de la empresa, con independencia de quien sea titular de la entidad productiva en ese preciso momento.

[136] A título meramente indicativo, podemos citar el artículo 49 de la Ley de Propiedad Intelectual (Ley 22/1987, de 11 de noviembre, parcialmente modificada por la Ley 20/1992 de 7 de julio), que introduce un supuesto de cesión automática de contratos con la empresa. Este precepto dispone lo siguiente:

> *"El cesionario en exclusiva podrá transmitir a otro su derecho con el consentimiento expreso del cedente.En defecto de consentimiento, los cesionarios responderán solidariamente frente al primer cedente de las obligaciones de la cesión.*
> *No será necesario el consentimiento cuando la transmisión se lleve a efecto como consecuencia de la disolución o del cambio de titularidad de la Empresa cesionaria".*

Universidad de Huelva 2009

Mención expresa merece brevemente la transmisión de los contratos de trabajo[137].

Partiendo del reconocimiento general a la libre transmisibilidad *inter vivos* de los derechos de explotación sobre la obra intelectual (art. 43.1 LPI), el artículo 49 de la LPI determina el régimen jurídico de la total y posterior transmisión de los derechos de explotación adquiridos en exclusiva. De acuerdo con el tenor literal de su párrafo 1°, quien ha adquirido los derechos de explotación y goza de ellos con carácter exclusivo, puede disponer definitivamente de tales derechos, produciéndose un cambio absoluto en la titularidad de los mismos: bien a través de la transmisión de la entera posición jurídica, para lo que necesitará, como regla general, el consentimiento del autor; bien disponiendo el titular en exclusiva sólo parcialmente del contenido de sus derechos de explotación, para lo que también necesitará el consentimiento del autor. El párrafo 3° del precepto determina que, como excepción, no se exigirá el consentimiento del autor cuando la transmisión se realice en el marco de la transmisión de la empresa. No obstante, el párrafo 2°, impone para los supuestos en los que no sea necesario el consentimiento la responsabilidad solidaria entre cesionario y cedente por el cumplimiento de las obligaciones contractuales del cedente respecto del autor. En definitiva, el artículo 49 disciplina la cesión de la posición contractual de quien adquiere del autor la titularidad en exclusiva a un tercero, esto es, la cesión del contrato (ver, por todos, CERDÁ ALBERO, F., "Derechos de autor en el marco de la transmisión de empresa", *Revista de Derecho Mercantil* nº 211-212, 1994, págs. 69-117; CAVANILLAS MÚGICA, S., "Artículos 48-50", *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* [coord. BERCOVITZ], Madrid, 1989, págs. 746-757). Ahora bien, para que el cesionario pueda ser titular de la posición contractual del cedente, es necesario que el autor -contratante cedido- preste su consentimiento. No obstante, el propio precepto establece la excepción a la norma general. Será innecesario el consentimiento del autor para la cesión de derechos de explotación cuando la transmisión se produzca en el marco de la disolución o cambio de titularidad de la empresa cesionaria, donde encuentra cobertura la aportación de empresa. Finalmente cabe insistir en que, para estos supuestos de cesión contractual permitida sin consentimiento del acreedor cedido, el artículo 49 de la LPI establece el mecanismo de la responsabilidad solidaria.

Otro ejemplo de cesión automática de contrato lo recoge el artículo 34 de la Ley de Contrato de Seguro. En este caso la Ley permite la transmisión del contrato de seguro cuando se produzca la transmisión del objeto asegurado:

> "*En caso de transmisión del objeto asegurado, el adquirente se subroga en el momento de la enajenación en los derechos y obligaciones que correspondían en el contrato de seguro al anterior titular...Serán solidariamente responsables del pago de las primas vencidas en el momento de la transmisión el adquirente y el anterior titular o, en caso de que éste hubiera fallecido, sus herederos*".

No obstante, el artículo 35 de la LCS otorga, tanto al asegurador como al adquirente de cosa asegurada, la facultad de rescindir el contrato de seguro siempre que cumplan las formalidades que el propio precepto enuncia.

[137] La fusión y la escisión, en tanto que supone la primera y puede suponer la segunda un cambio en la titularidad de las empresas pertenecientes a las sociedades transmitentes, representan para los trabajadores de éstas un grave riesgo en orden al mantenimiento de sus derechos e intereses laborales. E incluso en el supuesto de escisión parcial, este riesgo puede afectar, igualmente, a los trabajadores de las empresas o ramas de actividad no transmitidas, por cuanto que, no produciéndose un cambio en la titularidad de las mismas, la escisión conllevará de ordinario una importante modificación de sus estructuras.

Ni la Tercera Directiva, 78/855/CEE, de 9 de octubre de 1978, sobre fusión de sociedades, ni la Sexta Directiva, 82/891/CEE, de 17 de diciembre de 1982, contienen en sí mismas el desarrollo de medidas especiales dirigidas a la protección de los trabajadores de las sociedades que se fusionan o se escinden. Ambas se limitan a efectuar un reenvío (arts. 12, Tercera Directiva, y 11, Sexta Directiva) a la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero de 1977, referida a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros con respecto al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, establecimientos o partes de establecimientos (JOCE, núm. 61, de 5 de marzo de 1977). Esta Directiva, que ya era aplicable a la fusión (art. 1.1) antes de la aprobación de la Tercera Directiva, es también aplicable a aquellas figuras análogas a la fusión que en la Directiva sobre fusión se contemplan, así como a la escisión y figuras asimiladas a las que con anterioridad no era aplicable.

La Directiva anunciada, 77/187/CEE, contiene dos tipos de medidas protectoras de los trabajadores: unas dirigidas al mantenimiento de sus derechos (art. 3) y otras destinadas a fomentar su información y derecho a ser consultados (art. 6). El mantenimiento de los derechos de los trabajadores se concreta en la exigencia de que los derechos que derivan de sus relaciones laborales con las empresas que se fusionan, así como las condiciones de trabajo acordadas en los convenios

Universidad de Huelva 2009

Como ya hemos señalado, el cambio de titularidad empresarial no extingue por sí misma la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior y estando obligados el cedente y el cesionario a notificar dicho cambio a los representantes de los trabajadores (art. 44. TRET, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que ha derogado la Ley de 10 de marzo de 1980). Si se compara el texto del artículo 44 del TRET, que reproduce el artículo 44 del ET de 1980, con el antecesor de éste último (el artículo 79 de la derogada LCT establecía el principio de subsistencia de la relación laboral en los casos de cesión, traspaso o venta de la industria, a no ser que en el contrato de trabajo se hubiera pactado expresamente lo contrario, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior -precepto que fue sustituido por el artículo 18.2 de la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976-), se observa que ahora se habla de "*cambio de titularidad de la empresa*" y no sólo de cesión, traspaso o venta, lo que significa que siempre que se produzca la transmisión de la misma por actos *inter vivos*, e independientemente de su causa, fusión, escisión, aportación, etc.,

---

colectivos se mantengan (art. 3), sin que en ningún caso la fusión, o en su caso la escisión, puedan ser por sí mismas causa suficiente de despido (art. 4). En efecto, el mantenimiento de las condiciones de trabajo se garantiza en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 77/187/CEE al establecer que "los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación de trabajo existente en la fecha de la transmisión" son transferidos al cesionario. Señalando a este respecto el apartado 2 de este mismo artículo que, después de la transmisión, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas en un convenio colectivo en la misma medida que el cedente, hasta la fecha de expiración o extinción del convenio o de la entrada en vigor o de la aplicación de otro convenio colectivo. No obstante, los Estados miembros podrán limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, siempre que la duración establecida no sea inferior a un año. Junto al mantenimiento de estos derechos se ampara también el derecho de los representantes de los trabajadores, debiéndose mantener su estatuto y funciones en la medida que el establecimiento conserve su autonomía, e incluso si el mandato expirase como consecuencia de la fusión los representantes seguirían gozando de las medidas de protección previstas en los ordenamientos y en la práctica de los Estados miembros (art. 5). Por su parte, el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 77/187/CEE establece que "la transmisión de una empresa, establecimiento o parte de establecimiento no constituye en sí mismo un motivo de despido para el cedente ni para el cesionario". Sin embargo, ello no quiere decir que en estas operaciones la permanencia de los contratos de trabajo aparezca como un imperativo absoluto que, en cualquier circunstancia, condicionan a la sociedad beneficiaria. Por el contrario, podrán producirse despidos, pero siempre que no se funden en el mero hecho de la fusión, sino basados en "razones económicas, técnicas u organizativas que impliquen cambios sobre el plan de empleo". Asimismo, el propio artículo 4.1, ofrece a los Estados miembros la posibilidad de no aplicar la regla de la permanencia de los contratos de trabajo a aquellas categorías de trabajadores, respecto de los cuales la legislación o la práctica de los Estados miembros no prevean un sistema de cobertura en materia de protección contra el despido.

Los trabajadores tienen también un amparo dirigido a proteger el derecho a la información y a la consulta de las medidas acordadas para la fusión con el fin de que puedan adoptar las cautelas que estimen oportunas para la defensa de sus intereses antes de que se vean afectados directamente en sus condiciones de empleo y trabajo.

La legislación española, al margen de los textos legales que regulan la materia de sociedades, presenta un panorama no muy diferente en su filosofía del que ofrece la citada Directiva de 14 de febrero de 1977.

Universidad de Huelva 2009

opera la subrogación ordenada por el artículo 44, cuyo ámbito objetivo cubre toda una serie de hipótesis que antes habían provocado interpretaciones dispares[138]. Se produce, por tanto, en relación a los contratos de trabajo, en orden a su transmisión, un tratamiento igualitario para las operaciones de fusión y escisión que para los supuestos de aportación de empresa o de rama de actividad.

En cambio, enrelación a la generalidad de los contratos concluidos por el empresario, necesarios para la continuidad de la explotación -sean o no de naturaleza mercantil-[139], la solución está, ante la ausencia de regulación expresa en nuestro Derecho positivo, en la transmisión de modo convencional a través del mecanismo de la cesión del contrato[140]. A través de la cesión del contrato el cedente queda libre de todas las obligaciones producidas para él por la relación contractual y se despoja de los derechos que ésta le confería, desapareciendo por completo de la relación obligatoria. Por su parte, el cesionario adquiere tales derechos y queda gravado con aquellas obligaciones como si él mismo hubiera sido el contratante. En consecuencia, la subrogación de la sociedad adquirente en la posición jurídica del empresario aportante requerirá un doble acuerdo: por una parte, el derivado del negocio de aportación de empresa entre el aportante -cedente- y el adquirente -cesionario-; y por otro lado, el consentimiento del contratante cedido, salvo que la posibilidad de la

---

[138] La protección de estos derechos se complementa con la necesidad de un período de discusión y consulta para el supuesto de que existieran causas económicas o tecnológicas que justificasen la extinción de las relaciones laborales (art. 51.2.3 TRET), estableciéndose como competencia propia del comité de empresa la emisión de informes cuando la fusión, absorción, o modificación del status jurídico de la empresa suponga cualquier incidencia que afecte al volumen de empleo (art. 64.1.5 TRET).

[139] Nos referimos ahora a aquellos contratos para los que no existe previsión especial.

[140] En este sentido se manifiesta POLO SÁNCHEZ, E., "La aportación de empresa a sociedad", cit., pág. 2247. Por otro lado, es conveniente aclarar que la cesión de contratos comporta la transmisión a un tercero de la posición jurídica global que ocupa uno de los contratantes respecto al contrato de que es parte. Es presupuesto de la figura que nos encontremos ante un contrato con prestaciones recíprocas que no han sido aún totalmente consumadas o ejecutadas. De no ser así no cabe hablar de la cesión de una posición contractual, sino solamente de una cesión de crédito o de una asunción de deuda. La cesión de contrato exige inexcusablemente el consentimiento del contratante cedido (ver, DIEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vil. II, 5ª ed., págs. 262-263; LACRUZ, "Elementos de Derecho Civil II, Teoría general del contrato", cit., págs. 554-558; GARCÍA AMIGO, *La cesión de contratos en el Derecho español*, Madrid, 1964, *passim)*.

Universidad de Huelva 2009

cesión estuviera ya prevista contractualmente[141].

Ahora bien, una cosa es que la transmisión del contrato no tenga lugar por imperativo de la ley y otra que no pueda presumirse que la intención de las partes es transferir los contratos relativos a la empresa junto al resto de elementos y relaciones que la integran. La cesión de los contratos conexos a la explotación empresarial requiere un comportamiento activo de las partes, entre otras razones porque, como hemos apuntado, la operación no puede realizarse sin el consentimiento del contratante cedido. Sin embargo, una cosa es la materialización de la cesión y otra que ésta, en principio, no esté comprendida dentro del contenido de la transmisión salvo que las partes la hayan incluido expresamente[142]. En efecto, dado que las partes consideran a la empresa como objeto único y unitario del negocio de aportación, debemos considerar conforme a la intención de las mismas, precisamente para que la sociedad reciba la empresa aportada como un complejo productivo y pueda continuar la actividad empresarial del aportante, que la aportación de empresa incluya tácitamente, salvo pacto en contrario, la cesión de los contratos. En definitiva, cuando lo que se pretende es que la sociedad se subrogue en la posición del empresario aportante respecto a la titularidad de la empresa, salvo que expresamente se diga otra cosa, se han de entender comprendidos en el objeto de la transmisión los contratos celebrados por el empresario aportante en el ejercicio de su empresa.

Como hemos apuntado, sin duda, el consentimiento del contratante cedido es necesario cuando el cesionario va a sustituir al cedente en su posición jurídica, quedando el último totalmente desligado de la relación contractual. Sin embargo, la falta de ese consentimiento no debe considerarse un obstáculo para que se produzca la transmisión de las distintas relaciones jurídicas celebradas entre el empresario aportante y diversos terceros.

---

[141] En este sentido, los contratos de tracto sucesivo, como los de suministro, suelen incorporar la cláusula de cesión, por lo que bastará el acuerdo entre el empresario aportante y la sociedad adquirente.

[142] En este sentido CÁMARA ÁLVAREZ, M., "La venta de la empresa mercantil. Principales problemas que plantea", cit., pág. 341.

Universidad de Huelva 2009

Conviene ahora recordar que es posible que una de las partes de un contrato ceda a un tercero los derechos inherentes a su posición contractual, sin el consentimiento de la contraparte, aunque las obligaciones que deriven del contrato -y sin perjuicio de que en el orden interno las haya asumido el cesionario- continúen vinculándole. Es lo que hemos calificado, en otras ocasiones, como de cesión de derechos (art. 1.112 C.c.). De oreo lado, también es posible que una de las partes contratantes constituya a favor de un tercero una nueva relación contractual derivada de la principal (subcontrato), de la que surgen derechos y obligaciones entre los subcontratantes. En virtud de este nuevo contrato, el tercero pasa a disfrutar de los derechos que el contrato primitivo otorgaba a quien subcontrata con él, pero, sin que en ningún momento éste último desaparezca de la relación contractual primitiva que continúa manteniendo con la contraparte originaria[143]. El subcontrato es relación y vínculo que liga y afecta exclusivamente al subcontratante con el tercero, sin alterar la relación jurídica preexistente de la que deriva[144]. En definitiva, lo que pretendemos aclarar es si la cesión de derechos y el subcontrato -como alternativas a la cesión del contrato- son mecanismos válidos en la aportación de empresa o, por el contrario, suponen una desnaturalización de la operación que se pretende efectuar.

En la cesión del contrato, como hemos señalado, se produce la subrogación del cesionario en la posición contractual del cedente, contando siempre con el consentimiento del contratante cedido. En la aportación de empresa puede producirse la cesión del contrato, pero para que sea efectiva la aportación no es estrictamente necesaria la subrogación de la

---

[143] Esta posibilidad no parece estar muy lejos del subarriendo que prevé el artículo 1.550 del C.c. El mencionado precepto permite al arrendatario, salvo que el contrato de arrendamiento se lo prohíba expresamente, subarrendar todo o parte de la cosa arrendada sin perjuicio de su responsabilidad frente al arrendador.

[144] El subcontrato supone que, habiéndose celebrado un contrato entre dos personas, una de ellas, en virtud de las facultades y derechos que le confiere esa relación contractual, celebra un nuevo contrato o "subcontrato" con un tercero que depende del anterior. El subcontrato se distingue de la cesión del contrato en que: mientras está última se traduce en la transmisión al cesionario de los derechos y obligaciones del cedente, dando lugar a una sucesión traslativa que releva al cedente de los efectos jurídicos derivados del contrato cedido; el subcontrato genera un nuevo derecho que provoca una sucesión constitutiva, dejando inalteradas las relaciones que nacieron del contrato base. La cesión de contrato ocasiona la sustitución de una de las partes originarias en la relación contractual, desapareciendo ésta por completo de la relación obligatoria. Por el contrario, el subcontrato mantiene el contrato entre las partes que originariamente lo concluyeron, con independencia de que una de las partes haya subcontratado con un tercero (ver, por todos, LACRUZ, J.L., "Elementos de Derecho Civil II, Teoría general del contrato", cit., págs. 558-559).

Universidad de Huelva 2009

sociedad en la posición contractual del empresario aportante respecto de todos y cada uno de los contratos por éste concluidos[145]. En efecto, sin que la aportación deje de ser real y efectiva, es posible emplear otros procedimientos negociales distintos a la cesión el contrato, siempre y cuando permitan a la sociedad continuar el ejercicio de la actividad empresarial que venía siendo desarrollada por el aportante. Creemos, por tanto, que es preciso insistir en la idea de que el hecho de que el negocio sea de aportación de empresa no se ve obstaculizado por el dato de que la transmisión de determinados elementos patrimoniales no se haga a título de propiedad, o, por mejor decir, que no se transmita la "titularidad" de todas las relaciones jurídicas del empresario aportante[146]. De otro lado, hay que tener en cuenta que, en los supuestos en los que no se logra el consentimiento del contratante cedido, la cesión de derechos y el subcontrato se presentan como mecanismos muy útiles que, de ordinario, van a permitir a la sociedad adquirente estar en condiciones de continuar el desarrollo de la actividad empresarial, sin perjuicio de que el aportante continúe obligado por el contrato base[147]. No obstante, la existencia de cesión del contrato o, en su caso de cesión de derechos o subcontrato, habrá de ser tenida en consideración en el momento de valorar la empresa que se aporta y se dejará sentir en el valor de conjunto atribuido a la entidad productiva.

---

[145] Pongamos como ejemplo la transmisión del local de negocio. Pensemos que el aportante -arrendatario del local de negocio- puede transmitir a la sociedad su posición en la relación arrendaticia -cesión del contrato de arrendamiento-; pero no necesariamente tiene que transmitir "a título de propiedad" la titularidad del derecho de arrendamiento. Puede transmitir simplemente algunos de los derechos que le confiere su titularidad arrendaticia -por ejemplo, el derecho de uso-, conservando el aportante su cualidad de arrendatario en el contrato de arrendamiento. O, también es posible, que el aportante subarriende el local a la sociedad. En estos dos últimos casos, aún cuando los mecanismos empleados no consisten precisamente en la cesión del contrato de arrendamiento, la sociedad puede continuar sin problema el desarrollo de la actividad realizada por el anterior empresario.

[146] Aclarábamos al comienzo de este capítulo que no todos los bienes de los que disfruta el empresario en el ejercicio de empresa le corresponden a éste en propiedad. En efecto, algunos de los bienes de los que se sirve el empresario en su actividad los disfruta en virtud de una relación jurídica de arrendamiento, de usufructo, etc. Igualmente, cuando el empresario se dispone a transmitir la empresa no tiene que transmitir la titularidad de todas y cada unas de las relaciones jurídicas que integran la entidad productiva. Lo importante es que el empresario adquirente pueda continuar el ejercicio de la actividad productiva.

[147] Esta opinión parece vislumbrarse en el trabajo de CÁMARA ÁLVAREZ, M., *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, cit., págs. 126-139, cuando hace referencia a lo que él denomina cesión imperfecta del contrato.

Universidad de Huelva 2009

Respecto a los contratos de duración estable o indefinida, como los de arrendamiento del local de negocio, sede física de la empresa, su cesión está sometida a la Ley de Arrendamientos Urbanos. El empresario aportante -arrendatario- puede ceder el contrato sin necesidad de contar con el consentimiento del arrendador (art. 32.1), aún cuando deberá notificar a éste la cesión de forma fehaciente en plazo de un mes desde que la cesión se hubiera concertado (art. 32.4). Es necesario subrayar que la Ley de Arrendamientos Urbanos no considera que exista cesión de contrato cuando el cambio producido en la persona del arrendatario derive o sea consecuencia de las operaciones de fusión, transformación o escisión de la sociedad arrendataria, a pesar de que el arrendador tendrá derecho a la elevación de las renta en los términos establecidos en el artículo 32.2 (art. 32.3 de la LAU)[148].

Finalmente, los contratos de ejercicio o explotación de la empresa que tienen una ejecución inmediata y están precisamente en fase de ejecución, la solución de su transmisión se remite necesariamente a la que se ha dado para la transmisión de los créditos y las deudas[149]. En cualquier caso, si estuvieran en la fase intermedia, todavía pendientes de ejecución, su cesión seguirá requiriendo el "triple consentimiento": acuerdo tácito o expreso entre cedente y cesionario, y, consentimiento indispensable del contratante cedido.

En definitiva, las operaciones de fusión y escisión, total o parcial, frente al negocio de aportación de empresa o de rama de actividad se diferencian, no sólo por el procedimiento, cuestión sobre la cual no hemos considerado conveniente detenernos, sino sobre todo por los distintos efectos jurídicos que se derivan de ellas. En verdad, la fusión y escisión constituyen un cauce a través del cual se consigue un efecto extraordinario, como

---

[148] En tanto que la transmisión del local de negocio es objeto de estudio específico en el capítulo VI de este trabajo, para evitar repeticiones innecesarias, remitimos su análisis a ese momento.

[149] Es decir, si una de las partes ha cumplido su prestación íntegramente, la problemática que se plantea será reconducible a alguna de las dos situaciones antes mencionadas: cesión de créditos si la sociedad adquirente asume la posición de contratante que ya cumplió -empresario aportante-; asunción de deudas cuando sea éste quien se encuentre en descubierto en el cumplimiento de la prestación debida.

Universidad de Huelva 2009

es la sucesión universal. No habiéndose dispuesto expresamente los mismos efectos extraordinarios para la transmisión de empresa, al margen de las operaciones societarias anteriormente anunciadas, la aportación de la entidad productiva habrá de someterse al régimen general de la transmisión de empresa. Dentro de ese régimen, como ya hemos señalado, sólo en el ámbito de perfección del contrato podrá ser considerado unitariamente el patrimonio empresarial como un todo. En cambio, en el momento de la ejecución del contrato, en orden a la transmisión de cada uno de sus elementos, habrán de someterse a la ley de circulación que a cada uno corresponda de acuerdo a su propia naturaleza.

III. EL PRINCIPIO DE REALIDAD DEL CAPITAL SOCIAL EN LA APORTACIÓN DE EMPRESA.

1°. La efectiva integración del capital social.

Retomando el tema central que en este capítulo nos ocupa, la aportación de empresa a la sociedad anónima, es preciso subrayar que la empresa se caracteriza, desde el punto de vista objetivo, por estar compuesta de una pluralidad de elementos no todos calificables como bienes en sentido técnico, pero todos concurrentes a determinar el valor de conjunto de la entidad empresarial[150]. En cambio, desde el punto de vista subjetivo, la empresa se caracteriza porque su titular tiene o puede tener distintos derechos subjetivos, diversamente disciplinados y tutelados, respecto a los singulares elementos que forman parte de la misma. Pero a la vez, se reconoce la existencia de un "derecho subjetivo unitario" del titular sobre la empresa, y en este sentido se dice que un determinado empresario es "dueño de la empresa". La aportación de una empresa a la sociedad anónima se concreta, por tanto, en la transmisión a la sociedad de un poder de gestión y explotación sobre la entidad productiva

[150] Puede decirse que la empresa se compone, además de bienes y deudas, de diversas relaciones jurídicas de diferente índole. A la empresa pertenecen algunos elementos, como el secreto empresarial o el denominado fondo de comercio, que ciertamente se transmiten al adquirente en la mayoría de los casos. No obstante, a estos elementos es difícil, o al menos problemático, atribuirles la cualidad de bien.

Universidad de Huelva 2009

que permite al nuevo titular de la empresa continuar el ejercicio de la actividad empresarial que en su día emprendió el aportante[151].

Ahora bien, es necesario aclarar que el reconocimiento de una titularidad sobre la empresa, tal como hemos apuntado en líneas precedentes, no comporta necesariamente la consideración de ésta última como un bien distinto y autónomo respecto a los bienes organizados que la constituyen. Así mismo, el contenido típico de esa titularidad se traduce en la posibilidad o en el poder de gestionar y explotar -directa o indirectamente- un conjunto de elementos coordinados entre sí para alcanzar un mismo destino, para realizar una actividad empresarial.

A estas complejas características del objeto de transmisión van unidas las dificultades para dar cumplimiento y aplicación a las normas particulares en tema de aportación a las sociedades anónimas. En consonancia con éstas últimas no todos los elementos que constituyen la empresa considerados aislada e individualmente, y no todos los derechos subjetivos de los cuales pudiera ser titular el empresario, pueden constituirse en objeto de aportación a la sociedad anónima si son extraídos del complejo en explotación al que pertenecen[152].

---

[151] En el capítulo precedente pusimos de manifiesto que la aportación a título de propiedad determina la transmisión, desde el patrimonio del aportante al patrimonio de la sociedad, de la titularidad plena sobre el bien o derecho que se aporta. Por el contrario, en la aportación a título de uso, la sociedad únicamente adquiere el derecho al uso de la cosa, sobre la cual el aportante sigue ostentando su derecho de propiedad, produciéndose una incorporación temporal de la "facultad de uso del bien" al patrimonio social. Hemos sostenido, en páginas anteriores, que la empresa como conjunto unitario, así considerada por las partes interesadas y en cierta medida por el propio Derecho positivo, puede ser objeto de aportación a la sociedad anónima. Consecuentemente, la empresa puede ser aportada tanto a título de propiedad como a título de uso. En esta última hipótesis el socio aportante cede el uso o goce, es decir, la explotación de la empresa por tiempo determinado y con el consiguiente derecho a la restitución de la entidad productiva una vez transcurrido el período de tiempo pactado, o, cuando la sociedad se disuelva. De este modo, la sociedad adquiere la titularidad sobre la empresa por un período de tiempo determinado, en definitiva, cesión temporal de la titularidad sobre la empresa.

[152] Siguiendo la lógica atomista (que venimos rechazando), cuando el objeto de la aportación consista en una empresa, se llegará a la conclusión de que la entidad productiva, en cuanto tal, no es aportable, sino que es necesario que sea depurada de aquellos bienes o entidades que, singularmente considerados, no cumplan los requisitos exigidos para ser objeto de autónoma aportación. En definitiva, el objeto de la aportación, entre los bienes organizados que componen la empresa, serían todos y solamente aquellos bienes o entidades por sí mismos susceptibles de aportación. De esta manera, se terminaría negando la aportabilidad de la propia empresa, al menos como conjunto unitario. Resultado que es insostenible en contraste con la realidad de los hechos al ser expresamente admitida por el artículo 39.3 de la LSA y confirmada por las normas que a tal efecto dicta el RRM.

Universidad de Huelva 2009

Por nuestra parte, basándonos en el texto de la Ley (art. 39.3 LSA), creemos posible sostener una visión de la empresa como objeto unitario del negocio jurídico de aportación, sin perjuicio de las peculiaridades y de las múltiples transmisiones que el empresario titular ha de realizar para que la sociedad adquirente entre en poder y posesión de la explotación y pueda dar continuidad inmediata al desarrollo de la actividad empresarial. Al considerar la empresa como objeto unitario del negocio de aportación se producirá la transmisión a la sociedad de todos los elementos que la componen, incluidos aquéllos que de forma aislada e independiente no son susceptibles de ser aportados a la sociedad anónima.

Es conveniente, por tanto, cuestionarnos si el valor de esos elementos que forman parte de la empresa y no son por sí mismos aportables, en tanto no están dotados de los requisitos que hemos calificado de necesarios para considerarlos susceptibles de aportación a las sociedades anónimas, puede ser imputado al capital de la sociedad[153]. Una respuesta negativa a este interrogante significaría que los elementos o entidades que singularmente considerados no pueden ser aportados a la sociedad anónima, por ejemplo el denominado fondo de comercio, o el plus valor que éste representa, no se deberían tener en cuenta en la determinación del valor de conjunto de la empresa a efectos de aportación[154], o bien cuando sean tenidos en cuenta estaría prevista la inscripción en el activo del balance, compensada en el pasivo, al fin de evitar la representación contable y la distribución de un beneficio nunca conseguido.

---

[153] SIMONETTO, E., (*Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, cit., pág. 390), afirma la aportabilidad de la empresa como tal, pero considera necesario detraer, del valor global de la misma, el valor del *avviamento*.

[154] Naturalmente, siguiendo esta tesis, que se correspondería con la teoría atomista ya apuntada, se llega a la conclusión de que ninguna cuota del capital puede ser cubierta por esos elementos o entidades pertenecientes a la empresa que considerados individualmente no cumplen los requisitos necesarios para ser aportados. De acuerdo con esta línea de pensamiento, en caso de aportación de empresa sería necesario valorar analíticamente los bienes que la integran para separar los que están dotados de los requisitos de la aportabilidad de aquéllos otros que carecen de ellos, siendo solo el valor de los primeros imputado al capital social. De esta manera, el valor del fondo de comercio y de los demás elementos no susceptibles de aportación autónoma no sería "remunerado" o debería serlo con pago a cargo de los otros socios.

Sin embargo, esta afirmación no parece convincente por ser contraria a la realidad de la operación, y además incompatible con la tesis que reconoce a la empresa como un bien unitario sobre la que recae un derecho subjetivo consistente en poder utilizar la entidad productiva y organizada para el desarrollo de una determinada actividad empresarial.

Universidad de Huelva 2009

En consecuencia, esta posición no puede considerarse acertada principalmente porque lleva a considerar a la empresa como un mero conglomerado de bienes, excluyendo de ella algunas entidades privadas de los requisitos necesarios para ser objeto de aportación autónoma, cuyo valor no se imputaría al capital social.

Una valoración correcta de la empresa a efectos de su transmisión onerosa no puede olvidar determinados elementos de considerable importancia que contribuyen en cierta medida a generar beneficios. Beneficios que, normalmente, serán superiores a aquéllos que se pudieran obtener del empleo de los bienes que integran la empresa singularmente considerados.

El artículo 39.3 de la LSA reconoce expresamente la posibilidad de que se aporte una empresa a la sociedad anónima. Una de las consecuencias más importantes de dicho reconocimiento es precisamente que configura a la empresa, al menos a ciertos efectos, como objeto unitario del negocio de aportación.

Consideramos, por tanto, que el valor del conjunto o unidad económica objeto de aportación (art. 39.3 LSA en relación con el art. 133 RRM), que no tiene que consistir en la suma del valor de los distintos elementos que la componen, integra el capital social. En ese valor del conjunto serán considerados todos y cada uno de los elementos que pertenecen a la empresa, con independencia de que sean o no susceptibles de constituir de forma aislada objeto de aportación.

Si, por el contrario, la LSA no admitiese expresamente la aportación de empresa, ésta sería valorada a través de la suma de los elementos que la integran, sin que pudieran incluirse entre ellos aquéllos que, por separado y de forma aislada, no pueden ser aportados a la sociedad anónima, pues no serían tenidos en cuenta en el momento de su valoración a efectos de aportación. De ser así, el socio aportante que desea que le entreguen las acciones que corresponden al valor real de la empresa, al valor de conjunto de la entidad productiva que

Universidad de Huelva 2009

transmite, requeriría seguramente de los demás socios que cubrieran la diferencia entre el valor atribuido a la empresa como objeto de aportación (en el que no habría sido considerado el valor de los elementos que de forma aislada no pueden ser aportados a la sociedad anónima) y el valor real de la misma, pues de lo contrario no consentiría la operación, en tanto que la misma no le resultaría conveniente económicamente[155].

Concluimos, por tanto, afirmando que a los efectos del negocio jurídico de aportación y de la valoración de la empresa aportada, ésta es considerada como una unidad, como el único objeto constitutivo de la aportación. No obstante, para que se produzca la efectiva adquisición de la titularidad de la empresa por parte de la sociedad es necesario que el empresario transmitente efectúe la transmisión aislada de cada uno de los elementos que la integran, uno por uno, siguiendo la ley de circulación que corresponda a la naturaleza de los elementos individualizados que constituyen la empresa.

En cuanto a la efectiva adquisición de la titularidad sobre la empresa, se deberá tomar en consideración, no ya la composición cualitativa del complejo, sino la existencia entre los diversos bienes que lo componen (cualesquiera que sean) de una organización productiva y de un inequívoco destino al ejercicio de la empresa. La determinación de los elementos patrimoniales que deben ser "entregados" a la sociedad es una cuestión que ha de dilucidarse en cada caso, en virtud de criterios de naturaleza económica y jurídica[156]. Consecuentemente el socio aportante ha de transmitir todos y cada uno de los elementos esenciales de la empresa, materiales e inmateriales, necesarios para que la sociedad pueda continuar la actividad empresarial, como mínimo, en las mismas condiciones y niveles de productividad

---

[155] Sin perjuicio de la breve referencia que acabamos de hacer sobre el valor del fondo de comercio y sobre el problema de si éste integra o no el capital de la sociedad, volveremos a plantear esta cuestión y algunas otras que serán objeto de un análisis más detallado en el capítulo V de este trabajo, que dedicaremos por entero al fondo de comercio.

[156] El artículo 1346.8 del C.c. entiende integrados en la empresa (conyugal) "los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión (empresa) que sean partes integrantes o pertenencias" de ésta.

Universidad de Huelva 2009

o rentabilidad[157]. La exclusión convencional de algún elemento esencial de la empresa reducirá la operación a la simple transmisión de un conglomerado de bienes y derechos que no llegan a formar realmente una empresa, o al menos, que no puede identificarse con la empresa de la que era titular el empresario transmitente[158].

Si el complejo transferido a la sociedad es idóneo para el ejercicio de la empresa, hay que considerar efectuada la aportación prometida, dado que la sociedad estará en condiciones de continuar el ejercicio de la actividad empresarial. Desde esta óptica, en consideración al peculiar contenido dinámico de la titularidad que la sociedad trata de adquirir a través de la aportación de empresa, aquellos bienes que en sí mismos considerados no serían aportables, se vuelven ahora susceptibles de aportación como componentes de una entidad productiva, porque ésta última presenta los requisitos de organización y de funcionalidad suficientes para permitir a la sociedad el ejercicio y explotación de la empresa aportada.

Por consiguiente, es necesario garantizar la efectividad del capital social, poniendo la empresa aportada a disposición de la sociedad. Para ello es imprescindible que la titularidad sobre la empresa sea transmitida del socio aportante a la sociedad, pudiendo ésta gestionar y explotar la entidad productiva aportada libre de condicionamientos, operando, de este modo, una transferencia de riqueza irreversible en favor de la sociedad. Esto significa que la titularidad sobre la empresa que es transmitida a la sociedad debe ser idónea para desarrollar la doble función de asegurar a la sociedad el uso pacífico y estable de la utilidad aportada, en este caso la empresa, y, a su vez, para atribuirle la posibilidad de negociar o transmitirla a un tercero, dentro de los límites que permita el título al que se realizó la

---

[157] Ha de advertirse que algunos de los elementos que integran la empresa pueden no ser esenciales para la continuidad de la actividad empresarial. En estos casos, su no transmisión no afectará al objeto de la aportación que continuará siendo una empresa.

[158] La aportación de un conglomerado de bienes que no pueden identificarse con una empresa como conjunto unitario tiene ciertas repercusiones jurídicas que afectarían, en primer lugar, a la valoración de lo que se aporta; en segundo lugar, al contenido natural del negocio de aportación; además, quedarían fuera de la aportación determinados elementos que no son aportables si no es junto a la empresa a la que pertenecen; y, finalmente, repercutiría sobre la obligación de saneamiento que pesa sobre el aportante.

Universidad de Huelva 2009

aportación. En definitiva, la sociedad debe obtener la disponibilidad material de la empresa aportada al objeto de consentir su uso a los fines productivos, y eventualmente, al objeto de negociar con ella.

2º. La "entrega" de la empresa aportada.

Una vez más es preciso señalar como las partes, en el ámbito de perfección del negocio, configuran la transmisión de la entidad productiva como un único negocio que, aún diversificándose en la entrega de sus distintos elementos -ámbito de ejecución- aspira a producir la subrogación del adquirente en la posición jurídica del empresario transmitente, es decir, en la titularidad de la empresa y de los derechos y obligaciones nacidos de su ejercicio.

Es innegable, por tanto, que la disponibilidad de la organización productiva en que consiste la empresa se consigue sólo a través de la transmisión de los singulares elementos que la componen. Consecuentemente, es necesario que la sociedad que adquiere la empresa a título de aportación disponga materialmente de los distintos elementos que la integran, y además, aparezca como titular de los mismos en los documentos que hacen referencia a ellos y, en caso de que sea necesario, en los registros correspondientes, de forma que tenga asegurada la libre disponibilidad y la conservación de los bienes y relaciones transmitidos frente a terceros. Así pues, para aportar una empresa a la sociedad anónima no basta con transmitir la titularidad material sobre los diversos elementos que la integran si dicha atribución no comporta también la adquisición, por parte de la sociedad, de la titularidad formal para asegurar la disponibilidad inmediata de los singulares bienes que forman parte del complejo productivo. Pero como el valor global de la empresa incluye también el de la organización como cualidad inseparable de la misma, la obligación de entrega del aportante no se agota con la transmisión de los distintos elementos integrantes de aquélla, sino que comprende también la obligación observar determinados comportamientos -por ejemplo la obligación de no hacer la competencia a la empresa transmitida- de manera que se sitúe a la

Universidad de Huelva 2009

sociedad en condiciones de utilizar y explotar positivamente la organización transmitida.

El artículo 39.3 LSA contempla la aportación de empresa a la sociedad anónima. Dicho precepto refleja la realidad de que en el tráfico jurídico la empresa es considerada por las partes que contratan como una unidad, y parece concebirla así normativamente, al menos a los limitados efectos del saneamiento. Por su parte, el RRM parece atribuirle una consideración unitaria cuanto menos a los efectos de valoración. Ello reafirma una idea que comienza a tomar fuerza en nuestro sistema positivo especialmente en la legislación especial, idea según la cual se considera a la empresa como una unidad jurídica[159].

Nuestro Ordenamiento jurídico exige que el acto de aportación de una empresa a la sociedad anónima se formalice solemne y fehacientemente como previo fundamento documental, al margen de que para la transmisión o entrega de algunos elementos patrimoniales de la empresa se requiera la escritura pública[160].

La empresa, por tanto, como objeto del negocio jurídico de aportación, es considerada como conjunto unitario que las partes quieren transmitir, por lo que habrá un único negocio de aportación del que nace la obligación de entrega. Sin embargo, la transmisión de sus variados elementos no opera en bloque, es decir, *uno actu*, sino que se lleva a cabo a través de una pluralidad de transmisiones, siguiendo cada uno de ellos su propia ley de circulación

---

[159] Ejemplos claros encontramos en la Ley anteriormente vigente de Arrendamientos Urbanos (ya comentada) y la de implantación en nuestro sistema del Impuesto sobre el Valor Añadido, sin olvidar la LSA y el RRM. Casos todos en los que la empresa adquiere sustantividad propia que transciende y engloba a la totalidad de los elementos que la integran.

[160] En realidad todas las aportaciones habrán de constar en escritura pública. Téngase en cuenta que tanto el acto de constitución de la sociedad (art. 7 LSA) como el de aumento de capital social (art. 144.2 LSA) han de hacerse constar en escritura pública. En la escritura necesariamente se expresará, por imperativo del artículo 8.c) el metálico y los bienes o derechos que cada socio aporte o se obligue a aportar, a la que se unirá el informe elaborado por el experto independiente. Igualmente, a la escritura de aumento de capital se incorporará el informe del experto independiente exigido para el caso de aportaciones no dinerarias que contendrá la descripción de cada una de las aportaciones no dinerarias, con sus datos registrales, en su caso (art. 133.2 RRM y arts. 38.2 y 3, 152.1 y 144.2 LSA).

Universidad de Huelva 2009

de acuerdo con su específica naturaleza[161].

Así, los bienes muebles serán objeto, para su transmisión, de entrega material o puesta a disposición, o bien entrega simbólica (art. 1464 C.c.). Los títulos valores se someten a sus normas propias de circulación según sean nominativos, a la orden o al portador. El derecho de arrendamiento del local de negocio se rige por lo establecido en el artículo 32 de la LAU, de 24 de noviembre de 1994, que permite al arrendatario subarrendar y ceder el contrato de arrendamiento sin necesidad de contar con el consentimiento del arrendador -quien tiene derecho a que se le notifique fehacientemente y a una elevación de renta-. La cesión de los créditos deberán ser objeto de conocimiento, o, en su caso, notificación a los deudores para que éstos no puedan pagar eficazmente, liberándose de la deuda, a su anterior titular (art. 1527 C.c. y art. 347 C. de c.). Para las deudas, salvo en determinados casos concretos de deudas con los trabajadores, con la Seguridad Social y con el Fisco, en los que existe una regulación específica que hace responsables solidarios a cedentes y adquirentes o subsidiarios a éstos últimos[162], hay que aplicar el régimen general del Código civil (art. 1205), que exige el consentimiento del acreedor para la validez de la transmisión de la deuda y así quedar el primitivo deudor liberado de su obligación. Si bien, en este caso -como en páginas anteriores hemos señalado-, es necesario tener en cuenta los intereses en presencia y considerar válida la asunción de las deudas de forma que la sociedad se subroga a efectos internos en las obligaciones del aportante, aunque no quede liberado el deudor primitivo o transmitente frente a los acreedores sin el consentimiento de éstos[163].

---

[161] En definitiva, el negocio es uno (contrato de sociedad). El aportante presta su consentimiento para transmitir una empresa, lo que supone que quiere transmitir -y a ello se obliga- un ente "vivo", que es lo que la sociedad pretende recibir (ámbito de perfección del negocio). Pero luego, a la hora de efectuar la transmisión, ha de hacerse a través de una pluralidad de actos, transmitiendo uno por uno cada elemento que integra ese ente "vivo" (ámbito de ejecución). Sin embargo, esta pluralidad de transmisiones no es causa suficiente para romper la unidad negocial, ésta se mantiene a pesar de la existencia de elementos heterogéneos que exigen una especial regulación motivada por su particular naturaleza.

[162] Artículo 44 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores; artículos 97 de la Ley General de la Seguridad Social; artículos 41, 72 y 74 de la Ley General Tributaria.

[163] Ver, por todos, las ya citadas resoluciones de la DGRN de 17 de noviembre de 1989 y de 3 de abril de 1991.

Universidad de Huelva 2009

Respecto a los bienes inmuebles[164] y otros bienes registrables[165], como las patentes o las marcas, aún cuando la escritura pública no es un requisito *ad solemnitatem* para la eficacia de su transmisión, para que ésta surta efectos frente a terceros deberá ser inscrita en el Registro correspondiente (Registro de la Propiedad, Oficina Española de Patentes y Marcas[166])y, puesto que el acceso a dichos Registros sólo es posible mediando documento público, la transmisión deberá formalizarse en escritura pública si se pretende la obtención de los mencionados efectos *erga omnes*. En definitiva, la transmisión de la titularidad de los bienes registrables a favor de la sociedad deberá efectuarse mediante el otorgamiento de escritura pública para, de este modo, procurar la inscripción en los registros correspondientes y evitar cualquier eventual problema con terceros.

En este caso se nos plantea la duda de si es suficiente la escritura de constitución de la sociedad o, en su caso, la de aumento de capital, o será necesario el otorgamiento de un documento público separado y específico para la transmisión formal efectiva de estos bienes frente a terceros.

Tengamos presente que las aportaciones de los socios van a constar necesariamente en escritura pública con indicación, en su caso, de los datos registrales, bien en la escritura de constitución bien en la escritura de aumento de capital (art. 8.c LSA y arts. 133.1 y 166.1 RRM). Para que la transmisión de estos bienes registrables surta efectos frente a terceros se precisa de escritura pública para su posterior inscripción en los registros correspondientes. Por su parte, la LSA permite el aplazamiento de las aportaciones, siempre que se respete el desembolso mínimo del 25 por ciento del valor nominal de cada una de las acciones (art. 12

---

[164] El artículo 1.462 del C.c. establece que se entenderá entregada la cosa vendida, cuando se ponga en poder y posesión del comprador.

[165] El artículo 1.464 del C.c., aplicable a los bienes incorporales, considera que se entenderá por entrega -cuando la venta no se haga en escritura pública- el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia, o el uso que haga de su derecho el mismo comprador, consintiéndolo el vendedor; por su parte, el artículo 74 de la LP declara que tanto la solicitud de patente como la patente son transmisibles, debiendo constar la transmisión por escrito para que sea válida; e igualmente el artículo 41 de la LM dispone que la marca y la solicitud de registro de marca podrá ser cedida.

[166] Ver, arts. 79.2 LP y art. 43 LM.

Universidad de Huelva 2009

LSA). Si la aportación de cualquiera de ellos se efectúa, y no simplemente se compromete aplazándola a un momento posterior, en el instante de la suscripción de las acciones no será necesario otorgar una nueva escritura para la inscripción de la transmisión. En estos casos la escritura de constitución o la de aumento de capital es suficiente para que la transmisión de esos bienes pueda ser inscrita en los registros correspondientes a nombre de la sociedad, si se pretende la obtención de los mencionados efectos *erga omnes*.

Por el contrario, si el desembolso de la aportación, respetado el mínimo legal, se acuerda para un momento posterior, en la escritura de constitución o, en su caso, en la de aumento de capital, se determinarán la naturaleza, valor y contenido de las futuras aportaciones, así como la forma y el procedimiento de efectuarlas, con mención expresa del plazo (art. 134.2 RRM). Pero llegado el momento acordado para que estas aportaciones sean efectivamente desembolsadas será necesario que la transmisión se formalice en una nueva escritura pública, que será entonces otorgada (escritura de desembolso), y que se precisa ante la necesidad de justificar que efectivamente se han desembolsado en el momento previsto las aportaciones comprometidas en la constitución de la sociedad, o, en su caso, en el aumento de capital (art. 135 RRM)[167]. A la vez, esa nueva escritura que justifica y acredita el desembolso efectivo de los bienes comprometidos permitirá la inscripción de la transmisión de los que sean registrables en los Registros correspondientes.

Finalmente, es necesario subrayar que una empresa puede comprender, además de los bienes o derechos anteriormente anunciados, un gran número de elementos como derechos personales de uso, derecho a recibir determinadas prestaciones de trabajo a su favor, expectativas derivadas de la adquisición de cosas genéricas o futuras, invenciones no patentadas, conocimientos secretos, etc., entidades todas que singularmente consideradas plantean dudas o problemas para ser admitidas como posible objeto de aportación a la

[167] El artículo 135 del RRM, en su párrafo 1°, determina que los desembolsos sucesivos se inscribirán mediante escritura pública en la que se declarará el desembolso efectuado, con expresión del objeto de la aportación, de su valor y de la liberación total o parcial de cada una de las acciones a que afecte. Además, dicha escritura habrá de ir acompañada de los documentos justificativos de la realidad de los desembolsos.

Universidad de Huelva 2009

sociedad anónima[168]. Sin embargo, cuando forman parte de la empresa que se aporta todos se transmiten a la sociedad e, igualmente, todos ellos influyen en la determinación del valor final del complejo que se aporta, valor final que pasará a integrar el capital de la sociedad y a incrementar su patrimonio.

3°. Recapitulación final.

A lo largo del presente capítulo hemos considerado a la empresa como posible objeto de aportación a la sociedad anónima. En repetidas ocasiones, hemos señalado que las partes cuando contratan para transmitirla (y, consecuentemente, también en los supuestos de aportación a la sociedad) conciben a la entidad productiva como un conjunto unitario, objeto único del negocio de transmisión que se lleva a cabo. Sin embargo, la aportación de empresa requiere la transmisión aislada o singularizada de cada uno de los elementos que la componen, tanto en su activo como en su pasivo, lo que a su vez exigirá en cada caso la utilización del cauce jurídico adecuado a la propia naturaleza de cada bien, derecho u obligación. En definitiva, en la transmisión que trae su causa de la aportación es necesaria la "entrega" individualizada de todos y cada uno de los elementos de la empresa según su especial ley de circulación, a pesar de que las partes consideren a todos estos elementos como integrantes de una unidad económica y productiva.

La transmisión individualizada de cada uno de estos elementos presenta una serie de desventajas e inconvenientes que podrían salvarse de existir un régimen jurídico propio y unitario de la empresa y de los distintos negocios que sobre ella pueden concertarse, reconociéndose en el mundo jurídico la unidad funcional y productiva que la empresa

---

[168] Como ya hemos señalado, para la aportación de una empresa a la sociedad anónima, al igual que para cualquier otro acto de transmisión de la entera unidad productiva, deben considerarse comprendidos en dicha transmisión todos los elementos que, formando parte de la entidad productiva a cualquier título, son considerados elementos de la empresa, necesarios para el ejercicio de su actividad. La determinación de los elementos que deben transmitirse será, por tanto, una cuestión de hecho que deberá dilucidarse en cada caso concreto, atendiendo a la naturaleza de la empresa aportada, pero en cualquier caso, deberá comprender todos los elementos que sean esenciales para la continuidad de la actividad que en ella se venía desarrollando.

Universidad de Huelva 2009

representa. De este modo, admitido que la transmisión afecta a la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones de la empresa que se aporta, la "entrega" efectiva de la entidad se realizaría *uno actu*, y, en consecuencia, sin que fuese necesario observar los regímenes jurídicos particulares que, individualmente considerados, afectarían a la transmisión de cada una de las relaciones jurídicas de que fuera titular el empresario aportante. Y ello, porque, como se desprende de las cuestiones hasta ahora desarrolladas, para la aportación de empresa no basta con que se transmita todo el patrimonio empresarial, sino que es necesario que se transmita como un todo, como una unidad económica y dinámica, en funcionamiento.

Ahora bien, la transmisión universal en un sólo acto que venimos demandando sólo es posible en la medida que el Derecho positivo así la establezca[169]. La transmisión individualizada de cada uno de los bienes que integran la empresa presenta, como hemos señalado, una serie de inconvenientes que pueden convertir los diversos negocios que sobre la empresa pueden concertarse en poco atractivos para las partes interesadas, a pesar de que, en ocasiones, pueden serles muy conveniente desde el punto de vista económico.

Así, a título indicativo, un inconveniente de orden práctico pudiera ser la lentitud y el excesivo coste que presumiblemente supone descomponer la empresa para su "entrega" al nuevo titular en distintas y variadas transmisiones individualizadas de todos y cada uno de los elementos que la integran. Por el contrario, la transmisión a título universal del patrimonio empresarial, como se ha previsto para las operaciones de fusión y escisión, parece facilitar en gran medida la efectiva realización de la cesión.

Otro inconveniente, en este caso de orden técnico, pudiera vislumbrarse en la dificultad para realizar la aportación, al considerar la transferencia de titularidad que se ha de operar como un conjunto de transmisiones a título singular, pudiendo incluso, en algún supuestos, quedar en manos de los acreedores de la empresa el que ésta llegue o no a su

---

[169] A pesar de que la concepción de la empresa como unidad jurídica comienza a tomar fuerza entre la doctrina y de que se han sentado las bases necesarias para ello, nuestro legislador no ha dictado, aún, un régimen propio para esta entidad productiva ni ha reconocido abiertamente que la misma constituya una unidad jurídica.

Universidad de Huelva 2009

fin[170]. Por el contrario, para las operaciones de fusión y escisión la transmisión de los diversos elementos que integran los patrimonios fusionados o escindidos se efectúa a través de un único acto, evitándose de este modo los problemas que pueden presentar el consentimiento de los acreedores, pues la norma del artículo 1.205 está pensada para los supuestos de transmisión a título singular, pero no para los que tengan lugar a título universal[171]. Probablemente, la transmisión a título universal fuera una solución para lograr un justo equilibrio entre los intereses particulares de los acreedores y los intereses sociales en juego para los supuestos de aportación de empresa. En relación con la sociedad facilitaría la adquisición de la aportación y, a la vez, la concentración de patrimonios[172]. Y, de cara a los acreedores, unas medidas de protección adecuadas, similares a las establecidas por la LSA para las operaciones de fusión y escisión, harían posible equiparar la protección dispensada, tanto a los acreedores de la empresa que se aporta como a los acreedores de la sociedad adquirente.

Finalmente, el establecimiento de un régimen propio para la empresa, con la consiguiente exigencia de la transmisión de la entidad como objeto unitario, contribuiría en cierta medida a la seguridad jurídica, y por tanto, a la seguridad del tráfico. Si la transmisión de la totalidad de los elementos que componen la empresa se realiza, como hasta ahora es necesario, utilizando para cada uno de ellos la ley de circulación adecuada a su especial naturaleza, podrían en algunos casos quedar en el olvido ciertos elementos que la integran, dando lugar a situaciones conflictivas, algunas de difícil solución.

---

[170] En nuestro Derecho, a tenor de una interpretación literal del artículo 1.205 del C.c., la transmisión de las deudas de la empresa no sería posible sin el consentimiento del acreedor. Por lo que bastaría que un acreedor de mala fe se opusiera a la transmisión. Y es que, a pesar de ser muy dignos de protección los intereses de los acreedores, no hay que colocar por debajo de ellos los intereses favorables a la realización de la aportación.

[171] Para estas operaciones societarias, el legislador ha arbitrado, como ya hemos señalado, diversos sistemas de protección de los intereses de los acreedores, para que no se vean desprotegidos ante las posibles consecuencias perjudiciales que para sus créditos pudieran derivarse de la transmisión, evitando, a la vez, que dicha protección se eleve hasta el extremo de reconocerles un derecho de veto frente a las operaciones anunciadas (véanse los artículos 243, 254 y 259 de la LSA).

[172] La aportación de empresa puede suponer en un gran número de casos un instrumento idóneo para la concentración económica, respondiendo incluso a los intereses de la economía nacional.

Universidad de Huelva 2009

En cambio, si la empresa considerada como objeto unitario de tráfico jurídico tuviera una ley propia de circulación, en los supuestos de aportación, la sociedad, al adquirir el patrimonio íntegro de la empresa como un conjunto unitario, como un todo, sucedería al titular transmitente en todas y cada una de las relaciones derivadas del desarrollo de la actividad empresarial.

Además, la aportación de empresa supone la transmisión de la entidad como una unidad económica dinámica, de manera que la sociedad anónima, con el conjunto de los bienes y relaciones adquiridos, debe poder continuar la explotación de la actividad empresarial desarrollada por el titular aportante. No podemos olvidar que, en relación a la empresa, ha de transmitirse, además de los elementos materiales e inmateriales que la integran, la organización empresarial, porque de no ser así más que aportación de empresa habrá aportación aislada de diversos elementos.

Universidad de Huelva 2009

CAPÍTULO CUARTO: ESPECIALIDADES DE LA APORTACIÓN DE EMPRESA RESPECTO DE LAS OBLIGACIONES DEL APORTANTE.

I. LA OBLIGACIÓN DE NO HACER LA COMPETENCIA A LA SOCIEDAD.

1°. Consideraciones generales.

2°. La obligación de no concurrir.

2°.a. Naturaleza y fundamento de la obligación.

2°.b. Contenido y alcance.

3°. Limitaciones de la obligación de no concurrir.

3°.a. Breve referencia al Derecho de la competencia.

3°.b. Limitación temporal, objetiva y espacial.

II. GARANTÍAS EN LA TRANSMISIÓN Y ENTREGA DE LOS BIENES APORTADOS. PECULIARIDADES EN EL SANEAMIENTO DE LA EMPRESA APORTADA.

1°. Planteamiento general.

2°. La aportación de bienes muebles, inmuebles y derechos asimilados a ellos.

2°.a. La obligación de entrega.

2°.b. La obligación de saneamiento.

2°.c. La transmisión del riesgo.

3°. El saneamiento de la empresa aportada.

3°.a. Consideraciones introductorias.

3°.b. El saneamiento de la empresa aportada en la LSA de 1951.

Universidad de Huelva 2009

3º.c. Los nuevos criterios establecidos por la LSA de 1989.

3º.c.1. La necesidad de la reforma.

3º.c.2. Saneamiento de la empresa en su conjunto.

3º.c.3. Saneamiento individualizado de aquellos elementos de la empresa aportada que sean de importancia por su valor patrimonial.

Universidad de Huelva 2009

CAPÍTULO CUARTO: ESPECIALIDADES DE LA APORTACIÓN DE EMPRESA RESPECTO DE LAS OBLIGACIONES DEL APORTANTE.

I. LA OBLIGACIÓN DE NO HACER LA COMPETENCIA A LA SOCIEDAD.

1°. Consideraciones generales.

Como en repetidas ocasiones hemos señalado en el capítulo anterior, la aportación de una empresa a la sociedad anónima persigue, en definitiva, situar a la compañía en la misma posición jurídica, y bajo las mismas condiciones y niveles de rentabilidad, que ostentaba hasta ese momento el anterior titular de la entidad productiva. Se pretende, pues, que el nuevo titular -la sociedad- pueda continuar el desarrollo, sin interrupción, de la actividad económica que realizaba el empresario aportante a través de la organización transmitida. De ahí, que la actuación de éste último no se limite a transmitir a la sociedad los diversos elementos patrimoniales que integran la empresa, siguiendo cada uno de ellos su propia ley de circulación. La obligación del aportante, en los supuestos de aportación de empresa, consiste, además, en un "hacer" y un "no hacer", de manera que se coloque a la sociedad en disposición de continuar el ejercicio y explotación de la empresa aportada, obteniendo los beneficios esperados.

En efecto, para que se produzca verdadera aportación de empresa a la sociedad es indispensable que se transmitan también las relaciones jurídicas y las situaciones de hecho de valor económico que convergen en el aportante en cuanto titular de la empresa[1]. Ello

---

[1] GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, cit., pág. 257; GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., págs. 351-352; VICENT CHULIÁ, F., *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, cit., pág. 205; LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 150; POLO SÁNCHEZ, E., "La aportación de empresa a sociedad", cit., pág. 2239.

Universidad de Huelva 2009

determina la aparición de obligaciones de hacer y de no hacer, más extensas y rigurosas que la simple obligación de saneamiento[2], que pueden establecerse por pacto o ser exigencia de la buena fe (art. 1.258 C.c. y art. 57 C. de c.). De un lado, variadas prestaciones de asesoramiento, -es decir, deber de comunicar al adquirente de la empresa la información más o menos reservada de la cual depende el buen funcionamiento de la entidad productiva-, información sobre la clientela -entrega de listas de clientes, envío de circulares a éstos-, comunicación de datos, asistencia técnica complementaria a la trasmisión de derechos de propiedad industrial, etc.; y, de otro, la abstención de hacer la competencia a la sociedad en la actividad propia de la empresa aportada[3]. Son prestaciones que no pueden formar parte de las aportaciones de capital, consideradas en sí mismas (es decir, de manera aislada), pero su existencia y cumplimiento contribuyen a la puesta a disposición del bien aportado por el socio, permitiendo a la sociedad el total aprovechamiento de la utilidad económica de la empresa. Por tanto, el cumplimiento de todos estos actos y/o prestaciones es necesario para asegurar el funcionamiento de la empresa en las mismas condiciones de eficiencia productiva (incluso con los mismos resultados) por su nuevo titular (la sociedad). De su adecuado cumplimiento puede depender que se mantenga el mayor valor que da a la empresa su organización, las relaciones de hecho, las expectativas de mercado y, en general, todo lo que

---

En la doctrina italiana PISANI MASSAMORMILE, A., (*Conferimenti in S.P.A. e formazione del capitale*, cit., pág. 229, nota [18]), afirma que las relaciones jurídicas y también las relaciones de hecho pueden y deben -en la mayoría de los casos- "pasar" a la sociedad, para conservar la funcionalidad del complejo que se ha intentado adquirir a través de la aportación en examen.

[2] Es preciso advertir que la obligación de saneamiento que pesa sobre el aportante no deriva del hecho de que se aporte una empresa, sino que es general al negocio jurídico de aportación. Sin perjuicio de la atención que a dicha obligación vamos a prestar en el punto II de este capítulo, **GARANTÍAS EN LA TRANSMISIÓN Y ENTREGA DE LOS BIENES APORTADOS. PECULIARIDADES EN EL SANEAMIENTO DE LA EMPRESA APORTADA**, debemos adelantar que ésta es eventual y posterior a la entrega, y rige para cualquier aportación *in natura*. No obstante, el artículo 39.3 de la LSA establece ciertas peculiaridades de la obligación de saneamiento para el supuesto concreto de aportación de empresa.

[3] Normalmente, uno de los objetivos que persigue quien adquiere una empresa en funcionamiento es conservar para sí la clientela y expectativas del anterior titular. Para conseguir esta finalidad no basta una conducta activa por parte del empresario transmitente (poner en conocimiento de los clientes, en la medida que ello sea factible, que la empresa ha cambiado de manos), sino, sobre todo, se precisa de una conducta negativa o pasiva. Es menester que el transmitente -en principio el más peligroso potencial competidor del adquirente- se abstenga de hacer la competencia al adquirente en la actividad propia de la empresa aportada. La obligación de no concurrir es, pues, una obligación específica de la aportación de empresa; forma parte de la misma obligación de entrega de la empresa.

Universidad de Huelva 2009

suele incluirse dentro del llamado "fondo de comercio"[4].

2°. La obligación de no concurrir.

Es necesario despejar cualquier incertidumbre que pudiera subsistir sobre la legitimidad de incluir en el ámbito de los comportamientos antes descritos la obligación del socio que aporta una empresa de abstenerse de desarrollar, durante cierto período de tiempo, la actividad propia de la entidad aportada, evitándose así que aquél pueda desviar su antigua clientela hacia la nueva empresa que ahora comienza[5].

Ciertamente, tanto la clientela como las expectativas pueden ser consideradas "situaciones de hecho" que representan un valor económico, producidas por la organización dinámica de la empresa. Ambas plantean grandes dificultades en orden a su transmisión.

En efecto, uno de los objetivos esenciales en la aportación de empresa -así como en cualquier otro negocio de enajenación de la entidad productiva- reside en la transmisión de la clientela y de las expectativas[6]. Así pues, en estos supuestos, es necesario que se produzca la transferencia de diversas relaciones de hecho que no son propiamente bienes.

---

[4] LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., págs. 148-149.

[5] Trascurrido un período de tiempo moderado desde la aportación, la competencia del aportante no puede considerarse más peligrosa que la de cualquier otro empresario. Este intervalo de tiempo, será, como veremos inmediatamente, el necesario para la consolidación de la clientela por parte de la sociedad que adquiere la empresa y, como es obvio, varía de un caso a otro dependiendo de las circunstancias que concurran en cada uno de ellos.

[6] Se entiende por clientela el conjunto de relaciones que el empresario mantiene habitualmente con los terceros que adquieren los bienes o servicios producidos y ofertados por su empresa. Ésta no puede ser considerada, en ningún caso, como un bien o elemento del complejo productivo sobre el cual el aportante pueda disponer a su gusto, cediéndolo o no a la sociedad. Así mismo, el aportante no goza de ningún derecho subjetivo sobre la clientela, ni ésta tiene un correlativo deber frente al empresario de seguir comprando sus productos o utilizando sus servicios, por lo que tampoco se está nunca en grado de garantizar a la sociedad la transmisión de estas relaciones dentro de la transmisión del conjunto organizado de elementos que conforman la empresa que se aporta.

Por su parte, podemos configurar las expectativas como la esperanza de obtener en lo sucesivo ciertos beneficios derivados de la organización dada a los elementos que integran la empresa, en definitiva, derivados de múltiples factores de la empresa como pueden ser el emplazamiento favorable del local de negocios, la favorable coyuntura de venta, la baratura del precio de coste, la extensión del círculo de la clientela, la eliminación de la concurrencia, etc.

Universidad de Huelva 2009

La dificultad se halla en que la relación que se instaura entre la empresa y las personas que demandan sus bienes o servicios no es susceptible de constituir, de forma independiente, objeto de negocios jurídicos. Precisamente, la transmisión de la empresa como conjunto unitario es el medio fundamental o el más idóneo para conseguir el objetivo de transferir la clientela y las expectativas.

En ocasiones, la transferencia de estas relaciones de hecho se efectúa a través de la transmisión de diversos elementos de la empresa que sí son bienes propiamente dichos. Esto es, la transmisión de diversos elementos de la empresa facilita o comporta normalmente la cesión al nuevo titular de la clientela y de las expectativas. Estos elementos, a los que en cierta medida se vinculan la clientela y expectativas de la empresa, no pueden ser otros que las marcas y los demás signos distintivos, las invenciones industriales -patentadas o no patentadas-, los propios locales donde se desarrolla la actividad empresarial, etc.

Por tanto, en realidad, la transmisión directa de la clientela que se vincula habitualmente a una empresa y de las expectativas que ésta genera es prácticamente imposible e, igualmente, es imposible la protección jurídica directa de la clientela y de las expectativas a las que aludimos[7]. Es necesario señalar que, en la mayoría de las ocasiones,

---

[7] Entre nuestra doctrina, señala SUÁREZ-LLANOS, L. ("Prohibiciones de concurrencia", *Estudios jurídicos en homenaje a J. GARRIGUES*, T. I, Madrid, 1971, pág. 421) -en relación con la prohibición de concurrencia que establecen los artículos 136 y 137 del C. de c. para los socios colectivos, el artículo 288 del C. de c. para los factores y el artículo 12 de la anterior LSRL, para los administradores-, que la clientela no puede configurarse como riguroso objeto de derechos. Baste pensar -afirma el autor- que, si así fuera, es decir, si pudiera reconocerse y protegerse un auténtico derecho del empresario sobre su clientela, no sólo debería prohibirse la actividad concurrencial desarrollada por el aportante, sino cualquier tipo de actividad concurrencial desarrollada a su alrededor, porque ellas son en sí mismas aptas para mermar la entidad de aquella clientela.

En la doctrina francesa, SERRA, Y., (*La non concurrence en matiere commerciale, sociale et civile [Droit interne e communautaire]*, Paris, 1991, pág. 24), afirma que, en efecto, puede dudarse que sea posible y deseable conceptuar la clientela como un bien que pueda ser vendido y comprado. En realidad, jamás una clientela puede ser calificada de bien en sí misma. La clientela no es un objeto de derecho y su titular no puede pretender ser su propietario puesto que no tiene ningún derecho ni sobre, ni contra los clientes. En consecuencia, la clientela no puede ser vendida.

En la doctrina italiana, ASCARELLI, T., *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales* (traducción a cargo de VERDERA y SUÁREZ-LLANOS), Studia Albornotiana, Barcelona, 1970, pág. 176, señala que para poder hablar de un derecho absoluto sobre la clientela sería necesario la existencia de una prohibición general de abstención de actividades concurrentes, como precisamente sucede en los derechos de monopolio; solamente en esta hipótesis podría, en todo caso, hablarse de tutela de la clientela y de ésta como bien objeto de derecho absoluto.

Universidad de Huelva 2009

tanto la clientela como las expectativas se transmiten y protegen indirectamente, porque van unidas a alguno o algunos de los elementos materiales o inmateriales que, formando parte de la empresa, son con ella transmitidos al empresario adquirente y resultan directamente protegidos por distintas disposiciones legales. Y así vemos que, en ocasiones, los clientes se relacionan con una empresa determinada porque se sienten vinculados con los signos distintivos de ésta: las marcas, el nombre comercial o el rótulo del establecimiento; o en virtud de la favorable ubicación del local de negocio, etc[8]. Elementos, todos ellos, dotados de verdadera tutela jurídica. Se dice entonces que la clientela se transmite con las marcas, el nombre comercial, el local de negocio, etc, y que se protegen indirectamente a través de la protección que nuestro Derecho otorga a estos elementos[9].

---

[8] SUÁREZ-LLANOS, L., ("Prohibiciones de concurrencia", cit., pág. 421), señala que "al Derecho, pues, no le interesa la clientela como tal, sino solamente aquellos concretos factores dependientes de la actividad humana a los que aparece vinculada su misma existencia. Y precisamente porque no puede proteger directamente la clientela, la protege indirectamente, a través de una inmediata y directa protección de aquellos determinados factores o elementos "colectores" de clientela. ¿Cuáles son esos elementos?. Muchos y de muy variada índole: local comercial, nombre comercial, marcas y signos distintivos en general...".

[9] En efecto, la actividad empresarial no es valorada socialmente como una actividad ligada al empresario titular, sino como una actividad de la "empresa". De ahí la necesidad de que los empresarios adopten signos distintivos que individualicen e identifiquen de forma exclusiva a sus entidades productivas -así como a los productos y servicios que éstas ofrecen- a las que en las relaciones del tráfico se las considera auténticas referencias subjetivas. Estos signos distintivos (nombre comercial, rótulo del establecimiento, y las marcas que identifican los productos o servicios), al exteriorizarse en los múltiples elementos que guardan relación con la empresa hacen posible que los consumidores la reconozcan y puedan diferenciarlas de otras empresas del mismo género que concurren con ella en el mercado. Los clientes y, a su vez, las expectativas se hayan en multitud de ocasiones vinculados a la empresa a través de estos signos de identificación, con independencia de quien sea su titular, esto es, se relacionan con ella en virtud de las cualidades y prestaciones que sus productos ofrecen, no en razón de quien sea el titular de la empresa. De ahí que el Derecho haya amparado y dado protección al empleo de signos distintivos por parte de los empresarios, en beneficio de éstos e, indirectamente, de los clientes, evitando la identidad, y la semejanza en los medios de individualización de las empresas en su actuación en el mercado.

De un lado, está el Derecho especial de signos (Ley 32/1988 de Marcas, de 10 de noviembre), construido con apoyo en el registro previo de los mismos y a través del cual se ofrece una gran protección a los signos distintivos de las empresas. En efecto, el registro de un signo distintivo determinado a favor de un empresario otorga a éste un derecho de uso exclusivo del mismo en su organización empresarial. Recordemos que la empresa, como entidad productiva, puede ser objeto de transmisión. En la mayoría de estas ocasiones, a pesar del cambio de titular, la empresa y el ejercicio de la actividad empresarial no sufre modificación alguna en manos del adquirente y continúa ofreciendo los mismos productos y servicios al mercado. La transmisión de los signos distintivos cobra en estos casos un gran relieve a los efectos de que la clientela que normalmente se relaciona con dicha empresa continúe vinculada tras la cesión a pesar del cambio de titular. De este modo, el nuevo titular adquiere y aprovecha la clientela y las expectativas acumuladas por el transmitente. Pues, como es sabido, cuando los signos distintivos de una empresa han adquirido cierto renombre o prestigio ejercen un poderoso influjo en la elección de los consumidores, otorgando considerables expectativas para el titular de la empresa a la que identifican.

Por otra parte, la LCD (Ley 3/1991 de Competencia Desleal, de 10 de enero), prohíbe a los terceros utilizar los signos los distintivos ajenos, evitando el perjuicio para el legítimo interés del empresario honesto derivado del

Universidad de Huelva 2009

En cambio, en multitud de ocasiones, una parte de la clientela y de las expectativas puede ir indisolublemente unida a las actividades, conocimientos y otras cualidades personales del empresario transmitente y de las personas que colaboran con él en el ejercicio de la actividad empresarial. Como hemos señalado, con la aportación de empresa se persigue, entre otros fines, transmitir estas situaciones de hecho. Con este fin, para que la sociedad que adquiere la entidad productiva pueda aprovechar la clientela y las expectativas derivadas del ejercicio de empresa por parte del anterior titular y se consiga la efectiva transmisión de la empresa en tanto organización económica productiva, es muy conveniente que el aportante -que asume la obligación de colaborar activamente en la transmisión suministrando al adquirente los conocimientos e informaciones necesarios relativos, entre otros, a los procedimientos técnicos de producción y a las estructuras, a los sistemas de ventas, listas de clientes y proveedores, etc.- se abstenga de desarrollar, durante un período de tiempo determinado y en el mismo ámbito geográfico, una actividad empresarial con objeto idéntico o análogo al de la empresa aportada, no convirtiéndose así en un competidor de la sociedad.

2°.a. Naturaleza y fundamento de la obligación.

La obligación de no hacer la competencia, como obligación específica de quien transmite una empresa -cualquiera que sea la forma jurídica adoptada-, ha de distinguirse de otras limitaciones a la competencia que pueden tener un origen diferente. Así pues, la

---

aprovechamiento indebido de la reputación ajena por un tercero competidor. A la vez, evita a los consumidores y usuarios el consiguiente riesgo de confusión (art. 12.2). Consecuentemente, la LCD, a pesar de que no atribuye en sus normas ningún derecho subjetivo al empresario sobre los signos distintivos de su empresa, reconoce a su favor una facultad de exclusión que le legitima para prohibir la utilización de esos mismos signos y elementos distintivos por el resto de los competidores.

Para un estudio sobre el sentido jurídico de la disciplina de los signos distintivos, ver, por todos, GONDRA, J.M., "Teoría general de signos de empresa", *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. AURELIO MENÉNDEZ*, T. I, Madrid, 1996, págs. 827-868; DE LA CUESTA, J.M., "Supuestos de competencia desleal por confusión, imitación y aprovechamiento de la reputación ajena", *La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991* (coord. BERCOVITZ, A.), Madrid, 1992, págs. 35-50.

Antes de dar por finalizada esta aclaración es preciso advertir que hemos omitido, conscientemente, toda referencia al local de negocio, otro de los elementos de la empresa junto al cual suele transmitirse una parte importante de su clientela y sus de expectativas. La razón de esta omisión se debe a que las cuestiones relativas a la transmisión del local de negocio serán objeto de estudio en el capítulo VI de este trabajo. Para evitar repeticiones innecesarias remitimos su análisis a ese momento.

Universidad de Huelva 2009

competencia del transmitente que desarrolla una actividad empresarial idéntica o análoga a la de la empresa transmitida, en un ámbito geográfico o temporal que pueda mermar las expectativas de beneficios por parte del nuevo titular, es un caso de competencia ilícita anticontractual. Distinta es la competencia ilegal. Ésta se produce cuando el empresario actúa contraviniendo las leyes o reglamentos que persiguen la represión de las prácticas empresariales restrictivas o eliminatorias de la competencia en el mercado. Y, finalmente, tenemos que aludir a la competencia desleal, que prohíbe a todo empresario valerse de procedimientos que atenten a la ética profesional para arrebatar la clientela ajena. Por tanto, no es correcto fundamentar la obligación de no hacer la competencia que incumbe a quien transmite la empresa en la disciplina jurídica reguladora de la libre competencia y de la competencia desleal[10].

De otro lado, es necesario aclarar que la obligación de no hacer la competencia, por parte de quien transmite una empresa, no puede considerarse -contrariamente a lo que opina algún autor[11]- una prolongación o una derivación de la obligación de saneamiento que pesa sobre el transmitente. En virtud del artículo 1.474 del C.c, el saneamiento obliga al vendedor a responder ante el comprador "de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida". Pero, como en líneas anteriores hemos señalado, la clientela no es un bien susceptible de ser objeto de derechos ni de incorporarse de forma aislada e independiente al tráfico jurídico. Además, la obligación de no concurrir no encaja ni con la estructura técnica de la obligación de saneamiento "por evicción" (la evicción consiste en el ejercicio, por parte de un tercero, de un derecho sobre el objeto vendido, preferente al adquirido por el comprador con la compraventa), ni con la estructura típica del saneamiento "por vicios o defectos ocultos" (que hace referencia a algo propio del objeto vendido, desconocido por el comprador en el

---

[10] En este sentido se manifiestan, CÁMARA ÁLVAREZ, M., "La venta de la empresa mercantil. Principales problemas que plantea", cit., págs. 365-367; FRAGUAS MASSIP, R., "El usufructo de empresa", *Problemática jurídica actual de la empresa*, Valencia, 1995, pág. 98, SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., "Prohibiciones de concurrencia", cit., pág. 426.

[11] VICENT CHULIÁ, F., *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, T. I, vol. 1°, cit., págs. 218 y 220, considera que son diversos los fundamentos legales para exigir esta obligación, a falta de pacto expreso, incluyendo entre ellos la obligación de saneamiento.

Universidad de Huelva 2009

momento de prestar su consentimiento).

La abstención de concurrencia se consolida así como un deber específico de colaboración pasiva en los negocios de transmisión de empresa[12]. Deber acaso sólo convencional en un primer momento, probablemente usual más tarde, y, legal, finalmente, en algunos ordenamientos, aunque no en todos de forma expresa como ocurre en el nuestro[13]. La ausencia, en nuestro ordenamiento, de un precepto expreso sobre la materia hace necesario determinar la naturaleza y el fundamento de esta prohibición.

Así pues, tanto la doctrina como la jurisprudencia tradicional han impuesto al empresario que transmite una empresa, como principio general, el deber de abstenerse de realizar la competencia al nuevo titular de la misma[14]. Esta obligación, ante la ausencia -en

---

[12] MIRANDA SERRANO, L.M., ("La rule of reason en el Derecho de la competencia: a propósito de la transmisión de empresas. [Consideraciones en torno a la resolución del TDC en el asunto <<ICI Paints España SA>>]", *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. BROSETA PONT*, T. II, Valencia, 1995, pág. 2319), señala que esta obligación de no hacer la competencia persigue que el adquirente de la empresa reciba una organización económica productiva y eficiente de forma que, merced al negocio jurídico de transmisión, se le coloque en condiciones de poder continuar la normal explotación del peculiar objeto adquirido: la empresa. Se persigue, en suma, que el adquirente pueda proceder a una adecuada explotación de la empresa recibida.

[13] Algunas legislaciones, por ejemplo, el artículo 2.557 del Código civil italiano, imponen expresamente al que transmite la *azienda* la prohibición de hacer la competencia al comprador, durante un período de cinco años desde la transmisión, con el fin precisamente de evitar la desviación de la clientela de la *azienda* cedida. Por su parte, la jurisprudencia francesa considera que el transmitente, aún cuando no exista acuerdo expreso o tácito, tiene que abstenerse de hacer la competencia al adquirente en virtud de la obligación de garantía que pesa sobre todo vendedor, de acuerdo a los artículos 1.625 y ss. del Código civil francés.

[14] Entre otros, BROSETA PONT, M., "La empresa como objeto del tráfico jurídico. Problemas previos", cit., págs. 32-37; FRAGUAS MASSIP, R., "El usufructo de empresa", cit., pág. 98; CALVO ALFAGEME, "La empresa mercantil como objeto de negocios jurídicos", cit., págs. 546-549; CÁMARA ÁLVAREZ, M., "La venta de la empresa mercantil. Principales problemas que plantea", cit., págs. 363-381; GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., págs. 353-354; VARA DE PAZ, N., "El arrendamiento de empresa", cit., pág. 62; BÉRGAMO, A., *Sociedades Anónimas, (Las acciones)*, T. I, cit., pág. 479; SUÁREZ-LLANOS, L., "Prohibiciones de concurrencia", cit., págs. 423-429; MIRANDA SERRANO, L.M., "La rule of reason en el Derecho de la competencia: a propósito de la transmisión de empresas. (Consideraciones en torno a la resolución del TDC en el asunto <<ICI Paints España SA>>)", cit., pág. 2316.

En la doctrina italiana se manifiestan en este sentido, entre otros, OLIVIERI, G., *I conferimenti in natura nella società per azioni*, cit., pág. 341; AULETTA-SALANITRO, *Diritto Commerciale*, 3ª ed., cit., Milano, 1984, págs. 53-54; TEDESCHI, *Trattato di Diritto Privato* (diretto da Pietro Rescigno), vol. 18, Torino, 1983-85, pág. 34; CORSI, *Lezioni di Diritto dell'impresa*, Milano, 1992, pág. 81; PETTITI, D., *Il trasferimento volontario d'azienda*, Napoli, 1970, págs. 34-45.

En el ámbito de la jurisprudencia, consideramos significativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de

Universidad de Huelva 2009

el negocio de transmisión de empresa- de una cláusula en la que se pacte expresamente[15], debe considerarse un efecto natural de los contratos translativos de la empresa[16]. De tal manera que, aunque en el negocio jurídico de transmisión no se pacte expresamente una cláusula de prohibición de competencia, ésta ha de entenderse comprendida implícitamente en él[17], y su incumplimiento puede considerarse un incumplimiento contractual[18]. Con mayor razón, cuando dicha transmisión acontezca a título de aportación -en cumplimiento

---

1988. No obstante, es preciso advertir que los hechos no versaban propiamente sobre la transmisión de una empresa, sino sobre el arrendamiento de un local de negocios. Aunque, desde luego, ambos supuestos pueden tener cierta relación, debemos tener bien claro que no es exactamente lo mismo. Los hechos versaban -como hemos señalado- sobre el arrendamiento de parte de un local de negocios en el que el arrendador-demandante tenía instalado un bar-cafetería, habiendo estipulado con el arrendatario-demandado que, éste último, instalaría un restaurante en la parte del local que, en virtud del contrato, le correspondía. Se pactó que como prima o compensación de la ventaja que suponía la existencia de una clientela, que compartiría el arrendatario, éste se obligaba a pagar la suma de cuatro millones de pesetas. El Tribunal declaró haberse producido incumplimiento contractual por competencia ilícita por parte del demandante y, en consecuencia, de falta de respeto a la causa o razón fáctico-jurídica que dio vida al contrato: "*...que el actor tenía un bar-cafetería y contrató con el demandado para que instalase un restaurante; cada uno habría de seguir con su actividad, extremo no respetado por el actor al servir comidas en su establecimiento, por lo menos en época reciente, siendo así que tal prestación es propia de los restaurantes y no de los bares-cafeterías, con lo cual resulta que se le está haciendo competencia ilícita, pues compartir la clientela no es que se le prive de ella al arrendatario, sino que se complementen los servicios, el actor siguiendo su despacho de café y bebidas (...)* ***la competencia ilícita constituye un ataque a la buena fe exigible en todo contrato y más en el ámbito mercantil, en el que la clientela pertenece a las relaciones de hecho, formando parte de un activo patrimonial del que no se puede privar al establecimiento del arrendatario dedicándose el arrendador a idéntica actividad****, debiendo significarse que, cual señala la Sentencia de 8 de julio de 1981, seguidas en muchas otras, la buena fe de que habla el precepto (art. 1.258 del C.c.) no es la subjetiva (creencia, situación psicológica), sino la objetiva (comportamiento honrado justo), a la que alude en el artículo 7 del propio Código...*". Podemos entender, por tanto, que la obligación de no concurrir puede derivar, no sólo del pacto o acuerdo de los interesados, sino de los dictados de la buena fe. Y, por otra parte, que la obligación de no concurrir no es exclusiva de los supuestos de transmisión de empresa, sino que puede extenderse a otras hipótesis hasta cierto punto análogas.

[15] El problema se presenta en ausencia de pacto expreso entre transmitente y adquirente, por virtud del cual el primero asuma una expresa obligación de no hacer la competencia al segundo. Cuando tal pacto existe el problema que se plantea concierne a la validez de dicho pacto cuando va más allá de unos límites razonables.

[16] Es preciso advertir que esta posición mayoritaria, que considera a la prohibición de concurrencia como un efecto natural de los contratos traslativos de empresa, requiere alguna matización que se efectuaremos pasadas unas páginas.

[17] Así lo señala la Comisión de las Comunidades europeas en la Decisión B.P.C.L., de 19 de julio de 1984 (DOCE, L 212, de 8-8-1984) en la que admite que una cesión de empresa origina una cláusula de no competencia implícita incluso cuando las partes participantes en la cesión no han estipulado dicha cláusula accesoria a su acuerdo de transmisión de empresa. El Ejecutivo comunitario afirma, en efecto, que "*les accords en cause, et en particulier, la vente des usines les plus modernes ainsi que la cession de tout l'achalandage des parties sur leurs marchés respectifs, avec l'obligation implicite de non-concurrence et les fermetures d'usines qui ne sont pas explicitement comprises dans ces accords mais qui en découlent, constituent des accords et pratiques concertées au sens de l'article 85.1*".

[18] En este sentido se manifiesta, MIRANDA SERRANO, L.M., ("La rule of reason en el Derecho de la competencia: a propósito de la transmisión de empresas [Consideraciones en torno a la resolución del TDC en el asunto <<ICI Paints España SA>>]", cit., págs. 2320-2321), recordando que los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino de igual modo, a todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe *ex* artículo 1.258 del C.c.

Universidad de Huelva 2009

de las normas que regulan la composición inicial y sucesiva del patrimonio social en protección de los intereses de los acreedores sociales-, la obligación de no concurrir ha de tener plena validez y vigencia.

La obligación del transmitente de abstenerse de hacer la competencia, en ausencia de pacto, debe fundamentarse pues en el principio de buena fe, al que debe recurrirse para integrar, cuando proceda, el contenido obligacional de los contratos (arts. 1.258 C.c. y 57 C. de c., a los que hay que añadir, con carácter más específico, el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991)[19]. En efecto, la buena fe juega, además de como un elemento interpretativo, como elemento integrador de la voluntad de las partes, para cubrir las omisiones de las declaraciones contractuales, cuando la llamada "buena fe objetiva" exija completar lo declarado, aún con independencia de las previsiones de los contratantes, excepto si éstos han pactado otra cosa y siempre -en este último supuesto- que tal pacto no sea claramente contrario a la justicia.

Si la transmisión de una empresa tiene por objeto transmitir una organización productiva, que ha de nutrirse de la clientela, la buena fe exige que el transmitente se abstenga de sustraer al adquirente los clientes con los que habitualmente se relaciona la empresa transmitida[20]. Por tanto, podemos entender que la obligación de no competencia se revela, en este caso, como una condición necesaria para lograr la efectividad del negocio de transmisión, de manera que su cumplimiento por el vendedor es un aspecto más de la buena disposición que la exigencia de garantizar el buen fin de la operación le impone.

---

[19] Véase, entre otros, POLO SÁNCHEZ, E., "La aportación de empresa a sociedad", cit., pág. 2241; CÁMARA ÁLVAREZ, M., "La venta de la empresa mercantil. Principales problemas que plantea", cit., págs. 364 y ss; ID., *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, cit., págs. 62-63; BROSETA PONT, M., "La empresa como objeto del tráfico jurídico. Problemas previos", cit., pág. 32; GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, cit., pág. 197; BÉRGAMO, A., *Sociedades Anónimas (Las acciones)*, T. I, cit., pág. 481; MIRANDA SERRANO, L.M., "La rule of reason en el Derecho de la competencia: a propósito de la transmisión de empresas (Consideraciones en torno a la resolución del TDC en el asunto <<ICI Paints España SA>>)", cit., pág. 2320.

[20] Igualmente, en la aportación de empresa, despojar a la sociedad adquirente de esa clientela, obligándole a buscar otra nueva y distinta, parece contrario a la buena fe cuando las partes interesadas se han propuesto que el adquirente continúe la actividad empresarial del transmitente. En tal caso, entendemos que la sociedad pretende adquirir la misma organización productiva del empresario aportante, con idénticas expectativas en cuanto a los beneficios y la clientela.

Universidad de Huelva 2009

No obstante, es muy probable que las partes hayan incluido en el contrato una cláusula que prohíba expresamente al transmitente hacer la competencia al adquirente. En este caso, el fundamento contractual de la prohibición de competencia es más claro en tanto que la prohibición es expresa. Estas cláusulas tienen como objetivo situar al adquirente en la posición del transmitente respecto a la titularidad de la entidad productiva transmitida. Consecuentemente, deben ser adecuadas para lograr ese fin. Si, por el contrario, resultan excesivas y se extralimitan del objetivo perseguido por las partes constituirán acuerdos restrictivos de la competencia prohibidos y sancionados por la LDC[21].

Ahora bien, la obligación de no hacer la competencia que venimos anunciando trata de impedir, de un lado, que el transmitente detraiga de la empresa que transmite la clientela ya adquirida con anterioridad. Clientela que debe transmitirse juntamente con el resto de elementos que integran el organismo productivo. Y, de otro, intenta evitar que el transmitente obstaculice la obtención de la nueva clientela que puede captar la empresa mediante el grado de organización que tenía en el momento de la transmisión.

En líneas anteriores, hemos afirmado que la obligación de no concurrencia es un efecto natural de los contratos transmisivos de la empresa. No obstante, advertíamos de la necesidad de efectuar alguna matización. En efecto, es conveniente cuestionarnos, ante la falta de regulación del deber de no concurrir en nuestro Ordenamiento y el silencio de la mayor parte de la doctrina española, la licitud de un pacto entre las partes contratantes por el cual se exonere al transmitente del deber de abstenerse de hacer la competencia al adquirente.

En principio, parece que nada se opone a que el adquirente asuma voluntariamente

---

[21] El reconocimiento de la validez excepcional de ciertas cláusulas restrictivas de la competencia, como excepción a la prohibición general que en principio pesa sobre todo acuerdo restrictivo de la "libertad de mercado", está basado, como tendremos ocasión de comprobar, en su relación de accesoriedad, con un negocio u operación principal indudablemente lícito. Esta cuestión será tratada con mayor profundidad en el apartado 3°.a de este mismo punto, **Breve referencia al Derecho de la competencia, al cual remitimos**.

Universidad de Huelva 2009

el riesgo de que el transmitente le haga la competencia, si cree que en virtud de las características de la organización empresarial, o de sus propias dotes como empresario, conservará la clientela o podrá reemplazarla fácilmente por otra[22]. Pensemos, de una parte, que la liberación del transmitente en el deber de no concurrir puede constituir un factor negociable que permita al adquirente obtener una rebaja en el precio[23]. Por otra parte, no podemos olvidar que el adquirente, en último término, gozará siempre de la protección dimanante de las normas que vedan la competencia desleal.

Consecuentemente, podemos considerar válido el pacto entre las partes contratantes en virtud del cual se libere al transmitente del deber de no hacer la competencia al adquirente. Así pues, sería posible que el adquirente, a cambio de una rebaja en el precio, consintiese al transmitente volver a establecerse, a pesar de que desarrollase la misma actividad empresarial que llevaba a cabo con la empresa transmitida. En este caso el adquirente aceptaría el riesgo de que los clientes de la empresa transmitida se relacionasen ahora con la nueva empresa fundada por el empresario transmitente. No obstante, es necesario aclarar que, en cualquier caso, aquél siempre tendrá limitada sus actuaciones por el principio de buena fe que preside las relaciones contractuales y la libre competencia.

Lo que en ningún caso podemos considerar lícito es la actuación del transmitente que, aprovechando el acuerdo con el adquirente en virtud del cual queda liberado de la obligación de no concurrir, pretende realizar actos dirigidos directa o indirectamente a "captar" la clientela de la empresa transmitida, jugando deslealmente con la ventaja de haberla explotado con anterioridad. Por ejemplo, si el transmitente se pone en contacto con sus antiguos

---

[22] En otras ocasiones la clientela puede no estar muy vinculada a la empresa transmitida o simplemente puede que no sea un elemento esencial de la misma.

[23] En este sentido se manifiesta CÁMARA ÁLVAREZ, M., "La venta de la empresa mercantil. Principales problemas que plantea", cit., pág. 368. Entiende el autor que, aunque el fundamento de la obligación de no concurrencia no ha de buscarse identificándola con la de sanear, si al comprador (en general) se le faculta para renunciar a su derecho de ser indemnizado cuando compra "con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias", como dice el artículo 1.478 del Código civil, con igual o mayor razón habrá que permitírsele renunciar a las que provengan de haber dejado en libertad al vendedor. En sentido contrario, BROSETA PONT, M., "La empresa como objeto del tráfico jurídico. Problemas previos", cit., pág. 34.

Universidad de Huelva 2009

clientes y aprovechando las relaciones anteriores trata de persuadirlos para que le sigan en la nueva empresa, se aprovecha de los secretos industriales que forman parte de la entidad transmitida, o, se vale de cualquier otro medio que persiga el resultado de captar su antigua clientela. Es decir, el acuerdo por el cual el adquirente renuncia a la prohibición de competencia no autoriza al transmitente a "captar" la clientela de la empresa transmitida. Dicho comportamiento caería dentro de las conductas prohibidas por las normas que sancionan la competencia desleal (art. 5 LCD), en tanto que la buena fe no consiente un acuerdo que permita al transmitente actuar en esos términos. En este caso no podemos hablar de competencia ilícita contractual sino más bien de competencia desleal.

Ahora bien, un dato de considerable importancia para dilucidar en cada caso sobre la conveniencia o no de un pacto que exonere al transmitente de la prohibición de concurrir, deriva de la vinculación de la clientela a las cualidades objetivas o subjetivas de la empresa que se transmite. Así, si la clientela se halla vinculada a la empresa transmitida en virtud de las cualidades objetivas de los bienes o servicios que ésta ofrece, como pueden ser el prestigio de una marca o la eficacia operativa de la organización, o del emplazamiento favorable del local de negocio, etc., el empresario transmitente no estará en condiciones muy distintas a las de cualquier otro competidor, por lo que resulta razonable en el contexto de la operación incluir el pacto entre ambos permitiendo al transmitente explotar una empresa análoga. Incluso podemos llegar más lejos, cuestionando si en verdad, en estos supuestos, la prohibición de concurrencia es en realidad una consecuencia natural del contrato de transmisión de empresa[24]. Entendemos que si el empresario transmitente está en las mismas condiciones que las de otro competidor cualquiera, no existen razones suficientes para considerar que la prohibición de concurrencia es un efecto natural del contrato. Creemos, por tanto, que éste podrá volver a establecerse para explotar una empresa análoga, salvo que se

---

[24] Como afirma CÁMARA ÁLVAREZ, M. ("La venta de la empresa mercantil. Principales problemas que plantea", cit., pág. 373): "*no se debe llevar demasiado lejos cuando se trata de poner limitaciones al principio de libertad de mercado*".

Universidad de Huelva 2009

haya pactado lo contrario[25].

En cambio, si la vinculación entre la clientela y una empresa determinada responde a las cualidades personales del empresario, a las relaciones o a su trato directo con los clientes, indudablemente, éste se presenta como un competidor especialmente cualificado, y en tanto que la transmisión de la empresa incluye la transferencia de la clientela, debe estimarse efecto o consecuencia natural del contrato de transmisión la prohibición de competencia. Sólo a través de la no competencia del transmitente podrá entenderse cumplida la obligación de entrega de la empresa para que, en la medida de lo posible, se transmita la clientela, y el adquirente continúe el ejercicio de la actividad empresarial en las mismas condiciones y niveles de rentabilidad que el anterior titular. No obstante, las partes podrán adoptar un acuerdo en virtud del cual se autorice al transmitente a desarrollar la misma actividad de la empresa transmitida, asumiendo el adquirente el riesgo de que la clientela deje de frecuentar la suya y acuda a la nueva empresa creada por el empresario transmitente.

Finalmente, tenemos que ser conscientes de que, en determinados casos, la exclusión de esta obligación de no competencia, pactada por las partes, puede no impedir la transmisión de la clientela junto a la empresa a la que pertenece. De la misma manera, el respeto a la obligación de no competir no asegura completamente la transmisión de la clientela del anterior al nuevo titular, juntamente con el resto de elementos que componen la empresa que se transmite[26].

En consecuencia, parece no existir inconvenientes en admitir un pacto entre el

---

[25] En términos similares se manifiesta CÁMARA ÁLVAREZ, M., "La venta de la empresa mercantil. Principales problemas que plantea", cit., págs. 372-373.

[26] Ya hemos señalado que la clientela, como conjunto de relaciones que el empresario mantiene habitualmente con los terceros que adquieren los bienes o servicios producidos por su empresa, no puede ser considerada, en ningún caso, como un bien o elemento del complejo productivo sobre el cual el empresario pueda disponer a su gusto, cediéndolo o no al adquirente. El empresario no goza de ningún derecho subjetivo sobre la clientela, ni ésta tiene un correlativo deber frente al empresario de seguir comprando sus productos o utilizando sus servicios, por lo que tampoco se está nunca en grado de garantizar al adquirente la transmisión de este elemento dentro de la transmisión del conjunto organizado de elementos que conforman la empresa.

Universidad de Huelva 2009

transmitente y el adquirente de una empresa mediante el cual se libere al primero de su obligación de no desarrollar una actividad similar o análoga a la de la empresa transmitida. Pensemos además, que en el supuesto de transmisión de empresa las partes contratantes gozan de una amplia libertad para establecer los pactos y condiciones que estimen oportunos, siempre respetando las leyes, la moral y la buena fe, y que por supuesto cada una de ellas, adquirente y transmitente, actuará de acuerdo con sus intereses, de los cuales cada uno puede libremente disponer, siempre que no se vean perjudicados los intereses de terceros[27].

Ahora bien, es el momento de plantearnos si esta posibilidad que venimos defendiendo, en relación a la licitud de los pactos entre las partes contratantes para eliminar el deber de no concurrir con el adquirente en la actividad propia de la empresa transmitida, puede entenderse válida en el supuesto de aportación de empresa. No podemos olvidar que en las normas reguladoras del capital en las sociedades anónimas y de las aportaciones que lo integran está presente en todo momento la preocupación del legislador por que no resulten perjudicados, no sólo los intereses de la sociedad y de los socios, sino también, lo que es realmente importante, los intereses de los acreedores de la sociedad y de otros terceros que se relacionan con ella. Lo que tratamos de subrayar es que en la aportación de una empresa a la sociedad, a diferencia de lo que ocurre en otros negocios de transmisión de la entidad productiva en los que únicamente pueden resultar perjudicados los intereses de las partes contratantes, no se tienen en cuenta exclusivamente los intereses de la propia sociedad y del socio aportante, sino que será necesario tutelar adecuadamente otros intereses de terceros que pudieran verse afectados y sufrir finalmente alguna lesión en su patrimonio.

Cuando la transmisión de la empresa responde a que ha sido aportada a la sociedad,

---

[27] En nuestra doctrina, se manifiesta a favor de la posibilidad de que las partes excluyan a través de pacto la obligación de no hacer la competencia, CÁMARA ÁLVAREZ, M., "La venta de la empresa mercantil. Principales problemas que plantea", cit., págs. 369-370.

En el mismo sentido, en la doctrina italiana: GAREGNANI, G.M., "La cessione d'azienda. Prima parte. Profili civilistici", cit., pág. 90; OLIVIERI, G., *I conferimenti in natura nella società per azioni*, cit., págs. 341-342; PETTITI, D., *Il trasferimento volontario d'azienda*, cit., págs. 34-37.

Universidad de Huelva 2009

parece difícil negar que la competencia del socio puede menoscabar seriamente el valor patrimonial de la aportación y comprometer la integridad y realidad del capital social, a cuyo valor se incorpora el valor de la entidad aportada. Por ello, es necesario que el aportante de la empresa lleve a cabo todas las actividades necesarias a fin de que la clientela siga a la empresa cedida, siendo para ello imprescindible que se abstenga, durante un período de tiempo razonable, de comenzar una actividad análoga a la de la empresa que aporta.

Es necesario, por tanto, razonar sobre la licitud de un pacto entre el socio aportante y la sociedad que derogue el deber de no hacer la competencia que, en principio, pesa sobre el primero. En definitiva, cuestionar la posibilidad de que la sociedad asuma voluntariamente el riesgo de que el socio aportante le haga la competencia, si cree que en virtud de las características de la organización empresarial, o de cualquier otro motivo, conservará la clientela de la empresa que se aporta o podrá reemplazarla fácilmente por otra.

En principio, para que las partes libremente, a través de un acuerdo, deroguen la obligación de no concurrir, será necesario que, a la vez, disminuyan o reduzcan el valor correspondiente a la aportación en sí, ya que se puede estar privando a la empresa aportada de parte de la clientela que habitualmente acude a ella, y por tanto, de una porción considerable de los beneficios esperados. En efecto, será necesario tener en cuenta en el momento de valorar la empresa que la liberación del transmitente, a través de pacto expreso, de su obligación de no concurrir disminuye el valor de conjunto de la entidad productiva que se aporta. De esta manera, se evita que la aportación sea sobrevalorada, con el consiguiente perjuicio que dicha sobrevaloración representa para la integridad y realidad del capital de la sociedad[28].

---

[28] En realidad, lo que disminuirá en el supuesto de que las partes lleven a cabo un acuerdo en este sentido será el valor del fondo de comercio de la empresa. Si el fondo de comercio expresa la capacidad de beneficios de la empresa en función de sus factores económicos actuales, y a la entidad productiva se le priva de alguno de los muchos elementos que influyen en esas expectativas de beneficios, debemos entender que la eventual desaparición de uno de esos factores influirá notablemente en el fondo de comercio, reflejándose en una disminución en su valor y, por tanto, en el valor de conjunto de la entidad productiva.

Universidad de Huelva 2009

Consecuentemente, también en los supuestos de aportación de empresa, las partes podrán adoptar un acuerdo que libere al empresario aportante del deber de no hacer la competencia al nuevo titular -la sociedad-. Ese acuerdo deberá ser tenido en consideración, en tanto que disminuye el valor de conjunto de la entidad productiva, en el momento de valorar la empresa a efectos de su aportación. En cualquier caso, la transmisión o no transmisión, en la medida de lo posible, de la clientela de la empresa aportada debe estar presente en el momento de la valoración de la empresa. Valoración que, a diferencia de la que pudieran efectuar las partes interesadas en la enajenación de una empresa, ha de ser totalmente objetiva para respetar los principios de integridad y realidad del capital social. Por tanto, si la clientela de la empresa que se aporta representa un valor (con independencia de que forme parte del valor del fondo de comercio de la empresa), y ésta es transmitida junto al resto de los elementos que la integran, su cesión deberá tenerse en cuenta en la valoración total de la empresa. En este caso, el socio aportante deberá abstenerse de realizar actos de competencia que puedan atentar contra la realidad del capital social, integrado, en parte, por el valor de la empresa aportada. Por el contrario, si las partes expresamente derogan la prohibición de competencia, habrá que presumir que la clientela no es transmitida o, cuanto menos, que el aportante no hará lo posible para que se produzca su efectiva transmisión, lo que deberá tenerse en cuenta en el momento de valorar la aportación. No podemos olvidar que en la aportación de empresa están en juego, no sólo los intereses patrimoniales de las partes, sino los intereses de otros terceros, los intereses de los acreedores de la sociedad, que no pueden ser puestos en peligro por una valoración incorrecta y desafortunada de la entidad aportada.

Hemos considerado, pues, que el deber del empresario transmitente de no hacer la competencia al empresario adquirente constituye, en principio, un efecto natural de los contratos transmisivos la empresa[29]. En las mismas condiciones, cuando esa transmisión se

[29] Es conveniente matizar que, indudablemente, es un efecto natural del contrato de transmisión de empresa en aquellos supuestos en los que el transmitente se presenta como un competidor especialmente cualificado para atraer la clientela hacia la nueva actividad empresarial que ahora comienza, en virtud de la especial vinculación entre ésta y el empresario transmitente.

Universidad de Huelva 2009

realice a título de aportación, en tanto que la intención de las partes es que la compañía se subrogue en la posición del aportante respecto a la titularidad de la empresa, y pueda continuar su ejercicio en las mismas condiciones y niveles de rentabilidad que el transmitente, la obligación de no concurrir debe ser considerada un efecto natural de dicha aportación. No obstante, las partes interesadas, aportante y sociedad, podrán pactar expresamente la exclusión de la obligación de no concurrir, en cuyo caso, este acuerdo habrá de ser tenido en consideración en el momento de valorar la empresa transmitida a efectos de aportación.

2°.b. Contenido y alcance.

Aclarada la idea de que la obligación de no concurrir constituye, en su caso, un efecto natural, no esencial, de los contratos traslativos de empresa, es preciso delimitar el alcance y contenido de dicha obligación. Se trata de una obligación negativa o de no hacer que tiene su encaje general en los artículos 1.088 y 1.099 del Código civil. Ahora bien, hay que distinguir claramente dos posibilidades. En primer lugar, es posible que las partes hayan pactado expresamente la prohibición de competencia. En ese caso, habrá que estar, para señalar las actividades que se prohíben al aportante, a lo que las partes interesadas hayan convenido. No sin advertir, que el contenido del acuerdo no puede ser ilimitado objetiva, geográfica ni temporalmente -de modo que impida toda actuación en el mercado del socio aportante-, ni tampoco aplicable del mismo modo en todos los supuestos posibles. Es decir, en el pacto expreso las partes han debido establecer unos límites temporales, objetivos y geográficos razonables, para que dicho acuerdo no se convierta en un acuerdo restrictivo de la competencia, sancionado por la LDC. Este acuerdo se permite en tanto la no competencia sea necesaria para que pueda realizarse con éxito el negocio pretendido por las partes -la aportación de empresa-, y las cláusulas serán válidas siempre que resulten adecuadas para lograr el objetivo de la efectiva transmisión de la empresa como entidad productiva y eficiente.

Universidad de Huelva 2009

En segundo lugar, si no hay pacto expreso, o habiéndolo no se ha acotado con precisión el ámbito de lo prohibido, en tanto que la cláusula prohibitiva ha sido redactada en términos ambiguos o incompletos, resulta necesario determinar qué es lo que deriva de la buena fe respecto al contenido de la obligación de no hacer la competencia.

Podemos entender, en sentido estricto, que la obligación de no hacer la competencia consiste en la abstención, por parte del transmitente, sólo de aquellos actos que directa o indirectamente se dirijan a privar al adquirente de la clientela de la empresa transmitida, aprovechándose de las relaciones anteriores que el primero había mantenido con ella. En este caso, no se prohíbe la concurrencia en sí, pues el transmitente puede desarrollar una empresa análoga o similar a la que ha transferido. Se prohíben las actuaciones que, de hecho, harían perder al adquirente la clientela transmitida. Así pues, si consideramos que éste es el contenido de la obligación de no concurrir, el socio que aporta su empresa puede volver a establecer o fundar una nueva empresa, análoga o similar a la que aportó a la sociedad, siempre que no lleve a cabo la realización de algún tipo de actuación a través de la cual pretenda captar la clientela de la empresa aportada. La fundación de una nueva empresa, similar o análoga a la aportada, no significaría en este caso incumplimiento de la obligación de no concurrir.

En cambio, en sentido amplio, la obligación de no hacer la competencia comprende la prohibición de desarrollar, por parte del transmitente, cualquier actividad empresarial de carácter análogo o similar a la de la empresa transmitida, durante un período de tiempo razonable y en un espacio geográfico determinado. Así pues, trasladándonos al ámbito de aportación de empresa, podemos entender que la obligación de no hacer la competencia significa la imposibilidad por parte del socio aportante de volver a establecerse durante un período de tiempo determinado, esto es, de fundar una nueva empresa análoga o similar a la aportada en un ámbito geográfico que pudiera disminuir la clientela vinculada a la empresa de la que era titular.

Universidad de Huelva 2009

Mientras que en algunos ordenamientos el contenido de esta prohibición viene expresamente delimitado por las normas que regulan la empresa como entidad productiva[30], en el Derecho español, es la doctrina quien da por sobreentendido que esta prohibición de competencia, en sede de transmisión de la empresa -incluidos los supuestos en los que la forma jurídica adoptada es la aportación a sociedad-, consiste en impedir que el vendedor vuelva a establecerse[31]. Ahora bien, esa prohibición no puede tener carácter ilimitado. Se entiende válida la prohibición de competencia, durante un período de tiempo razonable, siempre que exista identidad o gran similitud entre el objeto de la empresa cedida y el objeto de la nueva empresa, y salvo que el alejamiento físico de la segunda permita razonablemente suponer que su explotación no dañará la de la primera.

Debemos ser conscientes, en primer lugar, de que es imposible asegurar la transmisión de la clientela de una empresa junto con el resto de elementos que la integran en tanto que no puede ser considerada, como ya hemos apuntado, un bien o elemento del complejo productivo sobre el cual el aportante pueda disponer a su gusto cediéndolo o no a la sociedad. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que el modo más adecuado para que la clientela siga a la empresa aportada es precisamente que el socio aportante, conocedor de los gustos y exigencias de esa clientela, con la cual ha podido mantener relaciones durante un período de tiempo considerable y por lo tanto en una posición ventajosa frente a la sociedad, no realice actividad alguna análoga a la de la empresa aportada. Precisamente, el acto más peligroso para la sociedad, desde el punto de vista de la conservación de la clientela consiste en que el socio funde una nueva empresa para dedicarse a una actividad similar, interfiriéndose en el campo de acción de la empresa aportada.

---

[30] En el Derecho italiano, ya hemos señalado que, el texto del artículo 2.557 del *Codice civile* dispone que quien enajena la *azienda* debe abstenerse durante un período de cinco años, a partir de la transferencia, de iniciar una nueva empresa que por su objeto, su ubicación o por otras circunstancias sea idónea para desviar la clientela de la *azienda* cedida. Es decir, la hipótesis que fundamentalmente contempla (aunque no sea la única) consiste en la creación de una nueva empresa desde la cual se puede hacer la competencia al adquirente.

[31] CÁMARA ÁLVAREZ, M., "La venta de la empresa mercantil. Principales problemas que plantea", cit., págs. 370-373; BROSETA PONT, M., "La empresa como objeto de tráfico jurídico. Problemas previos", cit., págs. 35-36; POLO SÁNCHEZ, E., "La aportación de empresa a sociedad", cit., págs. 2240-2241, entre otros.

Universidad de Huelva 2009

Por el contrario, si la nueva empresa que inicia el socio aportante no constituye una amenaza para el desarrollo de la actividad empresarial de la empresa adquirida por la sociedad, en tanto que el objeto de ambas actividades no son coincidentes, análogos o similares, o ha transcurrido un período de tiempo considerable para que la sociedad haya podido consolidar la clientela adquirida, o bien la ubicación de la nueva empresa no puede incidir en la clientela de la empresa aportada, es lógico que el desarrollo de la actividad empresarial por parte del socio aportante no pueda dar lugar a un supuesto de competencia ilícita anticontractual.

3°. Limitaciones de la obligación de no concurrir.

3°.a. Breve referencia al Derecho de la competencia.

Antes de comenzar con el estudio de las limitaciones que pueden incidir sobre la obligación de no hacer la competencia que afecta al socio que aporta su empresa a la sociedad -o, en general a cualquier transmitente de empresa- es conveniente una breve aclaración.

Existen en nuestro Ordenamiento disposiciones legales que tienen por objeto prohibir o impedir las prácticas restrictivas de la competencia[32]. Nuestro legislador promulgó, con fecha de 17 de julio de 1989, la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia[33]. En los

---

[32] La Constitución española reconoce en su artículo 38 "la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado". Por su parte, los artículos 128 y 131 del texto constitucional, constituyen límites y contrapunto a este principio general. El sistema de empresa privada y economía de mercado descansa en el juego de la libre competencia. En principio, la competencia en el mercado es libre, aunque esta libertad no ha sido ni es nunca absoluta. El Código de comercio prohíbe a determinadas personas unidas o asociadas en una misma empresa hacer la competencia ejercitando la misma actividad comercial (es el caso de los socios colectivos, de los factores, de los capitanes de buque: arts. 136, 137, 288 y 613). Otras veces ha sido el propio Estado el que ha restringido la libre competencia concediendo monopolios directos o indirectos para el ejercicio de ciertas actividades económicas, nacionalizando determinadas empresas, prohibiendo o evitando la creación de nuevas industrias, etc. Finalmente, en otras ocasiones, son los propios empresarios los que limitan entre sí la competencia recíproca mediante acuerdos o pactos especialmente dirigidos a ese fin.

[33] La LDC tutela la competencia en su doble aspecto de libertad de competir y de institución fundamental del sistema de economía de mercado. Así lo dice expresamente el legislador en el párrafo 1° de la Exposición de Motivos al afirmar que "la competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de

Universidad de Huelva 2009

términos del artículo 1 de dicha Ley se prohíbe "*todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional...*", continuando el precepto citado con la enumeración de una serie de conductas concretas las cuales entran de lleno en la calificación de conductas prohibidas.

Sin embargo, debemos entender que no todo acuerdo dirigido a limitar la competencia entre dos o más empresarios es un acuerdo nulo. Aún cuando del tenor literal del artículo 1 de la LDC pudiera deducirse la existencia de una prohibición radical de toda limitación de la competencia, la mayor parte de nuestra doctrina defiende tajantemente que se precisa, para que entre en juego la nulidad decretada por la Ley, que la limitación de competencia afecte al llamado orden público económico, es decir, que produzca efectos perceptibles o sensibles en el mercado[34]. Por tanto, de acuerdo con esta orientación, las medidas limitativas de la competencia que no tengan entidad suficiente para afectar sensiblemente a la competencia son conductas no prohibidas por el artículo 1 de la LDC[35].

---

organización económica de nuestra Sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa".

[34] En este sentido CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, T. II, cit., pág. 367; ID., "La venta de la empresa mercantil. Principales problemas que plantea", cit., pág. 374; COSTAS COMESAÑA, J., "Los acuerdos de menor importancia en la Ley de Defensa de la Competencia", *Actas de Derecho Industrial*, T. XV, 1993, págs. 158-164; TRONCOSO Y REIGADA, M., "El marco normativo de los ilícitos desleales de relevancia antitrust. (Reflexiones en torno al art. 7 LDC)", *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. AURELIO MENÉNDEZ*, T. I, Madrid, 1996, pág. 1045, (nota 24); GÓMEZ SEGADE, J.A., "La nueva Ley de Defensa de la Competencia", *Actas de Derecho Industrial*, T. 13, 1989-1990, págs. 584-585; MIRANDA SERRANO, L.M., "La rule of reason en el Derecho de la competencia: a propósito de la transmisión de empresa (Consideraciones en torno a la resolución del TDC en el asunto <<ICI Paints España SA>>)", cit., págs. 2322-2323. Para VICENT CHULIÁ, F., (*Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. I, vol. 2º, cit., págs 1126-1127), aún cuando la LDC no incorpora expresamente el requisito de efectos sensibles sobre el mercado, "*su interpretación sistemática suscita dudas*".

[35] Esta es, además, la posición adoptada por las autoridades comunitarias, en cuyas normas de política de competencia dice inspirarse el legislador español, según el párrafo 2 de la Exposición de Motivos de la LDC (Ver, por todos, la Comunicación de la Comisión Europea de 3 de septiembre de 1986, relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado de la Comunidad Europea, DOCE, núm. C 231, de 12-IX-1986, págs. 2 y ss.). Por otra parte, siguiendo esta misma orientación, la Ley italiana de 10 de octubre de 1990, de Defensa de la Competencia y del Mercado, prohíbe únicamente los acuerdos que tengan por objeto o efecto limitar de manera "consistente" la libre competencia (art. 2.2). En esta misma dirección se sitúan la Ley belga de Defensa de la Competencia Económica, de 15 de agosto de 1991, y la Ley sueca de Defensa de la Competencia, de 14 de enero de 1993.

Universidad de Huelva 2009

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia es en este punto contradictoria. Bajo la vigencia de la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia[36] fue posible encontrar ambas interpretaciones[37].

Estando ya vigente la LDC, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha afirmado que "*el artículo 1 de la Ley 16/1989 prohíbe cualquier conducta que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de limitar la competencia, siendo muy claro que dicho artículo no matiza la afección a la competencia, grande o pequeña*"[38]. Además, en el artículo 3.2.d) se incluye entre los supuestos de autorización aquellos acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que no sean capaces de afectar de manera significativa la competencia. Esto nos lleva a pensar que, en principio, si es autorizable, se debe a que está prohibido.

Recientemente, reforzando esta posición, el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad

---

[36] El legislador de 1963 señalaba en la Exposición de Motivos III, 1, que el objetivo a conseguir con la LPR era obtener "un nivel razonable de competencia, ya que lo que importa desde un punto de vista económico no es tanto la libre actividad como el resultado final de la misma".

[37] Así, mantuvo la teoría de la existencia de prohibición radical de toda limitación a la competencia en la Resolución de la Sección 1ª, SDC/Maderas Aglomerados Taglosa, S.A., y Orember, S.A., de 6 de diciembre de 1977, y más recientemente en la Resolución, Promotores de la Vivienda Ibérica, S.A./Jose Mª Rojo Baños; Unión Natural Inmobiliaria, S.A., y Brokilar, S.A., de 21 de diciembre de 1989. En ésta última, el Tribunal de Defensa de la Competencia declaró que *<<hay que recordar que la Ley 110/1963 no introduce el factor de "sensibilidad" a los efectos de perseguir tan sólo aquellas conductas que supongan una grave lesión de la libre competencia, de modo que todo atentado contra la misma, sea cual sea la importancia que revista, ha de ser sancionado>>*.

Por el contrario, en otras decisiones exigió que la conducta ocasionara una limitación significante de la competencia en el mercado. En este sentido la Resolución de la Sección 1ª SDC/varios fabricantes de pan de Vitoria, de 16 de mayo de 1973, en la que el Tribunal de Defensa de la Competencia consideró que un acuerdo entre varios fabricantes de pan, en virtud del cual uno de ellos dejara de suministrar pan a Vitoria, a cambio de una indemnización de los restantes, no estaría incurso en la prohibición del artículo 1 LPR, pese a que restringía la competencia, al estar asegurado el suministro en el mercado en causa. Más recientemente, en la Resolución Gremio de detallistas de volatería, huevos y caza de Barcelona/Día, S.A., de 15 de noviembre de 1988, el Tribunal de Defensa de la Competencia calificó una conducta como práctica irrelevante por carecer de efectos sensibles sobre la competencia del sector. Siguiendo la misma línea, en la Resolución La Rosa, S.C.L./S.C. Rosa Luxemburgo y otros, de 30 de mayo de 1989, declaró que *<<para que la Ley 110/1963 desencadene su acción represiva no basta con que sus cláusulas sean intrínsecamente anticompetitivas y hayan sido practicadas..., sino que es preciso, además, que ello afecte al mercado a tal efecto relevante, comprometiendo al interés público, sin lo cual la intromisión de órganos administrativos en un negocio inter privatos carecería de justificación>>*.

[38] Resolución SDC/Henkel Ibérica, Camp, Procter y Gamble y Lever España, de 6 de marzo de 1992.

Universidad de Huelva 2009

económica, ha añadido, a través de su artículo 15.1, un nuevo apartado 3 al artículo 1 de la LDC. Este nuevo apartado, tras la corrección de errores del RDL, dispone que "*los órganos de Defensa de la Competencia podrán decidir* ***no perseguir*** *las conductas prohibidas que por su escasa importancia no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. En tales casos, el Servicio de Defensa de la Competencia podrá inadmitir las denuncias y el* ***Tribunal de Defensa de la Competencia sobreseer los expedientes***"[39]. El tenor literal del nuevo artículo 1.3 de la LDC, en principio, parece no dejar lugar a dudas: los acuerdos de menor importancia siguen sujetos a la prohibición general del artículo 1.1 de la LDC. No obstante, el Servicio de Defensa de la Competencia podrá no inadmitir las denuncias y el Tribunal de Defensa de la Competencia sobreseer el expediente, o bien conceder una autorización singular en base al artículo 3.2.d) de la LDC.

Sin embargo, a pesar de los inconvenientes que supone esta última modificación, consideramos posible e incluso oportuna una interpretación menos amplia y más funcional de la prohibición del artículo 1 de la LDC, en virtud de diversas circunstancias. En primer lugar, el legislador español señala en el párrafo 2° de la Exposición de Motivos que el objetivo específico de la LDC es "*garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público*", que en materia de defensa de la competencia radica en el mantenimiento de un nivel de competencia que garantice a los consumidores la obtención de los mejores productos en las mejores condiciones[40]. En consecuencia, las limitaciones de la competencia que no afecten al "interés público económico" no estarían prohibidas.

En segundo lugar, podemos afirmar que la LDC no persigue la defensa de un modelo

---

[39] Es nuestro deber advertir que las expresiones en negrita no figuraban en el texto original del artículo 15.1 del RDL, es decir, en el texto anterior a la corrección de errores, y, en particular, en lugar de la expresión verbal "no perseguir" se utilizaba la de "considerar exentas".

[40] En la Resolución COPECAN II, de 13 de mayo de 1993, el Tribunal de Defensa de la Competencia declara que el "interés público" en sede de defensa de la competencia reside en ofrecer <<el servicio de un transporte marítimo entre la península y las islas Canarias>> en un marco en el que la competencia eficiente garantice precios y otras condiciones adecuadas y competitivas.

Universidad de Huelva 2009

de economía en situación de perfecta competencia. Entendemos que el término empleado por el legislador de "competencia suficiente" trata de proteger aquella competencia practicable o efectiva que, dada la estructura y la naturaleza de los productos del mercado en cuestión, resulte eficaz o suficiente para obtener del sistema de economía de mercado que configura la Constitución de 1978 una óptima eficiencia asignativa de los recursos disponibles. En consecuencia, la adopción por el legislador de la noción de competencia suficiente significa que sólo caen bajo la prohibición general del artículo 1.1 de la LDC aquellas medidas que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de limitar esa competencia suficiente[41]. Es decir, los acuerdos o medidas que no afecten al nivel de competencia necesario para conseguir la mayor eficiencia económica en el mercado en cuestión no serían ilícitos.

En este sentido, dos recientes resoluciones apuntan que el Tribunal de Defensa de la Competencia parece haber cambiado de orientación, pues se declaran como no prohibidos por el artículo 1 de la LDC sendos pactos de no competencia.

Así, en la primera de ellas, la operación consistía en una compraventa de empresa: la adquisición por parte de "ICI Paints España, SA" del negocio de pinturas para el repintado de carrocerías de vehículos automóviles perteneciente a "Barnices Valentine, SA". El representante de "ICI Paints España, SA", dirigió un escrito al SDC solicitando una autorización singular -fundada en el artículo 4 de la LDC-. El acuerdo para el que se solicitó la autorización singular era un pacto o cláusula de no competencia -suscrito entre las dos empresas-. Dicho pacto imponía a la parte vendedora -"Barnices Valentine, S.A."- dos limitaciones específicas en relación con la parte compradora -"ICI Paints España, SA"-: a) de una parte, una limitación temporal consistente en la obligación de abstenerse de realizar

---

[41] Ver, para un estudio más amplio sobre esta cuestión, COSTAS COMESAÑA, J., "Los acuerdos de menor importancia en la Ley de Defensa de la Competencia", cit., págs. 153-164. El autor considera que el artículo 1.1 de la LDC no prohíbe toda limitación de la competencia, sino que su objetivo es impedir que la competencia existente en el mercado, debido a su estructura y a las características de los productos, se limite a través de prácticas colusorias o abusivas con relevancia suficiente para afectar al interés público; esto es, que impidan desarrollar al sistema competitivo en el mercado en cuestión la mayor eficacia económico-social posible.

Universidad de Huelva 2009

actividades competitivas por un plazo de cinco años respecto de la fecha del negocio de transmisión; b) de otra, una limitación espacial o geográfica, y a la vez objetiva, relativa a la obligación de no realizar actividades competitivas en el territorio en que dicha empresa vendedora -"Barnices Valentine, SA"- había introducido sus productos previamente a la transmisión. El órgano instructor del expediente consideró en su informe -preceptivo pero no vinculante- que el pacto de no competencia parecía contener exclusivamente las restricciones accesorias necesarias para la efectiva transmisión del negocio, por lo que recomendó al Tribunal de Defensa de la Competencia su autorización. En la Resolución correspondiente -"ICI Paints España, SA"-, de 2 de marzo de 1993, el Tribunal de Defensa de la Competencia declara *obiter dicta* que la cláusula de no competencia es parte integrante del contenido del contrato de compraventa que tiene fuerza de Ley entre las partes contratantes y, en consecuencia, "*si el pacto de no competencia se circunscribe a establecer la obligación del vendedor de abstenerse de hacer la competencia al comprador durante el tiempo y el espacio geográfico necesario para que éste consolide la clientela y las expectativas del establecimiento mercantil transmitido, habrá que concluir que sólo buscaba dotar de efectividad al contrato de compraventa y que, por tanto, se sustrae a las prohibiciones establecidas en la citada LDC*". El Tribunal aprecia, por tanto, que en este caso el pacto de no competencia no contiene otras restricciones que las "*objetivamente necesarias para la transferencia plena del establecimiento mercantil*" y que se sustrae a las prohibiciones de la LDC.

Esta doctrina ha sido confirmada, ya sin carácter de *obiter dicta*, en la Resolución "Pentaservice", de 15 de septiembre de 1993. En esta ocasión, dos personas que habían sido accionistas y miembros del Consejo de Administración de "Pentaservice, SA" hasta su dimisión, se dedican con posterioridad al mismo tipo de actividad que la referida compañía. Tras una negociación derivada del cese como consejeros de la misma y la cesión de sus correspondientes acciones, concertaron un convenio en el que se comprometían a no ofrecer -directa o indirectamente- ningún tipo de producto o servicio informático a los clientes de "Pentaservice, SA" -relacionados en un listado- durante el plazo de dos años a contar desde

Universidad de Huelva 2009

el 1 de enero de 1993. En caso de que recibieran alguna solicitud de los clientes enunciados, lo comunicarían a la compañía, que podría permitir la prestación del servicio, en cuyo caso, tendría derecho a una compensación del 5 por 100 de la facturación efectivamente cobrada. El 8 de julio de 1993 se recibió en el SDC el formulario de solicitud de autorización singular debidamente cumplimentado y en el que se exponía que éste se había notificado fehacientemente a "Pentaservice, SA", acompañado del texto íntegro del acuerdo. El SDC considera que el pacto de no competencia en cuestión no exige autorización del Tribunal de Defensa de la Competencia ya que no contiene más restricciones de la competencia que aquellas que son objetivamente necesarias para la transferencia de las acciones de "Pentaservice, SA". El Tribunal de Defensa de la Competencia, por su parte, concluye en la citada Resolución que "*el pacto de no competencia notificado para su autorización se circunscribe a establecer la obligación de los vendedores de no prestar durante dos años servicios a los clientes prefijados de la empresa cuyas acciones se ceden, compromiso sujeto al reconocimiento de una indemnización en el caso de no ser cumplido o a la obtención de una autorización explícita con el consiguiente pago de una compensación preestablecida*" y que, en consecuencia, "*dicho pacto sólo busca dotar de efectividad la cesión de la titularidad de las acciones de la empresa y...se sustrae a las prohibiciones establecidas en el artículo 1 de la LDC*".

No obstante, aún cuando en este último caso los hechos no versaban sobre transmisión de empresa sino sobre transmisión de acciones, la trascendencia de ambos pronunciamientos es innegable: cuando en determinados contratos -entre ellos, los relativos a la transmisión de empresas- se pacten cláusulas restrictivas de la competencia directamente destinadas a la consecución del fin lícito perseguido por las partes en la relación contractual -por ejemplo, la transmisión de una empresa-, no es necesario solicitar autorización o exención. Estas restricciones se entenderán lícitas miestras sean razonables para lograr el objetivo del contrato -la transmisión de la empresa, o, en el segundo supuesto, la transmisión de las acciones-.

Universidad de Huelva 2009

En tercer lugar, de acuerdo con los dictados del Tribunal de Defensa de la Competencia en las dos resoluciones que acabamos de exponer, cuando en los contratos de transmisión de empresa -y otros similares- se establezcan cláusulas restrictivas de la competencia, directamente destinadas a la consecución del fin lícito del contrato, no es necesario recurrir al mecanismo de la autorización o exención sino que tales restricciones se entienden lícitas en tanto que "razonables", pues, de otro modo no se alcanzaría el objetivo del contrato: la transmisión de la empresa.

Por otra parte, la incorporación del párrafo 3 al artículo 1 de la LDC, en tanto inconcluente y desafortunada, no puede considerarse un obstáculo a la interpretación que venimos sosteniendo. En efecto, esta norma ha sido calificada de errónea e injustificada por parte de la doctrina[42], afirmándose que "*el verdadero objetivo de la reforma es trasladar el tratamiento de los acuerdos de menor importancia desde el Derecho de la defensa de la competencia al Derecho de la competencia desleal*"[43]. Esta idea, además ha sido ratificada por el Tribunal de Defensa de la Competencia en las resoluciones de 31 dejulio de 1996[44] y de 6 de noviembre de 1996[45].

Finalmente, la jurisprudencia comunitaria, en la que en buena medida se fundamentan las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia español en los casos "ICI Paints

---

[42] En este sentido se ha afirmado que los acuerdos de menor importancia deberían no estar prohibidos, y no solamente no perseguidos; que el legislador se ha olvidado de establecer los parámetros de enjuiciamiento a seguir por el Tribunal para determinar la importancia de los acuerdos restrictivos, provocando una tremenda inseguridad jurídica en los operadores económicos; y, por último, que una resolución acordando la no persecución de un acuerdo por sus escasos efectos en la competencia, al contrario de las resoluciones de autorización del artículo 3.2.d) de la LDC, no supone una dispensa de la prohibición y, en tanto que prohibido por contrario a la Ley, el acuerdo sigue siendo nulo de pleno derecho (art. 1.2 LDC), lo que plantea gravísimos problemas (en estos términos se manifiesta COSTAS COMESAÑA, J., "Medidas de liberalización de la economía y modificaciones del Derecho español de Defensa de la Competencia", *Actas de Derecho Industrial y de Derecho de Autor*, T. XVII, 1996, págs. 1018-1019, quien realiza una exaustiva y acertada crítica a la reforma y a sus consecuencias, a cuyo trabajo remitimos).

[43] COSTAS COMESAÑA, J.,"Medidas de liberalización de la economía y modificaciones del Derecho español de Defensa de la Competencia", cit., pág. 1020.

[44] Expte. 369/1996, "Cajeros de Cajas de Ahorro".

[45] Expte.r170/1996, "General Española de librería".

Universidad de Huelva 2009

España, SA" y "Pentaservice, SA" que hemos comentado, ha establecido claramente que la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia no es aplicable cuando haya transferencia de la propiedad de una empresa, y el pacto de no competencia por el vendedor sea crucial para garantizar la transmisión al comprador del valor comercial completo de los activos cedidos, y no exceda de lo necesario para que el comprador se haga con las riendas del negocio que adquiere[46].

En efecto, el Derecho comunitario de la competencia está inspirado en la teoría de las *ancillary restrictions* (restricciones accesorias) del Derecho antitrust americano[47]. Esta teoría surgió del empleo, por parte de la Corte Suprema estadounidense, de la *rule of reason* en aplicación de la *Sherman Act*[48]. Consiste, como acabamos de señalar, en una regla

---

[46] Ver, asunto *Reuter/BASF*, Decisión de la Comisión de 26 de julio de 1976 (DOCE, L 254, de 17-9-1976); *y Nutricia/Remia*, Decisión de la Comisión de 12 de diciembre de 1983 (DOCE, L 376, de 31-12-1983). El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas confirmó esta última Decisión de la Comisión en Sentencia de 11 de julio de 1985 (Aff. 42/84, en Rec. 1985, pág. 2545), en la que señala que "*...las cláusulas de no competencia insertadas en los contratos de cesión de empresas tienen, en principio, el mérito de garantizar la posibilidad y la efectividad de esa cesión...contribuyen al reforzamiento de la competencia*", señalando más adelante que "*...para tener este efecto benéfico sobre la competencia, tales cláusulas deben ser necesarias a la transferencia de la empresa cedida y su duración y campo de aplicación estrictamente limitados a este objetivo*". En ambos asuntos se trataba de negocios acompañados de cláusulas de prohibición de competencia del cedente en el mercado de la empresa vendida. El motivo para considerar accesorias las cláusulas de prohibición de competencia era la necesidad de garantizar los valores cedidos, garantizar la eficacia de la cesión y, en consecuencia, asegurar al adquirente la posibilidad de retomar el lugar del cedente en el mercado.

[47] Sobre la teoría de las restricciones accesorias, ver, entre otros, KORAH, V., *Introducción al Derecho y práctica de la competencia en la CEE*, Barcelona, 1988, págs. 97 y ss.; STEINDORF, E., "Article 85 and the rule of reason", *Common Market Law Review* nº 21, 1984, págs. 639 y ss.; KOVAR, R., "Le droit communautaire de la concurrence et la <<règle de raison>>", *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, 23 (2), 1987, págs. 237 y ss; WILS, G., "Rule of reason: une règle raisonnable en droit communautaire?", *Cahiers de Droit Européen* nº 1-2, 1990, págs. 19 y ss.; VENIT, J. S., "Pronuptia: ancillary restraints or unholly alliances", *European Law Review* nº 11, 1986, págs. 217-218.

[48] La *Shermant Act* constituye la pieza central de la legislación antitrust norteamericana. Su Sección 1ª declara que<<*todo contrato, combinación, en forma de trust o de otra forma, o conspiración, que restrinja el comercio o la industria entre los diversos estados o con naciones extranjeras, se declara ilegal por la presente ley*>>. Su promulgación dio lugar a una controversia en torno a la interpretación que de la misma era más oportuna: bien una interpretación estricta e inflexible de la prohibición contenida en la norma, bien una interpretación flexible y razonable de la prohibición legal <<*la rule of reason*>>, cuya aplicación llevaría a valorar las circunstancias que rodeasen al acuerdo restrictivo de la competencia. De acuerdo con una interpretación textual podrían entenderse las palabras "*every contract, combination, in the form of trust or otherwise, or conspiracy*" en el sentido de que *todo* acuerdo relativo al comercio es restrictivo por su propia esencia y por tanto merece una prohibición estricta. Por el contrario, en virtud de una interpretación más flexible, la palabra "*every*" debería entenderse como "*every unreasonable contract, combination*", lo que se traduciría en que no todo acuerdo sería restrictivo. Siguiendo esta última interpretación quedarían prohibidos por la *Sherman Act* aquellos acuerdos que llevaran consigo restricciones del comercio "no razonables", mientras que las restricciones "razonables" podrían ser permitidas. La Corte Suprema de los EEUU, en la aplicación de las normas antitrust, ha confirmado dos categorías de análisis en el Derecho antitrust americano. En la primera categoría (*per se rule*), se encuentran los acuerdos que están prohibidos por sí mismos,

Universidad de Huelva 2009

hermenéutica que permite una valoración flexible de determinadas restricciones a la competencia. Como consecuencia de su aplicación, es posible que resulten no prohibidos por las normas protectoras de la libre competencia bien determinados acuerdos que, tras el estudio de los efectos positivos o negativos que podrían producir para la competencia, se demuestran benéficos para el mercado y la estructura competitiva, o bien aquellos acuerdos que *resulten accesorios y necesarios para la realización de otro acuerdo o negocio principal lícito*. Pues bien, en el segundo caso, en la necesidad del acuerdo accesorio restrictivo de la competencia para obtener el logro adecuado de un acuerdo lícito principal, está el origen de la teoría de las restricciones accesorias[49], en la que se inspira el Derecho comunitario de la competencia.

Precisamente, la primera vez que el Derecho comunitario de la competencia hizo uso de esta teoría fue en la decisión de la Comisión *SHV-Chevron* de 1974[50], y, posteriormente en el ya citado asunto *Reuter/BASF* de 1976[51]. A partir de ese momento parece que *la rule of reason* y, a través de ella, la teoría de las restricciones accesorias se ha venido

---

esto es, que por su propia naturaleza y efectos son manifiestamente anticompetitivos, por lo que está de más cualquier estudio sobre su impacto en la competencia para declarar su ilegalidad. Por el contrario, la aplicación de *la rule of reason* da lugar a la aparición de una segunda categoría de acuerdos en los que el efecto anticompetitivo sólo puede ser declarado tras el análisis de las circunstancias que los rodean, de manera que, se considerarán permitidos cuando los beneficios que reportan son superiores a los perjuicios que ocasionan a la estructura de la competencia (para un análisis completo de la *Sherman Act* y de la *rule of reason*, ver, además de la bibliografía citada en la nota anterior, entre otros, FERNÁNDEZ NOVOA, C., "Centenario de la Sherman Act", *Estudios en homenaje al Prof. CARLOS G. OTERO DÍAZ* (coord. PUY FRAGA, P.), T. I, Santiago de Compostela, 1991, págs. 541-547; JOLIET, R., *The Rule of Reason in antitrust law: american, german and common market law in comparative perspective*, La Haya, 1967; VON KALINOWSKI, *Antitrust Laws and Trade Regulation*, vol. 1°, New York, 1990.

[49] En el Derecho americano se considera restricción accesoria la que es colateral y subordinada a una transacción legítima y, por tanto, no cae en la *per se rule*. De este modo, aplicando *la rule of reason*, el acuerdo accesorio restrictivo de la competencia será lícito en tanto se considere razonablemente necesario tanto por su naturaleza, como por su alcance y duración, en relación al objetivo principal de la operación, en el supuesto que nos interesa, la transmisión de empresa.

[50] DOCE, L 38, de 12-2-1975 pág. 14.

[51] DOCE, L 254, de 17-9-1976, pág. 40. En este caso, la Comisión resaltó que la cláusula de no competencia <<*es necesaria para garantizar que la totalidad de los activos empresariales son transferidos al comprador. La cláusula en tal caso, es accesoria respecto al acuerdo de venta de empresa*>>.

Universidad de Huelva 2009

introduciendo en el Derecho comunitario de la competencia[52]. En efecto, la magnitud de su influencia ha penetrado, como hemos tenido ocasión de comprobar, en decisiones de la Comisión o en la jurisprudencia del Tribunal; pero, además, puede sentirse implícitamente en diversas Comunicaciones de Comisión[53], en los Reglamentos de exención por categorías[54], e incluso en el mismo Tratado de Roma[55]. Por tanto, los acuerdos accesorios, que puedan ser calificados de restrictivos de la competencia, necesarios para asegurar el éxito de un acuerdo lícito, deben obtener la misma valoración positiva que el acuerdo principal, quedando excluidos de la aplicación del artículo 85.1 del Tratado; es decir, no caerán bajo la prohibición del precepto aquellos acuerdos que sean necesarios para la realización de un acuerdo lícito, esto es, no prohibido por el artículo 85.1[56].

---

[52] En este sentido se manifiestan, entre otros, MIRANDA SERRANO, L.M., "La rule of reason en el Derecho de la competencia: a propósito de la transmisión de empresas (Consideraciones en torno a la resolución del TDC en el asunto <<ICI Paints España SA>>)", cit., págs. 2315-2352; BELLO MARTÍN-CRESPO, Mª. P., *Concentración de Empresas de Dimensión Comunitaria*, Pamplona, 1997, págs.466-469; GIRBAU PEDRAGOSA, R., "Las cláusulas de no-competencia en los contratos de compraventa de empresa y el Derecho comunitario de la Competencia", *Gaceta Jurídica de la CEE* nº 52, 1988 D-9, págs. 118-132.

[53] Comunicación de la Comisión de 18 de diciembre de 1978, sobre acuerdos de subcontratación, referente a la consideración de los subcontratos respecto a las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la CE: en los núms 2 y 3 se establecen aquellas cláusulas del contrato de subcontratación que pueden no incluirse en la prohibición del artículo 85.1 ya que serán necesarios para proteger el valor económico de los conocimientos y equipos que el ordenante, eventualmente, ponga a disposición del subcontratista núm. 1.

[54] Debemos tener en cuenta que los reglamentos proporcionan habitualmente una lista de cláusulas "lista blanca" que no se consideran incluidas en la prohibición del artículo 85.1. En diversas ocasiones la Comisión ha justificado estas exclusiones por tratarse de restricciones accesorias o necesarias para la realización del acuerdo eximido: Reglamentos núms. 1983/83 (cons. 8 y art. 2), 1984/83 (conss. 8 y 17 y arts. 2, 7 y 11), 123/85 (arts. 2,3 y 4), 417/85 (cons. 5 y art. 2), 418/85 (cons. Núm. 6 y arts. 4 y 5), 4087/88 (conss. 9 a 11 y arts. 2 y 3), 240/96 (cons. 5 y art. 1) y 3032/92 (arts. 12 y 13).

[55] El artículo 85.3 del Tratado otorga la posibilidad de que la Comisión conceda exenciones de la prohibición del artículo 85.1 a determinados acuerdos. En concreto, en la letra a), entre las condiciones de exención, establece la necesidad de que los acuerdos no "impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean imprescindibles para alcanzar" los objetivos positivos que se recogen en la primera parte del apartado 3. En consecuencia, las restricciones que sean indispensables a ese fin se beneficiarán de la misma exención que los acuerdos principales. No obstante, es necesario advertir que, aunque la existencia de esta previsión en el Tratado es interpretada como una introducción de un criterio de racionalidad en la regulación de la defensa de la libre competencia, la teoría de las restricciones accesorias va aún más allá. En efecto, como a continuación tendremos ocasión de comprobar, existen restricciones a la libre competencia (pensemos en las cláusulas de prohibición de competencia que afectan al transmitente de empresa) que son consideradas como tales a los efectos del artículo 85.1 y que, en consecuencia, no necesitan de una exención por la vía del artículo 85.3, en la medida en que su existencia en un contrato sería lícita.

[56] En términos similares se expresaba la Comisión en la conocida decisión *Reuter/BASF*: *<<la obligación de no competencia no significa otra cosa para el vendedor que respetar su obligación contractual de ceder la totalidad del valor comercial de la empresa. En estas condiciones, el artículo 85 parágrafo 1 no es aplicable a la obligación contractual de no competencia, porque tal aplicación conllevaría el efecto de obstaculizar, o incluso hacer prácticamente*

Universidad de Huelva 2009

Sin embargo, la primera formulación expresa y amplia de la teoría de las restricciones accesorias, en el Derecho Comunitario de la competencia, ha tenido lugar con la entrada en vigor del Reglamento, del Consejo de la Comunidad Económica Europea, sobre el control de las operaciones de concentración de empresas[57] y la Comunicación elaborada por la Comisión sobre las restricciones accesorias en operaciones de concentración de empresas[58]. En la parte III de la Comunicación sobre restricciones accesorias se determinan algunos principios para la calificación y la evaluación de las restricciones accesorias más frecuentes en operaciones de concentración, entre ellas, las cláusulas de la prohibición de la competencia. La Comisión afirma que en acuerdos de "*transferencia de una empresa o de parte de una empresa*" estas cláusulas se aceptan en virtud de la necesidad de que "*el comprador reciba la totalidad del valor de los activos cedidos*"[59]. La Comisión parte de que lo que se transmite es una empresa como unidad funcional[60], con una posición en el mercado que se transfiere al comprador, cuya intención es ocupar esa misma posición, lo que no sería posible si el vendedor, continuando su actividad en ese ámbito, le impidiera hacerse con la clientela de la empresa transmitida.

Por tanto, volviendo al tema que nos intesa, y tratando de recopilar las conclusiones que hemos venido obteniendo, debemos entender, en primer lugar, que el acuerdo entre dos empresarios -por ejemplo, en el supuesto que examinamos de aportación de empresa- dirigido a que el adquirente pueda consolidar la clientela de la empresa transmitida no será ilícito. Antes bien, en la medida que se trata de un acuerdo de dos sujetos normalmente no afectará al mercado y, por tanto, no deberá entenderse prohibido por la LDC. Todo lo

---

imposible, operaciones que el orden jurídico considera generalmente como legítimas>>.

[57] Reglamento núm. 4064/89, del Consejo, de 21 de diciembre de 1989 (DOCE, L 257, de 21-9-1990 y DOCE, L 395, de 30-12-1989).

[58] DOCE, C 203, de 14-8-1990.

[59] Ver, por todos, la parte III, A.1 de la Comunicación sobre restricciones accesorias.

[60] De ahí que excluya la necesidad de otorgar protección al adquirente en los supuestos en los que "la transferencia se limite al inmovilizado material (terrenos, edificios, maquinarias) o a derechos exclusivos de propiedad industrial o comercial".

Universidad de Huelva 2009

contrario, ese acuerdo de no competencia será necesario para garantizar a la sociedad la efectiva adquisición de la empresa aportada. En este sentido, como regla general, cuando se transmita una pequeña o mediana empresa, el pacto de no concurrencia será lícito y si no se ha manifestado de forma expresa por las partes ha de entenderse implícitamente incluido en el negocio de transmisión. En efecto, hay pactos de no competencia a los que no parecen afectar -por su escasa entidad- la LDC.

En segundo lugar, los pactos de no competencia que sean de magnitud relevante no son siempre ilícitos. Cuando éstos sean necesarios para la transmisión efectiva de la entidad aportada y no excedan -temporal, geográfica u objetivamente- de lo necesario para que el adquirente pueda continuar el desarrollo de la actividad transmitida en las mismas condiciones y niveles de rentabilidad que el anterior titular, será también lícito.

En definitiva, independientemente de que el pacto deba considerarse relevante por la magnitud de las empresas, si la limitación de competencia es adecuada con la finalidad de la transmisión de la empresa dicha restricción de competencia no debe considerarse ilícita[61]. Ahora bien, es posible que las partes hayan pactado expresamente en el contrato la prohibición de concurrencia, durante un período de tiempo y en un espacio geográfico determinados, en la actividad propia de la empresa aportada. Pero no podemos afirmar que las partes gozan de libertad absoluta en la determinación de estos límites. Las cláusulas de prohibición de concurrencia en la aportación de empresa no pueden establecerse de manera arbitraria, sino que tienen que orientarse en la finalidad de consolidar la sociedad adquirente la clientela que ya tenía el empresario aportante, como elemento inmaterial de la empresa. Si se excede de dicha finalidad podrá calificarse de acuerdo restrictivo de la competencia prohibido por la Ley de Defensa de la Competencia. Por el contrario, si la cláusula de prohibición de competencia no se extralimita de la finalidad inherente a la aportación de empresa -situar a la sociedad como titular de una organización económica productiva y

---

[61] Podemos entender que quedan excluidas de la prohibición del artículo 85.1 las restricciones necesarias para la realización del objetivo legítimo de un acuerdo principal.

Universidad de Huelva 2009

eficiente-, el Derecho de defensa de la competencia tolera dicho pacto o cláusula por entender que se trata de una limitación concurrencial "razonable"[62].

Por otro lado, no podemos olvidar las conductas prohibidas por la Ley 3/1991, de Competencia Desleal. También en este caso, por imperativo del artículo 4 de la LCD, sus normas serán de aplicación a los actos de competencia desleal que "*produzcan o puedan producir efectos sustanciales en el mercado español*". De acuerdo al tenor literal del artículo 5 de la Ley "*se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*". Entre ellos deben considerarse incluídos aquéllos comportamientos concurrenciales que puedan ser considerados desleales por contrarios a un específico contrato u operación. De ahí que hayamos considerado ilícito desleal, en páginas anteriores, la conducta del transmitente que, amparándose en la exclusión expresa de la prohibición de competencia, pretende realizar determinadas actuaciones que, directa o indirectamente, se dirigen a privar al adquirente de la clientela de la empresa transmitida, aprovechándose de la posición ventajosa que ocupa en virtud de las relaciones anteriores que el primero había mantenido con ella.

---

[62] Realmente, la cláusula en la que se establece la prohibición de competencia constituye una limitación concurrencial puesto que deriva de un acuerdo en virtud del cual una de las partes -aportante- se obliga a no competir con la otra -sociedad-. Sin embargo, si estos pactos consustanciales o accesorios a la transmisión de empresas van dirigidos a entregar al adquirente una organización productiva y eficiente, no sería coherente con la Constitución Económica (el artículo 38 recoge como valor sustantivo constitucional la productividad empresarial o eficiencia socioeconómica) ni, en consecuencia, con el propio Derecho de la competencia, que éste sancionara tales pactos, pues con ellos se persigue, precisamente, estimular la competencia. En definitiva, el sistema económico constitucional precisa empresas fuertes y bien organizadas por lo que es lógico y razonable que el Derecho de la competencia no pueda entorpecer la transmisión de empresas (en este sentido MIRANDA SERRANO, L.M., "La rule of reason en el Derecho de la competencia: a propósito de la transmisión de empresas [Consideraciones en torno a la resolución del TDC en el asunto <<ICI Paints España SA>>]", cit., págs. 2333-2334, advierte que si el Derecho de la competencia prohibiese las cláusulas de no competencia -en tanto que restrictivas o limitativas de la actividad concurrencial- inherentes a los negocios jurídicos de transmisión de empresas, se llegaría a una situación nada conciliable con el sistema económico constitucionalizado del que forma parte un principio normativo básico: el principio de productividad empresarial o eficiencia socioeconómica, tanto del sistema económico constitucional en su conjunto, como de la actividad empresarial, en particular).

Para un estudio más profundo sobre el derecho de la empresa en consonancia con los principios constitucionales, ver, entre otros, FONT GALÁN, J.I., "Legitimación y ajuste constitucional del Derecho Mercantil", *Revista de Fomento Social*, Publicaciones ETEA, 1994, págs. 513 y ss.; ID. "El modelo normativo de la competencia empresarial: una relectura constitucional", *El nuevo Derecho de la Empresa* (dir. VERDERA Y TUELLS), Madrid, 1987; ID., *Constitución económica y Defensa de la competencia*, Madrid, 1987.

Universidad de Huelva 2009

En consecuencia, quien adquiere una empresa en virtud de un negocio jurídico de transmisión *inter vivos* no podrá realizar una adecuada explotación de la empresa adquirida si se configurara como ilicitud concurrencial -con su correspondiente sanción de nulidad- la prohibición de competencia impuesta al transmitente, encaminada, precisamente, a la efectiva transmisión de la empresa. Ilicitud concurrencial que, a su vez, iría en detrimento de la productividad o eficiencia socioeconómica de la actividad del empresario adquirente y, en suma, del funcionamiento del sistema económico en su conjunto.

3°.b. Limitación temporal, objetiva y espacial.

Ahora bien, visto que el pacto de no competencia no ha de ser necesariamente ilícito, cabe preguntarse por las limitaciones -temporales, objetivas y espaciales- que confluyen sobre dicha obligación de no concurrir. O, por mejor decir, hemos visto, por un lado, que hay pactos de no competencia que, por su escasa entidad, no parecen afectados por la LDC. Pero estos pactos, ¿no están sometidos a ningún límite?. Seguramente sí, pero quizás por razones extrañas al Derecho de la competencia. Estarán sometidos a los límites razonables de acuerdo con la buena fe. De otro lado, hemos visto también que hay pactos de no competencia de magnitud relevante que pueden no ser ilícitos en la medida que resulten adecuados o congruentes con la finalidad de la operación. Pero, lógicamente, para que puedan considerarse lícitos se han de circunscribir a ciertos límites objetivos, temporales y espaciales[63].

En primer lugar, será necesario determinar cuál es el período de tiempo razonable durante el cual el aportante debe abstenerse de realizar actos concurrentes con la sociedad. Ante la falta de regulación normativa expresa en nuestro Ordenamiento -a diferencia del italiano que ha fijado en el artículo 2.557 del *Codice civile* un plazo de cinco años-, podemos

---

[63] En este sentido, afirma la Comisión en la, ya citada, Comunicación sobre restricciones accesorias que la "*prohibición de competencia sólo estará justificada por la legitimidad del objetivo perseguido ... cuando su duración, campo geográfico de aplicación, contenido o ámbito de aplicación personal no vayan más allá de lo que de una forma razonable exige dicho fin*" (parte III.a.1).

Universidad de Huelva 2009

presumir, junto a la mayor parte de nuestra doctrina, que ese período no puede ser el mismo en todos los casos, sino que dependerá de la importancia económica de la aportación realizada y de la trascendencia que para la sociedad pueda tener el ejercicio de una empresa similar por parte del aportante[64]. En definitiva, será necesario que el adquirente haya tenido tiempo de hacerse con la clientela que acompaña a la empresa adquirida[65].

El plazo de duración de la obligación de no concurrir dependerá, pues, de las circunstancias de cada caso, salvo que se haya pactado expresamente, entonces habrá que estar a lo convenido. En la ya citada Decisión de la Comisión europea de 12 de diciembre de 1983, en el asunto Nutricia/Remia, la Comisión trata de determinar la duración admisible de la obligación de no competencia en los negocios de transmisión de empresas[66]. Después de haber observado que es imposible definir el lapso de tiempo que constituye un período de protección adecuado, señala que "*cada período de no competencia debe ser apreciado en el contexto que le es propio*" y enuncia una serie de criterios para la determinación de la duración objetivamente necesaria de estas cláusulas: a) el tiempo necesario para que el adquirente pueda hacerse con una clientela; b) el ritmo con el que el consumidor cambia de marca sobre el mercado relevante; c) el tiempo necesario para que el consumidor se habitúe a los nuevos productos o a las nuevas marcas introducidas en el mercado; d) y, finalmente, el período durante el cual, después de la venta, el vendedor, en ausencia de pacto de no competencia, sería capaz de reaparecer en el mercado y retomar su anterior clientela.

---

[64] GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 353.

[65] CÁMARA ÁLVAREZ, M., "La venta de la empresa mercantil. Principales problemas que plantea", cit., pág. 376; BROSETA PONT, M., "La empresa como objeto del tráfico jurídico. Problemas previos", cit., pág. 36; MIRANDA SERRANO, L.M., "La rule of reason en el Derecho de la competencia: a propósito de la transmisión de empresas (Consideraciones en torno a la resolución del TDC en el asunto <<ICI Paints España SA>>)", cit., págs. 2322-2323; GIRBAU PEDRAGOSA, R., "Las cláusulas de no-competencia en los contratos de compraventa de empresa y el Derecho comunitario de la Competencia", cit., págs. 122-123.

[66] A título meramente informativo, en el asunto Nutricia, la cláusula 5 del acuerdo "Salsas" (siguiendo la terminología utilizada en la decisión de la Comisión), Nutricia debía abstenerse durante diez años de fabricar y comercializar salsas en los Países Bajos. Este plazo fue reducido por la Comisión a una duración máxima de cuatro años. En este caso, la venta incluía transferencia de know-how. Por otro lado, en el acuerdo "Condimentos", la obligación de abstención impuesta a Nutricia, de fabricar o comercializar condimentos en Europa durante cinco años, fue limitada a una duración máxima de dos años. En este caso, la transmisión no incluía el know-how.

Universidad de Huelva 2009

Sin embargo, a pesar de estas precisiones, consideramos que, *de lege ferenda*, sería muy conveniente o bien determinar, como ha hecho el legislador italiano, un plazo concreto para la obligación de no concurrir; o bien establecer, como ha hecho la Comisión europea en la Decisión de 12 de diciembre de 1983, un conjunto de criterios válidos para la determinación de la duración del pacto de no concurrir[67]. Para la primera opción, estimamos que el plazo razonable de cinco años es más que suficiente, en la mayoría de los casos, para que el nuevo adquirente pueda consolidar la clientela de la empresa adquirida. Un plazo superior puede parecer, en muchas ocasiones, desproporcionado y excesivo. No obstante, quedaría siempre abierta la posibilidad de que las partes estipulasen un plazo más corto cuando lo considerasen adecuado de común acuerdo. Es decir, si las partes hubieran fijado un plazo inferior a cinco años, en consonancia con las circunstancias y dimensiones reales de la empresa transmitida, no creemos que fuera necesario ampliarlo a un término mayor[68]. Atendiendo a la segunda de las opciones anunciadas, podría resultar conveniente que el Tribunal de Defensa de la Competencia fuera estableciendo, al hilo de las resoluciones de los diferentes casos planteados, unos criterios objetivos que sirvieran de orientación a las partes contratantes para determinar, en cada caso, la duración del pacto de no competencia.

Transcurrido un período de tiempo razonable la prohibición de competencia debe cesar, ya que el adquirente habrá definitivamente consolidado la clientela que debía acompañar a la empresa aportada. No puede imponerse al empresario transmitente -en

---

[67] Como señala SERRA, Y., (*La non concurrence en matiere commerciale, sociale et civile [Droit interne e communautaire]*, cit., pág. 197), hay que felicitar a la Comisión por el extraordinario realismo del que hace prueba al exponer estos criterios que ponen de relieve la verdadera naturaleza de la operación de transferencia de clientela.

[68] La Comunicación sobre restricciones accesorias en operaciones de concentración dedica la parte III, A.2 a determinar la duración aceptable de la prohibición de competencia: "*se ha estimado que un período de cinco años es el apropiado cuando la transferencia de la empresa incluya las existencias y el know-how y un período de dos años tratándose sólo de las existencias*". Es conveniente advertir que, en este párrafo, cambiando la terminología usada en la parte III, A.1, la versión española habla de "existencias y *know-how*" (en vez de clientela y *know-how*). Sin embargo, en otras versiones se usan tanto en la parte III, A.1 como en la parte III, A.2 los mismos términos (o sinónimos): así, en la inglesa, los términos empleados son *goodwill* y *know-how*; en la versión francesa, *clièntele* (o bien *achalandage*) y *savoir faire*; *Kundenstamn* y *know-how*, en la alemana. No obstante, la Comunicación de la Comisión admite expresamente la posibilidad de una período más largo en ciertas circunstancias: "*Sin embargo, esta afirmación no es una norma absoluta y no se descarta la posibilidad de una prohibición más larga en ciertas circunstancias. Por ejemplo, si alguna de las partes implicadas en la concentración puede demostrar que la clientela seguirá siendo fiel durante un período de más de dos años o que el ciclo de vida económica de los productos de que se trate será de más de cinco años*".

Universidad de Huelva 2009

nuestro caso al socio aportante-, por el simple hecho de la transmisión de su empresa, una prohibición absoluta indefinida temporalmente.

En segundo lugar, podemos hablar de una limitación de ámbito objetivo. No se trata de impedir al aportante -o transmitente en general- el ejercicio de actividades económicas; no se trata de prohibiciones incondicionadas al ejercicio del comercio. Se prohíbe, específicamente, el ejercicio de actividades económicas concurrenciales[69], como pudieran ser la fabricación, comercialización u ofrecimiento de los productos o servicios que ocupan la actividad económica de la empresa aportada. La competencia se prohíbe al empresario aportante en virtud del desarrollo del mismo género de comercio o de la gran similitud con aquél que ejercía por medio de la empresa aportada. En definitiva, se trata de que la sociedad no pierda la clientela como consecuencia de la actuación competitiva del socio aportante, riesgo que sólo existe si éste último sigue trabajando en actividades, o con productos o servicios, del mismo sector, menoscabando las expectativas de la sociedad adquirente. Podemos, pues, entender que se prohíben aquellos actos que se cualifican por su idoneidad para ser instrumentos de atracción de clientela. La actividad, por tanto, cuyo ejercicio es prohibido al aportante es aquélla susceptible de mermar la clientela de la empresa aportada[70].

Finalmente, la prohibición de competencia debe ser válida para cualquier lugar geográfico donde el desarrollo de la actividad del socio aportante pueda impedir que la sociedad obtenga con la empresa la clientela que debe acompañarla. Lo normal será pues que la limitación geográfica abarque todo el territorio donde el aportante ofrecía sus productos o servicios antes de la transmisión, esto es, al mercado geográfico de la empresa transmitida

---

[69] Referido el adjetivo concurrencial a la actividad desarrollada por el empresario aportante y adornado con el carácter de "proximidad", es el que hace jurídicamente relevante la concurrencia. La actividad que se impide es, por tanto, aquella actividad y sólo aquélla cuyo ejercicio se encamina a satisfacer idénticas o análogas necesidades a las que tiende a satisfacer la actividad ejercitada por la sociedad adquirente de la empresa aportada.

[70] La Comunicación sobre restricciones accesorias en operaciones de concentración, en la parte III, A.4, establece que "*el contenido de la cláusula de prohibición de competencia debe limitarse a los productos y servicios que constituyan la actividad económica de la empresa o parte de la empresa transferida*".

Universidad de Huelva 2009

y no al que pudiera ganar en los años posteriores a la transmisión[71]. Precisamente, si lo que se pretende con la prohibición de concurrencia es que la clientela adquirida por una empresa siga a ésta, parece fuera de lugar prohibir al socio aportante que ejerza una actividad empresarial incluso análoga en un lugar, o en un espacio geográfico, en el que su actividad no puede dañar a la clientela de la empresa aportada. También aquí habrán de ser tenidas en cuenta las circunstancias de cada caso. Habrá que estar a la índole de las actividades que desarrolle la empresa transmitida y al volumen de sus operaciones y, particularmente, al ámbito espacial sobre el que se proyecta su actividad[72].

A modo de ejemplo, podemos aludir nuevamente, dentro del ámbito comunitario, al asunto Reuter/BASF[73]: a) el plazo de duración de la cláusula de no competencia la fijó la Comisión en cinco años[74]; b) en cuanto al ámbito geográfico de aplicación de la cláusula de no competencia podemos considerarlo bastante amplio, pues, se extendía a aquellos mercados en los que la empresa cedida aparecía como un competidor potencial en razón de esfuerzos sustanciales demostrables[75]; c) respecto a las actividades que se podían considerar

---

[71] En el acuerdo "Condimentos"del asunto Nutricia, la prohibición de operar en el mercado de los condimentos de los países Europeos, fue declarada nula por la Comisión, pues la sociedad afectada sólo actuaba en los mercados belgas, holandés y alemán.

[72] La Comunicación de la Comisión sobre restricciones accesorias en operaciones de concentración de empresas afirma, en su parte III, A.3 que "*el ámbito geográfico de la prohibición de competencia debe limitarse a la zona en donde hubiera introducido el vendedor sus productos o servicios antes del traspaso. No parece ser necesario, desde un punto de vista objetivo, que el adquirente esté protegido contra la competencia del vendedor en territorios en los que el vendedor no se había introducido anteriormente*".

[73] El vendedor había sido sometido a un acuerdo que le prohibía, durante un período de ocho años, la divulgación de conocimientos técnicos referidos al ámbito contractual, la explotación de estos conocimientos, así como toda actividad personal de investigación en ese campo. En su decisión, la Comisión se pronunciaba en favor de la admisibilidad de restricciones de competencia justificadas por una mejor garantía del objeto del contrato, en todos los supuestos en que la venta se refiere a una empresa organizada.

[74] La duración máxima permitida en este caso concreto era igual al lapso de tiempo transcurrido desde la celebración del contrato hasta el éxamen del mismo por la Comisión: "*...hay que considerar que, en cualquier caso, en la fecha de la presente decisión, o sea cinco años después de la cesión, BASF no tiene ya necesidad de una protección particular contra la competencia del Sr. Reuter*".

[75] Este criterio no es seguido por la Comisión en la Comunicación sobre restricciones accesorias que hemos venido comentando. En efecto, en esta última, en la parte III, A.3, se afirma que "*no parece necesario, desde un punto de vista objetivo, que el adquirente esté protegido contra la competencia del vendedor en territorios en los que el vendedor no se había introducido anteriormente*".

Universidad de Huelva 2009

como formas de hacer competencia a la empresa adquirente, la Comisión no aceptó que pudieran incluirse, en este caso, la investigación y desarrollo con fines no comerciales. Consideró, entonces, que esta prohibición excedía de lo necesario para garantizar la cesión de la empresa. El hecho de que el vendedor investigue y desarrolle los conocimientos derivados de esa investigación para llegar a su aplicación industrial, sin violar el secreto ni utilizarlos en hacer competencia al adquirente, no compromete la realización del objetivo legítimo del contrato.

En el ámbito nacional, podemos tomar como modelo, respecto a las limitaciones al acuerdo de no concurrir, la Resolución "ICI Paints España, SA", de 2 de marzo de 1993, donde el Tribunal de Defensa de la Competencia apreció que el pacto de no competencia efectuado entre las partes no contenía otras restricciones que las "*objetivamente necesarias para la transferencia plena del establecimiento mercantil*". En efecto, el pacto aparecía triplemente limitado: a) "razonable" limitación temporal, en cuanto que se limitaba al período necesario para que el comprador consolidase la cuota de mercado del transmitente, cinco años; b) "razonable" limitación objetiva, ya que se circunscribía a los productos constitutivos de la parte de actividad de la empresa transmitida; c) "razonable" limitación espacial o geográfica, por cuanto que el pacto sólo regía en el mercado en el que la empresa vendedora era activa en el momento de la venta o en aquellos mercados en los que podía ser considerada competidora potencial a la vista de su actividad.

Por último, dando así por terminadas las cuestiones relativas a la obligación de no concurrir, debemos cuestionarnos, por un lado, si la obligación de no hacer la competencia subsiste, durante el plazo de su vigencia, aunque la empresa sea de nuevo transmitida. Y, por otro lado, si en caso de muerte del empresario transmitente, la obligación de no hacer la competencia se transfiere a sus herederos.

Respecto a la primera cuestión que hemos planteado parece que la respuesta debe ser positiva. No obstante, es conveniente que tengamos en cuenta la naturaleza de la transmisión

Universidad de Huelva 2009

que se efectúa. Así, en los supuestos de sucesión *mortis causa* a título universal los herederos del adquirente pueden hacer valer la obligación de no concurrir frente al transmitente originario, ya que ocuparán la misma posición que su causante. En efecto, la sucesión a título universal, por causa de muerte del adquirente de la empresa, origina la transmisión de su entero patrimonio a los herederos. Precisamente, como se produce una sucesión a título universal, éstos pasan a ocupar la posición de su causante respecto de sus bienes, sus derechos y sus obligaciones. Se produce la transmisión en bloque del entero patrimonio del causante, sin necesidad de que se efectúe la transmisión individualiza de cada uno de los componentes del patrimonio, esto es, sin que sea necesario seguir la ley de circulación propia de cada uno de los elementos del patrimonio transmitido. Como en el patrimonio del causante existía un derecho de crédito cuyo contenido consistía en exigir del transmitente de la empresa que no hiciera a aquél la competencia en la actividad propia de la empresa aportada, este derecho es ahora adquirido por los herederos. Consecuentemente, éstos podrán continuar exigiendo esa conducta pasiva del deudor transmitente.

En cambio, si pensamos en una nueva transmisión *inter vivos* de la empresa a título singular, la respuesta positiva al interrogante planteado tendrá, igualmente, su fundamento en la contrafigura de la obligación negativa de no hacer que pesa sobre el primer adquirente, esto es, en el crédito a exigir que el deudor no haga lo que no debe hacer, crédito transmisible tanto *"inter vivos", a título singular,* como *"mortis causa"*, en tanto un elemento más del conjunto patrimomnial transmitido a título universal[76]. Ahora bien, es preciso recordar que cuando la empresa se transmite por un negocio *inter vivos*, no se produce una sucesión universal del adquirente respecto al patrimonio empresarial del transmitente. No obstante, la intención de las partes es que el adquirente se subrogue en la posición ocupada por el transmitente respecto a la titularidad de la empresa. Se pretende, por tanto, que el adquirente suceda al transmitente en los bienes, derechos, obligaciones y cualquier otra posible relación afecta al ejercicio de la actividad empresarial. Lo que ocurre es que, como

---

[76] En este sentido se manifiestan CÁMARA ÁLVAREZ, M., "La venta de la empresa mercantil. Principales problemas que plantea", cit., pág. 377 y, en la doctrina italiana, PETTITI, D., *Il trasferimento volontario d'azienda*, cit., pág. 40.

Universidad de Huelva 2009

en repetidas ocasiones hemos señalado, la transmisión de todos y cada uno de los elementos patrimoniales que integran la empresa no puede realizarse en un sólo acto sino que es necesaria la transmisión separada de cada uno de ellos, siguiendo la ley de circulación que le corresponda de acuerdo con su propia naturaleza. Consecuentemente, en principio, salvo que expresamente haya sido excluido del objeto de la transmisión por las partes interesadas, se transmitirá ese crédito junto al resto de los elementos que integran la entidad productiva, en tanto que las partes consideran la empresa a los efectos del negocio de transmisión -cualquiera que sea la forma jurídica adoptada- como único objeto, a pesar de la necesaria transmisión individualizada de cada uno de sus elementos[77].

En cuanto al segundo interrogante planteado, no es posible dar una respuesta válida para todos los supuestos de hecho que pueden presentarse. La solución dependerá, por tanto, de las distintas circunstancias de cada caso. Por regla general los herederos ocupan la misma posición jurídica que su causante al adquirir a título universal el patrimonio de éste. En ese patrimonio la obligación de no concurrir sigue vigente, salvo que existan razones para considerar que la actuación de los herederos no puede causar ningún perjuicio al adquirente de la empresa, es decir, salvo que los herederos no estén en condiciones de desarrollar una actividad análoga aprovechándose del hecho de que su causante fuera el anterior titular. Pensemos que, en realidad, la obligación de no hacer la competencia tiene su razón de ser en el perjuicio que una determinada actividad concurrencial puede ocasionar a éste, en concreto, impidiendo que se produzca la transmisión de la clientela. Por tanto, dependerá de la existencia de ese mismo riesgo para determinar en los distintos supuestos si debe operar o no esa misma obligación. Ese riesgo estará siempre presente cuando el heredero o los herederos hayan colaborado o hayan hecho seguimiento de la actividad empresarial desarrollada por parte de su causante. Pero, incluso es posible que sin haber desarrollado actividad empresarial alguna, el heredero pueda estar en condiciones de tomar o aprovecharse de diversos elementos de la empresa transmitida (direcciones de clientes,

---

[77] Sobre la transmisión de la empresa como objeto unitario de negocios jurídicos, véase el capítulo III de este trabajo, **LA EMPRESA COMO APORTACIÓN SOCIAL**.

Universidad de Huelva 2009

resultado de investigaciones de mercado, etc.), a través de actuaciones que pueden comprometer y perjudicar el ejercicio de la actividad empresarial por parte del adquirente.

En principio, pues, la obligación de no competencia se transmite a los herederos que adquieren el patrimonio de su causante a título universal, subrogándose en la posición que éste ocupaba respecto a todos sus bienes, derechos y obligaciones. Ahora bien, si éstos -a pesar de su condición de herederos- no se encuentran en situación efectiva de hacer competencia ilícita -por contraria al contrato de transmisión de empresa que les afecta (art. 1.257 C.c.)- entonces probablemente podrían considerarse no vinculados por la obligación. No obstante, esto no quiere decir que sobre ellos no pese, en términos genéricos, la obligación de no concurrencia. Lo que ocurre es que, de hecho, habrá casos en que no podrán contravenirla, en tanto no estarán en condiciones de efectuar esa competencia anticontractual. Pero si en virtud de su condición de herederos, están en condiciones de efectuar esa competencia anticontractual, detrayendo la clientela de la empresa transmitida, entonces la obligación de no competencia les vincula absolutamente.

II. GARANTÍAS EN LA TRANSMISIÓN Y ENTREGA DE LOS BIENES APORTADOS. PECULIARIDADES EN EL SANEAMIENTO DE LA EMPRESA APORTADA.

1º. Planteamiento general.

Al comienzo de este capítulo, hemos apuntado que la aportación de una empresa a la sociedad anónima presenta ciertas peculiaridades respecto a otras aportaciones no dinerarias. En efecto, el carácter singular del objeto de aportación -la empresa- y las dificultades que plantea su transmisión como conjunto unitario obligan al aportante a desarrollar determinados comportamientos que, por el contrario, no son necesarios cuando la aportación consiste en otro bien o derecho de naturaleza menos compleja. Así, hacíamos referencia a

Universidad de Huelva 2009

determinadas prestaciones que tiene que cumplir el aportante de empresa que no son generales para todas las aportaciones *in natura,* sino exclusivas de la aportación de empresa. Decíamos que el aportante de empresa, además de una conducta activa, un "hacer" -deber de asesoramiento, información sobre la clientela, etc.- está obligado a un "no hacer", esto es, está obligado a no hacer la competencia a la sociedad en la actividad propia de la empresa aportada. Esta obligación de no concurrir contribuye a que la sociedad esté en disposición de continuar el ejercicio y explotación de la entidad aportada, obteniendo los beneficios esperados.

Ahora bien, junto a estas actuaciones que obligan al aportante de empresa y que son exclusivas de esa concreta aportación, éste ha de cumplir, además, las obligaciones generales de garantía en la transmisión y entrega de los bienes aportados. Nos referimos en este momento a la obligación de saneamiento que pesa sobre el aportante.

La obligación de saneamiento, a diferencia de la obligación de no concurrir, no se conecta con el hecho de que se aporte una empresa sino que es común al negocio jurídico de aportación. Es decir, como inmediatamente comprobaremos, es una obligación eventual y posterior a la entrega del bien, y rige para cualquier aportación *in natura.* La peculiaridad de la obligación de saneamiento en la aportación de empresa deriva de que el artículo 39.3 de la LSA dicta ciertas normas específicas para el supuesto concreto de aportación de la entidad productiva. De ahí que el régimen aplicable a la obligación de sanear la empresa aportada se aleje, en cierta medida, del régimen de la obligación de sanear otros bienes susceptibles de ser aportados a la sociedad anónima.

Para corroborar estas afirmaciones, y comprobar las especialidades que presenta la obligación de saneamiento en los supuestos de aportación de empresa, creemos necesario determinar *a priori* en qué términos se resuelve la transmisión y entrega, la obligación de saneamiento y la transmisión del riesgo en los supuestos de aportación de otros bienes. Sólo así, podremos ver con claridad cuáles son las peculiaridades que expresamente establece la

Universidad de Huelva 2009

LSA para la hipótesis de aportación de empresa.

2°. La aportación de bienes muebles, inmuebles y derechos asimilados a ellos.

El artículo 39 de la LSA, sin ánimo de establecer en ningún momento una lista o enumeración exhaustiva y cerrada, hace referencia a algunos posibles objetos de aportaciones no dinerarias a las sociedades anónimas, dictando ciertas normas a las que deben someterse. En particular, el precepto citado contempla, en su párrafo primero, para los supuestos de aportación de bienes muebles, inmuebles o derechos asimilados a ellos, las obligaciones y responsabilidades que, en materia de saneamiento, pesan sobre el aportante, así como la cuestión relativa a la transmisión de los riesgos. Ahora bien, llama la atención el hecho de que, después de haber admitido en el artículo 36.2 de la LSA, cuanto menos implícitamente, las aportaciones realizadas a título de uso, el artículo 39.1 no haga referencia alguna, ni por tanto distinción, para la aplicación de estas normas atendiendo al título al que se realiza la aportación.

Respecto de los bienes muebles, inmuebles y derechos asimilados a ellos establece el artículo 39.1 de la LSA la obligación del aportante de entrega y saneamiento, para cuyo cumplimiento remite de forma expresa a las normas de la compraventa recogidas en el Código civil[78]. Así mismo, contempla la transmisión de los riesgos, remitiendo igualmente a las normas del negocio jurídico de compraventa, pero en este caso a las recogidas en el Código de comercio[79], decisión que parece acertada en virtud de la mayor protección que

---

[78] Con esta remisión al Código civil se evitan las dudas de interpretación que plantean las normas del Código de comercio en esta materia, en las que resulta difícil distinguir los casos de incumplimiento de los de responsabilidad por vicios. A la misma vez se fija un régimen más beneficioso para la sociedad; prueba de ello es el mayor plazo de seis meses para la denuncia de los vicios ocultos que establece el artículo 1.490 del C.c. frente al plazo de 30 días que concede el artículo 342 del C. de c. para el mismo supuesto.

[79] La aplicación directa de las normas reguladoras de la compraventa, por mandato expreso del artículo 39.1 de la LSA, no viene a significar que exista una identificación entre el negocio jurídico de aportación a la sociedad y el de compraventa. Partimos de la configuración de la compraventa como contrato tipo de los negocios bilaterales, mientras que el contrato de sociedad es plurilateral y en el no caben obligaciones contrapuestas. En la doctrina francesa, se ha criticado la aplicación de las normas del contrato de compraventa a las aportaciones, hasta el punto de que se ha llegado a excluir la aplicación de aquellos preceptos que hacen referencia al precio (ver, por todos, BLAISE, H., *L'apport en société*, cit. pág. 140).

Universidad de Huelva 2009

las mismas pueden ofrecer al capital social[80]. No obstante, debemos advertir que las normas dictadas para la compraventa sólo serán aplicables cuando no sean incompatibles con las normas y principios reguladores del contrato de sociedad[81]. Y, en segundo término, aún cuando esta afirmación es relativa, sólo serán aplicables cuando las aportaciones sean realizadas a título propiedad, ya que a las efectuadas a título de uso le son aplicables por analogía, en principio, las normas reguladoras del contrato de arrendamiento[82]. No podemos

---

[80] Es conveniente tener presente que, de acuerdo con las normas del Código civil, siguiendo una amplia interpretación de las mismas, las consecuencias económicas negativas derivadas de la pérdida o deterioro del bien por caso fortuito o fuerza mayor pesarían sobre el patrimonio de la sociedad desde el momento de la perfección del contrato. Aún cuando la doctrina civilista no es unánime en esta cuestión, ésta es la interpretación mayoritariamente aceptada, con distintos matices de apreciación, del artículo 1.452 del C.c. puesto en relación con los artículos 1.096 y 1.182, a los que el primero remite expresamente para determinar el principio general -que rige para las cosas no fungibles y para las fungibles cuya venta se hace aisladamente y por un sólo precio o sin consideración a su precio, número y medida-, en materia de transmisión del riesgo (ver, entre otros, DIEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. 2°, 5ª ed., cit., págs. 308-312; LÓPEZ LÓPEZ, A.M., *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, [dir. PAZ-ARES, DIEZ-PICAZO, BERCOVITZ, SALVADOR], T. II, Madrid, 1993, págs. 892-898; MANRESA, *Código Civil español* [Artículos 1.445-1.541], T. 10, vol. 1°, 6ª ed., Madrid, 1969, págs. 145-152). Por su parte, CASTÁN, *Derecho Civil Español, común y foral*, T. IV, cit., págs. 102-106, matiza que el riesgo debe ser soportado por el comprador y éste debe estar obligado a pagar el precio, sólo si el vendedor había hecho ya cuanto estaba en su mano para satisfacer el interés del acreedor de la prestación imposibilitada. Por el contrario, aplicando las normas del Código de comercio, el riesgo por pérdida o deterioro recae sobre el socio aportante hasta el momento de la entrega o, en su caso, de "la puesta a disposición", a partir del cual pasa a soportarlo el patrimonio de la sociedad.

[81] Las dificultades que presentan la interpretación de las normas de los códigos sobre entrega, saneamiento y riesgos, así como su insuficiencia, se solventan en la práctica, para la compraventa, con el artículo 1.255 del C.c. Las partes regulan el contenido del contrato de acuerdo con sus intereses, introduciendo cláusulas que a veces incluso sustituyen al régimen legal, al ser éste de carácter dispositivo. Frente a este carácter dispositivo de las normas reguladoras de la compraventa, el régimen de las aportaciones a la sociedad anónima está sometido, por el contrario, a normas de carácter imperativo. La realidad y efectividad del capital social, integrado por las aportaciones de los socios, interesa, además de a los socios y a la propia sociedad, a los terceros acreedores, por lo que no puede quedar sin más en manos de las partes la posibilidad de reducir la responsabilidad del aportante o, en general, las garantías que protegen la aportación. De ahí, a título meramente indicativo, la necesaria aplicación parcial de los artículos 1.475.3 y 1.485.2 del C.c., entre otros (por el contrario no hay inconvenientes en que tales garantías se incrementen). Consecuentemente, el régimen de nuestros códigos a los que remite la LSA parece suponer un límite mínimo en cuanto a las obligaciones y a las responsabilidades del aportante (esta conclusión es puesta de manifiesto por LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales [Artículo 36 a 41 LSA]", cit., pág. 113; SÁNCHEZ MIGUEL, M.C., "De las aportaciones [Artículos 36 a 41], cit., págs. 909-910).

[82] A pesar de que la LSA no remite expresamente a las normas reguladoras del contrato de arrendamiento para su aplicación a las aportaciones efectuadas a título de uso, en la medida en que ello sea posible, entendemos necesaria su aplicación. Cuando la aportación se efectúa a título de uso, la sociedad, al igual que el arrendatario, verá ingresar en su patrimonio el derecho a usar un bien determinado por un período de tiempo cierto. En cualquier caso, no podemos olvidar que el artículo 1.553 del C.c., regulador del contrato de arrendamiento, remite expresamente en materia de saneamiento a las normas propias de la compraventa. Consecuentemente, en relación al saneamiento por evicción o vicios ocultos de las aportaciones efectuadas a título de uso, serán aplicables igualmente, en la medida de lo posible, las normas del contrato de compraventa, no sin ciertas particularidades que será conveniente precisar.

Universidad de Huelva 2009

olvidar que sobre el aportante de uso pesa una específica obligación de garantía[83], asume el riesgo del bien y éste le será devuelto una vez finalizado el período de disfrute pactado o cuando la sociedad se disuelva.

Finalmente, el precepto al que aludimos incluye, junto a los bienes muebles e inmuebles, los derechos asimilados a ellos, pero en ningún momento aclara qué debemos entender por la expresión "derechos asimilados a ellos". Puede tratarse de derechos sobre bienes inmateriales[84] cuya plena titularidad es susceptible de aportación social, o de derechos reales limitados[85], que también se pueden aportar siempre que sean transmisibles[86], y, ¿por qué no?, al mero derecho de uso sobre un bien determinado por un período de tiempo cierto.

2°.a. La obligación de entrega.

La efectividad de las aportaciones no dinerarias depende de que los bienes comprometidos hayan sido entregados a la sociedad. Esta obligación de entrega es también predicable de la aportación de empresa[87]. El artículo 39.1 de la LSA establece la obligación de entrega del aportante, remitiendo su régimen al contenido en el Código civil para el contrato de compraventa (arts. 1.462 a 1.473). Ahora bien, debemos reiterar que dichas normas sólo serán aplicables en la medida en que no sean incompatibles con las establecidas

---

[83] Sin ánimo de repetir lo que en relación a las aportaciones de uso se ha puesto de manifiesto en el capítulo II, **TITULO DE LA APORTACION A LA SOCIEDAD ANÓNIMA**, es conveniente recordar que el aportante de uso tiene que conservar la cosa en estado de servir para el uso a que ha sido destinada y tiene que mantener a la sociedad en su goce pacífico durante todo el tiempo estipulado en el contrato (art. 1.554 C.c.).

[84] VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. I, vol. 1°, cit., pág. 437.

[85] CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, I, cit., pág. 407.

[86] No son aportables porque no son transmisibles los derechos de uso y habitación (art. 525 C.c.); ni las servidumbre prediales, salvo que se transmitan con el predio dominante.

[87] En el capítulo III de este trabajo, **LA EMPRESA COMO APORTACION SOCIAL**, punto III **EL PRINCIPIO DE REALIDAD DEL CAPITAL EN LA APORTACIÓN DE EMPRESA**, hemos dedicado un apartado, en concreto el 2° **La "entrega" de la empresa**, a analizar de qué manera se produce la entrega efectiva del bien aportado cuando éste consiste en una entidad productiva. Con ánimo de evitar reiteraciones innecesarias remitimos a ese lugar.

Universidad de Huelva 2009

para el contrato de sociedad y, en particular, con las normas reguladoras de las aportaciones sociales.

Para la aportación a título de propiedad, la entrega se traduce en la transmisión definitiva del bien o derecho del patrimonio del aportante al patrimonio de la sociedad. De este modo, se transmite a la sociedad la propiedad del bien o derecho aportado. El artículo 609 de nuestro C.c. establece el sistema conocido como de "título y modo". La transmisión se produce en virtud de la concurrencia del contrato obligacional (título) y el correspondiente desplazamiento posesorio material (tradición o modo). La tradición se configura, por tanto, como una especie de *conditio iuris* del cumplimiento por parte del deudor de su obligación de entregar el bien. El bien aportado se entenderá entregado cuando se ponga en poder y posesión de la sociedad[88]. En ocasiones, el Derecho facilita este desplazamiento posesorio a través de ficciones, como ocurre en la denominada tradición simbólica (art. 1.463 C.c.) o en la tradición instrumental (art. 1.462.2 C.c.). Esta última, en tanto otorga eficacia traditoria al otorgamiento de la escritura pública, de ordinario es el procedimiento de transmisión utilizado en relacion con los bienes aportados a la sociedad anónima, donde se aprovecha la necesidad de aquélla para llenar el círculo translativo de la titularidad plena[89]. El otorgamiento de escritura en la constitución o en el aumento de capital equivale, pues, en principio, a la entrega.

El Código civil regula la obligación de entrega en los artículos 1.462 a 1.473. Ahora bien, no todos estos preceptos pueden ser aplicados cuando el negocio jurídico de transmisión consiste en la aportación a la sociedad. En este sentido, no son aplicables los

---

[88] Es preciso advertir que el artículo 609 del C.c. es aplicable a la transmisión de la propiedad y los demás derechos reales. Para la transmisión de los derechos personales el régimen es diferente, atendiendo en cada caso al supuesto concreto ante el que nos encontremos. Los derechos son cosas incorporales de manera que no cabe propia y verdaderamente entrega y posesión, aún cuando en determinadas ocasiones éstos pueden materializarse -por ejemplo un derecho de crédito incorporado a un título-valor- y, en ese caso, seguramente necesitarán de la tradición del soporte material para la transmisión del derecho; pero no es necesaria esa materialización para su transmisión.

[89] Es conveniente recordar que el negocio jurídico de aportación ha de constar siempre en la escritura pública, bien de constitución, bien de aumento del capital.

Universidad de Huelva 2009

artículos 1.466 y 1.467 que presuponen la obligación de pagar un precio que en el supuesto de aportación no existe. Tampoco es aplicable, al menos en su totalidad, la resolución del contrato, en este caso el de sociedad, si se produce el incumplimiento de la obligación de entrega por parte de uno o varios socios. Así es, producido el incumplimiento aludido, sólo se resolverá el vínculo entre el aportante o los aportantes y la sociedad, es decir, habrá únicamente resolución parcial y no total del contrato de sociedad[90]. No obstante, si la aportación fuera esencial para el fin común, en el sentido de que sin ella no puede atenderse a la realización o desarrollo de la actividad social, se procederá a la disolución de la sociedad por imposibilidad de realizar el fin social (art. 260 LSA)[91]. Tampoco encuentran acogida para los supuestos de aportación la aplicación de los artículos 1.469 y 1.470 del C.c., que permiten un diferencia de cabida, pues el aportante debe entregar a la sociedad la misma cosa que se comprometió a aportar; consecuentemente no es posible la entrega de un inmueble de menor o mayor cabida[92].

En cambio, con una importancia considerable, debemos entender aplicable el artículo 1.462 del C.c. De acuerdo con los términos literales del precepto, párrafo 1°, se producirá la *entrega real* cuando la cosa se ponga en poder y posesión del comprador. La tradición, por sí misma, provoca el desplazamiento de la posesión, y si va acompañada de otros requisitos (propiedad del transferente y *causa traditionis*) opera, además, la transmisión de la propiedad. Consecuentemente, para transmitir la propiedad mediante la tradición será necesario, de un lado, que el transmitente sea el propietario del bien, y, de otro lado, que transmitir la propiedad sea precisamente la voluntad de las partes. El párrafo 2° del mismo

---

[90] JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.-DÍAZ MORENO, A., "Nulidad de la sociedad (Artículos 34 y 35 LSA)", cit., págs. 39-41.

[91] En efecto, la resolución del contrato, tal como se ha previsto para la compraventa, no encuentra aplicación en materia societaria. Solamente si el bien comprometido y no entregado es esencial para el fin común se procederá, como hemos señalado, a la disolución de la sociedad por imposibilidad de realizar el fin social (art. 260 LSA). En otro caso, debemos entender que las vicisitudes que afectan a un socio no determinan la resolución del contrato de sociedad, sino que limitan sus efectos en relación exclusivamente al socio aportante, produciéndose la resolución parcial del contrato, en definitiva, lo que denominamos resolución del negocio jurídico de aportación.

[92] Como acertadamente advierte LOJENDIO OSBORNE, I., ("Aportaciones sociales [Artículos 36 a 41 LSA]", cit., pág. 117), no debe confundirse esta inaceptable diferencia de cabida con la posible diferencia de valoración que permite el artículo 133 del RRM.

Universidad de Huelva 2009

precepto contempla un supuesto de tradición no material: la denominada *tradición instrumental*. En este caso, como hemos apuntado, el otorgamiento de escritura pública se equipara a la entrega de la cosa, salvo si de la misma escritura resultare o se dedujera claramente lo contrario[93]. La tradición instrumental es válida y eficaz cuando lo aportado consista en bienes muebles e inmuebles, así como en derechos asimilados a ellos. Pero también será válida, por mandato expreso del artículo 1.464 del C.c., para los bienes incorporales. Así pues, será la escritura de constitución, o en su caso la escritura de aumento de capital, la que equivalga a la entrega de las aportaciones que en ella se describen[94].

La condición fundamental para que sea eficaz la tradición instrumental es que el aportante tenga la posesión, en concepto de dueño[95], de la cosa aportada. En las aportaciones a título de propiedad transmitir la posesión significa transmitir la propiedad, propiedad que sólo el dueño o propietario del bien puede transmitir. Consecuentemente, en principio -sin perjuicio de la regla que en nuestro Derecho hace posible la adquisición *a non domino*-, no puede aportar a título de propiedad quien nunca fue propietario del bien y tampoco quien lo fue pero transmitió su propiedad a un tercero. Podemos decir que en ninguno de estos supuestos se produce una efectiva aportación patrimonial a la sociedad[96]. Sin embargo, aún cuando la transmisión de la posesión tiene, muy frecuentemente, la

---

[93] Esto sucede si la aportación se aplaza. El aportante estará entonces obligado a la entrega en los términos que resulte de lo que los estatutos determinen respecto del tiempo, forma y procedimiento para efectuar el desembolso pendiente, o, en su caso, de lo que acuerden o decidan los administradores (arts. 40.2 y 42 LSA).

[94] Consecuentemente, se entiende entregada la cosa desde que se pone en poder y posesión de la sociedad. El otorgamiento de la escritura de constitución, o en su caso la del aumento de capital, equivale a la entrega. Ahora bien, no podemos mantener que el momento de transmisión de la propiedad sea el de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, en los casos de constitución, y ello porque el artículo 15 de la LSA reconoce la existencia y autonomía del patrimonio de la sociedad en formación, aunque la oponibilidad de la transmisión frente a terceros adquirentes se produzca desde el momento de su inscripción en el Registro de la Propiedad o en el de Bienes Muebles cuando se cree (sobre esta cuestión, la existencia y autonomía patrimonial de la sociedad anónima en formación, remitimos al capítulo I de este trabajo).

[95] Véase, en este sentido, CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, TI, cit., pág. 410; ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO; A., "Tradición instrumental y aportación social", cit., pág. 473; LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 119; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I., *Aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima*, cit., págs. 106-107.

[96] En estos términos se manifiesta LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 119.

Universidad de Huelva 2009

finalidad de transmitir la propiedad[97], pudiera darse la hipótesis de que el socio aportara una cosa que, poseyéndola, creyera suya y si la sociedad no es perturbada en su posesión, en principio legal y pacífica, no reclamará nada al aportante[98]. Producido el supuesto de hecho enunciado, parece que la garantía de la responsabilidad en caso de evicción es suficiente protección del patrimonio social y mientras la evicción no se produce, puede considerarse que la sociedad tiene la cosa aportada como si fuera suya pues ha adquirido una posesión legal y pacífica en concepto de dueño[99]. Distinto parece el supuesto en que la sociedad adquiere de buena fe del que no es dueño, quedando protegida en su adquisición. El patrimonio social se integra y los problemas que derivan de la falta de titularidad quedan al margen del ámbito societario[100].

Otro supuesto que puede plantearse es aquél en el que el aportante es propietario del bien bajo condición resolutoria. En este caso no es posible su aportación, pues no se produce una efectiva aportación a la sociedad, con independencia de que ésta se produzca en el futuro porque el aportante adquiera la propiedad o la condición resolutoria no se cumpla[101].

---

[97] La tradición es un acto no formal que objetivamente se concreta en el desplazamiento de la posesión de una cosa. Ahora bien, la tradición, entendida como entrega material, se produce no sólo para transmitir la propiedad, sino también para la simple detentación, lo que atribuye contenido jurídico al acto es la relación que se quiere actuar y la voluntad de las partes de transmitir o no la propiedad. Es necesario tener en cuenta que cuando la aportación se realiza a título de uso, el goce o disfrute del bien o derecho que a este título se aporta, requiere la transmisión de la posesión, pero, en tal caso, ello no supone la transmisión de la propiedad que seguirá siendo del nudo propietario, del arrendador, o, en cualquier caso, de quien corresponda en cada supuesto.

[98] El Código civil impone al vendedor la obligación de entrega pero no establece explícitamente la obligación de transmitir la propiedad, sólo le hace responsable en caso de evicción.

[99] A esta conclusión llega LOJENDIO OSBONE, I., "Aportaciones sociales (Artículo 36 a 41 LSA)", cit., pág. 119. En el mismo sentido GARRIGUES, J., (*Dictámenes de Derecho Mercantil*, T. II, cit., págs. 595-596), concluye al examinar la venta de cosa ajena que ésta es válida, al menos cuando las partes procedan de buena fe, y sostiene que: "*si la persona que ha vendido una cosa ajena no logra adquirir la propiedad de esta cosa para entregarla al comprador, esta imposibilidad subjetiva subsistente sólo dará lugar a que la obligación se convierta en el deber de indemnizar o a que se produzcan las demás consecuencias del incumplimiento, pero nunca a la ineficacia del contrato*".

[100] LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., págs. 119-120.

[101] Por el contrario, puede darse el caso de que un socio, que ha desembolsado la parte de capital que exige la Ley y ha aplazado el desembolso del resto, adquiera el compromiso de entregar en el futuro un bien del que es propietario bajo condición resolutoria o, en cualquier caso, del que en ese momento no es propietario, siempre que se acuerde que, en el supuesto de que llegado el momento no pueda cumplir su compromiso, entregue una suma de dinero por el desembolso pendiente.

Universidad de Huelva 2009

Consecuentemente, lo fundamental o el requisito esencial para la efectiva validez de la tradición instrumental es que el aportante sea el poseedor del bien[102]. No es posible la aportación de un bien, propiedad del aportante, sobre el cual éste no es poseedor, ha perdido su posesión, pues, en tal caso, lo que la sociedad va a adquirir son únicamente las acciones reivindicatorias o interdictales[103]. Si la tradición se constituye como transferencia de la posesión, no podrá transmitir por tradición el que no tenga la posesión[104]. Ello no significa que el dueño sin posesión deje de ser dueño, por el contrario, continuará siéndolo, pero para transmitir por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición (art. 609 C.c.) es preciso que el transmitente disponga de los medios necesarios para que ésta pueda efectuarse, es decir, que pueda transmitir la posesión; en definitiva, que sea poseedor[105].

No obstante, para transmitir la propiedad no se precisa que el transmitente sea poseedor inmediato o material del bien. Basta que sea poseedor mediato, sin detentación,

---

[102] GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, I, cit., pág. 347; CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, I, cit., pág. 410; LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 120; ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, A., "Tradición instrumental y aportación social", cit., págs. 473-475.

[103] ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, A., "Tradición instrumental y aportación social", cit., págs. 473-475.

[104] Es el momento oportuno de hacer una breve distinción entre la posesión mediata y la posesión inmediata. El § 868 del *BGB* define la posesión mediata como aquélla que se basa o sustenta en la posesión inmediata de quien reconoce estar obligado a restituir un bien frente al poseesor mediato. En la concepción germánica existe posesión siempre que una persona ostente un *señorío de hecho* sobre un bien. Así pues, aunque falte el contacto físico directo entre una persona y una cosa, es posible la existencia de cierto señorío de hecho posesorio actual (posesión mediata). La posesión mediata podemos identificarla como aquélla que detenta el sujeto titular del derecho a la restitución de la cosa que se encuentra en poder material del poseedor inmediato. Por su parte, la posesión inmediata es la que se da cuando la persona que tiene en su poder material la cosa reconoce una pretensión restitutoria válida a favor de otro sujeto, el poseedor mediato (sobre la diferencia entre posesión mediata y posesión inmediata, véase, RECALDE CASTELLS, A., *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte. Función representativa*, Madrid, 1992, págs. 55-60, así como la bibliografía citada por el autor). En nuestro Código civil no se ha producido un reconocimiento expreso de esta figura, pero se puede deducir del artículo 432 del C.c. que existe cierta base para su admisión: "*La posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutalos, perteneciendo el dominio a otra persona*".

[105] El dueño de unos bienes muebles almacenados puede, en principio, transmitirlos, pero si desea hacerlo a través de la tradición simbólica del artículo 1.463 será necesario que tenga y pueda entregar las llaves del almacén.

Universidad de Huelva 2009

como la que tiene el arrendador o el nudo propietario[106]. Tampoco surge ningún inconveniente si el bien estaba con anterioridad a la escritura en poder de la sociedad (posesión inmediata), o en el "fondo común", por algún motivo (art. 1.463 C.c.), en dicho caso la entrega se produce por acuerdo o conformidad de los contratantes y, consiguientemente, por la escritura[107].

A pesar de lo que hasta ahora venimos sosteniendo, no es suficiente la tradición instrumental en los supuestos en los que para la válida adquisición por parte de la sociedad del bien aportado se precisan, además de la escritura pública, otros requisitos, como licencias o autorizaciones administrativas. Parece que éstas autorizaciones o licencias son obstáculos jurídicos que impiden la eficacia de la tradición instrumental[108]. En la tradición es la entrega

---

[106] LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 120.

Es necesario aclarar que el hecho de que el bien que se pretende aportar esté en posesión material de un tercero, en virtud de una relación jurídica de arrendamiento o de usufructo (posesión inmediata), no es obstáculo para que no pueda entrar a formar parte del patrimonio de la sociedad a título de aportación. La sociedad adquiere de este modo la propiedad del bien y la posesión mediata sobre el mismo. A pesar de que no pueda usar o disfrutar materialmente el bien aportado, durante el tiempo que se hubiese estipulado para el arrendamiento o el usufructo, ingresará en su patrimonio la renta o canon periódica que le corresponde realizar al arrendatario. Terminado el plazo de duración de dichos contratos el bien revertirá a la sociedad, nueva propietaria, y no al patrimonio del socio que lo transmitió a ésta última desprendiéndose de su titularidad. Por lo demás, no podemos olvidar que en el momento de valorar el bien que se aporta a la sociedad, se tendrá en cuenta que la sociedad no puede de inmediato usar y disfrutar del mismo en virtud de la relación jurídica que se instauró en un momento anterior, por lo que la valoración puede ser inferior a la que le hubiese correspondido a ese mismo bien si sobre él no existiese ningún derecho de uso o disfrute por parte de un tercero.

[107] Un supuesto concreto sería aquel que la sociedad tuviera la posesión material, esto es, inmediata del bien en calidad de arrendatario o de usufructuario.

[108] Así lo entendió la criticada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 10 de noviembre de 1959, que estimó que el procedimiento no era válido cuando las cosas a aportar se encontraban radicadas en el extranjero: "*no puede entenderse que la sociedad constituida haya recibido efectivamente la aportación de la maquinaria y utillaje, sito en el extranjero, por parte de la sociedad francesa (aportante), porque la eficacia del contrato depende...de la correspondiente licencia de importación...sin que sea suficiente la tradición instrumental derivada del artículo 1.462 del Código civil, la cual, en régimen de emergencia, encuentra enervada su efectividad por el requisito de dichas autorizaciones, por todo lo cual hay que concluir que, al no haber ingresado en la caja social los bienes que deben ser aportados, no están completamente desembolsadas las acciones suscritas hasta tanto no pase libremente dicha maquinaria y utillaje a poder y posesión de la sociedad constituida*". Esta doctrina fue considerada, en una época de mayores restricciones en las transacciones con el exterior, por ciertos autores: ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, A., "Tradición instrumental y aportación social", cit., págs. 472 y ss; CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, T. I, cit., págs. 751-752; e incluso en nuestros días: CARRERA GIRAL, J., *Ley de Sociedades Anónimas*, T. I, 4ª ed., Barcelona, 1991, págs. 359-360; GALLEGO SÁNCHEZ, E., "Las aportaciones en la sociedad de responsabilidad limitada", cit., págs. 113-114. Otros, sin embargo, se manifestaron en contra aduciendo que, llevada a sus últimas consecuencias se produciría la imposibilidad para las sociedades españolas de poseer bienes en el extranjero: VERDERA Y TUELLS, E., "Aportaciones directas extranjeras a sociedades anónimas españolas", *Revista de Derecho Mercantil* nº 99,

Universidad de Huelva 2009

lo que en realidad transmite el dominio o el derecho de uso; si ésta puede efectuarse sin inconvenientes, el Derecho facilita la transmisión mediante ficciones (la entrega de las llaves, el otorgamiento de la escritura pública) y dispone que determinados actos valgan como si hubiera habido una entrega material[109]. Pero si la tradición real no puede verificarse por existir algún obstáculo de carácter jurídico o por requerir inexcusablemente el cumplimiento de determinadas exigencias legales, parece lógico que la tradición instrumental, que es una tradición ficticia, tampoco tenga efectividad y que, consecuentemente, el otorgamiento de la escritura pública no equivalga a la entrega. De la misma manera, si estos obstáculos jurídicos o el incumplimiento de las inexcusables exigencias legales impidieran la transmisión de la propiedad, aún habiendo entrega o tradición real, es natural que tales obstáculos y exigencias conserven su vigor y eficacia cuando lo que se efectúa es una tradición instrumental[110].

Finalmente, debemos recordar que cuando la aportación se realiza a título de mero uso, la tradición o entrega del bien en que la aportación consiste no significa la transmisión de la propiedad del socio a la sociedad, pues no es esta la voluntad de las partes. En dicha hipótesis, la tradición lleva consigo simplemente la transmisión de la posesión para que la sociedad pueda comenzar a ejercer su derecho de uso o disfrute sobre el bien, manteniéndose la propiedad en poder el socio.

En la aportación a título de uso, además de la obligación de entrega (que se traduce en la puesta a disposición de la sociedad el bien de que se trate conforme a su particular

---

1966, págs. 51-52.

[109] El Derecho, ante las necesidades del tráfico, puede facilitar a los particulares el cumplimiento de determinados requisitos que él mismo impone, y esto lo hace, entre otros procedimientos, por medio de ficciones que aligeren los trámites requeridos para la realización de los actos y consecución de los efectos pretendidos.

[110] ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, A., ("Tradición instrumental y aportación social", cit., pág. 477), considera que si una disposición legal dice que en determinadas circunstancias o sin el cumplimiento de ciertos trámites no puede efectuarse la entrega, es indudable que el otorgamiento de la escritura pública no producirá el normal efecto traditorio. Si otra disposición legal dice que no puede adquirirse la propiedad a menos que se observen especiales formalidades o se den particulares presupuestos, también es cierto que, sin tales formalidades y presupuestos, la adquisición no tendrá lugar, aunque haya habido título apto y tradición real o ficticia.

Universidad de Huelva 2009

naturaleza) el socio debe realizar todas las actuaciones necesarias para mantener a la sociedad en el uso y goce pacífico de las cosas aportadas (art. 1.554 C.c.).

2°.b. La obligación de saneamiento.

El artículo 39.1 de la LSA remite, como hemos señalado, a las normas del Código civil reguladoras del saneamiento por evicción y por vicios o defectos ocultos, que serán aplicables en los supuestos que se realicen aportaciones de las enumeradas en el precepto. Los artículos 1.474 a 1.499 del C. c. regulan la responsabilidad del vendedor frente al comprador por la posesión legal y pacífica de la cosa vendida y por los vicios o defectos ocultos que tuviera.

La evicción tiene lugar, y sólo desde entonces es exigible el saneamiento, cuando se prive a la sociedad por sentencia firme, y en virtud de un derecho anterior a la aportación, de todo o parte de la cosa aportada (arts. 1.475 y 1.480 C.c.). El aportante debe responder, igualmente, de los defectos o vicios ocultos de la cosa aportada si la hacen impropia para el uso a que se la destina; o si disminuyen ese uso de manera que de haberlos conocidos la sociedad no habría admitido su aportación o habría dado menos acciones por ella (art. 1.484 C.c.). El mismo precepto excluye la responsabilidad por los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista y por los que, no estándolo, la sociedad debía fácilmente conocerlos en razón de su actividad u objeto.

Ahora bien, antes de comenzar el estudio de las cuestiones relativas a la obligación de saneamiento que pesa sobre el aportante, y de las accesorias que con ella conectan, es conveniente tener en cuenta las diferencias existentes entre la venta de un bien y la aportación del mismo bien a la sociedad. Diferencias que inducen cuanto menos a cuestionar si las normas citadas pueden, sin más, hallar aplicación en lo relativo a los deberes del aportante respecto a las condiciones y cualidades de los bienes aportados. Basta pensar para entender lo que tratamos de decir que mientras en la compraventa es posible la restitución

Universidad de Huelva 2009

de las prestaciones y la reducción del precio, en la aportación puede no ser posible la restitución total o parcial de las acciones, pues pudiera darse el caso de que la evicción se produjera o el vicio de la cosa aportada se descubriera cuando el aportante hubiera enajenado a un tercero sus títulos sociales.

En el negocio jurídico de compraventa la evicción concede al comprador el derecho a exigir del vendedor el precio que tuviere la cosa al tiempo de la evicción y el pago de los demás conceptos que detalla el artículo 1.478 del C.c. Si la evicción afecta a una parte de la cosa vendida o, siendo varias las cosas conjuntamente enajenadas, a alguna de ellas, el artículo 1.479 autoriza al comprador a rescindir el contrato si considera que la parte o la cosa eviccionada es de tal importancia que sin ella no hubiera efectuado la compra. Pero, además, el Código civil permite que el régimen de saneamiento del bien transmitido pueda ser modificado por la voluntad de las partes. En este sentido, el artículo 1.475 del C.c., aún cuando dispone que el vendedor responderá de la evicción aunque nada se haya expresado en el contrato, permite que los contratantes aumenten, disminuyan o incluso supriman esta obligación legal del vendedor, considerando nulo únicamente el pacto que exima de la responsabilidad de la evicción en caso de mala fe del vendedor (art. 1.476)[111]. Por su parte, el artículo 1.477 del C.c. prevé dos supuesto distintos. En el primero contempla el hecho de la simple renuncia por el comprador al saneamiento del bien, obligándose el vendedor sólo a entregar el precio que aquél tuviera al tiempo de la evicción, y no a lo demás que está previsto en el artículo 1.478 del mismo texto legal. Por el contrario, el segundo supuesto recogido en este precepto admite la renuncia por parte del comprador con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias; en dicho caso (en el que el riesgo que se conoce es el que afecta al caso concreto y no en general a la posibilidad de la evicción), el vendedor no responde porque el comprador se somete a las consecuencias de la evicción.

[111] Esta norma debe interpretarse en el sentido de que no puede considerarse que hay mala fe si el comprador conoce el riesgo concreto de la evicción, lo que puede llevar a las mismas consecuencias previstas por el artículo 1.477 del C.c.

Universidad de Huelva 2009

Es preciso cuestionar si esta posible modificación voluntaria del régimen de saneamiento por evicción puede admitirse en los supuestos de aportación. Pensemos que la renuncia por parte de la sociedad del derecho a exigir el saneamiento por evicción podría atentar contra los principios esenciales que rigen las aportaciones sociales y los principios reguladores del capital social.

Consideramos que la aplicación de los preceptos enunciados al supuesto de aportación a la sociedad, en virtud de la remisión expresa del artículo 39.1 de la LSA, sólo puede ser parcial. En efecto, podemos admitir la renuncia de la sociedad en el primer caso -renuncia por la sociedad de los demás conceptos que recoge el artículo 1.478 del C.c. distintos al precio-, quedando obligado el aportante sólo a entregar el "precio" de la cosa en el momento de la evicción, siendo ello suficiente para mantener la exigida integración del capital de la sociedad[112]. Por el contrario, no podemos admitir la renuncia que lleva consigo el peligro de pérdida tanto del bien aportado como de su valor en dinero[113], perjudicando gravemente la realidad del capital social, en detrimento de los terceros acreedores, de los socios e incluso de la propia sociedad.

Para el caso de vicios ocultos, el artículo 1.486 del C.c. concede al comprador las dos clásicas acciones "*redhibitoria*" y "*quanti minoris*". En virtud de la primera el comprador podrá desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó. Si opta por la segunda de las acciones ofrecidas en el precepto se rebajará proporcionalmente el precio, a juicio de peritos.

---

[112] En estos términos se manifiesta LOJENDIO OSBORNE, I., ("Aportaciones sociales [Artículos 36 a 41 LSA]", cit., pág. 122), señalando que si el "precio" al tiempo de la evicción es inferior al que tenía la cosa en el momento de la aportación, esa pérdida de valor correría de todas formas a cargo de la sociedad, pues, no cabe, al parecer, ningún recurso para evitar ese resultado. La diferencia en menos tendrá, pues, que ser contabilizada como pérdida. En cambio, CÁMARA ÁLVAREZ, M.,(*El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, cit., pág. 141), considera más prudente entender que esta renuncia es ineficaz por cuanto priva a la sociedad del derecho a resarcirse de una serie de conceptos, lo que supone un perjuicio cierto.

[113] LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 122; CÁMARA ÁLVAREZ, M., *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, cit., págs. 140-141.

Universidad de Huelva 2009

Por otra parte, también la obligación de saneamiento por vicios o defectos ocultos de la cosa, de la que el vendedor responde aunque los ignore, puede modificarse por pacto. El artículo 1.485 del C.c. admite su exención siempre que el vendedor ignore los vicios o defectos. Por las mismas razones que en líneas anteriores hemos expuesto, consideramos que, tratándose de una aportación social, no puede admitirse la liberación total del aportante, que tiene que asegurar la realidad y efectividad del capital con aportaciones reales y no ficticias[114].

Finalmente, debemos adelantar que tampoco es fácil la aplicación a los supuestos de aportación social de las normas que prevén, en caso de evicción, la restitución del precio o la rescisión del contrato (arts. 1.477, 1.478 y 1.479 C.c.); lo mismo podemos decir, en caso de vicios o defectos ocultos, de las normas que prevén el desistimiento del contrato con devolución del precio o la reducción de éste (art. 1.486 C.c.); y en el supuesto de saneamiento por gravámenes ocultos (art. 1.483), que puede considerarse intermedio, la rescisión del contrato[115].

Como ya hemos señalado, la resolución del contrato por evicción o vicios ocultos no encuentra aplicación en materia societaria. No obstante, si el bien o derecho perdido por causa de la evicción o disminuido en su valor por los vicios o defectos ocultos es indispensable para el desarrollo de la actividad social, en el sentido de que con otro bien o dinero en sustitución del perdido o viciado no puede atenderse a la realización del fin social, el artículo 260.1 de la LSA obliga a la disolución de la sociedad. En otro caso, debemos

---

[114] LOJENDIO OSBORNE, I., ("Aportaciones sociales [Artículo 36 a 41 LSA], cit., pág. 123), afirma que admitir la solución inversa iría en contra de los principios del capital social y contrastaría con la norma del párrafo 2 del artículo que comentamos (art. 39 LSA), que hace responsable al aportante de un crédito de la solvencia del deudor.

[115] En definitiva, las opciones concedidas en el ámbito del contrato de compraventa consisten, bien en la restitución del precio o la rescisión del contrato para los supuestos de evicción, bien en la reducción del precio o el desistimiento del contrato para los supuestos de vicios ocultos, y, en su caso, la posibilidad de obtener, si se dan los presupuestos establecidos en la Ley, un resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados. El traslado de estos remedios al contrato de sociedad origina ciertos problemas. En primer lugar, los derivados de la inexistencia en el contrato de sociedad del "precio". En segundo lugar, los derivados de la imposibilidad de reconducir el contrato a un esquema sinalagmático y, al fin, de las particularidades que caracterizan el instituto de la resolución en los contratos plurilaterales.

Universidad de Huelva 2009

entender, como ya hemos apuntado, que las vicisitudes que afectan a un sólo socio no pueden ocasionar la disolución de la sociedad, sino que han de limitar sus efectos en relación exclusivamente al socio aportante, produciéndose una resolución parcial del contrato de sociedad, en definitiva, una resolución del negocio jurídico de aportación.

Ahora bien, ¿cómo se aplican estas normas que regulan la obligación del vendedor de sanear el objeto de la compraventa en los supuestos de aportación?. Para dar una respuesta clara a este interrogante será necesario que distingamos con nitidez los supuestos de evicción, ya sea total ya sea parcial, de aquéllos otros en los que el bien aportado adolece de algún vicio o defecto descubierto en un momento posterior a la entrega.

En el supuesto de evicción total la restitución no sería, en principio, del precio (art. 1.478 del C.c.), que en el negocio jurídico de aportación no existe, sino, en principio, de las acciones recibidas a cambio de la aportación. Consecuentemente, restituidas las acciones a la sociedad se procedería a la anulación de las mismas con la consiguiente reducción del capital social. Ahora bien, el inconveniente económico que puede representar para la sociedad la necesidad de reducir el capital[116], se vería agravado en aquellos casos en los que el socio que aportó el bien perdido a consecuencia de la evicción hubiera transmitido a uno o varios terceros las acciones que en su día le correspondieron[117].

Pues bien, estos obstáculos que derivan de la restitución de las acciones a la sociedad y de la inconveniente operación de reducir el capital social se solventan si interpretamos el artículo 1.478 del C.c. más en consonancia con su propio tenor literal: producida la evicción

---

[116] La reducción del capital, en ocasiones, puede suponer un daño considerable para la sociedad, entre otras razones, porque ha calculado un capital inicial determinado para poder desenvolver sus actividades y ese capital no ha resultado efectiva y adecuadamente integrado. Es incluso posible que la reducción del capital obligue a la disolución de la sociedad, si como consecuencia de la operación éste ha quedado por debajo del mínimo legal (art. 260.1 LSA).

[117] La obligación de saneamiento pesa únicamente sobre el aportante. Es decir, la restitución de las acciones no puede reclamarse de los sucesivos adquirentes si el aportante las hubiese transmitido, pues, en este caso, no estamos ante una obligación de satisfacer dividendos pasivos, única respecto de la cual el artículo 46 de la LSA impone la responsabilidad solidaria entre el transmitente y los adquirentes posteriores.

Universidad de Huelva 2009

total, el aportante está obligado a pagar el "precio" -valor de mercado- que tenía la cosa al tiempo de la evicción[118]. Si admitimos esta interpretación se evita, de un lado, la restitución de las acciones por parte del aportante -sin olvidar que, en ocasiones, la restitución podría resultar imposible por haber sido transmitidas las acciones a un tercero, produciéndose un grave perjuicio en el capital y una considerable disminución en el patrimonio social-; de otro, se evita la correspondiente reducción del capital por parte de la sociedad, así como los inconvenientes que la operación en sí misma conlleva. Por tanto, aceptamos en los supuestos de evicción total, el aportante simplemente tiene que entregar a la sociedad el "precio" de lo aportado al tiempo de producirse la evicción y los demás conceptos que detalla el precepto.

En la hipótesis de evicción parcial, esto es, si la evicción afecta a una parte del bien aportado o, si consistiendo la aportación en diversos bienes la evicción afecta sólo a alguno de los bienes aportados conjuntamente, entra en juego el artículo 1.479 del C.c. Este precepto, debemos recordar, faculta al comprador a optar: a) bien por el saneamiento parcial, esto es, que el vendedor le devuelva el precio que tuviera la parte de la cosa perdida, o, la cosa afectada -si las vendidas fueron varias- en el momento de la evicción, si pretende mantener en su patrimonio el resto de la cosa, o cosas si fueran varias, no eviccionada (en definitiva, la aplicación del artículo 1.478 del C.c.); b) bien por la rescisión del contrato, con la cosiguiente restitución de prestaciones, si considera que no la hubiese adquirido sin la parte, o sin las cosas, afectada por la evicción[119].

Trasladando estas consideraciones al supuesto concreto de aportación, si la sociedad opta por el saneamiento parcial -[a)]-, es decir, considera que la pérdida de la parte afectada por la evicción o del bien eviccionado -si fueron varios los aportados conjuntamente- no es

---

[118] En este sentido se manifiestan CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, I, cit., pág. 408; ID., *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y reducción*, cit., págs. 141-145; LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 123.

[119] Véase, CASTÁN, *Derecho Civil Español, común y foral*, T. IV, cit., pág. 130; TORRALBA SORIANO, V., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia (dir. PAZ-ARES, DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ, SALVADOR), T. II, Madrid, 1993, págs. 945-946.

Universidad de Huelva 2009

de tal importancia con relación al todo que puede obtener algún beneficio manteniendo la parte o los bienes no afectados en su patrimonio, el aportante únicamente tendrá que entregar a la sociedad el "precio" de la parte perdida, o, en su caso, del bien eviccionado, al tiempo de producirse la evicción (art. 1.478 C.c.).

En cambio, si la sociedad opta por la rescisión del negocio de aportación [b)], el aportante tendrá, en principio, que restituir a la sociedad la totalidad de las acciones que en su momento le fueron entregadas a cambio de su aportación (art. 1.479 C.c.). La sociedad, por su parte, restituirá al aportante los bienes o la parte de la cosa no afectada por la evicción y procederá a la correspondiente reducción del capital. Ahora bien, esta reducción de capital, con devolución de aportaciones, da lugar al nacimiento del derecho de oposición de los acreedores. En efecto, para que la sociedad pueda llevar a cabo la operación que pretende tendrá que garantizar adecuadamente los créditos de los acreedores que hayan ejercitado, en tiempo y forma, su derecho de oposición a la reducción, conforme a lo establecido en el artículo 166 de la LSA. Consecuentemente, si la sociedad no puede o no está en condiciones de garantizar esos créditos tampoco podrá efectuar la pretendida reducción de capital. Por otra parte, no podemos olvidar que, también aquí podemos encontrarnos con el inconveniente de que el aportante hubiera enajenado las acciones entregadas a cambio de la aportación, siendo, pues, imposible la restitución de los títulos a la sociedad.

Para estas dos hipótesis, es decir, cuando la sociedad no pueda efectuar la reducción de capital correspondiente por no estar en condiciones de garantizar sus obligaciones pendientes o cuando el aportante no conserve la propiedad de las acciones haciendo imposible su restitución, es preciso buscar una alternativa que permita al aportante dar cumplimiento a la obligación de saneamiento. En efecto, para estos dos supuestos, el socio aportante deberá entregar en dinero el valor atribuido a su aportación, en lugar de restituir a la sociedad la totalidad de las acciones que le fueron entregadas[120].

---

[120] Así es,, la rescisión del artículo 1.479 del C.c. comporta por parte del vendedor la obligación de devolver el precio. Aquí no lo hay, porque lo que ha recibido el aportante a cambio de su aportación son las acciones y en principio son éstas las que deben restituirse. Pero si esto no es posible, la solución lógica es que el aportante deba satisfacer en dinero el valor

Universidad de Huelva 2009

Algo parecido ocurre cuando el aportante tiene que asumir su responsabilidad por los vicios o defectos ocultos. Las dos acciones que el artículo 1.486 del C.c. otorga a la sociedad son la acción *redhibitoria* (desistimiento del contrato con abono de los gastos) y la *quanti minoris* (restitución parcial de las acciones entregadas a cambio de la aportación en proporción a la disminución de valor del bien aportado). Ambas acciones llevan necesariamente a una reducción del capital social. Si se ejercita la primera de ellas, desistimiento del contrato, la sociedad devolverá al aportante el bien que éste aportó defectuoso o viciado y, a la vez, se anularán las acciones restituidas por el aportante que en su día le fueron adjudicadas, con la consiguiente reducción del capital social y la necesidad de garantizar adecuadamente los créditos de los acreedores que se opongan a dicha operación. La segunda acción, a diferencia de la primera, se dirige a obtener una rebaja del precio. Como en el negocio de aportación no existe precio, la sociedad tendrá derecho a disminuir el valor atribuido al bien aportado. Por su parte, el aportante restituirá a la sociedad las acciones que correspondan a la diferencia de valor. También en este caso, la sociedad procederá a anular las acciones restituidas, debiendo reducir su capital en la misma cuantía y proporción. Sin embargo, como esta reducción no lleva consigo restitución de aportaciones, no nacerá el derecho de oposición que el artículo 166 de la LSA otorga a los acreedores sociales.

Ahora bien, la restitución y posterior anulación de las acciones, con la consiguiente reducción del capital social, no es posible si las acciones han sido transmitidas a un tercero de buena fe, esto es, la restitución de las acciones puede verse imposibilitada, tanto si se ejeercita una acción como la otra, si el aportante las ha enajenado. Tampoco es posible operar la reducción de capital si, en el caso de que la sociedad opte por desistir del negocio de aportación, ésta no puede garantizar adecuadamente los créditos cuyos titulares ejercieron el derecho de oposición que contempla el artículo 166 de la LSA. En ambos casos, la restitución total -desistimiento del contrato- y parcial -rebaja del precio- de las acciones tiene que ser sustituida necesariamente por el derecho a exigir del aportante, aunque haya dejado

---

atribuido a su aportación, pues no es razonable pensar que pueda liberarse de su obligación de saneamiento.

Universidad de Huelva 2009

de ser socio, el valor atribuido en su momento a la aportación, más los gastos que pagó la sociedad, o la diferencia entre el valor atribuido a la aportación y el valor real de lo aportado una vez descubiertos los vicios o desperfectos, respectivamente. Esta solución, aun cuando puede resultar excesivamente rigurosa para el aportante, es la única vía posible para dar cumplimiento a la obligación de sanear por vicios o defectos ocultos cuando no fuera posible la restitución de las acciones o la reducción del capital correspondiente. De ahí que estimemos que, sólo será viable exigir al aportante la suma de dinero que corresponda en estos supuestos excepcionales, pues es la única vía posible para dar cobertura a los principios de realidad y efectividad del capital social, y preservar al patrimonio de la sociedad de una disminución injustificada con todos los perjuicios que ello acarrea. En los demás casos, esto es, cuando el aportante pueda restituir las acciones y la sociedad se encuentre en condiciones de garantizar los intereses de los acreedores que se opusieron a la reducción, no se puede obligar al socio a entregar dinero.

Es éste el momento de preguntarnos qué ocurre si un inmueble aportado a la sociedad está gravado, sin mencionarlo la escritura, con alguna carga o servidumbre no aparente de tal naturaleza que deba presumirse que la sociedad no hubiese aceptado la aportación si hubiese tenido en ese momento conocimiento del gravamen. También para esta hipótesis, el Código civil otorga a la sociedad la posibilidad de solicitar bien la resolución del negocio de aportación bien la indemnización correspondiente (art. 1.483). Eso sí, sólo durante un año, a contar desde el otorgamiento de la escritura, puede la sociedad optar entre ejercitar la acción resolutoria o solicitar la indemnización, pues transcurrido ese plazo únicamente le queda la posibilidad de reclamar la indemnización dentro de un período igual a contar desde el día en que hubo descubierto la carga o servidumbre. Si la sociedad opta por la resolución del negocio de aportación los efectos y las consecuencias son los mismos que los que hemos determinado para la acción *redhibitoria* del artículo 1.486 del C.c. Si, por el contrario, la sociedad opta por la indemnización, o se ve obligada a ella por haber transcurrido el año desde el otorgamiento de la escritura, el importe de ésta deberá ser igual a la diferencia entre el valor asignado al bien aportado con desconocimiento de la carga y el valor que se le

Universidad de Huelva 2009

atribuya al mismo bien una vez deducido el importe de la carga que ahora pesa sobre el patrimonio de la sociedad.

Distinta solución debe defenderse para el supuesto de que la carga o gravamen fuera conocida por la sociedad o constase, de hecho, en la escritura, pues, en este caso no procederá que la sociedad desista del negocio de aportación o exija una indemnización. En definitiva, no sería aplicable el artículo 1.483 del C.c. Si la sociedad acepta la aportación de un inmueble hipotecado, es decir, si la carga o gravamen es conocida por la sociedad, ésta habrá acordado expresamente con el aportante quién ha de continuar satisfaciendo su pago: bien sea la sociedad -disminuyendo la asunción de la deuda el valor de la aportación-, bien sea el aportante -atribuyendo al bien aportado el valor que le corresponde libre de cargas o gravámenes-. Si nada se dice al respecto debemos entender que lo accesorio sigue a lo principal y, consecuentemente, que se habrá acordado un valor inferior para el bien aportado en virtud precisamente de la existencia de esa carga, salvo que del valor atribuido a la aportación deba deducirse lo contrario. También es posible la aportación a la sociedad de un bien cuyo precio de adquisición no está íntegramente satisfecho por el socio aportante. En este caso, igualmente son posibles los dos acuerdos entre las partes interesadas. En primer lugar, es posible la asunción por parte de la sociedad del pago de ese precio pendiente que, a su vez, se descuenta del valor atribuido a la aportación, quedando reducido al activo restante[121]. En segundo lugar, es también posible que el aportante se comprometa expresamente al pago del precio aplazado; en este caso, sobre él pesará la obligación de cancelar las cargas que afecten a los bienes aportados[122].

---

[121] Así lo determinó la Resolución de la DGRN de 3 de abril de 1991: "*...Y nada impide que la Sociedad nazca con deudas cuando la cifra del capital social se halle respaldada por suficientes activos patrimoniales -apreciados conforme a las normas ya citadas tendentes a garantizar su efectividad-, pues como ya declarara esta Dirección General en la Resolución de 17 de noviembre de 1989, es posible en nuestro sistema de transmisión de bienes a cambio del compromiso del adquirente de abonar a su vencimiento determinadas deudas del transmitente (vid. Arts. 609, 1.254, 1.261, 1.271 y 1.274 del Código Civil) o como negocio mixto de transmisión de un activo a título de aportación y, a la vez, en contraprestación del compromiso interno que asume la Sociedad de pagar a su vencimiento determinadas deudas del aportante*".

[122] Debe cumplirse la promesa de cancelación de cargas de bienes aportados en una escritura fundacional o, cuando proceda de aumento de capital; obligación que es personal del socio aportante extendiéndose a sus herederos si fallece. Así lo entendió la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1959 que no dio lugar a la casación interpuesta contra

Universidad de Huelva 2009

Para terminar con las cuestiones relativas a la obligación de saneamiento en los supuestos de aportación social, debemos poner de manifiesto que la remisión del artículo 39.1 de la LSA a las normas del Código civil, en materia de saneamiento, no es del todo afortunada. De hecho, cuando el aportante ha transmitido sus acciones a uno o varios terceros, o cuando la sociedad no puede garantizar adecuadamente los créditos de los acreedores que en tiempo y forma se hayan opuesto a la reducción del capital social, la aplicación en su literalidad de estos preceptos resulta prácticamente imposible. En consecuencia, pensamos que en los casos de imposible aplicación del artículo 1.486 para el saneamiento por vicios o defectos ocultos la única solución viable sería la entrega por el aportante de una suma de dinero equivalente a la disminución de valor de la cosa viciada, o, en su caso, la entrega del valor total si la sociedad optase por desistir del negocio de aportación. En los casos de imposible aplicación del artículo 1.479 del C.c. -rescisión del contrato- para los supuestos de evicción parcial [b)], el socio tendrá que entregar a la sociedad en dinero el valor en su momento atribuido a la aportación. Y, finalmente, para el supuesto de evicción total, al que se añade los supuestos de evicción parcial cuando la sociedad opte por mantener el resto en su poder [a)], de acuerdo con la interpretación que hemos aceptado del artículo 1.478, el aportante tendrá que entregar a la sociedad el "precio" -valor de mercado- que tenga el bien aportado, o en su caso la parte del bien eviccionado, al tiempo de la evicción y los demás conceptos que detalla el precepto, para de este modo dar cumplimiento a los principios de realidad y efectividad del capital social.

Con esta primera entrega se trataría de que las acciones suscritas estén cubiertas, pero

---

la Sentencia de la Audiencia, confirmatoria en todas sus partes de la de Primera Instancia, que había condenado a todos y cada uno de los demandados (así como a los derechohabientes de un demandado fallecido), a la cancelación de unas cargas subsistentes sobre unas minas aportadas por dichos demandados, quedando determinado en la escritura que las minas, con sus terrenos, etc., eran aportados en concepto de libres de toda carga, deuda y responsabilidad, obligándose los cuatro demandados (que firmaron la escritura de constitución en nombre propio, pero en representación de otra compañía mercantil), mancomunada y solidariamente, a hacer cuanto sea necesario para que las cosas vendidas (aportadas) se hallen libres de toda carga y que tal libertad se haga constar en el Registro de la Propiedad. El Tribunal Supremo confirmando la Sentencia recurrida entendió que: "*Fácilmente se colige que, claramente y de modo expreso los demandados...disponiendo, con la aportación de los bienes y efectos que la entrega fuera en concepto de libres de carga, deuda y responsabilidad, que adquirían, así mismo otra obligación, la de hacer, de carácter subjetivo y personal, mancomunada y solidaria entre todos ellos, al quedar comprendidos por la gestión pactada, a la realización de las actividades, útiles y convenientes, para conseguir la cancelación prometida...*"

Universidad de Huelva 2009

el aportante, para restablecer íntegramente la situación patrimonial de la sociedad, debería además resarcirla del daño derivado del hecho de que para ella pudiera resultar más ventajoso disponer de la cosa aportada que de una suma de dinero equivalente a su valor[123]. Sin embargo, no creemos que la sociedad pueda exigir esta indemnización fuera de los casos señalados por la ley, en concreto para los supuestos de evicción si se vendió de mala fe (art. 1.478.5 C.c.) y para los de vicios ocultos si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador (art. 1.486.2 C.c.).

Por otra parte, no podemos olvidar que, en caso de evicción, la restitución a que obliga el artículo 1.478 del C.c. es la restitución del valor que tuviere la cosa al tiempo de la evicción, ya sea mayor o menor que el valor atribuido en su momento a la aportación. Consecuentemente, es posible que la sociedad obtenga por esa vía una cantidad menor que aquélla en que se valoró el bien aportado. Si es menor, la diferencia hay que contabilizarla, como antes aclaramos, como pérdida, pues el aportante no responde de esa diferencia, ni siquiera en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 de la LSA[124].

Finalmente, recordamos que para los bienes o derechos aportados a título de uso rigen por analogía las normas establecidas en el Código civil para el contrato de arrendamiento[125], siempre que no sean incompatibles con las normas reguladoras del contrato de sociedad. Por su parte, el artículo 1.553 del C.c., regulador del contrato de arrendamiento, remite para su aplicación a las disposiciones sobre saneamiento contenidas en el título de la compraventa,

---

[123] Véase, en este sentido, GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, I, cit., pág. 348; CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, T. I, cit., pág. 409; RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 199; LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., págs. 123-124.

[124] En estos términos se manifiesta LOJENDIO OSBORNE, I., ("Aportaciones sociales [Artículos 36 a 41 LSA]", cit., pág. 124), señalando, además, que esa pérdida de valor también la hubiera soportado la sociedad en caso de conservar el bien en su patrimonio.

[125] En este sentido se pronuncian expresamente, a diferencia de lo que ocurre en nuestra legislación, el artículo 1.843.3, párrafo 4º del Código civil francés: *L'apporteur <<est garant envers la société comme un bailleur envers son preneur>>*; y el artículo 2.254 del Código civil italiano, en su párrafo 2º: *<<La garanzia per il godimento é regolata dalle norme sulla locazione>>*.

Universidad de Huelva 2009

ordenando expresamente que, en los casos en que proceda la devolución del precio, se haga la disminución proporcional al tiempo que el arrendatario haya disfrutado de la cosa. Por lo demás, la obligación de saneamiento en las aportaciones a título de uso se presenta en términos del todo análogos a las situaciones que hemos examinado para la aportación en propiedad, una vez sobrevenida la hipótesis de que el bien aportado esté afectado de vicios o defectos o se produzca el supuesto de la evicción total o parcial. En definitiva, por vía indirecta, acaban siendo aplicables las normas de la compraventa sobre saneamiento.

No obstante, es conveniente poner de manifiesto una diferencia fundamental entre la obligación de saneamiento en el contrato de compraventa, y, por tanto, en los supuestos de aportación a título de propiedad, y la obligación de saneamiento en el contrato de arrendamiento, y, en consecuencia, en los supuestos de aportación a título de uso. En la primera, la obligación de saneamiento del vendedor o, a los efectos que a nosotros nos interesa, del aportante se extiende únicamente a la evicción o vicios ocultos que traen su causa en un momento anterior a la relación jurídica instaurada en virtud del contrato de compraventa o del negocio de aportación. Por el contrario, la obligación de saneamiento derivada del contrato de arrendamiento o del negocio jurídico de aportación a título de uso es bastante más extensa. En este caso, el aportante no sólo asume responsabilidad por la evicción o vicios ocultos que traen su causa en un momento anterior a la relación instaurada sino que, además, tiene que garantizar al arrendatario el goce pacífico de la cosa por todo el tiempo que dure el contrato, pues la prestación del arrendador o el objeto de la aportación es precisamente el proporcionar ese goce. En efecto, la obligación del aportante en los supuestos de aportación a título de uso consiste en proporcionar a la sociedad el uso y disfrute del bien aportado durante el período de tiempo determinado por las partes.

Ahora bien, la resolución del contrato, que en la compraventa puede suponer un remedio eficaz para eliminar, al menos, las consecuencias de los vicios o defectos de las cosas, tampoco es una solución satisfactoria en los supuestos de aportación a título de uso. La sociedad podrá en estos casos retener las acciones aún no entregadas u obligar al socio

Universidad de Huelva 2009

a restituir en todo o en parte las acciones recibidas si aún dispone de éstas. Pero, como en las aportaciones a título de propiedad, la restitución implicaría la necesidad de proceder a la correspondiente reducción de capital, lo que en ocasiones resultará muy inconveniente para el interés social e incluso, a menudo, imposible. Consecuentemente, en los supuestos en los que no sea posible, bien la restitución de acciones bien la correspondiente reducción de capital, serían aplicables las consideraciones anteriormente expuestas para la aportación en propiedad de bienes afectados por vicios o defectos y de los que la sociedad se puede ver privada en los supuestos de evicción. Sin embargo, será necesario tener en cuenta, en el momento de establecer la suma de dinero que el aportante debe entregar a la sociedad, que ésta será reducida en la proporción correspondiente al tiempo que la sociedad haya disfrutado del bien en cuestión.

2°.c. La transmisión del riesgo.

Por lo que respecta a la transmisión del riesgo[126], el artículo 39.1 de la LSA remite a las reglas de la compraventa, pero en este caso, a las establecidas en el Código de comercio, que, en el mismo sentido que expresamos al comienzo de este capítulo, serán aplicables salvo que exista alguna incompatibilidad con las normas reguladoras del contrato de sociedad, especialmente, las establecidas para las aportaciones[127].

---

[126] Por riesgo ha de entenderse, en nuestro caso, la posibilidad a que se encuentran sometidos los distintos objetos de la aportación de perderse o deteriorarse por caso fortuito o fuerza mayor. En efecto, pensemos por un momento en el contrato de compraventa. El vendedor está obligado a conservar la cosa como consecuencia de su deber de entregarla (art. 1.094 C.c. "el obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia"). Indudablemente, el vendedor será el responsable de la pérdida y menoscabos sufridos por la cosa cuando actúe con dolo, negligencia o se halle constituido en mora (arts. 1.101 y 1.096.3 C.c.). Pero si la cosa se pierde o deteriora sin culpa del vendedor y sin estar éste constituido en mora, en el período que media entre la perfección del contrato y la entrega de la cosa al comprador, ¿quién soporta los riesgos?, esto es ¿quién soporta el perjuicio económico derivado de la pérdida o deterioro de la cosa?. La cuestión se traduce, en definitiva, en la necesidad de determinar si el comprador ha de pagar o no el precio, a pesar de no recibir la cosa comprada. Pues bien, este mismo interrogante lo trasladamos al supuesto de aportación para la hipótesis de pérdida o deterioro del objeto comprometido aún no entregado a la sociedad.

[127] Como ya hemos señalado, la mayor parte de la doctrina civilista interpreta el artículo 1.452 del C.c. en el sentido de que el riesgo de la cosa vendida pasa al comprador en el momento de la perfección del contrato (DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. 2°, cit., págs. 308-312; LÓPEZ IÓPEZ, A.M., *Comentarios del Código civil*, cit., págs. 892-898; MANRESA, *Código Civil español [Artículos 1.445-1.541]*, T. 10, vol. 1°, cit., págs. 145-152; BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, T. I, 3ª ed., Barcelona, 1995, págs. 288-289). Por el contrario, el Código de comercio considera que el riesgo y el provecho de la cosa se transmiten juntamente con la entrega o, en su caso, con la puesta a

Universidad de Huelva 2009

El Código de comercio español, contraponiéndose al sistema civil[128], parte del principio de que la mera perfección del contrato no basta para desplazar el riesgo[129]. El

---

disposición. En este sentido, del artículo 331 del C. de c. se deduce que el riesgo se transmite no con la simple perfección del contrato, sino con la entrega de la cosa. Por su parte, el artículo 333 del mismo cuerpo legal declara que, en su caso, el riesgo se transmite con la puesta de la cosa a disposición del comprador. Con independencia de lo que se considere "puesta a disposición", es necesario hacer notar que dicha expresión implica un grado más que la simple perfección del contrato como mero acuerdo entre el comprador y el vendedor sobre la cosa y el precio. En este aspecto hay, pues, una diferencia entre el sistema de transmisión del riesgo en el Código civil y el sistema de transmisión del riesgo en el Código de comercio. A la pura perfección añade el artículo 333 del C. de c. el requisito de que el vendedor tenga los efectos a disposición del comprador. Y esta puesta a disposición representa un paso más en la ejecución del contrato; un acto intermedio entre la pura perfección y la entrega material, que justifica el paso del riesgo a la persona que tiene ya a su disposición las cosas que adquirió. En este sentido se manifiestan GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. I, cit., págs. 348-349; MENÉNDEZ, A., "La transferencia de la propiedad y el riesgo en la compraventa mercantil", *Revista de Derecho Mercantil* nº 32, 1951, págs. 232, 248 y 250; ALCOVER GARAU, G., *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. Derecho español e internacional*, Madrid, 1991, pág. 38.

[128] En líneas anteriores hemos apuntado que nuestro Código civil ha adoptado, según la doctrina mayoritaria, el criterio romano de la conclusión, esto es, la regla del *periculum est emptoris*: el riesgo es del comprador desde el mismo momento de la conclusión del contrato. No obstante, es conveniente advertir que la interpretación del artículo 1.452 del C.c. y su expresa remisión a los artículos 1.096 y 1.182 del mismo cuerpo legal presenta serias dificultades. Podemos entender, de acuerdo a los preceptos citados, que el vendedor queda libre de su obligación de entrega si la cosa se pierde sin su culpa y antes de haberse constituido en mora y la mora del vendedor o la doble venta de la cosa implica un agravamiento de la responsabilidad de éste en tanto responde de los casos fortuitos hasta la entrega. Ahora bien, estos preceptos omiten la cuestión de si debe o no el comprador pagar el precio pactado. La razón de esta omisión hay que buscarla en el artículo 1.374 del Proyecto de Código civil de 1851, antecedente inmediato del actual 1.452. En efecto, el artículo 1.374 del Proyecto de 1851 remitía a los artículos 981, 1.006 y 1.160. El primero, adoptando el sistema francés de venta inmediatamente traslativa de la propiedad, disponía que "la propiedad pasa al acreedor, y la cosa está a su riesgo desde que el deudor queda obligado a su entrega", entendiéndose que la obligación de entregar la cosa quedaba perfecta por el solo consentimiento de las partes. Siguiendo la misma orientación, el artículo 1.006, antecedente del actual 1.096, establecía que "desde que el contrato se perfecciona por el consentimiento de las partes, el riesgo de la cosa corre a cargo del acreedor". Pues bien, cuando el nuestro actual Código civil rechaza el sistema francés de transmisión de la propiedad recogido en el Proyecto de 1851, esta norma desaparece, manteniéndose la estructura del 1.374 en el actual artículo 1.452, que ha quedado, por tanto, como una disposición incompleta al desaparecer la regla general de que el riesgo se transmite desde la celebración de la venta.

A pesar de estas dificultades de interpretación, la vigencia de la regla *periculum est emptoris* se sostiene sobre una pluralidad de argumentos: a) la tradición histórica española, pues tanto el Fuero Real como las Partidas recogen la regla romana que venimos anunciando; b) la interpretación del artículo 1.095 del C.c. en virtud de la cual si el derecho civil atribuye los frutos de la cosa al comprador desde que nace la obligación de entregarla, también atribuirá los riesgos desde el mismo momento; c) una interpretación *a contrario sensu* del párrafo tercero del artículo 1.452; d) el texto del artículo 1.186 del C.c. otorga al comprador todas las acciones que el vendedor tuviera contra terceros por razón de la pérdida de la cosa. No obstante, nos consideramos obligados a advertir que un sector minoritario trata de salvar esta orientación, argumentando que el artículo 1.124 del C.c. atribuye al contratante que esté dispuesto a cumplir la facultad de resolver en el supuesto de que un obstáculo impida el cumplimiento de la otra parte. En definitiva, el comprador, ante la imposibilidad de cumplimiento del vendedor por la pérdida fortuita de la cosa, ha de poder resolver el contrato de compraventa sin pagar el precio y, en consecuencia, los riesgos los soportaría el vendedor.

[129] Nuestro Código de comercio sigue, en el asunto de la transmisión del riesgo, el sistema germánico. Este sistema centra la eficacia transmisiva en el negocio abstracto y real, integrado por dos presupuestos: el acuerdo de transmisión y el desplazamiento posesorio. En definitiva, el riesgo no se transmite hasta que no se opera la *traditio*. En efecto, el §446 del *BGB* afirma que hasta la entrega de la cosa vendida el vendedor soporta los riesgos, salvo que ésta no se produzca a consecuencia de la *mora accipiendi* del comprador. Por su parte, el §447 determina que el comprador soporta el riesgo desde el momento de la entrega al transportista en caso de que el vendedor a requerimiento de aquél envíe la cosa a un lugar

Universidad de Huelva 2009

hecho de que se haya previsto de forma expresa que los riesgos se transmitan al comprador en un momento posterior al de la perfección del contrato nos obliga a cuestionarnos qué ocurre respecto a la transmisión de los riesgos en los supuestos de aportación. En efecto, por un lado, cuando los bienes comprometidos se desembolsan de inmediato -en el momento de la constitución o del aumento del capital social-, la aportación se hace efectiva en ese preciso instante. En este caso, además, el otorgamiento de la escritura de constitución o de aumento equivale a la entrega de la cosa, produciéndose la transmisión de la propiedad. Pudiera pensarse, en consencuencia, que también el riesgo se transmite en ese momento a la sociedad[130]. Sin embargo, la cuestión no está tan clara ni es tan simple como en un primer momento puede parecer. Por otra parte, la Ley permite el aplazamiento del desembolso de las aportaciones, siempre que se haya respetado el desembolso mínimo exigido, una cuarta parte, por lo menos, del valor nominal de cada una de sus acciones (art. 12 LSA). Es necesario preguntarnos, además, qué ocurrirá en estos supuestos, en los que se aplaza el desembolso de los bienes a un momento posterior, en relación a la transmisión del riesgo.

Si se aplicaran las normas del Código civil relativas a la transmisión del riesgo a las aportaciones sociales, también en los supuestos de aportación aplazada, las consecuencias económicas negativas derivadas de la pérdida o destrucción de los bienes comprometidos por

---

distinto del de cumplimiento. En definitiva, el paso del riesgo al comprador está conectado en el párrafo 1 del § 446 del *BGB* a la entrega de la mercancía, y en el § 447, a su envío. Éste ha sido, además, el criterio acogido por la mayoría de las normas y los textos uniformes que reglamentan el comercio internacional (ver, sobre esta cuestión, ALCOVER GARAU, G., *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. Derecho español e internacional*, cit., *passim*). Por el contrario, como acabamos de apuntar, nuestro Código civil parece estar más próximo al sistema francés, derivado de la regla romana de la conclusión, en virtud del cual la propiedad se transmite y adquiere por la sola virtualidad del consentimiento legalmente manifestado, por lo que el riesgo se transmite aunque el consentimiento transmisivo no haya ido acompañado del correspondiente desplazamiento posesorio o *traditio*. Esta dirección ha sido acogida con especial interés por el *Codice Civile* italiano de 1942. El artículo 1.376 establece que: "*nei contratti che hanno per oggeto il trasferimento della propietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato*"; por su parte, el artículo 1.465.1 dispone que: "*ney contratti che trasferiscono la proprietà di una cosa determinata ovvero costituiscono o trasferiscono diritti reali, il perimento della cosa per una causa no imputabile all'alienante non libera l'acquirente dall'obbligo di eseguire la controprestazione, ancorche la cosa non sia stata consegnata*". En definitiva, podemos entender que en el derecho civil, en virtud de la regla general, el simple consentimiento sobre la cosa y el precio determina la transmisión de la propiedad al comprador, y la transmisión de la propiedad lleva consigo la transmisión de los riesgos.

[130] En estos términos se manifiesta LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 124.

Universidad de Huelva 2009

caso fortuito o fuerza mayor pesarían sobre el patrimonio social desde el momento de la perfección del contrato, a pesar de que la totalidad de las aportaciones no hubieran sido aún entregadas a la sociedad, y, a pesar de que se aplazara el desembolso de una buena parte de las mismas. De este modo, produciéndose la pérdida o destrucción de los bienes comprometidos y no desembolsados, por causa no imputable a ninguna de las partes, la sociedad no recibiría nada y tendría obligatoriamente que seguir considerando socio al transmitente, en detrimento siempre de la realidad y efectividad del capital social. Consecuentemente, el patrimonio social sufriría un grave perjuicio. El valor atribuido a la aportación pendiente de desembolso ya no pasaría a formar parte del patrimonio social, el cual no se vería nunca recompensado con el valor que a la misma se le atribuyó, y la sociedad no podría exigir ningún tipo de indemnización al socio aportante, que transmitió el riesgo en el momento de la perfección del contrato de sociedad, salvo que la pérdida o destrucción fuere por su culpa. La cifra de capital, integrada por las aportaciones de los socios, no se correspondería con el patrimonio real de la sociedad.

Por el contrario, aplicando las normas del Código de comercio sobre transmisión del riesgo, este eventual perjuicio en el patrimonio de la sociedad no llegará a producirse. Las consecuencias económicas negativas derivadas de la pérdida o destrucción de los bienes van a recaer sobre el patrimonio del socio, incluso en los supuestos de aplazamiento del desembolso, hasta el momento de la entrega real (art. 331), o en su caso, hasta la puesta a disposición de los bienes a favor de la sociedad (art. 333).

La preferencia del legislador por las normas del Código de comercio en lo relativo a la transmisión del riesgo no parece obedecer a que la Ley las considere más apropiadas debido a la naturaleza mercantil de la sociedad anónima[131]. El legislador parece haber

---

[131] En este sentido, LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículo 36 a 41 LSA)", cit., pág. 125. En contra GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 348 y SÁNCHEZ MIGUEL, M.C., "De las aportaciones (Artículos 36 a 41)", cit., págs. 913-914, quienes consideran que la razón de esta elección es que armonizan mejor con la índole mercantil de la sociedad por acciones y responden a una ponderación más justa de los intereses en juego. Por nuestra parte podemos objetar que de ser esa la idea regidora de la mente de nuestro legislador, se produce una incongruencia con la remisión al Código civil en materia de entrega y saneamiento. Consideramos, por lo tanto, que el

Universidad de Huelva 2009

tomado conciencia de la necesidad de buscar la solución más acorde y en consonancia con la práctica diaria, con la realidad, a la vez que ha establecido, suponemos intencionadamente, la solución más beneficiosa para la sociedad y para la conservación de la realidad y efectividad de su capital. En cualquier caso, el legislador ha optado por el régimen del Código de comercio para la transmisión de los riesgos. La aplicación de sus normas retrasa el momento en que los riesgos son transmitidos a la sociedad, como regla general, hasta el instante en que el bien le es entregado o, como regla excepcional, hasta el instante en que el bien es puesto a su disposición lo que, según las distintas opiniones, o coincide con la entrega[132] y, por tanto, con la transmisión de la propiedad o, al menos, representa un acto intermedio entre la perfección y la entrega que justifica el paso del riesgo a quien ya tiene la cosa a su disposición[133].

Ahora bien, la elección por parte del legislador del régimen establecido en el Código de comercio en lo relativo a la transmisión del riesgo, nos obliga a tratar de aclarar qué debemos entender por "puesta a disposición" y, en definitiva, a precisar cuál es el régimen de transmisión en el citado Código[134], así como la incidencia que el mismo tiene sobre las normas reguladoras de las aportaciones a las sociedades anónimas y los principios inspirados en la protección del capital social. El mandato imperativo de que el capital de la sociedad se halle en todo momento efectivamente integrado, para así servir de garantía a los terceros, no

---

legislador no se ha preocupado de esclarecer la mercantilidad o no del acto de aportación sino de dar una solución práctica y, al mismo tiempo, beneficiosa para la sociedad.

[132] GOMEZA VILLA, J.I., "Contrapartidas en aumentos o reducciones de capital", cit., pág. 148.

[133] Esta última opinión es la sostenida por GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 349; LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 126; MENÉNDEZ, A., "La transferencia de la propiedad y el riesgo en la compraventa mercantil", cit., págs. 248-250; SÁNCHEZ MIGUEL, M.C., "De las aportaciones (Artículos 36 a 41)", cit., pág. 914; ALCOVER GARAU, G., *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. Derecho español e internacional*, cit., pág. 38.

[134] El régimen sobre transmisión de riesgos en la compraventa contenido en el Código de comercio resulta, además de desfasado y alejado del que la realidad del tráfico en nuestros días requiere, de difícil interpretación. Sin embargo, debido al carácter dispositivo de las normas sobre compraventa, en la práctica suelen ser las partes interesadas quienes determinan en los contratos tanto el régimen de la obligación de entrega como el de la transmisión de los riesgos, y si éstos no se contemplan expresamente, al menos, de las cláusulas de entrega y de los usos se pueden deducir consecuencias relativas a la transmisión de esos riesgos.

Universidad de Huelva 2009

permite que se pacte un desplazamiento del riesgo del aportante a la sociedad en un momento anterior a la entrega o, al menos, a la puesta a disposición del bien aportado, es decir, al previsto en el Código de comercio para la compraventa[135].

Pues bien, la regulación de la transmisión del riesgo en la compraventa mercantil se haya recogida principalmente en dos preceptos que, a primera vista pudieran parecer contradictorios pero en realidad son armónicos y complementarios. El primero de ellos es -digamos- la norma general en materia de transmisión de riesgos en la compraventa mercantil, en concreto, el artículo 331 del C. de c., según el cual, los riesgos corren a cargo del vendedor antes de que haya cumplido su obligación de entrega[136]. El segundo de estos preceptos es el artículo 333, que puede considerarse que recorta la amplitud del principio general expresado en el anterior y adelanta el momento de la transmisión del riesgo, para el caso en que, habiendo existido puesta a disposición de las cosas vendidas, no se haya realizado la entrega efectiva y real por causas imputables al comprador o no imputables a ninguna de las dos partes. En consecuencia, es claro que la puesta a disposición transmite el riesgo al comprador, en este caso a la sociedad[137].

El artículo 333 del C. de c. establece que a partir del momento en que se produce la puesta a disposición de los bienes convenidos, también se produce la transmisión de los

---

[135] LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículo 36 a 41 LSA)", cit., pág. 127, considera que el régimen del Código opera como mínimo en el sentido de que se puede retrasar pero no adentar la transmisión del riesgo.

[136] El Código de comercio establece que la pérdida o deterioro de la cosa objeto del contrato, una vez perfeccionado el acuerdo y antes de que trascurra el momento fijado para su entrega, o incluso después de ese momento si ésta no fue posible por causa de fuerza mayor, otorga al comprador la posibilidad de rescindir el contrato. No obstante, resulta interesante la peculiar interpretación que de este precepto realiza ALCOVER GARAU, G., en su trabajo *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. Derecho español e internacional*, cit., págs. 155-158.

[137] Tres son, por lo tanto, los requisitos exigibles para que el riesgo corra a cargo de la sociedad: 1.- la perfección del contrato; 2.- la puesta a disposición de la sociedad del bien, en el lugar y tiempo convenido. No es necesario que la sociedad haya tomado posesión efectiva del mismo, significa simplemente que el bien está bajo la disponibilidad de la sociedad, aunque no haya tenido lugar la entrega material; 3.- falta de dolo o de negligencia del socio aportante. Cumplidos estos tres requisitos las consecuencias económicas negativas derivadas de la pérdida o destrucción del bien por caso fortuito o fuerza mayor recaen sobre el patrimonio de la sociedad.

Universidad de Huelva 2009

riesgos al comprador[138]. El término "puesta a disposición" -se ha afirmado- hace referencia a una fase intermedia entre la perfección del contrato y la entrega[139]. Debemos entender "puesta disposición" como el momento en el que el vendedor ha hecho todo lo que tenía que hacer para dar cumplimiento a su obligación de entrega, aunque todavía no se haya producido ésta porque falte el concurso del comprador[140]. De hecho, si puestos los bienes a disposición del comprador se produce la recepción de los mismos, la puesta a disposición se transformará en entrega. En ese momento, de acuerdo con el texto del artículo 333 del C. de c., los riesgos se transmiten al comprador, a cuya disposición está ya el bien, con independencia de que haya incurrido o no en *mora creditoris*[141].

De este modo, el legislador mercantil ha separado la cuestión relativa a la transmisión del riesgo de otras cuestiones relacionadas o que derivan de la entrega de la cosa, como ocurre con la transmisión de la propiedad[142]. Consecuentemente, es posible que la propiedad de la cosa se haya transmitido ya por acuerdo de las partes en escritura pública -tradición instrumental-, sin que aún se hayan transmitido los riesgos. O bien que, estando la cosa a disposición del comprador pesen ya los riesgos sobre su patrimonio, transmitiéndose la

---

[138] De esta regla, que hemos considerado no contradictoria con el principio general en lo relativo a la transmisión de riesgos (art. 331), es necesario exceptuar los supuestos especiales que contempla el artículo 334, siendo de cuenta del vendedor los daños y menoscabos que sufran las mercaderías, aún por caso fortuito y estando dichas mercancías a disposición del comprador, en concreto: 1- la venta de cosa genérica; 2- las ventas en las que tuviere el comprador la facultad de reconocer y examinar previamente la cosa vendida; 3- la venta bajo condición de no efectuar la entrega hasta que la cosa adquiera las condiciones estipuladas. Respecto de las cosas genéricas, la puesta a disposición sólo tendrá lugar mediante la especificación de las mismas, pesándolas, midiéndolas o contándolas.

[139] GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, I, cit., pág. 349, MENÉNDEZ, A., "La transferencia de la propiedad y del riesgo en la compraventa mercantil", cit., págs. 232, 248 y 250; ALCOVER GARAU, G., *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. Derecho español e internacional*, cit., pág. 38.

[140] LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 129.

[141] No podemos olvidar que la entrega no es un acto unilateral sino bilateral, esto es, es necesario el concurso de dos personas: un comportamiento activo del vendedor e igualmente una actitud positiva del comprador, voluntad de entregar y recibir, respectivamente. Si el vendedor hace todo lo posible para cumplir su obligación de entrega y el comprador rehúsa o demora la recepción de las mercaderías es injusto que el primero siga soportando el riesgo por pérdida o destrucción de las mismas. Por ello el legislador establece en el artículo 333 del C. de c. que, para estos supuestos, la transmisión del riesgo se efectúa con la puesta a disposición de los efectos. Si hubiera recepción esa puesta a disposición se transformaría en entrega.

[142] Esta idea se traduce en la consecuencia de que el legislador mercantil ha dejado a un lado el principio *res perit domino*.

Universidad de Huelva 2009

propiedad en un momento posterior con la entrega efectiva o simbólica. Esto significa que transmisión de propiedad no equivale a transmisión de riesgos. Se atiende, por tanto, no a las consecuencias jurídicas de un acuerdo o de una ficción, sino a la realidad práctica de la efectiva entrega o puesta a disposición.

En el caso de la sociedad esta efectividad es la que vale a los efectos de considerar integrado el patrimonio[143]. Por tanto, el simple acuerdo de aportación elevado a escritura pública no es suficiente para que se produzca la transmisión del riesgo a la sociedad -aunque sí la transmisión de la propiedad-. Para transmitir los riesgos, además de la perfección del contrato se precisa la entrega real o, en su caso, la puesta a disposición de la cosa (arts. 331 y 333 C. de c.)[144]. Así pues, es posible que se haya producido la entrega instrumental a través del otorgamiento de escritura y, en cambio, no se haya efectuado aún la entrega real o la puesta a disposición. En este caso, la sociedad está constituida, es propietaria del bien y, sin embargo, el riesgo permanece en el socio. Consecuentemente, en virtud de la remisión del artículo 39.1 de la LSA al régimen del C. de c., la sociedad asume el riesgo desde la entrega real o, en su caso, desde la puesta a disposición, haya o no incurrido en *mora creditoris* y aunque no tenga culpa alguna de la pérdida o deterioro[145][146].

---

[143] En estos términos se manifiesta LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., págs. 128-129.

[144] "Esta conclusión vale también -afirma el profesor GARRIGUES- en el caso de que el bien se entienda entregado con el otorgamiento de la escritura pública (art. 1.462 C.c.), ya que esta tradición instrumental no desvirtúa la regla del paso del riesgo sólo mediante la entrega real o puesta a disposición. Consecuentemente, es posible que el riesgo pase a la sociedad después de otorgada la escritura pública de constitución, (*Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas,* T. I, cit., pág. 349). Por su parte, CÁMARA ÁLVAREZ, M., considera no aplicable el artículo 1.462 del C.c., según el cual el otorgamiento de la escritura equivale a la entrega, en materia de transmisión de riesgos: "*la Ley* [dice] *se remite expresamente al Código de Comercio, lo que excluye la aplicación a estos efectos (pero sólo a estos efectos) de la norma civil*" (*El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, cit., pág. 161). En términos similares, véase, POLO SÁNCHEZ, E., "La aportación de empresa a sociedad", cit., pág. 2238.

[145] Esta es la opinión de LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones (Artículos 36 a 41 LSA)", pág. 129, a la cual nos adherimos.

[146] El legislador ha previsto la posibilidad de que el comprador no cumpla su obligación de recepción respecto de la mercancía. Ante este evento, el Código de comercio otorga al vendedor la facultad de pedir el cumplimiento, o la rescisión, que expresamente consagra el artículo 332. Y, además, añade que serán de cuenta del comprador, los daños y menoscabos que sufra la cosa puesta a su disposición y pendiente de ser recibida (art. 333). En este sentido SECO CARO, E., ("El contrato mercantil de compraventa. Concepto. Perfección. Doctrina del riesgo", *Derecho Mercantil* [coordinación JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.], 4ª ed., T. II, Barcelona, 1997, pág. 295) afirma que cuando el vendedor tiene los efectos a disposición

Universidad de Huelva 2009

Resumiendo, podemos afirmar que, el acuerdo de aportación es insuficiente por sí solo para transmitir los riesgos a la sociedad. El riesgo no es transmitido por la mera perfección del negocio jurídico, sino en virtud de la entrega efectiva y real -no entrega instrumental- o, en el caso de que no se produzca la recepción de las mercancías -salvo que se deba a culpa del aportante-, por la puesta a disposición de la sociedad del bien o bienes aportados. Por tanto, la pérdida o deterioro del bien después de la entrega efectiva, o, en su caso, después de la puesta a disposición la sufrirá la sociedad. En este caso, el socio conservará sus acciones en tanto que la aportación se había efectuado en un momento anterior; en cambio, la sociedad tendrá que contabilizar como pérdida la desaparición o deterioro del bien aportado.

Si, por el contrario, la pérdida o deterioro del bien comprometido se produce antes de la entrega real o de la puesta a disposición, en definitiva, antes de la transmisión del riesgo a la sociedad, el Código de comercio otorga a la sociedad la posibilidad de rescindir el contrato. En este caso, la rescisión parcial del contrato -rescisión del negocio jurídico de aportación- lleva consigo la restitución de las acciones entregadas al aportante a cambio de la aportación perdida o deteriorada y la correspondiente reducción de capital, con anulación de las acciones restituidas a la sociedad. Si el socio que aplazó parte de su aportación a un momento posterior hubiera enajenado sus acciones, los adquirentes de esos valores también sufrirán las consecuencias de la pérdida o deterioro [147], pues han de responder de los dividendos pasivos pendientes (art. 46 LSA). Por tanto, el artículo 39.1 de la LSA otorga a la sociedad, para los supuestos en que los bienes comprometidos se pierdan o deterioren por caso fortuito o fuerza mayor antes de la entrega real, o, en su caso, de la puesta a disposición, la facultad de rescindir el negocio de aportación, con la consiguiente reducción del capital

---

del comprador en el lugar y tiempo convenidos, se supone que la entrega debe efectuarse en ese momento. Si ello no ocurre, será por culpa del comprador y en consecuencia quedará el vendedor liberado del riesgo, y los daños y menoscabos que sobrevinieren a las mercaderías serán de cuenta del comprador, excepto que se produzcan por dolo o negligencia del vendedor. Por tanto, la transmisión del riesgo se entiende producida en aquel momento.

[147] En este sentido se manifiesta CÁMARA ÁLVAREZ, M., *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, cit., pág. 160.

Universidad de Huelva 2009

social, aún cuando las acciones no liberadas hayan sido transmitidas a un tercero.

No obstante, podemos pensar en una solución diferente en virtud de lo dispuesto en el artículo 134.2 del RRM. De acuerdo con el tenor literal de este precepto, salvo disposición en contrario, si llegado el momento de efectuar la aportación no dineraria ésta hubiera devenido imposible, se satisfará su valor en dinero[148]. Es decir, cuando el riesgo pesa aún sobre el patrimonio del aportante, en lugar de procederse a la rescisión del negocio de aportación, el socio tendrá que entregar a la sociedad una suma de dinero equivalente al valor atribuido al bien comprometido, en tanto que se entiende que la aportación ha devenido imposible.

Desde nuestro punto de vista, consideramos excesivamente rigurosa para el aportante la aplicación de este precepto reglamentario, es decir, que la sociedad pueda obligar al socio a entregar el valor en dinero del bien comprometido cuando éste se perdió o deterioró por caso fortuito o fuerza mayor antes de la entrega real o, en su caso, puesta a disposición. Por ello, estimamos que esta solución sólo sería viable en el supuesto de que la voluntad del socio, a pesar de la pérdida o deterioro, fuera la de conservar la cualidad de accionista o

---

[148] La norma consagrada en el artículo 134.2 del RRM se establece para dar solución a un problema concreto: que la aportación no dineraria comprometida no pueda ser efectuada; y trata de dar un remedio para así evitar las consecuencias dañosas que para la sociedad puede suponer la reducción del capital derivada del incumplimiento del aportante, imponiendo, en este caso, una prestación sustitutoria en dinero. Sin embargo, a pesar de la finalidad protectora del capital social que ha podido llevar al legislador a dictar esta norma, parece que su establecimiento resulta desacertado. En primer lugar, el RRM se ha excedido en sus atribuciones infringiendo el principio de jerarquía normativa al dar solución a un supuesto para el cual la LSA ha guardado silencio (ver, LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales [Artículos 36 a 41 LSA]", cit., pág. 178). Por otra parte, el precepto reglamentario se ha apartado del criterio seguido por el Código civil en materia de obligaciones, pues el artículo 1.166 consagra la facultad del acreedor de exigir que la prestación a recibir sea idéntica a la comprometida, salvo acuerdo en contrario. Además, la norma es contraria al artículo 1.182 del C.c. que determina la liberación del deudor de cosa específica en caso de pérdida por caso fortuito o fuerza mayor antes de haberse éste constituido en mora. En efecto, según el Derecho común, la imposibilidad de la prestación inicialmente convenida determina la imposibilidad de cumplimiento obligacional, con la consiguiente extinción de la obligación al entenderse que, de haber concurrido estas circunstancias impeditivas de la prestación inicial en el momento del nacimiento de la obligación, ésta no habría llegado a nacer. Finalmente, la solución acogida en el artículo 134.2 del RRM es contraria al régimen legal que establece el artículo 39.1 de la LSA, en materia de transmisión de riesgos, que se traduce en la rescisión del negocio de aportación y la consiguiente reducción del capital social (ver, CÁMARA ÁLVAREZ, M., *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y reducción*, cit., pág. 160). De todas estas consideraciones puede pensarse que, quizás, la solución reglamentaria debió haber sido la contraria: admitir la sustitución en dinero de la aportación no dineraria devenida imposible sólo cuando esta posibilidad se hubiera previsto expresamente (esta es precisamente la opinión de GOMEZA VILLA, J.I., "Contrapartidas en aumentos o reducciones de capital", cit., pág. 150).

Universidad de Huelva 2009

conservar su participación en el capital social en la misma proporción de la que gozaba antes de la pérdida o deterioro. En definitiva, será a través de un acuerdo del socio con la sociedad como finalmente se decidirá si el primero restituye las acciones desapareciendo, o disminuyendo, su vínculo con la sociedad; o deciden que continúe siendo socio y manteniendo su participación en el capital social, en cuyo caso quedaría obligado a entregar en dinero el valor de la aportación no dineraria comprometida y frustrada.

Por otra parte, el artículo 39.1 de la LSA adolece de un defecto de considerable importancia que ya hemos apuntado; y es que al establecer las obligaciones del aportante de bienes muebles, inmuebles o derechos asimilados a ellos parece que sólo contempla el supuesto de aportación a título de propiedad, remitiendo expresamente al régimen de la compraventa, o al menos no distingue expresamente según el título al que se hubiera efectuado la aportación. Pero como hemos señalado en repetidas ocasiones, entendemos que a las aportaciones a título de uso les serán aplicables las normas del Código civil reguladoras del contrato de arrendamiento. En este caso, la obligación de entrega que pesa sobre el aportante viene acompañada de otras que tienen un mayor alcance en el tiempo como son la obligación de conservar la cosa cedida y mantener al arrendatario en su goce pacífico (art. 1.554 C.c.).

Ahora bien, debemos tener en cuenta que en las aportaciones de mero uso, en virtud de la aplicación de las normas sobre arrendamiento, la regla general en esta materia conlleva a que las consecuencias económicas negativas derivadas del evento dañoso pesen sobre el patrimonio del socio que aportó el uso, en tanto que éste no ha transmitido la propiedad sino exclusivamente el derecho de uso sobre el bien. Es decir, la aplicación de los principios civiles propone aquí la vigencia de la regla *res perit domino*, de manera que habrá de soportarlo siempre el socio propietario[149].

[149] Ver, por todos, el artículo 1.568 del C.c.

Universidad de Huelva 2009

Sin embargo, como en alguna ocasión hemos señalado[150], esto no significa que, de alguna manera, la sociedad no sufra cierto perjuicio económico derivado de la pérdida del bien. Recordemos que en las aportaciones de mero uso la sociedad está obligada al término del plazo estipulado a devolver al socio el bien cuyo uso aportó. Si entregado el bien cuyo uso se ha aportado, o puesto éste a disposición de la sociedad, se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la compañía queda liberada de dicha obligación y el socio no tendrá derecho por esa pérdida a ningún tipo de recompensa; soporta, en suma, el riesgo por la pérdida de la cosa. Sin embargo la sociedad va a sufrir la pérdida en su patrimonio de lo que realmente adquirió por vía de aportación, el derecho de uso, sin que tampoco ésta tenga derecho a exigir al aportante indemnización alguna o el disfrute de un bien similar al que en principio su derecho de uso le fue aportado. Si, por el contrario, la pérdida o deterioro se produce antes de la entrega efectiva o puesta a disposición, el aportante, si quiere conservar su cualidad de socio, salvo disposición contraria en los estatutos, tendrá que satisfacer el valor de la utilidad prometida y no gozada a través de una suma de dinero, entendiendo que la aportación comprometida ha devenido imposible (art. 134.2 RRM)[151]. De lo contrario, procederá la resolución del negocio de aportación y la consiguiente restitución de las acciones si éstas hubieron sido entregadas al aportante. Consecuentemente, si el bien se pierde o destruye por causa no imputable a ninguna de las partes, lógicamente la pérdida de su propiedad, la pérdida de la titularidad dominical es de quien la tiene exclusivamente, es decir, de su propietario, en definitiva, del socio y no de la sociedad, pues nadie puede perder lo que no tiene. Sin embargo, no podemos olvidar que la sociedad si tiene algo en relación con el bien que ahora se pierde, el derecho a usarlo. Por lo tanto, perdida la cosa la sociedad sufrirá en su patrimonio la pérdida de lo que en él había ingresado, esto es, del derecho de uso.

---

[150] En este momento, nos limitamos a exponer las ideas generales en materia de transmisión del riesgo en las aportaciones a título de uso. La razón de omitir aquí un análisis más profundo se debe a que esta cuestión ha sido tratada con mayor detenimiento en el capítulo II de este trabajo, **TITULO DE LA APORTACION A LA SOCIEDAD ANÓNIMA**, al cual remitimos.

[151] Véase, nota 149 de este capítulo.

Universidad de Huelva 2009

3º. El saneamiento de la empresa aportada.

3º.a. Consideraciones introductorias.

Como ya se apuntó al comienzo de este capítulo, el artículo 39.1 de la LSA remite a las normas que el Código civil dicta para la compraventa en materia de saneamiento. Así pues, las normas del Código civil que regulan la obligación de saneamiento que pesa sobre todo vendedor son directamente aplicables, por remisión expresa, al negocio jurídico de aportación cuando lo aportado consista en bienes muebles, inmuebles y derechos asimilados a ellos. Sin embargo, para los supuestos en los que el objeto de la aportación consista en una empresa, el artículo 39.3 dicta normas específicas para la obligación de saneamiento. Ello no quiere decir que no sean aplicables en este caso las normas del Código civil, sino que habrá de atenderse en primer lugar a lo que establece la LSA y, en lo que sea necesario, acudir como derecho supletorio al Derecho común.

Antes de entrar de lleno en el estudio específico de la obligación de sanear que recae sobre el aportante de empresa, es conveniente destacar el cambio, reivindicado por nuestra doctrina ya antes de la reforma de 1989[152], del tenor literal del artículo 39.3 de la LSA de 1989 respecto del correspondiente precepto de la LSA de 1951 en materia de saneamiento de empresa, en concreto respecto del artículo 31.3. En efecto, se ha sustituido la anterior remisión que el artículo 31.3 de la Ley de 1951 hacía expresamente al artículo 1.532 del C.c.[153] por el establecimiento expreso del contenido de la obligación de saneamiento que

---

[152] CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, T. I, cit., págs. 11 y 407-408; ID., "La venta de la empresa mercantil. Principales problemas que plantea", cit., págs. 359-360; RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., págs. 199-200.

[153] El artículo 1.532 del C.c. contempla el supuesto de transmisión de un conglomerado de "derechos, rentas, y productos". Este precepto, aplicado en los supuestos de transmisión de empresa, hacía responder al transmitente de la legitimidad del todo en general, es decir, de que la empresa le pertenecía, y únicamente quedaba obligado al saneamiento de cada uno de los elementos en los supuestos de evicción del todo o de la mayor parte. Este artículo no responde a la consideración unitaria de la empresa que esta latente en el texto actual de la LSA; la empresa no es un simple conglomerado de derechos, rentas y productos, sino un complejo unitario de elementos organizados y destinados funcionalmente al desarrollo de una determinada actividad empresarial.

Universidad de Huelva 2009

pesa sobre el aportante. De una parte, ésta alcanza ahora al conjunto de la empresa si el vicio o la evicción afecta a la totalidad o a alguno de los elementos esenciales, y, de otra, se añade la obligación de sanear de forma individualizada los elementos de la empresa que sean de importancia por su valor patrimonial. El aportante de empresa no está obligado, en el primer caso, al saneamiento de cada uno de los elementos de la empresa sino al conjunto de la entidad productiva como unidad. Sólo cuando el vicio o la evicción afecte a uno o varios elementos relevantes en la empresa, por el valor patrimonial que éste o éstos representan, procede el saneamiento individualizado de cada uno de los elementos viciados o eviccionados.

3°.b. El saneamiento de la empresa aportada en la LSA de 1951.

El artículo 31, párrafo 3°, de la LSA de 1951 vino a confirmar la opinión, prácticamente pacífica en la doctrina mercantil anterior a su promulgación, que entendía que el tema del saneamiento en la compraventa de empresa debía resolverse aplicando el artículo 1.532 del C.c.[154]. Sin embargo, tras la reforma de 1951, se advertía de forma unánime que éste era uno de los preceptos relativos al contrato de compraventa que debía ser aplicado con suma cautela a la aportación de empresa, tanto por la especial naturaleza de su objeto como por las especialidades y diferencias latentes entre el negocio jurídico de compraventa y el de aportación[155].

El artículo 1.532 del C.c., que figura bajo el epígrafe "De la transmisión de créditos y demás derechos incorporales", establece que "*el que venda alzadamente o en globo la totalidad de ciertos derechos, rentas o productos, cumplirá con responder de la legitimidad del todo en general; pero no estará obligado al saneamiento de cada una de las partes de*

---

[154] Antes de la promulgación de la LSA de 1951, se consideraba que la remisión al artículo 1.532 del C.c. estaba ya implícita en nuestro Derecho por la aplicación supletoria del Código civil.

[155] CÁMARA ÁLVAREZ, M., "La venta de la empresa mercantil. Principales problemas que plantea", cit., pág. 359; BROSETA PONT, M., "La compraventa de empresa", cit., pág. 59.

Universidad de Huelva 2009

que se componga, salvo en el caso de evicción del todo o de la mayor parte". La aplicación del tenor literal de este precepto a los negocios jurídicos de transmisión de empresa a título oneroso se traducía en que el transmitente, además de responder de la legitimidad del todo en general, quedaba obligado a sanear cada una de las partes o elementos de que se componía la empresa sólo en caso de evicción del todo o de la mayor parte.

El criterio que la LSA de 1951 imponía en materia de saneamiento, atendiendo al tenor literal del artículo 1.532 del C.c., era pues de carácter meramente cuantitativo. Como consecuencia, el aspecto cualitativo de la aportación parecía no ser tenido en consideración a los efectos de hacer nacer la obligación de saneamiento en el patrimonio del aportante[156]. Sin embargo, cuando se aporta una empresa es necesario proteger la existencia de ciertos elementos -que no suelen ser los más numerosos- que revisten trascendental importancia o son esenciales para el desarrollo de la actividad empresarial, y por el contrario, son de escaso relieve cuantitativo, es decir, en cuanto al número de elementos que representan dentro del conjunto de los que integran la empresa[157]. Se producían, efectuando una interpretación literal del precepto, grandes dificultades para la completa integración de la cifra del capital social, pues el artículo 1.532 del C.c. solo prescribe el saneamiento por evicción del todo o la mayor parte. Si la evicción únicamente afectaba a uno o varios elementos que no merecían la consideración de "mayor parte" en el sentido de mayor número de elementos, cumplía el aportante sin que la sociedad estuviera autorizada a usar el ejercicio de la acción de saneamiento. En tanto el valor de la aportación quedara por debajo del nominal de las acciones suscritas, quebraba el principio de realidad y efectividad del capital social, con evidente riesgo para los acreedores y perjuicio seguro para la sociedad y los socios, respecto de los cuales pudiera además resultar infringido el principio de igualdad de trato.

---

[156] El socio no estaba obligado al saneamiento, de acuerdo con el tenor literal del precepto, cuando la evicción afectase a uno sólo de los elementos de la entidad productiva, aún cuando el elemento desaparecido por la evicción fuera esencial para la empresa y su pérdida impidiese a la sociedad continuar el desarrollo de la actividad empresarial, tal como en ella se venía produciendo.

[157] RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., págs. 199-200; GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 355.

Universidad de Huelva 2009

La remisión de la LSA de 1951 al artículo 1.532 del C.c. y la interpretación más literal del mismo imponía, por tanto, una limitación al libre ejercicio de la acción de saneamiento por evicción que la sociedad posee con respecto a cada uno de los elementos del todo, si la evicción se producía sólo sobre parte no significativa, cuantitativamente hablando de la empresa aportada[158]. Sólo cuando la evicción afectase a toda la empresa o a la mayor parte de la misma nacería en el aportante la obligación de sanear caso por caso todos y cada uno de los elementos integrantes de la entidad productiva afectados por la evicción, entrando en juego la aplicación de los artículos 1.478 y 1.479 del C.c.

Precisamente, en virtud de estos inconvenientes que planteaba la aplicación literal del precepto se buscó una interpretación más flexible y en cierto modo más acorde con la realidad y el interés de las partes, especialmente del adquirente de empresa. La dificultad se hallaba, pues, en determinar cómo había de entenderse los términos empleados por el legislador de la "mayor parte". En efecto, en trance de lo que había de entenderse por "mayor parte" se contrapusieron entonces dos posiciones, según que la expresión se entendiese literalmente, en un sentido numérico -mayor número de elementos afectados por la evicción-, o que la evicción se refiriese a aquellos elementos cuyo valor económico fuese superior al de los restantes -mayor valor de los elementos afectados-.

En realidad, el tenor literal del precepto comentado está más en consonancia con la primera de las posiciones expuestas, ya que parece referirse cuando emplea los términos "mayor parte" a un sentido numérico. No obstante, una parte de la doctrina se adscribió, pensando en la transmisión de empresa, a la segunda de las dos interpretaciones anunciadas[159]. Siguiendo esta línea de pensamiento, se consideró que la "mayor parte" hacía

---

[158] RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., págs. 199-200; VICENT CHULIÁ, F., *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, cit., pág. 206; BROSETA PONT, M., "La compraventa de empresa", cit., pág. 59.

[159] CÁMARA ÁLVAREZ, M., "La venta de la empresa mercantil. Principales problemas que plantea", cit., pág. 361; BROSETA PONT, M., "La compraventa de empresa", cit., págs. 58-59. Entre los civilistas, defiende esta interpretación MANRESA, *Código civil español* (Artículos 1.445-1.541), T. 10, vol 1°, 6ª ed., cit., pág. 588; PANTALEÓN PRIETO, F., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia (dir. PAZ-ARES, DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ, SALVADOR),

Universidad de Huelva 2009

referencia al mayor valor del elemento o elementos sobre los que hubiese recaído la evicción y que este mayor valor había de estimarse funcionalmente, es decir, teniendo en cuenta la minusvalía que su defecto determinaba sobre el complejo organizado que era la empresa, de suerte que la evicción de los elementos de que se tratase impidiese el funcionamiento de la empresa tal como hasta entonces se venía desarrollando, o le perjudicase en términos tales que el valor de la empresa, tras la evicción, resultase inferior, en más de la mitad, al que tendría si la evicción no se hubiese producido[160]. Era preciso reconocer que si faltaba a la sociedad un simple elemento esencial, que no era ni el todo ni la mayor parte desde un punto de vista cuantitativo, podía esa simple falta imposibilitar la explotación normal de la empresa aportada[161]. No obstante, debemos advertir que, atender a la naturaleza del elemento u elementos a que la evicción afectase y a su trascendencia en orden al funcionamiento de la organización empresarial, si bien era necesario, suponía forzar en cierto grado la interpretación del tenor literal del precepto comentado.

Por otra parte, la aplicación del artículo 1.532 del C.c. no suscitaba ningún problema, tanto si se le refería al supuesto que directamente contempla -transmisión de un conglomerado de derechos, rentas y productos- como a la venta o aportación de empresa, cuando la evicción era total, esto es, afectaba a toda la empresa. En estos casos se aplicaba sin más el artículo 1.478 del C.c. Así pues, en el supuesto de aportación, como ya hemos

---

T. II, Madrid, 1993, pág. 1038. En contra GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. I, cit., pág. 355, quien considera que el criterio de la Ley de 1951 impide la reclamación de la sociedad cuando el saneamiento afecta a elementos de escaso relieve cuantitativo, pero de importancia cualitativa y RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 200, que tras declarar que la empresa no es un conjunto de bienes y derechos valorables cuantitativamente, sino una organización de apreciación, por tanto, cualitativa, de bienes y derechos, por lo que lo decisivo no es la parte mayor que declara el artículo 1.532 del C.c. sino la parte esencial, concluye afirmando que no puede ignorarse la remisión expresa del artículo 31 de la LSA, y anuncia las dificultades de su aplicación.

[160] Esta es la interpretación que del precepto realizó CÁMARA ÁLVAREZ, M., "La venta de la empresa mercantil. Principales problemas que plantea", cit., pág. 361.

[161] En este sentido, BROSETA PONT, M., "La compraventa de empresa", ponía como ejemplo, pensando en el negocio jurídico de compraventa, la empresa en la que era elemento esencial una patente de explotación o de fabricación de productos manufacturados o el propio local de negocios. Estos elementos, aún siendo esenciales para la explotación de la empresa, podían no ser desde el punto de vista económico equiparables al todo o a la mayor parte. Y, a pesar de ello, consideraba necesario conceder al comprador la rescisión del contrato de compraventa de la empresa, por que sin ellos difícilmente podría su adquirente realizar la actividad económica en las mismas condiciones que el vendedor.

Universidad de Huelva 2009

señalado, el aportante quedaba obligado en cumplimiento de su obligación de saneamiento a pagar el "precio" -valor de mercado que tenía la cosa al tiempo de la evicción y los demás conceptos enumerados en el precepto.

En cambio, en la hipótesis de que la evicción afectase a la mayor parte, podían surgir dificultades en el momento de determinar cómo se prestaba el saneamiento, pues el artículo 1.532 del C.c. se limita a facultar al comprador para exigir el saneamiento individualizado de cada uno de los elementos integrantes de la empresa afectados por la evición. Pensamos que, estos casos, podían presentarse dos soluciones diferentes.

La primera consistía en la aplicación del artículo 1.478 del C.c. para la obligación de sanear individualmente cada uno de los elementos afectados por la evicción. Es decir, aún cuando el elemento o elementos eviccionados representasen la mayor parte de la empresa aportada, la sociedad optaba por mantener en su patrimonio lo que quedaba de la entidad productiva tras la evicción. En este caso, la sociedad sólo podía exigir al aportante, según la interpretación que venimos defendiendo de este precepto para su aplicación al negocio jurídico de aportación, la entrega de una suma de dinero equivalente al valor del elemento o elementos perdidos al tiempo de la evicción (más la parte proporcional de las cantidades señaladas al menos en los números 2, 4 y 5 de dicho artículo)[162].

Ahora bien, siguiendo la peculiar interpretación adoptada por un sector de la doctrina mercantil sobre el significado de los términos "la mayor parte" que expresa el artículo 1.532 del C.c., el valor correspondiente al elemento o elementos perdidos como consecuencia de la evicción habría de determinarse teniendo en cuenta la trascendencia objetiva de lo que la sociedad había perdido por evicción relativamente al todo, y en caso de aportación de empresa, ponderando la repercusión negativa que sobre su futuro funcionamiento hubiera de

---

[162] No se podía pretender que el aportante entregase a la sociedad el valor global atribuido a la empresa como objeto de aportación (más la totalidad de las cantidades previstas para el supuesto de evicción total), quedándose, además, esta última con los elementos que no fueron afectados por la evicción, pues de ser así es obvio que la sociedad resultaría injustamente enriquecida.

Universidad de Huelva 2009

tener el elemento o elementos sobre los que hubo recaído la evicción[163].

La segunda, en cambio, se traducía en la aplicación del artículo 1.479 del C.c., para el supuesto de que los elementos afectados por la evicción fueran de tal relevancia en la empresa que la sociedad no la hubiera adquirido sin ellos[164]. En este caso, la sociedad optaba por la rescisión del negocio de aportación con la consiguiente devolución de las prestaciones. Así pues, el aportante tenía, en principio, que restituir a la sociedad la totalidad de las acciones que le fueron entregadas a cambio de su aportación. Y, a la vez, la sociedad devolvía lo que quedase de la empresa a su anterior titular procediendo, posteriormente, a la correspondiente reducción de capital, tras garantizar los intereses de los acreedores que se opusieron a la operación (art. 98 LSA de 1951). Sólamente ante la imposibilidad de efectuar la restitución de las acciones -por haber sido enajenadas a un tercero-, o la imposibilidad de reducir el capital -por no hallarse la sociedad en condiciones de garantizar los créditos anteriores-, el aportante quedaba obligado a entregar en dinero el valor atribuido a su aportación, la empresa[165].

Finalmente, tenemos que señalar que el artículo 31.2 de la anterior LSA (que hacía referencia a la aportación de bienes muebles, inmuebles o derechos asimilados a ellos) remitía al régimen del saneamiento en la compraventa, tanto para el supuesto de la evicción como para el de vicios o defectos ocultos. Por el contrario, el artículo 1.532 del C.c., invocado en orden a la aportación de empresa, parecía limitar el saneamiento al caso de evicción del todo o la mayor parte, sin hacer alguna alusión a la obligación de saneamiento

---

[163] En este sentido se manifiesta CÁMARA ÁLVAREZ, M., ("La venta de la empresa mercantil. Principales problemas que plantea", cit., págs. 362-363), en relación a la evicción parcial en el supuesto de compraventa de empresa.

[164] Es lógico pensar que, cuando los elementos eviccionados o viciados fueran relevantes para el desarrollo de la actividad empresarial era conveniente la aplicación del artículo 1.479 del C. c. que faculta a la sociedad a que resuelva el negocio jurídico de aportación. Pues no tiene sentido que la sociedad conserve en su patrimonio una entidad productiva en la que, por faltar algún o algunos elementos esenciales que se ha perdido como consecuencia de la evicción, no puede desarrollar la actividad que le es propia.

[165] Omitimos, en este momento, cualquier aclaración sobre las dificultades e inconvenientes ocasionados por la aplicación de los artículos 1.478 y 1.479 del C.c. al supuesto de aportación, pues se produciría una repetición de lo que hemos expuesto en las páginas anteriores al analizar la remisión expresa del artículo 39.1.

Universidad de Huelva 2009

en caso de aparición de vicios o defectos en los elementos transmitidos en la aportación de empresa. En este sentido se interpretó que, aún cuando el precepto hiciese mención expresa exclusivamente al saneamiento por evicción, el mismo principio que le inspiraba, la buena fe en el cumplimiento de los contratos, declarado en los artículos 1.258 del C.c. y 57 del C. de c., facultaba a la sociedad al ejercicio de la acción de saneamiento cuando existiesen vicios o defectos ocultos y afectasen al todo o a la mayor parte en el conjunto de la empresa aportada[166].

En el caso de que el aportante se viese obligado a sanear por vicios ocultos, la sociedad, en virtud del artículo 1.486 del C.c., disponía de las dos opciones apuntadas. En primer lugar, la sociedad podía optar por desistir del negocio jurídico de aportación (acción *redhibitoria*). En definitiva, restitución de las prestaciones con la consiguiente reducción del capital social y la necesidad de garantizar los intereses de los acreedores que ejercieron su derecho de oposición. De no ser posible -por haber sido enajenadas las acciones a un terceros o por no hallarse la sociedad en condiciones de garantizar los intereses de estos acreedores-, el saneamiento se traduciría necesariamente en la entrega por parte del socio aportante del valor atribuido en su momento a la aportación más los gastos que pagó. En segundo lugar, la sociedad podía optar por la restitución de acciones en proporción a la disminución de valor experimentada por el bien aportado a consecuencia de los vicios o defectos (acción *quanti minoris*). En este supuesto era igualmente posible que el aportante hubiera transmitido a un tercero las acciones que en su momento le correspondieron. También entonces sería necesario sustituir la restitución de las acciones por la entrega en dinero de la diferencia del valor atribuido en su momento a la empresa y el valor real de la aportación una vez descubiertos los vicios o defectos. Finalmente, si el aportante conocía los vicios de la cosa, además de la opción referida, la sociedad podría exigir la indemnización de daños y perjuicios.

---

[166] En este sentido se manifestaron VICENT CHULIÁ, F., *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, cit., pág. 208 y BROSETA PONT, M., "La compraventa de empresa", cit., pág. 58.

Universidad de Huelva 2009

3º.c. Los nuevos criterios establecidos por la LSA de 1989.

3º.c.1. La necesidad y conveniencia de la reforma.

Como ya hemos señalado, dejando a un lado la relativamente forzada interpretación del artículo 1.532 del C.c. -desde nuestro punto de vista resultaba acertada- que demandaba un sector de la doctrina mercantil, la aplicación de su tenor literal a la aportación de empresa suponía condicionar el nacimiento de la obligación de saneamiento del aportante a un criterio meramente cuantitativo[167].

El criterio de que la ausencia de posesión legal y pacífica o de que los vicios o defectos ocultos tuvieran que afectar a toda una entidad, unitariamente considerada, o a la mayor parte de los elementos que la integraban para el nacimiento de la obligación de sanear se consideraba aceptable para la transmisión de universalidades estáticas. En cambio, no se entendía adecuado cuando el objeto de la aportación lo constituía la empresa, como unidad económica y productiva, en la que la importancia cualitativa de algunos de sus elementos y la no obligación de sanear si éstos no constituían la mayor parte de la entidad productiva podía llevar a consecuencias gravemente injustas para la sociedad adquirente[168].

De ahí, que una gran parte de la doctrina mercantil se viera tentada, sustentándose en razones de justicia y equidad, a realizar una interpretación excesivamente forzada de qué

---

[167] Según la interpretación del artículo 1.479 del C.c. que venimos defendiendo, si la evicción afectaba a la mayor parte de los elementos la sociedad podía, en virtud del artículo 1.479, bien proceder a la resolución del negocio de aportación si los elementos afectados por la evicción eran de tal importancia que sin ellos no habría admitido la aportación de empresa; bien proceder al saneamiento individualizado de esos elementos eviccionados si, a pesar de la evicción, tenía interés en conservar en su patrimonio la empresa aportada y afectada en parte por la evicción.

[168] No podemos olvidar el perjuicio que la falta de realidad del capital social, así como la disminución, en este caso, del patrimonio de la sociedad, puede causar a la sociedad, a los propios socios y a los acreedores de la persona jurídica, en tanto que cada uno de estos grupos verán disminuida la garantía de satisfacción final de sus intereses.

Universidad de Huelva 2009

había de entenderse por "la mayor parte"[169]. El resto, por su parte, aún cuando aceptaban la interpretación literal del precepto, criticaban su aplicación a la transmisión de empresa y propugnaban la búsqueda de una solución legal más justa y acorde con la realidad[170].

La Ley de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades, de 25 de julio de 1989, modificó el régimen aplicable a la obligación de saneamiento para el supuesto de aportación de empresa a la sociedad anónima. Se sustituye, así, la anterior remisión al artículo 1.532 del C.c. por el establecimiento expreso del contenido de la obligación de saneamiento que pesa sobre el aportante. El artículo 39.3 de la actual LSA añade un criterio cualitativo -nace la obligación de sanear, ahora también, cuando la evicción afecta a un elemento esencial- y modifica el alcance cuantitativo para que el aportante se vea obligado al saneamiento individualizado de todos y cada uno de los bienes afectados por la evicción -ya no se precisa que la evicción afecte a la mayor parte sino a elementos importantes atendiendo a su valor patrimonial-.

En efecto, la actual LSA ha establecido de forma expresa el contenido de la obligación de saneamiento que pesa sobre el aportante de empresa a través de dos criterios: de una parte, obliga al empresario aportante a responder del todo en su conjunto, si el vicio o la evicción afectasen a la totalidad o a algunos de los elementos esenciales para su normal explotación -añade, a través de la nota de esencialidad, el criterio cualitativo- (art. 39.3. 1°); de otra parte, obliga a este socio, además, a sanear individualmente todos y cada uno de los elementos de la empresa aportada que sean de importancia por su valor patrimonial -aumenta, pues, el

---

[169] Ya hemos puesto de manifiesto como algún sector de nuestra doctrina entendía que los términos empleados por el artículo 1.532 "la mayor parte", habían de interpretarse no en un sentido numérico sino que hacía referencia a aquellos elementos de la empresa cuyo valor fuese superior al de los restantes, con la matización de que ese mayor valor había de estimarse funcionalmente. Siguiendo esta orientación hemos entendido que si faltaba a la sociedad un simple elemento esencial, que no era ni el todo ni la mayor parte desde el punto de vista cuantitativo, podía esa simple falta imposibilitar la explotar normal de la empresa aportada y dar lugar al nacimiento de la obligación de sanear (en este sentido se manifestaban BROSETA PONT, M., "La compraventa de empresa", cit., págs. 58-59 y CÁMARA ÁLVAREZ, M., "La venta de la empresa mercantil. Principales problemas que plantea", cit., pág. 361).

[170] RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., págs. 199-200 y GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. I, cit., pág. 355.

Universidad de Huelva 2009

alcance cuantitativo de la obligación de sanear- (art. 39.3. 2°).

Respecto de la primera obligación, el profesor POLO SÁNCHEZ[171] ha advertido de la incorrecta formulación de la norma que, literalmente, sólo obliga al saneamiento de la empresa en su conjunto si el vicio o evicción afectasen a toda la empresa o a alguno de los elementos esenciales para su normal explotación. Según él, la actual norma, pese a la desaparición parcial del criterio cuantitativo (que los vicios o la evicción afectaren a la mayor parte de la empresa) y a la adición del cualitativo (que afectare a algunos de los elementos esenciales para su normal explotación), sería menos rigurosa que el régimen del artículo 1.532 del C.c., que obligaba, en primer lugar, en todo caso, a responder del todo, es decir de la empresa en su conjunto, salvo, y éste es el segundo supuesto, precisamente en el caso de evicción del todo o de la mayor parte, en cuyo caso renacía la obligación de saneamiento individualizado de cada una de las partes de que se componga.

Por nuestra parte, no podemos compartir esta opinión. Ciertamente, podría cuestionarse si el nuevo criterio de la LSA es menos riguroso que el establecido en el artículo 1.532 del C.c. -lo cual, de por sí, ya es bastante dudoso- si la norma terminara ahí, es decir, si se limitara a imponer el saneamiento del conjunto cuando el vicio y la evicción afectase a la totalidad o a alguno de los elementos esenciales, pero la realidad no es ésa, pues la nueva regulación en materia de saneamiento va todavía más allá.

Lo verdaderamente interesante desde nuestro punto de vista no es que, en virtud del artículo 1.532 del C.c., se procedía al saneamiento individualizado de cada uno de los elementos de la empresa afectados por el vicio o la evicción cuando éstos afectaban al todo o a la mayor parte, mientras que, de acuerdo con el tenor literal del artículo 39.3 de la LSA, sólo procede el saneamiento individualizado cuando de los elementos de la empresa aportada

---

[171] "La aportación de empresa a sociedad", cit., pág. 2244, considera que el saneamiento de la empresa en su conjunto es, en todo caso, la primera de las obligaciones de saneamiento del aportante, y que, sólo en el supuesto de que el vicio o la evicción afectasen a la totalidad o a algunos de los elementos esenciales para la explotación de la empresa se desencadenaría como excepción la obligación de sanear también individualizadamente sus elementos.

Universidad de Huelva 2009

afectados por vicios o evicción sean de cierta relevancia por su valor patrimonial. Lo que debe ser tenido en consideración es que con los nuevos criterios que establece la actual LSA se obliga al aportante a sanear, ya sea la empresa en su conjunto ya sean los elementos individualizados que la componen afectados por la evicción, en un mayor número de supuestos de hecho. Y, sobre todo, que se obliga *expresamente* al aportante a sanear en todos aquellos casos en los que los elementos eviccionados o viciados, sin constituir ni la totalidad ni la mayor parte de la empresa, son esenciales para el desarrollo de la actividad empresarial o son de real importancia por su valor patrimonial[172].

Por otra parte, podemos pensar que si el vicio o la evicción afectase a un elemento esencial para la empresa y la LSA invocase, para estos casos, el saneamiento individualizado de los elementos afectados en lugar del saneamiento del conjunto de la empresa, la solución definitiva, como a continuación se apuntará, puede consistir en la sustitución del elemento afectado por la evicción o por los vicios ocultos por el valor atribuido a dicho bien dentro del conjunto de la empresa que se aporta. De este modo, si en lugar del saneamiento del conjunto de la empresa la sociedad recibe el valor atribuido al bien eviccionado o viciado, frecuentemente, el bien desaparecido no podrá ser sustituido por otro análogo que desarrolle la misma función y tenga el mismo significado en el conjunto de la empresa como entidad

---

[172] Volvamos al ejemplo, anteriormente citado, de una empresa en la que es elemento esencial una patente de explotación o de fabricación de productos manufacturados. Este elemento de la empresa, aún siendo esencial para el desarrollo de la actividad empresarial, puede no entenderse, ni desde el punto de vista numérico ni desde el punto de vista de su valor, equiparable al todo o a la mayor parte, por lo que dejando a un lado la forzada interpretación y correspondiente matización que del artículo 1.532 del C.c. propugnaba un sector de nuestra doctrina (BROSETA PONT, M., "La compraventa de empresa", cit., pág. 58-59 y CÁMARA ÁLVAREZ, M., "La venta de la empresa mercantil. Principales problemas que plantea", cit., pág. 361) y atendiendo al tenor literal del precepto citado, su evicción o la existencia en él de algún vicio oculto no haría nacer la obligación de sanear en el aportante de empresa. Igualmente, si el elemento eviccionado fuera el local de negocio donde se desarrolla la actividad empresarial, a pesar del indudable valor económico y funcional que el mismo puede representar para la empresa, podía no corresponderse con la mayor parte de la misma, por lo que siguiendo de nuevo el tenor literal del artículo 1.532 del C.c. tampoco en este caso nacería la obligación de sanear del aportante de empresa. En ambos supuestos, en tanto el valor de la aportación quedara por debajo del nominal de las acciones que el aportante de empresa había suscrito, quebraba los principios de integridad y realidad del capital social con el consiguiente perjuicio para la propia sociedad, para los demás socios y para los terceros acreedores de la entidad. Por el contrario, de acuerdo con los nuevos criterios establecidos por el artículo 39.3 de la LSA, en ambos casos nacerá la obligación de sanear del socio aportante, bien consista en el saneamiento de la empresa en su conjunto bien consista en el saneamiento individualizado del elemento afectado por el vicio o la evicción. En cualquier caso, el aportante de empresa habrá de responder ante la sociedad, en virtud de los nuevos criterios que establece la LSA, por la evicción o vicios ocultos de estos elementos si son esenciales o de importancia por su valor patrimonial.

Universidad de Huelva 2009

productiva. Así, siguiendo el tradicional ejemplo de la patente de explotación o fabricación de productos manufacturados, elemento esencial para el desarrollo de la actividad empresarial, una vez desaparecida ésta, la sociedad no podrá fácilmente sustituirla por otra, aún cuando el aportante haya entregado a la sociedad el valor a ella atribuido, y, consecuentemente, ésta no podrá continuar con la explotación de la empresa aportada, al menos no en las mismas condiciones y con los mismos resultados que los que se venían obteniendo antes de la perdida. Por ello, consideramos acertado la adopción por la actual LSA del criterio que impone expresamente el saneamiento del conjunto de la empresa, en lugar del saneamiento individualizado del bien, cuando la evicción o los vicios ocultos afecten a alguno de los elementos esenciales de la entidad productiva[173].

La segunda regla anteriormente citada, en relación al saneamiento de la empresa aportada, obliga al aportante a sanear de forma individualizada, es decir, al saneamiento por separado de todos y cada uno de los elementos viciados o eviccionados cuyo valor patrimonial alcance en el conjunto de la empresa una especial relevancia. Esta nueva norma es, precisamente, la que viene a sustituir la obligación que establece el artículo 1.532 del C.c. de saneamiento individualizado de todos los bienes afectados cuando el vicio o la evicción afectara a la mayor parte de la empresa aportada, sin que ahora sea necesario que el valor o el número del elemento o elementos desaparecidos representen la mayor parte del valor o de elementos de la empresa en su conjunto. Es suficiente que el elemento eviccionado o viciado tenga un valor patrimonial importante para la entidad productiva.

Es obligado, por tanto, analizar cuidadosamente las diferentes consecuencias que puede deparar a la sociedad la obligación del socio de sanear el conjunto de la empresa, y la obligación del socio de sanear individualmente todos y cada uno de los elementos de

---

[173] No obstante, debemos señalar que a un resultado similar puede llegarse sin necesidad de que la Ley lo diga de forma expresa en virtud de la interpretación y aplicación que venimos haciendo del artículo 1.479 del C.c -aunque en este caso lo que el aportante entregaría no sería el precio de la empresa al momento de la evicción sino las acciones que le fueron entregadas o, en su caso, el valor atribuido a la aportación-. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, consideramos muy acertado que el legislador lo halla dicho de forma expresa, evitando que tengamos que llegar a la misma solución a través de interpretaciones difíciles y farragosas de los preceptos del Código civil.

Universidad de Huelva 2009

importancia por su valor patrimonial que se vieran afectados por la evicción o por un vicio o defecto oculto.

3°.c.2. Saneamiento de la empresa en su conjunto.

La primera de las reglas en materia de saneamiento contenidas en el artículo 39.3 de la LSA hace referencia a la obligación, de quien aporta una empresa a la sociedad anónima, de sanear el conjunto aportado cuando el vicio o la evicción afecten a la totalidad o a algunos de los elementos esenciales para la normal explotación de la empresa.

Esta disposición normativa no requiere ninguna aclaración para el primero de los dos supuestos anunciados. Es decir, si el vicio o la evicción afectan a la totalidad de la empresa lo razonable es que se proceda al saneamiento del conjunto y a la aplicación del artículo 1.478 del C.c. Pero es que, en realidad, no puede ser de otra manera[174].

En cambio, la obligación de sanear el conjunto de la empresa cuando el vicio o la evicción afecta a alguno de los elementos esenciales de la entidad productiva sí requiere por nuestra parte un mayor detenimiento y alguna que otra matización.

Cuando el socio aporta una empresa a la sociedad lo que transmite, o pretende transmitir, es un conjunto de elementos organizados y destinados funcional y unitariamente a desarrollar una determinada actividad empresarial. Cada uno de estos elementos tiene una función y un lugar asignado dentro del conjunto de la empresa. Así, podemos pensar que la desaparición de alguno o algunos de estos elementos puede no ocasionar grandes trastornos en el desarrollo de la actividad empresarial que se ha transmitido, bien porque dicho

---

[174] En la práctica, lo que puede considerarse en verdad extraño, o cuanto menos anómalo, es que la evicción o el vicio afecten uno por uno a todos los elementos de la empresa. No obstante, puede ocurrir que el vicio o la evicción afecten a la empresa como conjunto unitario. En este sentido, podemos entender que la evicción afecta a la empresa como conjunto unitario cuando, por ejemplo, es aportada a título de propiedad por quien en realidad no es su propietario, sino que disfruta de ella en calidad de usufructuario. Por el contrario, para que el vicio afecte a la empresa como unidad tendrían que existir una pluralidad de vicios que afectasen a la pluralidad de elementos que integran la entidad productiva.

Universidad de Huelva 2009

elemento pueda ser fácilmente sustituido por otro de la misma especie y calidad, bien porque su función o papel dentro de la empresa sea de escaso relieve y no influya de forma trascendente en el desarrollo propio de la entidad transmitida.

Por el contrario, la desaparición de alguno o algunos otros de los elementos que integran la empresa pueden representar para la entidad un gran transtorno en su funcionamiento e incluso una gran disminución en el valor del conjunto aportado. Es fácil imaginar que dentro de la empresa existen diversos elementos que son esenciales para el desarrollo de la actividad empresarial. Ello dependerá, en cada caso, de la naturaleza de los elementos en relación con la naturaleza de la actividad empresarial que en la entidad productiva se desarrolla, así como de la finalidad económica pretendida por el empresario titular. En definitiva, los elementos esenciales de una empresa son aquéllos cuya pérdida o desaparición impiden a la sociedad seguir realizando con el conjunto instrumental recibido la actividad que mediante él realizó el empresario aportante, o que, sin impedir de manera absoluta el desarrollo de esa actividad, la dificulta o merma de forma tan considerable que pueda pensarse que la empresa aportada no es ya la que se transmitió. Así, por ejemplo, si la actividad empresarial deriva de la explotación de una patente de fabricación de productos manufacturados, dicha patente debe considerarse elemento esencial de la empresa, de tal manera que si la patente es reivindicada por un tercero o es declarada su nulidad, podemos entender que será imposible para la sociedad continuar la explotación normal de la empresa adquirida, es decir, continuar con el funcionamiento de la empresa tal como hasta entonces se venía desarrollando. Sin ella difícilmente podrá la sociedad realizar la actividad económica en las mismas condiciones y obteniendo los mismos resultados que el empresario aportante. Finalidad y resultados en consideración a los cuales habrá consentido la sociedad, en la mayoría de los casos, la aportación de la empresa. Consecuentemente, cabe considerar que la empresa resultante no es la misma empresa que se aportó y que, por tanto, ha nacido la obligación del aportante de sanear el conjunto de la misma. Hay que atender, por consiguiente, a la naturaleza del elemento u elementos a los que la evicción o los vicios afecten y a su trascendencia en orden a la naturaleza y al funcionamiento de la organización

Universidad de Huelva 2009

empresarial.

Si nace la obligación de sanear el conjunto de la empresa tanto en el caso de evicción como en el supuesto de vicios o defectos ocultos habrán de aplicarse los artículos 1.478 y 1.486 del C.c. respectivamente.

La aplicación del artículo 1.478 del C.c. para los supuestos de evicción de un elemento esencial obliga al aportante, de acuerdo con la interpretación que venimos sosteniendo, a satisfacer a la sociedad el "precio" -valor de mercado- de la empresa al tiempo de la evicción y los demás conceptos especificados en el precepto.

En el supuesto de que algún elemento esencial de la empresa esté afectado por algún vicio oculto el saneamiento será también de la empresa como conjunto unitario, consecuentemente la sociedad estará obligada a ejercitar la acción *redhibitoria* que le ofrece el artículo 1.486 del C.c, con la consiguiente restitución de las prestaciones. Nos remitimos, por tanto, con ánimo de evitar reiteraciones innecesarias, a lo expuesto al tratar las cuestiones que plantea el ejercicio de esta acción en los casos en que el vicio oculto afecta a bienes muebles, inmuebles y derechos asimilados a ellos.

Ya antes de la reforma, la doctrina mercantil había criticado, con razón, la remisión íntegra al régimen del saneamiento en la compraventa para un supuesto tan distinto como las aportaciones no dinerarias a una sociedad para el cual se deberían haber establecido normas especiales[175]. Recordemos que tanto en la hipótesis de evicción como en la aparición de vicios ocultos, la sociedad, en virtud de las distintas soluciones recogidas en el Código civil, tiene derecho a exigir la restitución de un precio que no existe (puesto que la contraprestación de las aportaciones son las propias acciones de la sociedad), o la resolución del contrato con la consiguiente restitución de las prestaciones. En ocasiones, incluso la

---

[175] VICENT CHULIÁ, F., *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, cit., pág. 208; BROSETA PONT, M., "La compraventa de empresa", cit., págs. 58 y 59; CÁMARA ÁLVAREZ, M., "La venta de la empresa mercantil. Principales problemas que plantea", cit., págs. 359-360.

Universidad de Huelva 2009

restitución de las acciones será imposible pues el socio aportante de empresa las ha podido transmitir a uno o varios terceros. En el supuesto de que el socio restituyera las acciones recibidas en su totalidad, es evidente que ello conllevaría la anulación de los títulos a través de la correspondiente reducción de capital. Reducción que puede resultar imposible si la sociedad no está en condiciones de garantizar adecuadamente los créditos de los acreedores que en tiempo y forma se opusieron a la operación. De ahí, que tengamos que apuntar que, en determinados casos, la restitución de las acciones se sustituirá necesariamente por la aportación en dinero el valor atribuido a la empresa a los efectos de su aportación.

En definitiva, nace la obligación de sanear el conjunto cuando la evicción o algún vicio o defecto afecta a la empresa como conjunto unitario, o a un elemento esencial para el desarrollo de la actividad empresarial, e impide que, mediante ella, se alcance la finalidad económica pretendida por la sociedad.

3º.c.3. Saneamiento individualizado de aquellos elementos de la empresa aportada que sean de importancia por su valor patrimonial.

La segunda de las reglas apuntadas en el artículo 39.2 de la LSA de 1989 establece la obligación de saneamiento individualizado, que recae sobre el aportante de empresa, cuando la evicción o los vicios ocultos afecten a alguno o algunos de los elementos de la empresa que sean de importancia por su valor patrimonial. En este caso, la obligación de sanear no recae sobre la empresa como unidad, sino sobre todos y cada uno de los elementos afectados por la evicción o el vicio oculto de forma individualizada.

Es conveniente precisar la diferencia entre elementos esenciales de la empresa y elementos de importancia por su valor patrimonial, aún cuando en ocasiones tratar de encuadrar un determinado elemento de la empresa en una u otra categoría puede presentar serias dificultades. Debemos entender que un elemento es esencial en el conjunto de la empresa a la que pertenece cuando su desaparición, ya sea por evicción ya sea por vicios o

Universidad de Huelva 2009

defectos ocultos, imposibilitan el desarrollo normal, y en ocasiones total, de la actividad empresarial, tal y como se venía produciendo hasta ese momento. Además, en la mayoría de los casos estos elementos no pueden ser sustituidos por otros análogos o semejantes, y en la hipótesis de que la sustitución fuera posible, ello ocasionaría cambios trascendentales tanto en el desarrollo como en los resultados de la actividad empresarial. Por el contrario, un elemento de la empresa de importancia por su valor patrimonial puede no ser esencial para el desarrollo de la actividad empresarial en tanto en cuando puede fácilmente ser sustituido por otro de la misma especie y calidad, aún cuando ello signifique para la sociedad el desembolso de una considerable suma de dinero. En este último caso, la sustitución de un elemento por otro de la misma especie y calidad no va a influir de manera trascendente en el desarrollo, ni tampoco en los resultados, de la actividad empresarial. Por otro lado, pensamos que es posible, y perfectamente lógico, que los elementos esenciales de la empresa sean, además, elementos de valor considerable dentro del conjunto de la entidad productiva. En estos casos la sociedad podrá optar entre exigir al aportante el saneamiento del conjunto o exigir el saneamiento individualizado del elemento afectado por la evicción o los vicios ocultos[176].

Entendemos, por tanto, acertado, que la LSA haya previsto el saneamiento individualizado para los supuestos en los que la evicción o los vicios ocultos afecten a uno o varios de estos elementos no esenciales, pero de importancia para la empresa por el valor económico que dentro del conjunto de la misma representan.

Así pues, para el supuesto de evicción de uno de estos elementos consideramos aplicable el artículo 1.478 del C.c. La aplicación de este precepto se traducirá en la obligación del aportante de satisfacer el valor del elemento perdido al tiempo de la evicción, más la parte proporcional de los otros conceptos que en él se relacionan. No podemos considerar aplicable, en este caso, el artículo 1.479 del C.c., pues partimos de que el

[176] Por nuestra parte, conviene simplemente apuntar que, por las razones anteriormente expuestas, consideramos más acertado el saneamiento del conjunto de la empresa cuando el vicio o la evicción afecte a un elemento esencial, aún cuando sea posible el saneamiento individualizado en virtud del valor patrimonial que dicho bien representa para la empresa.

Universidad de Huelva 2009

elemento eviccionado no es esencial para la sociedad, y, en el supuesto de que lo fuera, el artículo 39.3 de la LSA impone al aportante el saneamiento de conjunto de la empresa.

Finalmente, si un elemento no esencial, pero de importancia por su valor patrimonial, está afectado por un vicio o defecto oculto, el aportante habrá de proceder al saneamiento de acuerdo con las dos opciones que el artículo 1.486 otorga a la sociedad. Así, si la sociedad decide ejercitar la acción *redhibitoria*, ésta devolverá al aportante el elemento viciado y el aportante restituirá a la sociedad las acciones correspondientes al valor atribuido al elemento en el momento de la aportación con la consiguiente reducción del capital[177]. En este caso, la sociedad, antes de proceder a la reducción de capital habrá de garantizar adecuadamente los créditos cuyos titulares hubieron ejercitado el derecho de oposición del artículo 166 de la LSA. Si, por el contrario, la sociedad decide ejercitar la acción *quanti minoris*, procederá la restitución de las acciones que se correspondan con el menor valor del elemento viciado y la correspondiente reducción de capital por parte de la sociedad, sin que en este caso nazca el derecho de oposición de los acreedores.

En el supuesto de que no fuera posible la restitución de las acciones porque el aportante las hubiera enajenado a un tercero o, en el supuesto de la acción *redhibitoria,* si la sociedad no está en condiciones de garantizar adecuadamente los créditos de los acreedores que se hubieran opuesto, el aportante tendrá que entregar a la sociedad el valor del elemento viciado, o, en su caso, la diferencia entre el valor atribuido al elemento viciado en el momento de la aportación y el que realmente tuviera una vez descubierto el vicio o defecto oculto.

A través de las soluciones apuntadas para los supuestos de evicción o vicios ocultos

---

[177] Lo normal es que la empresa, a los efectos de su aportación, sea valorada como un conjunto unitario y no elemento por elemento. En este caso, será necesario para operar el saneamiento determinar el valor que del global atribuido a la empresa correspondía al elemento viciado. No obstante, es posible que en la aportación de empresa sus elementos se hayan valorado de manera individual -sin perjuicio de que a la entidad productiva se le haya atribuido un valor de conjunto que, por otra parte, siempre será necesario- y, en dicho caso, éste será el tenido en consideración en orden a determinar las acciones que han de ser restituidas a la sociedad.

Universidad de Huelva 2009

de elementos no esenciales, el patrimonio de la sociedad no sufrirá perjuicio alguno, pudiendo la entidad social si lo estima oportuno adquirir otro de la misma especie y calidad, para que sustituya en el proceso productivo la función o el papel que venía cumpliendo el primero. Pensemos, por ejemplo, en la aportación de una empresa de transportes que viene desarrollando su actividad a través de varias decenas de camiones. Indudablemente, la pérdida por evicción o vicios ocultos de uno de sus camiones tiene una considerable relevancia económica para la sociedad pero no significa la imposibilidad de continuar desarrollando la actividad propia de la empresa adquirida. Para este supuesto, la obligación del aportante de sanear el conjunto de la empresa sería exagerada, e incluso inconveniente para la sociedad adquirente que puede estar interesada en continuar con dicha actividad empresarial aún cuando sea con un camión menos. Por el contrario, el saneamiento individualizado del elemento afectado permite a la sociedad conservar para sí la explotación de la empresa adquirida a través de su aportación. Además, en los supuestos en los que el aportante entregue a la sociedad en lugar de las acciones el valor correspondiente al elemento perdido o eviccionado, la sociedad podrá escoger entre: o bien, mantener el valor en dinero en el haber social si estima que con los camiones restantes puede desarrollar adecuadamente la actividad del transporte; o bien, adquirir con la suma de dinero derivada del saneamiento un camión nuevo para sustituir el que ha perdido o estaba viciado.

Finalmente cabe recordar, una vez más, que los remedios que nuestro Código civil establece para el saneamiento en el ámbito de los contratos de compraventa consisten en la restitución o reducción del precio, además de la posibilidad de obtener, si concurren determinados requisitos previstos por la ley, el resarcimiento de los daños sufridos. Trasladar estas consecuencias al contexto del contrato de sociedad hace necesario actuar con gran prudencia y, a la vez, cierta flexibilidad.

Universidad de Huelva 2009

Universidad de Huelva 2009

CAPÍTULO V: EL FONDO DE COMERCIO DE LA EMPRESA.

I. EL FONDO DE COMERCIO COMO CUALIDAD DE LA EMPRESA.

1°. Consideraciones generales.

2°. Concepto de "fondo de comercio".

3°. Factores de la empresa que generan el valor del fondo de comercio.

II. LA APORTACIÓN DEL FONDO DE COMERCIO.

1°. Planteamiento de la cuestión.

2°. El fondo de comercio y el respeto a los principios de realidad y efectividad del capital social.

3°. Susceptibilidad de valoración económica e inscripción en el balance de la sociedad.

3°.a. Valoración del fondo de comercio: criterios.

3°.b. La representación contable del fondo de comercio.

4°. La tutela de los acreedores sociales: "recuperabilidad" del valor del fondo de comercio.

5°. Conclusiones finales.

III. LA INCIDENCIA DE UN FONDO DE COMERCIO NEGATIVO.

Universidad de Huelva 2009

IV. LA AMORTIZACIÓN DEL FONDO DE COMERCIO.

1°. Consideraciones previas.

2°. El mayor rigor de la legislación nacional con respecto a la IV Directiva de la CEE.

3°. Fundamentos de la necesidad de amortizar el fondo de comercio.

4°. Sistemas de amortización.

Universidad de Huelva 2009

CAPÍTULO V: EL FONDO DE COMERCIO DE LA EMPRESA.

I. EL FONDO DE COMERCIO COMO CUALIDAD DE LA EMPRESA.

1°. Consideraciones generales.

La aportación de una empresa, como hemos señalado en los capítulos precedentes, supone la transmisión a la sociedad de bienes, derechos y obligaciones de muy distinta naturaleza. En cualquier caso, lo que se transmite no consiste en una simple yuxtaposición de elementos inconexos, sino que éstos están organizados en forma de empresa[1], produciendo un "plus" añadido, que dificulta el estudio de la empresa como objeto de aportación, especialmente a los efectos de su valoración[2]. Así pues, al valorar una empresa, junto al valor material de los bienes que integran su activo coexiste un valor no materializado (organización, prestigio, perspectivas de futuro, cuota de mercado, red de distribución, eficiencia del proceso productivo, imagen pública, clientela, etc.). Viene a constituir lo que denominamos "fondo de comercio"[3].

En efecto, el valor de cambio de una empresa puede superar, en mucho, el que resulta de la suma algebraica del valor de los singulares elementos que la componen cuando las expectativas de beneficios que ella ofrece son alentadoras. Solamente después de haber añadido este "plus" al valor total de los distintos elementos, puede obtenerse cuanto vale

---

[1] LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 147.

[2] Quien transmite una empresa cede una organización destinada a producir beneficios. Según cual sea su aptitud para la obtención de los mismos, será su valor.

[3] Con el tiempo, se va creando un valor nuevo que, como tal, exige una consideración jurídica especial que nuestro Ordenamiento positivo ha vislumbrado en algunos momentos. El tratamiento normativo de este nuevo valor es uno de los problemas que ofrece la aportación de una empresa a la sociedad anónima en el momento de su valoración.

Universidad de Huelva 2009

realmente la empresa que se aporta[4]. Parece necesario tomar en consideración, al valorar la empresa, el fondo de comercio o el plusvalor que éste representa[5].

Negar la consideración jurídica del fondo de comercio en la aportación de una empresa, aún cuando no significa hacer imposible la aportación de la entidad productiva como conjunto unitario, sí impide que sea valorada adecuadamente, y, de hecho, dificulta en la práctica que se lleve a cabo la operación aludida. Si el mayor valor que representa el fondo de comercio no es tenido en cuenta en el momento de valorar la empresa, muy frecuentemente, el potencial aportante no efectuará su aportación ya que le resultará inconveniente económicamente. No podemos olvidar que lo característico de la transmisión de una empresa es que no basta transmitir un conjunto inconexo de bienes y derechos, sino que es esencial la existencia de una organización y de unas relaciones de hecho[6].

---

[4] La cuestión de si el valor que representa el fondo de comercio puede o no tenerse en consideración en la valoración de la empresa, a los efectos de su aportación, ha dividido tanto a la doctrina nacional como a la extranjera. En sentido contrario a esta posibilidad se han manifestado: en España, bajo la LSA de 1951, GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 145; en Italia, SIMONETTO, E., *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, cit., págs. 390 y ss; OLIVIERI, G., *I conferimenti in natura nella società per azioni*, cit., págs. 389 y ss. En cambio, admiten su aportación junto a los demás elementos de la empresa: LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., págs. 149-153; MAMBRILLA RIVERA, V., "Fundación con aportaciones *in natura*", cit., pág. 751; GARRIDO DE PALMA-SÁNCHEZ GONZÁLEZ, "La sociedad anónima en sus principios configuradores", cit., pág. 27; EGEA IBÁÑEZ, R., "Aportaciones no dinerarias a la sociedad anónima", *Estudios sobre la reforma de la legislación de sociedades mercantiles*, T. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1991, pág. 110; PAZ-ARES, C., "Sobre la infracapitalización de las sociedades", cit., pág. 1611; QUINTANA CARLO, I., "El capital social", cit., págs. 115-116; LUCAS FENÁNDEZ, F., *Temas sobre sociedades anónimas. Escrituras de constitución y ampliación de capital*, cit., págs. 148-155; GOMEZA VILLA, J.I., "Contrapartidas en aumentos o reducciones de capital", cit., págs. 126-127; DÍAZ GÓMEZ, Mª.A., *Las aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima: contenido, valoración y desembolso*, cit., págs. 122-123; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I., *Aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima*, cit., pág. 192; COLOMBO, G.E, *Il bilancio d'esercizio. Strutture e valutazioni*, Torino, 1992, págs. 188-190; PISANI MASSAMORMILE, A., *Conferimenti in S.P.A. e formazione del capitale*, cit., págs. 249-252; FRE, G., "Società per azioni", Commentario del Codice Civile (a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA), 5ª ed., Bologna, 1989, págs. 134-136; POLI, R., "I conferimenti di aziende", cit., págs. 428-429; DE GREGORIO, A., "La valutazione dell'avviamento nel bilancio delle imprese sociali", *Scritti giuridici in onore di A. SCIALOJA*, T. II, Bologna, 1953, pág. 245.

[5] Ciertamente, quien transmite una empresa a título oneroso, cualquiera que sea la forma jurídica adoptada -compraventa, permuta, arrendamiento, aportación, etc.-, transfiere un conjunto de elementos económicos-financieros y, como contraprestación, recibe dinero u otros bienes cuyo valor estará, además de en función de los factores que se transmiten, en función de los beneficios que, gracias a dichos elementos, el nuevo titular podrá percibir en el futuro a través del ejercicio de empresa. Consecuentemente, parece oportuno tener en consideración el concepto de fondo de comercio en el momento de determinar el valor de la empresa, al menos siempre que ésta sea transmitida a título oneroso.

[6] GARRIGUES, J., (*Tratado de Derecho Mercantil*, cit., pág. 257), afirma que es esencial a la transmisión de una empresa la existencia de una organización y de relaciones de hecho: "*Mientras exista una organización y unas expectativas* [dice el autor] *habrá empresa*". En el mismo sentido se manifiestan GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de*

Universidad de Huelva 2009

2º. Concepto de "fondo de comercio".

Se utilizan en los distintos Ordenamientos jurídicos una variedad de términos para designar este "plus" o mayor valor de la empresa. La doctrina italiana habla de *avviamento*, el Derecho anglosajón lo denomina *goodwill*, el argentino se refiere a él con el término *llave*, en Francia se vincula indisolublemente al concepto de *achalandage* y nuestra doctrina lo conoce como *fondo de comercio*[7]. En cualquier caso, todos estos términos expresan un "plus" añadido, un mayor valor que adquiere la empresa como consecuencia de la organización de los elementos que la integran y del resultado positivo del desarrollo de sus actividades. Ese "plus" añadido resulta de la diferencia entre el valor global de la empresa y la suma algebraica de los valores corrientes de los elementos activos y pasivos que componen el patrimonio de la misma. En definitiva, ello se traduce en la capacidad de la empresa para producir beneficios futuros de acuerdo a sus factores económicos actuales.

Desde hace tiempo, se está dejando sentir la enorme perplejidad que tienen que superar los juristas a la hora de calificar o tratar de encuadrar el mayor valor de la empresa que expresa el fondo de comercio en una de las categorías reconocidas en el mundo del Derecho. Pero, a decir verdad, la gran dificultad que ello supone se debe a que, en este caso, resulta imposible deslindar totalmente el concepto jurídico de fondo de comercio de la realidad económica que el mismo representa.

Sociedades Anónimas, cit., págs. 351-352; VICENT CHULIÁ, F., *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, cit., pág. 205; FERNÁNDEZ NOVOA, C., "Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos", *Revista de Derecho Mercantil* nº 95, 1965, pág. 21.

[7] Es preciso advertir que, a pesar de que interpretemos estos términos como sinónimos o equivalentes, cada uno de ellos adquiere ciertos matices de apreciación. A título meramente indicativo, el término francés *achalandage* no se identifica totalmente con lo que nosotros vamos a denominar fondo de comercio. En efecto, en su acepción de origen el *achalandage* comprende, no sólo la clientela como conjunto de compradores más o menos habituales de un negocio, sino también -y esto es lo importante-, la aptitud o facultad del establecimiento para atraer y conservar la clientela (ver, por todos, JUGLART-IPPOLITO, *Cours de Droit Commercial*, vol. 1, 11ª ed., Paris, 1995, pág. 336; PÉDAMON, M., *Droit Commercial*, Paris, 1994, págs. 193-197; DERRUPÉ, J., *Le fonds de commerce*, Paris, 1994, págs. 14-16. En concreto, el último autor citado, con gran claridad, afirma: "*Chaque élément susceptible de composer un fonds de commerce comporte en lui-même une potentialité de clientèle. Il représente une puissance attractive qui va être source de clientèle. C'est cela l'achalandage*"). Como a continuación tendremos ocasión de comprobar, nuestro concepto de fondo de comercio es más amplio que el concepto francés de *achalandage*.

Universidad de Huelva 2009

Como realidad económica el denominado fondo de comercio tiene una indudable relevancia. De hecho, el fondo de comercio, bajo particulares perfiles, puede considerarse en el conjunto de la empresa -en cuanto organización económica- como un elemento en sí, cuya característica más evidente es constituir el resultado objetivo de una actividad organizada funcionalmente unitaria y la posibilidad de ser configurado como un valor[8]. Esto se traduce en que, en términos económicos, el fondo de comercio de la empresa puede gozar de una individualidad autónoma y específica.

Dicho esto, se debe reconocer que además es necesario atribuir al fenómeno cierto relieve en el plano jurídico, a pesar de que, desde este punto de vista, no pueda considerarse, tal como en las líneas siguientes se dirá con mayor claridad, como un elemento en sí, independiente de la empresa a la que pertenece.

Así pues, tratando de encontrar una solución a la cuestión, algunos juristas han calificado el fondo de comercio como una cualidad o característica esencial de la empresa. En efecto, la empresa está constituida por una pluralidad de bienes. Según esta orientación, cada uno de estos bienes tiene, en sí mismo, un valor. El empresario, al constituir la empresa, organiza y otorga un destino o función para cada uno de los elementos que la integran. Precisamente, en virtud de esa organización, la empresa adquiere aptitud para obtener mayores beneficios que los que se lograrían de la explotación independiente o separada de cada uno de esos mismos bienes. Pues bien, a esa aptitud de la empresa para lograr mayores beneficios hace referencia el concepto de fondo de comercio. El fondo de comercio representa, pues, un valor económico, que indica la aptitud de la entidad productiva para

---

[8] COLAO SÁNCHEZ, P., "La amortización del inmovilizado inmaterial en el Impuesto sobre Sociedades: algunas consideraciones", *Impuestos* nº 21, 1993, pág. 33; PALLE HANSEN, *Manual de Contabilidad*, Madrid, 1961, págs. 375-376; ÁLVAREZ LÓPEZ, *Análisis, integración e interpretación de balances*, 7ª ed., San Sebastián, 1977, págs. 237-238; CAÑIBANO CALVO, *Contabilidad. Análisis contable de la realidad económica*, Madrid, 1987, pág. 252.

Universidad de Huelva 2009

producir un beneficio, de manera que sin esa aptitud no puede hablarse de empresa[9].

Contra esta opinión, según la cual el fondo de comercio constituye una cualidad de la empresa, puede objetarse, en principio, que a ninguna cualidad corresponde un valor autónomo, como en realidad corresponde al fondo de comercio; la cualidad se refiere a la empresa, que tiene un valor determinado aún cuando éste pueda aumentar en virtud, precisamente, de alguna cualidad o característica que a la misma se le atribuya. Sin embargo, esta objección puede fácilmente salvarse pues, como afirma AULETTA[10], el mayor valor que representa el fondo de comercio no se añade así al valor de la empresa (verdaderamente, sería incorrecto añadir al valor de un bien el valor de una cualidad suya); el "plus" que representa el fondo de comercio se suma al valor de los elementos que integran la entidad productiva singularmente considerados.

Otros[11], por el contrario, han encuadrado el fondo de comercio dentro de la categoría de bienes inmateriales de la empresa. En este sentido, han definido el fondo de comercio como un bien inmaterial que, uniéndose a la actividad desarrollada por el empresario, se proyecta en el futuro traduciéndose en una particular aptitud objetiva de la empresa para producir un determinado volumen de negocios y de beneficios, con independencia del cambio de su titular, y con el efecto de que la empresa adquiere un valor superior al valor neto de los singulares elementos que la componen. Entonces el fondo de comercio es

---

[9] CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, T. I, cit., pág. 16; EGEA IBÁÑEZ, R., "Aportaciones no dinerarias a la sociedad anónima", cit., pág. 108; DÍAZ GÓMEZ, Mª.A., *Las aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima: contenido, valoración y desembolso*, cit., pág. 122; PISANI MASSAMORMILE, A., *Conferimenti in S.P.A. e formazione del capitale*, cit., págs. 249-261; GALGANO, F., "L'azienda", *Diritto Privato*, 6ª ed., Padova, 1990, pág. 470; AULETTA, G., "Avviamento", *Enciclopedia del Diritto*, T. IV, Italia, 1959, págs. 634-635.

[10] "Avviamento", cit., pág. 635, para quien a través de un proceso de abstracción, en el valor de la *azienda* se distingue el valor de sus elementos (valor neto patrimonial) y el resto sobre este valor no puede ser imputado a los elementos singularmente considerados, sino que debe ser imputado a la coordinación de los mismos (valor del *avviamento*)..

[11] MAMBRILLA RIVERA, V., "Fundación con aportaciones *in natura*", cit., págs. 749-751; GARRIDO DE PALMA-SÁNCHEZ GONZÁLEZ, "La sociedad anónima en sus principios configuradores", cit., pág. 27; LUCAS FERNÁNDEZ, F., *Temas sobre sociedades anónimas. Escritura de constitución y ampliación de capital*, cit., págs. 147-156; SIMONETTO, E., *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, cit., págs. 384-389; ZUNINO, J.O., *Fondo de Comercio. Régimen legal de su transferencia*, 2ª reimpresión, Buenos Aires, 1993, pág. 216 .

Universidad de Huelva 2009

considerado un bien autónomo de la empresa, dejando atrás la opinión antes expuesta según la cual el fondo de comercio constituiría una cualidad de la entidad productiva.

Desde nuestro punto de vista, el fondo de comercio no puede considerarse un bien inmaterial, al menos en sentido estricto, ya que no reúne las características propias de estos bienes. El fondo de comercio es connatural a la empresa, no goza de individualidad jurídica, va siempre unido a la entidad empresarial de la que forma parte, y, consecuentemente, no puede ser considerado aisladamente, fuera de la entidad productiva a la que pertenece. Además, no puede ser objeto autónomo de relaciones jurídicas. Se ha tratado de establecer cierta analogía entre el fondo de comercio, como idea organizadora, y las creaciones intelectuales, que dan lugar a la propiedad industrial, pero esta analogía no puede ser construida sobre una base jurídica válida[12]. En efecto, es cierto que, se reconoce de forma unánime la existencia de bienes inmateriales, dentro del conjunto de elementos que constituyen la empresa, que no pueden ser transmitidos separados del resto de los elementos que la integran (por ejemplo, el nombre comercial). Y que, a pesar de ello, nadie duda en encuadrarlos dentro de la categoría de bienes inmateriales de la empresa. Ahora bien, el nombre comercial es un bien inmaterial que tiene individualidad jurídica -de hecho podría ser transmitido individualmente si la Ley no lo prohibiera[13]. Por el contrario, el fondo de comercio no tiene individualidad jurídica, no puede ser transmitido aisladamente, y ello, no porque la Ley lo prohíba, sino porque su transmisión aislada constituye un imposible lógico y económico.

El fondo de comercio no constituye, por tanto, una entidad que pueda considerarse separada de la empresa a la que pertenece, no constituye un bien independiente. El fondo de

---

[12] Véase, MESSINETTI, D., "La tutela dell'avviamento nei suoi aspetti civilistici", *Rivista del Diritto Commerciale I*, 1967, pág. 140.

[13] La transmisión del nombre comercial, por orden expresa del legislador reflejada en el texto de la Ley (arts. 76 y ss. LM), es únicamente posible si se lleva a cabo con la totalidad de la empresa, juntamente con el resto de elementos que la componen. Consecuentemente, el nombre comercial, elemento que puede gozar de gran relevancia para la entidad productiva, aún cuando es calificado de bien inmaterial, no puede ser objeto autónomo de relaciones jurídicas.

Universidad de Huelva 2009

comercio debe ser considerado una cualidad o característica de la empresa, resultado de la organización de la actividad empresarial, cuyo efecto es la obtención de un valor[14]. Un valor económico que jurídicamente se traduce en una entidad ideal, que no tiene existencia autónoma y separada de la empresa, ni puede constituir objeto de relaciones jurídicas autónomas, pero que sí tiene relevancia jurídica y debe ser tenida en cuenta al valorar la empresa como conjunto unitario[15]. El fondo de comercio representa un valor económico o un plusvalor que deriva de la coordinación y el destino que el empresario da a los elementos que integran la entidad productiva al fin unitario que es la actividad empresarial[16].

Consecuentemente, el concepto jurídico de fondo de comercio no puede deslindarse de la realidad económica que representa. Podemos entender que dicho concepto expresa, en definitiva, la capacidad o aptitud de la empresa para producir beneficios futuros en función de los factores económicos actuales[17]. Capacidad que se imputa a la entidad productiva, en cuanto que se estima que permanecerá a pesar del cambio de titular, con el efecto de que la empresa va a adquirir un valor superior a su valor neto patrimonial.

Quizás sea conveniente destacar que, la doctrina en general -tanto aquella parte que concibe el fondo de comercio como cualidad de la empresa cuanto aquélla otra que la define

---

[14] PAGNANO, S.U., "Sul controllo del prezzo di cessione dell'azienda avviata", *Rivista dei Dottori Commercialisti* nº 4, 1975, pág. 625, define el *avviamento* como "*una quantità economica <<sui generis>>, la quale si forma faticosamente e gradualmente nel periodo iniziale di vita occorrente all'azienda per il conseguimento di un minimo di efficienza, potendo assumere successivamente una maggiore dimensione a seguito del miglioramento delle predette condizioni di struttura e di funzionalità aziendali, e perciò a seguito del miglioramento dell'efficienza aziendale*".

[15] En términos similares se manifiesta LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., págs. 149-153.

[16] Véase, CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, T. I, cit., pág. 16; MORRAL SOLDEVILA, R., "El régimen jurídico del fondo de comercio. Referencia al arrendamiento de empresa", *Revista Jurídica de Catalunya* nº 4, 1993, págs. 976-977; EGEA IBÁÑEZ, R., "Aportaciones no dinerarias a la sociedad anónima", cit., pág. 108. En la doctrina italiana TEDESCHI, "Dell'azienda in generale", *Trattato di Diritto Privatto* (diretto da Pietro Rescigno), vol. 18, Torino, 1983-5, págs. 18-19; FERRARI, G., "Appunti critici sul problema della determinazione dell'avviamento aziendale", *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obligazioni* nº 7-8, 1973, I, pág. 235; PISANI MASSAMORMILE, A., *Conferimenti in S.P.A. e formazione del capitale*, cit., págs. 249-261; GALGANO, F., "L'azienda", cit., pág. 470; AULETTA, G., "Avviamento", cit., págs. 634-635.

[17] En este sentido, ARDEMANI, E., (*L'avviamento dell'impresa*, Milano, 1958, pág. 26), afirma que "*l'avviamento può cioè essere intenso come la prospettiva di durevoli redditi futuri alla luce di fattori economico-finanziari attuali*".

Universidad de Huelva 2009

como bien inmaterial- coincide en afirmar que el fondo de comercio expresa un mayor valor que adquiere la empresa derivado de la organización de sus elementos y del destino que el empresario da a los mismos; y que, en suma, ese mayor valor refleja la aptitud de la empresa para obtener beneficios futuros en función de los factores económicos actuales. Por tanto, aunque en principio pudiera parecer lo contrario, en realidad vienen a coincidir sobre lo que representa el fondo de comercio de una empresa, si bien, con diferentes matices de apreciación.

En nuestro Ordenamiento jurídico, aunque no hay una regulación específica y detallada sobre el fondo de comercio, éste encuentra apoyo en diversos textos legales en los que se reconoce su existencia y configuración[18].

---

[18] En el anterior Plan General de Contabilidad, aprobado por Decreto de 22 de febrero de 1973, hoy derogado, el Grupo 2 se refería al inmovilizado (elementos patrimoniales que constituyen las inversiones permanentes de la empresa y gastos realizados con imputación diferida). Dentro de él se distinguía entre el inmovilizado material (elementos patrimoniales tangibles, muebles e inmuebles) y el inmovilizado inmaterial (elementos patrimoniales intangibles constituidos por derechos susceptibles de valoración económica). Como inmovilizado inmaterial se consideraba el fondo de comercio, definido como: "*El conjunto de bienes inmateriales, tales como la clientela, nombre o razón social y otros de naturaleza análoga que impliquen valor para la empresa. En principio, esta cuenta sólo se abrirá en el caso de que el fondo de comercio se manifieste a través de una transacción.*"

El vigente Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, igualmente se refiere en el Grupo 2 al inmovilizado, que, "comprende los elementos del patrimonio destinados a servir de forma duradera en la actividad de la empresa". Dentro de este Grupo 2 se distinguen, entre otros, los que llama "inmovilizaciones materiales" (elementos patrimoniales tangibles muebles o inmuebles) y las "inmovilizaciones inmateriales" (elementos patrimoniales intangibles constituidos por derechos susceptibles de valoración económica). Y en éste último Subgrupo encuadra el llamado "fondo de comercio", definiéndolo casi con los mismos términos que en la regulación anterior: "*Conjunto de bienes inmateriales, tales como la clientela, nombre o razón social y otros de naturaleza análoga que impliquen valor para la Empresa. Esta cuenta sólo se abrirá en el caso de que el fondo de comercio haya sido adquirido a título oneroso*". No obstante, debemos advertir que, desde nuestro punto de vista, la definición de fondo de comercio que ofrece el Plan General de Contabilidad es incorrecta. Por una parte, incluye la clientela como un bien más de la empresa (sobre las peculiaridades de la clientela, véase, el capítulo IV **ESPECIALIDADES DE LA APORTACIÓN DE EMPRESA RESPECTO DE LAS OBLIGACIONES DEL APORTANTE**, en concreto, el punto I **LA OBLIGACIÓN DE NO HACER LA COMPETENCIA A LA SOCIEDAD**) y la sitúa en el mismo plano que la denominación social, que sí es un bien inmaterial perfectamente determinado, para terminar con una vaga alusión a otros bienes de naturaleza análoga. Por otra parte, define el fondo de comercio como un conjunto de bienes determinados, cuando en realidad creemos que el fondo de comercio es, simplemente, el mayor valor que adquiere la empresa como consecuencia de la organización de esos bienes, la existencia de una clientela consolidada, etc., que puede concretarse en la capacidad de producir beneficios.

Igualmente, la LSA en su artículo 175, bajo la rúbrica "esquema del balance" incluye en el Activo, bajo la letra b, al "inmovilizado", y, dentro de él, las inmovilizaciones inmateriales, donde se halla el fondo de comercio, en la medida en que haya sido adquirido a título oneroso. El artículo 184.2 establece que "*el activo inmovilizado comprenderá los elementos del patrimonio destinados a servir de forma duradera en la actividad de la Sociedad*".

Debemos aclarar que pueden encuadrarse dentro de una noción amplia de inmovilizaciones inmateriales, además

Universidad de Huelva 2009

Así mismo, es la propia jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo la que ha reconocido, en Sentencia de 15 julio de 1985, la existencia y la relevancia que el fondo de comercio puede ostentar para la valoración del conjunto de la empresa: "... *es indudable la existencia del llamado fondo de comercio en las empresas mercantiles, concepto si bien de límites difusos, no por ello menos atendible en cuanto denotador unas veces del lado espiritual o inmaterial de la empresa como negocio; otras que hay empresas que no requieren elementos patrimoniales para su perfecto funcionamiento, y casos en que a más de los valores patrimoniales hay otros que sobrepasan los mismos y que se plasman en la organización de los medios de producción...*"[19].

Por su parte, la Resolución de 21 de enero de 1992 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se dictan normas de valoración del inmovilizado inmaterial, define al fondo de comercio como "*el conjunto de bienes inmateriales, tales como la clientela, nombre o razón social, localización de la empresa, cuota de mercado, nivel de competencia comercial, capital humano, canales comerciales y otros de naturaleza análoga que impliquen valor para la empresa*".

Ahora bien, no podemos caer en el error de considerar el fondo de comercio ni como un bien inmaterial, pues en realidad no goza de las características de estos bienes, ni como el conjunto de bienes y factores que las diversas normas, antes enunciadas, enumeran. Quizás la confusión se deba a que determinados factores, como pueden ser la existencia de una clientela consolidada, el disfrute de un prestigio profesional, el favorable emplazamiento del local de negocio, etc., son la razón de que la empresa adquiera un valor superior al que resulta de la suma de sus elementos, llegándose a confundir el mayor valor que el fondo de

---

de diversos bienes inmateriales que tienen individualidad jurídica y que forman parte del inmovilizado inmaterial, aquéllos costes que, no teniendo como resultado la adquisición por parte de la sociedad de bienes inmateriales con individualidad jurídica, son idóneos para producir efectos positivos en el ejercicio en el cual se han sostenido, y también en ejercicios sucesivos. En otras palabras, estos gastos se conciben como valores inscribibles en el activo cuando, en realidad, no se corresponden con bienes individuales y valorables, razón por la cual a menudo han sido calificados de valores ideales o valores ficticios.

[19] En este mismo sentido se expresa la Resolución de la DGRN de 31 de octubre de 1986.

Universidad de Huelva 2009

comercio representa con los mismos factores que, en cierta manera, justifican que la empresa adquiera ese mayor valor. De ahí que, equivocadamente, se diga que el fondo de comercio está constituido por la clientela, nombre o razón social, localización de la empresa, etc. El fondo de comercio es el mayor valor que la organización y el destino dado a los distintos elementos representan para la empresa, la plusvalía que ésta experimenta como consecuencia de la organización que el empresario da a los mismos, como consecuencia de las relaciones que mantiene con terceros, de sus expectativas de mercado, etc.[20]. En definitiva, es el mayor valor que la empresa adquiere, derivado de su aptitud y capacidad -que consigue a través de la óptima organización y coordinación de sus elementos- para generar beneficios futuros.

La organización es, por tanto, un medio para que la empresa adquiera esta aptitud positiva de producir beneficios[21]. Ambas cualidades -organización y capacidad de generar beneficios- hacen que la entidad productiva obtenga un valor superior al resulta de la suma de sus elementos aislados; esto es lo que da lugar a que se valore la empresa como un nuevo ente en el mundo social y económico. Cuando esta capacidad de obtener beneficios futuros se imputa a la empresa misma, se considera transferible junto a ella, de modo que la entidad productiva termina adquiriendo un valor de cambio superior a su valor neto patrimonial, en cuanto que a éste se le añade la capitalización de esos beneficios.

---

[20] En términos similares: FRE, G., ("Società per azioni", cit., pág. 701), afirma que por *avviamento* puede entenderse aquél particular o mayor valor que, por efecto de la actividad del empresario, asume el complejo de los bienes por él organizados, frente a la suma de los valores de los mismos bienes singularmente organizados; FERRARI, G., ("Appunti critici sul problema della determinazione dell'avviamento aziendale", cit., pág. 235), señala que "*doctrina y jurisprudencia concuerdan en considerar que el avviamento es un valor y, más precisamente, que constituye el plusvalor de la empresa económicamente eficiente*". Por su parte, en la doctrina española, CÁMARA ÁLVAREZ, M., (*Estudios de Derecho Mercantil*, T. I, cit., pág. 16), estima que característica esencial de la empresa es el aviamiento, o sea, la capacidad de proporcionar unos rendimientos en virtud de la reunión y organización de una serie de elementos que el empresario ha puesto en marcha.

[21] La actividad del empresario proyectada sobre los elementos de la empresa, transforma lo que sin ella sería mera yuxtaposición o suma de elementos en un cuerpo organizado con vida propia y con valor patrimonial superior a la suma de los valores singularmente considerados. Esta coordinación teleológica de los elementos de la empresa origina para ella una especial disposición o preparación que se traduce en una aptitud o capacidad para producir beneficios, es el actual estado de rendimiento de una empresa que se proyecta hacia el futuro.

Universidad de Huelva 2009

3º. Factores de la empresa que generan el mayor valor que representa el fondo de comercio.

A menudo se ha tratado de distinguir entre fondo de comercio objetivo o real[22], es decir, inherente a los singulares elementos de la empresa, entendido como atributo de la unidad; y fondo de comercio subjetivo o personal[23], derivado de las cualidades del titular de la empresa e indisolublemente unido a él[24]. Sólo el primero -se ha dicho[25]- es inherente a la empresa independientemente de quien sea su titular, como cualidad que se transfiere con la misma; mientras que el fondo de comercio subjetivo, inherente al titular de la empresa, como tal, es considerado, al menos directamente, intransmisible.

Sin embargo, la distinción entre fondo de comercio objetivo y subjetivo es cuanto menos discutible, pues el fondo de comercio es en realidad siempre objetivo[26]. El denominado fondo de comercio subjetivo, en sustancia, no es sino el impulso dado por el titular de la empresa al fondo de comercio objetivo. El fondo de comercio varía en relación a las cualidades personales del titular de la empresa, en virtud de sus dotes de organización, administración y dirección, seriedad, solvencia moral y económica y, en fin, de su visión de

---

[22] Constituido por las expectativas derivadas de determinados factores de la empresa, como la ubicación del local de negocio, la notoriedad de una marca, el grado de estabilidad y otras cualidades y actitudes de los clientes, el prestigio adquirido por el nombre comercial, la perfección conseguida en los procesos de producción, el disfrute de patentes, el goce de alguna concesión administrativa y otras condiciones de monopolio jurídico o de hecho en las que la empresa desarrolla su actividad empresarial.

[23] Constituido por la influencia de los factores que derivan de las cualidades personales del empresario, de su excepcional capacidad de administración y dirección, de su laboriosidad, de sus óptimas relaciones con el personal y con terceros, etc.

[24] El primer caso la doctrina italiana lo califica de *avviamento oggettivo*, que depende de la composición de la empresa y se transfiere, obviamente, con la misma, influyendo en el valor que a ella se le atribuye. Por el contrario, cuando esa capacidad para obtener beneficios se imputa a las cualidades personales del empresario, se califica como *avviamento soggettivo*, y el valor que de él deriva, no puede incidir sobre el valor de cambio de la empresa porque no se imputa a ella y, por tanto, no es transferible junto con el resto de los elementos patrimoniales que la componen.

[25] Véase, entre otros, AULETTA, G., "Avviamento", cit., págs. 635-636; FERRARI, G., "Appunti critici sul problema della determinazione dell'avviamento aziendale", cit., pág. 240; ZUNINO, J.O., *Fondo de Comercio. Régimen legal de su transferencia*, cit., págs. 116-117.

[26] TEDESCHI, "Trattato di Diritto Privato", cit., pág. 20; MESSINETTI, D., "La tutela dell'avviamento nei suoi aspetti civilistici", cit., pág. 142 (nota 34).

Universidad de Huelva 2009

futuro aplicada a la adecuada disposición de los elementos de la empresa. Pero eso no justifica que se hable del fondo de comercio subjetivo separado del fondo de comercio objetivo; el fondo de comercio subjetivo constituye solamente uno de los elementos en virtud del cual puede subsistir el verdadero y propio fondo de comercio, en tanto que se ha precisado de su existencia para la creación y coordinación de los factores que generan el denominado fondo de comercio objetivo.

Esta conclusión va en consonancia con la definición de fondo de comercio como capacidad de producir beneficios que se imputa a la empresa, en tanto se valora que la misma puede permanecer a pesar del cambio de titular, atribuyendo a la empresa un valor de mercado superior a su valor neto patrimonial.

Consecuentemente, el fondo de comercio, o el valor que éste representa, se halla íntimamente ligado a determinados factores y elementos de la empresa, así como a la organización que el empresario dé a los mismos, que, en cierta medida, justifican ese mayor valor que adquiere la empresa[27]. Nos referimos a la clientela[28], el prestigio o crédito

---

[27] VARANGOT, ("Transmisión de fondos de comercio", *Estudios jurídicos en homenaje a J. GARRIGUES*, T. III, Madrid, 1971, págs. 405-406), considera que no se trata de una mera acumulación de elementos económicos, laborales, etc., sino de una selección combinada de aquéllos, de modo que la integración unitaria de los mismos adquiere así compuesta una capacidad de negocio, un interés técnico-mercantil y un valor económico muy superior al de los elementos separados, que hacen a la empresa merecedora de un prestigio mercantil y centro de atracción de clientela.

[28] La clientela, como resultado generalmente del esfuerzo de la actividad del empresario que se manifiesta a través del reconocimiento público de su actividad, tiene un indudable valor que aquél se cuidará mucho de mantener y aún de acrecentar. Con ella, en tanto se mantenga, tiene asegurado el empresario unos rendimientos. Cuando se dice que con la empresa se transmite la clientela se quiere significar que, con los demás elementos que integran la empresa, el empresario transmitente hará lo posible para que el adquirente pueda seguir aprovechando ese "resultado" que es la clientela. Para ello, el transmitente debe facilitar al adquirente listas de habituales compradores, debe abstenerse de seguir ejerciendo actividades análogas dentro, al menos, de un determinado espacio geográfico, según las características de la empresa, y debe observar, en general, una conducta activa y/o pasiva tendente a facilitar que en lo sucesivo la referida clientela pueda continuar sus relaciones con el adquirente. Pero debe entenderse que, por supuesto, el empresario no tiene ningún derecho subjetivo sobre la clientela, ni ésta tiene obligación de mantener relaciones con una determinada empresa. Ahora bien, a efectos puramente contables, las expectativas de beneficios que para la empresa representa el disfrute de una clientela consolidada no puede contabilizarse como una partida independiente del activo. Por tanto, el incremento de valor que este factor representa para la entidad productiva necesariamente se contabilizará, en el momento de su transmisión, dentro del mayor valor de la empresa como conjunto unitario que expresa el fondo de comercio en el activo del empresario adquirente. Esto no significa que la clientela constituya parte del fondo de comercio pues, como ya hemos señalado, no podemos entender por tal un conjunto de bienes o elementos determinados.

Universidad de Huelva 2009

comercial[29], la favorable ubicación y consideración del local en el cual se desarrolla la actividad empresarial[30], los procedimientos e invenciones utilizados en los procesos de producción[31], el nombre comercial[32], las concesiones administrativas de que goza la empresa y derechos asimilados a ellas[33], organización que la hace posible, etc. Estos

---

[29] El crédito, son aquellas relaciones que integran un estado de confianza en el público, de seguridad en que la empresa cumplirá puntualmente sus obligaciones y compromisos. Es la fe que se deposita en la empresa, en su seriedad y corrección, en su solvencia moral y honestidad comercial, en su trato con el público. Como tal, el crédito es un juicio de valor del público proyectado sobre la empresa, al modo como la fama y el honor se proyectan sobre las personas. Consecuentemente, este prestigio profesional incrementa el valor global de la entidad productiva. Pero este incremento de valor derivado del buen hacer empresarial, al igual que el derivado de la existencia de una clientela consolidada, tampoco puede contabilizarse, a efectos de la transmisión de la empresa, como partida independiente del activo del empresario adquirente; por tanto, necesariamente será contabilizado dentro del mayor valor que el fondo de comercio representa para la empresa. Tampoco queremos decir con ello que el crédito profesional constituya una parte del fondo de comercio, pues éste es un mayor valor y no un conjunto de bienes.

[30] Con extraordinaria frecuencia el local -y a su través, la localización urbana- donde se desarrolla la actividad empresarial adquiere un valor de uso esencial. El ejercicio prolongado del comercio en ese local, que goza de un emplazamiento privilegiado, da a éste una valiosa carta de aptitud para el tráfico, tanto más indiscutible cuanto mayor hubiera sido el prestigio y la importancia de la actividad en el desarrollada. En su virtud, aumenta la estimación comercial del inmueble, se revaloriza su utilización. Esta plusvalía consiste en una expectativa de futuras ganancias. Se trata de un sedimento valuable acumulado sobre el local por el ejercicio en él del comercio de forma positiva y correcta. Ello va generando una clientela que queda afecta a la empresa a través de la atracción de sus diversos elementos patrimoniales, lo que produce un aumento de valor que se vincula muy estrechamente al local o sede física de la empresa. Con el trascurso de la actividad, la empresa adquiere clientela y prestigio que acrecen su productividad y valor. Ahora bien, a efectos contables, el local de negocio tiene un valor en sí mismo que se contabilizará como una partida independiente del activo. La peculiaridad, en este caso, reside en el mayor valor de la empresa derivado de la favorable ubicación y consideración pública del local como enclave físico de la entidad productiva.

[31] Incluyen no sólo las patentes y las marcas, sino además otros bienes que se encuadran dentro de la denominada "propiedad industrial", como pueden ser los modelos industriales y de utilidad, los dibujos industriales y artísticos, etc, así como otros derechos asimilados a ellos (por ejemplo, el *know how* o secreto industrial). A efectos contables, todos estos elementos son en sí mismos valorables, es decir son valorados y contabilizados de forma aislada e independiente en el activo del balance del empresario adquirente. Lo que sucede es que su presencia organizada en una empresa atribuye a ésta un valor muy superior al que tendrían aisladamente, plusvalor derivado de las expectativas de ganancias -producto a su vez de la organización-, lo que justifica que aumente el mayor valor que el fondo de comercio representa para la empresa.

[32] El nombre comercial de una empresa, en sí mismo valorable y contabilizado de forma independiente, puede llegar a adquirir un gran prestigio y una cierta notoriedad, convirtiéndose en elemento de máxima utilidad para la entidad productiva a la que hace referencia. En esta hipótesis, el prestigio y la notoriedad adquiridos contribuyen a atraer y aumentar la clientela de la misma, traduciéndose en un importante factor de productividad y, constituyendo para la empresa un valor económico o expectativas de beneficios apreciable que deberá ser tenido en cuenta en el momento en que ésta sea valorada para su transmisión. De cualquier manera, "*el nombre comercial únicamente podrá ser transmitido con la totalidad de la empresa*" a la que identifica (art. 79 LM).

[33] Por concesiones administrativas han de entenderse los derechos de explotación de un servicio en régimen de concesión otorgados por la autoridad administrativa competente (estatal, autonómica, provincial o municipal). Y por derechos asimilados a ellas, las licencias y autorizaciones administrativas que permitan la explotación de una determinada actividad empresarial sin que dicha actividad llegue a adquirir la condición de servicio público. Tanto las concesiones como los derechos asimilados tienen un valor en sí mismo y se contabilizarán como una partida más del activo. Lo que ocurre es que su disfrute por la empresa hace que aumente el valor de conjunto de la misma en función de la rentabilidad y expectativas que genera para la entidad productiva.

Universidad de Huelva 2009

elementos, entre otros, son la causa principal de que la empresa adquiera capacidad o expectativas positivas de producir beneficios, capacidad que da vida al fondo de comercio y lo traduce en rentabilidad o beneficios concretos y actuales[34]. No obstante, es conveniente reiterar que de todos estos elementos hay algunos cuya valoración aislada es perfectamente factible -marcas, patentes, concesiones, etc.-. Es decir, en sí mismos son elementos valorables y pueden aparecer en el activo del balance como una partida independiente. Lo que sucede es que su presencia organizada en una empresa origina mayores expectativas de beneficios que las derivadas de su utilización aislada, traduciéndose en un mayor valor para la entidad productiva. Otros, por el contrario, no pueden ser objeto de valoración y contabilización aislada -clientela, prestigio, ubicación del local, etc.-. En efecto, las expectativas de beneficios que generan en la empresa sólo pueden ser consideradas a los efectos de incrementar ese mayor valor de la empresa que representa el fondo de comercio. Pero siempre debe tenerse presente que el fondo de comercio no es un bien inmaterial en el que se incluyen otros bienes, sino una cualidad de la empresa que se traduce en un mayor valor que adquiere como consecuencia de su organización y del destino atribuido por el empresario a los elementos que la integran.

A veces se ha caído en el error de identificar el fondo de comercio con el valor de la clientela que habitualmente se relaciona con la empresa demandando los productos o servicios que ésta oferta al público. Ello se debe a la importancia que la transferencia de la clientela puede adquirir a la hora de transmitir la empresa para que conserve su capacidad y expectativas de producir beneficios[35]. En algunos casos, la clientela está dispuesta a seguir

---

[34] GARRIGUES, J., (*Tratado de Derecho Mercantil*, cit., pág. 254), define las expectativas de una empresa como la esperanza de obtener en lo sucesivo ciertos beneficios por la mejor organización de la empresa, por las cualidades personales del comerciante y sus auxiliares, por el emplazamiento favorable del negocio, por la favorable coyuntura de venta, por la baratura del precio de coste, por la extensión del círculo de la clientela, por la eliminación de la concurrencia, por mil circunstancias, en fin, que determinan una mayor o menor certidumbre en la venta de los productos o en el suministro de los servicios. Califica este elemento como "esencial en la empresa" por ser el resultado de su organización, aunque no se pueda identificar con ella.

[35] Es posible que en el pasado el concepto de fondo de comercio haya sido identificado con el concepto de clientela. Sin embargo, esta identificación es errónea e inadecuada pues la noción de fondo de comercio se ha revelado más profunda y completa que aquélla otra. En efecto, para determinar el mayor valor que el fondo de comercio representa para la empresa, se debe tener en cuenta no sólo la clientela, sino también otros factores, a veces decisivos, como las relaciones con los

Universidad de Huelva 2009

al empresario que transmite su empresa y comienza una nueva actividad empresarial equivalente a la anterior. Este tiene la ventaja de conocer los gustos, las preferencias, las necesidades de dicha clientela -de ahí que se piense en el denominado fondo de comercio subjetivo que, como hemos señalado, constituye en realidad un elemento más que contribuye a la generación del verdadero fondo de comercio- ; por ello, en estos casos, no basta con transmitir la empresa, es necesario que el transmitente se abstenga, durante un cierto período de tiempo, de hacer la competencia al adquirente. Sin embargo, la clientela, aún cuando puede tener un valor considerable, no agota el plusvalor que representa el fondo de comercio, no es el único elemento de la empresa que ha de ser tenido en consideración en orden a la determinación de ese mayor valor de la empresa.

Finalmente, debemos preguntarnos si el fondo de comercio, como tal, es objeto de protección directa y específica por parte de nuestro Ordenamiento. En principio, basta pensar que el fondo de comercio no ha sido calificado de bien inmaterial en sentido jurídico, lo que hace inaceptable que pueda tutelarse directa y específicamente como otros bienes inmateriales integrantes de la empresa. Concebir el fondo de comercio como la capacidad de beneficio, como el valor económico de la organización -las dos definiciones, sustancialmente, son equivalentes- es tanto como afirmar que constituye el resultado de la organización creada por el empresario (resultado de hecho y objetivo). La tutela del fondo de comercio se realiza o se lleva a cabo, por tanto, de forma indirecta, a través de la tutela de la actividad y organización empresarial[36], y, por supuesto, a través de la protección de

---

proveedores, la ubicación del local donde se desarrolla la actividad empresarial, el prestigio del nombre comercial, la notoriedad de una marca, etc. Es posible, por tanto, que a dos empresas con una clientela equivalente se les atribuya un valor diferente en virtud precisamente de la diferencia de valor del fondo de comercio de cada una de ellas.

Así, una empresa que tiene la posibilidad de acceder directamente a las fuentes de producción o materias primas, sin necesidad de intermediarios, o que goza de unos colaboradores muy eficientes, que está abierta a las innovaciones tecnológicas y emplea medios de producción rápidos y económicos, tendrá más expectativas de beneficios que aquélla otra que, gozando de una clientela equivalente, depende de un número mayor de colaboradores, de intermediarios en las fuentes de producción, que no goza de innovaciones tecnológicas que facilitan y aminoran el costo de los bienes, etc.

[36] El fondo de comercio, como resultado objetivo de la organización desarrollada por el empresario, es un valor que depende de otros valores (bienes, actividad, prestaciones de servicios), que a su vez se ponen en relación dinámica, en cuanto instrumentos de la actividad de gestión de la empresa: el interés del sujeto se dirige, pues, a la actividad y no al resultado, es decir, el interés está encaminado a conservar la funcionalidad de la actividad y no a conservar un bien.

Universidad de Huelva 2009

los diversos elementos que generan ese mayor valor de la empresa.

El legislador interviene, a menudo, acordando para el sujeto empresario formas de tutela que, en su configuración esencial, se resuelven en poderes referidos a la actividad de ejercicio de la empresa, no a los resultados finales de ésta[37]. Así, nuestro Ordenamiento, que se asienta sobre el principio de economía de mercado y libertad de empresa, no defiende en modo alguno la permanencia de las relaciones de la clientela con la empresa a la que habitualmente acude en demanda de los bienes o servicios. Pero aún cuando establece un régimen general de libre concurrencia, asegura las condiciones de lealtad en las cuales debe desarrollarse la actividad empresarial[38]. Lo que, en definitiva, se traduce en una protección indirecta a la obtención de las expectativas de beneficios generados por la empresa.

---

[37] Es decir, se tutela, de forma específica y particular, singulares aspectos de la actividad empresarial: se piensa en la obligación de no concurrencia para los supuestos de transmisión de empresa y en la prohibición de competencia desleal en el ejercicio de la actividad empresarial.

[38] Se puede decir que el bien tutelado por las normas que persiguen la competencia desleal, en cierta medida, se identifica con la clientela; pero no sólo con ella, sino también, y esto es lo realmente importante, con la propia actividad desarrollada por el empresario. Reconocer que la clientela puede constituir el elemento objetivo de una tutela jurídica indirecta y atribuirle cierta relevancia como bien no significa, necesariamente, contradecir el principio general de libertad de iniciativa económica reconocido en nuestra Constitución. La tutela ofrecida en estas normas da relieve jurídico a la relación entre determinada actividad empresarial y su clientela, con el objeto de proteger y garantizar las actuaciones exteriores, imponiéndose, de esa manera, la necesidad jurídica de abstenerse de emplear medios o conductas desleales en el ejercicio de la competencia. Siguiendo esta orientación ASCARELLI, T., ha considerado que lo que la represión de la concurrencia desleal quiere tutelar es la probabilidad para quien explota la empresa de conseguir aquellos resultados económicos que pueden resultar del desarrollo de su actividad en régimen de libre concurrencia. De ahí que los actos de concurrencia sean sancionados cuando son idóneos para desviar la clientela ajena, esto es, perjudicando la probabilidad ajena de obtener del ejercicio de la propia actividad aquel lucro que obtendría en régimen de libre (leal) concurrencia. El peligro de la desviación de la clientela -constituye para el autor- el perjuicio de la probabilidad ajena de ganancia. Termina aclarando que el bien tutelado no puede identificarse con el *avviamento* o la clientela entendidos como objeto de un derecho absoluto sino con la probabilidad de ganancia en el desarrollo de una actividad en régimen de leal concurrencia (*Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, cit., págs. 174-175). En efecto, el objetivo directo de la LCD es proteger la competencia, tal como afirma el propio artículo 1 del texto legal, corroborado por la doctrina que se ha ocupado del tema (ver, por todos, OTERO LASTRES, J.M., "La nueva Ley sobre Competencia Desleal, *Actas de Derecho Industrial*, T. XIV, 1991-1992, pág. 28; FERNÁNDEZ-NOVOA, C., "Reflexiones preliminares sobre la Ley de Competencia Desleal", *Actas de Derecho Industrial*, T. XIV, 1991-1992, págs. 15-23; BERCOVITZ, A., "Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal", *La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991* [coord. BERCOVITZ, A.], Madrid, 1992, págs. 13-34). Y es que, en realidad, no puede entenderse que el objeto de protección directa de estas normas sea la clientela en sí, pues, como en repetidas ocasiones hemos señalado, el empresario no goza de un derecho absoluto sobre las personas que habitualmente acuden a su empresa en demanda de los productos o servicios ofertados. De ahí, que la protección de estas normas vaya encaminada directamente a la actividad desarrollada por el empresario, a la actividad de empresa, e indirectamente a la protección de la clientela.

Universidad de Huelva 2009

Igualmente, el legislador se ha preocupado de tutelar y dar protección jurídica a determinados elementos de la empresa que pueden influir de forma considerable en la capacidad de beneficios de la entidad productiva. Nos referimos en concreto a la tutela de los signos distintivos -nombre comercial, rótulo del establecimiento, marcas, etc.-, invenciones patentadas[39]; así como la protección jurídica otorgada al uso del local donde se desarrolla la actividad empresarial cuando el empresario sea titular del derecho de arrendamiento[40]; y en sede de transmisión de la empresa, se ha propuesto por parte de la

---

[39] Todos ellos tutelados por diversas disposiciones legales: Ley 11/1986, de 20 de marzo de 1986, de Patentes; Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas y su Reglamento de ejecución aprobado mediante R.D. 645/1990, de 18 de mayo de 1990, y además, a través de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, que regula las actuaciones concretas de los empresarios dirigidas a la captación de clientela. En efecto, sobre la reputación o prestigio de una empresa se fundan o establecen unas relaciones estables de uso y consumo (relaciones de clientela) que, a pesar de que son meramente fácticas, es decir, relaciones de hecho -que el Derecho no asegura al titular de la empresa-, tienen un considerable valor económico, pues de ellas dependen en buena medida la capacidad de beneficios de la empresa. De ahí la necesidad de individualizar las distintas empresas, de modo que los terceros puedan reconocer e identificar las prestaciones provenientes de unas y otras y elegir las que consideren más oportunas. El reconocimiento e identificación de las diversas organizaciones empresariales que actúan en el mercado, así como de los productos o servicios que cada una de ellas ofertan a los terceros se efectúa a través de los signos distintivos de la empresa: nombre comercial, marcas, etc. La protección que nuestro Derecho otorga a los signos distintivos de la empresa, prohibiendo la identidad -e incluso la semejanza- en los elementos y medios que sirven a la individualización de las empresas y de sus prestaciones, fue puesta de manifiesto en el apartado 2° **La obligación de no concurrir**, del punto I del capítulo anterior, como forma indirecta de protección para la clientela y las expectativas de la empresa, lugar al cual remitimos. No obstante, nos sentimos obligados a recordar que la imitación de los signos y elementos distintivos de las empresas es un comportamiento sancionado también por la LCD. De una parte, porque esta actuación supone el aprovechamiento por un tercero competidor de la reputación ganada por un empresario con su esfuerzo personal y patrimonial en el ejercicio de su actividad empresarial. Por otra parte, porque dicha actuación conlleva un riesgo de confusión en los consumidores y usuarios en el momento de elegir los bienes y servicios que los distintos empresarios les ofertan. Junto a la LCD, está el Derecho especial de signos, construido con apoyo en el registro previo de los mismos, a través del cual se articuló una protección más enérgica al uso exclusivo por parte de su titular de los signos distintivos de la empresa (ver, por todos, ASCARELLI, T., *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, cit., págs. 355-483; GONDRA, J.M., "Teoría general de signos de empresa", cit., págs. 827-868; MONTEAGUDO, M., "El riesgo de la confusión en Derecho de Marcas y en Derecho contra la Competencia", *Actas de Derecho Industrial*, T. XV, 1993, págs. 73-108; DE LA CUESTA, J.M., "Supuestos de competencia desleal por confusión, imitación y aprovechamiento de la reputación ajena", cit., págs. 35-50).

[40] Durante muchos años, se ha atribuido un tratamiento tuitivo y protector al arrendatario de locales de negocios y, en su virtud, la denominada "propiedad comercial" se encontraba protegida y reconocida a dicho arrendatario. El régimen de la "propiedad comercial" en España se ha venido caracterizando por un sistema de medidas protectoras que privilegiaban a los comerciantes arrendatarios. La LAU de 1964 reconocía los derechos de prórroga forzosa y de traspaso que permitían a los arrendatarios de locales de negocios apropiarse y aprovecharse de la plusvalía comercial generada por su actividad empresarial y proyectada patrimonialmente sobre el local arrendado. Sin embargo, con la promulgación del RDL 2/1995 de 30 de abril -el llamado "Decreto Boyer"- se dio un brusco giro a la tutela de la "propiedad comercial" pasando de una excesiva protección a una nueva situación en la que se suprimió la prórroga forzosa del contrato y, en definitiva, se hizo posible el desalojo de los arrendatarios al término de la duración pactada. Finalmente, se ha promulgado la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Esta nueva Ley consagra el predominio del principio de autonomía de la voluntad de los contratantes, quienes podrán convenir, con plena eficacia rectora del negocio, las estipulaciones que consideren convenientes, sin otras limitaciones que las derivadas del respeto a las leyes, a la moral o al orden público (art. 1.255 C.c.) y, por supuesto, a la esencia de la relación arrendaticia. Sin perjuicio de que hayamos considerado conveniente esta breve aclaración, hemos de remitir sobre esta cuestión al capítulo VI de este trabajo, con ánimo de evitar reiteraciones

Universidad de Huelva 2009

doctrina la consideración de un principio general que prohíbe al empresario transmitente hacer la competencia al adquirente en la actividad propia de la empresa transmitida[41].

Cuando se violan las normas que aseguran la regularidad y lealtad de las condiciones de competencia el daño consecuente de tales actos ilícitos tiene una incidencia negativa sobre el valor del fondo de comercio, o el mayor valor que éste representa, lo que, a su vez, repercutirá en el valor total de la empresa que se aporta. De la misma manera, la pérdida del inmueble donde se desarrolla la actividad empresarial -en tanto la óptima ubicación de éste contribuye igualmente a la generación de la capacidad de beneficios de la empresa- puede acarrear una considerable disminución en el valor del fondo de comercio, a través de la pérdida de la clientela que normalmente se sentía vinculada a dicho local.

La tutela que nuestro Derecho positivo consagra para el mayor valor que representa el fondo de comercio es, por tanto, una tutela indirecta. En realidad, no puede ser de otra manera pues el fondo de comercio no es un bien inmaterial de la empresa. El Derecho otorga protección a la actividad empresarial en sí, a la actividad competitiva de los empresarios, a determinados bienes de la empresa, pero no puede otorgar una protección directa a una mera cualidad de la entidad productiva. En suma, podemos afirmar que no existe en nuestro Ordenamiento una tutela inmediata o directa sobre el mayor valor que expresa el fondo de comercio.

---

innecesarias, pues allí será tratada con mayor detenimiento.

[41] La obligación por parte del transmitente de una empresa de no hacer la competencia al adquirente ha sido objeto de estudio en el capítulo anterior, **ESPECIALIDADES DE LA APORTACIÓN DE EMPRESA RESPECTO DE LAS OBLIGACIONES DEL APORTANTE**, en concreto a lo largo de todo el punto I, **LA OBLIGACIÓN DE NO HACER LA COMPETENCIA A LA SOCIEDAD**, al cual remitimos.

Universidad de Huelva 2009

II. LA APORTACIÓN DEL FONDO DE COMERCIO.

1°. Planteamiento de la cuestión.

Como ya hemos señalado, para valorar una empresa que se aporta a la sociedad anónima -así como en cualquier otro negocio de transmisión de la entidad productiva a título oneroso- se debe tener en cuenta, además del valor de los bienes que la componen, el mayor o menor valor que representa su actitud, positiva o negativa, para producir beneficios futuros.

Es obvio que quien transmite una empresa -en el supuesto que a nosotros nos interesa, el socio aportante- renuncia no tanto a la titularidad -del derecho de uso o de propiedad- sobre los bienes y servicios que, considerados aisladamente, integran la entidad productiva sino, sobre todo, al disfrute económico de la misma como complejo de producción y a los beneficios que de su explotación pueden lograrse; en definitiva, renuncia a las expectativas sobre los beneficios futuros. Es lógico, por tanto, que el socio aportante pretenda obtener, a cambio de la empresa que transmite, un número de acciones cuyo valor nominal esté en proporción al valor real de la empresa en función de los beneficios esperados.

Igualmente, la sociedad que adquiere la empresa está dispuesta a entregar al aportante las acciones correspondientes, no tanto porque adquiere el derecho de propiedad o de uso sobre los bienes y servicios que la integran sino, especialmente, porque espera obtener en el futuro (mediante el concurso de dichos bienes y servicios y de otras condiciones internas y externas de la entidad productiva) determinados beneficios en función de sus factores económicos actuales. La sociedad es consciente de que no tendrá que superar las grandes dificultades que presenta poner en funcionamiento una empresa: buscar una ubicación adecuada al ejercicio de su actividad, penetrar en un área favorable del mercado, instruir a sus colaboradores; esto es, no se verá obligada a estructurar y organizar los elementos de los que dispone para conseguir un mínimo de eficiencia económica y le será fácil superar, de este modo, todos los riesgos técnicos y económicos del momento inicial. Precisamente, la

Universidad de Huelva 2009

sociedad, porque es conocedora de todos estos inconvenientes, está dispuesta a entregar al socio aportante para la adquisición de la empresa un número determinado de acciones cuyo valor nominal es superior a la suma del valor de los elementos materiales e inmateriales de los cuales está dotada la empresa.

Pensemos que una sociedad puede tener un interés especial en poseer una empresa (por ejemplo una empresa dedicada a la fabricación y comercialización de materiales de construcción), pues, entiende que además de facilitar el desarrollo de la actividad social (la construcción de viviendas), le supondría un gran ahorro de dinero al no tener que adquirir de terceros intermediarios el material empleado, un ahorro de tiempo al gozar de disponibilidad inmediata sobre el mismo y unos beneficios, al poder, a la vez, comercializar los productos fabricados, entre otras ventajas. Seguramente para la sociedad será más ventajoso adquirir a título oneroso una empresa de esas características, organizada y en funcionamiento, con buenas expectativas de beneficios, que proceder a constituirla, ya que esto último le costará, además del dinero, tiempo y trabajo.

Si en este caso la actividad empresarial puede ser determinante para la justificación de la aportación, debemos pensar que dicha actividad y las expectativas de beneficios que genera también deben ser determinantes para la valoración de la empresa. El valor de la entidad productiva que se aporta no puede consistir en la suma de los valores de los distintos elementos que la componen, individualmente considerados, ya que estos elementos no son utilizados de forma individual, sino todos juntos en completa armonía, organizados y destinados a producir un beneficio, una ganancia.

Consecuentemente, la empresa no puede ser valorada (ni con ocasión de su genérica transmisión ni con ocasión de su aportación a la sociedad anónima) según criterios meramente analíticos (acertados para valorar un conglomerado de bienes entre los que no existe ningún nexo de tipo funcional), sino que deberá valorarse como un conjunto de bienes organizados, ligados por su funcionalidad y en estado dinámico, teniendo en cuenta su

Universidad de Huelva 2009

aptitud para producir unos beneficios. El problema del fondo de comercio se presentará en cada caso de transmisión de empresa porque, evidentemente, el valor de la empresa como tal no responde a la suma del valor de los singulares bienes que la componen.

2°. El fondo de comercio y el respeto a los principios de realidad y efectividad del capital social.

Uno de los mayores problemas que vamos a encontrar en la aportación de una empresa es, como hemos señalado, el relativo a su valoración. En efecto, es necesario valorar la empresa que se aporta a través de criterios objetivos y prudentes pues, el valor que se le atribuya a la entidad productiva como conjunto unitario pasará a integrar el capital de la sociedad[42].

Es oportuno recordar que no todos y cada uno de los valores y elementos que integran la empresa, aisladamente considerados, son susceptibles de ser aportados a la sociedad anónima. El fondo de comercio, por ejemplo, en tanto que no representa un bien con individualidad jurídica, no puede ser aportado si no es juntamente con los elementos de la empresa a la que pertenece. Ahora bien, todos estos bienes y valores, incluidos los no susceptibles de aportación autónoma, son transmitidos a la sociedad cuando se produce la aportación de empresa y considerados en el momento de su valoración, pues todos ellos

---

[42] La valoración de una empresa incorpora diversos elementos que hacen que el valor resultante tenga cierto carácter subjetivo y relativo. Un elemento de relatividad es el objetivo perseguido por el sujeto con la valoración. Según cual sea el objetivo se distingue entre valoración en liquidación y valoración en funcionamiento. La valoración en liquidación es la que realizaría una persona que piensa adquirir la empresa para vender sus activos, pagar a los acreedores, y quedarse con la diferencia entre el montante así obtenido y el precio pagado por ella. En tal caso, el problema se limita a estimar el precio que tiene en el mercado cada uno de los bienes y obligaciones que constituyen la empresa. La valoración en funcionamiento suele ser bastante más compleja. El valor en funcionamiento es el que tiene la empresa para quien piensa continuar con la actividad empresarial. En este caso, la empresa debe ser valorada como un entidad viva. Por lo tanto, no existe un único valor de la empresa, sino que depende de la finalidad que se persiga. Pues bien, tampoco el valor en funcionamiento es algo objetivo y absoluto. Por ejemplo, puede que cierta empresa valga poco para una organización nacional y que, sin embargo, tenga un gran valor para una entidad extranjera porque le resulta útil para introducir sus productos en nuestro mercado.

Ahora bien, cuando la transmisión de una empresa deriva del negocio jurídico de aportación la valoración de la misma debe responder a criterios objetivos y reales, dejando a un lado cualquier interés de carácter subjetivo que pueda corresponder a las partes interesadas. Debe atribuirse un valor objetivo a la empresa que se aporta en tanto que éste pasa a integrar el capital social, garantía de terceros acreedores.

Universidad de Huelva 2009

constituyen una entidad superior, un objeto unitario de negocios jurídicos, que se transmite en su totalidad, y como no, por admisión expresa de la Ley, posible objeto del negocio de aportación (art. 39.3 LSA).

En consonancia con la LSA, el artículo 133 del RRM, en relación a la aportación de empresa, determina que en la escritura -de constitución o, en su caso, de aumento de capital- se ha de indicar el valor del conjunto o unidad económica objeto de aportación. Este valor -que no tiene que coincidir con el resultado correspondiente a la suma de los valores de los distintos bienes que aisladamente constituyen la empresa[43]-, pasará, por imperativo legal, a integrar el capital social (art. 1 LSA). En ese valor de conjunto de la empresa debe ser

---

[43] Existen diversas y muy variadas posibilidades para determinar el valor de la empresa que se transmite en función de los elementos que la integran. De todas ellas podemos citar algunas como, en primer lugar, el denominado valor teórico de la empresa, valor matemático o valor contable que sería el derivado de la diferencia entre el valor neto contable de los activos y pasivos transmitidos. En esta primera posibilidad se valoran los bienes tomando como referencia el concepto de "valor neto contable". En su virtud cada elemento del activo o pasivo se valorará a su coste de adquisición, minorado, en su caso, por las correcciones valorativas que hayan sido contabilizadas, motivadas por las dotaciones a la amortización y por las pérdidas de valor. Este método es, sin embargo, poco realista, ya que el valor neto contable de los bienes pocas veces representa el valor económico de los mismos. Pensemos que los estados contables no reflejan los valores de mercado, dado que los bienes aparecen valorados al coste de adquisición, sin que tan siquiera puedan ser corregidos en función de la inflación. Por tanto, lo que han costado los elementos patrimoniales, y que aparece en los estados financieros, no es generalmente lo que valen en el momento de la evaluación. Por otra parte, hay que señalar que el conjunto de bienes así valorados no representan el valor global de la empresa, ya que no tiene en cuenta la posible existencia de elementos de carácter inmaterial, alguno de los cuales es posible que no estén reflejados en el balance.

En segundo lugar, podemos hablar de valor intrínseco o valor neto contable ajustado de los conceptos del balance. Se diferencia del anterior en que, en este caso, opera una actualización de los activos y pasivos a través de determinados índices. Esta segunda posibilidad se basa, en efecto, en contabilizar por el valor neto contable revalorizado o ajustado, que consiste en tener en cuenta los cambios de valor que hayan experimentado los bienes. Realmente se trata de un sistema valorativo derivado directamente del anterior, y que toma como fundamento las partidas del balance en cifras históricas, ponderándolas posteriormente con la ayuda de determinados índices (ver, sobre estos métodos de valoración de empresas: PÉREZ GOROSTEGUI, E.-RODRIGO MOYA, B., "La valoración de las empresas", *Cuadernos de derecho y Comercio* nº 14, 1994, págs. 296-297; MALVÁREZ PASCUAL, L.A., "La contabilización de las plusvalías y minusvalías puestas de manifiesto en procesos de fusión [comentarios al borrador del ICAC sobre normas de contabilidad aplicables a las fusiones]", *Revista de Contabilidad y Tributación [Estudios Financieros]* nº 139, 1995, págs. 112-113; VÁZQUEZ GARCÍA, R.J., "Valoración de empresas: especial referencia al inmovilizado inmaterial", *Negocios sobre derechos no incorporados a títulos-valores y sobre relaciones jurídicas especiales* [coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.], Madrid, 1992, págs. 160-161; POLI, R., "I conferimenti di aziende", cit. págs. 416-417).

En cualquier caso, en ambos métodos de valoración el valor de la empresa resulta de un estudio analítico de los elementos integrantes de la misma, que no define plenamente el valor real del patrimonio empresarial, ya que no tienen en cuenta los valores inmateriales que se ponen de manifiesto en el momento de la transmisión. Como ya hemos señalado, al valorar una empresa, junto al valor material de los bienes que integran su activo coexiste un valor no materializado, que hemos denominado fondo de comercio. Solamente puede obtenerse cuanto vale realmente una empresa si se tiene en cuenta ese mayor valor que representa el fondo de comercio.

Universidad de Huelva 2009

tenido en consideración el "plus" que representa el fondo de comercio[44].

Por tanto, cuando un socio aporta una empresa, ésta entra a formar parte del patrimonio de la sociedad y su valor, incluido el "plus" que representa el fondo de comercio, pasa a integrar el capital social. A la vez, el socio recibe a cambio de su aportación un número de acciones cuyo valor nominal es equivalente al valor atribuido a la empresa como conjunto unitario[45].

---

[44] Hemos señalado que lo característico de la transmisión de una empresa no es el traspaso de un conjunto inconexo de bienes y derechos, sino que es consustancial la existencia de una organización y unas relaciones de hecho, a través de las cuales se va concretar la aptitud de la entidad productiva para generar beneficios futuros. En este sentido, cuando esta capacidad de obtener beneficios se puede imputar a la empresa misma, se ha de considerar transferible junto a ella, de tal manera que la entidad productiva adquiere un valor de cambio superior al de la suma de sus elementos aislados. Por tanto, para valorar correctamente la empresa transmitida se deben tener en cuenta, además de los elementos patrimoniales que integran el balance social, su aptitud para producir ganancias futuras. No consideramos correcto, para valorar una empresa a efectos de su transmisión, emplear por sí solos métodos de los denominados sintéticos, que al contrario de los métodos analíticos de valoración anteriormente enunciados, se basan exclusivamente en el valor de rendimiento de la empresa, entendiéndose que cuando una persona o una entidad adquiere una empresa y desea que continúe con su actividad, lo que realmente desea adquirir son unas rentas futuras. Consecuentemente, los métodos sintéticos de valoración de empresas consisten en determinar el valor actual de los beneficios generados por la empresa en el futuro (es lo que se denomina capitalización de los beneficios). Estimamos que el modo más correcto para valorar las empresas que se transmiten será a través del empleo de los denominados métodos mixtos, esto es, aquéllos en los que además de considerar los elementos activos y pasivos de la empresa tienen en cuenta los beneficios que la entidad productiva está en condiciones de generar en el futuro. Siguiendo esta línea de pensamiento, POLI, R., ("I conferimenti di aziende", cit., pág. 419), afirma que la valoración de una *azienda* debe basarse tanto en la masa de bienes que la componen y sobre el cálculo de valor de dicha masa, como sobre la capacidad de beneficios de la empresa, concurriendo conjuntamente estos dos factores en la determinación del valor. En el mismo sentido, FROLI, M., (*La valutazione di azienda. Princìpi e metodi. L'applicazione nelle operazioni di cessione, fusione, conferimento e liquidazione*, Milano, 1992), considera que un compromiso entre la necesidad de una valoración prudente, en los supuestos de aportación, y el respeto de la realidad económica del particular objeto de la aportación puede ser hallado en la utilización de un método mixto, que a la vez tenga presente la consistencia patrimonial de la empresa, sin por ello olvidar la capacidad de beneficios.

[45] Esta idea es puesta de manifiesto por: LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., págs. 149-153; MAMBRILLA RIVERA, V., "Fundación con aportaciones *in natura*", cit., pág. 751; GARRIDO DE PALMA-SÁNCHEZ GONZÁLEZ, "La sociedad anónima en sus principios configuradores", cit., pág. 27; EGEA IBÁÑEZ, R., "Aportaciones no dinerarias a la sociedad anónima", cit., pág. 110; PAZ-ARES, C., "Sobre la infracapitalización de las sociedades", cit., pág. 1611; QUINTANA CARLO, I., "El capital social", cit., págs. 115-116; DÍAZ GÓMEZ, Mª.A., *Las aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima: contenido, valoración y desembolso*, cit., pág. 123. En la doctrina italiana: COLOMBO, G. E, *Il bilancio d'esercizio. Strutture e valutazioni*, cit., págs. 188-190; PISANI MASSAMORMILE, A., *Conferimenti in S.P.A. e formazione del capitale*, cit., págs. 249-252; FRE, G., "Società per azioni", cit., págs. 134-136. En contra: SIMONETTO, E., *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, cit., págs. 390 y ss; OLIVIERI, G., *I conferimenti in natura nella società per azioni*, cit., págs. 389 y ss. Por otra parte, debemos apuntar que la consideración del fondo de comercio como aportación contó con el beneplácido de la Comisión de la CEE, en el comentario anexo a la Propuesta de la Segunda Directiva, mostrándose partidaria de "*remunerar con acciones aportaciones esenciales como el good-will*". De hecho, como ya hemos señalado, el legislador inglés prevé expresamente la aportación de *good-will* en la Sec. 99 de la Companies Act (MORSE, G., *Company Law*, cit., pág. 159; BUTTERWORTHS, *Company Law Handbook*, cit., Pág. 67; BUTTERWORTHS, *Company Law Guide*, cit., pág. 66).

Universidad de Huelva 2009

Ahora bien, si el valor de la empresa aportada es determinado en consonancia con la capacidad y aptitud de la entidad para generar beneficios futuros y, posteriormente, los beneficios esperados no llegan a obtenerse en su totalidad, podría pensarse que el valor atribuido a la aportación, imputado al capital de la sociedad, es superior al valor real de la misma, produciéndose, de este modo, una falta de realidad en el capital social.

Sin embargo, como comprobaremos a continuación, los riesgos o el perjuicio económico que puede sufrir la sociedad en este caso no es diferente de los que se le puede ocasionar con la aportación de otros bienes. En efecto, en primer lugar, debemos tener presente que el fondo de comercio no es un bien, en sentido técnico, es decir, una entidad objetivamente individualizada, sino una cualidad de la empresa, una entidad ideal que se traduce en un valor que expresa su aptitud para producir un cierto beneficio.

En segundo lugar, el valor de la empresa aportada, teniendo en cuenta el mayor valor que el fondo de comercio representa -si existe-, se sujeta a la verificación y control del experto independiente nombrado por el Registrador Mercantil (art. 38 LSA): si éste considera que el valor atribuido por las partes a la aportación -bien en la escritura de constitución bien en la escritura de aumento de capital-, se corresponde, atendiendo a criterios objetivos, con el valor real de la misma, y, por tanto, con el nominal de las acciones suscritas a cambio, se procederá a la inscripción en el Registro Mercantil[46].

---

[46] Es conveniente subrayar que la LSA, de la misma manera que el RRM, confía, con el objeto de asegurar la cobertura del capital nominal con valores reales, la verificación técnica al experto, sin imponer los criterios a seguir sino exigiendo que incluya en el informe correspondiente los criterios de valoración finalmente adoptados (art. 38.2 LSA). Ambos textos legales reenvían expresamente, en cuanto a la valoración de las aportaciones *in natura*, al conocimiento de los expertos. Este reenvío a la técnica debe considerarse acertado en cuanto fórmula más correcta para indicar cuáles sean los criterios más idóneos para valorar dichas aportaciones, máxime cuando la aportación consiste en una empresa, puesto que en este caso parece más elevado el grado de pericia o conocimiento técnico necesario. Si bien no pueden olvidarse las objeciones fundadas sobre las dificultades de valoración, como tendremos ocasión de comprobar en las páginas que siguen, así como la subjetividad en que ésta puede incurrir, se debe tener presente que la práctica ha elaborado sistemas de valoración mixtos que, sin desatender los beneficios obtenidos u obtenibles por la empresa, ponen límites a la posible subjetividad en la valoración de las empresas. Además, también la valoración de otros bienes ***in natura*** que pueden ser objeto de aportación a la sociedad anónima, materiales o inmateriales (pensemos en una marca, por ejemplo), pueden presentar, según las circunstancias, dificultades objetivas y riesgos de excesiva subjetivación, similares a las dificultades y riesgos conectados a la valoración de la empresa.

Universidad de Huelva 2009

En tercer lugar, el hecho de que los beneficios esperados -tenidos en consideración en la valoración global de la empresa- no sean posteriormente obtenidos puede equipararse a la eventualidad de que el valor atribuido a un bien aportado a la sociedad, disminuya o desaparezca como consecuencia de una circunstancia o acontecimiento no previsto (la inedificabilidad de un suelo o la inaplicación industrial de una patente), o bien haya sido erróneamente valorado por el experto. En ambos casos, dicho evento no afecta a la efectiva adquisición por la sociedad del objeto de aportación sino al patrimonio social: éste se verá disminuido en la misma medida en que ha disminuido el valor del bien aportado.

Para comprender lo que queremos decir, es preciso distinguir las dos hipótesis anunciadas: de un lado, la desaparición o la reducción del valor del fondo de comercio, que realmente existía en el momento de la aportación, por acontecimientos externos y posteriores de ningún modo imputables al socio aportante[47]; y de otro, la inexistencia del fondo de comercio que fue erróneamente valorado, o se reputó existente no siéndolo, tanto por los socios como por el experto independiente.

La primera hipótesis anunciada no puede considerarse un obstáculo a la aportación realizada. El ejercicio de una empresa lleva siempre consigo la aceptación de un riesgo. Es posible, por tanto, que una empresa que goza de una organización adecuada y de medios y procedimientos óptimos para la producción y comercialización de los bienes o servicios que oferta al público -en otras palabras, que cuenta con un fondo de comercio positivo- se vea en un determinado momento afectada por diversas y variadas circunstancias que hacen que poco a poco, o, en ocasiones, más rápido de lo que se puede prever, esa capacidad de generar beneficios vaya desapareciendo o al menos disminuyendo. Si estas circunstancias se producen antes de que la empresa sea transmitida, la minoración en el valor del fondo de

[47] Se piensa en las alteraciones en las condiciones del mercado por el lanzamiento de un nuevo producto o cualquier otra circunstancia, en la entrada en vigor de nuevas normas que inciden sobre el mercado, bien sean de carácter administrativo, tributario, laboral, etc., en las catástrofes naturales, en la menor capacidad del nuevo empresario para la gestión, dirección y administración de la empresa aportada, etc. Existe un supuesto, que hemos examinado en el capítulo anterior y por tanto a él remitimos, en el cual la no producción de los beneficios esperados deriva del comportamiento del socio aportante: la violación por su parte de la prohibición de competencia en la actividad propia de la empresa aportada.

Universidad de Huelva 2009

comercio es considerada en el momento de valorar la empresa y, por tanto, es el empresario aportante quien sufre en su patrimonio esa disminución. Ahora recibirá por su aportación menos acciones de las que hubiera podido recibir en un momento anterior a la disminución de valor del fondo de comercio. Por el contrario, cuando esas circunstancias que alteran las expectativas de beneficios de una empresa se producen cuando es ya la sociedad su nuevo titular, es precisamente ésta última -la sociedad-, sin que pueda repercutirlo sobre el patrimonio del socio que aportó la empresa, quien sufre la disminución de valor en su patrimonio derivada de la disminución de valor del fondo de comercio[48].

En cambio, en la segunda de las hipótesis anunciadas se ha producido un error en la valoración de la aportación, es decir, la empresa aportada ha sido sobrevalorada, se le ha atribuido un mayor valor en consideración a un fondo de comercio que realmente no existe, o, al menos, no en esa medida. Es conveniente, por tanto, plantearnos si en virtud de la sobrevaloración de la empresa aportada puede exigirse algún tipo de responsabilidad y, en ese caso, quién va a responder por esa sobrevaloración.

Debemos recordar, una vez más, que el artículo 38 de la LSA obliga a que las aportaciones no dinerarias sean objeto de un informe elaborado por un experto independiente nombrado por el Registrador Mercantil, con la finalidad de controlar y verificar el valor

---

[48] El artículo 39.1 de la LSA, que regula la aportación de bienes muebles, inmuebles y derechos asimilados a ellos, remite a las reglas del C. de c. en la cuestión relativa a la transmisión del riesgo. En el capitulo anterior, punto II **GARANTÍAS EN LA TRANSMISIÓN Y ENTREGA DE LOS BIENES APORTADOS. PECULIARIDAD EN EL SANEAMIENTO DE LA EMPRESA APORTADA**, dedicamos un apartado entero a esta cuestión 2º.c **La transmisión del riesgo**, y entendíamos por riesgo la eventualidad a la que se encuentran sometidos los distintos objetos de la aportación de perderse o deteriorarse, por caso fortuito o fuerza mayor. Así mismo decíamos que las consecuencias económicas negativas derivadas de la pérdida o destrucción de los bienes van a recaer sobre el patrimonio del socio hasta el momento de la entrega, o en su caso, hasta la puesta a disposición de los bienes a favor de la sociedad. Podemos pensar que algo parecido es lo que ocurre en el supuesto que estamos analizando. Aún cuando la aportación en este caso consiste en un empresa y ésta no se pierde o deteriora como tal, sí se desvanecen por causas no imputables a ninguna de las dos partes ciertas expectativas de beneficios que pudieron ser determinantes para que el socio y la sociedad acordasen su aportación. Ahora bien, si estas expectativas desaparecen sin que haya habido una conducta negligente por parte del anterior titular, sino que dicha pérdida deriva de circunstancias externas a su voluntad y a sus actuaciones, la sociedad no podrá exigir responsabilidad alguna al socio y deberá soportar, al igual que si se tratase de otro bien, la pérdida económica derivada de la disminución de valor del fondo de comercio, como un riesgo más del ejercicio de su empresa. Por otra parte, no podemos olvidar que el ejercicio de cualquier actividad empresarial lleva consigo siempre la asunción de un riesgo. El empresario debe asumir las eventuales pérdidas y ganancias que puedan producirse en el desarrollo de su actividad.

Universidad de Huelva 2009

fijado por las partes para el bien aportado[49]. El experto, según parece deducirse de la LSA -siguiendo a la Segunda Directiva de la CEE[50]-, no tiene, en principio, que expresar el valor del bien aportado, sino determinar si el atribuido por las partes en la escritura cubre por lo menos el valor nominal, más, en su caso, la prima, correspondiente a las acciones que se suscriben a cambio. No obstante, debemos advertir, que determinadas normas reglamentarias parecen obligar al experto a mencionar el valor exacto del objeto de la aportación. Así es, el artículo 133.2, párrafo 2°, del RRM establece que en la inscripción se hará constar si existen diferencias entre el valor atribuido por el experto a cada uno de los bienes objeto de aportación no dineraria y el que a los mismos se les atribuya en la escritura. El párrafo 3° insiste en la misma idea al afirmar que el Registrador denegará la inscripción cuando el valor escriturado supere el valor atribuido por el experto en más de un 20%. Por tanto, los términos empleados en la redacción de este precepto reglamentario hacen pensar que el experto, en realidad, debe indicar en el informe el valor exacto de cada bien aportado[51]. En cualquier caso, si el experto considera que el valor atribuido a la aportación por las partes es adecuado o, que no siéndolo, el valor escriturado no supera al valor real de la empresa en más de un 20%, el Registrador procederá a la inscripción[52].

---

[49] Los fundadores valoran el bien objeto de aportación en el sentido de que estiman en dinero su valor. El valor que se atribuye en la escritura al bien aportado es fruto del acuerdo de las partes, y no tiene por qué responder a un criterio de valoración determinado. Hay libertad para fijarlo. Lo mismo cabe decir, en caso de aumento de capital, respecto del valor acordado por el aportante con la sociedad (art. 155 LSA). Tienen libertad a la hora de señalar ese valor con la limitación de que sea objetivo, pues de no serlo, podría producir una lesión a los principios de realidad y efectividad del capital social.

[50] Tanto el Anteproyecto de la Segunda Directiva de 1965, como el Proyecto de 1970, y el modificado en 1972 exigían que el informe expresara el valor del bien. Posteriormente, el informe del Comité Económico y Social propondría la actual redacción, en la que no se exige la expresión del valor del bien. No obstante, ésta autoriza a los Estados miembros a endurecer el rigor del procedimiento. De hecho, el legislador italiano, en el artículo 2.346 del *Codice Civile*, exige que el informe exprese el valor atribuido a cada bien aportado; igualmente el artículo 28 del *Código das Sociedades Comerciais* exige que el informe exprese el valor dado a los bienes.

[51] Véase, LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículo 36 a 41 LSA)", cit., págs 93-95; PÉREZ DE LA CRUZ, A., "La fundación cualificada (ventajas de los fundadores y promotores)", cit., pág. 163; MAMBRILLA RIVERA, V., "Fundación con aportaciones *in natura*", cit., págs. 759-760; GOMEZA VILLA, J.I., "Contrapartidas en aumentos o reducciones de capital", cit., pág. 138.

[52] En principio, puede parecer que el artículo 133.2 del RRM atenta contra la letra y el espíritu de la LSA. El artículo 38.2 de la LSA exige la correspondencia entre el valor dado por el experto al bien aportado y el número y valor nominal de las acciones a emitir como contrapartida, más, en su caso, la prima, y no deja lugar para ese margen del 20% que permite el RRM. A tenor de la norma reglamentaria no parece que se requiera, pues, ni una aportación complementaria ni una reducción del número de acciones cuando la diferencia de valor no supera el límite del 20% (en este sentido se manifiestan LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales [Artículos 36 a 41 LSA]", cit., págs. 95-96 y DÍAZ GÓMEZ, Mª.A.,

Universidad de Huelva 2009

Por el contrario, si el experto considera que el valor atribuido por las partes supera el límite del 20% que permite el artículo 133.2 del RRM, la escritura no debería otorgarse, y, si se otorgara, el Registrador denegará la inscripción[53]. En este caso no puede admitirse la aportación al no ser suficiente para integrar el capital. Es decir, el experto valora los bienes que se van a aportar. Si el valor que las partes pretenden atribuir al bien aportado es un 20% superior al determinado por el experto lo razonable es, desde el punto de vista jurídico, o bien que no se haga constar en la escritura el valor originariamente atribuido sino uno inferior, o bien que el aportante aumente o complete su aportación, pues el Notario no autorizará la escritura y advertirá a las partes de la diferencia de valor y de la posible no inscripción. Si, a pesar de esta diferencia de valor, la escritura se otorga, el Registrador denegará la inscripción.

En efecto, falta en la Ley una previsión de las consecuencias de que el informe, que ha de ser previo a la escritura, atribuya al objeto aportado un valor inferior en más del 20% del atribuido por las partes. Ante el silencio de la Ley, únicamente se puede pensar, bien en

---

Las aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima: contenido, valoración y desembolso, cit., pág. 219. En contra, VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. I, vol. 1º, págs. 339-440, que considera necesario que el aportante cubra la diferencia sin que, para excusarse, pueda ampararse en la existencia del informe). Admitir un valor real inferior al escriturado va contra el principio de realidad y efectividad del capital social. Por tanto, a primera vista, pudiera resultar poco defendible la norma del RRM que consiente el indicado margen. Sin embargo, se ha logrado una justificación práctica, comprensible al tratarse de un terreno en el que no se puede pretender que la verdad sea única y exacta. Tengamos en cuenta que el contenido del informe tiene que incluir también la indicación de los criterios de valoración adoptados, criterios que han de ser aptos para servir a los principios de realidad del capital social y de efectividad de las aportaciones que lo integran, en cumplimiento de la función de garantía en tutela de los acreedores sociales, pero que no vienen prefijados por el legislador. Si el legislador no ha proporcionado orientaciones más precisas sobre los criterios a emplear es por la imposibilidad de determinar cuáles pueden ser esos criterios a la vista de la variedad de las posibles aportaciones y no porque haya querido dejar libertad al experto para utilizar cualquiera de los técnicamente posibles. En cualquier caso, el principio de efectividad obliga a utilizar criterios objetivos orientados a determinar el valor real de los bienes, dejando a un lado las circunstancias subjetivas que puedan mover a las partes a fijar un valor distinto para el bien aportado. En virtud de la inexistencia de un criterio predeterminado por el legislador y en la variedad y disparidad de criterios a emplear, siempre que sean totalmente objetivos, debe permitirse el margen del 20% que expresa la norma reglamentaria (LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales [Artículo 36 a 41 LSA]", cit., pág. 96. En la misma dirección, CISNEROS GUILLÉN, L., "Las aportaciones sociales", *Estudios sobre el régimen jurídico de la sociedad anónima*, Madrid, 1991, pág. 35 y DÍAZ GÓMEZ, Mª.A., *Las aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima: contenido, valoración y desembolso*, cit., pág. 220).

[53] Recordemos que el informe del experto se incorporará como anexo a la escritura de constitución de la sociedad o a la de ejecución del aumento del capital social, tal como dispone el artículo 38.3 de la LSA. Igualmente, el precepto citado exige que se deposite una copia autenticada de dicho informe en el Registro Mercantil, al presentar a inscripción la escritura anteriormente otorgada.

Universidad de Huelva 2009

reducir en la escritura el valor originariamente atribuido a la empresa aportada, entregándose pues menos acciones al aportante, bien, que el accionista proceda a aumentar su aportación, esto es, que el socio opte por completar en dinero u otros bienes la diferencia entre el valor que se le atribuyó a la empresa por las partes y el valor real de la misma derivado del informe elaborado por el experto independiente.

Ahora bien, si a pesar de que el informe elaborado por el experto resultase negativo -o cuando éste, siendo positivo, se demostrara después como incorrecto- se procediera a la inscripción de la escritura sería preciso, o bien completar la diferencia de valor en dinero u otros bienes o bien reducir el capital social[54]. Si el socio opta por completar su aportación en dinero, solución que podría verse amparada por la previsión el artículo 134.2 del RRM para el supuesto de que la aportación hubiera devenido imposible[55], y finalmente no paga, continuará vigente la responsabilidad de los fundadores en los términos del artículo 18 de la LSA[56]. Si, por el contrario, se procede a reducir el capital social, al no llevar consigo

---

[54] Así, LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 109.

[55] No creemos que la sociedad esté facultada para exigir al aportante que complete su aportación en dinero. Esta es, más bien, una opción cuya elección le corresponde al socio si pretende mantener la proporción originariamente prevista de participación en el capital social, siempre que la sociedad esté dispuesta a aceptar la diferencia en dinero. En definitiva, ambas partes llegarán, de ordinario, a un acuerdo.

[56] Sin perjuicio de la responsabilidad del experto, el artículo 18 de la LSA especifica varias actuaciones en las que la responsabilidad alcanza solidariamente a los fundadores. En efecto, éstos responden frente a la sociedad, a los propios coaccionistas y a los terceros; y lo hacen de la realidad de las aportaciones sociales, es decir, de que las aportaciones dinerarias han sido efectivamente ingresadas en la caja social o en cuenta bancaria, y de que las aportaciones no dinerarias han sido transmitidas a la sociedad en forma legal (por ejemplo, si la aportación consiste en un inmueble que el mismo conste en la escritura de constitución con el título de transmisión en regla para poder inscribir la propiedad a nombre de la sociedad en el correspondiente Registro de la Propiedad. Si se trata de bienes muebles, que se haya producido la *traditio* y que la sociedad sea la efectiva poseedora de tal bien, etc.). La realidad de las aportaciones no dinerarias implica que los bienes existen y, además que han ingresado efectivamente en el patrimonio social, esto es, cubre la ejecución de la obligación de entrega (QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Responsabilidades derivadas del proceso fundacional", *Derecho de Sociedades Anónimas, I, La Fundación*, Madrid, 1991, págs. 415 y ss. y 424; GALLEGO SÁNCHEZ, E., "Las aportaciones en la sociedad de responsabilidad limitada", cit., pág. 101). La LSA no contiene ninguna norma sobre la prescripción de esta acción de responsabilidad, lo que obliga al intérprete a recurrir a las normas del Código de comercio en materia de prescripción. De sus artículos se debe entender aplicable por razones de analogía el artículo 949. De acuerdo con dicho precepto, el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad contra los fundadores será de cuatro años, que deberán contarse a partir del momento en que cesaren en el papel de fundadores, es decir, desde el momento de la inscripción de la sociedad (GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. I, cit., pág. 267; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., "La responsabilidad de los fundadores [comentario al artículo 18 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas]", *Academia Sevillana del Notariado*, T. VI, 1992, pág. 384; QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Responsabilidades derivadas del proceso fundacional", cit., pág. 434).

Universidad de Huelva 2009

devolución de aportaciones y perseguir la operación anunciada el restablecimiento del equilibrio patrimonial, no nacerá el derecho de oposición de los acreedores.

Así pues, aunque el sistema de control externo se establece primordialmente para dar objetividad a la protección de intereses de terceros -acreedores, futuros socios, etc.-, el experto no es infalible. Por ello queda abierta la posibilidad de reclamar la revisión del informe incluso después de la constitución de la sociedad o de la ampliación de su capital[57]. Así, ante un error en el cálculo del valor real de la empresa aportada ha de admitirse la revisión del informe del experto, de la que se podría derivar igualmente la reducción del capital o la obligación de completar la aportación.

En la aportación de empresa el socio no garantiza o asegura los beneficios esperados, pero sí las condiciones de productividad de la empresa aportada que permiten obtener esos beneficios. Si esas condiciones de productividad no existen realmente la empresa habrá sido sobrevalorada, produciéndose una desviación entre el valor nominal de la cuota atribuida al socio y el valor real de la aportación efectivamente adquirida por la sociedad. En este caso, se puede ejercer la acción de responsabilidad contra los fundadores en el momento de constitución (art. 18), o contra los administradores, en el supuesto de aumento de capital[58].

---

[57] En este sentido se manifiestan LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículo 36 a 41 LSA)", cit., pág. 106; GARCÍA VALDECASAS, J.A., "Aportaciones no dinerarias y adquisiciones onerosas en la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas", cit., págs. 754-755; VENTOSO ESCRIBANO, A., *Constitución de Sociedades Anónimas*, cit., págs. 82-83.

[58] Es conveniente subrayar que la hipótesis ahora contemplada es realmente difícil de imaginar, sobre todo cuando el procedimiento de valoración de las aportaciones *in natura* establecido en el artículo 38 de la LSA ha sido correctamente seguido y el fondo de comercio ha sido valorado por el experto prudentemente a través de criterios y datos objetivos. En efecto, el artículo 18 de la LSA hace responsable a los fundadores de que las aportaciones no dinerarias hayan sido valoradas correctamente. Como ya hemos señalado, el artículo 38 de la LSA contiene un sistema de control externo, informe pericial, para evitar la sobrevaloración de las aportaciones no dinerarias. Si este control protege eficazmente a la sociedad y a sus acreedores, parece que tiene poco sentido que el artículo 18 se refiera a la responsabilidad de los fundadores por la valoración de las aportaciones no dinerarias, o al menos, en pocas ocasiones se pondrá en funcionamiento. La responsabilidad de los fundadores se justifica en este punto cuando no se establece ningún sistema de revisión de los valores atribuidos a las aportaciones y quedan éstos sometidos a la apreciación de los propios fundadores, como ocurre en el artículo 21.1 de la nueva LSRL. Y, en cambio, se entiende que no existirá razón alguna para mantener latente la responsabilidad de los fundadores cuando éstos opten por someter la valoración por ellos atribuida a las aportaciones no dinerarias a verificación y control de un experto independiente, como establece el artículo 21.5 del mismo texto legal (véase, MARTÍN ROMERO, J.C., "Otras consideraciones en torno a la aportación social y sus problemas" [Comentario al art. 21 de la LSRL], cit., págs. 137-157; GALLEGO SÁNCHEZ, E. "Las aportaciones en la Sociedad de Responsabilidad Limitada", cit., págs.

Universidad de Huelva 2009

Pero, a pesar de estos eventuales problemas que pudieran aparecer en la aportación de empresa, especialmente en la determinación del valor de lo que se aporta -que, como hemos tenido ocasión de comprobar, no son distintos de los que pueden ocasionar otras aportaciones no dinerarias-, es la misma LSA quien reconoce la posibilidad de aportar la empresa como objeto unitario.

En efecto, en repetidas ocasiones hemos señalado como argumento a favor de admitir la aportación del fondo de comercio, siempre que forme parte de la entidad productiva, la regulación expresa en el artículo 39.3 de la LSA de la aportación de la empresa como conjunto unitario (cuanto menos a efectos de la obligación de saneamiento), y su confirmación por el artículo 133.1 del RRM, que se refiere a la valoración del conjunto de la misma.

De no tener en consideración el valor del fondo de comercio en la valoración de la empresa aportada, la entidad productiva resultaría infravalorada, y aunque ello no afectaría al capital social, si perjudicaría al patrimonio del aportante, por lo que normalmente no

---

101-109; SÁNCHEZ MIGUEL, M.C., "Las aportaciones en la SRL, en particular las no dinerarias. Realidad y valoración", cit., págs. 359-360). En definitiva, el margen que queda en las sociedades anónimas para la responsabilidad de los fundadores en relación con la valoración de las aportaciones no dinerarias es ciertamente escaso, aunque no está excluida, en la medida en que la ley les hace responsables de ello, sin perjuicio de que puedan compartirla, o repartirla, con los propios expertos si el perjuicio deriva de una valoración inadecuada por parte de estos, sea consciente, sea por negligencia en la fijación de los criterios de valoración o de la contrapartida en acciones (JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., "La responsabilidad de los fundadores [comentario al artículo 18 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas]", cit., págs. 375-377; QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Responsabilidades derivadas del proceso fundacional", cit., págs. 426-427). La responsabilidad de los fundadores por la realidad y valoración de las aportaciones se explica por la necesidad de que exista una verdadera correspondencia entre capital y patrimonio, de modo que cuando falte éste en razón de la irrealidad o sobrevaloración nace sin solución de continuidad la responsabilidad de los fundadores. Podemos deducir, por tanto, que el socio demandado está obligado exclusivamente a realizar las prestaciones necesarias para lograr el equilibrio: aportar el valor de la no realizada o la diferencia entre la contenida en la escritura social y el valor real de la misma. Titulares de la acción de responsabilidad, según el artículo 18 de la LSA, son la sociedad, los coaccionistas y los terceros, quedando incluidos entre dichos terceros los acreedores sociales. La razón es que todos ellos están interesados en que la valoración de estas aportaciones sea prudente y no exagerada. Si la sobrevaloración afecta al patrimonio social, la acción de responsabilidad busca su reintegración y, obtenida ésta, el interés de la sociedad titular de ese patrimonio, de los socios y de los terceros, queda satisfecho. El artículo 18 hace responsables solidarios de la valoración de las aportaciones no dinerarias a los fundadores, a todos ellos, y no sólo al aportante. Esto significa que los titulares de la acción de responsabilidad pueden dirigirse contra cualquiera de los fundadores, a su elección, o contra todos ellos simultáneamente, reclamando del demandado, o demandados, la totalidad del daño sufrido. La responsabilidad de los fundadores por la valoración de las aportaciones no dinerarias se limita en la Ley al supuesto de constitución de la sociedad, ya que en la hipótesis de aumento del capital social los responsables serán, en su caso, los administradores (véase, el artículo 155 de la LSA en relación con los artículos 133 y siguientes del mismo texto legal).

Universidad de Huelva 2009

consentiría la operación, salvo que el fondo de comercio fuera ficticio o inexistente.

Si no se admite la consideración del fondo de comercio en la valoración de la empresa será necesario buscar, como anunciábamos en otro momento, vías alternativas para que el socio consienta su aportación. Así, para conceder al aportante una participación adecuada, y lograr de esta forma que efectúe la aportación de su empresa, será preciso -como dice LOJENDIO OSBORNE[59]- un pacto con los demás socios, en virtud del cual ellos completen la diferencia entre el valor asignado y el valor global de la misma, con el fin de conseguir, de una manera u otra, que el aportante reciba las acciones que corresponden al valor real de la empresa.

Otra posibilidad, ya anunciada, para que el socio reciba las acciones que se corresponden con el valor real de la empresa que aporta consistiría en sobrevalorar cada uno de los bienes que la componen. Sin embargo, esta sobrevaloración de los demás elementos que pertenecen a la entidad productiva, en compensación por la no consideración del valor que representa el fondo de comercio, podría llegar a traducirse en una eventual lesión para la realidad y efectividad del capital social. Por otro lado, el experto tendrá que controlar el valor atribuido a dichos bienes. Y, además, aún cuando esa sobrevaloración no sobrepasara el límite reglamentario del 20% y, consecuentemente, permitiera la inscripción de la constitución, o, en su caso, del aumento de capital, sólo se cubriría el valor del fondo de comercio si éste no fuera superior al 20% de exceso de valoración de los demás bienes[60]. Finalmente, debemos señalar que no consideramos adecuado sobrevalorar los bienes individualizados de la empresa[61], pues a la entidad productiva, como tal, ha de atribuirsele

---

[59] "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 150.

[60] Es necesario aclarar que estas son soluciones "económicas" para propiciar y hacer conveniente la operación para el socio aportante, pero no son soluciones o remedios impuesto legalmente.

[61] Esta última vía propuesta presenta, además, el inconveniente de que nacería la responsabilidad de los socios fundadores en virtud del artículo 18 LSA -en la constitución de la sociedad por sobrevalorar los bienes o elementos que constituyen la empresa- o de los administradores -en el aumento de capital-. Por otra parte, cuando la sobrevaloración supere el 20% de la diferencia que permite el reglamento no se lograría la inscripción.

Universidad de Huelva 2009

un valor de conjunto.

En consecuencia, no parece posible que el valor de la empresa se reconduzca a la suma del valor de cada uno de los elementos patrimoniales de acuerdo con un método de valoración analítico[62]. La valoración correcta de la empresa como objeto de aportación, de acuerdo con las normas de la LSA y del RRM, debe tener en consideración el valor que el fondo de comercio representa[63]. Una valoración prudente de la empresa que se aporta, en el sentido que venimos anunciando, no puede causar lesión alguna a los principios de realidad y efectividad del capital social, siempre que el fondo de comercio exista realmente.

Pero además, debe tomarse en consideración el fondo de comercio de la empresa que se aporta aunque no esté inscrito en el activo del balance del empresario transmitente[64], cosa que sucederá siempre que el fondo se haya generado en la propia empresa, siempre que no haya sido adquirido a título oneroso y siempre que, habiendo sido adquirido a título oneroso, se haya amortizado por completo. Un fondo de comercio que ha ido naciendo y

---

[62] LOJENDIO OSBORNE, I., ("Aportaciones sociales [Artículos 36 a 41 LSA]", cit., págs. 149-150) y CÁMARA ÁLVAREZ, M., (*Estudios de Derecho Mercantil,* T. II, cit., págs. 424-425), afirman que nada obliga a sostener, al menos en Derecho español, que la aportación de una empresa deba hacerse por el importe que represente la suma de los valores de sus elementos patrimoniales activos, aisladamente considerados, prescindiendo del mayor valor que legítimamente pueda atribuírsele en tanto constituye una organización productiva.

[63] Así, LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., págs. 149-153; MAMBRILLA RIVERA, V., "Fundación con aportaciones *in natura*", cit., pág. 751; GARRIDO DE PALMA-SÁNCHEZ GONZÁLEZ, "La sociedad anónima en sus principios configuradores", cit., pág. 27; EGEA IBÁÑEZ, R., "Aportaciones no dinerarias a la sociedad anónima", cit., pág. 110; PAZ-ARES, C., "Sobre la infracapitalización de las sociedades", cit., pág. 1611; QUINTANA CARLO, I., "El capital social", cit., págs. 115-116; DÍAZ GÓMEZ, Mª.A., *Las aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima: contenido, valoración y desembolso*, cit., pág. 123; COLOMBO, G.E, *Il bilancio d'esercizio. Strutture e valutazioni*, cit., págs. 188-190; PISANI MASSAMORMILE, A., *Conferimenti in S.P.A. e formazione del capitale*, cit., págs. 249-252; FRE, "Società per azioni", cit., págs. 134-136; POLI, R., "I conferimenti di aziende", cit., págs. 428-429; DE GREGORIO, A., "La valutazione dell'avviamento nel bilancio delle imprese sociali", cit., pág. 245.

[64] El hecho de que el fondo de comercio no aparezca en el balance del empresario transmitente no puede convertirse en un obstáculo para la consideración de su valor a la hora de determinar el valor global de la entidad, si el fondo de comercio existe realmente. Si, por el contrario, el fondo de comercio figura en el balance del empresario transmitente porque lo adquirió a título oneroso, no necesariamente el valor que a éste se la atribuya, a los efectos de determinar el valor global de la empresa para su transmisión tiene que ser el que aparece en el activo del balance. Es posible que su valor real haya aumentado o disminuido con el paso del tiempo, y consecuentemente, ese aumento o disminución de valor del fondo de comercio será tenido en cuenta en el momento de la valoración de la empresa. Por último, es probable que haya sido amortizado, al menos en parte, lo que no significa que haya perdido su valor. En cualquier caso, el valor que deberá ser tenido en cuenta será su valor real, con independencia del valor contabilizado.

Universidad de Huelva 2009

desarrollándose a la misma vez que la empresa va constituyéndose o funcionando, representa también un "plus" que contribuye a aumentar el valor total de la empresa cuando ésta vaya a ser valorada como objeto de aportación. Por ello, el fondo de comercio de la empresa que se aporta deberá figurar y ser inscrito en el activo del balance de la sociedad adquirente.

En definitiva, para valorar una empresa, a efectos de su aportación, es conveniente tener en cuenta las expectativas de beneficios futuros en función de los factores económicos actuales, que en realidad son las que generan y dan vida al fondo de comercio. Si esas expectativas son óptimas o, cuanto menos, positivas, el fondo de comercio representará un mayor valor para la empresa aportada; mientras que si las expectativas de beneficios son pésimas el fondo de comercio representará un *minus* valor para la entidad productiva. En ambos casos, el valor del fondo de comercio debe ser computado en el activo que concurre a formar el valor de la aportación.

Una vez puesta de manifiesto la conveniencia de considerar el fondo de comercio a los efectos de valorar la empresa aportada, es necesario analizar si esa plusvalía cumple los requisitos exigidos para que un elemento sea aportable a una sociedad anónima e imputable al capital social. Consecuentemente es preciso examinar, en primer lugar, la posibilidad de atribuir al fondo de comercio un valor autónomo y objetivo y de que ese valor sea inscrito en el balance de la sociedad adquirente; en segundo término, la posibilidad de recuperar su valor, en todo o en parte, atendiendo a diversas circunstancias, en el momento en que la satisfacción de los créditos de la sociedad lo requiera o, al menos, cuando la empresa a la que pertenece el fondo de comercio sea, de nuevo, transmitida a un tercero. Por otro lado, como hemos tenido ocasión de comprobar, el fondo de comercio puede ser transmitido a la sociedad junto al resto de elementos que constituyen la entidad productiva, integrando de forma efectiva el capital social.

Universidad de Huelva 2009

3°. Susceptibilidad de valoración económica e inscripción en el balance de la sociedad.

3°.a. Valoración del fondo de comercio: criterios.

Por un lado, debemos ser totalmente conscientes de que al calificar el fondo de comercio como una cualidad de la empresa -diferente, por tanto, de los bienes inmateriales que forman parte de la entidad productiva, susceptibles, en su mayoría, de valoración y negociación de forma independiente-, no puede ser objeto de valoración autónoma y desconectada de la entidad a la que pertenece. Es decir, si el fondo de comercio se traduce en la aptitud de la empresa para generar beneficios, a esta cualidad no se le puede atribuir, por ejemplo, el valor de mercado, como si de un bien se tratara. Ciertamente, el fondo de comercio representa un mayor valor para la empresa, esto es, da lugar a que el valor de la entidad productiva aumente en virtud precisamente de que goza de capacidad para obtener beneficios, pero para determinar en cuanto aumenta, en concreto, el valor de la empresa en su conjunto es necesario considerar a la empresa como tal, como entidad unitaria en producción. Lo que queremos decir es que el valor del fondo de comercio no puede calcularse aisladamente de la empresa a la que pertenece, sino que será necesario considerar a la empresa en su conjunto para poder determinar el valor que el fondo de comercio representa para la entidad[65].

---

[65] Si consideramos que el fondo de comercio expresa las expectativas de beneficios futuros de la empresa en función de los factores económicos actuales, que tienen su origen en una multiplicidad de condiciones internas u externas de la misma, es fácil entender que éste no puede ser objeto de valoración independiente. Por el contrario, entre los factores de la empresa que generan en cierta medida esas expectativas, existen algunos que sí se pueden enajenar y considerar independientemente de la empresa y, por tanto, pueden ser objeto de autónoma valoración.

Si, por ejemplo, una empresa goza de una ubicación particularmente ventajosa en virtud de un contrato de arrendamiento sobre el local de negocio (cuya duración está asegurada por mucho tiempo), no existe duda que entre los factores o elementos patrimoniales que contribuyen a generar estas expectativas de beneficios debe ser tenida en cuenta también esa ventajosa ubicación del local donde se desarrolla la actividad empresarial, pero es que éste, a su vez, puede ser autónomamente transmitido por un precio determinado.

Sin embargo, cuando este mismo razonamiento pasa de los elementos que justifican el mayor valor que expresa el fondo de comercio al fondo de comercio en sí, las cosas cambian. El fondo de comercio entendido como expectativas de beneficios futuros no es un bien ni un servicio a disposición de la empresa, que pueda cederse, considerarse o valorarse, independientemente de la entidad productiva.

Universidad de Huelva 2009

Por otro lado, es conveniente tener en cuenta que la valoración del fondo de comercio únicamente será oportuna cuando se proceda a transmitir la empresa a título oneroso. Es, precisamente, en el momento de la transmisión cuando se tratará de calcular cuanto vale realmente ese "plus" que el fondo de comercio representa. Entonces, se procederá a determinar el valor de la empresa en su conjunto y, en ese instante, debe ser considerado el mayor valor que el fondo de comercio representa para la entidad productiva; en suma, a través de criterios objetivos, deberá determinarse cuanto de ese valor total corresponde al fondo de comercio como tal.

Ahora bien, el fondo de comercio de la empresa que se aporta debe ser valorado a través de criterios objetivos, para poder constituirse en objeto de aportación a la sociedad anónima[66]. Aún cuando pueden surgir ciertas dificultades en el momento de su valoración no imposibilitan que ésta se lleve a cabo[67]. En efecto, es conveniente no olvidar el mayor valor que el fondo de comercio representa para la empresa. De esta manera, cuando la entidad productiva sea objeto de aportación a la sociedad anónima, el experto independiente deberá controlar, además del valor de los bienes que la integran, su aptitud para generar beneficios futuros y si, de tal investigación, surge un valor positivo (*goodwill*), también el experto tendrá que tenerlo presente en el momento de determinar el valor de la aportación.

El valor del fondo de comercio vendrá determinado necesariamente en íntima relación con la empresa a la que pertenece. Aún cuando en la aportación a la sociedad el valor de la empresa aportada viene fijado por vía contractual, es necesario controlar que el valor convenido corresponda al valor real. Son múltiples los métodos para atribuir un valor concreto y objetivo al fondo de comercio.

---

[66] LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 de LSA)", cit., págs. 148-150; GALGANO, G., *Diritto Privatto*, cit., pág. 470; FRE, G., "Società per azioni", cit., pág. 701.

[67] El artículo 133 RRM sólo exige la descripción individualizada de los bienes y derechos registrables, y añade que los restantes bienes podrán relacionarse en inventario, que se incorporará a la escritura. Es conveniente que la valoración expresa del fondo conste en el inventario que se incorpora a la escritura. En cualquier caso, el valor del fondo de comercio quedará reflejado en el balance de la sociedad adquirente y corresponderá a la diferencia entre el valor total de la empresa aportada y la suma del valor de los demás elementos.

Universidad de Huelva 2009

En primer lugar, el valor del fondo de comercio puede fijarse a través de métodos indirectos. Es decir, conocido el valor de la empresa[68], se determina el que corresponde al fondo de comercio en virtud de la diferencia entre el valor global del complejo productivo, entendido como una entidad económica en funcionamiento, y la suma algebraica de los valores corrientes de los elementos activos y pasivos que la componen[69]. De hecho, este método de valoración del fondo de comercio parece ser el propuesto por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, en la Resolución de 21 de enero de 1992, por la que se establecen criterios para la valoración del inmovilizado inmaterial[70]. La Resolución, en

---

[68] Como ya hemos apuntado, los procedimientos de valoración de las empresas suelen agruparse en dos grandes grupos: cabe hablar de procedimientos analíticos, que persiguen la valoración total a través de la suma de los valores particulares de los elementos integrantes de la empresa; y de procedimientos sintéticos que buscan un valor global o de conjunto, en el que se subsumen los valores singulares, generalmente en presencia de un coeficiente de rentabilidad media. La elección de uno u otro vendrá determinada por la finalidad perseguida en cada caso. Así, para el supuesto de transmisión de empresa a título oneroso, la valoración de la misma debe comprender, no sólo aquellos elementos que lucen en sus balances (máquinas, edificios, materias primas, créditos y otros análogos) sino los que no siendo objeto por su naturaleza de estimación contable, no por ello son de menor trascendencia para establecer el valor real de la empresa -organización, clientela, crédito...-, todos aquellos elementos que generan el fondo de comercio, que, sumados al activo neto del balance, completa el valor real de la empresa en un momento dado, por lo que no parece conveniente emplear en estos casos un procedimiento de valoración meramente analítico. No han sido los juristas sino los peritos contables quienes, ante la necesidad inexcusable de practicar las valoraciones que se les encomiendan, se han visto obligados a discurrir las fórmulas de valoración de las empresas. Generalmente se han orientado en el sentido de tomar como base de estimación global los beneficios de las empresas y llegan así a establecer el valor de conjunto de la misma.

[69] PÉREZ GOROSTEGUI, E.-RODRIGO MOYA, B., ("La valoración de las empresas", cit., pág. 294), denominan este método como "método de la diferencia respecto al valor total" y estiman el valor del fondo de comercio como la diferencia entre el valor de la empresa en funcionamiento y lo que vale su parte tangible.

[70] Las normas de valoración que incorpora el Plan General de Contabilidad se conciben como desarrollo de los principios contables, respetando, por tanto, un marco conceptual global y coherente; constituyen una normativa de obligado cumplimiento. No obstante, es importante señalar que las normas del Plan no pretenden ser exhaustivas. De hecho, precisan ser completadas con las actuaciones que otros organismos profesionales han llevado o puedan llevar a cabo. Estos desarrollos están explícitamente admitidos, con determinadas condiciones, por el propio Plan cuando contempla la posibilidad de que puedan aplicarse otros principios contables de carácter facultativo, así como normas de valoración con ese mismo carácter de facultativas. Podrán aplicarse facultativamente otros principios contables -señala el Plan en su primera parte- cuando reúnan todas y cada una de las condiciones que se establecen a continuación: a) no ser contrarios a los obligatorios del plan, ni a ninguna otra norma legal; b) haber sido emitidos por organizaciones nacionales o internacionales solventes; c) haber sido aceptados con generalidad por los profesionales nacionales mediante declaraciones expresas de las organizaciones en que aquéllos estén encuadrados; d) tener por objeto la mejor consecución de la imagen fiel. Cuando alguno de estos principios sean establecidos u homologados por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas se publicarán en su Boletín y serán de obligatoria aplicación en los términos señalados en la correspondiente Resolución. Por su parte, la Disposición Final quinta del Plan General de Contabilidad establece que "*el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas podrá aprobar, mediante Resolución, normas de obligado cumplimiento que desarrollen el Plan General de Contabilidad y sus adaptaciones sectoriales en relación con las normas de valoración y las normas de elaboración de las cuentas anuales*". En cumplimiento de esta disposición, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas ha aprobado una serie de resoluciones que desarrollan, fundamentalmente, la Quinta parte del Plan, relativa a las normas de valoración, entre las que se encuentra la de 21 de enero de 1992, a la que hacemos referencia.

Universidad de Huelva 2009

el párrafo 3° de su norma 5ª, se expresa en los siguientes términos: "*La valoración del fondo de comercio vendrá determinada por la diferencia entre el importe satisfecho en la adquisición de una Empresa, o parte de la misma, y la suma de los valores identificables de los activos individuales adquiridos menos los pasivos asumidos en la adquisición*"[71].

No obstante, las normas de esta Resolución, al igual que el resto de las contenidas en las diferentes resoluciones dictadas por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas en cumplimiento de la Disposición Final quinta del Plan General de Contabilidad, no pueden tener el carácter de normas jurídicas, pues vulnerarían el artículo 97 de la Constitución, que dispone que "*el Gobierno ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes*", tal como ha sido puesto de manifiesto por el TSJ de Madrid, en Sentencia de 19 de enero de 1994[72]. Con independencia de su eficacia limitada, pues las normas que el ICAC elabora en desarrollo del Plan General de Contabilidad no pueden ser de aplicación obligatoria para las empresas, esta resolución establecen criterios que pueden orientar la práctica contable, dado el reconocido prestigio que tiene dicha institución, y el

---

[71] Continúa la norma determinando que "*el valor de mercado de los activos, de acuerdo con las normas de valoración del Plan General de Contabilidad, será el límite máximo a considerar para su valoración. Los pasivos se valorarán a su valor actual, sin perjuicio de contabilizar el valor de reembolso, teniendo en cuenta el tipo de interés de mercado*".

[72] La citada Sentencia declara nula la Resolución del ICAC de 21 de enero de 1992, sobre las normas de valoración del inmovilizado inmaterial, con los siguientes argumentos: <<*No se trata del desarrollo reglamentario de una ley, ni como reglamento se puede calificar las normas elaboradas y aprobadas "por resolución" del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. Se trata de disposiciones administrativas no reglamentarias que, como ya se ha señalado, adoptaron la forma de "resolución" por así ordenarlo la disposición final quinta del Real Decreto 1643/1990 ("PGC"). Pero estas disposiciones administrativas sólo despliegan o deben desplegar una eficacia en lo puramente interno, en el ámbito del órgano de que emana; pues como se desprende del artículo 97 de la Constitución Española, sólo el Gobierno y sus miembros pueden dictar disposiciones obligatorias para los particulares, estando vedada a un órgano meramente administrativo tal facultad de eficacia externa de sus disposiciones*>>, y añade que <<*la disposición final quinta del Real Decreto 1643/1990 no respeta el principio de jerarquía al permitir que el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, en lugar de componer la elaboración de unos criterios que desarrollen el Plan General de Contabilidad, dicte normas de obligado cumplimiento para todas las empresas (personas físicas o jurídicas) afectadas por el Plan General de Contabilidad. El ropaje de estas normas no es apropiado, dado la eficacia externa que con ellas se pretende. Con ello, también se vulnera el procedimiento ad hoc establecido en los artículos 129 a 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo, sobre elaboración de disposiciones de carácter general*>>. Como conclusión, el Tribunal establece lo siguiente: <<*Así las cosas, procede declarar la nulidad de la resolución impugnada, al amparo de lo preceptuado en el artículo 47.1 a) y c) de la Ley de Procedimiento Administrativo*>>. No obstante, a pesar de que la Resolución comentada haya sido declarada nula -realmente las resoluciones del ICAC no pueden tener el carácter de normas de obligado cumplimiento para los particulares-, es conveniente subrayar la validez de los criterios que enuncia en cuanto criterios orientadores, esto es, que no obligan a los empresarios. De ahí, que se continúe haciendo alusión a la Resolución.

Universidad de Huelva 2009

compromiso asumido en el liderazgo contable de nuestro país[73].

En segundo lugar, el valor del fondo de comercio puede ser determinado, a través de métodos directos, obteniendo su valor en función de los réditos obtenidos por la empresa. Se dice entonces que el valor del fondo de comercio se determina capitalizando los beneficios de la empresa[74]. Por ejemplo, el valor del fondo de comercio se podrá determinar a través de la diferencia entre el beneficio medio de la empresa en un período de tiempo determinado y la suma de los beneficios obtenibles de los elementos singulares de la empresa, aisladamente considerados[75]. Igualmente, puede determinarse el valor del fondo de comercio a través del denominado "método de los superrendimientos". En este caso, el valor del fondo de comercio resultará del valor actual de la diferencia entre los beneficios generados por la empresa en cuestión y los que pueden calificarse de *normales*. Bajo esta consideración, el fondo de comercio se manifiesta en unos rendimientos extraordinarios cuya actualización determina el valor del fondo[76].

---

[73] El ICAC fue creado a través de la Disposición Adicional segunda de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas. Por su parte, el RD 302/1989, de 17 de marzo, aprueba el Estatuto y estructura orgánica del ICAC, describiendo el artículo 2 las funciones que le son encomendadas, entre las que destaca la recogida en el apartado b), que es la del "*establecimiento de los criterios de desarrollo de aquellos puntos del Plan General de Contabilidad y de las adaptaciones sectoriales del mismo que se estimen convenientes para la correcta aplicación de dichas normas*". Para completar este régimen jurídico, hay que tener en cuenta las Disposiciones Finales primera, cuarta y quinta del RD 1643/1900, de 20 de diciembre, que aprueba el Plan General de Contabilidad.

[74] BERNSTEIN, L., (*Análisis de estados financieros. Teoría, aplicación e interpretación*, T. II, Barcelona, 1993, pág. 777), considera que, excepto en casos muy concretos, la capacidad de generación de beneficios se reconoce universalmente como el factor aislado más importante en la valoración de una empresa. Y afirma el autor que la mayor parte de los planteamientos de valoración entrañan, de una u otra forma, la capitalización de la capacidad de generación de beneficios por un factor o multiplicador que tiene en cuenta el coste de capital y los futuros riesgos y compensaciones previstos.

[75] POLO DIEZ-GAY DE MONTELLÁ-MASSÓ Y ESCOFET, ("Valoración del fondo de comercio", *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 1°, 1959, págs. 213-214), consideran que para determinar el valor comercial de la empresa (en definitiva el valor del fondo de comercio), se parte del promedio de beneficios obtenidos en los últimos años. Se observará si sus beneficios se producen cada año en progresión ascendente o descendente, situaciones radicalmente distintas para el interés del posible adquirente, por lo que hace necesario que al fijar los promedios se rectifique, en cada caso, su resultado mediante la aplicación de los oportunos coeficientes. Se separa del promedio de beneficios la parte de los mismos representativa del interés corriente del dinero en el mercado sobre el capital invertido según balance. Si la cifra del promedio de beneficio obtenido es superior a la del interés, la diferencia se considera que es la expresión del valor del fondo de comercio. Si fuera igual o inferior, el fondo de comercio sería nulo.

[76] Para la comprobación de cómo se obtiene a través de este método el valor del fondo de comercio, véase, PÉREZ GOROSTEGUI, E.-RODRIGO MOYA, B., "La valoración de las empresas", cit., págs. 301-303; VÁZQUEZ GARCÍA, R.J., "Valoración de empresas: especial referencia al inmovilizado inmaterial", cit., págs. 174-175; POLI, R., "I conferimenti

Universidad de Huelva 2009

El valor que expresa el fondo de comercio se determina, en ambos casos, a través de un procedimiento de abstracción que separa el valor de la entidad productiva del valor de sus elementos. La capacidad de la empresa de obtener una rentabilidad distinta y superior respecto a aquélla de sus singulares elementos, aisladamente considerados, y su capacidad de obtener un plusvalor es característica particular de la empresa y justifica el concepto de fondo de comercio así como la exigencia de su determinación cuantitativa.

Un tercer criterio de valoración del fondo de comercio, dejado entrever por algunos autores[77], es aquél que tiene en cuenta el coste de reproducción de la empresa *avviata*. Este procedimiento de valoración se basa en el coste de trabajo necesario para reunir y organizar en una nueva empresa los elementos necesarios para el ejercicio de la misma actividad empresarial. Siguiendo esta orientación, se determina el valor de cambio de una empresa que correspondería al coste necesario para adquirir la disponibilidad de los mismos factores de aquélla y proceder a su coordinación funcional en vista del ejercicio de la actividad empresarial y de la producción de un beneficio análogo. Indirectamente partiendo del valor global de la empresa, se determina el valor del fondo de comercio que correspondería, en este caso, a la diferencia entre el valor real de la empresa y el valor invertido en ella.

Otro posible método para individualizar el valor del fondo de comercio consistiría en utilizar, en primer lugar, un procedimiento de valoración de los que hemos denominado analítico para determinar el valor de la empresa. En este caso, el valor de la entidad productiva resultará de la diferencia entre el activo y el pasivo de sus elementos. El resultado se presumirá, normalmente, en una empresa en funcionamiento con resultados económicos positivos, el límite mínimo del valor del capital empresarial (entendiendo por capital empresarial el valor de la empresa). A la vez, y en segundo lugar, deberíamos valorar la misma empresa a través de un método de los denominados sintéticos, consistente en la

---

di aziende", cit., pág. 420.

[77] FERRARI, G., "Appunti critici sul problema della determinazione dell'avviamento aziendale", cit., pág. 242; AULETTA-SALANITRO, *Diritto Commerciale*, cit., pág. 45.

Universidad de Huelva 2009

capitalización, a un interés oportuno, de los beneficios que la empresa podrá presumiblemente obtener en el futuro. El resultado obtenido se presumirá, en este caso, el límite máximo del valor atribuible al capital empresarial. Pues bien, el valor de la diferencia entre ambos resultados obtenidos a través de los diferentes métodos de valoración, debería corresponder al valor del fondo de comercio[78].

El criterio más adecuado para la determinación del valor del fondo de comercio debe buscarse en la combinación de las fórmulas alternativas propuestas en líneas anteriores de tal manera que los inconvenientes de cada una de ellas sean salvados a través de las ventajas que las demás ofrecen[79].

Ahora bien, no podemos olvidar que ni la LSA ni el RRM imponen al experto independiente la utilización de un criterio de valoración específico para los bienes *in natura* que se aportan a la sociedad. El silencio del legislador sobre este aspecto puede equipararse, por tanto, a una delegación en blanco en favor de los principios técnicos que cada experto considere oportuno emplear para la valoración del bien en cuestión. Lo que si puede deducirse de la Ley es que el valor atribuido a las aportaciones no dinerarias ha de ser un valor general, es decir, objetivo, que no esté influenciado por los intereses subjetivos de cada una de las partes y que sea un valor demostrable, en tanto que será verificado y controlado por el experto independiente, en virtud de un criterio de valoración por él elegido que tendrá que presentar un grado de objetividad aceptable.

No obstante, aunque consideremos que el mayor valor que representa el fondo de

---

[78] En este sentido se han manifestado POLI, R., "I conferimenti di aziende", cit., págs. 416-418 y POZZA, L., "La valutazione delle aziende ai sensi degli articoli 2343 (stima dei conferimenti in natura e di crediti) e 2343-bis C.C (acquisto della società da promotori, fondatori, soci e amministratori): alcune considerazioni di principio e di metodo", *Rivista dei Dottori Commercialisti* nº 4, 1995, págs. 707-708.

[79] FERRARI, G., ("Appunti critici sul problema della determinazione dell'avviamento aziendale", cit., pág. 2459), considera que el criterio más adecuado para la determinación del valor del *avviamento* sería el fijado en la menor suma entre el costo de reproducción de la azienda *avviata* y el plusvalor de la empresa, determinado este último en función de la capacidad de rédito según la fórmula tradicional de la capitalización del (puro) beneficio, con todos los correctivos elaborados por los economistas para este propósito.

Universidad de Huelva 2009

comercio es aportable junto con los elementos que componen la empresa y, en consecuencia, imputable al capital social, se han de establecer especiales cautelas al efecto de que dicha partida del activo sea valorada de manera prudente. De todos es sabido que uno de los causantes del *crack* bursátil de 1929 fue la sobrevaloración de muchas empresas cotizadas como consecuencia de que el valor asignado al fondo de comercio en los balances de estas sociedades era irreal[80].

Por otra parte, a la hora de valorar el fondo de comercio habrá de tenerse presente el valor real que éste representa para la empresa. Así, como ya hemos señalado, el fondo de comercio puede estar reflejado en las cuentas del empresario transmitente siempre que se haya adquirido a título oneroso; pero el valor contabilizado no equivale a valor real ya que el primero puede ser menor que el valor actual, en tanto que dicha partida del balance está sometida a una amortización sistemática, aparte de su posible revalorización como consecuencia del fortalecimiento de la organización empresarial y del incremento de las expectativas de los beneficios.

3°.b. La representación contable del fondo de comercio.

Otra cuestión interesante, necesariamente objeto de nuestra atención, es la que hace

---

[80] Así es; resueltos los problemas monetarios de los primeros años veinte, la economía del mundo capitalista conoció una nueva etapa de crecimiento sostenido, hasta 1929. Hasta tal punto fue percibida la prosperidad económica de ese corto período que, sobre todo tras la crisis de 1929, se le bautizó con el nombre de la *prosperity*, en Estados Unidos, y felices años veinte, en Europa. Fue éste un período en el que se vivió un clima de euforia y de confianza en el sistema de vida capitalista. Se produjo, en este momento, una oleada especulativa excepcional, de forma especial desde 1926. El sistema económico, especialmente en Estados Unidos, estuvo generando a lo largo de los años veinte una gran cantidad de rentas, sobre todo en forma de beneficios empresariales, que fueron desviándose al mercado bursátil. Esta euforia generalizada hacía que las transmisiones de las empresas se efectuasen por un precio muy superior a lo que realmente valían, atribuyéndose dicho mayor valor precisamente al fondo de comercio. Las manifestaciones de la crisis comenzaron a manifestarse antes de 1929. Como consecuencia tanto de las pérdidas que empezaron a mostrar muchas de las compañías que cotizaban en Bolsa como por el miedo ante la continuación de la depresión (confirmada por los débiles precios de las cosechas agrícolas en el otoño de 1929), la Bolsa de Nueva York, que se había convertido en el foco principal de la especulación comenzó a bajar. Y una vez en marcha el proceso de la baja, los que esperaban tan sólo las ganancias especulativas empezaron a vender rápidamente sus títulos, precipitando aún más la caída. El crack de la Bolsa de Nueva York, iniciado el 24 de octubre de 1929 (el "jueves negro") y confirmado, tras los más o menos decididos intentos de sostenimiento, el 29 del mismo mes (el "martes negro"), es un fenómeno, en sí mismo, que ha dado lugar a trabajos específicos y que no es nuestra finalidad exponer, por ello remitimos a las obras de: GALBRAITH, J.K., *El crac del 29*, 3ª ed. en castellano, Barcelona, 1983, ; MORILLA CRITZ, J., *La crisis económica de 1929*, 2ª ed., Madrid, 1988.

Universidad de Huelva 2009

referencia a la representación o inscripción del valor del fondo de comercio en el balance de la sociedad adquirente.

Pensemos que en el balance de un empresario se inscriben los diversos elementos patrimoniales que integran su empresa, específicamente individualizados y valorados de acuerdo con las normas y principios contables -sobre todo atendiendo al Plan General de Contabilidad de 1990-. Pero no siempre podrá inscribirse ese mayor valor que adquiere la empresa como resultado de la óptima organización y disposición de los elementos que la constituyen, y que viene a representar lo que hemos denominado el fondo de comercio de la entidad productiva.

Una vez más, partimos de la consideración del fondo de comercio como un mayor valor que adquiere la empresa como conjunto unitario, que expresa su aptitud o capacidad para obtener beneficios futuros, pero que no se corresponde en ningún momento con un bien de su patrimonio, por lo que su representación en la contabilidad empresarial no es posible en todos los casos. Al contrario, si se permite la inscripción en el balance del valor del fondo de comercio sin las oportunas cautelas, puede hacernos llegar a la errónea convicción de que el fondo de comercio es un elemento de la empresa que tiene un valor y una entidad propia.

En principio, podría erróneamente entenderse que la inscripción del fondo de comercio en el balance de la empresa estaría en contradicción con el fin propio asignado a la escritura contable, así como a los principios básicos de la contabilidad[81]. Pensemos que

---

[81] Podemos citar, entre ellos, el principio de claridad, expresado en la exigencia general de "una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de la empresa, que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones..." (art. 25.1 C. de c.) y en la exigencia de que "todos los libros y documentos contables deben se llevados... con claridad, por orden de fechas..." (art. 29 C. de c.); y de que las cuentas anuales "deben redactarse con claridad..." (art. 34.2 C. de c.).

El principio de imagen fiel, que aparece formulado para las cuentas anuales, aunque se proyecta indirectamente sobre la contabilidad general. El artículo 34 del C. de c. establece que las cuentas anuales deberán redactarse con claridad y "mostrar la imagen fiel del patrimonio, situación financiera y resultados de la empresa".

El principio de veracidad, que es inherente a la naturaleza de la relación contable como declaración de conocimiento o verdad sobre datos que constan o deben constar al declarante.

Universidad de Huelva 2009

la inscripción del fondo de comercio en el balance ordinario de ejercicio llevaría a la determinación de unos beneficios que en realidad no existen[82]. Si se permite la inscripción en el activo del balance del fondo de comercio que se ha generado en la propia empresa sin que a su vez se produzca la inscripción correspondiente en el pasivo del balance del coste soportado para su adquisición, ya que en realidad ésta no ha soportado ningún coste determinado, el balance arrojará un excedente del activo sobre el pasivo, es decir, aparecerán unos beneficios que verdaderamente no existen, porque la cuantía en la que el activo ha

---

El principio de prudencia valorativa es el capital sobre el que pivotan los restantes (art. 38 C. de c.). Mientras que los ingresos y beneficios se imputan cuando se materializan, las pérdidas o quebrantos, incluso los potenciales, deben registrarse en el momento en que se prevean y sean susceptibles de evaluación racional.

El principio de correlación de ingresos y gastos, supone el fraccionamiento de la contabilidad en períodos o ejercicios, correspondiendo a cada ejercicio sus propios ingresos o gastos; la diferencia entre estos ingresos y gastos es el resultado de la explotación. El resultado de un período está constituido por los ingresos de dicho período menos los gastos del mismo realizados para la obtención de aquéllos, así como por los beneficios y quebrantos no relacionados claramente con la actividad de la empresa.

Para un estudio más completo sobre los múltiples y variados principios contables, ver, entre otros, BLANCO CAMPAÑA, J., *El Derecho contable en España*, Madrid, 1983, *passim*; FERNÁNDEZ PIRLA, J.M., *Una aportación a la construcción del Derecho contable*, Madrid, 1986, págs. 59-70; GARRETA SUCH, J.M., *Introducción al Derecho contable*, Madrid, 1994, págs. 47-60; MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., *Régimen jurídico de la contabilidad del empresario*, Valladolid, 1992, págs. 196-230; VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. I, vol. 1°, cit., págs. 163-168.

[82] Según el artículo 35 del C. de c. "*el balance comprenderá, con la debida separación, los bienes y derechos que constituyen el activo de la empresa y las obligaciones que forman el pasivo de la misma, especificando los fondos propios...*". Sin embargo, la descripción del Código no es enteramente correcta. Ni en el activo se incluyen "todos" los bienes de la empresa, ni el pasivo recoge exclusivamente "deudas" y "fondos propios". Forman parte del activo determinados gastos, como los de constitución, que desde luego no son bienes, pero que como consecuencia de la técnica contable de partida doble deben ubicarse precisamente en el activo de la empresa, puesto que estos gastos constituyen el destino o la aplicación de los fondos que se han asentado en el pasivo. También en el pasivo se incluyen los resultados positivos del ejercicio (beneficio) que no vienen expresamente mencionados en el Código de comercio y que, sin embargo, es su cuantificación lo que da sentido al balance. El mecanismo del balance, como equilibrio de valores, no permite la sustracción, sino la compensación de los asientos del activo con los del pasivo.

El balance es un informe necesario para determinar la situación patrimonial de la empresa y, a su través, de la ganancia obtenida. Se compone de dos partes, el activo y el pasivo. En el activo se recoge el conjunto de elementos de que dispone la empresa para todas sus actividades. En el pasivo se recogen las fuentes de financiación en cuya virtud se han extraído los recursos necesarios a través de los cuales la empresa ha adquirido los elementos que figuran en el activo. Es decir, inicialmente el pasivo recogerá la cifra del capital y en el activo se incluirán los bienes en que se materializa esta cifra contable de lo que es el capital aportado (aportado por el empresario individual o por los socios si el empresario es social). A partir de este asiento inicial el balance recogerá la situación del patrimonio de la empresa, pero siempre de forma estática, reflejando la forma en que se ha financiado aquélla adquisición de patrimonio, tales como capital social, deudas mantenidas con financieros o proveedores, beneficios obtenidos por la empresa no distribuidos, etc.

Cumple así el balance una doble función: desde el punto de vista jurídico, servirá para defender el capital y determinar la existencia de beneficio; desde un punto de vista económico, servirá para conocer la situación patrimonial de la empresa.

Universidad de Huelva 2009

superado la cifra que refleja el pasivo corresponde en efecto, no a los beneficios obtenidos o, al menos no en su totalidad, sino a la inscripción inadecuada del fondo de comercio como partida del activo. Es ésta la razón por la cual el valor del fondo de comercio propio, que con el paso del tiempo y el desarrollo de la actividad empresarial en condiciones óptimas se ha generado en la empresa, no puede ser inscrito en su balance.

No obstante, es conveniente aclarar que esto no significa que el empresario no tenga que efectuar una inversión para generar ese fondo de comercio. En efecto, pensemos que para que una empresa esté en posición de producir beneficios, es necesario que el empresario realice una serie de esfuerzos, gastos e inversiones, tanto en la fase de constitución del organismo productivo como en aquélla sucesiva de expansión y desarrollo del mismo. En ambos casos, estos gastos representan el coste necesario para que la empresa vaya adquiriendo sucesivamente su capacidad para generar ganancias en el futuro. En consecuencia, la empresa va logrando un mayor valor, lo que supone, al menos en parte, que estos gastos -que desde el punto de vista contable entran en la categoría de los denominados gastos de establecimiento y gastos de investigación y desarrollo[83]-

[83] Es necesario distinguir entre los gastos de establecimiento y los gastos de investigación y desarrollo (aparecen en partidas diferentes). Los gastos de establecimiento engloban: los gastos de constitución y los de ampliación de capital (honorarios de letrados, notarios y registradores, impresión de memorias, boletines y títulos, tributos, publicidad, comisiones y otros gastos de colocación de títulos, etc.) ocasionados con motivo de la constitución o ampliación de capital; y los gastos de primer establecimiento (honorarios, gastos de viaje y otros para estudios previos de naturaleza técnica y económica, publicidad de lanzamiento, captación, adiestramiento y distribución de personal, etc.) ocasionados con motivos del establecimiento. Sólo son posibles en el momento inicial de la sociedad, cuando ésta se constituye, o en el momento específico de la ampliación de capital. Su misión principal es impedir que la sociedad, desde su constitución o en virtud de una ampliación de capital, nazca o se vea sumergida en pérdidas. Es decir, en el momento inicial, o en un momento posterior de una ampliación de capital, la sociedad tiene que soportar grandes desembolsos de los anteriormente enumerados. El importe de estos gastos se incluyen en el activo para equilibrarlo con el pasivo, ya que, de no ser así, casi todas las sociedades nacerían con pérdidas, en tanto que el importe de estos gastos suele ser importante.

Los gastos de investigación y desarrollo, que, por el contrario, pueden y suelen producirse a lo largo de la vida social, en un momento posterior al de su constitución formal, son de difícil delimitación, en tanto que en el ámbito de la empresa se realizan actividades semejantes a aquéllas que no pueden ser consideradas como de investigación y desarrollo. Pensemos que las empresas necesitan mantener un adecuado nivel de innovación en su actividad económica, lo cual exige llevar a cabo un esfuerzo de investigación, por lo que los importes invertidos en dichos procesos deben ser tratados convenientemente. El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, en la Resolución de 21 de enero de 1992, ha definido la actividad de "investigación" como la indagación original y planificada que persigue descubrir nuevos conocimientos y superior comprensión en los terrenos científico o técnico; y el "desarrollo" como la aplicación concreta de los logros obtenidos en la investigación hasta que se inicia la producción comercial. Dicha Resolución, en la que se establecen criterios orientadores en torno a la valoración del inmovilizado inmaterial, en su norma segunda, dedicada por completo a los gastos de investigación y desarrollo, determina que los gastos derivados de los proyectos de investigación y desarrollo, serán gastos

Universidad de Huelva 2009

se habrán dirigido principalmente a ir creando o consolidando su propio fondo de comercio. Estos gastos podrían suponer el coste de producción del fondo de comercio de la empresa. Por ejemplo, si el empresario efectúa una serie de gastos para la publicidad de un producto o en la formación de un equipo de vendedores para su venta y mantenimiento y, en consecuencia, aumentan las expectativas de mercado, la clientela, los beneficios, etc, se está contribuyendo a la creación del fondo de comercio de generación interna, aunque éste no pueda inscribirse en el balance.

La cuestión, por el contrario, cambia cuando la empresa es transmitida a título oneroso -cualquiera que sea la forma jurídica adoptada-. En este caso, el empresario transmitente espera recibir por su empresa el mayor valor que la entidad productiva ha adquirido en virtud de esos gastos por él soportados, y valor del fondo de comercio aparecerá como una partida del activo en la contabilidad del empresario adquirente, en la medida en que realmente haya pagado por él. El adquirente habrá tenido que entregar por la empresa una suma de dinero u otros bienes cuya cuantía o valor será normalmente mayor a la suma del valor de los bienes que componen la empresa aisladamente considerados. Y ello, porque en la valoración de la empresa a efectos de la transmisión se habrá tenido en cuenta el mayor valor que el fondo de comercio representa. En suma, el empresario adquirente habrá soportado un coste para su adquisición.

---

del ejercicio en que se realicen; no obstante, al cierre del ejercicio, podrán activarse como inmovilizado inmaterial cuando reúnan las siguientes condiciones: a) existencia de un proyecto específico e individualizado para cada actividad de investigación y desarrollo; b) la asignación, imputación y distribución temporal de los costes de cada proyecto deben estar claramente establecidas; c) en todo momento deben existir motivos fundados de éxito técnico en la relación del proyecto de investigación y desarrollo, tanto para el caso en que la Empresa tenga la intención de su explotación directa como para el de la venta a un tercero del resultado del proyecto una vez concluido, si existe mercado; d) la rentabilidad económico-comercial del proyecto debe estar razonablemente asegurada; e) la financiación de los distintos proyectos de investigación y desarrollo debe estar razonablemente asegurada para completar la realización de los mismos.

Continúa la Resolución diciendo que el importe de los gastos de desarrollo susceptibles de ser activados como inmovilizado no incluirá en ningún caso los gastos de investigación. Finalmente determina la imputación a resultados de los gastos activados que se realizará conforme a los siguientes criterios: a) gastos de investigación: se amortizarán de acuerdo con un plan sistemático que comenzará a partir del ejercicio en que se activen y en un período máximo de cinco años; b) gastos de desarrollo: se imputarán a través de un proceso de amortización sistemático, que comenzará a partir de la fecha de terminación del proyecto y se extenderá durante el período en el cual genere ingresos sin superar el plazo de cinco años; c) en el caso de que los logros obtenidos en los proyectos de desarrollo deban imputarse a "Propiedad Industrial", se procederá a su amortización de acuerdo con su naturaleza.

Universidad de Huelva 2009

La necesidad de inscribir el fondo de comercio en el activo del balance del empresario adquirente -cuando la adquisición se efectúa a título oneroso- deriva de que, contablemente, la empresa no puede ser considerada como un objeto unitario, como una unidad, es decir, no puede inscribirse en el activo del nuevo titular "empresa A" o "empresa B", sin más. Todo lo contrario, cada uno de los bienes que integran la empresa objeto de transmisión son considerados individualmente, de forma aislada, e inscritos en el balance del empresario adquirente en el lugar que a cada uno de ellos le corresponde. A efectos contables la empresa se desgaja o descompone en sus múltiples y variados elementos.

Sin embargo, el interesado en adquirir la empresa puede haber pagado o dado a cambio más de lo que valen contablemente los elementos que ahora incluye en su contabilidad, esto es, más de la suma del valor de cada uno de los bienes que constituyen la empresa. Por lo tanto, para que la contabilidad se ajuste a la realidad es preciso permitir que esa diferencia entre el valor de los bienes individualmente considerados y el atribuido a la empresa como conjunto unitario en funcionamiento se exprese en el activo del balance. Esa diferencia corresponde al valor del fondo de comercio y como tal aparecerá en la contabilidad del adquirente como una partida más de su activo. En definitiva, cuando se transmite la empresa como conjunto unitario -a título oneroso- se tiene en cuenta el valor del fondo de comercio en el momento de determinar el global de la entidad productiva, y como tal, es necesario permitir su inscripción en el balance del empresario adquirente, porque realmente éste ha soportado su coste[84].

---

[84] BERNSTEIN L.A., (*Análisis de estados financieros. Teoría, aplicación e interpretación,* T.I, cit., pág. 289), define el fondo de comercio, desde el punto de vista contable, como el exceso del coste sobre el valor justo de mercado de los activos adquiridos en una transacción de compra. Afirma que es un diferencial al que se llega mecánicamente. No se pretende ni se espera identificar los componentes de este activo ni los valores económicos que se le deben asignar. Cualquier cosa que se haya pagado y que no se pueda identificar por separado se incluye en el importe asignado al fondo de comercio. Por el contrario, desde el punto de vista del analista financiero, considera el autor, que el activo indeterminado constituido por el fondo de comercio presenta considerables variaciones tanto de significado como de valor. Puede representar un valor firme, como la compra de nombres comerciales que gozan de amplia aceptación y han necesitado muchos años de costoso desarrollo y promoción. Puede, en el otro extremo, representar pagos excesivos por activos, debido a expectativas poco realistas, entusiasmo desmedido o falta de sensatez y de un análisis adecuado.
Entre ambos extremos hay, por supuesto, toda una gama de posibilidades, que debe ser objeto de máxima atención por parte del analista financiero. Por nuestra parte, tenemos que advertir que estas consideraciones no son válidas cuando el supuesto contemplado es la aportación de empresa. En este caso, el valor asignado al fondo de comercio no puede estipularse con total libertad, sino en virtud de criterios objetivos que determinen el plusvalor real de la empresa.

Universidad de Huelva 2009

Por tanto, en los supuestos de transmisión de la empresa a título oneroso, es necesaria la inscripción en el balance del adquirente del fondo de comercio de la empresa adquirida y así evitar que el nuevo titular, a pesar de la fluidez y el floreciente ejercicio de empresa, deba cerrar su balance en pérdidas[85].

Por otro lado, no podemos olvidar que algunos de los elementos o factores de la empresa que contribuyen a generar el mayor valor que el fondo de comercio representa no son inscribibles como tales, es decir, no representan una partida del activo del balance en la contabilidad del nuevo titular de la empresa. Esto ocurre, por ejemplo, con la clientela, cuya existencia, en ocasiones de considerable relevancia, incrementa el valor global de la empresa, incremento de valor que necesariamente habrá de incluirse en la partida correspondiente al fondo de comercio. Por el contrario, otros de los elementos que justifican ese mayor valor de la empresa, pensemos por ejemplo en una patente o en una marca, tienen su asiento correspondiente en el activo del balance y se incluirán en él por su valor real, siendo el valor de mercado, de acuerdo con las normas de valoración del Plan General de Contabilidad, el límite máximo a considerar para su valoración. Así las patentes y las marcas, al igual que otros bienes de propiedad industrial, lucirán en el balance bajo la rúbrica de "propiedad industrial" (art. 176.1, 2° LSA). Sin embargo, la organización, coordinación y destino unitario de estos elementos, sin menospreciar el valor que de forma aislada algunos de ellos pueden llegar a alcanzar, otorga a la empresa un incremento de valor, un mayor valor en tanto que aumentan en su virtud las expectativas de beneficios. Aún cuando esta marca o patente aparezca en el balance del nuevo titular de la empresa en la partida correspondiente a la "propiedad industrial", el incremento de valor que experimenta la empresa como consecuencia de la disposición de esa marca o patente y de la organización y conjunción de

---

[85] Tomemos el ejemplo de la venta de una empresa por parte de un empresario individual a una sociedad anónima por cincuenta millones de pesetas, de los cuales treinta corresponden al fondo de comercio y los otros veinte a mercaderías, inmuebles, etc. Es obvio que si no se permite la inscripción del fondo de comercio en el balance de la sociedad adquirente, habiendo pagado por él -en virtud de una valoración prudente y acorde con la realidad- la mayor parte del precio de adquisición, los treinta millones de pesetas correspondientes al precio del fondo de comercio no aparecerán en el balance, lo que dará lugar a una configuración contable del patrimonio de la sociedad adquirente que no sólo no se corresponde con la realidad, sino que podrá tener consecuencias particularmente dañosas, por la aplicación de las normas que establecen la reducción del capital social como consecuencia de las pérdidas (ver, arts. 163 y 260 LSA).

Universidad de Huelva 2009

la misma con otros factores de la entidad productiva se contabilizará en el activo del empresario adquirente en la partida correspondiente al fondo de comercio.

El problema se agrava, quizás, en el caso concreto del negocio de aportación, en el que confluyen muy importantes intereses de terceros confiados en la realidad y efectividad del capital social.

Los artículos 39.6 del C. de c. y 176 y 194.2 de la LSA permiten expresamente que el fondo de comercio figure en el activo del balance cuando haya sido adquirido a título oneroso. La fórmula restrictiva de estos preceptos ha inducido a algunos autores a negar la contabilización de ese valor cuando la sociedad lo haya adquirido a título de aportación, hipótesis -dicen- en la que no se ha desembolsado ninguna cantidad de dinero para su adquisición[86].

Algún autor[87] ha relacionado el requisito de la adquisición onerosa con el precepto que establece la exigencia de que "*los elementos del inmovilizado deban valorarse al precio de adquisición o al costo de producción*" (art.195.1 LSA). Con este criterio restrictivo para su consideración en el balance, el fondo de comercio no puede ser inscrito por un valor superior al precio de adquisición o a su coste, evitando que a éste se le atribuya un valor fijado a través de criterios arbitrarios. Lo que ocurre es que el precio de adquisición del fondo de comercio se determina siempre con ocasión de la transmisión de la empresa.

De cualquier manera, la exigencia de que se haya adquirido a título oneroso, se

---

[86] SIMONETTO, E., (*Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, cit., pág. 391; ID. *I bilanci*, cit., pág. 154 y ss), considera como razones sustanciales de la no inscripción en el balance del *avviamento* adquirido a título de aportación, la debilidad de este valor en cuestión y su escasa aptitud para fundar la garantía de los acreedores sociales.

[87] OLIVIERI, G., *I conferimenti in natura nella società per azioni*, cit., págs. 403-404.

Universidad de Huelva 2009

cumple cuando se hace *ab initio* por vía de aportación[88], pues no cabe pensar en una interpretación restrictiva que excluya la aportación de entre los supuestos de transmisión onerosa[89]. Por lo tanto, parece que el fondo de comercio de la empresa que se aporta habrá de ser igualmente inscrito en el balance de la sociedad que la adquiere.

Así es, de acuerdo con el tenor del artículo 194.2 de la LSA, el fondo de comercio que se adquiere a título oneroso ha de ser objeto de la correspondiente inscripción en el activo del balance de la sociedad adquirente. Puede interpretarse que la finalidad del precepto citado es impedir o prohibir exclusivamente la inscripción en el balance del fondo de comercio propio, originado en la empresa, pero no el fondo de comercio de otro, que se transmite junto a los diversos elementos que componen la entidad objeto de transmisión. Siguiendo esta línea de pensamiento hay que hacer notar que la diferencia del título de su adquisición (aportación en lugar de compraventa o permuta...) es del todo irrelevante y, en el supuesto examinado de aportación a la sociedad anónima, el fondo de comercio de la empresa que se aporta se inscribirá en el activo de la sociedad adquirente[90].

En suma, en los supuestos de transmisión de empresa a título oneroso, la incripción

---

[88] LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 152; ILLESCAS ORTIZ, R., "El fondo de comercio y otros activos inmateriales: las nuevas reglas dictadas por la Ley de Sociedades Anónimas", *Revista del Derecho de los Negocios* nº 1, 1990, pág. 4; DÍAZ GÓMEZ, Mª.A., *Las aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima: contenido, valoración y desembolso*, cit., pág. 119; DE GREGORIO, A., "La valutazione dell'avviamento nel bilancio delle imprese sociali", cit., pág. 249; OLIVIERI, G., *I conferimenti in natura nella società per azioni*, cit., pág. 402; COLOMBO, G.E., *Il bilancio d'esercizio. Strutture e valutazioni*, cit., pág. 189. En contra, MAMBRILLA RIVERA, V., "Fundación con aportaciones *in natura*", cit., pág. 750.

[89] Las cuestiones relativas a naturaleza jurídica de la aportación social, en tanto transmisión a título oneroso, han sido puestas de manifiesto en el capítulo I de este trabajo, **LA APORTACIÓN SOCIAL EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA**, en concreto, en el apartado 3º **Naturaleza jurídica de la aportación social**, del punto I **CONCEPTO DE APORTACIÓN SOCIAL**, al cual remitimos.

[90] No podemos caer en el error de identificar "adquisición a título oneroso" y "compraventa". Igualmente, no podemos identificar "adquisición onerosa" con el "pago de una suma de dinero", ya que lejos de ser una interpretación restrictiva sería una interpretación arbitraria. Si la empresa es adquirida en virtud de un contrato de permuta, parece absurdo negar que se ha cumplido el requisito exigido por la Ley. En realidad, el precepto exige para la inscripción del fondo de comercio en el activo del balance que haya sido adquirido a título oneroso, es decir, que la sociedad haya soportado realmente su coste, haya entregado algo como contraprestación de su valor. Y esto es lo que sucede cuando la empresa es adquirida por vía de aportación pues, si en la valoración final del conjunto que se aporta se ha incluido el valor atribuido al fondo de comercio, debemos entender que el valor nominal de las acciones entregadas como contrapartida al socio aportante corresponden, en parte, al valor del fondo de comercio adquirido por la sociedad.

Universidad de Huelva 2009

del fondo de comercio se justifica en la necesidad de que aparezca en balance el coste efectivamente soportado para su adquisición (técnica contable de partida doble) y, respetar los principios contables (veracidad y fidelidad), sin que se produzca un desequilibrio entre el activo y el pasivo de la sociedad que pueda poner en marcha el mecanismo de la reducción de capital. De este modo, el coste efectivamente soportado por la sociedad para la adquisición del fondo de comercio podrá ser amortizado en los sucesivos ejercicios.

Pensemos que si una sociedad compra una empresa y no se inscribe en el activo el valor del fondo de comercio de la entidad adquirida, se reflejarían contablemente más salidas que entradas, lo que puede llevar a un desbalance que exija la reducción de capital o, incluso, en casos extremos, la disolución de la sociedad por pérdidas. Igualmente, si la sociedad entrega un número determinado de acciones por un importe equivalente al valor de la empresa aportada, incluido el valor del fondo de comercio de la misma, y finalmente se considera que el valor que éste representa no es inscribible, se producirá un defecto en la realidad contable del capital social pues la sociedad sufrirá en su contabilidad unas pérdidas considerables, pudiendo quedar obligada a reducir su capital si queda su haber por debajo de las dos terceras partes del capital social (art. 163.1 LSA), e incluso en casos extremos, obligada a su disolución (art. 260.1 LSA). Para que en este caso la integridad y realidad contable del capital social no sufriera lesión alguna, el socio tendría que entregar una suma de dinero equivalente al valor del fondo de comercio o devolver a la sociedad las acciones que correspondieran a su valor. Sin embargo, ninguna de estas dos soluciones -para salvar los inconvenientes derivados de la no inscripción del fondo de comercio- serían equilibradas, y ambas ocasionarían un indudable quebranto económico en el patrimonio del aportante, pues, realmente el valor de la empresa se correspondía con el valor nominal de las acciones que en su momento le fueron entregadas como contraprestación.

Otra solución que se nos ocurre, para ajustar la contabilidad, si no se permitiese la inscripción en el balance de la sociedad adquirente de la partida correspondiente al fondo de comercio, podría ser sobrevalorar los demás bienes que integran la empresa, lo que puede

Universidad de Huelva 2009

traducirse en -si el mayor valor que representa el fondo de comercio disminuye o desaparece- la ruptura del principio de garantía del capital para terceros acreedores[91]. Consecuentemente, es más oportuno inscribir en la contabilidad de la sociedad adquirente, distintamente de los singulares componentes del activo y pasivo, la partida correspondiente al fondo de comercio, siempre que realmente exista, es decir, siempre que la sociedad haya entregado al socio aportante un número de acciones cuyo valor nominal sea superior al valor neto de los activos y pasivos que integran la empresa.

Así pues, la única manera de no lesionar la integridad del capital social y de no romper las exigencias y normas contables es proceder a la inscripción del fondo de comercio y a la imputación de su valor al capital social, sin perjuicio de que en los ejercicios posteriores se proceda -como seguidamente se verá- a su amortización.

El problema, por tanto, es de valoración del fondo de comercio y de real existencia de éste, y no de admisibilidad o inadmisibilidad de su inscripción en el balance. Si el fondo de comercio realmente existe en la empresa que se aporta, deberá ser valorado a través de criterios objetivos e inscrito en el activo del balance de la sociedad adquirente. Cuando el fondo de comercio realmente existe, una valoración objetiva con la consiguiente inscripción no puede dañar los intereses de terceros acreedores.

Los términos en los que se expresan la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 15 de julio de 1985, y la Resolución de la DGRN de 31 de octubre de 1986, confirman la posibilidad de valorar el fondo de comercio y su inscripción en el balance[92].

---

[91] Sin perjuicio de la posible responsabilidad de los fundadores o, en su caso, de los administradores, de acuerdo con lo determinado en los artículos 18 y 133 y siguientes de la LSA, respectivamente.

[92] Sentencia del Tribunal Supremo de 15.7.85: "*...conceptos éstos y otros similares que son susceptibles de ser valorados en el balance, a lo que no obsta que muchas veces la valoración no se atenga a patrones fijos, sino que vaya subordinada a multiplicidad de coeficientes, a los puntos de vista que se elijan o al momento de la valoración; vicisitudes todas ellas que ciertamente dificultan la valoración del fondo de comercio, pero que no la imposibilitan...*".

Por su parte, la Resolución de la DGRN de 31 de octubre de 1986, resolvía el supuesto de aportación a una sociedad de un fondo de comercio (en realidad lo aportado era una empresa con un fondo de comercio considerable). Los

Universidad de Huelva 2009

Consecuentemente, las dificultades para calcular su valor no legitiman la omisión de su inscripción.

4º. La tutela de los acreedores sociales: "recuperabilidad" del valor del fondo de comercio.

El último obstáculo que puede oponerse a la consideración del fondo de comercio de la empresa que se aporta junto a los elementos, activos y pasivos, que integran la unidad productiva, es el eventual juicio negativo en orden a su negociabilidad, a su consideración como objeto de cambio. En definitiva, a la recuperabilidad de su valor cuando sea necesario para satisfacer los intereses de los acreedores sociales.

Hemos calificado el fondo de comercio como cualidad propia de la empresa que, como tal, no tiene individualidad jurídica y no puede ser transmitido de forma aislada e independiente de la empresa a la que pertenece. No obstante, no nos parece que ello sea argumento suficiente para negar su consideración en el momento de valorar la entidad productiva que se aportó y que la sociedad transmite ahora a un tercero, junto a los bienes y obligaciones que forman parte del patrimonio empresarial. Más bien es necesario reconocer y examinar la posibilidad de hacer real el valor del fondo de comercio mediante una nueva

---

Considerandos de la Resolución, resumidos, dicen lo siguiente:

1º. Que la sociedad anónima es una sociedad capitalista y las aportaciones han de ser valorables en dinero.

2º. Que la STS de 15 de julio de 1985 dice que el fondo de comercio tiene unos límites difusos que demuestran el aspecto inmaterial de la empresa como negocio.

3º. Que el fondo de comercio puede ser aportado dentro del concepto más amplio que constituye la Empresa.

4º. Que el fondo de comercio se considera como una cualidad de la empresa, que ingresa en el activo del balance cuando se ha pagado por él un precio, es decir cuando ha sido adquirido a título oneroso.

Por nuestra parte, debemos matizar que la DGRN, en esta Resolución, emplea en ocasiones términos poco afortunados y un tanto confusos. Por ejemplo, parte del supuesto de hecho de aportación de un fondo de comercio cuando en realidad lo aportado consistía en una empresa que gozaba de un fondo de comercio positivo; además, en un primer momento utiliza la expresión "*pagado por él un precio*" restringiendo, por tanto, la inscripción del fondo en el balance a los supuestos de compraventa, para después rectificar y sustituirla por "*adquirido a título oneroso*", extendiendo su inscripción a todos los supuestos de adquisiciones onerosas.

Universidad de Huelva 2009

transmisión en bloque del complejo productivo al que pertenece[93], por parte de la sociedad que lo adquirió vía aportación.

Es conveniente precisar que el problema de la recuperabilidad del fondo de comercio radica en que éste no es un bien con un determinado valor, sino un mayor valor de la empresa con respecto al que resulta de la suma de sus elementos aislados. Consecuentemente, el "plus" que representa el fondo de comercio será recuperable siempre que la empresa se transmita como conjunto unitario (salvo que ese mayor valor haya desaparecido, ocasionando una disminución en el valor de conjunto de la empresa -pérdida de valor que, por otro lado, puede sufrir cualquier otro bien aportado-). Consecuentemente, ante la necesidad, por diversas circunstancias, de que la sociedad enajene su patrimonio para saldar las deudas pendientes, ésta podrá obtener el valor que en su día "entregó" por el fondo de comercio de la empresa adquirida. Para comprobar lo que venimos diciendo, pasamos a analizar diversas situaciones en las que puede encontrarse la sociedad.

Quizás, el supuesto que menos problemas plantea de todos aquéllos que pueden presentarse sea la transmisión voluntaria -a título oneroso- de la empresa por parte de la sociedad. Cuando la sociedad que ha adquirido la empresa por vía de aportación decide transmitirla nuevamente, no se plantea la cuestión de la tutela de los acreedores sociales. En el momento de valorar la empresa que ahora la sociedad transmite a un tercero se volverá a tener en consideración el mayor valor que representa el fondo de comercio, con independencia de que la partida correspondiente en el activo del balance a ese valor intangible haya sido amortizada en su totalidad o en parte. Se añadirá, por tanto, a la suma del valor de los elementos que integran la empresa, ese mayor valor que expresa el fondo de

---

[93] SIMONETTO, E., (*Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, cit., págs. 384-385), afirma que el valor del *avviamento* puede ser realizado por ejemplo, con la liquidación en bloque de la empresa a la que se refiere, y convertido en dinero, o puede, de esa manera, ser cedido y dado en pago a los acreedores. No puede olvidarse que en ciertas circunstancias el *avviamento* puede fundar una garantía para los acreedores sociales.

Universidad de Huelva 2009

comercio para fijar el precio total de la unidad productiva que de nuevo se va a transmitir[94].

Ahora bien, podemos encontrarnos ante diversos y variados supuestos en los que la sociedad, que ha adquirido la empresa por vía de aportación, se halla ante la necesidad inminente de liquidar el patrimonio social y satisfacer las deudas pendientes. A título meramente indicativo vamos a mencionar dos posibles situaciones:

a) disolución de la sociedad anónima por concurrir alguna de las causas del artículo 260 de la LSA;

b) disolución de la sociedad anónima tras su declaración en quiebra.

En ambas hipótesis ha de analizarse si la sociedad puede recuperar, en todo o en parte, el valor que en su día se le atribuyó al fondo de comercio que ésta adquirió juntamente con

---

[94] La amortización del fondo de comercio es una obligación que el legislador ha impuesto al empresario y que será analizada con detenimiento en el punto IV de este capítulo, **LA AMORTIZACIÓN DEL FONDO DE COMERCIO**. A pesar de ello, hemos considerado necesario, para comprender mejor lo que ahora tratamos de explicar, hacer una pequeña referencia a título orientativo a la obligación de amortizar este activo. Es conveniente aclarar que en muchas ocasiones, cuando la sociedad transmita la empresa aportada, la partida del activo correspondiente al fondo de comercio habrá sido completa o parcialmente amortizada. En ambos casos, si resulta imposible recuperar el valor total que en su momento se atribuyó al fondo de comercio no se producirá, al menos en la medida en que el fondo de comercio haya sido amortizado, lesión alguna en la realidad y efectividad del capital ni disminución en el patrimonio de la sociedad. Desde el punto de vista mercantil, como tendremos ocasión de comprobar pasadas unas páginas, se ha considerado peligroso que un valor intangible como el representado por el fondo de comercio permanezca en la contabilidad de la sociedad, por lo que la Ley obliga a amortizarlo, y de este modo, a sustituirlo por dinero efectivo u otros bienes.

El legislador, en atención a la aleatoriedad y a la eventual desaparición o disminución de valor del fondo de comercio, obliga a que sea amortizado en el período durante el cual dicho fondo contribuya a la obtención de ingresos, con el límite máximo de diez años (art. 194.2 LSA). Consecuentemente, si el fondo de comercio ha sido completamente amortizado quiere decir que su valor, que pasó a integrar el capital de la sociedad en el momento en que se efectuó la aportación de empresa, ha sido sustituido, poco a poco y a lo largo de diversos ejercicios, por otros elementos en el activo, y de ninguna manera su no recuperabilidad representa peligro o lesión ni para la realidad e integridad del capital, ni para la salvaguarda de los intereses de los acreedores.

Por otra parte, si el valor del fondo de comercio ha sido amortizado y, a pesar de ello, la aptitud de la empresa para producir beneficios se ha mantenido e incluso ha aumentado, la sociedad podrá de nuevo considerar ese mayor valor en la valoración global de la empresa a los efectos de una posterior transmisión, lo que en cierta medida puede entenderse como una doble garantía para los acreedores sociales: en primer lugar, la amortización del fondo de comercio y su sustitución por dinero efectivo u otros elementos en el activo; y, en segundo lugar, la conservación de ese mayor valor de la entidad productiva, que será recuperado con la nueva transmisión de la empresa por parte de la sociedad.

Universidad de Huelva 2009

los elementos de la empresa[95]. Valor que, no podemos olvidar, pasó a integrar el capital social.

a) Pensemos en la posibilidad de que la sociedad anónima, que adquirió la empresa por vía de aportación, se vea obligada a disolverse por estar inmersa en algunas de las causas de disolución del artículo 260 de la LSA[96]. Lo primero que debemos de aclarar es que la extinción de la sociedad no reclama necesariamente la desaparición de la empresa a través de la desintegración de la misma en el proceso de liquidación. Ante la necesidad de disolver la sociedad pueden plantearse diversas soluciones.

Se advierte, en primer lugar, especialmente en las grandes sociedades, como en la actualidad el papel propio de la liquidación es jugado con frecuencia por las operaciones de fusión y de escisión, evitando la liquidación patrimonial y la desintegración y desaparición de las empresas sociales (art. 266 LSA). Estas operaciones, en tanto se traducen en la transmisión en bloque a la nueva sociedad o a la sociedad absorbente del patrimonio de la sociedad absorbida o escindida y la entrega a sus socios de las acciones emitidas por la nueva sociedad o por la sociedad absorbente, salvaguardan, a través de distintos mecanismos otorgados en la LSA, el interés de los socios[97] y de los acreedores sociales[98]. Es decir, a los

---

[95] La empresa como unidad tiene un valor determinado en el que ha de considerarse incluido el mayor valor que representa el fondo de comercio. Ese valor de la unidad empresarial es recuperable siempre que se enajene como tal empresa y con independencia de que haya sido o no amortizado. Por otra parte, no debemos entender por "recuperabilidad" la certeza de que el elemento que integra el capital social va a valer siempre lo mismo ni que siempre se va a obtener su valor, sino posibilidad de tal cosa. El fondo de comercio en cuanto mayor valor de la empresa es susceptible de ser vendido junto al resto de elementos que la integran, pero ello no significa certeza absoluta en todo caso.

[96] URÍA-MENÉNDEZ-BELTRÁN, ("Disolución y liquidación de la sociedad anónima [Artículos 260 a 281 de la Ley de Sociedades Anónimas]", cit., pág. 20), entienden por disolución, el efecto de un acto (acuerdo de la junta general, resolución judicial, acto administrativo) o de un hecho jurídico (transcurso de un término) que abre el proceso liquidatorio conducente a la extinción de la sociedad como contrato y como persona jurídica.

[97] En efecto, el número de acciones a repartir entre los socios de la antigua sociedad se corresponderá con el valor del patrimonio transmitido a la nueva sociedad o a la sociedad absorbente, valor que se determinará en función del valor unitario de la empresa, o empresas, transmitida teniendo en cuenta, por tanto, el mayor valor que representa en cada una de ellas el fondo de comercio.

[98] En los supuestos de fusión y escisión total, las sociedades que se extinguen y desaparecen cancelan las relaciones jurídicas con terceros acreedores (ver, arts. 243 y 254 LSA) y con los propios socios transmitiendo en bloque sus respectivos patrimonios sociales, activo y pasivo, a la nueva sociedad o a la absorbente, al propio tiempo que estas sociedades recogen

Universidad de Huelva 2009

efectos que a nosotros nos interesa, la empresa, o empresas en su caso, de la cual era titular la sociedad que se disuelve no se desintegran, sino que se transmiten a otra sociedad, y consecuentemente, junto a la transmisión de los elementos que la componen se transmite a su vez, el fondo de comercio como cualidad de la entidad. Podemos, por tanto, afirmar que, en el supuesto planteado, al transmitir la empresa como tal se transmite a la vez el mayor valor de la entidad que representa el fondo de comercio.

En segundo lugar, es el mismo precepto anteriormente citado, el artículo 266 de la LSA, el que legitima que cualquier sociedad anónima pueda disolverse y ceder en bloque su activo y su pasivo a otra sociedad mercantil o a cualquier otra persona jurídica o física, empresario o no, eliminando así trámites liquidatorios innecesarios[99]. Ahora bien, es necesario hacer constar que en la cesión global del activo y el pasivo de una sociedad en liquidación no está ausente el interés de los acreedores, puesto que se opera una sustitución en la persona del deudor. Por ello los acreedores de una sociedad en liquidación podrían oponerse a la cesión del pasivo apoyándose en el artículo 1.205 del C.c., que exige el consentimiento de estos últimos para la liberación del primitivo deudor[100]. En cualquier

---

o incorporan también a los socios de aquellas sociedades extinguidas (arts. 233 y 252 LSA), porque, realmente, ese sistema de transmisión en bloque sería totalmente incompatible con la exigencia de un previo período de liquidación en las sociedades que se extinguen (véase, MOTOS GUIRAO, M., *Fusión de sociedades mercantiles*, cit., *passim*; VARA DE PAZ, N., "La protección de los acreedores en la fusión y escisión de sociedades", cit., págs. 1097-1123; GUASCH MARTORELL, R., *La escisión de sociedades en el Derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores*, cit., *passim*; GÓMEZ PORRÚA, J.M., *La fusión de sociedades anónimas en el Derecho español y comunitario*, cit., *passim*; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "Escisión [Artículos 252 a 259 LSA]", cit., págs. 170-175).

[99] No será necesaria la satisfacción de los créditos de los acreedores, ni convertir el patrimonio social en dinero líquido mediante las oportunas enajenaciones. Por el contrario, como la sociedad disuelta habrá de extinguirse, será necesario realizar determinadas actividades liquidatorias como redactar, aprobar y publicar el balance final, repartir entre los socios el precio recibido por la cesión global del patrimonio social activo y pasivo y, en cualquier caso, proceder a la cancelación de los asientos registrales de la sociedad (en este sentido, URÍA-MENÉNDEZ-BELTRÁN, "Disolución y liquidación de la sociedad anónima [Artículos 260 a 281 de la Ley de Sociedades Anónimas]", cit., págs. 106-107; EIZAGUIRRE- DE ANGULO, "Disolución y liquidación. Obligaciones [Artículos 260 al final]", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* [dir. SÁNCHEZ CALERO, F.], T. VIII, Madrid, 1993, págs. 108-111; MUÑOZ MARTÍN, N., *Disolución y derecho a la cuota de liquidación en la Sociedad Anónima*, cit., págs. 65-67).

[100] Es necesario, por tanto, partir del principio general de que la Ley exige el consentimiento de los acreedores para que se pueda transmitir en bloque la empresa. Sin embargo, las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de junio de 1988 y de 21 de noviembre de 1989, tras reconocer la necesidad de consentimiento de los acreedores para la transmisión de las deudas, permiten la cesión global de activo y pasivo y se inclinan a considerar aplicables analógicamente, para estos supuestos, las normas protectoras de los acreedores establecidas para la fusión. En este mismo sentido se manifiestan CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, T. II, cit., pág. 672;

Universidad de Huelva 2009

caso, en este supuesto tampoco se desintegra la empresa o empresas, de la cual o de las cuales era titular la sociedad que se disuelve, y también a efectos de su transmisión será valorada como conjunto unitario en explotación, por lo que el valor del fondo de comercio será, igualmente, recuperado, o, al menos, es recuperable.

La Ley ofrece, en tercer lugar, otro cauce para la conservación de las empresas -y en consecuencia la eliminación de la liquidación patrimonial-, incluso contra la voluntad social, estableciendo que el Gobierno, cuando a petición de la quinta parte del capital social o del personal de la empresa[101], lo considere conveniente para la economía nacional o para el interés general, podrá acordar por Decreto la continuación de la sociedad anónima disuelta (art. 265 LSA)[102]. Este es un supuesto más en el que no se descompone la empresa y, en el que además, tampoco se plantea la cuestión en torno a su valoración.

En cualquier caso, a excepción de las hipótesis anteriormente enumeradas, disuelta la sociedad se abre el período de liquidación. A partir de este momento, son los liquidadores, que reciben de los administradores los bienes sociales con la finalidad de proceder en su día al reparto entre los accionistas, una vez satisfechos los acreedores, quienes han de velar por la integridad del patrimonio social. Suspendido el tráfico lucrativo de la sociedad, la tarea de los liquidadores respecto del patrimonio social habrá de ser esencialmente protectora; y en este sentido deberán realizar todos los actos de conservación que sean necesarios, incluido el mantenimiento de la empresa en explotación hasta el momento de su enajenación para así

EIZAGUIRRE- DE ANGULO, "Disolución y liquidación. Obligaciones (Artículo 260 al final)", cit., pág. 110.

[101] No parece necesario que la petición de continuación de la sociedad haya de ser formulada por todo el personal de la empresa. Bastará que emane de una parte del mismo. En cualquier caso, como el Gobierno es libre de acordar o no la continuación de la sociedad disuelta, puede tomar en consideración para decidir en un sentido u otro la importancia cuantitativa o cualitativa, del personal que formule la petición (URÍA-MENÉNDEZ-BELTRÁN, "Disolución y liquidación de la Sociedad Anónima [Artículos 260 a 281 de la Ley de Sociedades Anónimas]", cit., pág. 95; EIZAGUIRRE- DE ANGULO, "Disolución y liquidación. Obligaciones [Artículos 260 al final]", cit., pág. 101).

[102] A pesar de que esta norma ha tenido muy escasa aplicación (tal vez porque la intervención pública se produce normalmente con independencia de la disolución de la sociedad, en situaciones de crisis económica, y acudiendo a otras vías de reorganización de la empresa), no deja de ser significativa en tanto que manifiesta la preocupación de la Ley por el interés público en la conservación de la empresa en caso de disolución de la sociedad.

Universidad de Huelva 2009

poder obtener por ella un precio más alto que el derivado de la enajenación individual de cada uno de los bienes que la integran.

El artículo 272.c) de la LSA faculta a los liquidadores a realizar las operaciones nuevas "*que sean necesarias para la liquidación de la sociedad*". El concepto de operación nueva necesaria para la liquidación debe ser tomado en términos amplios, estimando que los liquidadores pueden realizar todas aquellas operaciones que hagan más ventajosa, más fácil o más rápida la liquidación de la sociedad[103]. Así pues, consideramos admisible la continuación provisional por parte de los liquidadores del desarrollo de la actividad empresarial cuando, de modo claro y evidente, el mantenimiento de dicha actividad sea en verdad provisional y necesaria a los fines de la liquidación, por ejemplo, porque se pretenda transmitir global y unitariamente la empresa en funcionamiento[104]. Pensemos que es tarea de los liquidadores velar por el patrimonio social. Si la sociedad es titular de una empresa que goza de un buen prestigio y de buenas perspectivas de futuro, es evidente que los liquidadores obtendrán por ella más dinero si la venden en bloque que si disgregan la empresa y proceden a la enajenación individualizada de cada uno de sus bienes[105]. En suma, lo que se pretende es conservar ese mayor valor de la empresa para que los liquidadores puedan enajenarla obteniendo por ella un precio más alto que el derivado de la enajenación aislada de cada uno de sus elementos. Tampoco en este caso se producirá lesión alguna a la realidad y efectividad del capital social, al poder recuperarse a través de la transmisión en bloque de la empresa, el valor que en su día se le atribuyó al fondo de comercio.

---

[103] En este sentido, URÍA-MENÉNDEZ-BELTRÁN, "Disolución y liquidación de la Sociedad Anónima (Artículos 260 a 281 de la Ley de Sociedades Anónimas), cit., pág. 150.

[104] CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, T. II, cit., pág. 617; URÍA-MENÉNDEZ-BELTRÁN, "Disolución y liquidación de la Sociedad Anónima (Artículos 260 a 281 de la Ley de Sociedades Anónimas", cit., pág. 151; EIZAGUIRRE- DE ANGULO, "Disolución y liquidación. Obligaciones (Artículos 260 al final)", cit., págs. 173-175.

[105] La Ley faculta expresamente a los liquidadores para que enajenen los bienes sociales como primer paso para la realización del activo (art. 272.d). Consecuentemente, todos los bienes del patrimonio social pueden ser enajenados por los liquidadores para convertirlos en numerario y facilitar así la labor de la liquidación, sobre todo en su última fase de división del haber social entre los accionistas.

Universidad de Huelva 2009

Mención expresa merece, brevemente, el supuesto en que la sociedad va a proceder a la liquidación del patrimonio social porque las pérdidas han dejado reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social y, finalmente, la sociedad ha optado por la disolución. En este caso, podemos pensar que si la sociedad es titular de varias empresas, es posible que alguna o algunas de ellas no produzcan beneficios, no sean rentables. De todas la empresas de las que sea titular la sociedad que se disuelve, aquéllas que gocen de expectativas de beneficios, podrán ser fácilmente enajenadas por los liquidadores de forma unitaria, es decir, cada una de ellas como un complejo productivo. Estas empresas serán enajenadas por un precio superior que el que deriva de la suma de los valores de los diversos elementos que las integran, es decir, en el momento de la valoración de cada una de ellas se tendrá en cuenta la aptitud para producir beneficios, esto es, el mayor valor que representa el fondo de comercio. Sin embargo, alguna o algunas de las empresas de las que es titular la sociedad que ahora pretende disolverse, seguramente, tendrá un fondo de comercio negativo o simplemente de valor cero. En efecto, si al momento de la liquidación del patrimonio de la sociedad ha precedido una serie de ejercicios cerrados en pérdidas, es difícil pensar que todas las empresas de que es titular la sociedad están dotadas de un fondo de comercio positivo, es decir, están en condiciones de lograr beneficios. Pero, esto no significa que la transmisión en bloque de la empresa con fondo de comercio cero o de signo negativo no pueda representar una operación conveniente para la liquidación y para los acreedores sociales[106]; más bien al contrario, esta operación permitiría frecuentemente conservar bienes de la empresa que de otro modo se dispersarían (signos distintivos, *know how*, concesiones administrativas).

En conclusión, aunque no tiene que ser necesariamente así, es posible que en el momento de la liquidación la empresa que la sociedad adquirió vía aportación sea transmita a un tercero y se recupere, de este modo, el valor del fondo de comercio. En suma, hay recuperabilidad. De cualquier manera, recuperabilidad no debe significar ni que el elemento

---

[106] Incluso en caso de quiebra está previsto que el convenio pueda tener por objeto el traspaso de la empresa (art. 928 C. de c.).

Universidad de Huelva 2009

que integra el capital va a valer siempre lo mismo ni que siempre se va a obtener su valor, sino posibilidad de tal cosa[107]. El fondo de comercio en cuanto mayor valor de la empresa es susceptible de ser transmitido a título oneroso -junto a los demás elementos que la integran-, y de hecho ocurrirá, siempre que se transmita la entidad productiva como unidad, aunque, al igual que cualquier otro bien a la sociedad, éste puede finalmente perderse o deteriorarse, esto es, desaparecer. Como ya hemos señalado en alguna ocasión, es suficiente con que el valor del fondo de comercio aportado pueda ser recuperado a través de un procedimiento de liquidación que comporte la enajenación global de la empresa. Por tanto, el valor atribuido al fondo de comercio presenta un grado de recuperabilidad suficiente para poder ser objeto de aportación a la sociedad anónima, junto al resto de los elementos que integran la unidad productiva.

b) La declaración de quiebra de una sociedad anónima puede producir la disolución de la sociedad, si ésta la acuerda[108], con la consiguiente apertura del período de liquidación. Ahora bien, en este caso la liquidación se llevará a cabo a través de las normas concursales y no por las normas de la Ley de Sociedades Anónimas. Pero ello no es obstáculo para que los síndicos consideren más oportuno enajenar la empresa en bloque, a través de la cual obtendrán generalmente más numerario para satisfacer a los acreedores, en lugar de la enajenación individualizada de los elementos que la constituyen, por lo que también en este caso, a los efectos de la valoración de la entidad productiva, será tenido en consideración el

---

[107] Pensemos en la aportación de un inmueble, sin lugar a dudas perfectamente aportable. Supongamos que un incendio provoca la destrucción total del mismo, produciendo una gran pérdida para la sociedad y una considerable disminución del patrimonio social. Ello no debe llevar a considerar que, en virtud de esa posibilidad, los bienes inmuebles no puedan constituirse en objeto de aportación a la sociedad anónima. Lo mismo ocurre con el fondo de comercio. En principio, el valor que a éste se le atribuyó en el momento de la aportación podrá ser recuperado por la sociedad cuando enajene a un tercero la empresa como unidad productiva, pero nunca existe la certeza de que finalmente así vaya a suceder.

[108] No podemos olvidar que los artículos 928 y 929 del C. de c. facultan a las sociedades quebradas para que celebren convenios con sus acreedores. Convenios que pueden consistir, cuando menos para las sociedades anónimas, en la continuación de la empresa. Estos convenios suponen la suspensión de la quiebra (art. 906 C. de c.) y la vuelta de la sociedad a la vida normal y activa, recuperando la posesión de su patrimonio y la dirección de los negocios sociales (sobre la disolución por quiebra, ver, entre otros, MUÑOZ MARTÍN, N., *Disolución y derecho a la cuota de liquidación en la Sociedad Anónima*, cit., págs. 155-162; EIZAGUIRRE- DE ANGULO, "Disolución y liquidación. Obligaciones [Artículos 260 al final]", cit., págs. 60-63; URÍA-MENÉNDEZ-BELTRÁN, "Disolución y liquidación de la sociedad anónima [Artículos 260 a 281 de la Ley de Sociedades Anónimas]", cit., págs. 49-51).

Universidad de Huelva 2009

mayor valor de la empresa que representa el fondo de comercio.

5º. Conclusiones finales.

Tras el estudio y desarrollo de las cuestiones planteadas en las páginas precedentes en relación al fondo de comercio, estimamos conveniente, antes de continuar, tratar de exponer las conclusiones más relevantes a las que hemos llegado.

Es preciso calificar el fondo de comercio como una cualidad de la empresa que consiste en su capacidad o aptitud para obtener beneficios futuros en función de los factores económicos actuales. Capacidad que se traduce en un mayor valor que adquiere la empresa respecto a la suma del valor de los elementos que la integran cuando es objeto unitario de negocios jurídicos, considerada, pues, una entidad productiva en explotación.

Consecuentemente, cuando esa entidad productiva es objeto de valoración a los efectos de su transmisión a título oneroso, a la suma del valor de los elementos que la constituyen hay que añadir ese "plus" que el fondo de comercio representa, porque sólo así puede conocerse cuanto vale realmente la empresa que se transmite. Igualmente, cuando la transmisión de la empresa se realiza a través de su aportación a una sociedad anónima, el fondo de comercio o el mayor valor de la empresa que éste representa debe ser considerado en el momento de determinar el valor del conjunto unitario que se aporta. Así pues, el valor finalmente atribuido a la empresa objeto de aportación, que ya forma parte del patrimonio de la sociedad, pasará a integrar el capital social.

En efecto, el fondo de comercio puede ser aportado junto a los demás elementos que constituyen la empresa. Su valor se determinará con ocasión de la aportación de empresa, siempre a través de criterios objetivos, y será inscrito en el activo del balance de la sociedad adquirente. Por otra parte, si la sociedad, nuevo titular de la entidad aportada, quiere o se ve obligada a transmitir de nuevo la empresa, podrá recuperar el valor asignado en su momento

Universidad de Huelva 2009

al fondo de comercio a través de la valoración unitaria del conjunto productivo que de nuevo se pretende transmitir.

Es necesario, además, que el valor del fondo de comercio se exprese específicamente en la escritura de constitución o de aumento de capital de la sociedad anónima[109]. Las dificultades que pueden hallarse en su valoración no son causa suficiente para no realizarla, ni para calificar su aportación de imposible. Esta es la tesis sostenida por la mayoría de nuestra doctrina[110], que ha sido confirmada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo[111] y por la Dirección General de los Registros y del Notariado[112].

En conclusión, es necesario contar con el fondo de comercio, o el mayor valor que éste representa, para determinar el valor de cambio de la empresa. Cuando se admiten para valorar el conjunto de la empresa criterios distintos al de la simple suma del valor de sus elementos[113], siempre que sean aceptables, como es el de capitalizar los beneficios de un

---

[109] En estos términos se expresa la DGRN, en la citada Resolución de 31 de octubre de 1986. En concreto, en su séptimo Considerando, proclama, de forma clara y precisa: "*que la valoración del fondo de comercio como aportación in natura ha de figurar en la Escritura de constitución de la Sociedad Anónima, y su omisión constituye un defecto, que no cabe salvar argumentando que puede obtenerse indirectamente a través de restar del total el importe de las demás aportaciones, ya que la importancia de su valoración así como su dificultad, tal como se ha indicado en el anterior considerando, exige que no exista ninguna duda sobre el particular y se designe en forma concreta*".

[110] LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 151; MAMBRILLA RIVERA, V., "Fundación con aportaciones *in natura*", cit., pág. 751; GARRIDO DE PALMA-SÁNCHEZ GONZÁLEZ, "La sociedad anónima en sus principios configuradores", cit., pág. 27; GARRIDO DE PALMA, V.M., "La aportación a la sociedad anónima, hoy", cit., pág. 1139; PAZ-ARES, C., "Sobre la infracapitalización de sociedades", cit., pág. 1611; EGEA IBÁÑEZ, R., "Aportaciones no dinerarias a la sociedad anónima", cit., pág. 110; QUINTANA CARLO, I., "El capital social", cit., págs. 115-116; GOMEZA VILLA, J.I., "Contrapartidas en aumentos o reducciones de capital", cit., págs. 125-127; DÍAZ GÓMEZ, Mª.A., *Las aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima: contenido, valoración y desembolso*, cit., págs. 118-125; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I., *Aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima*, cit., págs. 188-192.

[111] Sentencia de 15 de julio de 1985.

[112] Resolución de 31 de octubre de 1986.

[113] Si lo que se pretende es obtener el valor global de la empresa, no parece conveniente determinarlo sólo a través del valor individualizado de las distintas partidas que integran el balance, aunque es cierto que dichos elementos no se pueden dejar de lado en el proceso de valoración, sino que deben servir, utilizando determinados criterios e introduciendo ciertas correcciones, para la determinación del valor de la empresa en su conjunto. Emplear un método de valoración analítico, es decir, en función del valor de los elementos integrantes de la empresa, bien utilizando los valores contables, bien operando una actualización de los mismos a través de determinados índices, parece poco aconsejable y distante de la realidad.

Universidad de Huelva 2009

período, se está incluyendo el valor del fondo de comercio en la medida en que éste haya contribuido a la generación de dichos beneficios[114]. El fondo de comercio es considerado por la ley como una entidad ideal, que puede figurar en el activo del balance de forma autónoma respecto a los bienes patrimoniales. No se puede, por tanto, ignorar el fondo de comercio de la empresa, como no lo ignora la ley.

Hemos señalado que lo característico de la transmisión de una empresa no es el traspaso de la titularidad de un conjunto inconexo de bienes y derechos, sino que es consustancial la existencia de una organización y unas relaciones de hecho, a través de las cuales se va a concretar la aptitud para generar beneficios futuros. Cuando esta capacidad para obtener beneficios se puede imputar a la empresa misma, se ha de considerar transferible junto a ella, de tal manera que ésta adquiere un valor de cambio superior al de la suma de sus elementos aislados. Por todas estas razones, entendemos que para valorar correctamente la empresa que se aporta se debe tener presente, además de los elementos patrimoniales que la integran, su actitud positiva o negativa para generar ganancias futuras.

Siguiendo esta línea de pensamiento, el fondo de comercio representa un valor patrimonial aportable junto al resto de elementos que integran la empresa. Aún cuando en

---

Además, el valor neto contable de los bienes pocas veces representa el valor económico de los mismos. Los bienes aparecen valorados al coste de adquisición, sin que tan siquiera puedan ser corregidos en función de la inflación. Por tanto, lo que han costado los elementos patrimoniales, y que aparece en los estados financieros no es generalmente lo que valen en el momento de la transmisión. Es preciso, por tanto, subrayar que el conjunto de bienes o derechos así valorados no representan el valor de la empresa, ya que tampoco se tiene en cuenta la posible existencia de elementos de carácter inmaterial, que a menudo no van a estar reflejados en el balance de la empresa.

Si se revaloriza o ajusta el valor neto contable de los diversos elementos que integran la empresa con la ayuda de determinados índices (índice general de precios o índices sectoriales según el tráfico de la empresa y la naturaleza de los bienes), es decir, si se tienen en cuenta los cambios de valor que han experimentado los bienes, se salvan algunas deficiencias, aunque no todas, ya que la depreciación de la moneda no es la única causa de inadecuación del valor contabilizado al valor real. En todo caso, pese a la contabilización de las plusvalías o minusvalías tácitas, este sistema de valoración no define plenamente el valor real del patrimonio empresarial, ya que no tiene en cuenta los valores inmateriales que se ponen de manifiesto en el momento de la transmisión, y, a pesar de la actualización de los valores, sigue siendo una valoración analítica, inadecuada por sí sola para determinar el valor de conjunto de la empresa.

[114] Entre otros, LOJENDIO OSBORNE, I., ("Aportaciones sociales [Artículos 36 a 41 LSA]", cit., págs. 150-151) y GARRIGUES-URÍA, (*Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., págs. 352-353), consideran que, en estos casos, es legítimo valorar la empresa en un precio superior al que refleja el inventario. Lo difícil es establecer el criterio para esta valoración. Un criterio aceptable podría ser capitalizar a un tipo prudente los beneficios netos de un determinado período.

Universidad de Huelva 2009

el balance del empresario aportante no aparezca inscrito el valor del fondo de comercio, éste ha de ser objeto de inscripción contable y deberá tener su lugar correspondiente en el balance de la sociedad que adquiere la empresa por vía de aportación, ya que el artículo 39.6 del C. de c. y los artículos 176 y 194.2 de la LSA, así como el Plan General de Contabilidad y la Resolución de la DGRN de 31 de octubre de 1986, siguiendo ésta última la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1985, permiten que el fondo de comercio figure en el activo del balance cuando haya sido adquirido a título oneroso. Ciertamente, aunque la sociedad adquirente no ha desembolsado ninguna cantidad de dinero, ya hemos señalado que el valor nominal de las acciones entregadas a cambio de la aportación se corresponde con el valor a ella atribuido, y que a tales efectos sí se ha tenido en cuenta el fondo de comercio, en virtud de lo cual se puede considerar a la aportación entre los supuestos de transmisión onerosa de una empresa.

En última instancia, el valor del fondo de comercio puede obtenerse indirectamente del balance del ejercicio en cuanto de él se puede calcular aproximadamente su valor basándose en el valor del activo, en el volumen de las obligaciones pendientes de la empresa, y, sobre todo, en los beneficios en ella obtenidos. En todo caso, el valor del fondo de comercio quedará reflejado en el balance de la sociedad adquirente y corresponderá a la diferencia entre el valor total de la empresa aportada y la suma del valor de los elementos que la componen.

III. LA INCIDENCIA DE UN FONDO DE COMERCIO NEGATIVO.

Hasta ahora nos hemos referido siempre al fondo de comercio que representa un *plus*valor, un valor positivo (*goodwil*l) para la empresa a la que pertenece. Sin embargo, podemos encontrarnos con el caso contrario, es decir, que el fondo de comercio constituya

Universidad de Huelva 2009

un *minus*valor, un valor negativo para el organismo productivo (*badwill*)[115]. En realidad, aunque nos expresemos en esos términos, no es que el fondo de comercio constituya un valor negativo para la empresa, sino que la empresa vale menos de lo que resulta de la suma algebraica de sus elementos. En la mayoría de estos casos, la empresa, en tales condiciones, no se transmitirá como objeto unitario, sino que el empresario transmitirá aisladamente cada uno de sus componentes.

En efecto, las condiciones del contexto en el cual las empresas operan cambian continuamente y no se repiten nunca de modo idéntico. También el fenómeno de los ciclos económicos y sus fases alternativas de prosperidad y depresión tiene notable importancia sobre los resultados económicos de las empresas. Se puede afirmar, por tanto, que una empresa se mueve en un ambiente de renovaciones continuas y es necesario adecuarse a las condiciones cambiantes de la coyuntura económica. Así, cambian los gustos de los consumidores y su capacidad de consumo, las condiciones del mercado financiero, la política económica, monetaria y fiscal, etc. Todas estas variaciones de la vida económica repercuten, directa o indirectamente, sobre la capacidad de beneficios de una empresa.

Pero esta capacidad de beneficios varía o depende también de determinadas condiciones internas de la empresa como, por ejemplo, de la posibilidad de actuar en determinados procesos productivos, de disponer del servicio de determinados dirigentes o de técnicos especializados, de practicar una determinada política de adquisición y de venta, de poseer una particular organización comercial, de tener las adecuadas fuentes de financiación, etc.

Por todos estos motivos -y por otros fácilmente imaginables- las expectativas de

---

[115] JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., ("Negocios sobre derechos no incorporados a títulos-valores y sobre relaciones jurídicas especiales. Recapitulación y reflexiones en torno al contenido de unas jornadas de estudio", *Negocios sobre derechos no incorporados a título-valores y sobre relaciones jurídicas especiales*, Madrid, 1992, pág. 428), considera que no siempre la existencia de una organización empresarial ha de representar un factor de riqueza; la disfuncionalidad de la empresa puede suponer un factor de empobrecimiento patrimonial por evidenciar una negativa potencialidad de generar pérdidas.

Universidad de Huelva 2009

beneficios de una empresa pueden ser diversas (menores) de los beneficios realmente obtenidos en el pasado.

En otros casos, la ausencia de organización, la falta de un mercado consolidado, las dificultades de acceder a él, etc, hacen que las previsiones de lucro o de beneficios futuros no sean satisfactorias o sean simplemente insuficientes, pudiendo llevar a que la empresa tenga un valor de cambio mucho más bajo que el que resulta de la suma del valor de sus elementos aisladamente considerados. Así, un simple cambio en la coyuntura del mercado o en los gustos del público pueden hacer del fondo de comercio una entidad inexistente o, al menos, de un valor reducido. Estas circunstancias negativas justifican que el valor global de la empresa, como conjunto unitario, no sea superior -o incluso sea inferior- a la valoración analítica de los bienes, derechos y obligaciones que la integran.

En este caso, no puede admitirse valorarla a efectos de aportación sin tener en cuenta el *minus*valor que el fondo de comercio representa[116]. De lo contrario, se estaría sobrevalorando la empresa, actuación que hemos considerado atenta contra los intereses de terceros acreedores[117].

---

[116] LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículo 36 a 41 LSA)", cit., pág. 153; OLIVIERI, G., *I conferimenti in natura nella società per azioni*, cit., pág. 424; PISANI MASSAMORMILE, A., *Conferimenti in S.P.A. e formazione del capitale*, cit., págs. 251-252.

[117] La Resolución de 21 de enero de 1992 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, anteriormente citada, aconseja que en el caso de que el valor de los activos de la empresa que se adquiere, o de parte de ella, menos el pasivo exigible, sea superior al importe de la compra, se proceda a determinar la naturaleza de la diferencia, y si se trata de una "provisión para riesgos y gastos" se contabilice como tal. En caso contrario, se imputará como menor valor de los activos adquiridos. En definitiva, se muestra partidaria de analizar la naturaleza de esa diferencia negativa entre el valor atribuido a la empresa a efectos de su transmisión y la suma del valor de los elementos de activo que la componen. Es posible que el resultado negativo se deba a la existencia en el pasivo del empresario transmitente de una "provisión para riesgos y gastos". Entendemos como "provisión para riesgos y gastos" aquéllas que tienen por objeto cubrir gastos originados en el mismo ejercicio o en otro anterior, pérdidas o deudas que estén claramente especificadas en cuanto a su naturaleza, pero que, en la fecha de cierre del ejercicio, sean probables o ciertos pero indeterminados en cuanto a su importe exacto o en cuanto a la fecha en que se producirán; de ahí que esta provisión no haya sido considerada anteriormente para determinar el valor de la empresa (por ejemplo, el empresario que ahora pretende transmitir la empresa de la que es titular despidió a una parte considerable de sus trabajadores, éstos han interpuesto demanda contra él por despido improcedente, por lo que prevé que tendrá que hacer frente a grandes indemnizaciones y para ello constituye en el pasivo una provisión para riesgos y gastos). Para el Derecho contable, la existencia de riesgos futuros o gastos ciertos, pero todavía no producidos o devengados, debe ser objeto de la oportuna provisión, como muestra inequívoca de la prudencia valorativa. La falta de dotación de dicha provisión es expresión de "imprudencia" en el empresario. Por tanto, el empresario adquirente inscribirá en su pasivo esa partida "provisión para riesgos y gastos". Si, por el contrario, no es esa la naturaleza de la diferencia negativa a la que antes

Universidad de Huelva 2009

Como ya hemos señalado, para integrar adecuadamente el capital social, es necesario tomar en consideración el valor del conjunto que constituye el objeto de aportación. El experto nombrado por el Registrador Mercantil debe atender al eventual *minus*valor que el fondo de comercio representa para la empresa que se aporta a efectos de su valoración. De idéntica manera que el valor de la empresa aumenta cuando las expectativas y capacidad de lucro son favorables, su valor debe disminuir cuando el signo de tal aptitud sea negativo[118]. En ambos casos, el experto deberá tener en cuenta este factor en la determinación del valor final que se atribuya a la empresa aportada.

Si se produce este supuesto, es decir, si el fondo de comercio representa un elemento negativo para la valoración de conjunto de la empresa objeto de aportación, la cuestión que se plantea es: ¿se efectuaría la aportación de la empresa como complejo unitario o sería mejor la aportación aislada de los diversos elementos que la integran?. No es difícil imaginar que la adquisición -cualquiera que sea el negocio jurídico a través de la cual se lleve a cabo- de una entidad productiva cuyas perspectivas de obtener beneficios son prácticamente nulas o inexistentes, por regla general, no interesa a nadie. Menos puede interesar a una sociedad anónima que se constituye con una finalidad de lucro, y a unos socios que adquieren dicha condición, no con el mero ánimo de desarrollar una actividad empresarial o de obtener una cierta satisfacción moral o profesional por sacar adelante una empresa de la que se esperaba poco o nada, sino con el ánimo de obtener un beneficio.

No obstante, es posible que la sociedad esté interesada en adquirir determinados bienes o elementos de la empresa, ahora en decadencia, que pueden resultar necesarios o

---

aludimos, será que la empresa como organismo productivo vale menos de lo que valen los elementos que la integran, es decir, que el fondo de comercio es negativo o representa un *minus*valor para la empresa. En ese caso, ese menor valor se imputará en el balance entre los diversos elementos activos de la empresa, sin que pueda crearse una partida en el activo del empresario adquirente con signo menos indicando ese valor negativo que el fondo de comercio representa para la empresa adquirida.

[118] Véase, LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 153; DÍAZ GÓMEZ, Mª.A., *Las aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima: contenido, valoración y desembolso*, cit., págs. 123-124 (nota 204), OLIVIERI, G., *I conferimenti in natura nella società per azioni*, cit., págs. 24 y ss.; PISANI MASSAMORMILE, A., *Conferimenti in SPA e formazione del capitale*, cit., págs. 251-252.

Universidad de Huelva 2009

convenientes para el desarrollo de su propia actividad. En este caso, el empresario, interesado en adquirir la condición de socio, podrá aportar a la sociedad, bien determinados elementos aislados que formaban parte de la empresa que ahora se desintegra, bien la empresa como unidad productiva[119].

Ahora bien, la aportación aislada de los elementos que forman parte de la empresa puede encontrar serios obstáculos. Así es, un gran inconveniente derivado de la aportación aislada de los elementos de la empresa se halla en la imposibilidad manifiesta de transferir algunos de ellos, cuya transmisión únicamente es viable a través de la transmisión de la empresa como entidad productiva unitaria. Ejemplo significativo es la intransmisibilidad, aludida en otras ocasiones, del nombre comercial sin la empresa a la que hace referencia. En estos supuestos, es posible que el nombre comercial, tan vinculado al fondo de comercio, no posea un valor significativo cuando el valor que expresa este último es negativo. Sin embargo, no deja de ser cierto que el nombre comercial desaparecerá si la empresa se disgrega y se aportan aisladamente algunos de los bienes que la integran. En suma, si se aportan los elementos aislados en lugar de la empresa como conjunto unitario, únicamente podrán aportarse los elementos activos susceptibles de aportación autónoma. Aquellos elementos del activo que no son susceptibles de ser aportados aisladamente y, sin embargo, pueden aportarse y valorarse como un elemento más de la empresa cuando ésta es aportada como conjunto unitario, quedarán necesariamente en el patrimonio del socio aportante. Igualmente no podrá el socio aportar a la compañía los elementos pasivos de la empresa, pues las deudas o las obligaciones no son susceptibles de constituirse en objeto de aportación. Las deudas o las obligaciones pueden ser objeto de transmisión a un tercero, pero no pueden ser objeto de aportación a una sociedad anónima porque no se puede aportar un valor negativo. En cambio, las deudas y las obligaciones pueden ser aportadas a la sociedad

---

[119] Piénsese que si se pretende la aportación de la empresa como conjunto unitario, el gran perjudicado va a ser en realidad el socio aportante, anterior titular de la empresa. En el momento de valorar la empresa como objeto de aportación se tendrá en cuenta el *minus*valor que el fondo de comercio representa para la misma, por lo que el valor final que se le atribuya quedará por debajo de la suma del valor de los diversos elementos que a ella pertenecen aisladamente considerados. Ello se traduce en que el empresario aportante podría, en este caso, recibir un número de acciones inferior al que recibiría si aportara individualmente, esto es, por separado, todos y cada uno de los elementos que integran la empresa.

Universidad de Huelva 2009

anónima cuando forman parte de un complejo unitario como es la empresa, pues en este caso la sociedad asume las obligaciones reduciendo su importe del valor de la aportación, pero no aisladamente. Nadie puede aportar deudas a la sociedad[120].

Consecuentemente, si un empresario pretende aportar su empresa, con un fondo de comercio negativo y, para que ese *minus*valor no disminuya el valor de global de la entidad productiva, trata de sustituir la aportación del conjunto unitario por la aportación aislada de los elementos que lo constituyen para obtener, de este modo, el mayor número posible de acciones de la sociedad, se encontrará con diversos inconvenientes: en primer lugar, no podrá considerarse aportación de empresa sino aportación de diversos bienes aisladamente considerados; en segundo lugar, no todos los elementos de la empresa podrán ser aportados a la sociedad, únicamente podrán ser objeto de aportación aquéllos susceptibles de aportación autónoma; y, además, nunca podrán aportarse de forma aislada los elementos que constituyen el pasivo de la empresa.

En teoría, la sociedad estará normalmente interesada en que la empresa sea valorada como conjunto unitario a pesar de que su verdadero interés se halle en los diversos elementos que la integran y no en la entidad productiva como tal. Pensemos que si la empresa se valora como conjunto unitario, ese *minus*valor que representa el fondo de comercio será tenido en consideración en el momento de determinar su valor global a los efectos de su aportación como conjunto unitario. El resultado será, pues, que la sociedad tendrá que entregar al empresario transmitente un número menor de acciones que el que se vería obligada a entregar si el socio aportara los elementos individualizados que la constituyen. Por otra parte, es posible que la sociedad, en alguna ocasión, esté interesada en adquirir la empresa como unidad productiva con la esperanza de mejorar su organización y eficiencia y obtener grandes beneficios, o, simplemente por razones de estrategia en el mercado.

---

[120] Distinto es el supuesto de que se aporte un bien que lleve aparejado alguna deuda (por ejemplo, porque su precio, que fue aplazado, no ha sido enteramente satisfecho por el socio aportante). En este caso, se producirá la aportación del bien con la asunción por parte de la sociedad de la deuda a él conectada que, en definitiva, se traducirá en una reducción del valor atribuido al bien aportado.

Universidad de Huelva 2009

No obstante, en la práctica, suponemos que lo más frecuente será que la sociedad esté interesada en recibir alguno o algunos de los elementos patrimoniales de la empresa (por ejemplo, una patente). En este caso, de ordinario, la sociedad preferirá obtenerlo en sí mismo, de forma aislada, entregando a cambio las acciones que correspondan a su valor y no como un componente de una empresa que no le interesa. Además, suponemos, el aportante no consentiría otra cosa. Esto es, el aportante preferirá transmitir los elementos aislados y no la empresa en bloque pues, de este modo, recibirá más acciones.

IV. LA AMORTIZACIÓN DEL FONDO DE COMERCIO.

1°. Consideraciones previas.

El vigente Plan General de Contabilidad, siguiendo el texto del artículo 194.2 de la LSA, tras definir el fondo de comercio, establece: "*Esta cuenta sólo se abrirá en el caso de que el fondo de comercio haya sido adquirido a título oneroso*". Dicho Plan, en lo referente a normas de valoración del inmovilizado inmaterial, señala en la norma 5ª que "*el fondo de comercio deberá amortizarse de modo sistemático, no pudiendo exceder del período durante el cual contribuya a la obtención de ingresos, con el límite máximo de diez años*[121]. *Cuando este período exceda de cinco años deberá justificarse en la memoria la ampliación del plazo*".

Desde el punto de vista contable, estos preceptos consideran al fondo de comercio, por un lado, como una entidad patrimonial, al permitir que figure en el balance de la sociedad como un valor real y concreto; pero, por otro, obligan a amortizarlo

---

[121] Las amortizaciones recogen las disminuciones del valor contable de las inmovilizaciones con utilización limitada en el tiempo; han de establecerse sistemáticamente en función de la vida útil de los bienes, atendiendo a la depreciación que normalmente sufran por su funcionamiento, uso y disfrute, sin perjuicio de considerar también la obsolescencia que pudiera afectarlos (GARRETA SUCH, J.M., *Introducción al Derecho contable*, cit., pág. 169). La amortización, en tanto coste de un elemento del activo inmovilizado, se carga en la cuenta de Pérdidas y Ganancias (art. 189.A.4 LSA) y se corresponde con la cantidad que se estima pierde el valor del bien a lo largo del ejercicio. Se contabiliza como gasto del período.

Universidad de Huelva 2009

sistemáticamente, en el período durante el cual contribuya a la obtención de ingresos, con el límite máximo de diez años computables a partir del ejercicio en que se produjo la adquisición onerosa del mismo por la sociedad. Además, hasta que no haya sido amortizado por completo, se prohíbe toda distribución de beneficios, a menos que el importe de las reservas disponibles sea, como mínimo, igual al importe de los gastos no amortizados (arts. 194.3 y 213 LSA).

La necesidad de amortizar el fondo de comercio, a pesar de que su valor no haya sufrido ninguna disminución o haya aumentado, es un argumento más para afirmar que la LSA no lo considera como un bien patrimonial y que, en consecuencia, no puede ser aportado a una sociedad anónima independientemente de la empresa a la que pertenece[122].

Estas normas parecen oportunas en los casos de fondos de comercio que se agoten, pero si su valor dentro del conjunto de la empresa se mantiene o aumenta y, a pesar de ello, se obliga a amortizarlos, se está forzando a formar unas reservas ocultas[123] (que pueden

---

[122] La diferencia entre el fondo de comercio y diversos bienes patrimoniales de la empresa, respecto de los cuales la ley impone su amortización, está en que éstos últimos -por ejemplo, una máquina empleada en el proceso de producción de un bien-, con su utilización a lo largo del tiempo, van poco a poco deteriorándose y perdiendo su valor, es decir, tienen un período de vida determinado, por lo que antes o después tendrán que ser necesariamente sustituidos por otros nuevos que pasarán a ocupar su lugar en el proceso de producción que corresponda y también en el activo del balance de la empresa. Por el contrario, el fondo de comercio no necesariamente tiene que desaparecer ni ver disminuido su valor con el paso del tiempo; antes bien, es posible que éste valor se mantenga, e incluso que aumente; y a pesar de ello, tiene que ser amortizado.

[123] Por reservas ocultas debemos entender aquéllas que no se manifiestan, esto es, que no lucen en el balance (GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 446; SÁNCHEZ CALERO, F., *La determinación y la distribución del beneficio neto en la Sociedad Anónima*, Madrid-Roma, 1955, págs 71 y ss.). Con frecuencia el valor real de los elementos que componen el activo en su conjunto es muy superior al valor contable de los mismos. Esa diferencia de valor se conoce como reservas ocultas o plusvalías. Efectivamente, los criterios legales de valoración de los elementos del activo y su carácter imperativo, así como el constante deslizamiento del valor de la moneda en que son expresadas las valoraciones, se encuentran, en muchas ocasiones, en el origen de estas reservas ocultas y plusvalías patrimoniales. En definitiva, las reservas ocultas están constituidas o bien por beneficios no manifestados por los administradores a la hora de confeccionar las cuentas anuales de la compañía referentes al año en que se obtuvieron -no es éste el supuesto analizado- o bien por plusvalías o incrementos de valor no meramente monetarios de los elementos del activo social, los cuales lucen en balance conforme al inferior precio de adquisición o, simplemente, como ocurre con la partida del fondo de comercio, tienen que ser amortizados sin que en realidad hayan perdido su valor (ILLESCAS ORTIZ, R., "Las cuentas anuales de la Sociedad Anónima [Artículos 203 a 222 de la Ley de Sociedades Anónimas]", T. VIII, vol. 2°, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* [dir. URÍA, MENÉNDEZ, OLIVENCIA], Madrid, 1993, págs. 201-206; VEGA PÉREZ, F., "Aumento de capital con cargo a reservas", *Derecho de Sociedades Anónimas. III Modificación de estatutos. Aumento y reducción del capital. Obligaciones*, vol. I, Madrid, 1994, pág. 467; GARCÍA-MORENO GONZALO, J.Mª., "Actualización de balances: afloración y aplicación de reservas ocultas", *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. AURELIO*

Universidad de Huelva 2009

incluso coincidir con una situación contable de pérdida de la sociedad[124]), la cuales serán mayores cuanto mayor sea el fondo de comercio de la empresa que se aporta. Y lo que es más grave, si habiendo pérdidas contables no pueden repercutirse sobre esas reservas ocultas, es posible que la sociedad, en casos extremos, se vea obligada a reducir su capital o disolverse (art. 260.4 y 5)[125].

MENÉNDEZ, T. II, Madrid, 1996, págs. 1.843-1.852).

[124] Pensemos que las pérdidas de la sociedad, en primer término, producen efectos devastadores y escalonados sobre todo tipo de reservas manifiestas -las que lucen en balance-. El artículo 168 de la LSA fija las condiciones de dicho escalonamiento y consagra a la reserva legal como último baluarte patrimonial contable atacado por las pérdidas antes de que éstas afecten al capital social. Lógicamente, el enjugar pérdidas implica la extinción de las reservas a cuyo cargo han sido satisfechos los acreedores sociales que no han podido ser compensados con cargo a los ingresos societarios del ejercicio. Agotadas las reservas manifiestas las pérdidas repercutirán sobre el capital social. No obstante, el artículo 175. Pasivo. A) III de la LSA contempla una denominada "reserva de revalorización" a cuyo amparo podrían pasar a lucir en balance las reservas ocultas que la junta, en un momento dado y por diversas razones, decida evidenciar dentro de las facultades que en relación con la alteración de los criterios de valoración contable atribuye a los empresarios en general el artículo 38.2 del C. de c. En este orden de ideas, en el vigente Plan General de Contabilidad se prevé una reserva de revalorización (cuenta 111) en la que deberán anotarse "*las revalorizaciones de elementos patrimoniales procedentes de la aplicación de Leyes de Actualización*". Nuestro legislador ha optado, por tanto, por el sistema de la periódica promulgación de normas especiales que autorizan y regulan la revalorización de activos. Sin embargo, las consecuencias fiscales de la operación pueden hacerla inviable en la práctica. Para que la aproximación de los valores contables al valor real no suponga una descapitalización de las empresas, esas leyes especiales, en parte de contenido fiscal y denominadas leyes de actualización o regularización de balances, o similares, han facilitado en determinados momentos el ejercicio de esta operación de manifestación de reservas ocultas sin por ello generar un hecho imponible, es decir, sin considerar como beneficios tributables los incrementos o plusvalías que resulten de la actualización de los valores patrimoniales. A tal fin se publicó la Ley de Regularización de Balances de 23 de octubre de 1961, que posteriormente fue objeto de modificación en virtud de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1964, dándose lugar al Texto Refundido de 2 de julio del mismo año y con ella a la llamada Cuenta de Regularización Ley 76/1961. Posteriormente, el Decreto-Ley 12/1973, de 30 de noviembre, sobre Ordenación Económica, restableció la vigencia de la Ley de Regularización de Balances, dando así lugar a la Cuenta de Regularización del Decreto-Ley 12/1973. La Ley 1/1979 de Presupuestos del Estado autorizó la actualización de los valores de los activos fijos materiales que figurasen en contabilidad al 31 de diciembre de 1978, ajustándose al Texto Refundido de la Ley de Regularización de Balances. También la Ley de Presupuestos de 1981 autorizó una nueva actualización, desarrollada por el Real Decreto 621/1981, de 27 de marzo. Posteriormente, la Ley 9/1983, de 13 de julio, sobre Presupuestos del Estado, autorizó la actualización de balances, que fue desarrollada mediante Real Decreto de 22 de febrero de 1984. Y, finalmente, el artículo 5 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, regula la actualización de balances y crea la Cuenta Reserva de Revalorización Real Decreto-Ley 7 /1996. Este precepto ha sido desarrollado mediante el Real Decreto 2607/1996, de 20 de diciembre, por el que se aprueban las Normas para la Actualización de Balances (ver, entre otros, ILLESCAS ORTIZ, R., "Las cuentas anuales de la Sociedad Anónima [Artículos 203 a 222 de la Ley de Sociedades Anónimas]", cit., págs. 205-206; VEGA PÉREZ, F., "Aumento de capital con cargo a reserva", cit., págs. 467-472; VALPUESTA GASTAMINZA, E., "El principio de <<Coste Histórico>> en el Derecho Mercantil Contable", *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. MANUEL BROSETA PONT*, T.II, Valencia, 1995, págs. 3829-3868; GARCÍA-MORENO, GONZALO, J.Mª., "Actualización de balances: afloración y aplicación de reservas ocultas", cit., págs. 1839-1868; ORÓN MORATAL, G.-CUENCA GARCÍA, Mª.A., "Las revalorizaciones contables en el ordenamiento jurídico español", *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. MANUEL BROSETA PONT*, T. II, Valencia, 1995, págs. 2651-2667; ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., "Derecho de Sociedades y actualización de balances", *Revista de Derecho de Sociedades* nº 8, 1997, págs. 214-225).

[125] LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 152. En el mismo sentido se expresa en la doctrina italiana OLIVIERI, G., *I conferimenti in natura nella società per azioni*, cit., págs. 400-401.

Universidad de Huelva 2009

Igualmente, si nos hallamos ante un fondo de comercio con un valor ciertamente importante, y se prohíbe la distribución de beneficios en tanto esta partida no haya sido completamente amortizada y no existan reservas disponibles que cubran el importe que resta por amortizar, se "*está penalizando a las empresas más dinámicas, alejando la posibilidad de obtener una rentabilidad sobre la base, precisamente, del fondo de comercio*"[126].

2º. El mayor rigor de la legislación nacional con respecto a la IV Directiva de la CEE.

A diferencia de nuestra legislación interna, el artículo 37.2 de la IV Directiva de la CEE[127], establece que "*la letra a) del apartado 1 del artículo 34* [reguladora del plazo de amortización de los gastos de constitución], *será aplicable a la partida de fondo de comercio*", pero no prohíbe la distribución de beneficios hasta que no se haya amortizado, prohibición que solamente considera aplicable a los gastos de constitución. La presencia en el activo del balance de los gastos de constitución que no han sido completamente amortizados impide la distribución de beneficios cuando no existen reservas disponibles suficientes para cubrir la suma de estos gastos no amortizados; sin embargo, ninguna prohibición de ese género ha previsto el legislador comunitario en torno a la existencia en el activo del valor del fondo de comercio que no afecta para nada la distribución de beneficios[128].

El mayor rigor de nuestro legislador interno respecto al comunitario en relación al fondo de comercio ha merecido alguna crítica. Con una severidad probablemente innecesaria,

---

[126] VÁZQUEZ GARCÍA, R.J., "Valoración de empresas: especial referencia al inmovilizado inmaterial", cit., pág. 167.

[127] Directiva 78/660/CEE, de 25 de julio de 1978, relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedades, modificada por las Directivas 83/349/CEE, de 13 de julio de 1983, 90/604/CEE y 90/605/CEE, de 8 de noviembre de 1990.

[128] VÁZQUEZ GARCÍA, R.J., ("Valoración de empresas: especial referencia al inmovilizado inmaterial", cit., pág. 167), considera que los artículos 194.3 y 213 de la LSA han de interpretarse de acuerdo con el tenor literal de la Directiva, aunque haya una falta de coincidencia entre el texto de la Ley 19/1989 y el texto comunitario que parezca alejar la posibilidad de proceder de esta manera.

Universidad de Huelva 2009

el artículo 194.3 de la LSA puede impedir toda distribución de beneficios entre los socios en tanto no se haya procedido a la íntegra amortización de los activos contables que en el balance lucen como gastos de establecimiento[129], gastos de investigación y desarrollo[130] y, además, fondo de comercio. Esto nos lleva a pensar que nuestro legislador da al fondo de comercio el mismo tratamiento normativo que a estos otros gastos de establecimiento, investigación y desarrollo.

Sin embargo, el artículo 194 LSA en su párrafo 1 -regulador del plazo de amortización de los gastos de establecimiento, investigación y desarrollo- aún cuando pudiera parecer más riguroso que su párrafo 2 -que se refiere al fondo de comercio-, en cuanto que impone la amortización de dichos gastos en un plazo máximo de cinco años, en realidad no lo es[131]. El párrafo 2 de dicho precepto, indica que el fondo de comercio deberá amortizarse de modo sistemático durante un período máximo de diez años, si bien deberá justificarse en la Memoria la amortización durante un período superior a los cinco años. En cualquier caso, según el tenor literal del artículo 194.2 de la LSA, el plazo de amortización del fondo de comercio no podrá exceder del período durante el cual contribuya la obtención de ingresos

---

[129] Como ya hemos señalado, bajo dicha rúbrica pueden incluirse los gastos efectuados con ocasión de operaciones que condicionan la existencia o, eventualmente, el desarrollo de la empresa siempre que su importe no resulte directamente aplicable a la producción de bienes o servicios determinados integrados en la actividad ordinaria de la compañía u objeto social.

[130] Recordemos que en esta partida se pueden incluir los gastos ocasionados por las actividades relacionadas con la innovación científica, tecnológica y comercial llevada a cabo por la empresa social. Cuando los gastos de investigación y desarrollo conduzcan a un resultado positivo, es decir, que como consecuencia de las actividades de investigación y desarrollo la sociedad obtenga patentes, modelos, etc., y éstas se registren y se formalicen convenientemente, su importe se recogerá en la partida de "Propiedad Industrial" o en la de "Aplicaciones informáticas", en su caso. Si la patente, el modelo, etc., incorpora en su valoración la totalidad de los gastos de investigación realizados en su consecución, tales gastos no habrán de lucir en balance; si, por el contrario, dicha valoración no incorpora la totalidad de los gastos, éstos podrán lucir por su importe residual.

[131] No podemos olvidar que la Disposición Final segunda, de la LSA, atribuye facultades al Ministro de Economía para que, a propuesta del Instituto de Contabilidad y mediante Orden ministerial, establezca excepciones al plazo máximo de amortización de los gastos de investigación y desarrollo genéricamente previsto -cinco años-. La Ley no distingue en modo alguno a la hora de atribuir al Ministro dichas facultades; por consiguiente habrá de entenderse que las excepciones podrán afectar a todas las sociedades obligadas por la norma o tan sólo a algún sector de ellas determinado por su dimensión, su objeto social o cualquier otro criterio. Igualmente hay que entender que la excepción podrá consistir en un incremento del período máximo de amortización o, por el contrario, en la disminución del mismo.

Universidad de Huelva 2009

para la empresa[132].

El artículo 194.1 de la LSA puede ser entendido en el sentido de que la inscripción en el balance de los gastos a que se refiere se efectúa cuando al desembolso de una suma de dinero, para los fines de constitución e investigación y desarrollo, no se haya correspondido alguna adquisición efectiva de una entidad útil al patrimonio social; de ahí la necesidad de amortizarlo. Al contrario, el fondo de comercio, en la medida en que exista, puede constituir siempre un valor positivo para la empresa a la que pertenece, aumentando el patrimonio social. De ahí la necesidad de centrarnos en la búsqueda de las razones o fundamentos que han llevado tanto al legislador comunitario como al nacional a imponer su amortización.

Podríamos considerar, en un primer momento, que el legislador comunitario ha impuesto la amortización del fondo de comercio porque ha entendido que este activo tiene un plazo de utilización limitada o, lo que es igual, que el paso del tiempo hace que pierda su valor hasta llegar al agotamiento.

Mas la realidad demuestra que, al menos en determinadas ocasiones, el valor de adquisición del fondo de comercio no se ve reducido por el transcurso del tiempo sino que, por el contrario, aumenta. En estos supuestos podría carecer de sentido llevar a cabo la amortización del fondo de comercio, por más que lo diga la Cuarta Directiva. La propia norma comunitaria autoriza la excepción al preceptuar (art. 2.5) lo siguiente: "*Si, en casos*

---

[132] Con ello se está dando cumplimiento al artículo 37 de la Cuarta Directiva, que establece como plazo general de amortización los cinco años, si bien se permite que los Estados miembros puedan autorizar un plazo limitado superior siempre que no exceda del tiempo de utilización del activo y que se mencione debidamente motivado en el anexo o Memoria. Esta normativa se recoge en el artículo 194.2 de la LSA que, en cambio, establece para cualquier caso el requisito de que el plazo de amortización no podrá superar el período durante el cual dicho fondo contribuya a la obtención de ingresos para la sociedad; entendemos que la Cuarta Directiva no es tan exigente, ya que este requisito se exige solamente para plazos de amortización superiores a los cinco años; de otra manera, y tal como se recoge en la Ley española, se está permitiendo diferir los gastos de establecimiento, así como los gastos de investigación y desarrollo durante cinco años, contribuyan o no a la producción de ingresos, pero se es más restrictivo para el fondo de comercio. De la interpretación de la Ley parece deducirse - de acuerdo con ILLESCAS ORTIZ, R., ("El fondo de comercio y otros activos inmateriales: las nuevas reglas dictadas por la Ley de Sociedades Anónimas", cit., pág. 6)- que la no contribución del fondo de comercio a la obtención de ingresos sociales, aún habiendo sido adquirido a título oneroso y pudiendo lucir en balance por consiguiente, determina la obligación de su inmediata, abrupta y completa amortización. Sólo cuando su contribución a los ingresos es efectiva, los administradores gozan de la facultad de amortizarlo dilatadamente, pero siempre con el expresado límite de diez ejercicios.

Universidad de Huelva 2009

excepcionales, la aplicación de una disposición de la presente directiva se manifiesta incompatible con la obligación prevista en el párrafo 3 (reflejar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad), se considerará que tal disposición no es aplicable, a fin de que se dé la imagen fiel en el sentido del citado párrafo".

Indudablemente, amortizar el fondo de comercio, cuando éste no pierde ni ve disminuido su valor, distorsiona la imagen fiel de la empresa, puesto que convierte en reserva oculta un valor patrimonial perfectamente constatable y contrastable. Es necesario, en consecuencia, tratar de buscar un motivo válido para que dicha amortización se lleve a cabo, ya que la LSA y el PGC imponen la amortización sistemática del mencionado fondo, con independencia de que el mismo se devalúe o se revalúe con el discurrir del tiempo.

3º. Fundamentos de la necesidad de amortizar el fondo de comercio.

Ciertas dudas se han suscitado acerca de la conveniencia o inconveniencia de amortizar el fondo de comercio y, a la vez, sobre las propias razones que han llevado al legislador a imponerla. Como ya hemos señalado, la amortización, en su sentido más estricto, constituye la expresión de la pérdida de valor del inmovilizado debida a su depreciación, envejecimiento o consumo como consecuencia natural, previsible y generalmente continuada y pausada de la afectación de dicho activo a las actividades del sujeto. Sin embargo, el fondo de comercio no se deprecia como consecuencia de su utilización, ni como consecuencia del mero transcurso del tiempo, en el sentido de que no envejece[133]. En efecto, cuando el fondo

---

[133] El inmovilizado inmaterial contribuye a la producción empresarial incorporándole una cierta dosis de valor, pero a diferencia del inmovilizado material depreciable, no pierde su valor como consecuencia del uso. Es decir, el inmovilizado inmaterial no se deprecia por su mera utilización, ni por el mero transcurso del tiempo, en el sentido de que no envejece. La depreciación de los activos intangibles no suele obedecer a su utilización o desgaste en los procesos productivos, sino a causas económicas, extrínsecas a la actividad de la empresa, difíciles de valorar en la mayor parte de los casos. Cuando un inmovilizado inmaterial pierde su valor, tal pérdida se debe a circunstancias ajenas a la producción, generalmente de carácter económico -como la obsolescencia (derivada de la acción del progreso técnico)- o legal -como la caducidad de los plazos de uso-, y otras formas de disminución de valor que en ocasiones no se presentan ni de forma prevista ni de forma paulatina, y que no son consecuencia de la producción sino que inciden sobre tal producción. Así pues, la adquisición de un fondo de comercio no supone la posibilidad de su amortización en el sentido estricto antes apuntado. El fondo de

Universidad de Huelva 2009

de comercio pierde o ve disminuido su valor se debe generalmente a circunstancias ajenas a la producción, generalmente de carácter económico, que no se presentan ni de forma previsible ni de forma paulatina, incidiendo sobre los resultados. Pero el valor del fondo de comercio puede mantenerse sin que disminuya e, incluso, incrementarse; y, a pesar de ello, la Ley obliga a amortizarlo.

El problema es que el fondo de comercio, cuando ha sido adquirido a título oneroso, ha de ser necesariamente inscrito en el activo del balance del empresario adquirente para no romper el equilibrio contable, pues en realidad representa un mayor valor de la empresa respecto al valor de los elementos aislados que la integran y se ha pagado un precio por él[134]. Cuando la sociedad adquiere la empresa a través de su aportación igualmente habrá de reflejar en su balance el valor atribuido al fondo de comercio y el valor de conjunto de la entidad productiva pasará a integrar el capital social. Esta inscripción se debe entonces a un proceso de pura y simple imputación de un coste efectivamente realizado para su adquisición.

Ahora bien, tanto el legislador comunitario como el nacional consideran peligroso mantener en la contabilidad de la sociedad un valor intangible e inestable como es el fondo de comercio, y exigen que éste sea sustituido por un valor tangible, efectivo y disponible en cualquier momento de la vida social. En definitiva, el legislador no confía en el fondo de comercio como garantía de terceros y obliga a su amortización[135]. En efecto, el fondo de

---

comercio no se utiliza para la producción. El fondo de comercio, como le sucede al resto de los inmovilizados inmateriales, no se deprecia como consecuencia de la producción; es más, dado que el fondo es una consecuencia de la producción, cuando ésta es más y mejor, se aprecia o revaloriza, aunque tal apreciación, existente y mensurable en cualquier momento, no se pueda hacer lucir en el balance sino con ocasión de una transmisión.

[134] Sobre la necesidad de inscribir el fondo de comercio en el activo del balance del empresario adquirente, ver, por todos, el apartado 3°.b. **La representación contable del fondo de comercio**, del punto II **LA APORTACIÓN DEL FONDO DE COMERCIO**, de este capítulo.

[135] No existe la menor duda sobre el carácter incierto e inconcreto del asiento correspondiente al fondo de comercio, pues a través de él puede lograrse la inclusión injustificada en el balance de grandes sumas con la única intención de inflar o engordar el activo. Por otra parte, no podemos olvidar la desconfianza que, con justos motivos, provoca en los teceros el tener que mantener relaciones con empresas en cuyos balances figura el fondo de comercio como elemento del activo.

Universidad de Huelva 2009

comercio es volátil; por circunstancias muy variadas puede en un período de tiempo breve desaparecer o, al menos, ver disminuido en gran medida su valor. Si el fondo de comercio aparece inscrito en el activo del balance de la sociedad -integrando su valor el capital y aumentando el patrimonio social-, y no se procede a amortizarlo, ante cualquier circunstancia imprevista que lo haga desaparecer o reduzca considerablemente el valor que en su día se le atribuyó, el activo de la sociedad disminuirá, pudiendo perjudicar los intereses de los acreedores sociales. La intención del legislador es evitar a través de la amortización de su valor, en el período durante el cual contribuya a la obtención de ingresos, que ese perjuicio llegue a producirse. Es éste un motivo por el cual el coste de su obtención debe ser amortizado en un corto período de tiempo[136].

En este sentido se puede incluso pensar que la obligación de amortizar el fondo de comercio opera, además, en garantía de terceros acreedores. En efecto, la LSA obliga a amortizar el valor del fondo de comercio en el período durante el cual contribuya a la obtención de ingresos, con el límite máximo de diez años. Consecuentemente, cuando una empresa de la que es titular la sociedad no produce ingresos, por imperativo de la Ley, su fondo de comercio habrá sido, de ordinario, completamente amortizado en los ejercicios anteriores o, en su caso, se procederá a de forma inmediata a la amortización del resto. Por tanto, en el supuesto concreto de una empresa que la sociedad adquirió por vía de aportación entregando determinadas acciones a cambio del valor del fondo de comercio -existente en el momento de la aportación-, la desaparición de ese mayor valor no ocasiona generalmente perjuicio alguno al capital social ni lesiona los intereses de los acreedores, porque en realidad habrá sido sustituido en el patrimonio social por dinero efectivo u otros bienes, es decir,

---

[136] El fondo de comercio es un activo inmaterial al que debemos atribuir una vida limitada cuya extensión ha de establecerse por convención dentro de límites no demasiados extensos, dado que en el mantenimiento o pérdida posteriores de su valor no incide ya el coste de adquisición pagado a un tercero sino la conducta del propio sujeto. Ahora bien, el hecho de que el fondo de comercio no sea amortizable en el sentido estricto, antes aludido, no implica que, dado que se admite su volatibilidad, y que supone un coste efectivo encaminado, como necesario, a la obtención de ingresos, no deba admitirse su amortización en sentido amplio.

Universidad de Huelva 2009

habrá sido amortizado[137]. En suma, la recuperabilidad del valor del fondo de comercio se ha logrado, en esta ocasión, a través de su amortización, en la medida en que la misma se haya efectuado.

Ir amortizando significa retener en el patrimonio social ciertos valores que no se pueden distribuir a los socios[138]. La amortización incrementa, en este caso, la retención de activos en el patrimonio de la sociedad, lo que favorece a los acreedores, en tanto que la Ley, por sí misma, prohíbe la distribución de beneficios hasta que la partida del fondo de comercio no haya sido amortizada por completo o existan reservas disponibles que cubran la cuantía que resta por amortizar.

Es más, la amortización del fondo de comercio representa una doble garantía para los acreedores sociales en aquellos supuestos en los que el fondo de comercio ha sido completamente amortizado sin que haya desaparecido del patrimonio empresarial. En efecto, la amortización del fondo de comercio en la hipótesis en la que el mayor valor de la empresa aportada no se pierde sino se mantiene, e incluso aumenta, se traduce, de una parte, en la sustitución de un valor aleatorio e intangible que el fondo de comercio representaba para los acreedores de la sociedad por un valor tangible y efectivo[139]; y, de otra parte, si la sociedad se dispone a transmitir a título oneroso la empresa que adquirió vía aportación, recibirá por

---

[137] De esta manera, amortizando el valor del fondo de comercio, en el período de tiempo durante el cual contribuye a la obtención de ingresos, que puede calificarse de breve, se salvaguarda, en cierta medida, los intereses de los acreedores de la sociedad, en tanto que el valor que se le atribuyó ha sido sustituido por dinero efectivo u otros activos, siendo irrelevante que a partir de ese momento su valor desaparezca o disminuya, ya que no quedaría en descubierto ninguna porción del capital social.

[138] Mediante la amortización, el empresario reduce los beneficios repartibles del ejercicio, separando previsoramente parte de los resultados para reponer en su momento los activos precisados de renovación por el paso del tiempo. De esta manera, consigue distribuir el coste del inmovilizado como gasto de los ejercicios en los que se deprecia (GARRETA SUCH, J.M., *Introducción al Derecho contable*, cit., págs. 235-236.

[139] Para SIMONETTO, E., (*Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, cit., págs. 290-291), el *avviamento* no es un bien patrimonial, no es un bien sujeto a deterioro aunque deba amortizarse. Más bien, con el paso del tiempo debería aumentar o al menos permanecer estacionario en su valor. Sin embargo, independientemente de que éste disminuya o aumente, debe efectuarse su amortización, pues a ello obliga la ley. Eso significa que debe ser sustituido por bienes reales y concretos, por valores efectivos y no efímeros. El legislador quiere que el patrimonio de la sociedad esté constituido por bienes ciertos, concretos y reales, por bienes no solamente idóneos para servir de garantía, sino que sean valorables de forma segura y constante .

Universidad de Huelva 2009

ella, además de la suma del valor de los diversos elementos que la integran, el mayor valor que para esa empresa representa su fondo de comercio, a pesar de que haya sido amortizado por completo y sustituido por otros activos cuyo valor también se ha computado en el valor global de la entidad productiva.

Ahora bien, aún cuando estemos convencidos de que la exigencia de amortizar el fondo de comercio se debe a la desconfianza que, como valor intangible, aleatorio e inestable de la empresa, comparten legisladores, socios y acreedores, no consideramos que éste sea un argumento convincente y adecuado para fundamentar su amortización. De ahí que nos hallemos ante la necesidad buscar la verdadera razón de la obligación legal de amortizar el denominado fondo de comercio.

Un posible fundamento de la necesidad de amortizar el fondo de comercio puede hallarse en el hecho de que la disminución, la conservación o el aumento de valor del fondo de comercio de la empresa transmitida depende en gran parte de los esfuerzos del nuevo titular y no del empresario transmitente, y en este sentido, los costes en que incurre el primero para preservarlo de posibles disminuciones son también relevantes. La razón de amortizar el fondo de comercio puede acercarse a la idea de que el fondo de comercio transmitido junto a la empresa va poco a poco desapareciendo. A la vez, va siendo sustituido por un fondo de comercio nuevo, que va naciendo y adquiriendo valor, que se genera en virtud de los esfuerzos del nuevo empresario titular, de la renovación e impulso que da a los elementos de la empresa adquirida, y que, por tanto, es distinto del fondo de comercio que adquirió en su momento del empresario transmitente.

En definitiva, el fondo de comercio adquirido a título oneroso, va desapareciendo, debido a cambios desencadenados por infinidad de fuerzas económicas y coyunturales, por lo que necesariamente ha de ser amortizado; no se puede suponer que el fondo de comercio sea permanente. Pero a la vez, nace y se genera en la empresa un fondo de comercio, no derivado del empresario transmitente, sino de los esfuerzos y un gasto constante del

Universidad de Huelva 2009

empresario adquirente que pretende mantener la capacidad de la empresa de producir beneficios y que, como no ha sido adquirido a título oneroso sino que se ha generado y desarrollado en la empresa, no puede ser inscrito en el activo de su balance. La capacidad de producir beneficios de una empresa no es eterna. En realidad, es necesario alimentarla y renovarla[140].

Tal vez, un motivo más para justificar la necesidad de amortizar el fondo de comercio, unido a su vez a la prohibición de distribución de beneficios en tanto no sea amortizado, se halle en los criterios contables establecidos en la LSA. Probablemente, el legislador ha tratado de evitar con la exigencia de la amortización y con la prohibición de distribuir beneficios en tanto dicha amortización no se halla producido que, mediante el recurso a conceptos contables inmateriales -como puede ser el fondo de comercio-, se cree una apariencia de solvencia social o se produzca un pago de dividendos a cargo de beneficios meramente aparentes y no obtenidos en realidad[141]. Por tanto, a pesar de que la LSA imponga la amortización del fondo de comercio, esta obligación no debe entenderse un obstáculo para considerarlo como un valor real. Esta necesidad de amortización puede

---

[140] Este fundamento parece poder deducirse de los trabajos de FERRARI, G., "Appunti critici sul problema della determinazione dell'avviamento aziendale", cit., pág. 245 (nota 21); y COLOMBO, G.E., *Il bilancio d'esercizio. Strutture e valutazioni*, cit., pág. 123 (nota 39).

[141] Esta es la explicación que ILLESCAS ORTIZ, R., considera correcta, calificando la finalidad de la norma de "plausible" ("Las cuentas anuales de la sociedad anónima", cit., pág. 208).

Pensemos que si por beneficio hay que entender "el exceso de los ingresos sobre los gastos del ejercicio recogidos en la cuenta de Pérdidas y Ganancias regularmente aprobada" (ver, SÁNCHEZ CALERO, F., *La determinación y distribución del beneficio neto en las Sociedades Anónimas*, cit., pág. 30), no debe dudarse que la regular preparación de este documento contable exige la colocación, entre las partidas de gastos, de aquélla que el artículo 189.4 de la LSA, en el apartado a), conoce bajo la rúbrica "Dotaciones para amortizaciones y provisiones de los gastos de establecimiento y de las inmovilizaciones materiales e inmateriales", que representa el valor de la disminución sufrida por el patrimonio inmovilizado de la sociedad a través del ejercicio económico que se liquida. En efecto, la amortización se carga en la cuenta de Pérdidas y Ganancias y se contabiliza como gasto. Ello quiere decir que en esta partida deberá ir hallando reflejo, año tras año, el importe de la depreciación que va produciéndose, pérdida de valor que, en el caso del fondo de comercio, no será tanto de carácter físico o material como, sobre todo, de índole económica. Cumplidas estas exigencias contables nada impide ciertamente a la sociedad que el saldo de la cuenta de Pérdidas y Ganancias, si todavía es favorable, lo dedique a distribuirlo entre los socios. Si, por el contrario, la sociedad procede al reparto de dividendos con el saldo favorable de la cuenta de Pérdidas y Ganancias, y, en razón precisamente del reembolso que se proyecta, se considera liberada de incluir dotación alguna destinada a la amortización del fondo de comercio u otros activos inmateriales, nos hallamos, en realidad, ante un falseamiento evidente en la determinación de la cuantía de los beneficios. Se han entregado a título de dividendos cantidades que no son auténticas ganancias, sino que tienen la consideración de capital, lo que va a perjudicar seriamente a los terceros acreedores de la sociedad, al serle mermada, sin posibilidad de oposición, la garantía de sus créditos.

Universidad de Huelva 2009

haberse establecido para evitar males mayores (crear una falsa apariencia de solvencia, llevar a cabo un reparto de dividendos a cargo de beneficios igualmente aparentes, etc.) en la contabilidad de la empresa social, sin que tenga que influir, negativamente, en la consideración del fondo de comercio como activo intangible de la empresa que se aporta.

Es más, la obligación legal de amortizar el valor atribuido en el activo del balance a la partida correspondiente al fondo de comercio ha dado lugar a una saneada práctica financiera que puede incluso calificarse de aconsejable. Así es, este mecanismo contable tiene su natural repercusión en el balance. En este sentido la LSA prevé que entre los gastos de la cuenta de Pérdidas y Ganancias se incluyan dotaciones para amortizaciones -entre ellas la de las inmovilizaciones inmateriales, dentro de las cuales se encuadra el fondo de comercio (art. 189.4.a LSA)-, que no constituyen un elemento de pasivo en el sentido propio del término, sino que deben conceptuarse como partidas correctoras del valor asignado en el activo a elementos patrimoniales que pueden ver disminuido su valor. De este modo, si el valor del fondo de comercio de la empresa llegara a desaparecer, por cualquier cambio en la coyuntura del mercado o cualquier otra circunstancia que notablemente pueda disminuirlo, en el activo social la partida constituida por "fondo de comercio" mantendrá el valor inicial que se le atribuyó en la adquisición de empresa, y, a la vez, la partida del activo correspondiente a la "amortización del fondo de comercio", que aparecerá con signo negativo, presentará un montante, supuesto que ésta se halla efectuado correctamente y por entero, idéntico al valor que en su momento se le atribuyó al fondo de comercio. Por tanto, en principio, no se verá alterado el equilibrio patrimonial, ni producido perjuicio alguno para los socios, los acreedores y menos aún para la realidad del capital social[142]. A través de este mecanismo la Ley, en beneficio sobre todo de los acreedores, pero también de los propios accionistas, se ha cuidado de obligar a la detracción, de entre los ingresos obtenidos durante los sucesivos ejercicios sociales, de los fondos precisos para ir compensando la disminución

[142] No obstante, es conveniente advertir que, en los supuestos en los que el fondo de comercio no ha sido completamente amortizado es posible que se produzca un cierto perjuicio y desequilibrio patrimonial en la cuantía que resta por amortizar. Ahora bien, esto mismo puede ocurrir con otros bienes.

Universidad de Huelva 2009

de valor de los elementos patrimoniales que la sociedad va a perder[143].

Finalmente, el artículo 194 debe ser interpretado, como aclara el profesor ILLESCAS ORTIZ[144], con carácter restrictivo, "*al amparo* [dice] *del clásico principio según el cual las normas prohibitivas o excepcionales deben interpretarse restrictivamente*". Y así, entiende dicho autor que, por "*toda distribución de beneficios*" se ha de considerar la forma de dicha distribución legalmente prevista, esto es, el reparto de dividendos. Cualquier otro modo de participación en los resultados económicos de la sociedad ha de considerarse legalmente permitido[145]. Idéntica aptitud adopta en relación con la determinación de lo que sean las

---

[143] Este mecanismo de amortización es igualmente necesario para otros elementos del activo inmovilizado que se encuentran sujetos a una devaluación progresiva, sin que sea preciso reponerlos, por cuanto ni el objeto social ni el plazo previsto para la duración de la sociedad exigen tal reposición. Ejemplo comúnmente citado en este sentido es el de las sociedades concesionarias de obras o servicios públicos, cuyo capital se integra, en esencia, por una masa de bienes que al término de la concesión de que disfrutan han de revertir a la colectividad gratuitamente o por un precio casi simbólico. Consecuentemente, en la partida de gastos de la cuenta de Pérdidas y Ganancias deberá ir hallando reflejo, año tras año, el importe de la depreciación que va produciéndose, depreciación que, en este caso, será no tanto de carácter físico o material como, sobre todo, de índole estrictamente jurídica, porque para la sociedad los bienes integrantes de ese activo van perdiendo utilidad e interés a medida que se acerca el momento en que han de revertir a la colectividad.

[144] "El fondo de comercio y otros activos inmateriales: las nuevas normas dictadas por la LSA", cit., pág. 8; ID., "Las cuentas anuales de la sociedad anónima (Artículos 203 a 208 de la Ley de Sociedades Anónimas)", cit., pág. 209.

[145] En efecto, pensemos, por ejemplo, en un aumento de capital con cargo a beneficios. El artículo 175 de la LSA incluye en el pasivo del balance, bajo la rúbrica de "Fondos propios", los resultados de ejercicios anteriores (V) y el resultado del ejercicio (VI). Estos dos apartados hacen referencia a beneficios de la sociedad que, tras la aprobación de las cuentas anuales y la propuesta del reparto del resultado, no han sido ni distribuidos como dividendos ni destinados específicamente a ninguna cuenta. Estos beneficios no distribuidos ni asignados pueden utilizarse para aumentar el capital. De hecho, la propia LSA y el RRM autorizan expresamente, en sus artículos 151.2 y 168.4, respectivamente, el aumento de capital con cargo a beneficios. Por tanto, si el resultado del ejercicio ha puesto de manifiesto unos beneficios, y éstos no pueden ser repartidos a los accionistas porque la partida correspondiente al fondo de comercio no ha sido completamente amortizada y la sociedad no dispone de unas reservas suficientes para cubrir el importe que resta por amortizar, no existe ningún precepto legal que impida a la Junta resolver que esos beneficios sirvan de cobertura a un aumento de capital, en tanto que supone la capitalización de nuevos recursos que entran en la sociedad (CÁMARA ÁLVAREZ, M., *El capital en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, cit., pág. 348; VEGA PÉREZ, F., "Aumento de capital con cargo a reserva", cit., pág. 460). Igualmente consideramos posible que la Junta que resuelva sobre la aplicación del resultado decida constituir o incrementar una reserva facultativa o voluntaria, a la que puede asignar el destino que estime conveniente, incluido el que sirva de cobertura a un aumento de capital. También este supuesto aparece expresamente autorizado por la propia LSA y el RRM, de acuerdo con el tenor de sus artículos 157 y 168.4, respectivamente (CÁMARA ÁLVAREZ, M., *El capital en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, cit., págs. 344-345; VEGA PÉREZ, F., "Aumento de capital con cargo a reserva", cit., págs. 464-466; LUCAS FERNÁNDEZ, F., *Temas sobre sociedades anónimas. Escrituras de constitución y ampliación de capital*, cit., págs. 595-597; VALPUESTA GASTAMINZA, E., "El principio de <<Coste Histórico>> en el Derecho Mercantil Contable", cit., 3865-3868). Por el contrario, las reservas ocultas o plusvalías patrimoniales, que en páginas anteriores hemos mencionado, en tanto que no afloran al balance, no pueden servir de cobertura a un aumento de capital. Para ello será preciso que aparezcan previamente en el balance como reservas disponibles o, cuanto menos, como reservas de revalorización (VEGA PÉREZ, F., "Aumento de capital con cargo a reservas", cit., págs. 471-472; CÁMARA ÁLVAREZ, M., *El capital en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, cit., págs. 361-362; GARCÍA-MORENO

Universidad de Huelva 2009

"*reservas disponibles*". Y por ello -dice- que la reserva legal del artículo 214 LSA no puede ser incluida en dicho concepto; por contra, cualquier otra partida del pasivo ideal o interno del balance bajo la que subyazcan beneficios sociales no distribuidos y distribuibles, cualquiera que sea la denominación de la partida -reserva voluntaria, facultativa, estatutaria, remanente de ejercicios anteriores, beneficios pendientes de distribución, etc.-, habrá de ser considerada reserva disponible a efectos de cobertura del importe pendiente de amortización de los activos inmovilizados contemplados en el artículo 194.1 y 2 LSA, y, entre ellos, el fondo de comercio[146].

4º. Sistemas de amortización.

La Ley obliga a la amortización sistemática del fondo de comercio. La forma o los criterios escogidos para efectuar la amortización deben quedar determinados en la contabilidad de la sociedad. Será allí donde los administradores diseñen los planes de amortización, con cuotas que pueden ser constantes, crecientes o decrecientes, pero siempre en función del período durante el cual contribuya a la obtención de ingresos para la sociedad. Los términos "amortización sistemática" parecen indicar que debe existir un plan preconfigurado para amortizar el valor atribuido al fondo de comercio en función del período durante el cual contribuya a la obtención de ingresos. En definitiva, que se elabore un esquema que fije la cantidad o porción de valor que debe amortizarse cada año.

Pero, al hablar la Ley de amortización sistemática no pretende, necesariamente, que se destinen a tal fin idénticas cantidades a lo largo de los ejercicios siguientes[147]. Si bien es

---

GONZALO, J.Mª., "Actualización de balances: afloración y aplicación de reservas ocultas", cit., págs. 1851-1852 y 1856-1865; ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., "Derecho de Sociedades y actualización de balances", cit., págs. 221-222).

[146] En este sentido, LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 152.

[147] En contra de esta interpretación ILLESCAS ORTIZ, R., ("El fondo de comercio y otros activos inmateriales: las nuevas normas dictadas por la LSA", cit., pág. 6), quien considera que quizás hubiera sido más adecuado el calificativo de regular ya que, desde su punto de vista, lo que la Ley pretende es que la amortización se produzca destinando a tal fin idénticas cantidades a lo largo de los ejercicios disponibles al efecto, de modo que, al décimo se haya procedido a la íntegra amortización de la partida. Por su parte, VÁZQUEZ GARCÍA, R.J., ("Valoración de empresas: especial referencia al

Universidad de Huelva 2009

posible, y puede resultar conveniente en determinados supuestos, que la amortización del valor del fondo de comercio se efectúe destinando para ello la misma cantidad en cada ejercicio (amortización lineal) no creemos que esto sea una exigencia legal[148].

Es posible emplear otros métodos de amortización, atendiendo a diversas circunstancias reflejadas en la contabilidad, siempre que se haya procedido a la íntegra amortización en el período durante el cual contribuya a la obtención de ingresos, con el límite máximo de diez años. Ello es deducible fácilmente de la conocida Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuenta, de 21 de enero de 1992, en cuya norma 10ª, párrafo 1, letra C) determina los métodos de amortización y califica de admisible cualquier método de carácter sistemático que contemple las características técnico económicas del bien objeto de amortización. De acuerdo con el texto de la Resolución, los planes sistemáticos de amortización responderán a un criterio específico, entre los que se encuentran los siguientes: a) lineal o cuota constante; b) cuota variable creciente o decreciente dependiendo del activo a amortizar.

La Resolución anteriormente citada no hace una enumeración exhaustiva de los distintos métodos de amortización que se pueden aplicar, cita algunos, "*entre otros*". Por otra parte, debemos ser conscientes de su limitada eficacia, pues ya hemos señalado que las normas que el ICAC elabora en desarrollo del Plan General de Contabilidad no pueden ser de aplicación obligatoria para las empresas, máxime después de la Sentencia de 19 de enero de 1994 del TSJ de Madrid, que declara la nulidad de esta Resolución en cuestión. Sin

---

inmovilizado inmaterial", cit., pág. 176), afirma que un método de amortización que destine iguales cantidades durante el período prefijado, puede estar más en consonancia con el postulado de sistematización que marca la norma. Pero, a su vez, considera que el término sistemática no tiene por qué desechar ningún método de amortización decreciente, que pueden estar aconsejados en situaciones donde los beneficios sean mayores en un primer momento.

[148] En el método de amortización lineal se asignará el coste del fondo de comercio a lo largo de los años durante los cuales éste vaya a contribuir a la obtención de ingresos con el límite máximo de diez años, utilizando cargos periódicos iguales. El fundamento lógico en el que se basa el método de amortización lineal es que el proceso de deterioro o desaparición del bien que se pretende amortizar se produce de manera uniforme en el tiempo, lo cual no deja de ser cierto para determinados elementos del activo, pero no parece estar muy en consonancia con la realidad que puede representar el fondo de comercio. La ventaja de este método de amortización es precisamente su sencillez, de ahí su popularidad y su amplia utilización.

Universidad de Huelva 2009

embargo, los criterios en ella establecidos sí pueden considerarse orientadores y muy válidos para la práctica contable.

Existen, además de los mencionados, ciertos métodos de amortización que tratan de calcular su importe anual de manera tal que éste dependa de la magnitud del superávit. Así, en los ejercicios en los que el superávit sea mayor, se destinará mayor cuantía para la amortización del fondo de comercio y viceversa. Pero por regla general, este método no es muy recomendable pues, en tal caso, se hacen amortizaciones menores en los años malos, que es cuando se experimenta en realidad el mayor descenso en el valor del fondo de comercio.

Tampoco consideramos adecuado aplicar el criterio según el cual se procede a la amortización del fondo de comercio en función de las disminuciones de valor que éste experimente en cada uno de los ejercicios porque, siguiendo esta orientación, si no hay lugar a ninguna disminución de valor, no sería preciso realizar ninguna amortización. En virtud de este criterio, en tiempos de crisis serían necesarias las mayores amortizaciones, a pesar de que la situación contable de la sociedad difícilmente pueda soportarlas.

Es conveniente, por tanto, la elaboración de un plan de amortización premeditado, tal vez decreciente, es decir, que en los primeros años se destinen a la amortización del fondo de comercio cantidad mayores que irán disminuyendo proporcionalmente en cada uno de los ejercicios sucesivos, con el propósito de eliminar plenamente este activo dentro de un período de tiempo no demasiado largo (máximo diez años), del cual sólo puedan admitirse desviaciones en forma de amortizaciones mayores. De este modo, las mayores amortizaciones se producirán en los primeros años que, por otra parte, es el momento en el que puede afirmarse con mayor seguridad que el valor del fondo de comercio transmitido aún no ha desaparecido, al menos, completamente, ni ha sido sustituido, en su totalidad, por el fondo de comercio creado por el nuevo titular de la empresa. Además, podemos pensar que el nivel inferior de los cargos de amortización en los últimos ejercicios compensará los

Universidad de Huelva 2009

mayores costes y esfuerzos que el nuevo empresario sucesivamente tendrá que realizar para crear su propio fondo de comercio que tiende a sustituir al que es objeto de amortización. Por otra parte, en los primeros ejercicios debe destinarse una mayor cantidad para la amortización del activo para así compensar el aumento de incertidumbre con respecto a la posibilidad de desaparición del fondo de comercio en los años posteriores. El criterio de la amortización decreciente, si bien es cierto que no tiene una justificación inmediata desde la perspectiva de las normas contables, sí recoge una amplia capacidad de disminución de riesgo y permite, al propio tiempo, asumir, de forma escalonada, el peso de la amortización[149].

---

[149] Es preciso hacer notar la tajante distinción entre la legislación mercantil y la legislación fiscal, que finalmente se ha visto suavizada por la nueva Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. El Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (RIS), aprobado por el Decreto 2631/1982, de 15 de octubre, que desarrollaba la Ley 61/1978, de 30 de diciembre, hoy derogada, admitía la amortización de los elementos del inmovilizado inmaterial cuando sufrieran una depreciación continuada o tuvieran una vigencia temporal limitada sin posibilidad de prórrogas sucesivas. En el impuesto sobre sociedades, de naturaleza periódica, la amortización tiene carácter de gasto a deducir de los ingresos brutos para la determinación de la base imponible, de forma que dicho gasto representa la cuota del inmovilizado consumido durante el período impositivo. El fondo de comercio, como ya hemos señalado, no se deprecia como consecuencia de su utilización, ni como consecuencia del mero transcurso del tiempo, en el sentido de que no envejece. Consecuentemente, el artículo 66 del RIS lo consideraba, por definición y con independencia de las circunstancias que concurrieran sobre él, no amortizable. Es decir, para la determinación de la base imponible del impuesto sobre sociedades, la amortización del fondo de comercio no era, pues, una partida deducible. Ello no obstaba para el reconocimiento fiscal de que dicho fondo se podía deteriorar económicamente. Se podía perder, incluso. Pero esa pérdida no sería asumible como amortización, sino, si acaso, como pérdida por envilecimiento y deterioro, cuando se dieran los requisitos del artículo 50 del RIS: pérdida justificada de su valor y deducida fiscalmente en el mismo ejercicio en el que la misma se produjera.

Sin embargo, la nueva Ley 43/1995 admite la amortización de los elementos del inmovilizado inmaterial y da un tratamiento homogéneo a todos los que no tengan una fecha cierta de extinción. El nuevo artículo 11.4 de la LIS supone un importante cambio en la historia del impuesto (el artículo 14. h de la anterior normativa impedía la amortización del fondo de comercio, y sólo permitía la deducción del envilecimiento), al admitir la amortización del fondo de comercio, siempre que se cumplan los dos requisitos siguientes: 1) que se haya puesto de manifiesto en virtud de una adquisición a título oneroso; 2) que la entidad adquirente no se encuentre, respecto de la persona o entidad transmitente, en alguno de los casos previstos en el artículo 42 del C. de c. -a estos efectos, se entenderá que los casos del artículo 42 del C. de c. son los contemplados en la Sección Primera del Capítulo Primero de las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas aprobadas por Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre-. El artículo 11.4 de la LIS considera gasto deducible para la determinación de la base imponible del impuesto las dotaciones para la amortización del fondo de comercio, con el límite anual máximo de la décima parte de su importe. Lo que pretende el legislador fiscal con esta limitación es impedir que cada año se pueda deducir de la base imponible del impuesto, en concepto de gastos de amortización del fondo de comercio, más del 10% del valor de adquisición del fondo.

La legislación fiscal, a pesar de formar parte del todo unitario y armónico que constituye el Ordenamiento jurídico, tiene, en virtud del principio de especialidad, vigencia a los efectos puramente fiscales con independencia de lo que la mercantil establezca. Así viene recogido en el artículo 9 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, que expresa el principio de autonomía de las normas tributarias, por el cual las disposiciones del Derecho administrativo y los preceptos del Derecho común tienen exclusivamente carácter supletorio de las disposiciones que regulan los tributos.

Universidad de Huelva 2009

Menos lógico nos parece, en cambio, la utilización de un método de amortización creciente, pues, en este caso, en los primeros años se destinarían a la amortización del fondo de comercio pequeñas cantidades que irían proporcionalmente aumentando en cada uno de los ejercicios sucesivos. De este modo, en los últimos años de vida del fondo de comercio adquirido a título oneroso la sociedad tendría que destinar a su amortización grandes cantidades, mientras que lo que quedaría de ese fondo de comercio sería cada año menor. La utilización de un método de amortización creciente, puede ser conveniente para otros activos inmateriales, pero no lo consideramos oportuno para el fondo de comercio, ya que no se sabe con exactitud el período durante el cual dicho fondo va a contribuir a la obtención de ingresos. El empleo de un método de amortización de este tipo para el fondo de comercio puede suponer un incremento del riesgo que pesa sobre la sociedad, en tanto que, pasados los primeros años desde su adquisición el coste que en su día soportó la sociedad ha podido ser amortizado en muy pequeña cantidad y el fondo de comercio que se adquirió a título oneroso ha podido ser sustituido en gran medida por el fondo de comercio que deriva del trabajo y esfuerzo del nuevo empresario titular.

Finalmente, debemos cuestionarnos si la eventual desaparición del valor del fondo de comercio antes de que haya sido completamente amortizado puede hacer nacer alguna responsabilidad para los administradores, puesto que ellos han podido provocar, por falta de diligencia en la elaboración del plan de amortización, la desaparición de este valor antes de se que haya amortizado por completo.

En efecto, La Ley obliga a la amortización del fondo de comercio, que deberá realizarse de modo sistemático. Hemos señalado que con el empleo del término "sistemático" se pretende precisamente que los administradores establezcan o determinen un plan de amortización en función del período durante el cual el fondo contribuya a la obtención de ingresos. Esto es, que se elabore un esquema que fije la cantidad que debe amortizarse cada año. El problema estriba en que en el momento en que debe establecerse el plan de amortización de este valor no puede conocerse con exactitud durante qué período de tiempo

Universidad de Huelva 2009

o durante cuántos años el fondo de comercio va a contribuir a la obtención de ingresos. Los administradores han de ser cuidadosos y diligentes en la elaboración de dicho plan y asegurar la completa amortización antes de que pueda producirse la total desaparición de su valor.

No consideramos oportuno hacer responsables a los administradores en todos los supuestos en los que, en virtud de la desaparición del valor del fondo de comercio antes de que se haya producido su completa amortización, se haya causado un daño patrimonial a la sociedad o a terceros. Para que tal responsabilidad surja es preciso que concurran otros presupuestos, además del daño, como es que realicen un acto de gestión o administración contrario a la Ley, a los estatutos o sin la debida diligencia, y que exista una relación de causalidad entre el acto de los administradores y el daño. Consecuentemente, un acto propio de los administradores contrario a la Ley, por omisión en este caso, sería la no elaboración de un plan de amortización del fondo de comercio tal como se deduce del artículo 194.2 de la LSA haciendo nacer en este caso la responsabilidad de los administradores[150].

Por otro lado, no podemos olvidar que la responsabilidad de los administradores deriva no sólo del incumplimiento de sus obligaciones legales o estatutarias, sino también de su actuación culpable o negligente en la gestión de la empresa aunque no suponga una infracción de la Ley o los estatutos. Consecuentemente, también nacerá la responsabilidad de los administradores en aquellos supuestos en los que habiendo elaborado un plan para la amortización del fondo de comercio, lo hayan hecho sin la diligencia debida, provocando un

---

[150] Aún cuando pudiera pensarse que la Ley contiene en este punto una laguna, ya que habla de "actos y de acuerdos", pero nada dice de "omisiones", hemos de entender que, dentro de la noción de "acto" se comprende el comportamiento de la persona, que puede consistir bien en hacer o bien en no hacer, es decir, en comportamientos por acción o por omisión (en este sentido se manifiesta SÁNCHEZ CALERO, F., "Administradores [Artículos 123 a 143]", *Comentarios a la ley de Sociedades Anónimas*, T.IV, Madrid, 1994, pág. 244). Para que surja la responsabilidad por omisión se exige que exista un deber jurídico de actuar, como en nuestro caso resulta de la imposición por parte de la Ley a los administradores de la elaboración sistemática de un plan de amortización del fondo de comercio -el artículo 127 establece, además, el deber genérico de diligencia con que han de desempeñar los administradores su cargo-. En el caso concreto que estamos analizando, además del daño directo a la sociedad -en tanto que ésta verá disminuido su patrimonio social por la pérdida del valor del fondo de comercio antes de que se haya producido la completa amortización del mismo- y del indirecto a los acreedores -en tanto que cuentan con el patrimonio social como garantía directa para la satisfacción de sus créditos-, es posible que, en algún caso, se origine a éstos últimos daños directos. En tal hipótesis podrán surgir al mismo tiempo la acción social y la acción individual.

Universidad de Huelva 2009

daño de carácter patrimonial a la sociedad, e indirectamente a los socios y acreedores[151].

Por el contrario, consideramos que no podría exigírse ningún tipo de responsabilidad a los administradores cuando, habiendo elaborado diligentemente un plan de amortización adecuado, hubiera sido realmente imposible prever, en el momento en que se elaboró, que iban a sobrevenir las causas extraordinarias que han llevado al desequilibrio económico de la empresa y a la consiguiente pérdida del valor del fondo de comercio; en cuyo caso es evidente que el riesgo de semejante evento no puede no recaer, al menos indirectamente, también sobre los acreedores de la sociedad[152].

---

[151] Los administradores están obligados a defender la integridad del patrimonio empresarial cuya gestión se les ha encomendado, debiendo indemnizar todos los daños que causen al mismo como consecuencia de su actuación dolosa, imprudente o simplemente negligente en la administración y dirección de los negocios sociales (en este sentido se manifiestan URÍA, R., *Derecho Mercantil*, cit., pág. 337 y POLO SÁNCHEZ, E., "Los Administradores y el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima [Artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas]", *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. VI, Madrid, 1993, págs. 289-291. Por el contrario, SÁNCHEZ CALERO, F., "Administradores [Artículos 123 a 143]", cit., págs. 254-256, considera que es necesario para que surja la responsabilidad de los administradores la existencia de culpa en la actuación u omisión de los mismos). Lo verdaderamente difícil, en este caso, es la carga de la prueba en la responsabilidad de los administradores. En principio, tratándose la responsabilidad de los administradores de un supuesto de responsabilidad civil, será la sociedad, o en su caso, los accionistas o los terceros quienes han de probar el incumplimiento legal o estatutario, el daño y la relación de causalidad entre uno y otro (art. 1.214 C.c.). Así, el incumplimiento de la obligación, por parte de los administradores, de elaborar un plan de amortización del fondo de comercio, no parece plantear graves problemas, incluso por lo que se refiere a la diligencia empleada, ya que en estos supuestos la responsabilidad opera de una forma típica o legal con independencia de la diligencia debida, por lo que basta la prueba de su incumplimiento y del daño producido. Sin embargo, mayores dificultades pueden plantarse en aquellos supuestos en los que los administradores han elaborado un plan para la amortización del fondo de comercio, pero lo han hecho sin la diligencia debida, lo que ha provocado un daño de carácter patrimonial. También en este caso, será quien ejercite la acción de responsabilidad quien habrá de probar que el administrador o los administradores han incurrido en culpa, precisamente porque no han desempeñado el cargo con la diligencia de un ordenado empresario o de un representante leal (art. 127 LSA). Y es aquí donde se plantearían los mayores problemas pues se trataría de una prueba negativa y, en ocasiones, casi imposible (POLO SÁNCHEZ, E., "Los Administradores y el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima [Artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas]", cit., págs. 295-296, considera injusto que pueda cargarse la prueba de la actuación negligente de los administradores sobre las espaldas de la sociedad, los accionistas o los acreedores. Lo más lógico -dice el autor- es que sean los administradores quienes puedan exonerarse de su responsabilidad probando que actuaron con el empleo de la diligencia requerida en el desempeño del cargo). Evidentemente, es más fácil probar que ha podido existir alguna negligencia por parte de los administradores cuando en el plan de amortización han previsto que ésta se efectúe en cantidades muy pequeñas en los primeros años dejando la mayor parte del valor a amortizar para los últimos en los que se prevé que el fondo va a contribuir a la obtención de ingresos.

[152] En efecto, una cosa es el riesgo de empresa, que necesariamente ha de asumir la sociedad, aunque tenga como resultado pérdidas cuantiosas, y otra, el riesgo de una gestión u actuación negligente de los administradores, los cuales, por incumplir con sus obligaciones legales o estatutarias, pueden ocasionar daños a la sociedad de los que deben responder. Los efectos negativos de los riesgos de empresa no pueden imputarse, sin más, a los administradores.

Universidad de Huelva 2009

Así pues, concluimos este capítulo, de acuerdo con LOJENDIO OSBORNE[153], considerando aconsejable tener en cuenta la capacidad productiva de la empresa que se aporta y, a la vez, calificando de conveniente la exigencia de la Ley de amortizar el valor del fondo de comercio.

[153] "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 153.

Universidad de Huelva 2009

CAPÍTULO VI: CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE LA APORTACIÓN DEL ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO Y DE KNOW-HOW.

I. LA APORTACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO SOBRE EL LOCAL DE NEGOCIO.

1º. Introducción.

1º.a. Consideraciones generales.

1º.b. La denominada "propiedad comercial".

1º.b.1. El reconocimiento y protección de la "propiedad comercial" en España.

1º.b.2. La promulgación del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica.

1º.c. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994.

2º. La aportación del contrato de arrendamiento sobre el local de negocio. Otras posibilidades.

2º.a. Planteamiento.

2º.b. Otras posibilidades.

2º.c. La influencia de la Ley 19/1989.

3º. Breve referencia a la aportación de un inmueble arrendado.

II. LA APORTACIÓN DEL *KNOW-HOW*.

1º. Introducción.

2º. Concepto de know-how.

Universidad de Huelva 2009

2º.a. Dificultades en su delimitación conceptual.

2º.b. El know-how como bien inmaterial.

3º. Cesión y licencia de know-how.

4º. La aportación de know-how.

Universidad de Huelva 2009

CAPÍTULO VI: CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE LA APORTACIÓN DEL ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO Y DE KNOW-HOW.

I. LA APORTACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO SOBRE EL LOCAL DE NEGOCIO.

1°. Introducción.

A lo largo de este trabajo hemos contemplado la empresa como posible objeto unitario de aportación a la sociedad anónima y hemos hecho referencia a los diferentes bienes, derechos y obligaciones que pueden formar parte de la entidad productiva que se pretende transmitir. De los diversos elementos que constituyen la empresa no podemos dejar de subrayar la relevancia y particular consideración que merece la localización espacial donde se lleva a cabo la actividad empresarial. En efecto, el empresario, en el desarrollo de su actividad, dispone normalmente de un local de negocio que se configura como centro de imputación de la organización creada, y, a la vez, lugar de nacimiento de sus relaciones con terceros -clientela, proveedores, acreedores, etc.-. En suma, nos referimos a la sede física de la empresa.

En muchas ocasiones, el empresario es el titular dominical del local donde se realiza el ejercicio de empresa y puede, por tanto, disponer libremente de su derecho de propiedad -transmitiéndolo o cediendo simplemente el derecho de uso sobre el inmueble-. Sin duda, si decide aportar su empresa a una sociedad anónima, podrá brindar el local de negocio como un elemento más de los que integran la entidad productiva que se transmite. Así pues, podrá optar entre transmitir a la sociedad, junto a los demás elementos que constituyen la empresa, la titularidad dominical sobre el local, o bien, ceder a la sociedad el derecho a usar y disfrutar el inmueble, pero conservando para sí el derecho de propiedad. En el primer caso anunciado, cuando se aporta la empresa, como

Universidad de Huelva 2009

un elemento más de la entidad productiva, se transmite el derecho de propiedad sobre el inmueble. En el segundo supuesto, lo que se aporta como un elemento más de la empresa no es la propiedad del inmueble sino el mero derecho de uso sobre el local.

Pero no necesariamente ha de ser así. En otras ocasiones, el empresario dispone del uso y disfrute del local o sede física de la empresa no en calidad de propietario del inmueble, sino en calidad de arrendatario. Hacemos ahora referencia a la posibilidad de que el empresario sea parte de una relación jurídica de arrendamiento que le otorga la facultad de usar y disfrutar el local para el desarrollo de su actividad empresarial, siendo el arrendador quien ostenta su titularidad dominical. Cuando el empresario decida aportar su empresa, transmitirá generalmente el derecho de arrendamiento sobre el local del que venía disfrutando. Pensemos que el arrendamiento comporta la utilización de la cosa arrendada, y esto es suficiente para que la sociedad adquirente pueda continuar el desarrollo de la actividad empresarial transmitida. Si el empresario es el arrendatario del local de negocio podrá optar entre: a) transmitir a la sociedad la titularidad de la relación arrendaticia de la que es parte; b) transmitir a la sociedad algún o algunos de los derechos que sobre el inmueble ostenta en calidad de arrendatario; c) constituir a favor de la sociedad un derecho de uso y disfrute sobre el inmueble arrendado, derivado del derecho de arrendamiento del que es titular, conservando su posición de primitivo arrendatario. En el primer caso el empresario estaría aportando la titularidad de la relación arrendaticia de la que él era parte en calidad de arrendatario, desapareciendo el aportante de la esfera de la relación y subrogándose la sociedad en todos sus derechos y obligaciones. En el segundo supuesto, el empresario estaría aportando alguno o algunos de los derechos que la relación arrendaticia le ha otorgado, sin transmitir a la sociedad las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento. Y, finalmente, en la tercera posibilidad apuntada, el empresario aportaría a la sociedad la mera facultad de usar el inmueble, sin que por ello se altere su posición de arrendatario originario con el arrendador.

Por la mayor relevancia y complejidad que el supuesto de hecho puede presentar,

Universidad de Huelva 2009

hemos considerado necesario prestar mayor atención a las distintas posibilidades que pueden plantearse cuando el empresario que aporta su empresa a la sociedad está facultado a usar y disfrutar del local de negocio en calidad de arrendatario, sin ostentar su titularidad dominical.

Pero, para entrar de lleno en el estudio de esta cuestión, es conveniente recordar algunas precisiones sobre el arrendamiento de local de negocio, la cesión del contrato de arrendamiento, la cesión de derechos, y el subarriendo, así como sobre un concepto doctrinal -la denominada "propiedad comercial"- que durante algún tiempo ha sido objeto de cierto reconocimiento y protección por parte de nuestro Ordenamiento jurídico.

1°.a. Consideraciones generales.

El concepto legal de arrendamiento de local de negocio puede fácilmente extraerse, como viene siendo habitual incluso tras su derogación, de la LAU de 1964. El artículo 1 de este Texto legal, tras limitar su ámbito de aplicación a los arrendamientos de fincas urbanas, y después de distinguir entre el arrendamiento de vivienda y el arrendamiento de local de negocio, se refería a éstos últimos como los contratos de arriendo que recayesen sobre aquellas otras edificaciones habitables cuyo destino primordial no fuera la vivienda, sino el ejercicio en ellas, con establecimiento abierto, de una actividad de industria, comercio o de enseñanza con fin lucrativo[1].

Nuestro Código civil distingue con precisión entre el arrendamiento de cosas y el arrendamiento de obras y de servicios[2]. Sin lugar a dudas, el arrendamiento de local de negocio debe encuadrarse en la categoría de arrendamiento de cosas[3]. El contrato de

---

[1] Este concepto legal de arrendamiento de local de negocio ha de ser completado con las precisiones que sobre el tema establecen los artículos 3.2 y 5.1 de la LAU de 1964.

[2] Véanse, los artículos 1.542, 1.543, 1.544 y 1.546 del C.c.

[3] El artículo 1.543 del C.c. establece: "*En el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto*".

Universidad de Huelva 2009

arrendamiento de local de negocio implica, pues, una relación personal entre el arrendador y el arrendatario acerca del disfrute sobre el inmueble.

La relación que del contrato nace entre el arrendador y el arrendatario ha de ser necesariamente temporal, de duración limitada, y ello con independencia de que posteriormente, transcurrido el período de tiempo inicialmente pactado, se prorrogue, bien por imperativo de la ley bien por la propia voluntad de las partes contratantes[4].

Además, el contrato de arrendamiento es siempre un contrato oneroso. Mientras que el arrendador cede el uso o disfrute del local de negocio el arrendatario paga la renta en dinero, sin excluir la posibilidad de que ésta se satisfaga en otro valor patrimonial[5].

El contrato de arrendamiento es un contrato consensual, su perfección se produce por el mero consentimiento de las partes, sin necesidad de cumplimiento u observancia de otras solemnidades específicas. Cosa distinta es el medio empleado por las partes para la manifestación o exteriorización de sus respectivas voluntades. Es válida la prestación del consentimiento a través de cualquiera de los instrumentos reconocidos en la ley. Consecuentemente, las partes contratantes pueden elegir entre una amplia gama de posibilidades que comprende desde la prestación verbal del consentimiento hasta la utilización de la escritura a través de documento público. Pero cuando el arrendamiento recae sobre bienes inmuebles, aun cuando el contrato surte plenos efectos entre las partes y es válido cualquiera que sea el medio empleado para el nacimiento de la relación obligatoria, para que la relación arrendaticia surta efectos frente a terceros, es decir, sea oponible a terceros, es necesaria la inscripción del contrato en el Registro de la Propiedad (art. 1.549 C.c.), lo que exige con carácter previo que el consentimiento se otorgue en escritura pública. No obstante, como anteriormente hemos anunciado, las partes

---

[4] Como acertadamente manifiesta ILLESCAS ORTIZ, R., (*Los arrendamientos de local de negocio*, Madrid, 1996, pág. 18), un arrendamiento perpetuo no sería tal arrendamiento sino, técnicamente, un censo (arts. 1.604 y ss. C.c.).

[5] Precisamente el carácter esencialmente oneroso del contrato de arrendamiento es el rasgo que nos permite diferenciarlo del contrato de comodato (arts. 1.741 y ss. C.c.).

Universidad de Huelva 2009

contratantes podrán manifestar su voluntad a través de cualquiera de los medios posibles para otorgar el consentimiento -verbalmente, documento privado, etc.- produciendo por sí solo, sin necesidad de ninguna solemnidad, la perfección del contrato de arrendamiento[6].

Ahora bien, antes de continuar, conviene brevemente diferenciar con claridad los posibles negocios típicos de transmisión que, en virtud de su posición contractual, puede efectuar o llevar a cabo el arrendatario de local de negocio.

En primer lugar, hacemos referencia a la cesión del contrato[7]. La cesión del contrato de arrendamiento se traduce en la transmisión íntegra por parte del arrendatario a un tercero de su posición en la relación arrendaticia de la que es parte, posición en la que queda subrogado a todos los efectos el cesionario frente al arrendador cedido. Consecuentemente, a través de este negocio jurídico se transfieren tanto los derechos como las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento, es decir, la transmisión abarca la plenitud de aspectos activos y pasivos nacidos de la relación contractual para una de las partes, en contraposición a la simple cesión de derechos en la que sólo se transmiten los derechos que expresamente se enumeren. En definitiva, en la cesión del contrato se produce siempre una transmisión de titularidad.

La cesión del contrato de arrendamiento de local de negocio ha encontrado plena realidad en nuestro Derecho, durante mucho tiempo, a través de la figura del traspaso,

---

[6] A pesar del principio general de libertad de forma en la constitución del contrato de arrendamiento de local de negocio, la normativa fiscal, en aras a la facilidad y seguridad en la liquidación del impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados, ha impuesto en la práctica la utilización de un impreso oficial timbrado de forma que el contrato adquiere la forma escrita (ver, los artículos 12 y 52 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, respectivamente).

[7] GARCÍA AMIGO, (*La cesión de contratos en el Derecho español*, cit., pág. 80), ha definido la cesión de contratos como "*el negocio jurídico concluido entre las partes contratantes y un tercero, cuya finalidad es sustituir a una de ellas por dicho tercero en la titularidad de la relación contractual, la cual permanece idéntica en su dimensión objetiva*".

Universidad de Huelva 2009

regulada en la LAU de 1964. Con el término traspaso se hacía referencia al supuesto de cesión del derecho de arrendamiento que recaía sobre un local destinado a alguna actividad de negocio, industria o enseñanza con fin lucrativo. El traspaso se traducía en la subrogación de un tercero en los derechos y obligaciones nacidos del contrato de arrendamiento para el arrendatario, de forma que se producía la completa sustitución del primitivo arrendatario por el nuevo, con la total desaparición del primero de la relación arrendaticia. El término "traspaso" ha desaparecido casi por completo de la LAU de 1994[8], que emplea únicamente el de "cesión", lo cual es lógico si tenemos en cuenta que, a diferencia de lo que ocurría en la legislación anterior, la nueva LAU no configura el arrendamiento de local de negocio como una categoría separada de arrendamiento, sino que lo encuadra dentro de los que denomina arrendamientos para uso distinto de vivienda[9].

En segundo lugar, hemos considerado adecuado determinar en qué consiste exactamente la cesión de derechos, a efectos de diferenciar esta figura de la cesión del contrato y del subarriendo. La cesión de derechos consiste en la posibilidad de ceder los créditos al amparo del artículo 1.112 del C.c. Es decir, el titular de ciertos derechos derivados de un contrato de arrendamiento transmite alguno o algunos de ellos a un tercero. Pero desde el momento en que no se desprende de las obligaciones, continúa en la relación contractual originaria, al menos como obligado. Podemos configurarlo, por tanto, como un supuesto de cesión parcial, en la que el primitivo arrendatario se reserva algún o algunos derechos o continúa sujeto a todas o algunas de las obligaciones derivadas del contrato originario. En tal supuesto nos encontraríamos ante la transmisión de algunos de los derechos arrendaticios, pero nunca ante una verdadera cesión del contrato.

---

[8] Sólo aparece nombrado en la Disposición Transitoria tercera, en relación con su régimen transitorio.

[9] Según el propio Preámbulo de la LAU de 1994, los arrendamientos para uso distinto de vivienda engloban: los arrendamientos de segunda residencia, los de temporada, los tradicionales de local de negocio y los asimilados a éstos.

Universidad de Huelva 2009

Finalmente, el subarriendo se define como el contrato por el que el arrendatario se obliga a dar a otro el goce o uso, total o parcial, de la cosa arrendada por tiempo determinado y precio cierto. Resulta, por tanto, de una sucesión constitutiva derivada de la posición contractual del arrendatario, que da lugar al nacimiento a favor de un tercero de un derecho nuevo, si bien dependiente del primitivo del que se desgaja[10]. Es decir, el subarriendo implica la existencia de una nueva relación arrendaticia, entre el arrendatario-subarrendador y el tercero-subarrendatario, que se superpone a la originaria entre el arrendador y el arrendatario, con la que convive. En el subarriendo, a diferencia de lo que ocurre en la cesión del contrato de arrendamiento, no desaparece el intermediario cedente o subarrendador, pues el primitivo contrato subsiste. En efecto, el subarrendador continúa como titular -en concepto de arrendatario- en la primitiva relación. En el subarriendo hay formación de unos derechos nuevos en favor del subarrendatario, pero dependientes de los del arrendatario-subarrendador[11]. El resultado es que éste último verá mermadas sus posibilidades de uso de la cosa, sin perjuicio de continuar respondiendo frente al arrendador tanto por las que conserva en su patrimonio como por las que delegó en favor del subarrendatario, quien no deja de ser tercero respecto al contrato primitivo[12].

---

[10] En este sentido se manifiestan LÓPEZ JACOISTE, F.J., *El arrendamiento como aportación social*, cit., págs. 87 y 89-90; ILLESCAS ORTIZ, R., *Los arrendamientos de local de negocio*, cit., pág. 211.

[11] ILLESCAS ORTIZ, R., (*El arrendamiento de local de negocio*, Madrid, 1978, pág. 251), enumera otras diferencias que él mismo califica de menor relevancia entre el traspaso -cesión del contrato- y el subarriendo , y así afirma que mientras el subarriendo es un contrato de tracto sucesivo, el traspaso es un contrato de ejecución instantánea; mientras el subarriendo tiene una duración determinada a cuyo fin recobra plenitud de efectos el arriendo, el traspaso es irreversible y definitivo; mientras el subarriendo puede pactarse respecto de una parte del local arrendado, el traspaso afecta a la totalidad de aquél.

[12] El Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 de marzo de 1951 (Sala de lo Social), ha tratado de distinguir con claridad entre la cesión del contrato de arrendamiento y la figura del subarriendo: "*en el subarriendo subsisten las tres personas o entidades contratantes, arrendador, arrendatario y subarrendatario, convirtiéndose el arrendatario en dueño (sic) de la cosa arrendada con respecto al subarriendo, creando un nuevo contrato, mientras que en el de cesión de arrendamiento queda la persona del arrendatario fuera de la vida del contrato y el vinculo jurídico se establece entre el dueño y el cesionario; en el subarriendo se arriendan, pero no se enajenan los derechos nacidos del primer arrendamiento, con la completa subsistencia de éste, y continuando su intervención en todo el tracto de su desenvolvimiento el antiguo arrendatario y subarrendador, mientras que en la cesión se transmiten integramente los derechos y obligaciones del contrato de arriendo, con todas las acciones que le son anejas, por lo que la cesión es un derecho de simple tracto, mientras que el subarriendo es un derecho de tracto sucesivo*".

Universidad de Huelva 2009

1°.b. La denominada "propiedad comercial".

1°.b.1 El reconocimiento y protección de "la propiedad comercial" en España.

El ejercicio continuado de la actividad empresarial desarrollado de forma positiva en un local de negocio genera unas expectativas que inevitablemente se acumulan, al menos en parte, sobre el inmueble empleado. Estas expectativas se traducen en un aumento de valor de la empresa como conjunto unitario y, a la vez, en un aumento de valor del local donde la actividad se desarrolla, en tanto sede física de esa empresa.

De este modo, los buenos resultados derivados de la actividad empresarial otorgan al local donde se efectúa una valiosa y considerable aptitud para el tráfico y para el desarrollo en él de otras actividades empresariales análogas, que aumentará en proporción al prestigio y a la importancia de la actividad que se ha venido ejerciendo en él. En definitiva, se revaloriza la utilización del inmueble e, igualmente, aumenta su estimación comercial a efectos de su transmisión[13].

Este mayor valor que se incorpora al inmueble empleado deriva de la organización y actividad desarrollada en él por el empresario y se traduce en unas expectativas de futuros beneficios en razón del enclave espacial de la empresa. El nacimiento de esta plusvalía sobre el local de negocio se debe al esfuerzo del empresario por atraer hacia allí la clientela y mantenerla.

Con independencia de que el empresario sea propietario o arrendatario del local de negocio, él es el creador de esa plusvalía experimentada por el inmueble. La actividad en él desarrollada ha sido la causa determinante de ese resultado. Por ello, al

---

[13] Las expectativas generadas por la actividad empresarial e inexcusablemente unidas al local de negocio se transmiten junto al inmueble. Consecuentemente cuando se aporte la empresa y se transmitan los elementos que la constituyen, incluido el local de negocio, las expectativas generadas y la plusvalía que experimenta el inmueble aumentarán considerablemente el valor de la aportación, y la transmisión del local se considerará quizás decisiva para robustecer, con su comprobada aptitud para el tráfico, los momentos iniciales de la vida social.

Universidad de Huelva 2009

reconocérsele como creador de ese valor positivo y estimable, de esa plusvalía, forzosamente ha de atribuírsele también su titularidad jurídica[14].

Pues bien, la apropiación y aprovechamiento de esa plusvalía por parte de su creador planteaba serias dificultades en aquellos supuestos en los que el empresario no era a su vez el titular dominical del inmueble, sino que desarrollaba su actividad en un local arrendado. Ciertamente, en estos casos, al término del contrato de arrendamiento, el empresario se veía privado, no sólo de la sede física o el asentamiento donde venía realizando su actividad, produciéndose una desorganización interna en su empresa con la consiguiente pérdida de valor de la entidad productiva como conjunto unitario; sino que además, no podía aprovecharse de la plusvalía que él mismo, con su esfuerzo personal y patrimonial, había logrado e inevitablemente, al menos en parte, se había acumulado sobre el inmueble que hasta ese momento venía utilizando[15].

Así pues, la seguridad y estabilidad, tan necesarias para cualquier empresario, sólo se lograban, por un lado, en el supuesto de que éste dispusiera de efectivo económico suficiente para adquirir a título de propiedad un local para el desarrollo de su actividad empresarial[16]; y, por otro lado, dada la escasez de locales comerciales en un momento histórico determinado, en la medida en que el empresario encontrase un local apropiado

---

[14] En este sentido ha afirmado LÓPEZ JACOISTE, F.J., (*El arrendamiento como aportación social*, cit., pág. 131), que al creador de esos incrementos de valor se le declara titular dominical de los mismos por justicia y por interés social. Por justicia -aclara el autor- pues parece inexcusable que cada uno sea dueño de lo que ha creado; por conveniencia social, pues es de provecho común estimular la creación de valores que en definitiva enriquecen la economía, y el mejor medio de estimular es asegurar el beneficio a quien puso el beneficio creador.

[15] El aumento del valor del local se ponía especialmente de manifiesto tanto en el momento en el que se producía la extinción del contrato de arrendamiento como en el momento en el que el arrendatario pretendía movilizar la plusvalía, especialmente a través del traspaso del inmueble. La posibilidad de que fuese el propietario, en lugar del arrendatario empresario, quien se sirviese de esa plusvalía ocasionaba un conflicto de intereses que no es difícil imaginar: de un lado, el respeto a las facultades dominicales del propietario del local de negocio amparado por su derecho de propiedad, y de otro, la intención del empresario arrendatario de hacer suyas las expectativas nacidas por el desarrollo de su actividad empresarial, en parte vinculadas irremediablemente al local como sede física de su empresa.

[16] Es necesario advertir que la adquisición a título de propiedad del local de negocio elegido para el desarrollo de la actividad empresarial hace disminuir los fondos disponibles por parte del empresario para ser empleados en capital mobiliario y, a cambio, los invierte en capital inmobiliario o instalaciones fijas, disminuyendo su poder especulativo, tan importante para los intereses comerciales.

Universidad de Huelva 2009

en el lugar adecuado para el desarrollo de la concreta actividad que en él se iba a realizar.

Ante el incesante reclamo de protección para sus intereses por parte de los empresarios arrendatarios, la conveniencia de movilizar el mercado de locales, y, a la vez, la necesidad de impulsar a la economía nacional a través de la creación de nuevas empresas, resultaba preciso buscar algún mecanismo que asegurara a los empresarios la continuidad de la actividad empresarial en los locales arrendados, de forma que se lanzasen confiados a la creación de empresas en España. De ahí la necesidad de otorgar reconocimiento y protección a lo que se denominó la "propiedad comercial".

Ahora bien, el reconocimiento y protección adecuados de la "propiedad comercial" comportaba, como hemos anunciado, la contraposición de serios intereses. De un lado, los intereses de los arrendadores; y de otro, los intereses de los empresarios arrendatarios de los inmuebles. Se enfrentaban, pues, la protección de la propiedad inmobiliaria que correspondía al arrendador del local de negocio con la protección de la "propiedad comercial" que correspondía al empresario en su condición de arrendatario, por la plusvalía que el desarrollo de su actividad empresarial había atribuido al local arrendado.

A pesar del conflicto de intereses, la Ley otorgó plena protección a los empresarios arrendatarios de los locales donde se asentaban físicamente las empresas, quienes recibían así un título de propiedad, la denominada "propiedad comercial". En realidad, ésta no consistía en una "propiedad" de hecho, sino en un conjunto de derechos -prórroga del contrato de arrendamiento y derecho de traspaso, fundamentalmente- dirigidos a tutelar los intereses de los arrendatarios y a permitirles extraer o aprovechar ese mayor valor (plusvalías) incorporado al local[17].

---

[17] Se entendía que cuando el empresario desarrollaba el ejercicio de su actividad empresarial en un local arrendado, el derecho de uso y disfrute del mismo se integraba en el conjunto patrimonial organizado que era la empresa. Si el empresario era obligado a abandonar el local y establecer la base física de su empresa en un lugar diferente, en la mayoría de los casos, no se vería privado exclusivamente del local de negocio sino también de una parte de considerable valor de su clientela, expectativas, prestigio y otros elementos que podían sumar un valor inestimable, y que, en definitiva, su desaparición producía una minoración en el valor global de la entidad empresarial como conjunto unitario. Precisamente, para evitar estos males, se otorgó a los empresarios arrendatarios los derechos de prórroga y traspaso.

Universidad de Huelva 2009

En cambio, estos derechos otorgados a los empresarios-arrendatarios mermaban las facultades de los arrendadores, titulares dominicales de los inmuebles. De hecho, durante algún tiempo, en el ámbito de los arrendamientos de local de negocio, la presencia personal del arrendador apareció relegada a un segundo término. Por ejemplo, en orden a la duración del contrato, la Ley imponía ilimitadas prórrogas potestativas para el arrendatario y obligatorias para el arrendador. El interés protegido por los derechos del arrendatario venía a ser de conservación del empresario en el local arrendado. De este modo, se robusteció la posición del arrendatario hasta el punto de que se aseguraba su estabilidad en el local arrendado aún contra la voluntad del propietario arrendador. La justificación de esta medida venía dictada por el interés social y por la necesidad anunciada de asegurar un mínimo vital y una seguridad económica a los que carecían de locales propios. Con este fin, la legislación disciplinaba todos los elementos del vínculo contractual. Éste, en consecuencia, obedecía no a un acuerdo de voluntad de las partes contratantes, sino a la voluntad legal que había sido impuesta[18].

Ahora bien, el Derecho especial de arrendamientos urbanos -tanto de viviendas como de locales de negocios- se ordenó básicamente en la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuyo Texto refundido fue aprobado por Decreto de 24 de diciembre de 1964,

---

[18] Precisamente, para asegurar la continuidad de los derechos arrendaticios, se promulgaron los Decretos de 21 y 30 de enero de 1936 sobre Alquileres, que se orientaron a garantizar al arrendatario la estabilidad en el local. Ambos Decretos significaron el reconocimiento del derecho de propiedad -"propiedad comercial"- al empresario arrendatario por haber creado un valor de interés social, apoyado sobre el arrendamiento del local como soporte físico de la empresa.

Posteriormente, se promulgó la Ley de Bases de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946, en la que encontraron su disciplina jurídica tanto los arrendamientos de viviendas como los arrendamientos de locales de negocio. Esta Ley de Bases se desarrolló mediante un Texto articulado, sancionado por Orden Ministerial de 21 de marzo de 1947, en virtud de la cual para que el arrendatario pudiera disponer y ceder su posición arrendaticia -traspaso- no era necesario el consentimiento del arrendador, pero sí el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para el traspaso. Era pues posible transmitir a un tercero la posición de arrendatario derivada del contrato de arrendamiento de un local de negocio sin consentimiento del arrendador, siempre que se cumpliesen los requisitos que la Ley establecía para el traspaso. El contenido de esta Ley de Bases quedó, a su vez, superado por la Ley de Bases de 22 de diciembre de 1955, desarrollada por un Texto articulado sancionado por el Decreto de 13 de abril de 1956. Por tanto, el reconocimiento y protección de los intereses de los arrendatarios se tradujo en el establecimiento de la prórroga legal de la relación arrendaticia. Pero además de concedérsele al arrendatario el goce y utilización de lo por él creado, se hizo posible que pudiera disponer de su "creación", que tuviera la facultad de disponer de su derecho. No obstante, para que el arrendatario pudiera ceder su posición arrendaticia precisaba de la intervención y anuencia del arrendador.

Universidad de Huelva 2009

que con ciertas modificaciones se ha mantenido vigente hasta la promulgación de la actual Ley de Arrendamientos Urbanos, Ley 29/1994, de 24 de noviembre.

Indiscutiblemente, la LAU de 1964 en materia de arrendamientos de local de negocio brindaba protección, quizás excesiva, a los empresarios arrendatarios mediante el reconocimiento de la denominada "propiedad comercial". Esta tutela se lograba, por un lado, protegiendo jurídicamente la posición del arrendatario, logrando su permanencia y estabilidad en lo que se configuraba como la sede física de su empresa, especialmente, a través de la prórroga legal que venía prácticamente impuesta al arrendador propietario del local[19]; por otro lado, la LAU de 1964 brindaba a los arrendatarios la posibilidad de apropiarse o movilizar las plusvalías obtenidas mediante la explotación de la actividad empresarial desarrollada en el local, especialmente a través del derecho de traspaso[20].

---

[19] Es conveniente mencionar otras particularidades, establecidas en la LAU, en tutela de la posición del arrendatario: la disciplina de la cuantía de la renta, que se traducía en diversas limitaciones en orden a efectuar aumentos de rentas arrendaticias -la facultad de aumentar o revisar la renta había de someterse a una serie de modalidades y condiciones legales a las que se referían los artículos 95 y ss. de la LAU-; las posibilidades de acceso a la propiedad del local arrendado, bien a través del ejercicio del derecho de tanteo que el artículo 47 establecía en favor del arrendatario -en cuya virtud se reconocía su preferencia a cualquier otra persona en orden a la adquisición del local por él arrendado y en iguales condiciones a las estipuladas en favor del tercer adquirente-, bien a través del ejercicio del derecho de retracto que el artículo 48 extendía al arrendatario del local enajenado -en cuya virtud el arrendatario tenía derecho a subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en el lugar del que adquiría el local a título oneroso-; la transmisión *mortis causa* del contrato de arrendamiento, consagrado en el artículo 60 de la LAU, que facultaba al heredero del arrendatario a suceder en todos sus derechos y obligaciones al arrendatario fallecido, aún cuando el contrato se hayase vigente por prórroga legal -se entendía en este caso que no existía transmisión sino aparición *ex novo* y con ocasión del fallecimiento del arrendatario, de un derecho a ocupar el lugar que éste tenía en el contrato de arrendamiento-; la tasa de las causas de resolución del contrato -el legislador prestó especial atención en orden a la delimitación de las causas que habían de operar en favor del arrendador como causas de resolución del contrato y, por tanto, de desahucio, convirtiéndolas en *numerus clausus* (arts. 114 y 118 LAU), sin perjuicio de que la tasa de las causas de resolución se configurase como un beneficio otorgado al arrendatario de local de negocio al que éste podía renunciar por vía convencional de acuerdo con el artículo 6.3 de la LAU, introduciendo en el contrato de arrendamiento otras causas de resolución en favor del arrendador distintas de las previstas en la Ley-; y, finalmente, el régimen del desistimiento unilateral por parte del propio arrendatario, recogido en los artículos 115 y 116 de la LAU.

[20] Es conveniente recordar otros instrumentos para la movilización de las plusvalías generadas por el desarrollo de la actividad empresarial que, aún cuando de menor entidad y frecuencia que el traspaso, podían en ocasiones resultar convenientes para los arrendatarios: el subarriendo de los locales de negocio, su aportación a una sociedad, la previsión legal relativa al ejercicio de las acciones de responsabilidad civil contra el empresario -la LAU reconocía la posibilidad de embargar el derecho de arrendamiento sobre el local y su posterior ejecución a instancia de acreedores del arrendatario tanto en vía judicial como extrajudicial, por ejemplo, a través de "la ejecución judicial o administrativa del derecho" (art. 33) o de la "dación en pago" (art. 39.3)- y sus efectos sobre el contrato arrendaticio de local de negocio, etc.

Universidad de Huelva 2009

Consecuentemente, prórroga legal y traspaso se configuraban como los instrumentos jurídicos de mayor relevancia que la LAU de 1964 ponía en manos del empresario arrendatario para la protección y realización de la pretendida "propiedad comercial".

En primer lugar, es necesario aclarar algunas cuestiones relativas a la prórroga legal del contrato. En la LAU de 1964, la prórroga legal del contrato de arrendamiento del local de negocio venía establecida en su artículo 57 en los siguientes términos: "*Cualquiera que sea la fecha de la ocupación de ... locales de negocio, llegado el día del vencimiento del plazo pactado, éste se prorrogará obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el ... arrendatario, aún cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones. Se aplicará igual norma en los casos de extinción de usufructo, sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 114 causa 12*". Es decir, trascurrido el plazo inicialmente pactado por las partes para la extinción del arrendamiento, quedaba a la conveniencia y arbitrio del arrendatario la prórroga legal del mismo -esto es, la continuidad en el uso y disfrute del local de negocio- y, por consiguiente, la subsistencia del primitivo contrato en las mismas condiciones que las originariamente pactadas, sin que el arrendador pudiera oponerse a esa prórroga que le había sido impuesta por la Ley. A través de la imposición de la prórroga legal al arrendador se perseguía la permanencia y estabilidad del arrendatario en el local de negocio arrendado.

Tal como anunciaba el precepto citado, la prórroga legal operaba incluso en los casos de adquisición por un tercero a título de propiedad del local dado en arrendamiento. En efecto, el adquirente se veía igualmente obligado a continuar con el contrato de arrendamiento en las mismas condiciones que su transmitente, subrogándose en todos sus derechos y obligaciones[21]. Además, también operaba la prórroga legal en los supuestos en los que el usufructuario de un local de negocio lo hubiera dado en arriendo. En este

---

[21] Ello se traducía en la derogación expresa del artículo 1.571 del C.c. que establece que "*el comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta*".

Universidad de Huelva 2009

caso, el nudo propietario, extinguido el usufructo, tendría que pasar por la prórroga forzosa si esa era la decisión del arrendatario, salvo que el titular dominical probase que las condiciones pactadas para el arrendamiento por el usufructuario anterior eran notoriamente gravosas para la propiedad.

No obstante, a pesar del establecimiento de la prórroga legal como principio general para los contratos de arrendamiento de local de negocio, la LAU de 1964 establecía sus propias excepciones[22].

En segundo lugar, como ya hemos señalado, la LAU de 1964 otorgaba al arrendatario un amplio poder de disposición sobre el local de negocio, facilitándole la apropiación o, en cualquier caso, la movilización de las expectativas que el desarrollo de su actividad empresarial había ocasionado, y parte de las cuales habían pasado a incorporarse al inmueble como sede física de la empresa. Para ello, la LAU brindaba al arrendatario tanto la posibilidad de apropiarse de la plusvalía generada por el desarrollo de la actividad empresarial en dichos locales (especialmente a través del derecho de traspaso), como la posibilidad de emplear instrumentos que le permitían beneficiarse de la riqueza por él creada en el ejercicio de su actividad[23].

---

[22] Por un lado, el artículo 62, párrafo 1°, determinaba que no tendría derecho el arrendatario a la prórroga legal cuando el arrendador necesitare para sí o para sus ascendientes o descendientes legítimos o naturales el local de negocio (matrimoniales y no matrimoniales y adoptivos, ya que de acuerdo con la nueva redacción dada al artículo 108 del C.c. -Disposición Final decimoctava.2 de la Ley orgánica 1/1986, de 15 de enero, de Protección jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil- surten los mismos efectos la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva). En segundo término, el artículo 62, párrafo 2°, establecía que el arrendatario no tendría derecho a la prórroga legal, cuando el arrendador proyectase el derribo de la finca donde se encontrase el local de negocio para su ulterior reedificación. Y, finalmente, el párrafo 3° del artículo 62 disponía que tampoco tendría derecho el arrendatario a la prórroga legal cuando el local de negocio hubiera permanecido cerrado durante más de seis meses en el curso de un año, a menos que el cierre hubiera obedecido a justa causa. La LAU se ocupó de determinar con detalle los requisitos necesarios para que estas distintas causas de oposición a la prórroga legal fueran efectivas, sin que pudieran producirse por abuso o fraude en el ánimo del arrendador (arts. 70 y ss.).

[23] Un ejemplo significativo de lo que venimos señalando puede ser la constitución de una hipoteca mobiliaria sobre el establecimiento mercantil tipificada y sometida a un minucioso régimen jurídico por la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de la posesión. En virtud de esta figura jurídica, bien el propietario de un local de negocio bien el arrendatario del mismo con facultad de traspasar, garantiza a un tercero el cumplimiento de una obligación, no mediante el derecho de propiedad sobre el local, sino sobre el derecho de arrendamiento que posee respecto del propio local. Así las cosas, si el deudor arrendatario que hipoteca no satisface la obligación garantizada con la hipoteca sobre el establecimiento mercantil, el derecho de arrendamiento sobre el local

Universidad de Huelva 2009

La LAU concebía el traspaso, de acuerdo con los términos literales de su artículo 29, como "*la cesión mediante precio de tales locales, sin existencias, hecha por el arrendatario a un tercero, el cual quedará subrogado en los derechos y obligaciones nacidos del contrato de arrendamiento*"[24]. Consecuentemente, a través de la cesión de la relación arrendaticia el tercero sustituía al arrendatario originario subrogándose en su posición contractual -el tercero se convertía en el nuevo y único arrendatario[25]-; y, a través del precio o remuneración pactada el arrendatario originario, entonces cedente, conseguía obtener o hacer suya la plusvalía acumulada sobre el local o sede física de la empresa que se traspasaba[26]. En definitiva, podemos configurar el traspaso como una facultad que la Ley otorgaba al arrendatario de un local de negocio de subrogar en su lugar a un tercero a cambio de una remuneración. La facultad del arrendatario de traspasar el local de negocio, aún cuando no necesitaba el consentimiento del arrendador, precisaba del cumplimiento de unos requisitos y formalidades impuestos por la Ley (art. 32), de tal forma que su incumplimiento llevaba consigo la posibilidad de que el arrendador ejercitase la acción resolutoria del contrato de acuerdo con los términos previstos en el artículo 114.5 de la LAU[27].

---

en el que radica el establecimiento mercantil hipotecado será ejecutado y con su importe satisfecho el acreedor hipotecario (arts. 19 a 33 LHMPSDP).

[24] El traspaso de local de negocio se configuraba, pues, como la figura negocial típica en virtud de la cual el arrendatario lograba movilizar parte de las expectativas obtenidas por el desarrollo continuado de su actividad empresarial en una sede física determinada.

[25] ILLESCAS ORTIZ, R., (*El arrendamiento de local de negocio*, cit., pág. 240; ID, *Los arrendamientos de local de negocio*, cit., pág. 202), afirma que, en realidad, mediante el negocio de traspaso el primer arrendatario no cedía el local sino una concreta situación jurídica -la de arrendatario- de la que gozaba al amparo del contrato de arrendamiento de local de negocio, y que la transmisión de dicha situación a un tercero subrogaba a éste en los derechos y obligaciones que en favor del arrendatario determinaba la pervivencia del contrato en su tracto ejecutorio.

[26] El traspaso, de acuerdo con los términos literales del artículo 29 de la LAU se configuraba como un negocio esencialmente oneroso y no gratuito. La inexistencia de precio o remuneración en el traspaso podía determinar la resolución del contrato de arrendamiento del local de negocio al amparo del artículo 114.5.

[27] La falta de cumplimiento de cualquiera de los requisitos establecidos en el artículo 32 de la LAU, no llevaba consigo la nulidad o inexistencia del traspaso operado ilegalmente, ya que el arrendador podía consentir el traspaso en los casos en los que no se hubieran observado los requisitos y formalidades legales, sino que facultaba al arrendador a no reconocer el traspaso, pudiendo instar la resolución del contrato de arrendamiento.

Universidad de Huelva 2009

No obstante, la LAU de 1964 protegía en cierta medida a los arrendadores-propietarios otorgándoles algunos derechos para los supuestos en los que el empresario arrendatario pretendía el traspaso del local de negocio. A través de estos derechos se brindaba al arrendador la posibilidad de recuperar el local y de obtener cierta participación en el precio en cada una de las transmisiones que del local efectuara el arrendatario.

En efecto, en primer lugar, la LAU confería al arrendador, para el caso de que el arrendatario decidiese traspasar el local, el derecho a recuperar la plena disponibilidad del inmueble a través del ejercicio del derecho de tanteo sobre el precio del traspaso (art. 35 LAU)[28], o, en caso de haberse producido ya la transmisión del local, el ejercicio del derecho de retracto (art. 36 LAU)[29]. La LAU ofrecía al arrendador, a través del derecho de tanteo y retracto, la posibilidad de recuperar plenamente sus prerrogativas dominicales sobre el local de negocio, y, si era su voluntad, ofertarlo nuevamente en el mercado.

En segundo lugar, si el arrendador decidía no ejercitar los derechos de tanteo y retracto, en el supuesto de que el arrendatario pretendiera traspasar el local, tenía derecho a participar en el precio del traspaso (art. 39 LAU).

En tercer lugar, el arrendador tenía derecho, en cada traspaso, al incremento de la renta en la cuantía que conviniera con el cesionario, o a falta de acuerdo en un 15 por 100 de la renta que satisfaciera el arrendatario en el momento de realizarse el traspaso (art. 42 LAU).

---

[28] La LAU otorgaba al arrendador un plazo de treinta días a partir del siguiente a aquél en el que el arrendatario le notificase su voluntad de traspasar y el precio que le había sido ofrecido para ejercitar su derecho de tanteo. El arrendador, durante el plazo anteriormente anunciado, podía impedir la ejecución del traspaso pagando al arrendatario el precio que se le ofreciese según la notificación recibida. De este modo, se producía la resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio recuperando el arrendador plenamente su disponibilidad.

[29] El ejercicio del derecho de retracto únicamente era posible en los supuestos en los que el arrendatario cedente no hubiera notificado al arrendador su intención de traspasar el local de negocio y el precio ofrecido, o en aquéllos en los que el arrendatario cedente hubiera realizado el traspaso por precio inferior al que notificó al arrendador. Igualmente, desde que el arrendador tuviera conocimiento de los hechos anteriormente anunciados contaba con un plazo de treinta días durante los cuales podía ejercitar el derecho de retracto.

Universidad de Huelva 2009

Y, finalmente, si el arrendatario decidía transmitir el local con existencias o el negocio en globo, también la LAU otorgaba al arrendador un derecho de tanteo sobre el objeto de la transmisión, y, además, si ejercitaba el derecho de tanteo, se le atribuía un derecho de deducción en el precio, en cuantía igual al derecho de participación que le correspondería en caso de no tantear (art. 41 LAU).

A la vista de lo anunciado, el "régimen" de la propiedad comercial en España se ha caracterizado tradicionalmente por una protección excesiva de los intereses de los empresarios-arrendatarios en perjuicio de los derechos de los propietarios-arrendadores. El arrendatario disponía tanto del derecho de uso y disfrute como del derecho a transmitir su titularidad arrendaticia y su derecho de uso a un tercero: en definitiva prórroga forzosa del contrato y derecho de traspaso[30].

1°.b.2. La promulgación del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica.

Con la finalidad de estimular "la construcción de viviendas y locales destinados a alquiler" -según los términos literales del propio Preámbulo-, y la intención de terminar con los abusos, que la legislación de arrendamientos propiciaba, por parte de los empresarios arrendatarios, el RD-L 2/1985, de 30 de abril, vino a suprimir la prórroga forzosa del contrato de arrendamiento de local de negocio celebrado con posterioridad a su vigencia, permitiendo el desalojo de los empresarios-arrendatarios al término de la duración pactada en el contrato.

El RD-L 2/1985 contenía sólo dos preceptos en materia arrendaticia. El primero es el artículo 8. El legislador se limitó a permitir a través de este precepto que el

---

[30] Como no es difícil imaginar, este exceso de protección dio lugar a situaciones de verdadero abuso por parte de los empresarios arrendatarios que continuaban usando de su derecho con rentas excesivamente bajas y, en otros casos, negociando con los arrendadores indemnizaciones realmente escandalosas a cambio del desalojo voluntario del local y término del contrato.

Universidad de Huelva 2009

propietario-arrendador autorizara la transformación de la vivienda arrendada o arrendable en local de negocio, sin que dicha transformación significara una novación en la relación jurídica, pues el objeto seguía siendo el mismo, aunque afecto a un uso distinto[31].

El segundo precepto del RD-L, en materia arrendaticia, es el que mayormente reclama nuestra atención[32]. El artículo 9 suprimió la prórroga forzosa, para los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados a a partir del día 9 de mayo de 1985, sin derogar antes o simultáneamente de forma expresa el artículo 57 de la LAU. El artículo 9 del RD-L de 1985 se limitó a establecer que -en materia de prórroga- la disciplina de la LAU no era aplicable forzosamente. La redacción legal del precepto provocó la división en dos criterios interpretativos a la hora de determinar el alcance del referido artículo 9.

Por una parte, era posible interpretar que el artículo 9 excluía la aplicación automática de la prórroga legal que hasta su entrada en vigor venía produciéndose, de tal forma que se entendía que dicho precepto había derogado, tácita o implícitamente, el artículo 57 de la LAU de 1964[33]. De este modo la prórroga forzosa quedaba excluida en la relación negocial salvo que las partes contratantes la pactasen expresamente en el

---

[31] Debemos ser conscientes de que la transformación de viviendas en locales de negocio beneficiaba a los propietarios al atribuírseles la posibilidad de incrementar la renta, el ejercicio del derecho de participación en traspasos, el derecho de recuperar el local por tanteo y retracto, y el derecho de compra del negocio con deducción de precio.

[32] Artículo 9: "1. *Los contratos de arrendamiento de viviendas y locales de negocio que se celebren a partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley tendrán la duración que libremente estipulen las partes contratantes, sin que les sea aplicable forzosamente el régimen de prórroga establecido por el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, texto refundido aprobado por decreto 4140/1964, de 14 de diciembre, y sin perjuicio de la tácita reconducción prevista en el artículo 1.566 del Código civil.*

2. *Dichos contratos, salvo lo dispuesto en el apartado anterior se regularan por las disposiciones vigentes sobre arrendamientos urbanos*".

[33] El artículo 57 de la LAU de 1964, tras el RD-L de 1985, según la tesis de la supresión automática, sólo sería aplicable a los contratos de arrendamiento de locales de negocio estipulados con anterioridad al 9 de mayo de 1985 -Disposición Transitoria del RD-L de 1985-.

Universidad de Huelva 2009

contrato de arrendamiento[34].

De otro lado, era posible considerar que el artículo 9 no eliminaba automáticamente la prórroga forzosa, sino que la verdadera significación de este precepto era que convertía la disciplina legal de la prórroga -imperativa en la LAU de 1964- en dispositiva, aplicable si no se excluía expresamente por las partes contratantes.

La interpretación dada al aludido artículo 9 por nuestro Tribunal Supremo, casi sin matices y excepciones, es la primera de las dos que hemos anunciado, es decir, el artículo 9 vino a suprimir automáticamente la prórroga forzosa en el contrato de arrendamiento de local de negocio de forma que sólo se aplicaría cuando las partes expresamente la pactasen en el contrato correspondiente[35].

Sin embargo, el artículo 9 del RD-L no derogó ningún otro precepto de la LAU de

---

[34] En este sentido parece manifestarse FONT GALÁN, J.I, ("La llamada propiedad comercial [El estado de la cuestión jurídico-legal y propuestas de soluciones normativas]", *Negocios sobre derechos no incorporados a títulos-valores y sobre relaciones jurídicas especiales*, [coordinación JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.], Madrid, 1992, pág. 145), al considerar que las partes pueden convenir expresamente o bien la aplicación de la prórroga legal -lo que no será habitual-; o bien la existencia de prórroga, pero con una disciplina pactada en una situación más o menos equilibrada entre las partes; o bien que no haya prórroga. Termina afirmando el autor que si las partes expresamente no pactan nada, el régimen de la prórroga legal de la LAU no se aplicará sino que el contrato de arrendamiento terminará a su vencimiento.

[35] La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1994 declaraba que: <<...*el artículo noveno, número 1, del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, que en este importante aspecto ha modificado sustancialmente la legislación arrendaticia, establece con toda claridad que los contratos de arrendamiento de viviendas o locales de negocio que se celebren a partir de la entrada en vigor de dicho Real Decreto-Ley tendrán la duración que libremente estipulen las partes contratantes, sin que les sea aplicable el régimen de prórroga del artículo 57; es decir, que, con carácter general, habrá de estarse a lo convenido por las partes, y que la prórroga forzosa sólo cabe admitirla cuando haya sido pactada de manera expresa...*>>.

En el mismo sentido se manifestaba el Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de junio de 1994: <<... *ha declarado esta Sala que el sometimiento al régimen de prórroga forzosa puede convenirse "explícita o implícitamente" en virtud de la libertad de pacto que preconiza el artículo 1.255 del Código civil, posibilidad no prohibida en el artículo 9 del Real Decreto-Ley de 1985 que se limita a suprimir el mero automatismo legal u ope legis, y sin el previo consentimiento de las partes, de aquél régimen de prórroga, a lo que cabe añadir que así se infiere del título del citado artículo 9, que reza "Supresión de la prórroga forzosa en los arrendamientos urbanos" cuando fácilmente hubiera podido decir "De la renuncia al derecho de prórroga forzosa" (...), quiere decirse, en resumen, que no nos hallamos ante una "renuncia del arrendador al derecho de dar por finalizado el contrato al fin de su plazo de vigencia" (...), sino que, ya en régimen de supresión de la prórroga forzosa, se pacta el sometimiento a ésta, lo cual desplaza a si efectivamente se estableció así en los contratos ...*>>.

Universidad de Huelva 2009

1964. Esto significaba que continuaban vigentes los artículos 29 y siguientes, que regulaban la facultad del arrendatario de traspasar el local. Ello se traducía en que el derecho de traspaso era posible sólo hasta el momento anterior al vencimiento del contrato de arrendamiento y no después, pues una vez vencido no se produciría la prórroga forzosa, por lo que el derecho de traspaso perdió, de este modo, gran parte del interés económico que tenía hasta ese momento.

El problema se planteó de nuevo. El arrendatario iba a ver como se extinguía su derecho de uso y disfrute sobre el local y, junto a él, la posibilidad de obtener la plusvalía que con su esfuerzo cotidiano había creado e inevitablemente se había ido acumulando sobre el local de negocio que ahora estaba obligado a desalojar. A la vez, el empresario-arrendatario iba a sufrir, sin poder evitarlo, una disminución en el valor global de su empresa ocasionada por la pérdida del derecho de arrendamiento sobre el local.

Este brusco giro producido por el RD-L de 1985, que se traduce en el olvido de la protección de la "propiedad comercial", ocasionó, además, ciertos desajustes tanto económicos -retroceso del mercado arrendaticio, aumento en los precios para la adquisición de la propiedad de locales de negocio, obstaculización de las transmisiones de empresas asentadas en locales arrendados, disminución del valor global de las empresas radicadas en locales arrendados- como normativos -la vuelta a la teoría atomista de la empresa, quiebra del principio de conservación de la empresa, devaluación del derecho de traspaso, aprovechamiento ilícito o detracción ilícita de la clientela, etc.-[36].

1°.c. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994.

El panorama legislativo sobre arrendamientos urbanos, brevemente expuesto, ha sido superado por la promulgación de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de

---

[36] Para un estudio exhaustivo sobre los desajustes económicos-empresariales y normativos provocados por el RD-Ley 2/1985, véase, FONT GALÁN, J.I., "La llamada propiedad comercial (El estado de la cuestión jurídico-legal y propuestas de soluciones normativas)", cit., págs. 139 y ss.

Universidad de Huelva 2009

Arrendamientos Urbanos. Antes de comenzar el análisis de las modificaciones y novedades introducidas por la nueva normativa sobre el arrendamiento de local de negocio que puedan ser de nuestro interés, es conveniente apuntar ciertas modificaciones de carácter general que han de tenerse presente a lo largo del tratamiento del tema[37].

En primer lugar, es necesario aclarar que, como dice el Preámbulo de la propia Ley, se ha sustituido la división tradicional entre arrendamientos de viviendas y arrendamientos de local de negocio y asimilados por la distinción entre arrendamientos de vivienda y arrendamientos para uso distinto de vivienda. Dentro de la categoría de los arrendamientos para uso distinto de vivienda se encuadran, entre otros, los arrendamientos de local de negocio. Esto significa que el arrendamiento de local de negocio ha desaparecido como contrato típico y diferenciado[38].

En segundo lugar, el artículo 4.1 de la LAU determina las normas legales aplicables a las distintas categorías de contratos de arrendamientos urbanos regulados por la Ley[39]. En la categoría de los arrendamientos para usos distintos de vivienda, el artículo

---

[37] Es pertinente puntualizar que el análisis de la nueva disciplina reguladora de los arrendamientos de locales de negocio, según la redacción de la LAU de 1994, va a ser realizado dejando a un lado el conjunto de Disposiciones Transitorias dictadas por la normativa legal. Estas Disposiciones Transitorias tratan de matizar los efectos generales de la nueva Ley sobre los contratos de arrendamientos de local de negocio celebrados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la norma y vigentes en dicho momento. Dada la multiplicidad de situaciones preexistentes al día 1 de enero de 1995, así como el estudio detallado y amplísimo que las mismas requieren, hemos considerado conveniente dejarlas a un lado, no sin advertir al lector del interesantísimo trabajo que sobre esta disparidad de situaciones puede efectuarse, sin perjuicio de alguna breve referencia que consideremos obligada. Es inevitable mencionar que la finalidad de estas Disposiciones Transitorias no es otra que terminar de forma paulatina y prudente con los elementos residuales de la legislación tuitiva preexistente, en perjuicio de los propietarios arrendadores de local de negocio, así como la intención de evitar los conflictos intertemporales entre el viejo derecho que se deroga y el derecho nuevo que se promulga.

[38] La nueva LAU conceptúa como arrendamientos destinados a uso distinto al de vivienda, de acuerdo con el tenor literal del artículo 3.2 los "... *arrendamientos de fincas urbanas celebrados... para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, cualquiera que sean las personas que los celebren*".

[39] El precepto citado establece que todos los arrendamientos regulados por la Ley, incluidos los arrendamientos de local de negocio, están sometidos de modo imperativo a lo dispuesto en los Títulos I (referente al ámbito de aplicación), IV (relativo a las disposiciones comunes a los arrendamientos de vivienda y a los arrendamientos para uso distinto de vivienda) y V (sobre los diferentes procedimientos judiciales a través de los que se han de solventar los conflictos de arrendamientos) de la Ley. No obstante, las normas imperativas contenidas bajo los títulos aludidos son escasas en número y, en ocasiones, el legislador reclama la voluntad de los contratantes para la integración de las mismas.

Universidad de Huelva 2009

4.3 "*sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1...*", deja el contenido del contrato al arbitrio de la autonomía de la voluntad -salvo dos puntuales excepciones en materia de fianza arrendaticia (art. 36) y forma del contrato (art. 37)-. Es decir, la LAU tiene carácter supletorio a los pactos entre las partes contratantes de tal modo que, en defecto de pacto, el contrato de arrendamiento se regirá por lo dispuesto en su Título III (De los arrendamientos para uso distinto de vivienda) y, supletoriamente, por la normativa del Código civil (art. 4.3 LAU)[40]. Esta libertad contractual adquiere especial relevancia en las cuestiones relativas a la renta a satisfacer y a la duración del contrato[41]. Finalmente, el artículo 4.4 determina que la voluntad de las partes que excluya la aplicación del Título III y, en su caso, del Código civil ha de ser clara y terminante, es decir, según el tenor literal del precepto, ha de ser expresa.

En cuanto a las modificaciones introducidas por la nueva normativa legal, hemos considerado conveniente destacar que, por una parte, desaparece la obligatoriedad de que el adquirente del local arrendado se subrogue en los derechos y obligaciones de su transmitente. A estos efectos, el artículo 29 de la LAU dispone que "*el adquirente de la finca arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador, salvo que concurran en el adquirente los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria*"[42]. En primer lugar, es necesario señalar que esta norma, contenida en el Título III, puede no

---

Consecuentemente, la LAU de 1994 otorga amplia libertad a la voluntad de las partes en la determinación del régimen aplicable a los contratos de arrendamientos de local de negocio, quienes han de respetar el contenido imperativo de sus Títulos I, IV y V.

[40] Es importante resaltar que, en aquellos aspectos de la relación negocial en los que las partes, consciente o inconscientemente, no hayan pactado el régimen aplicable, ni la LAU haya efectuado las oportunas previsiones normativas, de modo supletorio adquiere plena vigencia las disposiciones normativas del derecho de arrendamiento establecidas en el Código civil, tal como declara el legislador en el apartado 3 de la Exposición de Motivos de la LAU de 1994.

[41] De ahí que se haya afirmado que el arrendamiento de local de negocio ha pasado de una legislación intervencionista, tuitiva y protectora cual es la de 1964, a una destipificación y por tanto amplia liberalización en 1994 (ILLESCAS ORTIZ, R., *Los arrendamientos de local de negocio*, cit., pág. 253).

[42] El precepto citado establece como regla general la oponibilidad del arrendamiento al adquirente del local arrendado, quien quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador. Se sigue, por tanto, el criterio del artículo 57 de la LAU de 1964, aunque de forma limitada, tanto por el carácter dispositivo del artículo 29, como por la protección que puede merecer el tercero adquirente si cumple los requisitos del artículo 34 LH.

Universidad de Huelva 2009

ser aplicable al contrato de arrendamiento de local de negocio si las partes han pactado expresamente en contra de su sumisión, sustituyendo, en este caso, el régimen legal por otro distinto de origen convencional[43]. En segundo lugar, el adquirente del local de negocio que cumpla las circunstancias del artículo 34 de la Ley Hipotecaria -adquirente a título oneroso, de buena fe, que inscriba su adquisición en el Registro de la Propiedad, donde no figuraba el contrato de arrendamiento que pesaba sobre el local adquirido en el momento de la enajenación- no quedará legalmente subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador y el arrendatario no podrá oponerle el contrato de arrendamiento celebrado con el anterior arrendador[44].

Por otra parte, el artículo 33 de la nueva LAU, para el supuesto de que se produzca el fallecimiento del arrendatario, permite al heredero o legatario que continúe el ejercicio de la actividad empresarial o profesional de su causante, que se subrogue en los derechos

---

[43] El pacto entre el adquirente y el transmitente sobre el arrendamiento es ineficaz frente al arrendatario. Igualmente, si el arrendador y el arrendatario hubieran acordado que en cualquier caso el contrato subsistirá, dicho acuerdo no podrá oponerse al adquirente si éste queda amparado por el artículo 34 de la LH (en este sentido se manifiesta FÍNEZ, J.M., *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos* [dir. PANTALEÓN PRIETO, F.], Madrid, 1995, pág. 338, quien alega como fundamento de su afirmación el principio de relatividad [art. 1.257 C.c.]).

[44] Las excepciones al principio general se traducen en la inoponibilidad del arrendamiento a los sucesivos adquirentes del local arrendado cuando en estos concurran los requisitos del artículo 34 LH, o bien, cuando no concurriendo estos requisitos, la inoponibilidad del contrato de arrendamiento se hubiera pactado por las partes -arrendador y arrendatario-. No obstante, en ninguno de los dos casos, la transmisión provoca automáticamente la extinción del arrendamiento, salvo que en el segundo -pacto de inoponibilidad entre las partes- se hubiera estipulado dicho efecto de forma expresa. Estas excepciones relevan al adquirente del inmueble de tener que soportar el arrendamiento durante el plazo pactado, pero la continuación o no del mismo dependerá de la postura que adopte el nuevo titular del local de negocio transmitido. Si se produce la extinción anticipada del contrato de arrendamiento como consecuencia de la enajenación -salvo en el supuesto de que las partes hubieran acordado la extinción-, aún cuando el artículo 29 no alude a indemnización alguna en favor del arrendatario por los daños derivados de la extinción del contrato antes del período inicialmente pactado, podemos entender que se produciría un incumplimiento obligacional por parte del arrendador. Procediendo, en consecuencia, el resarcimiento de daños y perjuicios establecido con carácter general para el incumplimiento de las obligaciones por el artículo 1.101 del C. c., y para el contrato de arrendamiento en el artículo 1.571.2 del mismo texto legal, aún cuando corresponda al arrendatario la prueba de los daños causados por la extinción anticipada del arrendamiento (a favor del resarcimiento de los daños y perjuicios, véase, FÍNES, J.M., *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, cit., pág. 339, quien afirma que no puede argumentarse en contra del resarcimiento de los daños y perjuicios que el arrendatario pudo evitar el perjuicio derivado de la extinción con la inscripción del arrendamiento. Considera el autor que la inscripción no es un deber ni una carga para el arrendatario y que la no inscripción no excusa al arrendador de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa por todo el tiempo del contrato).

Universidad de Huelva 2009

y obligaciones del arrendatario fallecido hasta la extinción del contrato[45]. El fundamento del precepto es la continuación y protección de la empresa familiar, por lo que hemos de entender que sólo procede la subrogación cuando ésta se ejerza con la finalidad de continuar la actividad empresarial o profesional del arrendatario. La subrogación anunciada tiene carácter potestativo para los sucesores del arrendatario, en tanto que la Ley no la impone, e imperativo para el arrendador en los supuestos en los que los herederos decidiesen efectuarla[46]. Tampoco podemos olvidar que en este caso, al igual que ocurre con la totalidad del Título III, las partes podrán sustituir las previsiones normativas por aquellas otras de naturaleza contractual que consideren más oportunas en orden a los efectos sobre el contrato del fallecimiento del arrendatario, incluido el acuerdo de extinción del contrato de arrendamiento por muerte del arrendatario.

Finalmente, en la normativa vigente, para compensar económicamente al arrendatario por la inexistencia de prórroga legal del contrato, el legislador le ha otorgado el derecho a recibir una indemnización por la clientela generada; indemnización que se devenga con la extinción del contrato y que puede alcanzar como máximo el importe equivalente a dieciocho mensualidades de la renta actual -entendiendo por tal la satisfecha el día de la extinción (art. 34 LAU)[47]. Para que se produzca el nacimiento del derecho a la indemnización es preciso que concurran determinadas circunstancias que

---

[45] En este caso el arrendador no tiene derecho alguno a incrementar la renta que venía siendo satisfecha por el arrendatario fallecido, salvo que expresamente se hubiera estipulado ese incremento en el contrato de arrendamiento. Por otro lado, el heredero o legatario subrogado en la posición del arrendatario fallecido sólo podrá disfrutar del uso del local por el tiempo de vigencia contractual que quede tras la muerte del arrendatario, sin que dicho evento extienda en modo alguno el plazo de duración del contrato.

[46] La LAU no establece, ni en este precepto ni a lo largo de su articulado, en beneficio del arrendador ninguna vía de oposición a la subrogación, quedando ésta sometida a la voluntad de los herederos cuando se cumplan los requisitos legales -fallecimiento del arrendatario, que en el momento del fallecimiento se ejerza una actividad empresarial o profesional en el local arrendado y se pretenda su continuidad, ser heredero o legatario del arrendatario fallecido los continuadores de la empresa y que la subrogación se notifique por uno u otro al arrendador dentro de los dos meses siguientes a la fecha del fallecimiento del arrendatario-, y a lo preceptuado por el artículo 1.257.1 del C.c. Tampoco pone límites la Ley al número de subrogaciones posibles, por lo que hemos de entender válidas todas aquéllas que se realicen dentro del período de vigencia del contrato de arrendamiento.

[47] La compensación económica a la que aludimos en este momento o el derecho a la indemnización tiene carácter dispositivo y no imperativo. Es decir, las partes contratantes al celebrar el contrato pueden excluir expresamente esta indemnización o incluso establecer otra totalmente distinta.

Universidad de Huelva 2009

vienen enunciadas en el propio artículo 34: extinción por advenimiento del término final del contrato[48], ejercicio en el local arrendado de una actividad comercial de venta al público durante los cinco últimos años de vigencia del vínculo, manifestación por el arrendatario de su voluntad de renovar el contrato con cuatro meses de antelación a su extinción[49] y, por último, que el arrendador manifieste su intención negativa a la renovación del contrato o guarde silencio sobre la cuestión[50]. Por otra parte, no podemos olvidar que puede darse la hipótesis de que, habiendo concurrido todas las circunstancias anteriormente citadas, la indemnización no sea exigible por parte del arrendatario, o en caso de ser exigible, su cuantía sea mayor o menor, en atención a la actividad o pasividad empresarial de arrendador y arrendatario posterior a la extinción del arrendamiento (art. 34.2 y 3)[51].

Entrando de lleno en la cuestión que realmente nos interesa, tenemos que partir de que en la LAU de 1994 ha desaparecido el derecho de traspaso que la legislación anterior atribuía al arrendatario. La facultad de traspasar, en tanto que permitía al arrendatario de un local de negocio disponer de su derecho de arrendamiento y movilizar, de este modo,

---

[48] Cualquier otra causa de extinción del contrato que no se deba al transcurso del término pactado por la partes para la finalización de la relación arrendaticia, ya sea consecuencia de la actuación del arrendador o del arrendatario, no otorga a éste último el derecho a la indemnización prevista en el artículo 34, sin perjuicio de que le pueda corresponder una indemnización diferente derivada tanto de cláusulas contractuales como de otros preceptos legales de la LAU o del Código civil.

[49] La manifestación del arrendatario de su intención de renovar el contrato se configura como una auténtica oferta de contrato en tanto que ha de reunir los requisitos esenciales del contrato que se propone: la voluntad negocial, el objeto del contrato a renovar que no puede ser otro distinto al local donde se viene desarrollando la actividad empresarial, la renta a satisfacer y el tiempo o duración del contrato -éste último ha de ser como mínimo de cinco años a partir del término final originariamente pactado-, de tal forma que la aceptación del arrendador produce la renovación del contrato al producirse la prestación del consentimiento recíproco sobre los demás elementos esenciales del contrato, objeto y causa, así como sobre la renta y el tiempo. Si bien hay que tener en cuenta una pequeña puntualización, y es que, al no producirse la celebración del contrato *ex novo* sino su renovación, nos hallaríamos ante una novación convencional y objetiva del contrato en extinción.

[50] Si el arrendador guarda silencio durante los cuatro meses que, como período mínimo por mandato legal, han de transcurrir desde la comunicación del arrendatario hasta la extinción del contrato actual, se producirá la extinción del contrato de arrendamiento sobre el local de negocio y quedará obligado a indemnizar al arrendatario en los términos previstos en la LAU.

[51] El derecho a la indemnización que la LAU otorga al arrendatario de un local de negocio puede considerarse como un estímulo indirecto a la renovación del arrendamiento, al encarecer para el arrendador la efectiva extinción del contrato.

Universidad de Huelva 2009

la plusvalía generada por el ejercicio de su actividad empresarial -con independencia de la voluntad del arrendador- la hemos considerado como uno de los rasgos legales más característicos de la denominada "propiedad comercial".

Ahora bien, debemos enunciar como figuras que sustituyen en la nueva disciplina el derecho de traspaso recogido en la legislación anterior -que permiten al arrendatario la movilización de la plusvalía por él generada y acumulada sobre el local- la libre cesión y el libre subarriendo de los locales[52]. Hay que partir de una premisa sustancial en el régimen de la cesión y del subarriendo de local de negocio: para llevar a cabo estos negocios jurídicos no será necesario el consentimiento del arrendador[53], pero sí la notificación a éste de forma fehaciente en el plazo de un mes desde que aquéllos se hubieran concertado[54]. En definitiva, la LAU de 1994 liberaliza la cesión del contrato de arrendamiento y el subarriendo, siempre y cuando las partes no hayan excluido expresamente la aplicación de este precepto o modalizado la cesión o el subarriendo en

---

[52] A pesar de las diferencias sustanciales entre cesión de contrato de arrendamiento y subarriendo, a las que hemos aludido en páginas anteriores (y consideramos innecesario reproducir en este momento), la LAU de 1994 ha sometido ambas instituciones a una misma disciplina establecida en el artículo 32, aún cuando impone una peculiaridad para el subarriendo. En este sentido, la Ley permite que el subarriendo sea total -entonces el objeto del contrato de subarriendo será la totalidad del local arrendado por el primitivo arrendatario, subarrendador en el contrato de subarriendo-; o parcial -en cuyo caso el objeto del contrato de subarriendo será una parte del local arrendado de la que el subarrendatario podrá usar, mientras que del resto del local podrá seguir usando el primitivo arrendatario. Para este último supuesto, es decir, cuando el subarriendo pactado sea parcial, el derecho del arrendador de elevar la renta del primitivo arrendatario -subarrendador en el contrato de subarriendo-, en el momento de la perfección del contrato de subarriendo se reduce al 10% de la renta efectivamente pagada en lugar del 20% que se establece tanto para el subarriendo total como para la cesión del contrato de arrendamiento.

[53] GULLÓN BALLESTEROS, A., considera criticable el hecho de que el legislador haya prescindido del consentimiento del arrendador para la cesión del contrato de arrendamiento, pues opina que para éste tienen importancia fundamental las características personales y de solvencia económica del arrendatario ("Notas sobre el arrendamiento para usos distintos del de vivienda en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994", *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. AURELIO MENÉNDEZ*, T. I, Madrid, 1996, pág. 585).

[54] Por mandato del propio precepto la cesión o, en su caso, el subarriendo deberán notificarse por conducto notarial o mediante corredor de comercio, pudiendo esta notificación ser efectuada tanto por el arrendatario-cedente como por el arrendatario-cesionario. El deber de notificación viene reforzado por el artículo 35, sancionando su incumplimiento como causa expresa de resolución del contrato, lo que permite salvaguardar y proteger indirectamente los derechos que el artículo 32 concede al arrendador, como es el de elevación de la renta (en este sentido se manifiestan, entre otros, FÍNEZ, J.M., *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos* [dir. PANTALEÓN PRIETO, F], cit., pág. 344; ECHEVARRÍA DE RADA, T, "El artículo 32 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Especial consideración de los supuestos de fusión, transformación y escisión de la sociedad arrendataria", *Revista de Derecho Privado*, 1997, pág. 612).

Universidad de Huelva 2009

el contrato de arrendamiento[55].

A través de la cesión del contrato de arrendamiento, el cesionario se sitúa en la posición jurídica en la que se encontraba el cedente en el momento de efectuarse la cesión respecto a la relación arrendaticia, subrogándose en todos sus derechos y obligaciones y sin que se produzca ninguna modificación en las condiciones contractuales inicialmente pactadas. El arrendatario-cesionario únicamente se verá obligado a soportar un aumento de la renta en los términos que establece el artículo 32.2 -consistirá en una cifra equivalente al 20% de la renta en vigor en el momento de producirse la cesión-, salvo que las partes hubieran pactado otra cosa distinta en el contrato de arrendamiento.

Por el contrato de subarriendo de local de negocio el tercero-subarrendatario está facultado a usar el local subarrendado, sin que se produzca la subrogación de éste en los derechos y obligaciones del arrendatario-subarrendador. Este último seguirá ostentando la titularidad de los derechos y obligaciones derivados del primitivo contrato de arrendamiento frente al arrendador originario. Contrato primitivo de arrendamiento que, a pesar del subarriendo, continúa vigente. Salvo pacto expreso, el subarriendo se rige por lo dispuesto en el Código civil (art. 4.3 LAU). El subarrendador, al margen de lo que haya convenido con el subarrendatario, responde frente al arrendador del cumplimiento del contrato en los términos pactados (art. 1.550 C.c.).

Finalmente, la LAU vigente, al igual que la anterior, otorga al arrendatario del local de negocio el derecho a adquirir con carácter preferente a un tercero la propiedad del local arrendado. El artículo 31 de la LAU remite expresamente al artículo 25 del mismo Texto legal donde se regula el derecho de adquisición preferente para el arrendatario de vivienda. Una vez más, es conveniente advertir que éste régimen será

---

[55] El término "traspaso" ha desaparecido casi completamente de la nueva LAU de 1994, ya que sólo aparece nombrado en la Disposición Transitoria tercera, en relación con su régimen transitorio. El término que utiliza la LAU de 1994 es únicamente el de "cesión", lo cual es lógico si se piensa que el arrendamiento de locales de negocio no constituye por sí sólo una categoría separada sino que la distinción legal es entre arrendamientos de vivienda y arrendamientos para uso distinto del de vivienda.

Universidad de Huelva 2009

aplicable a los arrendamientos de locales de negocio en el supuesto de que las partes no lo hayan expresamente excluido en el contrato -no para los arrendamientos de vivienda, en los que es imperativo-[56]. A través del ejercicio del derecho de adquisición preferente, la LAU de 1994 otorga al arrendatario del local de negocio la posibilidad de apropiarse definitivamente de la plusvalía generada por el ejercicio habitual de su actividad en una sede física concreta y que inevitablemente se ha sedimentado sobre el inmueble arrendado. No obstante, debemos ser conscientes que esta oportunidad únicamente se le brinda al arrendatario en el supuesto que el arrendador propietario del inmueble haya decidido enajenarlo a un tercero.

Por el contrario, no se mantiene en la LAU de 1994 los derechos de tanteo y retracto, en favor del arrendador para el caso de cesión de arrendamiento, que establecían los artículos 35 y siguientes de la LAU de 1964.

En definitiva, la LAU de 1994 ha suavizado, para los arrendamientos de local de negocio posteriores a su vigencia, la seguramente excesiva protección que las disposiciones normativas anteriores otorgaban al empresario que desarrollaba su actividad empresarial en un local arrendado, vaciando en gran parte el significado de la "propiedad comercial"[57]. Sin embargo, las modificaciones introducidas por la nueva Ley no pueden entenderse como totalmente desprotectoras de los derechos de los empresarios arrendatarios, sino más bien reequilibradoras de los derechos de las partes vinculadas por el contrato de arrendamiento. En este sentido, aún cuando ha desaparecido la prórroga

---

[56] El derecho de adquisición preferente que la nueva LAU otorga al arrendatario es el equivalente a los derechos de tanteo y retracto que la LAU de 1964 otorgaba al arrendatario en sus artículos 47 y 48. El artículo 25.2 recoge el derecho de tanteo que el arrendatario podrá ejercitar antes de la perfección del contrato de compraventa del local arrendado. El párrafo 3 del precepto citado regula el derecho de retracto que podrá ser ejercitado por el arrendatario una vez perfecto e incluso ejecutado el contrato de compraventa. En ambos casos, la LAU faculta al arrendatario para adquirir la titularidad dominical sobre el local arrendado en las mismas condiciones en las que se había pactado o consumado, según el caso, la compraventa entre el arrendador y el tercer adquirente. Finalmente, los apartados 4 y 7 del artículo 25 consagran tres supuestos de exclusión de los derechos de tanteo y retracto del arrendatario.

[57] Los arrendamientos de local de negocio anteriores a la entrada en vigor de la Ley de 1994, es decir, en vigor el día 1 de enero de 1995, son objeto de una minuciosa y respetuosa adaptación a las nuevas disposiciones normativas de la Ley.

Universidad de Huelva 2009

legal del contrato de arrendamiento, se ha mantenido la facultad del arrendatario de movilizar la plusvalía generada en el ejercicio de su actividad empresarial y afectada al local, a través de la cesión del arrendamiento y del subarriendo, siempre que se cumplan las formalidades y requisitos correspondientes. Además otorga al primitivo arrendatario un derecho de indemnización cuando es sustituido en la explotación del local por un tercero que practica una actividad empresarial similar a la que él desarrolló.

2º. La aportación del contrato de arrendamiento sobre el local de negocio. Otras posibilidades.

2º.a. Planteamiento.

El análisis efectuado sobre la nueva LAU, nos permite afirmar, sin lugar a dudas, la posibilidad de que el arrendatario de local de negocio ceda a un tercero su posición jurídica en la relación arrendaticia, es decir, transmita la titularidad del derecho de arrendamiento que le faculta a usar del local en calidad de arrendatario. En suma, el arrendatario goza del poder de disposición sobre su titularidad arrendaticia, siempre dentro de los límites permitidos y con el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley (art. 32 LAU).

Como no es difícil imaginar, si el arrendatario tiene poder de disposición sobre su derecho de arrendamiento para cederlo a un tercero podrá igualmente aportar este derecho de arrendamiento a una sociedad, es decir, podrá aportar su posición jurídica de arrendatario, tanto en el momento en que la compañía se constituya como en un momento posterior, cuando decida efectuar una ampliación de su capital. Queremos hacer referencia, por tanto, al supuesto concreto de transmisión del contrato de arrendamiento a título de aportación, en el que el aportante-cedente es el primitivo arrendatario, que ahora adquiere la condición de socio, y el tercero cesionario es la sociedad. Lo que en este caso aporta el arrendatario es su posición contractual, adquiriendo a cambio la

Universidad de Huelva 2009

cualidad de socio en la compañía que pasa a ostentar la condición de arrendatario del local de negocio[58].

El artículo 36.1 de la LSA establece que sólo podrán ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica. No cabe ninguna duda que dentro de los derechos patrimoniales (esto es, de los derechos susceptibles de ser transferidos a la compañía incrementando su patrimonio), puede fácilmente encuadrarse el derecho de arrendamiento sobre el local de negocio, por lo que su aportación representa una atribución patrimonial a la sociedad. Por otra parte, el derecho de arrendamiento del local de negocio es susceptible de valoración económica, aún cuando en ciertas ocasiones puedan hallarse algunas dificultades en el momento de determinar objetivamente su valor en dinero. Pensemos, por ejemplo, en el supuesto de que durante un período de tiempo considerable, en ese local se haya efectuado de forma continuada y positiva una actividad empresarial que haya hecho que aumente la estimación comercial del local, que se revalorice el inmueble. En el momento de valorar la aportación que se pretende efectuar a la sociedad -el derecho de arrendamiento sobre el local de negocio-, no solamente se tendrá en cuenta el valor de uso del local sino que, además, a éste se sumará la plusvalía generada por el anterior empresario, ahora aportante, que se ha ido acumulando al local como sede física de la empresa. En definitiva, al aportarse el derecho de arrendamiento sobre el local se producirá por parte del empresario aportante la recuperación y apropiación de la plusvalía por él generada, que se traduce en un aumento de valor del local de negocio, lo que a su vez incrementará el valor de la aportación, y se traducirá finalmente en un mayor número de acciones que el arrendatario recibirá a cambio del derecho de arrendamiento por él aportado.

---

[58] Es conveniente aclarar que la celebración del contrato de arrendamiento del local de negocio entre el arrendador y la sociedad no es más que eso, un puro y simple contrato de arrendamiento en el que el arrendador, a cambio de una renta y sin adquirir por ello la cualidad de socio, otorga a la sociedad el uso y disfrute del inmueble por un período de tiempo determinado. En este caso, no podemos hablar de aportación social sino únicamente de contrato de arrendamiento. Por el contrario, cuando hablamos del arrendamiento del local de negocio como aportación a la sociedad queremos hacer referencia al supuesto anteriormente apuntado en el que el arrendatario transmite a la sociedad, a cambio de un número determinado de acciones, su posición en el contrato de arrendamiento.

Universidad de Huelva 2009

Desde la perspectiva contable, el derecho de arrendamiento del local de negocio puede ser inscrito en el activo del balance de la compañía, tal como se desprende de una correcta interpretación del vigente Plan General de Contabilidad[59]. Finalmente, podemos considerarlo un derecho enajenable, negociable y, en definitiva, que goza de aptitud para el cambio, por lo que la sociedad podría recuperar su valor en caso de crisis o necesidad económica, y, de este modo, atender los intereses de los acreedores. Consecuentemente, podemos afirmar, que el derecho de arrendamiento del local de negocio supera todos los requisitos que hemos considerado imprescindibles para que un bien o derecho pueda ser aportado a una sociedad anónima. En efecto, el arrendamiento del local de negocio puede constituir objeto de aportación a la sociedad anónima.

No obstante, la aportación del derecho de arrendamiento del local de negocio ha de producirse con el respeto de los requisitos y formalidades que el artículo 32 de la LAU establece para la cesión del contrato de arrendamiento. Sólo así será posible la subrogación de la sociedad en los derechos y obligaciones del primitivo arrendatario. El incumplimiento de los mismos acarreará la resolución del contrato de arrendamiento de acuerdo con el artículo 35 de la LAU y, consiguientemente, la pérdida de la aportación.

Bajo la vigencia de la LAU de 1964, la aportación del derecho de arrendamiento del local de negocio había de efectuarse respetando las formalidades y dando cumplimiento a cada uno de los requisitos establecidos para el traspaso (art. 32)[60]. La inobservancia de las formalidades y requisitos legales podían acarrear igualmente la resolución parcial del contrato, y la pérdida de la aportación, de conformidad con el artículo 114.5 de la LAU de 1964. Hoy, a pesar de la promulgación de la nueva LAU,

---

[59] El Plan General de Contabilidad, en su segunda parte, relativa al cuadro de cuentas, en el Grupo 2, Inmovilizado, incluye dentro de las inmovilizaciones inmateriales, como subcuenta 214, los derechos de traspaso. En la tercera parte del mismo Plan General de Contabilidad, relativa a las definiciones y relaciones contables, define como derechos de traspaso el "Importe satisfecho por los derechos de arrendamientos de locales".

[60] LÓPEZ JACOISTE, F.J., *El arrendamiento como aportación social*, cit., págs. 129 y 137; ILLESCAS ORTIZ, R., *El arrendamiento de local de negocio*, cit., pág. 274-275; LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., págs. 158-159.

Universidad de Huelva 2009

parte de la legislación anterior sigue estando vigente, si bien con ciertas limitaciones.

En efecto, la Disposición Transitoria tercera de la LAU de 1994 hace referencia a los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985 que continúen vigentes en el momento de la entrada en vigor de la nueva Ley. Estos contratos, por mandato expreso de la LAU de 1994, seguirán rigiéndose por las normas de la LAU de 1964, relativas al arrendamiento de local de negocio, con las modificaciones que la nueva Ley establece. Consecuentemente, en estos supuestos, si el arrendatario pretende aportar el derecho de arrendamiento a una sociedad anónima tendrá que notificar su pretensión al arrendador, indicando el valor atribuido a la aportación y esperar los treinta días de que dispone este último para ejercitar el derecho de tanteo que le concede el artículo 35 de la LAU de 1964. Si el arrendador ejercita el derecho de tanteo que le atribuye el precepto la aportación deviene imposible, y a cambio, la sociedad obtendrá, de ordinario, una suma de dinero equivalente al valor atribuido a la aportación[61]. En suma, el arrendador entregará al arrendatario el importe del valor que fue otorgado al derecho de arrendamiento a los efectos de su aportación y, por su parte, el arrendatario-aportante entregará esa misma suma de dinero a la sociedad en concepto de aportación (art. 134.2 RRM). No obstante, es conveniente recordar que la aplicación del artículo 134.2 del RRM sólo es posible en la medida en que ambas partes -aportante y sociedad- estén de acuerdo en sustituir la aportación inicialmente pactada por su valor en dinero. Si este acuerdo no existe, la única solución viable será la resolución del negocio de aportación con la consiguiente reducción del capital social.

Si, por el contrario, el arrendador decide no ejercitar el derecho de tanteo la aportación puede realizarse con plenos efectos, siempre que se cumplan los demás requisitos señalados en el artículo 32. De nuevo, dentro de los ocho días siguientes al

---

[61] LUCAS FERNÁNDEZ, F., *Temas sobre sociedades anónimas. Escrituras de constitución y ampliación de capital*, cit., pág. 160; DÍAZ GÓMEZ, Mª.A., *Las aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima: contenido, valoración y desembolso*, cit., pág. 129.

Universidad de Huelva 2009

otorgamiento de la escritura[62], habrá que notificar al arrendador la realización de la aportación así como el valor a ésta atribuido. Sólo en el supuesto de que no se hubiese efectuado la primera notificación o que finalmente se le hubiera atribuido al local un valor inferior al inicialmente notificado podrá el arrendador ejercitar el derecho de retracto que le concede el artículo 36 de la LAU de 1964. En la hipótesis de que el arrendador ejercite el derecho de retracto, el retrayente debe entregar a la sociedad en dinero el valor otorgado al local a efectos de aportación, sin que pueda subrogarse en las acciones recibidas por el aportante a cambio de su aportación pues, éstas -las acciones- ya no pertenecen a la sociedad, sino al aportante[63]. Este pago en dinero servirá de cobertura a las acciones emitidas, a no ser que la sociedad desista de la aportación y se proceda a la correspondiente reducción de capital.

Por otra parte, no podemos olvidar que la LAU de 1964 otorgaba al arrendador el derecho a participar en el precio del traspaso (art. 39). Así, pues, en el supuesto de aportación de un derecho de arrendamiento sobre un local de negocio que continúa rigiéndose por la Ley de 1964 podemos resaltar una peculiaridad. En el supuesto de aportación del contrato de arrendamiento no existe "precio" de traspaso. Por tanto, la participación en el "precio" que corresponde al arrendador queda irremediablemente a cargo del arrendatario-aportante. En efecto, este último recibirá acciones cuyo valor será equivalente al valor atribuido a su aportación y deberá pagar en dinero al arrendador la cuantía que le corresponda en virtud del derecho que la LAU le atribuye a participar en el "precio del traspaso"[64].

En cambio, como la LAU de 1994 no mantiene los derechos de tanteo y retracto

---

[62] En tanto la constitución de la sociedad o, en su caso, el aumento de su capital, exigen escritura pública, ésta será suficiente para dar cumplimiento al requisito que establecía el artículo 32 de la LAU de 1964, en su número 5°, siempre que en ella se hubiera hecho constar la preceptiva oferta al arrendador y el valor asignado al local.

[63] En estos términos se manifiesta CÁMARA ÁLVAREZ, M., *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, cit., pág. 134 (nota 181).

[64] LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 158; DÍAZ GÓMEZ, Mª.A., *Las aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima: contenido, valoración y desembolso*, cit., pág. 128.

Universidad de Huelva 2009

en favor del arrendador, los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados bajo su vigencia pueden ser aportados a la sociedad sin que se planteen los inconvenientes que hemos apuntado en relación a los celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985, que continúan rigiéndose por la legislación de 1964.

Ahora bien, puede fácilmente entenderse que la cesión del derecho de arrendamiento adquiere especial relevancia cuando lo que se aporta es una empresa como conjunto unitario, cuyo ejercicio se desarrolla en un local de negocio del que el empresario aportante disfruta en calidad de arrendatario. En este caso, el derecho de arrendamiento del local donde se desarrolla la actividad empresarial es considerado como un elemento de particular importancia de entre los muchos que constituyen la empresa, y que, generalmente, es transmitido junto al resto de los bienes, derechos y obligaciones que integran la entidad productiva. Además, su transferencia será considerada en el momento de determinar el valor global del conjunto que se transmite. En caso contrario, si se excluye ese derecho de arrendamiento de entre los elementos transmitidos, en los supuestos de aportación de empresa, el valor atribuido a la entidad productiva como objeto de aportación disminuirá, en la mayoría de los casos, sensiblemente.

Es preciso apuntar que la Ley de 31 de diciembre de 1980, de Arrendamientos Rústicos, hace prácticamente imposible la aportación de una empresa agrícola en el supuesto de que el empresario titular posea la finca que constituye la base física de la explotación agrícola a título de arrendatario. En efecto, la LAR impide que los arrendamientos sujetos a sus disposiciones normativas puedan ser objeto de aportación. En este sentido, el artículo 70 declara nulos los subarriendos o las cesiones totales o parciales de los derechos del arrendatario, aún cuando contasen con el consentimiento del arrendador. Así pues, únicamente podrá pensarse en la cesión del contrato en los supuestos tasados del artículo 6, a los cuales no se les aplica esta legislación especial, sino las normas del Código civil.

Universidad de Huelva 2009

Volviendo a la transmisión del derecho de arrendamiento del local de negocio, debe advertirse que no necesariamente ha de aportarse la titularidad de la relación arrendaticia para que la sociedad continúe el desarrollo de la actividad empresarial en el mismo local que venía siendo realizada por el empresario aportante. Es conveniente contemplar otras posibilidades.

2º.b. Otras posibilidades.

Para facilitar el entendimiento de lo que exponemos a continuación debemos recordar la siguiente idea general. El empresario, en el ejercicio de su actividad empresarial, emplea una gran multitud de elementos de naturaleza muy dispar. Algunos de estos elementos o bienes de los que disfruta y utiliza en su actividad cotidiana los posee en calidad de propietario, es decir, ostenta sobre ellos su titularidad dominical. Pero no es necesario que el empresario sea propietario de todos y cada uno de los elementos de los que dispone para el ejercicio de su empresa. Es muy posible que determinados bienes, esenciales o simplemente útiles para el desarrollo de la actividad empresarial, no sean propiedad del empresario, sino que únicamente esté facultado para su goce y uso, por ejemplo a través de un contrato de arrendamiento. En este caso, debemos entender que cuando el empresario aporta su empresa como conjunto unitario transmite a la sociedad el derecho de propiedad de algunos de los múltiples elementos que la integran, mientras que respecto de otros, en lugar del derecho de propiedad, transmite simplemente el derecho de uso o disfrute.

Pensemos por un momento en las diversas posibilidades que pueden plantearse respecto a la transmisión del uso y disfrute del local de negocio. Ya señalábamos al comienzo de este capítulo que es posible que el empresario aportante sea titular dominical del inmueble donde se viene desarrollando la actividad empresarial. En este caso, el empresario que aporta la empresa como conjunto unitario, en tanto que su derecho de propiedad le permite disponer libremente del local empleado, puede transmitir a la

Universidad de Huelva 2009

sociedad sin ningún tipo de trabas o dificultades la titularidad dominical sobre el inmueble. La sociedad adquire, entonces, la propiedad del local de negocio donde continuará el desarrollo de la actividad empresarial. En este caso, debemos hablar de aportación del local a título de propiedad.

Pero, aún cuando el empresario aportante sea el titular dominical del local de negocio, no necesariamente tiene que transmitir dicha titularidad a la sociedad a la que aporta su empresa. El aportante puede, en lugar de transmitir el derecho de propiedad sobre el local, aportar a la sociedad únicamente el uso del inmueble para la continuidad en él de la actividad empresarial que se venía desarrollando. Es decir, puede crear en favor de la sociedad un derecho de contenido idéntico al que corresponde a un arrendatario, constituyendo su aportación precisamente la atribución de tal derecho. En este caso, podemos afirmar que simplemente se ha aportado el derecho de uso sobre el local; en definitiva se habría transmitido el goce temporal del inmueble. Así pues, debemos entender que la aportación del local de negocio se ha realizado a título de uso, aunque la aportación de la empresa se haya realizado a título de "propiedad", es decir, sin límite temporal y sin obligación de restituir.

Por otro lado, es posible que el empresario arrendatario venga usando del local de negocio en virtud de la celebración anterior de un contrato de arrendamiento, es decir, en calidad de arrendatario. También entonces son factibles diversas posibilidades que brevemente pasamos a anunciar.

Una primera posibilidad sería que el empresario, al aportar su empresa, transmitiera plenamente a la sociedad su posición jurídica en la relación arrendaticia. El aportante desaparece de la relación arrendaticia total y definitivamente y la sociedad adquiere en este caso la cualidad de exclusivo arrendatario, subrogándose en todos los derechos y deberes inherentes a esta posición jurídica. En este caso, se produciría una cesión del contrato de arrendamiento con las consecuencias y efectos que en páginas

Universidad de Huelva 2009

anteriores hemos anunciado y sometida a las formalidades y requisitos del artículo 32 de la LAU. Podemos entonces afirmar que se aporta la "titularidad" plena de la relación arrendaticia.

Una segunda posibilidad sería que el arrendatario únicamente transmitiera a la sociedad alguno o algunos de los derechos que le confiere el contrato de arrendamiento, del que es y continúa siendo parte. Este supuesto, por tanto, no comporta la plena transmisión de la relación arrendaticia a la sociedad sino sólo la de algunas facultades[65]; en definitiva, se trata de la cesión de derechos arrendaticios, de contenido limitado, con la que sólo se transmiten los derechos que expresamente se determinen[66]. La aportación de derechos arrendaticios limitados que no comportan la plena transmisión de la relación arrendaticia a la sociedad, sino sólo de algunos derechos -por ejemplo, del derecho de uso-, aun a título de propiedad, debe equipararse a las aportaciones realizadas a título de uso.

Una tercera y última posibilidad consistiría en que el aportante de empresa, arrendatario del local de negocio, sin desaparecer de la relación contractual de la que es parte, y sin que transmita a la sociedad ni el contrato ni ningún derecho derivado de la relación arrendaticia, permita o preste a la compañía el derecho de arrendamiento según su contenido económico. De esta manera la sociedad dispone del derecho de arrendamiento de forma limitada, a los únicos fines de goce y utilización económica[67]. En este caso, no podemos afirmar que se produzca una cesión del contrato, ni una cesión de derechos, sino una prestación temporal del uso del arrendamiento, esto es, verdadera

---

[65] No hay transmisión plena de la titularidad arrendaticia, ni por tanto cesión de contrato, pues algunos de los efectos derivados del contrato de arrendamiento permanecen ligados al primitivo arrendatario, pese a la transmisión de ciertos derechos nacidos de la relación contractual originaria.

[66] En este caso no podemos hablar propiamente de "aportación de arrendamiento", sino más bien hacer referencia a la transmisión del "derecho de goce", sin correlativa transmisión de la obligación de pagar el precio.

[67] LÓPEZ JACOISTE, J.F., (*El arrendamiento como aportación social*, cit., pág. 104), considera que, en esta situación, por el cauce de la aportación se celebra un contrato similar al arrendamiento, al proporcionar a la sociedad el goce de una posición contractual.

Universidad de Huelva 2009

aportación de mero uso. Debemos equiparar, pues, la operación anunciada al subarriendo del local -aunque no sea en sí un subarriendo, reacciona frente al contrato de arrendamiento como un subarriendo-, por lo que igualmente le serían aplicables las formalidades y requisitos que para el negocio establece el artículo 32 de la LAU.

El dato que realmente adquiere relevancia en las diversas opciones que acabamos de anunciar es que, a través de cualquiera de ellas, se permite a la sociedad adquirente de la empresa por vía de aportación, la continuidad de la explotación empresarial en el mismo emplazamiento espacial que venía siendo utilizado por el empresario aportante. De este modo, se evita que la sociedad sea privada del local de negocio consagrado como sede física de la empresa que adquiere y de parte de la clientela conectada o vinculada con el local, y, finalmente, se impide que se produzca una disminución en el valor de conjunto de la entidad productiva que se aporta, al poder continuar el desarrollo de la actividad empresarial en el emplazamiento donde habitualmente se venía realizando.

2°.c. La influencia de la Ley 19/1989.

Antes de dar por finalizada la cuestión relativa a la aportación del arrendamiento del local de negocio es conveniente efectuar una mínima puntualización. Bajo la vigencia de la legislación anterior a la LAU de 1964 se consideraba que la aportación de la relación arrendaticia en el momento de constitución de una nueva sociedad, o en el de aumento de su capital, realizada sin los requisitos y formalidades de un traspaso y sin el consentimiento del arrendador, daba derecho a éste a resolver el contrato[68].

El artículo 55 de la LAU de 1946, que pasó luego al artículo 31.1 de la LAU de

[68] En este sentido se manifestó reiteradamente el Tribunal Supremo, que calificó el supuesto, en algunas ocasiones, de traspaso inconsentido -sentencias de 20 de enero de 1948, de 30 de marzo de 1953, de 14 de abril de 1961, etc.- y en otras, de subarriendo o cesión de uso no autorizado -sentencias de 29 de enero de 1949, de 20 de octubre de 1952, de 24 de enero de 1953, etc.-. El criterio sustentado por el Tribunal Supremo en las sentencias citadas se sintetiza en que la sociedad a la que se aporta la titularidad arrendaticia del local (o se cede el uso del mismo) constituye un sujeto de derecho distinto al socio que hace la aportación, puesto que es una persona jurídica, lo que, siempre que no se cumplen los requisitos legales del traspaso, justifica la resolución del contrato.

Universidad de Huelva 2009

1956 y de la LAU de 1964, establecían una excepción a este régimen. De acuerdo con dichos preceptos "*no se reputará traspaso, mientras subsista, la asociación que, exclusivamente entre sí, realicen los hijos del titular arrendatario del local de negocio que hubiera fallecido, aunque forme parte de ella el cónyuge sobreviviente*"[(69)].

Por su parte, la LAU de 1964 introdujo, además de la que acabamos de mencionar, otras excepciones que, al igual que la anterior, permitían no considerar causado el traspaso. En primer lugar, no había de considerarse causado el traspaso con la cesión que del local de negocio o del negocio mismo efectuara el arrendatario a una cooperativa u otra "unidad sindical", constituida con mayoría de los productores obreros que en él estuvieran empleados (art. 31.2 LAU). En segundo lugar, de acuerdo con los términos del precepto citado tampoco se consideraba que existiese traspaso del local de negocio cuando por ministerio de la Ley una empresa individual debiera convertirse en cualquier forma de sociedad (art. 31.3), y, en tercer lugar, análogamente, cuando las sociedades

---

[(69)] El Tribunal Supremo interpretó, entonces, que el precepto hacía referencia a "asociaciones" de tipo personalistas, que conservaban la nota personal y no a otras "asociaciones", donde la importancia de la persona carecía de relevancia alguna. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1957, no consideró aplicable la excepción mencionada y determinó la existencia de traspaso, cuando los hijos y el cónyuge sobreviviente habían constituido una sociedad anónima. El Tribunal declaró: <<*Que la nota esencial y que lo que fundamentalmente distingue a la Sociedad Anónima es su carácter apersonal...y siendo así, no cabe duda de que las Anónimas salen del dispositivo del artículo 55 de la Ley, donde se impone, en primer lugar, la nota personal "hijos del titular arrendatario" no pudiendo perder este contacto o relación subjetiva para que se dé el supuesto legal de subsistencia del contrato de arrendamiento a favor de los interesados constituidos en asociación, bien en forma de comunidad o como sociedad personal, donde el individuo, como socio normativo vinculado a la Entidad, comparte los derechos y obligaciones de la misma, y sin que nada diga en contra de cuanto expuesto queda la significación puramente capitalista de las Sociedades Anónimas, el hecho de estar la totalidad de acciones en poder de los hijos del titular arrendaticio...*>>. En términos similares se manifiesta el Alto Tribunal en la Sentencia de 6 de marzo de 1964, supuesto en el cual se trataba de constituir una sociedad de responsabilidad limitada.

Por el contrario, el Tribunal Supremo consideró aplicable la excepción apuntada en el caso de constitución, por los hijos y el cónyuge sobreviviente, de una sociedad de tipo personalista. En este sentido, la Sentencia de 19 de febrero de 1970 declaró: <<*Que es reiterada la doctrina de esta Sala en cuanto que el privilegio establecido en el número 1 del artículo 31 tiene un carácter exclusivamente personal, si bien es cierto que la aceptación genérica que tiene el término "asociación", ha de entenderse comprendido dentro de él, no sólo a las sociedades de hecho o simples comunidades, carentes de personalidad jurídica, sino también a los que la tienen distinta a la de sus asociados, siempre y cuando conserven la nota personal, cual acontece con las sociedades colectivas, como es la que es objeto de la litis, constituida por los propios hijos del fallecido arrendatario*>>.

Universidad de Huelva 2009

cambiaran de forma por ministerio de la ley (art. 31.4)[70]. Este último párrafo fue interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentido restrictivo, decretando la existencia de traspaso en los supuestos de transformación voluntaria[71].

El artículo 19 de la Ley 19/1989, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil al Derecho de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades[72], se ocupó de dar una nueva redacción al artículo 31.4 de la LAU de 1964. En virtud de esta modificación no se reputaba causado el traspaso en los casos de transformación, fusión o escisión de Sociedades mercantiles, pero el arrendador tenía derecho a elevar la renta como si el traspaso se hubiera producido. De acuerdo con esta nueva redacción, no era preciso ya que la transformación se debiese a exigencias de la ley, tampoco se reputaría causado el traspaso cuando la transformación fuera totalmente voluntaria. Esta interpretación era confirmada por el hecho de que se incluía la transformación en el mismo apartado y sometida al mismo régimen que la fusión y la escisión de sociedades, pues estas operaciones societarias se producen de forma voluntaria.

---

[70] Este párrafo 4° era de plena aplicación en aquellos supuestos en los que la transformación era consecuencia del cumplimiento de la Disposición Transitoria Tercera de la LSA de 1951 (transformación obligatoria en anónimas de las sociedades de responsabilidad limitada y de las comanditarias por acciones constituidas antes de 1951, cuyo capital social fuera superior a cinco millones de pesetas). Por su parte, la LSA de 1951 establecía, por un lado, que la transformación de una sociedad anónima "*no cambiará la personalidad jurídica de la sociedad, que continuará subsistiendo bajo la forma nueva*" (art. 137.1); por otro, declaraba la LSA que "*la transformación de sociedades colectivas, comanditarias o de responsabilidad limitada en sociedades anónimas no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad transformada*"(art. 140).

[71] En este sentido podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1970, en la que se señalaba claramente que el cambio de forma por ministerio de ley de una sociedad personalista en anónima no suponía traspaso por estar permitido por el artículo 31.4 de la LAU, pero al verificarse simultáneamente la conversión de la sociedad de responsabilidad limitada en anónima, con aumento de capital, había de estimarse que esto último no se hizo por mandato de la ley, sino por voluntad de los socios, y ello era determinante de la cesión. Por el contrario, no existiría traspaso, a tenor de lo dispuesto en el artículo 31 de la LAU en los casos de transformación obligatoria, como recogió la Sentencia de 21 de noviembre de 1962.

Igualmente la Sentencia de 18 de enero de 1996 califica de traspaso ilegal un supuesto de escisión de la sociedad arrendataria y ocupación de los locales arrendados por la sociedad escindida, puesto que dicha operación se había producido con anterioridad a la modificación del artículo 31.4 de la LAU de 1964 por la Ley 19/1989.

[72] La redacción se llevó a cabo por la Disposición Adicional décima de la Ley 5/1990, de 29 de junio sobre medidas en materia presupuestaria, financiera y bursátil, procedente del RD-Ley 7/1989, de 29 de diciembre.

Universidad de Huelva 2009

La LAU de 1994, siguiendo la misma línea que la reforma del 89, determina en su artículo 32.3 que no se reputará cesión el cambio producido en la persona del arrendatario por consecuencia de la fusión, transformación o escisión de la sociedad arrendataria, pero el arrendador tendrá derecho a la elevación prevista para los supuestos de cesión[73]. En estos tres supuestos, de acuerdo con el artículo 32.3 de la LAU, no existe a los efectos de la disciplina de la LAU cesión de contrato en favor de la compañía resultante de la fusión, transformación o escisión. Sin embargo las consecuencias son en esencia las de una sucesión en la parte contractual, pues el precepto mencionado habilita al arrendador a aumentar la renta en un importe equivalente al 20% de la renta actual[74].

Consecuentemente, tras la modificación de la LAU de 1964 por la Ley de 1989, e igualmente en la actual vigente LAU, la modificación subjetiva del arrendatario en la relación arrendaticia supone, de ordinario, la existencia de un traspaso -o una cesión utilizando los términos de la LAU de 1994-. En definitiva, la introducción de un tercero en la relación arrendaticia, con la excepción que de forma expresa recoge el artículo 32.3 de la LAU[75], para los supuestos de la fusión, transformación o escisión de la sociedad arrendataria da lugar a la cesión del contrato[76].

---

[73] La LAU no distingue en orden al tipo societario sino que formula una regla aplicable a todas las compañías: civiles o mercantiles, personalistas o de capital.

[74] No obstante, es conveniente tener en cuenta que al menos en dos de las operaciones societarias citadas en el artículo 32, fusión y escisión, se produce una sucesión universal entre las sociedades causantes y las resultantes de la modificación estructural que fundamenta plenamente el cambio de arrendatario.

[75] La Ley de 1994 no ha incluido dentro de esos supuestos excepcionales, en los que no se considera existente la cesión del contrato, la constitución de una sociedad de capital unipersonal mediante la aportación de su empresa por parte del empresario individual. De hecho, es lógico que éste régimen no se otorgara al empresario individual pues la LAU es de 1994, mientras que la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada -donde se admite expresamente por primera vez la constitución de una sociedad unipersonal de capital- es de 1995.

[76] Ahora bien, no todos los supuestos que enumera el artículo 32.3 de la LAU pueden considerarse una excepción a la existencia de cesión del contrato de arrendamiento, pues, en realidad, la introducción de un tercero en la relación arrendaticia no se produce en todos ellos. De hecho, si examinamos individualmente cada una de las operaciones societarias recogidas en el precepto citado, podemos fácilmente percibir que no todas ellas presentan el mismo alcance en relación a la modificación subjetiva que se produce en la persona del arrendatario. En efecto, según el tenor literal del artículo 228.1 de la LSA "*la transformación efectuada con arreglo a lo prevenido en los artículos anteriores no cambiará la personalidad jurídica de la sociedad, que continuará subsistiendo bajo la forma nueva*". Por tanto, la transformación origina el cambio de tipo o de forma de la sociedad, sin que se produzca su disolución. Pero, a los efectos que ahora nos interesan, la transformación no afecta a la personalidad jurídica de la sociedad, que sigue siendo

Universidad de Huelva 2009

Sin lugar a dudas, la transmisión de la relación jurídica de arrendamiento a través de su aportación a la sociedad anónima lleva consigo una modificación subjetiva en la posición jurídica del arrendatario, esto es, la introducción de un tercero ajeno hasta ese momento a la relación arrendaticia[77]. Pues, el primitivo arrendatario es sustituido en la relación obligacional por la compañía, que pasa a ocupar la posición jurídica del primitivo arrendatario en el contrato de arrendamiento. Consecuentemente, dicha aportación ha de cumplir los requisitos y formalidades que, a efectos de la cesión del contrato de arrendamiento, establece el artículo 32 de la LAU de 1994. De no ser así, se podría

---

la misma (SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, T. I, cit., pág. 577). En definitiva, no hay, en este caso, un cambio de sujeto respecto de las relaciones jurídicas de que la sociedad transformada era titular, esto es, no se produce la introducción de un tercero en la relación arrendaticia que continúa vigente para las partes que en su momento contrataron, a pesar de que en una de ellas se haya producido un cambio de tipo o de forma. Por el contrario, en los supuestos de fusión o escisión el que haya o no introducción de un tercero ajeno al contrato de arrendamiento dependerá, en cada caso, de la clase de fusión o escisión de que se trate y, en definitiva, de que la posición de la sociedad arrendataria sea ocupada por otra sociedad con personalidad propia, distinta de aquélla. Así, a título meramente indicativo, en el supuesto de fusión por absorción, donde la personalidad jurídica de la sociedad absorbente subsiste, pueden darse dos posibilidades: a) cuando la sociedad arrendataria es precisamente la sociedad absorbente; b) cuando la sociedad arrendataria es la sociedad que, como consecuencia de la fusión, se extingue y su lugar lo ocupa la sociedad absorbente. En el supuesto a) la sociedad arrendataria subsiste, pues es la sociedad absorbente, su personalidad jurídica no varía y, por tanto, continúa ostentando la cualidad de arrendatario en la relación arrendaticia, sin que se produzca la introducción de tercero alguno en dicha relación (nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 8 de febrero de 1996, ha declarado expresamente que: "*...Cuando la sociedad absorbente de la otra es la arrendataria, la absorbida se extingue y se integra en la primera y, por tanto, no hay introducción de persona jurídica ajena al contrato de arrendamiento, ya que persiste en el uso arrendaticio la arrendataria originaria contratante*"). Sin embargo, en el supuesto b), al extinguirse la sociedad arrendataria, la absorbente pasa a ocupar la posición jurídica que la primera ostentaba hasta ese momento en la relación arrendaticia. Se produce, en consecuencia, la introducción de un tercero en la relación obligatoria, adquiriendo la sociedad absorbente a partir de ese instante la cualidad de arrendatario. En definitiva, algunas de las operaciones societarias que enumera el artículo 32.3, producen una mera modificación en la sociedad arrendataria que, a pesar de ello, continúa existiendo y conservando, además de su personalidad juríridica, la titularidad de la relación arrendaticia. Otras, por el contrario, implican una alteración que provoca la extinción de la sociedad arrendataria, con o sin nacimiento de otra sociedad, pero, en cualquier caso, produciéndose un cambio en la persona del arrendador, lo que se traduce en la introducción de un tercero en la relación arrendaticia.

[77] Esta línea de pensamiento viene recogida en términos similares por la Sentencia de 7 de enero de 1991 -teniendo en cuenta que los hechos fueron anteriores a la reforma de 1989-: "*...la Ley, fuera de los casos en que expresamente lo establece no consiente que el inmueble arrendado por una persona individual o jurídica sea ocupado por otra, llámese cesión, traspaso o subarriendo a la relación jurídica que diese lugar a tal ocupación, pues toda modificación subjetiva, introduciendo a terceros en la relación arrendaticia sin el consentimiento de la parte arrendadora o sin el cumplimiento de los requisitos legales, da causa a la resolución contractual, ocurriendo tal supuesto...cuando los arrendatarios crean o introducen una sociedad...de forma tal que dichos terceros ostentarán una posesión ilegal, en cuanto no autorizada por la ley ni por el propietario, que puede hacerla valer en su contra para recuperarla*". Esta misma doctrina es recogida por las sentencias de 25 de enero de 1988 y de 8 de junio de 1992. En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1992 declara que "*...la constitución de una sociedad mercantil a cuyo nombre debía girar el negocio explotado en el local de autos, constituye siempre un cambio en la titularidad arrendaticia a favor de la nombrada compañía, cuya personalidad jurídica no puede confundirse con los distintos elementos subjetivos individuales que la integran*".

Universidad de Huelva 2009

producir la resolución del contrato de arrendamiento, de acuerdo con los términos del artículo 35 de la LAU, con la consiguiente pérdida de la aportación.

3°. Breve referencia a la aportación de un inmueble arrendado.

Una cuestión digna de un breve comentario es el eventual supuesto de aportación de un inmueble arrendado por parte del propietario-arrendador. En este caso la duda que se plantea es si el arrendatario tendrá un derecho de adquisición preferente sobre el inmueble arrendado. Para dar una respuesta correcta a esta cuestión debemos distinguir claramente entre los derechos de adquisición preferente de origen legal y los derechos de adquisición preferente de origen convencional. Vamos a central nuestra atención, en primer lugar, en los de origen legal.

La influencia que estos derechos pueden ejercer sobre las aportaciones será diferente según se trate de un arrendamiento sujeto a la legislación rústica o a la legislación urbana. Habrá que ver, además, si los derechos de tanteo o de retracto se reconocen en todo supuesto de transmisión del inmueble o si se reservan para supuestos concretos como el de la compraventa. En principio, sólo cuando la Ley contemple que el retracto se pueda hacer valer ante cualquier transmisión onerosa procederá también el derecho de retracto en la hipótesis de aportación a la sociedad anónima de un inmueble arrendado.

Es el caso del derecho del arrendatario de fincas rústicas[78]. En efecto, el artículo

---

[78] En este caso es la propia Ley la que estima posible que el retracto se haga valer frente a cualquier transmisión onerosa. El retracto prosperará independientemente de que el retrayente pueda o no subrogarse en el lugar del adquirente -pues, realmente, no puede entregar acciones- y prescindiendo, asimismo, de las demás consideraciones que justifican el criterio restrictivo que resulta del artículo 1.521 del C.c. Parece, pues, que este derecho de retracto se articula como un derecho de adquisición preferente, susceptible de hacerse valer respecto de cualquier enajenación a título oneroso. El retrayente adquirirá el bien aportado y, en su lugar, la sociedad recibirá, de ordinario, el valor en dinero que en su momento se le atribuyó a la aportación. Por su parte, las acciones de la sociedad quedarán suficientemente cubiertas al ingresar en el fondo común el importe en dinero de lo que el socio aportó a la sociedad. No obstante, si no se logra un acuerdo entre el aportante y la sociedad en el sentido de sustituir la aportación originaria por su valor en dinero, se procederá a la resolución del negocio de aportación con la consiguiente reducción de capital. Únicamente si el inmueble aportado se considerase esencial para el desarrollo del objeto social, podrá tener lugar la

Universidad de Huelva 2009

86 de la LAR, Ley 83/1980 de 31 de diciembre, le concede los derechos de tanteo y retracto en toda enajenación intervivos; por su parte, el artículo 89 contempla expresamente el supuesto de aportación a una sociedad[79].

Por tanto, si el arrendatario ejercita el derecho de tanteo que le corresponde la aportación del inmueble no podrá realizarse. Si la aportación de la finca arrendada se proyectó en el momento de la constitución de la sociedad, o bien se constituye la sociedad prescindiendo de la finca arrendada o bien se desiste de la constitución de la sociedad. Si estamos ante un supuesto de aumento de capital social sólo podrá realizarse la aportación si el titular del derecho de adquisición preferente no ejercita el tanteo o renuncia al mismo. Así pues, si una vez transcurrido los plazos para el ejercicio del derecho de tanteo el arrendatario no lo hubiera ejercitado, podrá realizarse libremente la aportación.

Ahora bien, si no se han efectuado las notificaciones correspondientes o no se ha esperado a que transcurra el plazo de caducidad del derecho de tanteo y se ha consumado la aportación, nace para el arrendatario el derecho de retracto. En este caso, el arrendatario deberá satisfacer a la sociedad el valor atribuido a la finca aportada a los efectos de su aportación. Ese valor servirá de cobertura a las acciones emitidas a cambio de la aportación, tanto en el momento de la constitución de la sociedad como en el de aumento de su capital. No obstante, es posible, como ya hemos señalado, que la sociedad desista de la aportación. En ese caso, la compañía quedará con un capital inferior, si es que no se desiste por completo de constituir la sociedad, o si se trata de un aumento de capital la operación quedará sin efecto, salvo que se hubiera previsto la suscripción

---

disolución de la sociedad.

[79] En estos casos, por aplicación de los artículos 87 y 88 de dicha LAR, el aportante notificará previamente al arrendatario su propósito de aportar a la sociedad la finca arrendada, indicando las condiciones de la aportación, valor y nombre y circunstancias de la sociedad a la que se ha de aportar; la notificación se hará de forma fehaciente (art. 87). El arrendatario tendrá un plazo de sesenta días hábiles desde que hubiera recibido la notificación para ejercitar su derecho de adquirir la finca por el mismo valor y condiciones, notificándolo así al enajenante de forma fehaciente. En defecto de notificación del arrendador al arrendatario, tendrá derecho de retracto durante sesenta días hábiles a partir de la fecha en la que, por cualquier medio, haya tenido conocimiento de la aportación.

Universidad de Huelva 2009

incompleta.

Sin embargo, no es ésta la solución más común. El principio general es más bien contrario a lo que establece la LAR para los supuestos de aportación de fincas rústicas arrendadas. El artículo 1.521 del C.c. regula el retracto legal[80]. El citado precepto sólo se refiere a la adquisición por compra o dación en pago[81]. Siguiendo este criterio restrictivo, en la LAU de 1964, los supuestos de transmisión que originaban el derecho de retracto y el de tanteo se concretaban en el artículo 47 a los de venta, dación en pago y adjudicación de viviendas en ciertos casos de división de la cosa común que se detallaban en el artículo 47.3. Dada la concreción legal, había de estimarse válidos el ejercicio de estos derechos únicamente en los supuestos que expresamente recogía la Ley -venta y dación en pago- quedando consecuentemente excluidos la posibilidad de la extensión de su ejercicio a otros casos, entre ellos a los supuestos de aportación[82].

---

[80] "*El retracto legal* -dice este precepto- *es el derecho de subrogarse, en las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en el lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago*". Si el artículo se interpreta literalmente significa que solo sería posible el retracto si una cosa se vende o se da en pago.

[81] CÁMARA ÁLVAREZ, M., (*Estudios de Derecho Mercantil*, T. I, cit., págs. 282-283), puntualiza que el legislador sólo autoriza el retracto si, después de ejercitado, el adquirente queda en idéntica situación que antes de adquirir (como ocurre en la compra, pues se le reembolsa el precio, los gastos del contrato y los demás conceptos especificados por el artículo 1.518 del C.c.), o cuando el fin perseguido con la transmisión no se altera, a pesar de que el retraído pierde lo que adquirió (como acontece en la dación en pago, puesto que con retracto o sin retracto el acreedor cobra).

[82] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 27 de abril de 1989, se pronunció sobre un supuesto de aportación a sociedad de una finca en la que existía un local de negocio arrendado, y en la que el arrendatario pretendía ejercitar su derecho de retracto. En ella se rechazó esta posibilidad y sostuvo que "*El retracto faculta para adquirir una cosa después de que fue transferida a otro por lo que éste dio por ella. El derecho de retracto legal arrendaticio puede ser ejercitado en los casos de venta, cesión solutoria o adjudicación por división de la cosa común...El derecho de retracto está concedido, no solamente para los casos señalados en la Ley, sino que debe alcanzar también a cualesquiera actos que, sin ser su venta, sin embargo, sean de tal índole que permitan que el retrayente pueda facilitar la misma contraprestación por la que se cambió la cosa retraible. La aportación de bienes para constituir o ampliar el capital de una Sociedad mercantil no es una venta. Tampoco es una cesión solutoria ni una adjudicación consiguiente a una división de cosa común. Tampoco es un acto que permita que el retrayente, la demandante, pueda entregar a la Sociedad destinataria de la aportación de capital, la demandada, lo que ésta dio a cambio de tal aportación, es decir, las acciones a que se refiere la escritura pública antes mencionada...si bien se ha operado una válida transmisión del inmueble, su naturaleza no permite la subrogación del que intenta retraer en el derecho de la Sociedad adquirente, puesto que lo entregado por ésta, como contraprestación, no es dinero del que pudiera reintegrarse, sino acciones de la misma, que el retrayente no podría reembolsar por no obrar en su patrimonio*". En términos similares se expresa la Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia de 24 de septiembre de 1992.

Igualmente, la DGRN en Resolución de 5 de septiembre de 1991, niega el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto para un supuesto de aportación. En concreto, los hechos versaban sobre la constitución de una sociedad

Universidad de Huelva 2009

La LAU de 1994, actualmente vigente, regula el derecho de tanteo o retracto en los artículos 25 y 31 referidos respectivamente al derecho de adquisición preferente de los arrendamientos de vivienda y de los arrendamientos para uso distinto de vivienda. El artículo 25, al cual remite expresamente el artículo 31, faculta a los arrendatarios al ejercicio de los derechos de adquisición preferente, tanteo y retracto, en caso únicamente de venta de la vivienda arrendada -o del local de negocio cuando corresponda[83]. Consecuentemente, excluye esta posibilidad para los demás supuestos de transmisión onerosa, entre ellos para el de aportación a la sociedad. Además, es conveniente subrayar que el mecanismo previsto para este retracto no funciona adecuadamente si se trata de una aportación social ya que, ni el retrayente se puede subrogar en el lugar de la sociedad[84], ni ésta se reintegraría de la prestación realizada como sucedería en la compraventa en la

---

anónima a la que se aportaban un local comercial y un chalet con jardín sin que en la escritura se hiciera constar la situación arrendaticia de las fincas. El Registrador suspendió la inscripción por omisión de lo dispuesto en los artículos 47, 48 y 55 de la LAU. La DGRN revoca la nota y confirma la doctrina que venimos defendiendo: "*a) El criterio restrictivo que ha de presidir la interpretación de las limitaciones del derecho de propiedad de cuya naturaleza participan inequívocamente los derechos de tanteo y retracto arrendaticios definidos por la Ley de Arrendamientos Urbanos; b) la concreción del artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos a la hipótesis de venta, cesión solutoria y adjudicados por cosa común; c) la imposibilidad del retrayente para reembolsar al adquirente en cuyo lugar se subroga la prestación por él realizada pues ésta no consistió en dinero sino en acciones que no obran en el patrimonio de aquél; d) la reiterada jurisprudencia que rechaza todo intento de hacer entrar por asimilación otros actos de transmisión que no se basen precisamente en una compraventa y en su único equivalente de la adjudicación en pago de deudas (SS de 16 y 23 de mayo de 1960, 9 de diciembre de 1964 y 2 de abril de 1985) y que prácticamente ha excluido la hipótesis ahora debatida (S. de 12 de junio de 1964), no puede aceptarse el defecto invocado en la nota impugnada toda vez que las previsiones contenidas en el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos solo pueden ser aplicadas a aquellas hipótesis transmitivas en que conforme a los artículo 47 y siguiente preceda el derecho de tanteo y retracto arrendaticio*".

Siguiendo esta misma orientación, esto es, la no extensión del retracto a otros supuestos no contemplados en la Ley, el Tribunal Supremo ha negado la procedencia del retracto en caso de contratos título gratuito, en la Sentencia de 26 de mayo de 1982 (se trataba de una venta aparente, sin embargo, la venta disimulaba una donación, por lo que el Supremo rechazó la posibilidad de ejercitar el tanteo); también ha denegado el ejercicio del retracto en el supuesto de permuta (ver, por todos, las sentencias de 16 de mayo de 1960, de 12 de junio de 1964 y de 9 de noviembre de 1972); igualmente, ha denegado el retracto arrendaticio en el contrato de renta vitalicia (ver, por todos, las sentencias de 9 de diciembre de 1964, 2 de abril de 1985 y 22 de diciembre de 1989).

[83] CÁMARA ÁLVAREZ, M., (*El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, cit., pág. 164), justifica la interpretación restrictiva del retracto legal cuando la Ley concreta su aplicación a la venta y a la dación en pago (o solamente a la venta), pues éste constituye una limitación de las facultades dominicales del propietario y, por tanto, no cabe extender esas limitaciones más allá de lo que la Ley misma permite. En esta misma línea, véase, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I., *Aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima*, cit., pág. 92.

[84] Salvo en lo que se refiere a la adquisición de la propiedad de la cosa.

Universidad de Huelva 2009

que el comprador recuperaría el precio[85]. Así pues no procederá el tanteo ni el retracto previstos en la Ley de Arrendamientos Urbanos a favor del inquilino si una vivienda o un local de negocio arrendado se aportan a una sociedad.

En segundo lugar, debemos cuestionarnos qué ocurre con los derechos de adquisición preferente de origen convencional: el retracto derivado de una compraventa con pacto de retro, la opción de compra y el tanteo establecido convencionalmente. La influencia de estos derechos de adquisición preferente en los supuestos de aportación social depende del carácter que se les atribuya. Si se les atribuye carácter meramente obligatorio, el incumplimiento del acuerdo de naturaleza personal sólo obligará al aportante a indemnizar daños y perjuicios, pero no podrá afectar a terceros; no tendrá, en suma, relevancia alguna sobre la aportación. Por el contrario, si se les atribuye carácter real tendrá cierta incidencia en los supuestos de aportación[86].

Comenzando por el retracto convencional derivado de una compraventa con pacto de retro[87], el tenor literal del artículo 1.510 del C.c., en consonancia con la Ley Hipotecaria, determina, sin dejar lugar a dudas, la naturaleza real de este derecho[88]. Tratándose de inmuebles, si el pacto de retro no se hubiera inscrito en el Registro de la Propiedad, no perjudicaría a terceros de buena fe (arts. 32 y 34 LH). Por tanto, si la sociedad admite la aportación de un inmueble afectado por un pacto de retro inscrito en el Registro de la Propiedad es consciente, e implícitamente admite, que si el retracto se ejercita el bien aportado será finalmente sustituido por el valor atribuido a dicho bien a

---

[85] Es necesario tener en cuenta que la aportación no constituye un contrato de cambio. Dadas las características peculiares de la aportación de un bien a la sociedad, el aportante no recibe dinero, sino acciones que incorporan la cualidad de socio, con los derechos inherentes a tal condición, entre ellos el de participar en el patrimonio social y en los beneficios que se obtengan.

[86] CÁMARA ÁLVAREZ, M., *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, cit., pág. 168; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I., *Aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima*, cit., pág. 92.

[87] El artículo 1.507 del C.c. establece que tendrá lugar el retracto convencional cuando el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida.

[88] ALBADALEJO, M., *Derecho Civil*, T. III, vol. 2°, cit., págs. 387-388.

Universidad de Huelva 2009

efectos de su aportación más, en su caso, los gastos señalados en el artículo 1.518 del C.c. Esto ocurrirá siempre que el derecho de retracto abarque convencionalmente los supuestos de aportación. Es decir, siempre que las partes hayan acordado en el contrato la posibilidad de ejercitar el pacto de retro cualquiera que fuese el negocio jurídico de tranmisión, pues si las partes hacen referencia sólo a uno o varios negocios de transmisión, la interpretación habrá de ser restrictiva atendiendo al tenor literal del contrato.

El derecho de opción de compra sobre una cosa faculta a su titular a adquirirla con preferencia a cualquier otro. Es decir, el titular de la opción tiene la facultad de decidir la adquisición de la cosa objeto del contrato de opción, pagando el precio pactado en el contrato estipulado con el concedente. En principio es un derecho personal, pero por convenio puede establecerse libremente como real, en virtud del principio de autonomía de la voluntad y del *numerus apertus* de derechos reales y de sus modalidades[89]. No existe para el derecho de opción regulación específica en nuestro Derecho, y únicamente el artículo 14 del RH dedica, para el caso de que recaiga sobre inmuebles, unas disposiciones a efectos registrales. En concreto, el citado precepto reglamentario permite su inscripción en el Registro cuando concurran los requisitos que en él se especifican: convenio expreso para que se inscriba, precio y plazo que no puede exceder de cinco años, salvo el caso de arriendo con opción de compra admitiéndose entonces que la vigencia de la opción coincida con la del arrendamiento. Con independencia de que pueda o no ser configurado por las partes como un derecho real, lo que realmente nos interesa, en este caso, es su inscripción o no en el Registro de la Propiedad. Es decir, si no se ha procedido a su inscripción, debemos entender que es un simple derecho potestativo con alcance meramente obligacional, por tanto no se interferirá en el supuesto de aportación

---

[89] En este sentido se manifiesta ALBADALEJO, M., *Derecho Civil*, T. III, vol. 2º, pág. 393. En contra, DÍEZ PICAZO, L., (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. III, 4ª ed., Madrid, 1995, pág. 102), considera que este derecho no confiere un poder directo e inmediato sobre la cosa, sino simplemente la facultad de decidir su adquisición, por lo que no puede ser considerado como un derecho real. No obstante -estima el autor- cuando el derecho de opción de compra reúna los requisitos del artículo 14 del RH y se proceda a su inscripción en el Registro de la Propiedad, estaremos en presencia de un derecho que puede ser ejercitado no sólo frente al concedente de la opción, sino también frente a los posibles terceros adquirentes del inmueble.

Universidad de Huelva 2009

del inmueble a la sociedad, bien sea en fase de constitución bien como consecuencia de un aumento de capital. Si, por el contrario se ha procedido a su inscripción en el Registro de la Propiedad, con independencia de la naturaleza real o personal que a dicho derecho se le quiera otorgar, sí incidirá sobre la aportación efectuada a la sociedad -si es que se acordó que la opción de compra jugaría en los casos de aportación a sociedad o en cualquier negocio de transmisión-, pues el derecho de opción inscrito posee evidentemente una eficacia mucho mayor, y es oponible frente a los terceros adquirentes. En este último supuesto, la sociedad que admite la aportación del inmueble sobre el que se constituyó el derecho de opción conoce el riesgo de que ésta se ejercite y admite implícitamente que, ejercitado el derecho de opción por su titular, el inmueble sea sustituido por el precio concertado en el contrato estipulado entre el titular de la opción y el concedente. Precio concertado que habrá de ser tenido en consideración en el momento de valorar el inmueble a los efectos de su aportación[90].

Finalmente, habrá que determinar lo que acontece en el supuesto de que existiese un derecho de tanteo establecido convencionalmente. Parece que en principio, debe ser configurado como un derecho personal o potestativo[91], si bien existen algunas opiniones en virtud de las cuales las partes pueden libremente constituirlo como un derecho real[92]. De cualquier manera, también en este caso, habrá que estar a lo establecido por las partes en el contrato. Si las partes hacen referencia expresa a uno o varios negocios jurídicos de transmisión, la interpretación habrá de ser restrictiva atendiendo al tenor literal del

---

[90] CÁMARA ÁLVAREZ, M., (*Estudios de Derecho Mercantil*, T. I, cit., pág. 288), señala que el vendedor, en la hipótesis de venta con pacto de retro, podrá recuperar la cosa vendida aunque ésta haya sido objeto de aportación (ello se determina en virtud del artículo 1.510 del C.c.), reembolsando a la sociedad las cantidades que procedan (serán las cantidades señaladas en el artículo 1.518 del C.c); paralelamente, el titular de la opción podrá exigir de la sociedad que le entregue la cosa abonando, en este caso, el precio concertado con el concedente.

[91] DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. III, 4ª ed., cit., págs. 102-103.

[92] ALBADALEJO, M., *Derecho Civil*, T. III, vol. 2°, cit., pág. 384; CÁMARA ÁLVAREZ, M., *El capital en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, cit., pág. 170. En contra, la DGRN que, en repetidas ocasiones, se ha inclinado por negar esta posibilidad (véanse, las resoluciones de 4 de enero de 1927 y 19 de septiembre de 1974).

Universidad de Huelva 2009

contrato[93]. Por el contrario, si de los términos del contrato resulta que las partes pactaron la posibilidad de ejercitar el derecho de tanteo, cualquiera que fuese el negocio jurídico de transmisión, debe de entenderse incluido también el supuesto de aportación.

En definitiva, el derecho de tanteo establecido convencionalmente sólo afectará en los supuestos de aportación cuando expresamente se haya estipulado para la aportación a la sociedad o cuando se haya pactado que cubra todos los supuestos de transmisión. En este caso, el aportante deberá ofrecer el bien antes de aportarlo al titular del tanteo y si éste no lo ejercita entonces proceder a su aportación. Si el aportante no ofrece el bien al titular del derecho de tanteo y la sociedad lo acepta en concepto de aportación, esta última asume el riesgo de perderlo y que el bien perdido sea sustituido por su valor en dinero.

I. LA APORTACIÓN DEL *KNOW-HOW*.

1º. Introducción.

Al comienzo de este capítulo, hemos subrayado la relevancia y particular consideración que merece la localización espacial donde se lleva a cabo la actividad empresarial. En efecto, el local de negocio, como sede física de la empresa, puede representar un elemento de notable importancia en el momento de transmitir la entidad productiva como objeto unitario. Ello, no sólo por el aumento de valor que su transmisión puede significar en la valoración global de la empresa, sino porque éste se configura como el centro de imputación y lugar de nacimiento de las relaciones del empresario con terceros, especialmente con la clientela. De ahí que hayamos tratado de mostrar las

---

[93] En este sentido CÁMARA ÁLVAREZ, M., (*El capital en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, cit., pág. 171), considera que no cabe presumir que nadie ha querido autolimitar sus facultades dispositivas con una generalidad mayor que la que resultare de su propia declaración de voluntad, si ésta se ha circunscrito a conceder el derecho de adquisición preferente para uno o varios casos determinados.

Universidad de Huelva 2009

eventuales dificultades que pueden presentarse al empresario transmitente -en nuestro caso al empresario aportante- cuando está interesado en transmitir junto al resto de los elementos que integran la empresa el uso y disfrute del inmueble donde se desarrolla la actividad empresarial, y dispone de él en mera calidad de arrendatario.

Ciertamente, en los supuestos de aportación de empresa como conjunto unitario, inmediatamente pensamos en la necesaria transmisión a la sociedad de los diferentes elementos que constituyen la entidad productiva. No obstante, la transmisión efectiva de algunos de esos múltiples elementos que pueden ser parte integrante de la empresa no plantea mayores dificultades que las que pueden derivarse de su transmisión aislada, como elemento o bien independiente. Por el contrario, la transmisión efectiva de otros puede suscitar un sin fin de dudas, no solamente en lo que respecta a su posible y necesaria transmisión como parte integrante de la empresa sino, en ocasiones, en orden incluso a delimitar su verdadero significado conceptual. Antes de dar por finalizado este trabajo, hemos considerado conveniente hacer una breve reflexión sobre un posible elemento integrado en la empresa, no sólo por las dificultades que su aportación puede plantear, sino además por el interés que su tratamiento puede merecer. Nos referimos en este momento al denominado know-how.

2°. Concepto de know-how.

2°.a. Dificultades en su delimitación conceptual.

En el ejercicio de empresa y en el ámbito del mercado en general es conveniente destacar el papel, nada desdeñable, que desempeña el avance y el desarrollo tecnológico. Los nuevos conocimientos o informaciones técnicas se traducen en innovaciones y mejoras introducidas en distintos procedimientos de fabricación, de elaboración, de comercialización, etc., empleados por el empresario y que influyen de forma directa en los resultados económicos finales de la actividad empresarial. Cada empresario, en el

Universidad de Huelva 2009

ejercicio de su empresa, es conocedor y utilitario de informaciones e innovaciones tecnológicas que, además de facilitar y mejorar la actividad empresarial, pueden traducirse en otras muchas ventajas, por ejemplo, la posible reducción de la mano de obra, la mejora objetiva de los productos ofrecidos al mercado, la mayor rentabilidad de los procedimientos empleados, la reducción del coste de elaboración, etc.

En ocasiones, esos conocimientos de carácter tecnológico que facilitan y contribuyen en la mejora del desarrollo de la actividad empresarial llegan al empresario porque son conocimientos públicos, están a disposición de los empresarios en general, son informaciones divulgadas y conocidas por todos los interesados en ese ámbito empresarial. En cambio, en otras ocasiones, el titular de una empresa puede ser poseedor de un conjunto de conocimientos técnicos de carácter secreto, que son empleados únicamente en sus procedimientos de producción y comercialización, y que tienden a satisfacer una necesidad económica. Dada la importancia de los avances tecnológicos en orden a determinar la competitividad de una empresa en el mercado, nacional e internacional, la utilización en exclusiva de dichos conocimientos de carácter secreto puede considerarse un hecho significativo para mejorar la producción y la posición competitiva en el mercado de la empresa que los adquiere, lo que finalmente se traducirá en un notable incremento en los beneficios económicos de la entidad productiva. Estos conocimientos secretos a los que hacemos alusión pueden ser adquiridos, bien a través de las tareas de estudio e investigación efectuadas dentro de la propia empresa, bien a través de la adquisición onerosa de los mismos a otros empresarios.

En suma, el empresario, en el desarrollo de su actividad, puede ser conocedor exclusivo de un conjunto de informaciones técnicas y comerciales de las que se aprovecha y utiliza con el fin de que su ejercicio empresarial ocupe una posición preferente y privilegiada en el mercado, de forma que las expectativas y resultados obtenidos u obtenibles sean superiores a los de otras empresas del mismo sector. El empresario puede ser "titular" de un conjunto de conocimientos secretos relativos a los

Universidad de Huelva 2009

diferentes ámbitos de su empresa. Las mayores dificultades derivan de la necesidad de clasificar esos conocimientos y tratar de proteger su carácter secreto frente a otros empresarios que pudieran aprovecharse de ellos, privando a su "titular" de los beneficios que su exclusivo conocimiento y explotación pudieran proporcionarle.

En el ámbito de los conocimientos secretos de la empresa se emplean, en doctrina y legislación, cuatro conceptos: secreto industrial, secreto comercial, secreto empresarial y know-how[94].

Los secretos industriales hacen referencia a la manera de fabricar un determinado producto, realizar un determinado procedimiento o efectuar un determinado servicio. Los secretos comerciales, por su parte, se vinculan a la organización interna de la empresa (administración y financiación) y a las tareas de distribución (relaciones entre la empresa y su clientela) y suministro (relaciones entre la empresa y sus proveedores) de los productos. Ambos, el secreto industrial y el comercial deben ser considerados especies del género que es el secreto empresarial, comprensivo de los conocimientos relativos a los distintos ámbitos de la empresa. Y éste último, el secreto empresarial, ha de entenderse sinónimo de know-how, en tanto defendamos que este término comprende los conocimientos secretos referidos indistintamente al ámbito industrial y comercial de la entidad productiva[95].

---

[94] Véanse, el artículo 13 de la LCD que hace referencia a los secretos industriales o cualquier otra especie de secretos empresariales; el artículo 130.4 de la LP, por su parte, dispone que el juez cuidará de que la diligencia de comprobación no sirva como medio para violar secretos industriales; el artículo 1 a) del Real Decreto 1750/1987 (R.D.1750/1987, de 18 de diciembre, por el que se liberaliza la transferencia de tecnología y la prestación de asistencia técnica extranjera a empresas españolas), se refiere a los conocimientos secretos no patentados aplicables a la actividad productiva; el artículo 4.1 c) de la LDC que habla de los conocimientos secretos industriales o comerciales; y el artículo 1.1 c) y f) del Real Decreto 157/1992 (R.D. 157/1992, de 21 de febrero, sobre exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia) que emplea el término *know-how*. En la doctrina, entre otros, GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial (know-how). Concepto y protección*, Madrid, 1974, especialmente págs. 159-163; MASSAGUER, J., *El contrato de licencia de know-how*, Barcelona, 1989, en particular págs. 35-40; ID., "Los secretos industriales y comerciales y su transmisión: régimen jurídico", *Cuadernos de Derecho y Comercio: Derecho de la Propiedad Industrial*, 1994, págs. 169-174.

[95] En la doctrina española, durante algún tiempo se consideró que know-how era sinónimo de secreto industrial (GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial [know-how]. Concepto y protección*, cit., págs. 159-163; ID., "En torno al concepto de know-how", *Estudios jurídicos en homenaje a J. GARRIGUES*, T. II, págs. 412 y 427-431, sostenía que

Universidad de Huelva 2009

A pesar de estas precisiones terminológicas, y aún cuando el know-how ha sido definido por diversos autores de nuestra doctrina, no se ha llegado a formular un concepto que se emplee por todos ellos de forma unánime. Por nuestra parte, consideramos que la definición propuesta por el profesor GÓMEZ SEGADE[96], nos puede perfectamente servir de base para nuestro estudio, pues condensa las características delimitadoras y los requisitos del know-how: "*todo conocimiento reservado sobre ideas, productos o procedimientos industriales, o sobre ideas o procedimientos comerciales, que el empresario, por su valor competitivo para la empresa, desea mantener ocultos*". Igual de clara nos resulta la definición brindada por el profesor MASSAGUER[97], al conceptuar el know-how como el "*conocimiento o conjunto de conocimientos técnicos que no son de dominio público y que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la prestación de un servicio o para la organización de una unidad o dependencia empresarial, por lo que procuran a quien los domina una ventaja sobre los competidores que se esfuerza en conservar evitando su divulgación*".

Lo mismo ocurre en el ámbito legislativo, a pesar de que algunos textos legales de nuestro Ordenamiento hacen referencia, como ya hemos señalado, a ese conjunto de conocimientos secretos, ninguno de ellos ha tratado de dar un concepto básico que sirva de punto de partida para su estudio y profundización[98]. Nuestro Tribunal Supremo, por

---

el término know-how únicamente comprendía conocimientos secretos de orden industrial). Posteriormente, se ha defendido la inclusión de los secretos comerciales dentro del concepto de know-how, manifestando la equivalencia entre secreto empresarial y know-how (GÓMEZ SEGADE, J.A., "Algunos aspectos de la licencia de know-how", *Actas de Derecho Industrial* nº 7, 1981, págs. 207-208, corrigiendo su posición anterior; MASSAGUER, J., *El contrato de licencia de know-how*, cit., pág. 35 [nota 1]; ID., "Los secretos industriales y comerciales y su transmisión: régimen jurídico", cit., págs. 169-170). En la doctrina italiana admiten la inclusión y relevancia dentro del know-how de los secretos comerciales, entre otros, OLIVIERI, *I conferimenti in natura nella società per azioni*, cit., pág. 260; PITTER, P., "Know-how e contratto di know-how", *Rivista di Diritto Civile*, T. I, 1983, pág. 30; SORDELLI, L., "Il know-how: facoltà di disporne e interesse al segreto", *Rivista di Diritto industriale*, T. I, 1986, pág. 118.

[96] GÓMEZ SEGADE, J.A., "Algunos aspectos de la licencia de know-how", cit., pág. 208.

[97] MASSAGUER, J., *El contrato de licencia de know-how*, cit., págs. 35-36.

[98] El Real Decreto de 18 de diciembre de 1987, define el know-how como los "*conocimientos secretos no patentados aplicables a la actividad productiva*".

Universidad de Huelva 2009

el contrario, ha procurado una definición descriptiva y amplia de know-how, en la Sentencia de 24 de octubre de 1979, caso "Mayo, S.A. contra Thomson Brandt, S.A.", en la que lo conceptúa como "*...la serie de conocimientos o métodos con posibles aplicaciones industriales o mercantiles, significativo de lo que doctrinalmente se denomina know-how, es decir, el saber hacer...*".

Reiteradamente se ha afirmado que el know-how consta de un elemento inmaterial y de un elemento material. El primero es la información o conjunto de conocimientos de los que dispone el empresario, derivado de la experiencia, desarrollo e investigación en el desempeño de una actividad empresarial, relacionados con el ámbito industrial o comercial de la empresa. El elemento material, por el contrario, está constituido por las fórmulas, esquemas, soportes informáticos, planos, diseños, proyectos, maquinaria, etc., que incorporan la información técnica[99]. No obstante, se acepta de forma unánime que verdaderamente el know-how es el primer elemento, un saber hacer, un conocimiento de algo; mientras que el segundo, el denominado elemento material, se configura únicamente

---

[99] MASSAGUER, J., (*El contrato de licencia de know-how*, cit., págs. 39-40), enumera como posibles objetos de know-how: la información que, sin reunir los requisitos necesarios para acceder al sistema de patentes, sirve para la fabricación de un determinado producto (fórmulas, recetas, herramientas), o, para solucionar determinados problemas técnico-empresariales; la información complementaria obtenida en la explotación de una tecnología protegida por patente; la información que encierra invenciones patentables, pero que permanece fuera del sistema de patentes. Por su parte, GÓMEZ SEGADE, J.A., (*El secreto industrial (know-how). Concepto y protección*, cit., págs. 90-116), estima que sería muy difícil establecer casuísticamente todos los posibles objetos del secreto industrial -refiriéndose el autor al contenido material de los conocimientos que constituyen el know-how-, por lo que, a su juicio, debe seguirse un sistema de *numerus apertus*. Afirma el autor que a la vez que nuevas cosas pasan a ser posibles objetos del secreto industrial, otras dejan de serlo. Pero ello no es obstáculo para señalar, a título de ejemplo, los objetos típicos del secreto industrial: invenciones (el titular de una invención puede optar entre explotarla directamente o transmitirla a título oneroso, pudiendo obtener en ambos casos grandes beneficios; ciertamente, las invenciones pueden encontrar una protección estimable a través de la patente, pero no necesariamente ha de ser así. En ocasiones, puede no ser posible obtener la patente de una invención determinada porque ésta no reúna los requisitos de patentabilidad establecidos en la Ley [arts. 4 y 5 LP]; otras veces, reuniendo la invención los requisitos de patentabilidad, es posible que el empresario no esté interesado en obtener la patente, pues considera que puede ser más beneficioso para su empresa mantener la innovación en secreto que obtener un derecho de explotación exclusiva); descubrimientos (estos, por regla general, son el fruto de un largo y costoso esfuerzo o trabajo de investigación, de ahí que, cuando se realice en el seno de una empresa, con sus medios técnicos, humanos y patrimoniales, el empresario tenga interés en mantenerlo en secreto y aprovechar de forma exclusiva los beneficios económicos que pueda producir), modelos y dibujos industriales (es preciso señalar que los modelos y dibujos industriales pueden ser protegidos a través de las correspondientes modalidades de propiedad industrial, pero su titular no está obligado a solicitar el derecho de exclusiva. Puede estar interesado en no dar a conocer el modelo o dibujo y buscar su protección a través del secreto industrial); y prácticas manuales (entendiendo por tales toda la amplísima gama de innovaciones que sirven para obtener el máximo rendimiento de procesos y objetos industriales, sean o no patentables). En definitiva, objeto del secreto industrial pueden ser cosas, procedimientos o datos que se relacionan con el sector técnico industrial o comercial de una empresa.

Universidad de Huelva 2009

como soporte material, mero portador del conocimiento, en definitiva, el medio o los medios a través de los que se hace perceptible el know-how, que no aportan a la información técnica un valor intrínseco adicional[100].

Ahora bien, para que la información o conjunto de conocimientos del que es titular el empresario pueda conceptuarse de know-how es preciso que concurran sobre ellos ciertas condiciones. En primer lugar, la información o el conocimiento que constituye su objeto ha de ser reservado u oculto, esto es, secreto[101]; y, en segundo lugar, ha de tener un valor patrimonial, ha de representar una ventaja competitiva para la empresa[102][103].

La información es secreta cuando los terceros en general no tienen conocimiento de ella, bien en su totalidad, bien de una parte esencial de la misma, bien del resultado de la interacción de sus partes. No puede entenderse que haya desaparecido el carácter secreto cuando una pluralidad de personas vinculadas al empresario, titular de la

---

[100] GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial (know-how). Concepto y protección*, cit., pág. 137; ID., "En torno al concepto de know-how", cit., pág. 420; ID., "Algunos aspectos de la licencia de know-how", cit., pág. 213; MASSAGUER, J., *El contrato de licencia de know-how*, cit., pág. 38; ID., "Los secretos industriales y comerciales y su transmisión: régimen jurídico", cit., pág. 171. Nuestro Tribunal Supremo, en la Sentencia anteriormente citada, distingue correctamente entre los dos elementos estructurales del know-how: el conocimiento y el objeto sobre el que recae ese conocimiento. Sin embargo, este acierto inicial es puesto en entredicho por GÓMEZ SEGADE, J.A., ("Algunos aspectos de la licencia de know-how", cit., pág. 209), cuando el Alto Tribunal equipara "...conocimientos o métodos...", pues según la opinión de este autor, un método tan sólo constituye el posible objeto de un conocimiento, y por eso considera que habría sido más correcto que el Tribunal Supremo hablase de "conocimientos sobre métodos con posibles aplicaciones industriales o mercantiles".

[101] GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial (know-how). Concepto y protección*, cit., págs. 148-152; MASSAGUER, J., *El contrato de licencia de know-how*, cit., págs. 40-41; ID., "Los secretos industriales y comerciales y su transmisión: régimen jurídico", cit., págs. 171-172; ID., "La comunicación de know-how y la política de competencia en la CEE", *Noticias CEE* nº 35, 1987, pág. 35; GALÁN CORONA, E., "Supuestos de competencia desleal por violación de secretos", *Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de enero de 1991* (coord. BERCOVITZ), Madrid, 1992, pág. 94.

[102] GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial (know-how). Concepto y protección*, cit., págs. 148-152; MASSAGUER, J., *El contrato de licencia de know-how*, cit., págs. 41-42; ID., "Los secretos industriales y comerciales y su transmisión: régimen jurídico", cit., págs. 172-173.

[103] A estas dos condiciones o características del know-how aluden tanto el derogado Reglamento CEE 556/89, de 30 de noviembre de 1988, sobre exención en bloque de los contratos de licencia de know-how, como el actualmente vigente Reglamento CE 240/96, de 31 de enero de 1996, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado de Roma a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología (licencias puras de patentes, licencias puras de know-how y acuerdos mixtos de licencia de patentes y licencia de know-how).

Universidad de Huelva 2009

información, al que deben una especial confidencialidad en torno a esos conocimientos, disponen de la información que constituye el know-how[104]. Tampoco desaparece el carácter secreto de la información cuando pueda llegarse a ella a través de estudios o investigaciones que requieran un notable esfuerzo tanto intelectual como patrimonial. Por último, tampoco se pierde el carácter secreto por el hecho de que la información no pueda considerarse novedad en el conjunto de los conocimientos abiertos a las empresas. Es posible que la información sea conocida en un sector industrial y se emplee ahora con ciertas modificaciones que representan nuevas ventajas económicas para la empresa, o simplemente, no haya sido aplicado en un sector diferente en el que ahora se comienza a emplear.

El valor patrimonial es el valor económico que dicha información representa para la entidad productiva, y que se traduce en unas expectativas de beneficios que derivan de la ventaja competitiva de que goza la empresa conocedora de la información frente a las que, siendo competidoras en ese sector del mercado, la desconocen. De ahí que para conservar ese valor patrimonial y puedan obtenerse los beneficios esperados sea necesario el mantenimiento en secreto de esa información[105]. El empresario poseedor de la información habrá de adoptar todas las medidas necesarias para evitar su conocimiento o divulgación a terceros competidores. Pensemos que el know-how puede constituir el elemento que realmente haya colocado a la empresa en una ventajosa situación competitiva, por lo que su divulgación puede producir graves perjuicios a la empresa poseedora de esos conocimientos.

---

[104] Son los competidores del titular del secreto quienes están interesados en su conocimiento. El conocimiento dejará de ser secreto cuando estos interesados hayan logrado obtenerlo.

[105] Esta es la razón por la que se ha afirmado que el carácter reservado de los conocimientos que constituyen el know-how no debe ser una circunstancia accidental o causal, sino que es preciso que exista "*una voluntad consciente y deliberada por parte del titular del secreto de mantener el carácter oculto o reservado del mismo, voluntad que es perceptible a través de manifestaciones expresas o tácitas y que permiten diferenciar el secreto o conocimiento reservado de los conocimientos que permanecen ocultos porque son meramente desconocidos*" (GALÁN CORONA, E., "Supuestos de competencia desleal por violación de secretos", cit., pág. 94.

Universidad de Huelva 2009

2º.b. El know-how como bien inmaterial.

Es importante determinar con precisión la naturaleza jurídica del know-how, pues de ella dependen una serie de cuestiones que afectan sobre todo a su posible transmisión y, por tanto, a la admisión o al rechazo de su aportación a una sociedad anónima.

Entre las variadas teorías defendidas en orden a determinar la naturaleza jurídica del know-how, podemos mencionar, en primer lugar, aquella que lo considera como un derecho de la personalidad[106]. Hoy en día, como no es difícil imaginar, esta concepción del know-how ha sido totalmente abandonada. En este sentido se ha afirmado que, por un lado, la divulgación del secreto más que perjudicar la personalidad del empresario, lo que produce es un menoscabo patrimonial; y, por otro lado, que el know-how no puede constituir un derecho de la personalidad porque puede ser objeto de negocios jurídicos, mientras que los derechos de la personalidad son personalísimos y, por tanto, intransferibles[107]. Pensemos que, de aceptarse esta concepción del know-how, la primera consecuencia derivada de ella sería el rechazo a la posibilidad de su aportación.

En segundo lugar, podemos hacer referencia a la posición de quienes, con diferentes matices, consideran que el know-how no constituye un bien en sentido técnico jurídico[108], sino una "situación de hecho", una "cualidad", o un "bien económico" que puede ser objeto de negocios jurídicos de contenido patrimonial. De acuerdo con esta orientación, siendo el know-how el objeto del contrato, se considera que el contrato mediante el que se opera la transmisión de conocimientos secretos tiene como contenido un cúmulo de obligaciones de hacer (comunicación de los conocimientos y mantenimiento del secreto), de dar (entrega de documentos u otros elementos materiales

---

[106] Referencias bibliográficas sobre esta tesis pueden encontrarse en GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial (know-how). Concepto y protección*, cit., págs. 69 y 70.

[107] GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial (know-how). Concepto y protección*, cit., pág. 70.

[108] Referencias bibliográficas sobre esta otra orientación pueden encontrarse en SORDELLI, "Il know-how: facoltà di disporne e interesse al segreto", cit., págs. 109-110 (nota 32).

Universidad de Huelva 2009

a los que se incorpore el secreto, y , paralelamente, el pago de la debida contraprestación) y de no hacer (no divulgación del secreto)[109]. En definitiva, se estima que la transmisión de know-how implica la realización de una actividad personal o la prestación de un trabajo en favor del adquirente, pues la obligación de hacer asume un papel más relevante que las demás. Si aceptamos estas consideraciones, difícilmente podemos aceptar que el know-how pueda ser objeto de aportación a la sociedad anónima, pues, en definitiva, se está considerando el know-how como un servicio, y, de todos es sabido que, el artículo 36.1, párrafo 2°, de la LSA prohíbe expresamente la aportación de trabajo o servicios.

En la actualidad, parece que nuestra doctrina ha aceptado de forma unánime la calificación del know-how como bien inmaterial[110]. Esta idea es confirmada por la citada Sentencia de 24 de octubre de 1979, en la que nuestro Tribunal Supremo se expresa en los siguientes términos: "*...bien se considere que sea un bien en sentido jurídico (rectius: económico) determinado por tratarse de una situación de hecho..., o ya que se trate de un bien en sentido técnico jurídico, por poseer las características propias de esta idea, como son el valor patrimonial y la entidad para ser objeto de negocios jurídicos, integrante de un auténtico bien inmaterial...*".

---

[109] En este sentido, ASCARELLI, T., (*Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, cit., 1970, pág. 256) afirmaba, respecto a los negocios jurídicos tendentes a la transmisión del know-how, que "*no existe propiamente una transmisión del secreto, que no es una cosa, sino un facere (comunicar) o un dare (transmisión de diseños, fórmulas, etc.) a título oneroso y con una obligación (por tanto, de non facere) en cuanto a la divulgación (obligación que con frecuencia se impone también a quien comunica el dato además de a quien se lo comunica) conservándose de este modo la tutela del secreto que solamente se revela a una determinada persona*". Por otra parte, hay quien, como PITTER, ("Know-how e contratto di know-how", cit., págs. 56 y 81), al analizar los negocios jurídicos de transmisión de know-how, resalta la obligación de *facere* (o *non facere*), que -según el parecer del autor- prevalecería sobre la de *dare*.

[110] Así, GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial (know-how). Concepto y protección*, cit., págs. 69-85; ID., "Algunos aspectos de la licencia de know-how", cit., pág. 203; MASSAGUER, J., *El contrato de licencia de know-how*, cit., págs. 42-44; ID., "Los secretos industriales y comerciales y su transmisión: régimen jurídico", cit., pág. 171; HERNÁNDEZ MARTÍ, J., "Aspectos parciales de la Licencia de uso de Tecnología protegida mediante secreto <<know-how>>", *Revista General de Derecho* n° 522, 1988, pág. 840; GALÁN CORONA, E., "Supuestos de competencia desleal por violación de secretos", cit., pág. 94; LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 155; DÍAZ GÓMEZ, Mª.A., *Las aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima: contenido, valoración y desembolso*, cit., pág. 112.

Universidad de Huelva 2009

El know-how, puede afirmarse, posee las características necesarias para ser calificado de bien jurídico: es un valor patrimonial, susceptible de satisfacer una necesidad económica, constituye un posible objeto de negocios jurídicos, el Derecho le otorga cierta protección, etc. Como acertadamente se ha dicho de él "*es una idea de la mente humana, que se plasma en objetos corpóreos (fórmulas, esquemas, diseños, apuntes, etc.)*"[111]; "*como conocimiento o conjunto de conocimientos técnicos secretos, es una realidad social, por intangible que sea su esencia, dotada de existencia individual y unitaria*"[112]; "*se trata de una creación de la mente humana que se hace perceptible y utilizables en las relaciones sociales a través de su plasmación en los medios o soportes adecuados*"[113] . El empresario conocedor de esa información secreta es su "titular" y puede, según su voluntad, mantenerla en secreto, o darla a conocer a terceros. Consecuentemente, el know-how es susceptible de apropiación[114], y será considerado un elemento más de los que constituyen el patrimonio de su titular. La voluntad del empresario que ha obtenido esos conocimientos de mantenerlos fuera del dominio público hace nacer el derecho sobre el know-how. Consecuentemente, podemos afirmar que titular del know-how es la persona que se apropia de esos conocimientos obtenidos de su experiencia e investigación, o de la actividad desarrollada dentro de las fronteras de su empresa con sus medios personales, instrumentales y patrimoniales, que decide mantenerlos en secreto. En definitiva, el know-how es un bien inmaterial y, como tal, puede ser objeto de tráfico o negocios jurídicos. Por consiguiente, su titular puede explotarlo manteniendo su carácter secreto, transmitirlo definitivamente a un tercero, o ceder su derecho de uso a cambio de una remuneración.

Nuestro Ordenamiento jurídico no ha reconocido un derecho de explotación

---

[111] GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial (know-how). Concepto y protección*, cit., pág. 83.

[112] MASSAGUER, J., *El contrato de licencia de know-how*, cit., pág. 42.

[113] GALÁN CORONA, E., "Supuestos de competencia desleal por violación de secretos", cit., pág. 94.

[114] Precisamente, por ser un bien peculiar, consistente en una idea, unos conocimientos, es suceptible de ser poseído simultáneamente por una pluralidad de personas. En efecto, determinadas personas pueden hacer suyas, excluyendo a las demás dentro de ciertos límites, las utilidades económicas que es susceptible de producir el mismo bien.

Universidad de Huelva 2009

exclusiva respecto del know-how[115], no ha promulgado directamente y de forma específica una disciplina para la tutela de los conocimientos secretos o los secretos empresariales, pero sí le otorga la debida protección jurídica a través de disposiciones de distinta procedencia y naturaleza[116], especialmente, a través de las normas que vetan la competencia desleal[117].

En efecto, dentro de la clasificación que nuestro legislador ha realizado de los actos de competencia desleal, el artículo 13 de la LCD se ocupa de la violación de secretos. Según los términos literales del precepto se considera desleal tanto la divulgación[118] cuanto la explotación "*sin autorización del titular...*", así como la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo. Respecto a este precepto se ha afirmado que, aún cuando el objetivo prioritario de las normas contra la

---

[115] La apropiación del conocimiento tecnológico puede llevarse a cabo mediante la obtención de una patente, o bien mediante el secreto empresarial, en cuyo caso la exclusión de los demás del uso y disfrute de ese bien se ejerce en forma muy peculiar, impidiendo que quienes tengan por cualquier título acceso al conocimiento, puedan divulgarlo. El titular del know-how no dispone de un monopolio legal, como el titular de la patente, sino que se encuentra protegido en tanto el conocimiento secreto no sea divulgado. Por tanto, el titular del know-how dispone de un monopolio de hecho que durará tanto como dure el carácter secreto de los conocimientos que constituyen el objeto del know-how.

[116] El reconocimiento al derecho sobre el secreto se desprende de los textos constitucionales que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 9), la protección de la producción y creación literaria, artística, científica y técnica (art. 20.1.b), la propiedad privada (art. 33.1) y la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado (art. 38). Entre las diversas normas jurídicas que otorgan protección al know-how, podemos citar a título de ejemplo, las relativas al derecho a la patente [arts. 7.a), 10.1, 11, 12, 112.1.d) y 113.1 LP] y al derecho de explotación anterior o de preuso (art.54 LP); al derecho de autor [arts. 1, 2 y 10.1.a), f) y g) LPI]; al sistema de registro de topografía de productos semiconductores (art. 4.2 LTPS); a las prohibiciones legales de competencia (arts. 136 a 138 y 288 C. de c., art. 132.2 LSA); al deber de secreto que pesa sobre los trabajadores en general [arts. 5.a), 20.2 y 54.2.b) ET] y en el marco de invenciones laborales (art. 18 LP).

[117] El artículo 13 de la LCD considera como competencia desleal la violación de secretos y al efecto dice que se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con obligación de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de alguna de las conductas previstas en el apartado siguiente o en el artículo 14. Se enumeran en estos preceptos, el espionaje industrial, la inducción a trabajadores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores, y la inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena cuando siendo conocida, tenga por objeto la desfunción o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.

[118] Debemos entender por divulgación, en este caso, no sólo el acceso de la obra o invención al público en general, sino también cuando se haga accesible a una persona que está en condiciones de utilizar el secreto, bien explotándolo por sí mismo bien revelándolo a otro competidor a cambio de una remuneración . Quizás, por ello, hubiera sido más oportuno el empleo por parte del legislador del término "comunicación" en lugar de "divulgacion".

Universidad de Huelva 2009

competencia desleal es la protección del correcto funcionamiento del mercado, a fin de que éxito empresarial sea determinado por la eficiencia de las prestaciones que ofrece cada partícipe en el mismo, la tutela conferida en la norma a los secretos empresariales va más allá de la requerida por los fines propios de la legislación contra la competencia desleal, pues otorga protección contra la violación de secretos empresariales con independencia de su incidencia en el proceso competitivo, tutelando al titular del secreto frente a las lesiones que pueda experimentar su derecho sobre éste[119].

3º. Cesión y licencia de know-how.

El know-how, en tanto bien inmaterial del cual puede disponer el empresario, puede configurarse como posible objeto de diversos contratos. En efecto, una de las características fundamentales del know-how, como bien inmaterial, es su transmisibilidad. El valor económico del know-how dependerá de las inversiones acometidas para obtenerlo y, especialmente, de la ventaja competitiva que su tenencia confiere a la empresa en el mercado.

Tanto la cesión de know-how como la licencia por la que se autoriza su uso, tienen de común el ser contratos que permiten que una persona adquiera o se aproveche de dicho bien. Sin embargo, sus objetivos y consecuencias son distintas. A través de la cesión de know-how, el cedente, titular de un know-how (el know-how cedido), lo transmite a un tercero (el cesionario) y, con este fin, se obliga a ponerlo en su efectivo conocimiento a cambio de un precio cierto en dinero, o en especie, que habrá de ser satisfecho por el cesionario. En definitiva, el cedente transmite al cesionario la titularidad de los conocimientos técnicos secretos (industriales o comerciales), desprendiéndose definitivamente de la titularidad del know-how cedido, por lo que no podrá explotarlo en tanto no se divulgue y pierda su carácter secreto, ni darlo a conocer a otros terceros.

---

[119] GALÁN CORONA, E., "Supuestos de competencia desleal por violación de secretos", cit., págs. 104-105.

Universidad de Huelva 2009

Pero en el ámbito de la realidad negocial ha tenido gran acogida otro negocio jurídico que, de forma independiente, pretende la transmisión de la información técnica secreta que constituye el objeto de know-how. Nos referimos en concreto al contrato de licencia de know-how[120]. A través del contrato de licencia de know-how el licenciante, titular de un know-how (el know-how licenciado), autoriza a un tercero (el licenciatario) a explotarlo durante un tiempo determinado, para lo cual debe ponerlo en su efectivo conocimiento, y el licenciatario, a cambio, se obliga a satisfacer un precio en dinero o en especie. Finalizado el período de tiempo pactado se extingue el derecho del licenciatario de explotar el know-how. En este caso, el licenciante no pierde la titularidad del know-how licenciado y mantiene, frecuentemente (a veces se compromete a no usarlo y a no conceder licencias), la posibilidad de utilizarlo o de conceder incluso nuevas licencias[121]. En este caso, podemos afirmar que no se transmite la titularidad del know-how sino únicamente el derecho a explotarlo de forma temporal y limitada[122].

El contrato de licencia de know-how presenta una serie de ventajas para el titular del know-how que hace que en la realidad negocial sea más empleado que el propio

---

[120] Nuestro Ordenamiento jurídico no ha establecido un tipo contractual para la licencia de know-how, pero reconoce en el artículo 1.255 del C.c. eficacia a los tipos contractuales que son creados por los particulares, dentro del respeto a los límites que señalan los artículos 1.261 y ss. del mismo C.c. En la realidad empresarial ha cristalizado y encontrado acogida el contrato de licencia de know-how, pero es necesario advertir que su regulación no es legal sino contractual.

[121] Es bastante frecuente que el contrato de licencia de know-how se efectúe en el marco de contratos mixtos, en los que se acuerda conjuntamente la licencia o cesión de otros derechos sobre bienes inmateriales (patentes, marcas, modelos, etc.) o creaciones de naturaleza próxima (franquicia), la prestación de servicios o realización de obras (consultoría, ingeniería) o la venta de determinados equipos.

[122] En los contratos de licencia de know-how, en tanto que el licenciante conserva su derecho de explotación (aunque no necesariamente en todo el territorio y en todos los ámbitos), y su interés en aprovechar la ventaja competitiva que ello representa, es necesario que el licenciatario no divulgue los conocimientos secretos, porque en dicho caso el know-how perdería todo su valor. De ahí que se afirme que es connatural a los contratos de licencia la obligación del licenciatario de mantener el secreto, es decir, la existencia de un deber de confidencialidad, de no divulgar los conocimientos adquiridos, que se extiende en el tiempo más allá del período contractual de utilización del conocimiento tecnológico. No obstante, también el licenciante está obligado a mantener el secreto pues, de divulgarse los conocimientos, la licencia perderá todo su valor- (en este sentido, MASSAGUER, J., *El contrato de licencia de know-how*, cit., págs. 214-215; ID., "Los secretos industriales y comerciales y su transmisión: régimen jurídico", cit., pág. 190; GÓMEZ SEGADE, J.A., "Algunos aspectos de la licencia de know-how", cit., 1981, pág. 217; HERNÁNDEZ MARTÍ, J., "Aspectos parciales de la Licencia de uso de Tecnología protegida mediante secreto <<know-how>>", cit., págs. 845-846 y 849; CHULIÁ VICENT, E.-BELTRÁN ALANDETE, T., *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos. I: 1. Factoring; 2. Joint venture; 3. Tarjetas de crédito; 4. Franquicia; 5.Know-how*, 3ªed., actualizada, Barcelona, 1996, pág. 252).

Universidad de Huelva 2009

contrato de cesión. Así, en primer lugar, el contrato de licencia permite la explotación y disfrute simultáneo por varios sujetos. En principio, licenciante y licenciatario pueden emplear al mismo tiempo, en el ejercicio de su actividad empresarial, los conocimientos técnicos secretos. El contrato de licencia, aún cuando faculta al licenciatario a explotar los conocimientos secretos, no impide (salvo pacto expreso) que el licenciante los continúe usando en el desarrollo de su empresa, no se traduce en una cesión temporal del uso del que se desprende el licenciante. En el contrato de licencia de know-how el licenciante no pierde la titularidad del know-how licenciado ni, salvo que así se haya convenido, la posibilidad de explotarlo.

En segundo lugar, el licenciante, además de mantener la posibilidad de utilizar esos conocimientos técnicos secretos, puede conceder a otros terceros, sin llegar a divulgar el secreto, nuevas licencias[123], salvo que en el contrato haya renunciado a tal facultad. Por el contrario, el licenciatario, salvo que expresamente se le autorice en el contrato, no puede conceder sublicencias.

Por último, en el contrato de licencia de know-how, transcurrido el período de tiempo pactado, se extingue el derecho del licenciatario a explotar el know-how. Es decir, al licenciatario se le prohíbe continuar explotando el know-how una vez transcurrido el tiempo de explotación pactado en el contrato[124].

No obstante, a pesar de las ventajas que el contrato de licencia de know-how ofrece al licenciante, debemos ser conscientes de que cuando se transmite la empresa

---

[123] Sin perjuicio de que puedan pactarse exclusivas, para ciertas zonas o para determinado período de tiempo, bajo la forma de cláusulas de licencia única o, incluso, de utilización única (así, MASSAGUER, J., *El contrato de licencia de know-how*, cit., págs. 69-70; CHULIÁ VICENT, E.-BELTRÁN ALANDETE, T., *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos.I: 1. Factoring; 2. Joint venture; 3. Tarjetas de crédito; 4. Franquicia; 5. Know-how*, cit., pág. 250).

[124] Es interesante señalar la posibilidad de que se haya pactado en el contrato una cláusula de retorno de conocimientos, o según la terminología anglosajona "*grant-back*". El establecimiento de esta cláusula en el contrato de licencia de know-how indica la obligación, por parte del licenciatario, de comunicar al licenciante las ventajas o perfeccionamientos que el uso de know-how le ha proporcionado, bien una vez finalizado el período pactado en el contrato, bien durante el transcurso del mismo.

Universidad de Huelva 2009

como unidad, como conjunto unitario -o se aporta a una sociedad-, normalmente se produce la cesión del know-how como un elemento más de los muchos y muy variados que integran la entidad productiva. En la mayoría de los casos el know-how se cede cuando el anterior titular transmite su empresa -sale del mercado, o al menos del mercado específico en el que esos conocimientos técnicos son valiosos-, pues a través de la cesión de la titularidad de know-how obtendrá por la empresa un mayor "precio" que el que derivaría de la mera concesión de una licencia de explotación.

El contrato de cesión de know-how exige al cedente la transmisión de los conocimientos técnicos secretos al cesionario, es decir, su revelación y puesta a disposición, de modo que éste último se halle en condiciones de explotarlo satisfactoriamente. Para ello se precisa la entrega de diversos medios técnicos: fórmulas, planos, modelos, etc. y, en ocasiones, la prestación de asistencia técnica. Si la entrega de los medios técnicos es insuficiente por sí para transmitir al cesionario los conocimientos técnicos, de tal forma que pueda aprovecharse de ellos, la asistencia técnica integra el contenido del contrato aún a falta de pacto expreso (arts. 57 C. de c. y 1.258 C.c.)[125].

4°. La aportación de know-how.

En tanto hemos calificado el know-how como bien inmaterial, posible objeto de diversos negocios jurídicos, que ostenta un valor patrimonial en sí mismo, tenemos que concluir afirmando que puede ser objeto de aportación a una sociedad anónima[126].

---

[125] Si debemos entender que la asistencia técnica, cuando sea precisa para poner al licenciatario en situación de explotar correctamente el secreto empresarial licenciado, integra el contenido del contrato de licencia aún a falta de pacto expreso (en este sentido, MASSAGUER, J., "Los secretos industriales y comerciales y su transmisión: régimen jurídico", cit., pág. 186; CHULIÁ VICENT, E.-BELTRÁN ALANDETE, T., *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos. I: 1. Factoring; 2. Joint venture; 3. Tarjetas de crédito; 4. Franquicia; 5. Know-how*, cit., pág. 249), esa misma consecuencia ha de predicarse para el contrato de cesión de know-how.

[126] GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 343; BARBA DE VEGA, J., *Las prestaciones accesorias en las Sociedades de Responsabilidad Limitada*, cit., págs. 341-345; LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 156; LUCAS FERNÁNDEZ, F., *Temas sobre sociedades anónimas. Escrituras de constitución y ampliación de capital*, cit., pág. 157; GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial (know-how). Concepto y protección*, cit., pág. 150; ID., "En torno al concepto de know-how",

Universidad de Huelva 2009

En efecto, una vez más, debemos recordar que el artículo 36.1 de la LSA establece como posible objeto de aportación a la sociedad los bienes y derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica. Después de haber determinado la naturaleza jurídica del know-how, tenemos que calificarlo como un bien, aún cuando se encuadre dentro de los bienes inmateriales. Podemos afirmar, en primer lugar, que, además de ser un bien inmaterial, es un bien patrimonial, pues es susceptible de ser transferido a la compañía incrementando su patrimonio, por lo que su aportación representa una atribución patrimonial a la sociedad, de la cual puede disponer de forma inmediata. En segundo término, puede ser valorado a través de criterios objetivos, tal como lo destacábamos en cuanto ejemplo significativo al analizar los criterios para determinar la "aportabilidad" de los bienes y derechos a la sociedad anónima[127]. Además, puede ser inscrito en el activo del balance de la compañía, tal como resulta de una adecuada interpretación del artículo 176.1°,2 de la LSA. Y, finalmente, es un bien negociable o enajenable, esto es, un bien cuyo valor puede ser recuperado en los supuestos de crisis o necesidad económica de la compañía, para atender los intereses de los acreedores; goza,

---

cit., pág. 431 (nota 85); CÁMARA ÁLVAREZ, M., *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, cit., pág. 58; DÍAZ GÓMEZ, Mª.A., *Las aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima: contenido, valoración y desembolso*, cit., pág. 113; GOMEZA VILLA, J.I., "Contrapartidas en aumentos o reducciones de capital", cit., pág. 124; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I., *Aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima*, cit., págs. 197-204. En la doctrina italiana, entre otros, OLIVIERI, G., *I conferimenti in natura nella società per azioni*, cit., págs. 257-301; IANNUZZI, M., "Osservazioni sul progetto di Seconda Direttiva in tema di armonizzazione del diritto societario", cit., pág. 645; SORDELLI, L., "Il know-how: facoltà di disporne e interesse al segreto", cit., págs. 121-125; SPATAZZA, G., "Conferimento di beni in godimento e capitale sociale", cit., págs. 100-109. En cambio, en la doctrina italiana, ha puesto en tela de juicio la posibilidad de aportar un know-how a una sociedad anónima PORTALE, G., "I conferimenti in natura <<atipici>> nelle S.p.A. Profili critici", cit., págs. 5 y ss; y, decidídamente, se ha manifestado en contra de esta posibilidad MANFREDONIA, "La formazione del capitale sociale e l'art. 7 della Seconda Direttiva", pág. 57, pensando ambos no tanto en la imposibilidad de atribuirle un valor patrimonial, sino en la dificultad de ser objeto de la valoración pericial exigida para las aportaciones no dinerarias, en tanto que en el informe del experto es necesaria la descripción del bien aportado, lo que ocasionaría la divulgación del secreto y la consiguiente pérdida de valor del know-how. A título meramente indicativo, podemos resaltar como el legislador inglés incluyó expresamente en la Sec. 20 del texto de la *Companies Act* de 1980, la posibilidad de dar cobertura al valor de las acciones mediante la aportación de know-how (SCHMITTHOFF, C.M., "Consideraciones generales sobre la Ley Inglesa de sociedades mercantiles de 1980", cit., pág. 204). La *Companies Act* de 1985, que modifica la de 1980 -y que, a su vez, es modificada por la de 1989- continúa previendo esta aportación en la Sec. 99 (MORSE, G., *Company Law*, cit., pág. 159; BUTTERWORTHS, *Company Law Handbook*, cit., pág. 67; BUTTERWORTHS, *Company Law Guide*, cit., pág. 66).

[127] Véase, el capítulo I de este trabajo, en concreto, dentro del punto **II. POSIBLES CONTENIDOS DE LAS APORTACIONES SOCIALES EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS**, el epígrafe 3°. **Criterios para determinar la "aportabilidad" de los bienes**.

Universidad de Huelva 2009

en definitiva, de aptitud para el cambio.

Por otra parte, no debemos olvidar el interés que mostró el legislador comunitario por conseguir la admisión del know-how como objeto de aportación a la sociedad anónima. En este sentido, en el comentario anexo al Proyecto de Segunda Directiva de 1970, presentado por la Comisión al Consejo, la Comisión informó que la norma consagrada en el artículo 10 de dicho Proyecto, según el cual "*el capital suscrito no puede estar constituido por aportaciones no realizables*", no constituye obstáculo "*para remunerar con acciones aportaciones esenciales como el know-how o el goodwill*". No obstante, la Comisión en este mismo comentario deja libertad a los Estados miembros para que cada uno de ellos adopte la solución que considere más adecuada[128]. En cualquier caso, debe subrayarse la predisposición del legislador comunitario a considerar el know-how como posible objeto de aportación a la sociedad anónima. Predisposición que se refleja claramente en la modificación sufrida por el texto del artículo 10 de la Segunda Directiva, en el que el requisito inicial de que las aportaciones fueran bienes realizables ha sido finalmente sustituido por el requisito de que las aportaciones sean susceptibles de valoración económica[129].

En consecuencia, el conjunto de conocimientos técnicos que constituyen el know-how puede ser aportado a la sociedad anónima, bien de forma independiente -es decir, como elemento aislado que por sí sólo integra el contenido de la aportación-, bien como un elemento más de los que configuran la empresa cuando ésta es realmente el objeto de la aportación. No obstante, debemos resaltar que, en este último supuesto -cuando el objeto de la aportación es la empresa como conjunto unitario-, la transmisión del know-

---

[128] Sobre este comentario, véase, IANNUZZI, M., "Osservazioni sul progetto di Seconda Direttiva in tema di armonizzazione del diritto societario", cit., pág. 645 y OLIVIERI, G., *I conferimenti in natura nella società per azioni*, cit., págs. 195, 265-266.

[129] El favor del legislador comunitario por la cesión de tecnología a las sociedades de capital se ha dejado sentir, además, en otras disposiciones, como el derogado Reglamento CEE 556/89 de exención en bloque para los contratos de licencia de know-how, y el vigente Reglamento CE 240/1996 sobre exención de determinados acuerdos de transferencia de tecnología.

Universidad de Huelva 2009

how puede ser esencial para que la sociedad adquirente pueda seguir disfrutando de las expectativas generadas en la entidad productiva que se aporta, en tanto poseedora de ciertos conocimientos técnicos secretos que la sitúan en una posición de ventaja competitiva en el mercado frente a otras empresas del mismo sector que carecen de esa información, obteniendo con su explotación y disfrute exclusivo los beneficios esperados.

Ahora bien, el know-how, como bien independiente que se aporta a la sociedad anónima de forma aislada, puede ser aportado a título de propiedad o a título de uso. En páginas anteriores hemos tratado de distinguir con claridad entre el contrato de cesión del know-how y el contrato de licencia del know-how. Recordemos que, en el primer caso, el cedente transmite definitivamente la titularidad de los conocimientos técnicos secretos. En cambio, a través del contrato de licencia, el licenciante, sin transmitir la titularidad del know-how licenciado, crea a favor del licenciatario un derecho a explotar y usar los conocimientos técnicos secretos de forma temporal. Siguiendo esta orientación, la aportación de la titularidad del know-how debe equipararse en sus efectos a la cesión del know-how, aún cuando en el primer caso la operación se efectúa a través de su aportación a la sociedad en lugar de a través de un contrato de cesión. Sería una aportación a título de propiedad. Mientras que la aportación de licencia del know-how debe equiparse a las aportaciones a título de uso, en tanto que lo que se transmite no es la titularidad del bien sino la facultad de usarlo y explotarlo durante un período de tiempo determinado[130].

Cuando el objeto de la aportación lo constituye una empresa como conjunto unitario, en la que el empresario transmitente disfruta de un conjunto de conocimientos técnicos secretos que sitúan a su empresa en una posición privilegiada en el marco competitivo del mercado, el know-how será transmitido a la sociedad como un elemento más de los muchos que integran la entidad productiva. En este caso, el empresario aportante, titular del know-how, puede optar igualmente por transmitir la titularidad a la

---

[130] En términos similares se manifiestan, entre otros, LOJENDIO OSBORNE, I., "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)", cit., pág. 156 y DÍAZ GÓMEZ, Mª.A., *Las aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima: contenido, valoración y desembolso*, cit., pág. 115.

Universidad de Huelva 2009

sociedad o atribuir en concepto de aportación una licencia de know-how. Como ya hemos señalado, lo normal en estos casos es que la transmisión del know-how se realice a título definitivo, pues lo más frecuente es que el empresario que aporta su empresa haya decidido salir del mercado o al menos del ámbito o sector específico en el que esos conocimientos técnicos son valiosos. Sin embargo, no podemos dejar de advertir sobre la posibilidad de que el empresario decida transmitir esos conocimientos técnicos a título de mero uso, equiparándose en este caso su aportación al contrato de licencia de know-how.

En cambio, si el empresario aportante disfruta de esos conocimientos técnicos secretos en concepto de mero licenciatario de know-how, podrá optar entre transmitir a la sociedad que recibe la empresa aportada la titularidad de la licencia de la que venía disfrutando o bien otorgar a la sociedad una "sublicencia" que le permita usar y disfrutar de esos conocimientos que constituyen el know-how. Ahora bien, para que ello sea posible será necesario que, en el contrato originario de licencia del know-how, el licenciatario haya sido expresamente autorizado a transmitir su licencia o a conceder sublicencias a terceros[131].

Una vez efectuadas las precisiones anteriores podemos afirmar que no encontramos ningún obstáculo realmente significativo que nos impida afirmar que el know-how puede ser objeto de aportación a una sociedad anónima y, menos aún, cuando la aportación es en realidad una empresa entre cuyos elementos se halla el know-how. Privar a la sociedad que adquiere la empresa a través de su aportación del know-how del que viene disfrutando el empresario aportante, supondrá privar a la empresa aportada de una parte (que puede ser considerable) de su valor económico y de las expectativas

---

[131] En páginas anteriores advertimos de la inexistencia en nuestro Ordenamiento jurídico de un tipo contractual para la licencia de know-how. Son, por tanto, los interesados quienes determinarán en el contrato de licencia la regulación del mismo. No obstante, podemos entender aplicables a la licencia de know-how principios análogos a los establecidos en el artículo 75.3 de la LP, el cual establece, a propósito de las licencias de patentes, lo siguiente: "*Los titulares de licencias contractuales no podrán cederlas a terceros, ni conceder sublicencias, a no ser que se hubiere convenido lo contrario*".

Universidad de Huelva 2009

esperadas, sobre todo cuando éstas derivan de la posición privilegiada que la entidad transmitida viene ocupando en el mercado en función de la explotación y disfrute exclusivo de dichos conocimientos.

No obstante, algunas cuestiones pueden presentarse en relación a la aportación de know-how. Cuestiones que, no son, por lo demás, muy diferentes de las que podemos encontrar en los supuestos de aportación de otros bienes inmateriales como las patentes, marcas, etc., cuya aportabilidad a la sociedad anónima no se pone en tela de juicio.

En efecto, quizás, alguna dificultad pudiera surgir en el momento de determinar mediante criterios objetivos el valor del know-how aportado. Qué duda cabe que cuando se aporta una empresa la transmisión del know-how junto al resto de elementos de la entidad productiva contribuye en gran medida a aumentar el valor del conjunto unitario que se transmite. Es conveniente, por tanto, reconocer la gran utilidad que puede presentar este bien en relación a los resultados o beneficios obtenidos u obtenibles por parte de su nuevo titular[132].

Ciertamente, tenemos que subrayar las dificultades derivadas de la necesidad de proceder a efectuar una valoración objetiva del bien objeto de aportación en este caso. A la inexistencia de un valor de mercado, se añade la subjetividad en la apreciación en orden a determinar la utilidad obtenible del disfrute y explotación de los conocimientos técnicos secretos, pues pueden variar en función del sujeto económico en cada caso tomado en consideración.

Pensamos que, a efectos de determinar el valor del know-how por las partes interesadas -empresario aportante y sociedad-, e igualmente a efectos de la verificación

---

[132] Podemos pensar que las razones que inducen a la sociedad a adquirir a título oneroso esos conocimientos técnicos secretos que constituyen el know-how de un tercero, en lugar de procurar obtenerlos a través del estudio e investigación en la propia empresa social, se hallan sustancialmente en la necesidad de emplear para ello tiempo, trabajo y dinero en una cuantía considerable.

Universidad de Huelva 2009

y control de dicho valor que el artículo 38 de la LSA encomienda al experto independiente para las aportaciones *in natura*, será conveniente que se adopte un criterio prudente, como pudiera ser su valoración en función de los gastos e inversiones necesarios por parte de la sociedad para obtener ese tipo de conocimientos tecnológicos. De esta manera, con la intención de objetivizar al máximo el resultado de la valoración, se evitaría que ésta se estableciera exclusivamente en correspondencia a las expectativas de ganancias de la empresa aportada ligadas a la disposición y explotación del know-how en su estructura productiva. Por otra parte, en el momento de la valoración, habrá de tenerse en cuenta la posibilidad de que un tercero, en virtud de sus experiencias, conocimientos y laboriosa tarea de investigación, pueda finalmente, en un período de tiempo más o menos largo, llegar a obtener esos mismos conocimientos, que por tanto, dejarían de ser secretos. Ello se traduciría en una pérdida considerable del valor económico del know-how transmitido a la sociedad a través de la aportación de empresa, y, consecuentemente, en una disminución del valor de la empresa aportada como conjunto unitario, en tanto que ésta verá desaparecer el valor patrimonial de uno de sus elementos, el know-how.

En efecto, en páginas anteriores, hemos conceptuado el know-how como un conjunto de conocimientos técnicos secretos de los que goza un empresario que, en virtud de ese saber hacer que aprovecha de forma exclusiva, posiciona a su empresa en una situación competitiva privilegiada dentro del mercado. Ahora bien, podemos fácilmente imaginar que esos conocimientos técnicos actualmente secretos pueden dejar de serlo pasado algún tiempo. Así pues, es posible que otro empresario invirtiendo su dinero, y empleando el tiempo y los elementos personales necesarios, pueda obtener esos mismos conocimientos, e incluso que obtenga otros de mayor relieve que hagan que los logrados por el anterior queden obsoletos, perdiendo esta primera empresa la situación privilegiada que mantenía en el mercado y que le posibilitaba obtener grandes expectativas y beneficios. No cabe duda que el número de años durante los cuales el empleo del know-how está en grado de asegurar un beneficio superior al normal a su titular está

Universidad de Huelva 2009

generalmente limitado.

Quizás, este hecho pudiera considerarse en principio otro obstáculo a la aportación de know-how, en tanto que la pérdida de valor de esos conocimientos técnicos secretos podría traducirse en una disminución del patrimonio social, con el consiguiente perjuicio para los terceros acreedores. No obstante, este obstáculo puede ser fácilmente salvado.

Debemos pensar que la sociedad adquirente del know-how a través de la aportación de empresa procederá a inscribir el valor atribuido a este bien inmaterial en el activo de su balance, en concreto, dentro del inmovilizado inmaterial en la subcuenta 212 correspondiente a la "Propiedad Industrial"[133]. Ahora bien, la Ley prevé que, durante toda la vida útil de los bienes que forman parte del patrimonio de la empresa éstos pueden perder su valor, o por el simple transcurso del tiempo, o por la obsolescencia que pueden alcanzar algunos de ellos. Se prevé, de este modo, una depreciación de estos bienes y la necesidad de efectuar su reposición[134]. La amortización es un reparto del valor del activo entre los años de vida útil estimada[135]. Consecuentemente, a través de la necesaria amortización que requiere el Plan General de Contabilidad se evita que el valor de los bienes que constituyen el patrimonio de la sociedad desaparezcan del activo del balance sin que hayan sido sustituidos por dinero u otros bienes. Esto es, con la amortización del bien se prevé la pérdida de valor que va a sufrir y su posterior sustitución por dinero u otros bienes.

---

[133] En la Tercera Parte del Plan General de Contabilidad de 1992, relativa a "Definiciones y Relaciones Contables", se determina que se incluirá en la subcuenta 212 "Propiedad Industrial" el importe satisfecho por la propiedad, o por el derecho al uso, o a la concesión del uso de las distintas manifestaciones de la propiedad industrial, en los casos en que, por las estipulaciones del contrato, deban inventariarse por la empresa adquirente.

[134] A este doble objetivo de minorar el valor de los activos (desgaste) y prever su reposición se dirigen las normas de amortización, contenidas en el artículo 39.1 del C. de c.: "*Los elementos de inmovilizado y circulante cuya utilización tenga un límite temporal deberán amortizarse sistemáticamente durante el tiempo de su utilización. No obstante, aún cuando su utilización no esté temporalmente limitada, cuando se prevea que la depreciación de esos bienes sea duradera se efectuarán las correcciones valorativas necesarias para atribuirles el valor inferior que les corresponda en la fecha de cierre del balance*".

[135] El PGC define la amortización como la expresión contable de la distribución en el tiempo de las inversiones en inmovilizado por su utilización prevista en el proceso productivo; se trata de una "corrección" de valor por la depreciación del inmovilizado (inmaterial o material) realizado de acuerdo con un plan sistemático.

Universidad de Huelva 2009

Cuestión distinta, pero directamente relacionada con la anterior, es la conveniencia o incluso la necesidad de adoptar una serie de medidas en orden a la protección o conservación del valor económico del know-how. En este sentido, ya hemos anunciado que el aportante del know-how tiene prohibida la divulgación de los conocimientos técnicos secretos, o cualquier otra información accesoria, que pueda menoscabar el valor patrimonial del objeto de la aportación.

Finalmente, no podemos olvidar que el artículo 38 de la LSA exige que el valor de las aportaciones no dinerarias se someta a control o verificación por parte de uno o varios expertos independientes. La exigencia impuesta por la LSA de que el experto independiente redacte un informe, en el que se ha de describir el bien o derecho aportado puede parecer, en principio, difícilmente compatible con la exigencia de evitar la divulgación de los conocimientos secretos y de mantener íntegro el contenido patrimonial de la aportación[136]. Recordemos, además, que, de acuerdo con los términos literales del párrafo 3° del artículo 38 de la LSA, el informe elaborado por el experto en el que consta la descripción del bien o derecho aportado, se incorporará como anexo a la escritura de constitución de la sociedad o a la de aumento de capital, depositándose una copia en el Registro Mercantil al presentar a inscripción dicha escritura. Es necesario cuestionarnos de qué modo puede el experto, en estos casos, cumplir su función de control sin destruir la utilidad económica de la aportación.

Como ya hemos señalado, los conocimientos secretos suelen materializarse a través de proyectos, planos, diseños, fórmulas, etc., que se configuran como posibles

---

[136] Precisamente por esta aparente incompatibilidad algunos autores han negado la posibilidad de considerar al know-how como posible objeto de aportación a la sociedad anónima. En este sentido se ha manifestado MANFREDONIA, "La formazione del capitale sociale e l'art. 7 della Seconda Direttiva ", cit., pág. 57. Por su parte, PORTALE, ("I conferimenti in natura <<atipici>> nelle S.p.A. Profili critici", cit., págs. 3-4 [nota 6]), matiza que sólo cabe aportar el know-how que pueda ser descrito en el informe sin destruir el secreto. En nuestra doctrina también algún autor plantea este inconveniente como un posible obstáculo a la aportación del know-how. En concreto, GARRIDO DE PALMA-SÁNCHEZ GONZÁLEZ, ("La sociedad anónima en sus principios configuradores", cit., pág. 27 [nota 7]), afirman que para que el know-how pueda ser aportado "*ha de ser objeto de una mínima y suficiente descripción, lo que dependerá de la índole intrínseca del objeto del mismo (merma o no de su secreto) por lo que será factible en caso de poder plasmarse en planos, diseños...; en caso contrario...sólo cabrá vía prestación accesoria*".

Universidad de Huelva 2009

vehículos de transmisión del know-how. Sin embargo, a pesar de la entrega de estos soportes materiales, frecuentemente, la transmisión de know-how de forma adecuada, para la provechosa explotación por parte del adquirente, debe ir acompañada o requiere el desarrollo de cierta actividad o asistencia por parte de su transmitente. Esa exigencia puede colaborar a evitar, en cierta manera, el peligro de una divulgación indeseada, desde el momento que su adquisición precisa un comportamiento material y positivo por parte de su transmitente[137]. Por el contrario, en otras ocasiones, los conocimientos técnicos secretos que se pretenden transmitir, evitando su divulgación, se materializan de forma precisa, por ejemplo a través de una fórmula matemática o química. En cualquier caso, no podrá considerarse lícita la actuación del experto que pretenda reproducir en su informe el contenido de dichos conocimientos, pues, como hemos señalado, el carácter secreto es una característica determinante para la existencia de know-how y la divulgación de esos conocimientos hará que disminuya el valor de la aportación.

De cualquier manera, en los supuestos de aportación de know-how, precisamente dada la peculiaridad del objeto de la aportación, es necesario abandonar la interpretación excesivamente rígida del artículo 38 de la LSA, que obliga a la redacción de un informe descriptivo, para adoptar una interpretación más flexible. Esta última, atendiendo a la función de control del valor e identificación de los bienes o derechos aportados, que corresponde al informe elaborado por el experto, no precisa una descripción exhaustiva de la aportación.

---

[137] La transmisión del know-how, cualquiera que sea el negocio jurídico adoptado para la operación -cesión, aportación, licencia, etc.-, precisa del transmitente una actitud positiva en el sentido de llevar a cabo todas las operaciones necesarias para que el adquirente esté en condiciones de explotarlo de forma efectiva. En definitiva, el transmitente ha de poner a disposición del adquirente los conocimientos técnicos secretos que integran el know-how y asistirle en todo aquello que sea necesario.

Ahora bien, la puesta a disposición de los conocimientos técnicos secretos no suele efectuarse a través de un sólo acto, sino que normalmente precisará la realización de diversas prestaciones por parte del transmitente que conformarán la comunicación de los conocimientos técnicos: entrega de planos, fórmulas, proyectos y otros documentos técnicos; en ocasiones el transmitente deberá prestar su asistencia técnica al adquirente, formar al personal auxiliar o dependiente del segundo; suministrar determinados componentes necesarios para la ejecución del know-how que el adquirente no puede obtener de otras empresas, e incluso prestar asistencia en la comercialización.

Universidad de Huelva 2009

Pensemos que carece de todo sentido el hecho de que el experto independiente, para verificar el valor de la aportación consistente en unos conocimientos técnicos secretos, tuviera que mostrar o indicar en su informe elementos que estuviesen en grado de revelar el contenido de los mismos. Dicha actuación tendría como resultado la pérdida del valor del bien aportado, lo que se traduciría en la existencia de un patrimonio ficticio en la sociedad -o cuanto menos en una considerable disminución del valor del fondo común- en tanto que la aportación habría perdido parte del valor que se le atribuyó y finalmente habría sido sobrevalorada. Precisamente, la intención de evitar la sobrevaloración de las aportaciones no dinerarias, con el consiguiente perjuicio para el patrimonio social, es el ánimo que se deja sentir en el legislador al dictar la norma del artículo 38 de la LSA.

En definitiva, en los supuestos de aportación de know-how el experto independiente, además de verificar el valor que las partes atribuyen a la aportación, deberá velar para que el valor de la aportación no se vea disminuido como consecuencia de un comportamiento negligente por su parte que pudiera dar lugar o facilitar la divulgación de los conocimientos que se transmiten. El experto tendrá que limitarse a verificar el valor atribuido por las partes e identificar en su informe el objeto de la aportación, sin revelar los conocimientos secretos, y las ventajas económicas que la aportación está en grado de asegurar a la sociedad adquirente. En consecuencia, el experto tendrá que limitarse a plasmar en su informe una descripción suscinta del mismo, que al la vez que haga posible la identificación del know-how que se aporta, evite la pérdida de su carácter secreto[138].

[138] En términos similares se manifiesta DÍAZ GÓMEZ, Mª.A., *Las aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima: contenido, valoración y desembolso*, cit., pág. 117.

Universidad de Huelva 2009

Universidad de Huelva 2009

Tras el análisis efectuado sobre algunas de las principales cuestiones que pueden presentarse en los supuestos de aportación de empresa a la sociedad anónima, estimamos oportuno finalizar este trabajo apuntando algunas de las conclusiones más relevantes a las que hemos podido llegar. Una vez más, es conveniente poner de manifiesto la intrínseca complejidad que encierra, ante la falta de una regulación específica, la transmisión de una empresa como conjunto unitario. Complejidad que se ve aumentada cuando el negocio jurídico concertado para la transmisión es, en concreto, su aportación a una sociedad anónima. Pues, en este caso, es necesario dar cumplimiento, por un lado, a las normas que regulan las aportaciones no dinerarias, tanto de ámbito general (arts. 36 y 38 LSA, especialmente) como las dictadas de forma específica para el supuesto contemplado (art. 39.3 LSA); y, por otro, a las normas generales, que pudieran encontrar aplicación en nuestro caso, referidas al negocio de compraventa, aplicables no sólo por remisión legal expresa sino en ocasiones también por analogía.

PRIMERA- Partimos de la idea de que en las sociedades anónimas la verdadera garantía para los acreedores sociales, en cuanto a la efectiva satisfacción de sus créditos, se encuentra en el patrimonio de la sociedad, y, especialmente, en las aportaciones que en el momento inicial lo constituyen y que en los aumentos de capital pasan a formar parte del mismo incrementándolo. A la vez, la cifra de capital se presenta como garantía indirecta, en tanto que técnicamente se le asigna el carácter de cifra de retención sobre el patrimonio de la sociedad. Pero el capital social no es -ni puede ser nunca- garantía directa, pues no constituye una masa patrimonial susceptible de ser realizada por los acreedores insatisfechos. La garantía directa y real es el patrimonio de la sociedad, en concreto, el activo del cual ésta dispone para satisfacer sus obligaciones pendientes.

Ahora bien, no todos los bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza y

Universidad de Huelva 2009

contenido, pueden ser aportados a la sociedad anónima. En efecto, para que un bien o derecho pueda ser objeto de aportación a la sociedad anónima, o sea, para que pueda integrar el capital social, es preciso, en primer lugar, que tenga naturaleza patrimonial, es decir, que pueda ser transmitido a la sociedad y entre a formar parte de su patrimonio; en segundo término, que sea susceptible de ser valorado según criterios objetivos; tercero, que en caso de crisis o necesidad económica de la compañía su valor pueda ser "recuperado" en orden a la efectiva satisfacción de las obligaciones sociales, esto es, que sea enajenable o negociable, posible objeto de un contrato de cambio; y, finalmente, que pueda ser inscrito en el activo del balance de la sociedad. En consecuencia, convertible en dinero y apto para producir una ganancia. Sólo los bienes y derechos que cumplan todos y cada uno de estos requisitos podrán ser calificados de *aportables* a la sociedad anónima.

Precisamente, el trabajo personal y los servicios, al no cumplir estos requisitos, no pueden ser aportados a la sociedad anónima (art. 36.1, párrafo 2°, LSA). Así es, la aportación de trabajo o servicios, de ordinario, hace nacer a favor de la sociedad una expectativa sobre una prestación futura, pero ningún bien incrementa el patrimonio social. Esto es, carece de aptitud para salir en el momento de la aportación del patrimonio del socio, por lo que en rara ocasión supone una efectiva aportación patrimonial a la sociedad. Por otra parte, la prestación de trabajo o servicios no cumple el requisito de la "recuperabilidad". Es decir, el valor de esta prestación, una vez imputado al capital social, generalmente no puede ser recuperado por los acreedores sociales en orden a la efectiva satisfacción de sus créditos, ni a través de un procedimiento de ejecución forzosa ni a través de una simple transmisión onerosa. En realidad, a la prestación de trabajo o servicios le corresponde, como mucho, un grado mínimo, pero no suficiente, de "recuperabilidad" del valor de la aportación que pasa a integrar el capital en favor de los acreedores sociales, pues, tal posibilidad depende exclusivamente de la voluntad incoercible del obligado a efectuarla.

Universidad de Huelva 2009

De otro lado, debemos advertir que las aportaciones a la sociedad anónima pueden efectuarse tanto a título de propiedad como a título de uso. La aportación a título de propiedad determina la transmisión, desde el patrimonio del aportante al patrimonio de la sociedad, de la titularidad plena del bien o derecho que se aporta. En cambio, en la aportación a título de uso la sociedad únicamente adquiere la facultad de usar el bien o derecho, sobre el cual el aportante sigue ostentando su titularidad dominical; en suma, en la aportación a título de uso se produce una incorporación temporal de la "facultad de uso del bien" al patrimonio social.

SEGUNDA- En el trabajo que hoy presentamos nos hemos ocupado del estudio de la aportación de empresa. La empresa -como organización que engloba, además de los bienes dispuestos por el empresario para su ejercicio, la actividad económica profesionalmente ejercitada- puede ser objeto unitario de diversos negocios jurídicos. Así es, aunque el Derecho no ha reconocido de manera absoluta la unidad jurídica de la empresa, los particulares, en el ámbito negocial -en el momento de perfección del contrato-, la consideran jurídicamente como una unidad funcional, es decir, como objeto único y unitario del negocio que en cada ocasión se haya efectuado. El problema se plantea cuando, llegado el momento de la ejecución del negocio, el transmitente tiene que cumplir su obligación de "entrega", esto es, tiene que poner los distintos elementos que integran la entidad productiva en poder y posesión del adquirente. Es entonces cuando, ante la falta de una regulación propia y específica para los distintos negocios translativos que sobre la empresa se pueden concertar, no es factible su "entrega" como un bien unitario.

En ese momento, el transmitente se ve obligado a realizar la transmisión por separado de todos y cada uno de los elementos que constituyen la entidad productiva, es decir, uno por uno, de acuerdo a la ley de circulación que le corresponda según su propia naturaleza. Esto mismo ocurre cuando el acuerdo concertado sobre la empresa consiste en su aportación a la sociedad anónima.

Universidad de Huelva 2009

TERCERA- Ahora bien, esta necesidad de "entrega" individualizada no es un obstáculo para el fin que las partes persiguen: la subrogación del nuevo titular en la posición jurídica del transmitente. En realidad, esta finalidad subrogatoria se traduce en la transmisión de todos los derechos y obligaciones -activo y pasivo- relativos a la empresa transmitida. Consecuentemente, en orden a lograr el objetivo de la pretendida subrogación, aquellos elementos que integran la empresa sobre los que las partes no se han pronunciado expresamente, bien incluyéndolos en la transmisión, bien excluyéndolos de la misma, han de entenderse comprendidos tácitamente en el negocio de transmisión, incluidas las deudas correspondientes a la empresa aportada.

Así pues, en el supuesto de aportación de empresa, salvo pacto en contrario, deben entenderse transmitidas las deudas del empresario aportante -relativas a la empresa- a la sociedad adquirente. No obstante, es conveniente precisar los efectos que produce el consentimiento de los acreedores respecto a la transmisión de las mismas. En principio, para la efectiva transmisión de las deudas de la empresa aportada, hay que aplicar el régimen general del Código civil (art. 1.205). Este precepto exige el consentimiento de los acreedores para que el primitivo deudor -empresario aportante- quede liberado de sus obligaciones frente a ellos, asumiendo el nuevo deudor -la sociedad- la posición jurídica que el primero ocupaba en las distintas relaciones contractuales. En este caso se produce la asunción que calificamos de liberatoria, la única que en realidad produce la verdadera transmisión de las deudas. Ahora bien, en ocasiones, es posible que los acreedores manifiesten su voluntad, no de liberar al deudor originario, sino de aceptar a quien se ofrece en calidad de nuevo deudor como obligado solidario en el cumplimiento de las obligaciones del primero. En esta hipótesis, no se produce la liberación del empresario aportante pero la sociedad queda como obligada solidaria junto él, es la denominada asunción cumulativa o de refuerzo. Finalmente, se han de tener en cuenta los intereses en presencia en los supuestos de transmisión unitaria de empresa y considerar válida, sin contar con el consentimiento de los acreedores, la asunción interna de deudas. En efecto, en virtud de un acuerdo entre transmitente y adquirente, el nuevo deudor -la sociedad- se

Universidad de Huelva 2009

obliga con el deudor primitivo -empresario aportante- a satisfacer por él las deudas pendientes en las fechas de sus respectivos vencimientos, sin que de este acuerdo nazca ningún derecho directo para los acreedores. En consecuencia, la asunción consiste en un mero acuerdo de voluntades que produce sus efectos entre el deudor primitivo y el nuevo deudor, sin que para ello se precise el consentimiento de los acreedores ni produzca ningún efecto respecto de ellos.

Igualmente, en principio, para que se produzca la transmisión de los contratos, salvo para aquéllos que existe previsión especial, es necesario contar con el consentimiento del contratante cedido. Por regla general, este consentimiento es preciso cuando el cesionario va a sustituir al cedente en su posición jurídica, quedando el último totalmente desligado de la relación contractual. Sin embargo, la falta de consentimiento no puede considerarse un obstáculo para que se produzca la "transmisión" de las distintas relaciones jurídicas celebradas entre el empresario aportante y los diversos terceros. De un lado, es posible que el aportante decida ceder los derechos inherentes a su posición contractual sin necesidad de obtener el consentimiento de la contraparte (art. 1.112 C.c.), aunque las obligaciones que deriven del contrato -y sin perjuicio de que en el orden interno las haya asumido la sociedad- continúen vinculándole. De otro lado, también es posible que el aportante constituya a favor de la sociedad una nueva relación contractual derivada de la principal (subcontrato), de la que surgen derechos y obligaciones para los subcontratantes. En virtud de este nuevo contrato, la sociedad podrá disfrutar de los derechos que el contrato base otorga al aportante, sin que éste último desaparezca de la relación contractual primitiva que continúa manteniendo con la contraparte originaria. En definitiva, la cesión de derechos o el subcontrato se presentan como alternativas a la cesión del contrato, esto es, mecanismos válidos que permiten a la sociedad disfrutar de diversas relaciones jurídicas que la facultan para continuar el ejercicio de la actividad empresarial que venía siendo desarrollada por el aportante, sin que por ello se produzca la desnaturalización de la operación que se pretende efectuar: aportación de empresa. Así pues, el negocio de aportación de empresa no se ve obstaculizado por el dato de que la

Universidad de Huelva 2009

transmisión de determinados elementos patrimoniales no se haga a título de propiedad, o, por mejor decir, que no se transmita la titularidad de todas y cada una de las relaciones jurídicas del empresario aportante. Lo importante, en realidad, es que la sociedad disponga de esos elementos a través de un título jurídico válido que le permita emplearlos, en combinación con los demás, para el ejercicio propio de su actividad.

CUARTA- En el supuesto de que el negocio jurídico concertado sobre la entidad productiva consista en la aportación de empresa, es necesario que el objeto que se aporta integre efectivamente el capital de la sociedad. Ya hemos señalado que, la empresa está compuesta por elementos muy heterogéneos. Algunos de ellos no son susceptibles de ser aportados individualmente a la sociedad si son extraídos del complejo productivo al que pertenecen; otros, en cambio, sí cumplen los requisitos de aportabilidad anteriormente apuntados. Pero, al considerar a la empresa como objeto unitario del negocio de aportación se produce la transmisión de todos los elementos que la componen -salvo los que expresamente queden excluidos-, incluidos aquéllos que, de forma aislada e independiente, no son susceptibles de ser aportados a la sociedad anónima. Precisamente, en consideración a la concepción unitaria de la empresa por los particulares y al peculiar contenido dinámico de la "titularidad" que la sociedad trata de adquirir a través de la entidad que recibe, aquéllos bienes y derechos que en sí mismos considerados no son aportables, se vuelven ahora susceptibles de aportación como componentes de una unidad productiva, porque ésta última presenta los requisitos de organización y de funcionalidad suficientes para permitir a la sociedad el ejercicio y explotación de la empresa aportada. Así pues, el valor del conjunto o unidad económica objeto de aportación, en el que serán considerados el valor de todos y cada uno de los elementos que integran la entidad productiva aportada, con independencia de que sean o no susceptibles de constituir de forma aislada objeto de aportación, pasa a integrar el capital de la sociedad.

QUINTA- Para que se produzca verdadera aportación de empresa a la sociedad anónima es indispensable que se transmitan las relaciones jurídicas y las situaciones de

Universidad de Huelva 2009

hecho de valor económico que convergen en el aportante en cuanto tilular de la empresa. Ciertamente, tanto la clientela como las expectativas -en cuanto no son bienes en sí mismos considerados- pueden calificarse de "situaciones de hecho" que representan un valor económico, producidas por la organización dinámica de la empresa. Ambas plantean grandes dificultades en orden a su transmisión.

En efecto, en ocasiones, la transferencia de estas situaciones de hecho se lleva a cabo a través de la transmisión de diversos elementos de la empresa que sí son bienes propiamente considerados: nombre comercial, marcas y otros signos distintivos, invenciones industriales, local de negocio, etc. En estos casos, la transmisión y protección de la clientela y expectativas se efectúa indirectamente a través de la transmisión y protección de los elementos de la empresa anteriormente apuntados, a los que se hallan especialmente vinculadas.

En cambio, en multitud de ocasiones, una parte de la clientela y de las expectativas puede ir indisolublemente unida a las actividades, conocimientos y otras cualidades personales del empresario transmitente. Para que, en estos casos, la sociedad que adquirente pueda aprovechar la clientela y las expectativas derivadas del ejercicio de empresa por parte del anterior titular y se consiga la efectiva transmisión de la empresa en cuanto organización económica productiva, es necesario que el aportante se abstenga de desarrollar, durante un período de tiempo determinado y en el mismo ámbito geográfico, una actividad empresarial con objeto idéntico o análogo al de la empresa aportada, no convirtiéndose, de este modo, en el más peligroso competidor de la sociedad.

Así es, uno de los objetivos en la aportación de empresa reside en la transmisión de la clientela y de las expectativas generadas por la actividad desarrollada productiva. A través de la abstención de concurrencia por parte del aportante se pretende que se produzca, en la medida de lo posible, la transmisión de esos elementos de la empresa de

Universidad de Huelva 2009

difícil configuración. La obligación de no concurrir se considera, pues, un deber específico de colaboración pasiva en los supuestos de transmisión de empresa -vigente, por tanto, en la hipótesis de aportación-. En nuestro Ordenamiento, ante la falta de un precepto que expresamente imponga la obligación de no concurrir, su fundamento debe hallarse en el principio de buena fe, al que debe recurrirse para integrar, cuando proceda, el contenido obligacional de los contratos. De manera que, si en el negocio de transmisión -de aportación a los efectos que nos interesa- no se ha pactado expresamente la prohibición de concurrencia, ésta ha de entenderse, en principio, comprendida implícitamente en él, y su incumplimiento puede considerarse un incumplimiento contractual.

Así pues, podemos entender que la obligación de no concurrencia es un efecto natural de los contratos traslativos de la empresa, incluido el supuesto de su aportación a la sociedad anónima. No obstante, es conveniente efectuar dos matizaciones. De un lado, mencionar la posibilidad de que la sociedad asuma voluntariamente el riesgo de que el empresario aportante le haga la competencia si cree que, en virtud de las características de la organización empresarial, o de sus propias dotes como empresario, conservará la clientela o podrá fácilmente reemplazarla por otra. En este caso, el acuerdo repercutirá en el valor que a efectos de aportación se atribuya al complejo aportado, pues, de ordinario, disminuirá a consecuencia de la asunción del riesgo por parte de la sociedad.

De otro lado, apuntar que, precisamente estos posibles acuerdos en virtud de los cuales el aportante queda liberado de la obligación de no concurrir, nos ha llevado a considerar que la obligación de no concurrir es un efecto natural en algunos supuestos de aportación de empresa, pero no en todos. Es decir, si la clientela se halla vinculada a la empresa aportada en virtud de las cualidades objetivas de los bienes o servicios que ésta ofrece, el empresario aportante no estará en condiciones diferentes a las de cualquier otro competidor. Entendemos, por tanto, que en este caso no existen razones suficientes para considerar que la obligación de no concurrir es un efecto natural del contrato. En cambio,

Universidad de Huelva 2009

si la vinculación entre la clientela y una empresa determinada responde a las cualidades personales del empresario, a las relaciones o a su trato directo con los clientes, indudablemente, éste se presenta como un competidor especialmente cualificado, y en tanto que la transmisión de la empresa incluye la transferencia de la clientela y las expectativas, debe estimarse que la obligación de no concurrir es, ahora sí, un efecto natural del contrato de transmisión.

SEXTA- Ahora bien, la obligación de no concurrir no pueden tener un contenido ilimitado; todo lo contrario. Es preciso determinar unos límites temporales, objetivos y geográficos *razonables*, para que ese acuerdo, expreso o implícito, no se convierta en un acuerdo restrictivo de la competencia. En efecto, en nuestro Ordenamiento -donde rige el principio constitucional de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado- existen disposiciones legales que tienen por objeto prohibir, impedir y perseguir las prácticas restrictivas de la competencia. No obstante, la prohibición de competencia que, en su caso, pesa sobre el aportante de empresa se permite o se entiende lícita en tanto sea *razonable* y *necesaria* para que pueda realizarse con éxito el negocio pretendido por las partes -la aportación de empresa-, pues, de otro modo no se alcanzaría el objetivo del contrato. Por tanto, las cláusulas de no competencia serán válidas siempre que estén dirigidas a la consecución de la efectiva transmisión de la empresa como entidad productiva y eficiente. Si, por el contrario, exceden de esa finalidad superando los límites temporales, objetivos o geográficos razonables, podrán calificarse de acuerdos restrictivos de la competencia, sancionados por el artículo 1 de la LDC.

SÉPTIMA- La obligación de no concurrir que, en su caso, ha de soportar el aportante de empresa es específica o exclusiva de esta concreta aportación. Es decir, el aportante de empresa, en virtud del carácter singular del objeto de la aportación -la empresa- y de las dificultades que plantea su transmisión como conjunto unitario, está obligado a cumplir determinadas prestaciones que, por el contrario, no son necesarias cuando la aportación consiste en otro bien o derecho de naturaleza menos compleja. Pero,

Universidad de Huelva 2009

además, el aportante de empresa ha de cumplir las obligaciones generales de garantía en la transmisión y entrega de los bienes aportados: en concreto, nos referimos a la eventual obligación de sanear la empresa aportada. A pesar de que la obligación de saneamiento pesa sobre cualquier aportante *in natura*, el supuesto concreto de aportación de empresa presenta en esta materia ciertas peculiaridades. En efecto, el artículo 39.3 de la LSA dicta normas específicas en materia de saneamiento para el supuesto de aportación de empresa. De ahí que el régimen aplicable a la obligación de sanear la empresa aportada se aleje, en cierta medida, del régimen de la obligación de sanear otros bienes susceptibles de ser aportados a la sociedad anónima, a los que se les aplica por remisión expresa del artículo 39.1 de la LSA las normas dictadas en el Código civil en materia de saneamiento para el contrato de compraventa. Esto no significa que no sean aplicables en este caso las normas del Código civil, sino que habrá de atenderse en primer lugar a lo que establece la LSA y, en lo que sea necesario, acudir como derecho supletorio al Derecho común.

El artículo 39.3 de la LSA determina de forma expresa el contenido de la obligación de saneamiento de la empresa aportada. De una parte, ésta alcanza al conjunto de la empresa si el vicio o la evicción afecta a la totalidad de la empresa como conjunto unitario, o afecta a alguno de sus elementos esenciales. En ambos casos, si la obligación de sanear nace como consecuencia de la evicción, se procederá a la aplicación del artículo 1.478 del C.c. En virtud de este precepto, el aportante estará obligado a entregar a la sociedad el "precio" -valor de mercado- de la empresa aportada al tiempo de la evicción y los demás conceptos que el artículo enumera. En cambio, si la obligación de sanear nace como consecuencia de la existencia de vicios ocultos, la norma aplicable será, parcialmente, la que establece el artículo 1.486 del mismo cuerpo legal, pues la sociedad sólo podrá que ejercitar la acción *redhibitoria*. Por tanto, se procederá a la restitución de las prestaciones, en concreto, el aportante restituirá a la sociedad las acciones recibidas a cambio de su aportación y la sociedad, tras devolver la empresa aportada, procederá a la correspondiente reducción de capital. No obstante, si esta restitución resulta imposible, bien porque el aportante hubiera enajenado sus acciones a un tercero, bien porque la

Universidad de Huelva 2009

sociedad no se halla en condiciones de garantizar los créditos de los acreedores que, en tiempo y forma, hubieron ejercitado el derecho de oposición que el artículo 166 de la LSA les otorga antes de efectuar la reducción, el aportante no puede quedar liberado de la obligación de sanear. Así pues, para estos casos, entendemos que aportante habrá de entregar en dinero el valor en su momento atribuido a la aportación.

De otra parte, se añade a esa responsabilidad, la obligación de sanear de forma individualizada cada uno de los elementos afectados que sean de importancia por su valor patrimonial. Esto es, sólo cuando el vicio o la evicción afecte a uno o varios elementos relevantes de la empresa, por el valor patrimonial que éste o éstos representan, procede el saneamiento individualizado de cada uno de esos elementos eviccionados o viciados.

Para el supuesto de evicción de uno de estos elementos se aplicaría de nuevo el artículo 1.478 del Código civil. En definitiva, el aportante ha de satisfacer a la sociedad el "precio" del elemento perdido al tiempo de la evicción, más la parte proporcional de los otros conceptos que en él se relacionan. Para el caso de que se descubran vicios ocultos, se aplicará por completo el artículo 1.486 del mismo código, pudiendo ahora la sociedad optar entre el ejercicio de la acción *redhibitoria* o la *quanti minoris*. Si opta por la primera, la sociedad devolverá el elemento viciado y el aportante restituirá a la sociedad las acciones correspondientes al valor atribuido al elemento viciado en el momento de la aportación con la consiguiente reducción de capital y el nacimiento de la obligación de garantizar los intereses de terceros (art. 166 LSA). Si, por el contrario, la sociedad decide ejercitar la acción *quanti minoris,* procederá la restitución de las acciones que se correspondan con el menor valor del elemento viciado y la correspondiente reducción de capital por parte de la sociedad, sin que en este caso nazca el derecho de oposición de los acreedores. Ahora bien, en el supuesto de que no fuera posible la restitución de las acciones porque el aportante las hubiera enajenado a un tercero, o en el supuesto de la acción *redhibitoria*, si la sociedad no puede garantizar adecuadamente los créditos de los acreedores que se hubieran opuesto a la operación, el aportante tendrá

Universidad de Huelva 2009

que entregar a la sociedad el valor del elemento viciado, o, en su caso, la diferencia entre el valor atribuido el elemento viciado en el momento de la aportación y el que realmente tuviera una vez descubierto el vicio o defecto oculto.

OCTAVA- De entre los heterogéneos elementos que pueden formar parte de una empresa, hemos estimado conveniente señalar la relevancia que puede adquirir la transmisión a la sociedad del local de negocio donde habitualmente se desarrolla el ejercicio de la actividad empresarial, es decir, la sede física de la empresa. No obstante, en muchas ocasiones, el empresario aportante vendrá disfrutando del uso de ese local en calidad de arrendatario, en virtud de un contrato de arrendamiento. En estos casos, la transmisión del contrato de arrendamiento será lo habitual cuando el arrendatario pretenda aportar su empresa. Este contrato de arrendamiento está sometido a las normas establecidas en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, actualmente vigente. Esta normativa, permite la libre cesión y el libre subarriendo del local, en tanto no precisa el arrendatario del consentimiento del arrendador, pero sí la notificación a éste de forma fehaciente en el plazo de un mes desde que aquéllos se hubieran concertado, y siempre dentro del período de vigencia del contrato. De este modo, el aportante de empresa podrá transmitir a la sociedad el contrato de arrendamiento del local por el período que reste hasta la extinción del mismo.

Pero no necesariamente tiene que ser así, es posible que el aportante arrendatario, conservando su posición contractual, aporte a la sociedad únicamente el derecho de uso sobre el local del que puede disponer en virtud de la relación arrendaticia de la que es parte. E incluso, es posible que constituya a favor de la sociedad un conjunto de derechos derivados de su posición de arrendatario, sin alterar la relación arrendaticia originaria, de forma que permita a la sociedad el uso del local para la continuidad de la actividad empresarial, esto es, verdadera aportación de mero uso. Lo que, en definitiva, podríamos equiparar al subarriendo. En cualquier caso, lo importante es que la sociedad pueda usar el local que venía siendo empleado por el aportante para continuar, en el mismo

Universidad de Huelva 2009

emplazamiento espacial, la actividad empresarial que venía desarrollando el transmitente. A través de estos mecanismos jurídicos -cesión de la titularidad del contrato de arrendamiento, cesión del derecho de uso, constitución derivativa (del contrato de arrendamiento base) de un derecho de uso a favor de un tercero por parte del arrendatario- se evita que la sociedad sea privada del local de negocio consagrado como sede física de la empresa que adquiere y de parte de la clientela conectada o vinculada con el local. Además, se impide que se produzca una disminución en el valor de conjunto de la entidad productiva que se aporta, al poder continuar el desarrollo de la actividad empresarial en el emplazamiento donde habitualmente se venía realizando.

NUEVE- Para terminar, debemos poner de manifiesto que una de las mayores dificultades que plantea la aportación de empresa es ,precisamente, la valoración de la entidad productiva como conjunto unitario. En efecto, en los supuestos de transmisión de empresa -cualquiera que sea el negocio jurídico adoptado-, lo que se transmite constituye un conjunto de factores económicos organizados en disposición de otorgar al empresario que los explota unos beneficios. Esa organización y expectativas de beneficios se concreta en lo que viene denominándose "fondo de comercio" de la empresa, en tanto resultado de la organización de la actividad empresarial, cuyo efecto es la obtención de un valor económico. Jurídicamente, ese valor económico se traduce en una cualidad de la empresa, que no tiene existencia autónoma y separada de la entidad productiva, ni puede constituir objeto de relaciones jurídicas autónomas, pero que sí tiene relevancia jurídica y debe ser tenida en cuenta en el momento de valorar la empresa a los efectos de su transmisión. En definitiva, el fondo de comercio representa un valor económico o un *plus*valor que deriva de la coordinación y el destino que el empresario da a los elementos que integran la entidad productiva al fin unitario que es la actividad empresarial. De ahí que, el valor de cambio de una empresa pueda superar el resultante de la suma algebraica del valor de los singulares elementos que la componen, precisamente, cuando las expectativas de beneficios que ofrece son alentadoras. Solamente después de haber añadido ese "plus" al valor total de los distintos elementos puede obtenerse cuanto vale

Universidad de Huelva 2009

realmente la empresa. Podemos entender, por tanto, que el concepto jurídico de fondo de comercio expresa la capacidad o aptitud de la empresa para producir beneficios futuros en función de los factores económicos actuales y de la organización y destino que el empresario ha dado a los mismos.

Igualmente, cuando se valora una empresa a los efectos de su aportación a la sociedad anónima, se debe tener en cuenta ese *plus*valor que representa el fondo de comercio de la entidad productiva. No obstante, es preciso advertir que la empresa debe ser valorada a los efectos de su aportación a través de criterios objetivos y prudentes pues, el valor que se le atribuya a la entidad productiva como conjunto unitario pasará a integrar el capital de la sociedad.

Universidad de Huelva 2009

- **AAVV**, *Derecho Mercantil*, (coordinación JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.), T. I, 4ª ed., Barcelona, 1997.

- **AAVV**, *Derecho Mercantil* (coordinación JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.), T. II, 4ª ed., Barcelona, 1997.

- **AAVV**, *Problemática jurídica actual de la empresa*, Publicaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, Valencia, 1965.

- **AAVV**, *Negocios sobre derechos no incorporados a títulos-valores y sobre relaciones jurídicas especiales*, (coordinación JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.), Madrid, 1992.

- **AAVV**, *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en homenaje a JOSÉ GIRÓN TENA*, Madrid, 1991.

- **AAVV**, *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas* (dir. ROJO, A.), Madrid, 1987.

- **AAVV**, *Estudios sobre la Sociedad Anónima* (dir. GARRIDO DE PALMA), T. I, Madrid, 1991.

- **AAVV**, *Estudios sobre la Sociedad Anónima* (dir. GARRIDO DE PALMA), T. II, Madrid, 1993.

- **AAVV**, *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, (dir. GARRIDO DE PALMA), 3ª ed., Madrid, 1990.

- **AAVV**, *Derecho de Sociedades Anónimas. I La fundación*, Madrid, 1991.

- **AAVV**, *Derecho de Sociedades Anónimas. II Capital y acciones*, vols. I y II, Madrid, 1994.

- **AAVV**, *Derecho de Sociedades Anónimas. III Modificación de estatutos. Aumento y reducción del capital. Obligaciones*, vol. I, Madrid, 1994.

- **AAVV**, *La reforma del Derecho español de sociedades de capital* (coord. ALONSO UREBA, CHICO ORTIZ, LUCAS FERNÁNDEZ), Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Notarial de Madrid, en colaboración con la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1987.

Universidad de Huelva 2009

- **AAVV**, *Consideraciones sobre la Ley de Sociedades Anónimas*, Conferencia organizada por el Instituto de Empresa y el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Madrid, 1990.

- **AAVV**, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, (dir. URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA), Madrid, varios tomos.

- **AAVV**, *El nuevo Derecho de las sociedades de capital* (dir. QUINTANA CARLO), Zaragoza, 1989.

- **AAVV**, *Estudios sobre la reforma de la legislación de sociedades mercantiles*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, T. I y II, Madrid, 1990-1991.

- **AAVV**, *La Seconda Direttiva CEE in materia societaria* (a cura de BUTTARO e PATRONI GRIFFI), Milano, 1984.

- **AAVV**, *Lecciones de Derecho Mercantil* (coordinación JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.), 4ª ed., Madrid, 1997.

- **AAVV**, *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Consejo General del Notariado, T. I y II, Madrid, 1995.

- **AAVV**, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. MANUEL BROSETA PONT*, T. I, II y III, Valencia, 1995.

- **AAVV**, *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, (a cura di PIETRO ABBADESSA e ÁNGEL ROJO), Milano, 1993.

- **AAVV**, *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (dir. PANTALEÓN PRIETO, F.), Madrid, 1995.

- **AAVV**, *Anotaciones a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/94 de 24 de noviembre)*, Oviedo, 1994.

- **AAVV**, *Estudios sobre Derecho Industrial*, (Colección de trabajos sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia, homenaje a H. BAYLOS), Grupo Español de la AIPPI, Barcelona, 1992.

- **AAVV**, *La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991* (coord. BERCOVITZ, A.,), Madrid, 1992.

- **ABRIL CAMPOY, J.M.**, *La confusión de derechos*, Valencia, 1995.

Universidad de Huelva 2009

- **ADAME MARTÍNEZ, M.A.**, *Asunción de deuda en Derecho civil*, Granada, 1996.

- **ALBACAR LÓPEZ, J.L.**, *Ley de Arrendamientos Urbanos. Comentarios a la nueva Ley y Legislación vigente*, Madrid, 1994.

- **ALBADALEJO, M.**, *Derecho Civil*, T. III, vol. 2º, 8ª ed., Barcelona, 1994.

- **ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C.**, "Derecho de Sociedades y actualización de balances", *Revista de Derecho de Sociedades* nº 8, 1997, págs. 214-225.

- **ALCOVER GARAU**, *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. Derecho español e internacional*, Madrid, 1991.

- **ALFARO ÁGUILA-REAL, J.**, *Interés social y derecho de suscripción preferente (Una aproximación económica)*, Madrid, 1995.

- **ALONSO ESPINOSA, F.J.**, "Modificación de estatutos y aumento y reducción del capital", *Cuadernos de Derecho y Comercio* nº 8, 1990, págs. 58-103.

- **ALONSO GARCÍA, R.**, *La sociedad anónima no inscrita. Régimen jurídico de los actos y contratos celebrados en su nombre*, Madrid, 1986.

- **ALONSO UREBA, A.**, "La 12ª Directiva comunitaria en materia de Sociedades relativa a la Sociedad de capital unipersonal y a su incidencia en el Derecho, doctrina y jurisprudencia española, con particular consideración de la RDGRN de 21 de junio de 1990", *Derecho Mercantil de la Comunidad Europea, Estudios en homenaje a JOSÉ GIRÓN TENA*, Madrid, 1991, págs. 63-118.

- **ALONSO UREBA, A.**, *La Sociedad Mercantil de Capital como forma de la Empresa Pública Local*, Madrid, 1988.

· "La sociedad en formación", *Derecho de Sociedades Anónimas. I La Fundación*, Madrid, 1991, págs. 519-612.

- **ÁLVAREZ ALCOLEA**, "La segregación de industria y la aplicación del art. 79 LCT", *Revista de Política Social* nº 106, 1975.

- **ÁLVAREZ LÓPEZ**, *Análisis, integración e interpretación de balances*, 7ª ed., San Sebastián, 1977.

- **ÁLVAREZ VEGA**, "Las aportaciones sociales en la sociedad anónima", *Consideraciones sobre la Ley de Sociedades anónimas*, Madrid, 1990, págs. 55-61.

Universidad de Huelva 2009

- **ANGIOLA, N.**, "Prezzo di acquisizione, effetto sinergico e valore di avviamento: rilievi economici e contabili", *Rivista dei Dottori Commercialisti* nº 2, 1997, págs. 287-325.

- **ARDEMANI, E.**, *L'avviamento dell'impresa*, Milano, 1958.

- **ASCARELLI, T.**, "In tema di conferimenti in natura", *Rivista delle Società*, 1959, págs. 483-502.

· *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales* (traducción a cargo de VERDERA y SUÁREZ-LLANOS), Studia Albornotiana, Barcelona, 1970.

- **ATTOLICO, L.**, "I conferimenti nelle società per azioni dopo la novella del 1986", *Giustizia Civile*, T.II, 1988, págs. 16-25.

- **AULETTA-SALANITRO**, *Diritto Commerciale*, 3ª ed., Milano, 1984.

- **AULETTA, G.**, "Avviamento", *Enciclopedia del Diritto*, T. IV, Italia, 1959, págs. 630-641.

- **BADENES GASSET, R.**, *El contrato de compraventa*, T. I, 3ª ed., Barcelona 1995.

- **BALDÓ DEL CASTAÑO, V.**, "El empresario individual con responsabilidad limitada en la doctrina española", *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. MANUEL BROSETA PONT*, T. I, Valencia, 1995, págs. 279-303.

- **BAPTISTA DA SILVA, A-ALVES RODRIGUES, J.**, *Código das Sociedades Comerciais*, 4ª ed., Lisboa, 1993.

- **BARBA DE VEGA, J.**, *Las prestaciones accesorias en las Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1984.

- **BAYONA JIMÉNEZ, R.**, "Una aproximación al problema de la infracapitalización a la luz de la necesaria revisión de las funciones del capital en la sociedad anónima", *Cuadernos de Derecho y Comercio* nº 20, 1996, págs. 147-212.

- **BELTRÁN ALANDETE, T-CHULIÁ VICENT, E.**, *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos: 1. Factoring, 2. Joint venture, 3. Tarjetas de crédito, 4. Franquicia, 5. Know-how*, 3ª ed., actualizada, Barcelona, 1996.

- **BELTRÁN SÁNCHEZ, E.**, "Hacia un nuevo Derecho de Sociedades anónimas", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* nº 30, 1988, págs. 329-367.

· *Los dividendos pasivos*, Madrid, 1988.

Universidad de Huelva 2009

· *La disolución de la Sociedad Anónima*, Madrid, 1991.

· "Efectos de la quiebra de la Sociedad Anónima sobre la obligación de aportar", *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. MANUEL BROSETA PONT*, T. I, Valencia, 1995, págs. 341-371.

- **BELLO MARTÍN-CRESPO, Mª P.**, *Concentración de Empresas de Dimensión Comunitaria*, Pamplona, 1997.

- **BENÍTEZ DE LUGO Y GUILLÉN, F.**, "La trasmisión de las empresas y el impuesto sobre trasmisiones patrimoniales", *Revista de Derecho Mercantil* nº 165-166, 1982, págs. 555-565.

- **BERCOVITZ, A.**, "Modificación de estatutos. Aumento y reducción del capital", *El nuevo Derecho de las sociedades de capital* (dir. QUINTANA CARLO), Zaragoza, 1989, págs. 171-193.

· "Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal", *La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991* (coord. BERCOVITZ, A.), Madrid, 1992, págs. 13-34.

- **BERDEJO VIDAL, J.A.**, "Las sentencias del Tribunal Supremo (Salas 1ª y 3ª) de fechas 23 de diciembre de 1992 y 7 de mayo de 1994. Un nuevo distanciamiento entre las doctrinas científica y jurisprudencial en torno a los efectos de la sociedad no inscrita", *La Ley* nº 3875, 1995, págs. 1-3.

- **BÉRGAMO, A.**, *Sociedades anónimas (Las acciones)*, T.I, Madrid, 1970.

- **BERNSTEIN, L.A.**, *Análisis de estados financieros*. Teoría, aplicación e interpretación, T. I y II, Barcelona, 1993.

- **BESTEIRO VARELA, M.A.**, *La escisión de sociedades en España. Aspectos problemáticos en su regulación que inciden en la contabilidad*, Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, Madrid, 1995.

- **BLAISE, H.**, *L'apport en société*, Paris, 1955.

- **BLANCO CAMPAÑA, J.**, *El Derecho contable en España*, Madrid, 1983.

- **BOLDO RODA, C.**, "Interferencia de una sociedad en una relación arrendaticia preexistente", *Cuadernos de Derecho y Comercio* nº 20, 1996, págs. 69-88.

- **BOUTARD LABARDE, M.C.-CANIVET, G.**, *Droit français de la concurrence*, Paris,

Universidad de Huelva 2009

1994.

- **BROSETA PONT, M.**, *Manual de Derecho Mercantil*, 9ª ed., Madrid, 1991.

· "La empresa como objeto del tráfico jurídico. Problemas previos", *Problemática jurídica actual de la empresa*, Valencia, 1965, págs. 13-37.

· "La compraventa de empresa", *Problemática jurídica actual de la empresa*, Valencia, 1965, págs. 39-60.

· "El arrendamiento de empresa", *Problemática jurídica actual de la empresa*, Valencia, 1965, págs. 61-80.

- **BRUNA DE QUIXANO, J.L.**, "Las aportaciones no dinerarias en la nueva legislación sobre sociedades anónimas", *Revista jurídica de Cataluña* nº 1, 1991, págs. 197-202.

- **BUTTERWORTHS**, *Company Law Guide*, 3ª ed., London, 1995.

- **BUTTERWORTHS**, *Company Law Handbook*, 10ª ed., London, 1995.

- **CAGNASSO, O.**, "Problemi interpretativi in tema di garanzia e rischi dei conferimenti in natura", *Rivista delle Società*, 1974, págs. 753-801.

- **CALBACHO LOSADA, F.**, "Consideraciones en torno a la amortización del derecho de traspaso", *Impuestos* nº 15-16, 1992, págs. 165-173.

- **CALVO ALFAGEME**, "La empresa mercantil como objeto de negocios jurídicos", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1945, págs. 517-558.

- **CÁMARA ÁLVAREZ, M.**, *Estudios de Derecho Mercantil*, 2ª ed., T. I, Jaén, 1977, T. II, Madrid, 1977.

· "La venta de la empresa mercantil. Principales problemas que plantea", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXIV, Madrid, 1981, págs. 283-391.

· "Fundación: escritura y estatutos. Suscripción y desembolso", *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, págs. 61-130.

· *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, Madrid, 1996.

- **CAMBASSÉDÈS, M.J.**, "La nature et le régime juridique de l'opération d'apport", *Revue des societès*, 1976, págs. 431-454.

Universidad de Huelva 2009

- **CAÑIBANO CALVO**, *Contabilidad. Análisis contable de la realidad económica*, Madrid, 1987.

- **CAPILLA RONCERO, F.**, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T.XXI, vol. 1°, Madrid, 1986.

- **CARAMIELLO, C.**, *La valutazione dell'azienda. Prime riflessioni introduttive*, Milano, 1993.

- **CARRERA GIRAL, J.**, *Ley de Sociedades Anónimas*, 4ª ed., Barcelona, 1991.

- **CASANOVA, M.**, "Una svolta nella c.d. tutela giuridica dell'avviamento commerciale. Riflessi commercialistici della legge suu'equo canone", *Giurisprudenza Commerciale*, T.II, 1979, págs. 765-785.

- **CASTÁN, J.**, *Derecho Civil español, común y foral*, T. IV, 15ª ed., Madrid, 1993.

- **CAVALLO BORGIA, R.**, "Conferimenti in natura e conferimenti di crediti", *Rivista di Diritto Commerciale*, 1986, págs. 291-310.

- **CAVANILLAS MÚGICA, S.**, "Artículos 48-50", *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. BERCOVITZ), Madrid, 1989.

- **CERDÁ ALBERO, F.**, *Escisión de la Sociedad Anónima*, Valencia, 1993.

· "Derechos de autor en el marco de la transmisión de empresa", *Revista de Derecho Mercantil* nº 211-212, 1994, págs. 69-117.

· "Segregación de la Sociedad Anónima y de la Sociedad de Responsabilidad Limitada", *Revista de Derecho Mercantil* nº 214, 1994, págs. 925-971.

· "Derechos de autor en el marco de la transmisión de empresas", *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. MANUEL BROSETA PONT*, T. I, Valencia, 1995, págs. 635-681.

- **CISNEROS GUILLÉN, L.**, "Las aportaciones sociales", *Estudios sobre el régimen jurídico de la sociedad anónima*, Madrid, 1991, págs. 31-38.

- **COLAO SÁNCHEZ, P.**, "La amortización del inmovilizado inmaterial en el Impuesto sobre Sociedades: algunas cuestiones", *Impuestos* nº 21, 1993, págs. 18-41.

- **COLIN-CAPITANT**, *Curso elemental de Derecho Civil*, T.II, vol. 2°, 4ª ed., Madrid, 1984.

Universidad de Huelva 2009

- **COLOMBO, G.E.**, *Il bilancio d'esercizio. Strutture e valutazioni*, 1992, Torino, 1987.

- **CORSI, F.**, *Lezioni di Diritto dell'impresa*, Milano, 1992.

- **COSTAS COMESAÑA, J.**, "Los acuerdos de menor importancia en la Ley de Defensa de la Competencia", *Actas de Derecho Industrial*, T. XV, 1993, págs. 153-164.

· "Medidas de liberalización de la economía y modificaciones del Derecho español de Defensa de la Competencia", *Actas de Derecho Industrial y de Derecho de Autor*, T. XVII, 1996, págs. 1007-1022.

- **DE GREGORIO, A.**, "La valutazione dell'avviamento nel bilancio delle imprese sociali", *Scritti giuridici in onore di A. SCIALOJA*, T.II, Bologna, 1953, págs. 245-252.

- **EIZAGUIRRE-DE ANGULO**, "Disolución y liquidación. Obligaciones (Artículos 260 al final)", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (dir. SÁNCHEZ CALERO, F.), T. VIII, Madrid, 1993.

- **DE LA CUESTA, J. M.**, "El aumento y la reducción del capital social", *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas* (dir. ROJO, A.), Madrid, 1987.

· "Supuestos de competencia desleal por confusión, imitación y aprovechamiento de la reputación ajena", *La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991* (coord. BERCOVITZ, A.), Madrid, 1992, págs. 35-50.

- **DE LA OLIVA, A.**, *La sociedad irregular mercantil en el proceso*, Pamplona, 1971.

- **DERRUPPÉ, J.**, *Le fonds de commerce*, Paris, 1994.

- **DÍAZ ECHEGARAY, J.**, *Fundación de la Sociedad Anónima*, 2ª ed., Madrid, 1990.

- **DÍAZ GÓMEZ, Mª.A.**, *Las aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima: contenido, valoración y desembolso*, Madrid, 1997.

- **DÍAZ MORENO, A.**, "Las sociedades mercantiles", *Lecciones de Derecho Mercantil* (coordinación JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.), 4ª ed., Madrid, 1997, págs. 139-153.

- **DÍEZ PICAZO, L.**, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. I, Madrid, 1972.

- **DÍEZ PICAZO-GULLÓN**, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Madrid, 1990.

- **DÍEZ PICAZO, L.**, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. III, 4ª ed., Madrid, 1995.

Universidad de Huelva 2009

- **DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A.**, "El régimen jurídico de la escisión de sociedades anónimas por aportación como cuestión abierta", *Revista de Derecho de Sociedades* nº 4, 1995, págs. 271-280.

- **DORAL GARCÍA, J.A.**, "Comentario al artículo 470 del Código civil", *Revista de Derecho Privado*, 1979, págs. 991-1005.

· *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T. VII, vol. 1º, Madrid, 1980.

- **DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F.**, "La 12ª Directiva del Consejo (89/67/CEE de 21 de diciembre de 1989) sobre la Sociedad de responsabilidad limitada de socio único en el horizonte de la empresa individual de responsabilidad limitada", *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en homenaje a JOSÉ GIRÓN TENA*, Madrid, 1991, págs. 241-289.

· "Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas", *Derecho de Sociedades Anónimas. I La fundación*, Madrid, 1991, págs. 15-109.

- **DURÁN LÓPEZ**, "La continuidad de las relaciones de trabajo y la responsabilidad por las deudas laborales en la transmisión de empresas", *Revista de Derecho Mercantil*, 1974, págs. 67-127.

- **ECHEVARRÍA DE RADA, T.**, "El artículo 32 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Especial consideración de los supuestos de fusión, transformación y escisión de la sociedad arrendataria", *Revista de Derecho Privado*, 1997, págs. 607-637.

- **EGEA IBÁÑEZ, R.**, "Aportaciones no dinerarias a la sociedad anónima", *Estudios sobre la reforma de la legislación de sociedades mercantiles*, T.II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1991, págs. 103-119.

· "Empresa o establecimiento mercantil. Bienes gananciales o privativos. Reforma del Código Civil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 551, 1982, págs. 1281-1308.

- **EMBID IRUJO, J.M.**, "El capital social: el principio del capital mínimo, régimen de las aportaciones sociales y prohibición en materia de distribución de beneficios". *El nuevo Derecho de las sociedades de capital* (dir. QUINTANA), Madrid, 1989, págs. 83-95.

· "Significado jurídico de la sociedad en formación (Comentario de la STS [Sala 1ª] de 23 de diciembre de 1992)", *La Ley (Revista Jurídica Española)*, 1994-4, págs. 271-275.

· "Perfiles, grados y límites de la personalidad jurídica en la ley de sociedades anónimas", *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. MANUEL BROSETA PONT*, T. I,

Universidad de Huelva 2009

Valencia, 1995, págs. 1023-1045.

· "Cuestiones básicas de la ordenación jurídica de los grupos de sociedades. Especial consideración del Derecho de la competencia", *Información Comercial Española*, 1987, págs. 101-112.

- **ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, A.**, "Tradición instrumental y aportación social", *Revista de Derecho Mercantil* nº 78, 1960, págs. 457-492.

- **ESTEBAN MARINA, A.**, "Real Decreto-Ley 5/1990: ¿Conciliación R.I.S.-P.G.C.?, *Carta Tributaria* nº 139, 1991, págs. 1-11.

- **FELIÚ REY**, "El nombre civil como aportación social", *Revista de Derecho Privado*, T. LXXII, 1988, págs. 1081-1094.

- **FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.**, *La atipicidad en Derecho de Sociedades*, Zaragoza, 1977.

· "La sociedad anónima irregular", *Derecho de Sociedades Anónimas. I La fundación*, Madrid, 1991, págs. 613-649.

· "La Sociedad Comanditaria por Acciones (Artículos 151 a 157 del Código de Comercio)", *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. XIII, Madrid, 1992.

- **FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA-SÁNCHEZ ÁLVAREZ**, "Requisitos de forma y publicidad: las sociedades irregulares en Derecho español (STS 8 de julio de 1993; RJ 1993,6326)", *Revista de Derecho de Sociedades* nº 3, 1994, págs. 267-279.

- **FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I.**, *Aportaciones no dinerarias en la Sociedad Anónima*, Pamplona, 1997.

- **FERNÁNDEZ GARCÍA, F.**, "Aportaciones no dinerarias en la constitución de sociedades anónimas y en las ampliaciones de capital", *Impuestos* nº 13, 1989, págs. 904-914.

- **FERNÁNDEZ NOVOA, C.**, "Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos", *Revista de Derecho Mercantil* nº 95, 1965, págs 7-40.

· "Reflexiones preliminares sobre la Ley de Competencia Desleal", *Actas de Derecho Industrial*, T. XIV, 1991-1992, págs. 15-23.

· "Centenario de la Sherman Act", *Estudios en homenaje al Prof. CARLOS G. OTERO DÍAZ* (coord. PUY FRAGA, P.), T. I, Santiago de Compostela, 1991, págs. 541-547.

Universidad de Huelva 2009

- **FERNÁNDEZ PEÑA, E.**, "Unas primeras líneas sobre la valoración de empresas", *Revista de Derecho de los Negocios* nº 3, 1990, págs. 16-18.

- **FERNÁNDEZ PIRLA, J.M.**, *Una aportación a la construcción del Derecho contable*, Madrid, 1986.

- **FERNÁNDEZ PURÓN**, "Aspectos de los patrimonios y de las empresas", *Estudios en homenaje a VALLET DE GOYTISOLO IV*, Madrid, 1988, págs. 161-202.

- **FERNÁNDEZ RUÍZ, J.L.**, "De la nulidad de la sociedad (Artículos 34 y 35)", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (dir. SÁNCHEZ CALERO, F.), T. I, Madrid, 1997, págs. 751-825.

- **FERNÁNDEZ RUÍZ, J.L.-MARTÍN REYES, M.A.**, "De los dividendos pasivos (Artículos 42 a 46)", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (dir. SÁNCHEZ CALERO, F.), T. I, Madrid, 1997, págs. 967-1101.

- **FERRARA**, "Naturaleza jurídica de la Hacienda mercantil", *Revista de Derecho Privado* nº 380, 1948, págs. 957-981.

- **FERRARA**, "Ancora sui conferimenti in natura nella società per azioni", *Rivista delle Società*, 1965, págs. 261-285.

- **FERRARI, G.**, "Appunti critici sul problema della determinazione dell'avviamento aziendale", *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obligazioni* nº 7-8, 1973, I, págs. 235-246.

- **FERRI, G.**, *Manuale di Diritto Commerciale*, (a cura di C. ANGELICI e G.B. FERRI), 8ª ed., Torino, 1991.

- **FÍNEZ, J.M.**, *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (dir. PANTALEÓN PRIETO, F.), Madrid, 1995.

- **FISCHER, R.**, *Las sociedades anónimas. Su régimen jurídico* (traducción del alemán por W. ROCES), Madrid, 1934.

- **FONT GALÁN, J.I.**, "La empresa en el Derecho Mercantil", *Derecho Mercantil*, (coordinación JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.), 4ª ed., T.I, Barcelona, 1997, págs. 52-70.

· "La empresa como objeto de negocios jurídicos", *Derecho Mercantil*, (coordinación JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.), 4ª ed., T.I, Barcelona, 1997, págs. 71-88.

· "Los contratos mercantiles de garantía", *Derecho Mercantil*, (coordinación JIMÉNEZ

Universidad de Huelva 2009

SÁNCHEZ, G.J.), 4ª ed., T. II, Barcelona, 1997, págs. 385-408.

· "La llamada propiedad comercial (El estado de la cuestión jurídico-legal y propuestas de soluciones normativas)", *Negocios sobre derechos no incorporados a títulos-valores y sobre relaciones jurídicas especiales*, (coordinación JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.), Madrid, 1992, págs. 119-149.

- **FORTUNATO, S.**, "Capitale e bilanci nella s.p.a.", *Rivista delle Società*, T.I, 1991, págs. 125-193.

- **FRAGUAS MASSIP, R.**, "El usufructo de empresa", *Problemática jurídica actual de la empresa*, Valencia, 1965, págs. 81-100.

- **FRE, G.**, "Società per azioni", *Commentario del Codice Civile* (a cura di A. SCIALOGA e G. BRANCA), 5ª ed., Bologna, 1989.

- **FROLI, M.**, *La valutazione di azienda. Princìpi e metodi. L'applicazione nelle operazioni di cessione, fusione, conferimento e liquidazione*, Milano, 1992.

- **GALÁN CORONA, E.**, "Supuestos de competencia desleal por violación de secretos", *La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991* (coord. BERCOVITZ), Madrid, 1992, págs. 91-105.

- **GALÁN LÓPEZ, C.**, "El aumento de capital por compensación de créditos", *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en homenaje a JOSÉ GIRÓN TENA*, Madrid, 1991, págs. 433-464.

- **GALBRAITH, J.K.**, *El crac del 29*, 3ª ed. en castellano, Barcelona, 1983.

- **GALGANO, F.**, "Le società di capitali e le cooperative", *Diritto Civile e Commerciale*, T.II, vol.3°, Padova, 1990.

- **GALGANO, F.**, *Diritto Privatto*, 6ª ed., Padova, 1990.

- **GALLEGO SÁNCHEZ, E.**, "Las aportaciones en la sociedad de responsabilidad limitada", *Revista de Derecho de Sociedades* n° 5, 1995, págs. 79-129.

- **GARCÍA AMIGO**, *La cesión de contratos en el Derecho español*, Madrid, 1964.

- **GARCÍA-CRUCES, J.A.**, *La Sociedad de Capital en Formación*, Pamplona, 1996.

- **GARCÍA ECHEVARRÍA, S.**, *Capital riesgo y política de amortizaciones*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1985.

Universidad de Huelva 2009

- **GARCÍA GIL, F.J.-GARCÍA GIL, J.L.**, *El arrendamiento de local de negocios*, Zaragoza, 1995.

- **GARCÍA LUENGO-SOTO VÁZQUEZ**, *El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima*, Granada, 1991.

- **GARCÍA-MORENO GONZALO, J.Mª.**, "Actualización de balances: afloración y aplicación de reservas ocultas", *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. AURELIO MENÉNDEZ*, T. II, Madrid, 1996, págs. 1839-1868.

- **GARCÍA VALDECASAS, J.A.**, "Aportaciones no dinerarias y adquisiciones onerosas en la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 592, 1989, págs. 739-759.

- **GARCÍA VILLAVERDE, R.**, "La constitución y el capital de las sociedades en la CEE (1ª y 2ª Directrices)", *Cuadernos de Derecho y Comercio* nº 5, 1985, págs. 31-154.

- **GAREGNANI, G.M.**, "La cessione d'azienda. Prima parte. Profili civilistici", *Rivista dei Dottori Commercialisti*, enero-febrero, 1996, págs. 71-103.

· "La cessione d'azienda. Seconda parte. Profili economico-aziendali e tributari", *Rivista dei Dottori Commercialisti*, marzo-abril, 1996, págs. 241-272.

- **GARRETA SUCH, J.M.**, *Introducción al Derecho contable*, Madrid, 1994.

- **GARRIDO DE PALMA, V.M.**, "La autonomía de la voluntad en la Sociedad Anónima. Problemática específica de su ámbito en tema de aportaciones", *Noticias CEE* nº 78, 1991, págs. 75-82.

· *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, 3ª ed., Madrid, 1990.

· "La aportación a la sociedad anónima, hoy", *La Ley* (2629), 1990, págs. 1137-1139.

· "El artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas y su problemática real", *Estudios sobre la Sociedad Anónima* (dir. GARRIDO DE PALMA), T. II, Madrid, 1993.

- **GARRIDO DE PALMA-SÁNCHEZ GONZÁLEZ**, "La sociedad anónima en sus principios configuradores", *Estudios sobre la Sociedad Anónima*, T. I, Madrid, 1991, págs. 21-72.

- **GARRIGUES, J.**, "La empresa desde el punto de vista jurídico", *La empresa*, Madrid, 1962, págs. 113-138.

Universidad de Huelva 2009

· "En torno a la reforma de la empresa", *Temas de Derecho vivo*, Madrid, 1978, págs. 261-278.

· "Teoría general de las sociedades mercantiles", *Revista de Derecho Mercantil* nº 132-133, 1974, págs. 211-254.

· *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, 7ª ed., Madrid, 1976.

· *Dictámenes de Derecho Mercantil*, T.I, II y III, Madrid, 1976.

· *Tratado de Derecho Mercantil*, T. I, vol. 1º, Madrid, 1947.

- **GARRIGUES-URÍA**, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. I y II, 3ª ed. (puesta al día por MENÉNDEZ y OLIVENCIA), Madrid, 1976.

- **GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V.**, *La cesión de créditos*, Valencia, 1993.

- **GINOT LLOBATERAS, F.**, "El arrendamiento otorgado por el usufructuario", *Anuario de Derecho Civil*, T. IX, 1956, págs. 1209-1233.

- **GIORDANO, G.**, "Note sulla compensabilità del debito da conferimento", *Rivista delle Società*, 1996, págs. 736-794.

- **GIRBAU PEDRAGOSA, R.**, "Las cláusulas de no-competencia en los contratos de compraventa de empresa y el Derecho comunitario de la competencia", *Gaceta Jurídica de la CEE* nº 52, 1988 D-9, págs. 109-134.

- **GIRÓN TENA, J.**, *Apuntes de Derecho Mercantil. La empresa I*, Madrid, 1985-86.

· *Derecho de Sociedades, I*, Madrid, 1976.

· *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952.

- **GOLDMAN-LYON-CAEN**, *Droit Commercial Européen*, 5ª ed., Paris, 1994.

- **GÓMEZ PORRÚA, J.M.**, *La fusión de sociedades anónimas en el derecho español y comunitario*, Madrid, 1991.

- **GÓMEZ SEGADE, J.A.**, "En torno al concepto de know how", *Estudios jurídicos homenaje a J. GARRIGUES*, T. II, Madrid, 1971, págs. 412-431.

· *El secreto industrial (know-how). Concepto y protección*, Madrid, 1974.

Universidad de Huelva 2009

· "Algunos aspectos de la licencia de know-how", *Actas de Derecho Industrial* nº 7, 1981, págs. 201-223.

· "La nueva Ley de Defensa de la Competencia", *Actas de Derecho Industrial*, T. 13, 1989-1990, págs. 579-585.

- **GOMEZA VILLA, J.I.**, "Contrapartidas en aumentos o reducciones de capital", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXXI, 1992, págs. 103-181.

- **GONDRA, J.M.**, "Teoría general de los signos de empresa", *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. AURELIO MENÉNDEZ*, T. I, Madrid, 1996, págs. 827-868.

- **GONZÁLEZ BIEDMA, E.**, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, Madrid, 1989.

- **GUASCH MARTORELL, R.**, *La escisión de sociedades en el Derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores*, Madrid, 1993.

- **GUATRI, L.**, *L'avviamento d'impresa*, Milano, 1957.

- **GUERNELLI, M.**, "La cessione di azienda nel fallimento", *Diritto Fallimentare e della Societá Commerciale*, 1997, págs, 1181-1201.

- **GULLÓN BALLESTEROS, A.**, "Notas para el arrendamiento para usos distintos del de vivienda en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994", *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. AURELIO MENÉNDEZ*, T. I, Madrid, 1996, págs. 579-588.

- **GUTIÉRREZ VIGUERA, M.**, *El leasing como institución financiera*, Madrid, 1977.

- **GUYON Y.**, *La Sociètè Anonyme*, Paris, 1994.

- **HERNÁNDEZ MARTÍ, J.**, "Aspectos parciales de la Licencia de uso de Tecnología protegida mediante secreto <<know how>>", *Revista General del Derecho* nº 522, 1988, págs. 839-851.

- **IANNUZZI, M.**, "Osservazioni sul progetto di Seconda Direttiva in tema di armonizzazione del diritto societario", *Rivista delle Società*, 1971, págs. 636-656.

- **IGLESIAS PRADA, J.L.**, "Sobre el aumento de capital por compensación de créditos", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXXIII, págs. 203-248.

- **ILLESCAS ORTIZ, R.**, "El <<leasing>>: aproximación a los problemas planteados por un nuevo contrato", *Revista de Derecho Mercantil*, 1971, págs. 73-114.

Universidad de Huelva 2009

· "El fondo de comercio y otros activos inmateriales: las nuevas normas dictadas por la LSA", *Derecho de los Negocios* nº 1, 1990, págs. 1-8.

· "Las cuentas anuales de la sociedad anónima (Artículos 203 a 222 de la Ley de Sociedades Anónimas)", T. VIII, vol. 2º, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dir. URÍA, MENÉNDEZ, OLIVENCIA), Madrid, 1993.

· *El arrendamiento de local de negocio*, Madrid, 1978.

· *Los arrendamientos de local de negocio*, Madrid, 1996.

- **JAEGER**, "Il bilancio d'esercizio delle società per azioni", *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 1988.

- **JAEGER Y DENOZZA**, *Appunti di Diritto commerciale I, Impresa e società*, Milano, 1989.

- **JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, R.,-DE GISPERT PASTOR, M.T.**, "La operación de *leasing*, ¿es una operación de crédito?", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* nº 31, 1988, págs. 487-505.

- **JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.**, "La sociedad anónima en formación y la sociedad irregular", *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en homenaje a JOSÉ GIRÓN TENA*, Madrid, 1991, págs. 665-686.

· "La responsabilidad de los fundadores (Comentario al artículo 18 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas)", *Academia Sevillana del Notariado*, T. VI, 1992, págs. 359-387.

· "Negocios sobre derechos no incorporados a títulos-valores y sobre relaciones jurídicas especiales. Recapitulación y reflexiones en torno al contenido de unas jornadas de estudio", *Negocios sobre derechos no incorporados a títulos-valores y sobre relaciones jurídicas especiales*, Madrid, 1992, págs. 417-437.

· "Las aportaciones sociales en el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", *Revista de Derecho Mercantil* nº 214, 1994, págs. 799-842.

· "Las aportaciones sociales en el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. MANUEL BROSETA PONT*, T. II, Valencia, 1995, págs. 1835-1876.

- **JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.-DÍAZ MORENO, A.**, "Nulidad de la sociedad (Artículos 34 y 35 LSA)", *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. III, vol. 2º,

Universidad de Huelva 2009

Madrid, 1995.

- **JUGLART-IPPOLITO**, *Cours de Droit Commercial*, vol.1, 11ª ed, Paris, 1995.

- **LA CASA GARCÍA, R.**, "La posición jurídica del socio colectivo en la sociedad en comandita por acciones", *Revista General del Derecho* nº 564, 1991, págs. 7671-7708.

- **LA CASA GARCÍA, R.**, "Comentario a la Sentencia de 7 de febrero de 1995", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil* nº 38, 1995, págs. 725-739.

- **LACRUZ, J.L.**, "Elementos de Derecho Civil II, Teoría general del contrato", *Derecho de obligaciones*, vol. 1º, 3ª ed., Barcelona, 1994.

- **LAGUNA IBÁÑEZ, F.**, "La trasmisión de la empresa mercantil y de sus obligaciones", *Anuario de Derecho Civil*, T. XV, 1962, págs. 657-741.

- **LAMBERTINI, F.**, "Valutazioni di cessione delle aziende in perdita", *Rivista italiana di Ragioneria e di Economia Aziendale* nº 6/7, 1985, págs. 279-207.

- **LANZAS GALVACHE, J.**, *Comentarios prácticos a la Ley de Sociedades Anónimas y Reglamento del Registro Mercantil en lo aplicable a dicho tipo societario*, Madrid, 1991.

· "El artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas", *Academia Sevillana del Notariado*, T. VI, 1992, págs. 287-323.

- **LOFOCO**, "Osservazioni sulla liberazione delle azioni emesse a fronte di conferimenti in natura", *La Seconda Direttiva CEE in materia societaria* (a cura di BUTTARO e PATRONI GRIFFI), Milano, 1984.

- **LOJENDIO OSBORNE, I.**, "Clases de fundación. Aportaciones sociales", *Derecho Mercantil*, (coordinación JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.), 4ª ed., T. I, Barcelona, 1997, págs. 213-230.

· "La sociedad anónima", *Derecho Mercantil* (coordinación JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.), 4ª ed., T. I, Barcelona, 1997, págs. 186-197.

· "Aportaciones sociales (Artículos 36 a 41 LSA)" Fundación de la sociedad anónima, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dir. URÍA, MENÉNDEZ, OLIVENCIA), T. III, vol. 3º, Madrid, 1994, págs. 15-227.

- **LLOBREGAT HURTADO**, "La disciplina de los dividendos pasivos en la reforma del Derecho español de Sociedades Anónimas", *Derecho de Sociedades Anónimas. II Capital y acciones*, vol. I, Madrid, 1994, págs. 225-302.

Universidad de Huelva 2009

- **LÓPEZ JACOISTE, J.F.**, *El arrendamiento como aportación social*, Pamplona, 1955.

· "El arrendamiento notoriamente gravoso concertado por el usufructuario", *Anuario de Derecho Civil*, T. IX, 1956, págs. 1235-1265.

- **LÓPEZ LÓPEZ, A.M.**, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia (dir. PAZ-ARES, DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ, SALVADOR), T. II, Madrid, 1993, págs. 885-907.

- **LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A.**, "La configuración estatutaria de las prestaciones accesorias en la sociedad anónima", *Derecho de Sociedades Anónimas. I La fundación*, Madrid, 1991, págs. 835-873.

· "La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13-5-1981", *Revista Jurídica de Catalunya* nº 1, 1983, págs. 51-83.

- **LUCAS FERNÁNDEZ, F.**, *Temas sobre sociedades anónimas. Escrituras de constitución y ampliación de capital*, Madrid, 1991.

- **LUCCHINI GUASTALLA, E.**, "Sulla revoca del conferimento in frode ai creditori", *Giurisprudenza Commerciale*, enero-febrero, 1996, págs. 18-31.

- **MADRILEJOS SARASOLA, J.**, "Los derechos personalísimos", *Revista de Derecho Privado*, 1962, págs. 270-285.

- **MADRID PARRA, A.**, "Transformación, fusión y escisión de las sociedades mercantiles", *Derecho Mercantil* (coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.), T. I, 4ª ed., Barcelona, 1997, págs. 533-545.

- **MALUQUER DE MOTES, C.J.**, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia (dir. PAZ-ARES, DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ, SALVADOR), T. I, Madrid, 1.993, págs. 1252-1312.

- **MALVÁREZ PASCUAL, L.A.**, "La contabilización de las plusvalías y minusvalías puestas de manifiesto en procesos de fusión (comentarios al borrador del ICAC sobre normas de contabilidad aplicables a las fusiones)", *Revista de Contabilidad y Tributación (Estudios Financieros)* nº 139, págs. 103-162.

- **MAMBRILLA RIVERA, V.**, "Fundación con aportaciones *in natura*", *Derecho de Sociedades Anónimas. I La fundación*, Madrid, 1991, págs. 729-773.

· "El aumento de capital por compensación de créditos", *Derecho de Sociedades Anónimas. III Modificación de estatutos. Aumento y reducción del capital. Obligaciones*, vol. I, Madrid, 1994, págs. 315-424.

Universidad de Huelva 2009

- **MANFREDONIA**, "La formazione del capitale sociale e l'art. 7 della Seconda Direttiva", *La Seconda Direttiva CEE in materia societaria* (a cura de BUTTARO e PATRONI GRIFFI), Milano, 1984, págs. 33-58.

- **MANRESA**, *Código civil español* (Artículos 1.445-1.541), T. 10, vol. 1°, 6ª ed., Madrid, 1969.

- **MANSANI, L.**, "La valutazione in bilancio dei beni immateriali", *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obligazioni* n° 7-8, 1994, págs. 459-472.

- **MARASÀ, G.**, "La Seconda Direttiva CEE in materia di società per azioni", *Rivista di Diritto Civile*, 1978, II, págs. 656-680.

- **MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.**, "Notas sobre el derecho de disfrute del usufructuario", *Anuario de Derecho Civil*, 1989, T. XLII, vol. III, 1989, págs. 813-868.

- **MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.**, *Régimen jurídico de la contabilidad del empresario*, Valladolid, 1992.

· "Una aproximación al análisis del régimen de la escisión parcial: especial referencia al art. 253 del TRLSA", *Revista de Derecho de Sociedades* n° 3, 1994, págs. 53-97.

- **MARTÍ SÁNCHEZ, J.N.**, "El empresario social como sujeto de derecho en el Ordenamiento jurídico español", *Revista de Derecho Mercantil* n° 211-212, 1994, págs. 119-161.

· "Responsabilidad del vendedor y riesgo en la compraventa mercantil", *Revista de Derecho Mercantil* n° 175-176, 1985, págs. 121-167.

- **MARTÍN ROMERO, J.C.**, "Otras consideraciones en torno a la aportación social y sus problemas" (Comentario al art. 21 de la LSRL), *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, T. I, Consejo General del Notariado, Madrid, 1995, págs. 137-157.

- **MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, GARCÍA MURCIA**, *Derecho del Trabajo*, 4ª ed., Madrid, 1995.

- **MARTÍNEZ ALMEIDA, A.**, "Naturaleza jurídica de la aportación social", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1950, págs. 220-243.

- **MARTÍNEZ CALCERRADA**, "La titularidad de la empresa y el cambio de la misma", *Jornadas de estudios de los Magistrados de Trabajo sobre el Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1980.

Universidad de Huelva 2009

- **MASSAGUER, J.**, "Aproximación sistemática general al Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales", *Revista General del Derecho*, 1990, vol. 1°, págs. 245-263.

· "El capital nominal. Un estudio del capital en la sociedad anónima como mención estatutaria", *Revista General del Derecho* n° 549-551, págs. 5547-5604.

· *El contrato de licencia de know-how*, Barcelona, 1989.

· "Los secretos industriales y comerciales y su transmisión: régimen jurídico", *Cuadernos de Derecho y Comercio: Derecho de la Propiedad Industrial*, 1994, págs. 167-191.

· "La comunicación de know-how y la política de competencia en la CEE", *Noticias CEE* n° 35, 1987, págs. 23-42.

- **MENÉNDEZ, A.**, "La transferencia de la propiedad y del riesgo en la compraventa mercantil", *Revista de Derecho Mercantil* n° 32, 1951, págs. 227-257.

- **MENÉNDEZ GARCÍA, P.**, "Sociedad privada municipal y aportación de bienes de dominio público", *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 47, 1985, págs. 419-424.

- **MENGHI, I.**, "Conferimento di beni in godimento e liquidazione delle quota", *Giurisprudenza Commerciale*, T. II, 1985, págs. 756-769.

- **MESSINETTI, D.**, "La tutela dell'avviamento nei suoi aspetti civilistici", *Rivista del Diritto Commerciale* I, 1967, págs. 126-161.

- **MICCINESI, M.**, *Le plusvalenze d'impresa. Inquadramento teorico e profili ricostruttivi*, Milano, 1993.

- **MIRANDA SERRANO, L.M.**, "La rule of reason en el Derecho de la competencia: a propósito de la transmisión de empresas (Consideraciones en torno a la resolución del TDC en el asunto <<ICI Paints España SA>>)", *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. MANUEL BROSETA PONT*, T. II, Valencia, 1995, págs. 2315-2352.

- **MOLINA BLÁZQUEZ, C.**, *Protección jurídica de la lealtad en la competencia*, Madrid, 1993.

- **MONEREO PÉREZ, J.L.**, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Madrid, 1988.

- **MONGE GIL, A.L.**, "La aportación de bienes de dominio público a la sociedad privada municipal", *Revista de Derecho Mercantil* n° 181-182, 1986, págs. 467-494.

Universidad de Huelva 2009

- **MONTEAGUDO, M.**, "El riesgo de confusión en Derecho de Marcas y en Derecho contra la Competencia Desleal", *Actas de Derecho Industrial*, T. XV, 1993, págs. 73-108.

- **MONTESINOS JULVE, V.**, "La valoración del inmovilizado en el nuevo Plan General de Contabilidad", *Revista Española de Financiación y Contabilidad* nº 64, vol. XIX, 1990, págs. 559-586.

- **MORENO QUESADA, B.**, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia (dir. PAZ-ARES, DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ, SALVADOR), T. I, Madrid, 1993.

- **MORILLA CRITZ, J.**, *La crisis económica de 1929*, Madrid, 1988.

- **MORRAL SOLDEVILA, R.**, "El régimen jurídico del fondo de comercio", *Revista Jurídica de Catalunya* nº 4, 1993, págs. 69-78.

- **MORSE, G.**, *Company Law*, 15ª ed., London, 1995.

- **MOTOS GUIRAO, M.**, *Fusión de sociedades mercantiles*, Madrid, 1953.

· "El arrendamiento de la empresa", *Estudios jurídicos en homenaje a J. GARRIGUES*, T. I, Madrid, 1971, págs. 481-502.

- **MUÑOZ MARTÍN, N.**, *Disolución y derecho a la cuota de liquidación en la Sociedad Anónima*, Valladolid, 1991.

- **NAVARRO PÉREZ, J.L.**, *La cesión de créditos en el Derecho civil español*, Granada, 1988.

- **NEILA NEILA, J.M.**, *La nueva Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1990.

· *La responsabilidad de los Administradores en las sociedades de capital (mercantil, civil, penal, administrativa)*, Madrid, 1995.

- **NUTI, L.**, "Un aspetto latente, incorporeo e mutevole del patrimonio aziendale: l'<<avviamento>> (<<o goodwill>>)", *Rivista italiana di Ragioneria* nº 2, 1982, págs. 85-89.

- **OLEO BANET, F.**, *La escisión de la Sociedad Anónima*, Madrid, 1995.

- **OLIVENCIA, M.**, "La compensación en la quiebra y el art. 926 del Código de comercio", *Anuario de Derecho Civil*, T. XI, 1958, págs. 805-848.

· "Fusión y escisión de sociedades y restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones", *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. MANUEL BROSETA*

Universidad de Huelva 2009

PONT, T.II, Valencia, 1995, págs. 2603-2649.

- **OLIVIERI, G.**, *I conferimenti in natura nella società per azioni*, Padova, 1989.

- **OMEÑACA GARCÍA, J.**, *Las resoluciones del ICAC sobre contabilidad*, 2ª ed., Bilbao, 1996.

- **ONESTI, T.-ANGIOLA, N.**, "La disciplina dell'avviamento secondo l'accounting standards board inglese", *Rivista dei Dottori Commercialisti* nº 3, mayo-junio, 1995, págs. 481-511.

- **ONESTI, T.-ORICCHIO, G.**, "La valutazione delle aziende con i metodi finanziari: alcune considerazioni critiche", *Rivista dei Dottori Commercialisti*, marzo-abril, 1996, págs. 225-239.

- **ORÓN MORAL, G.-CUENCA GARCÍA, Mª.A.**, "Las revalorizaciones contables en el ordenamiento jurídico español", *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. MANUEL BROSETA PONT*, T.II, Valencia, 1995, págs. 2651-2667.

- **OTERO LASTRES, J.M.**, "La nueva Ley sobre Competencia Desleal", *Actas de Derecho Industrial*, T. XIV, 1991-1992, págs. 25-47.

· "De los dividendos pasivos (Artículos 42 a 46 LSA)", Fundación de la sociedad anónima, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dir. URÍA, MENÉNDEZ, OLIVENCIA), T. III, vol. 3º, Madrid, 1994, págs. 231-297.

- **OTXOA-ERRARTE, R.**, "Comentario a la Resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado, de 22 de junio de 1993. La infracapitalización", *Cuadernos de Derecho y Comercio* nº 14, 1994, págs. 273-286.

- **PAGNANO, S.U.**, "Sul controllo del prezzo di cessione dell'azienda avviata", *Rivista dei Dottori Commercialisti* nº4, 1975, págs. 622-644.

- **PALLE HANSEN**, *Manual de Contabilidad*, Madrid, 1961.

- **PANTALEÓN PRIETO, F.**, "Cesión de créditos", *Anuario de Derecho Civil*, 1988, págs. 1033-1131.

· *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia (dir. PAZ-ARES, DÍEZ PICAZO, BERCOVITZ, SALVADOR), T. II, 2ª ed., Madrid, 1993, págs. 1017-1044.

- **PAZ-ARES, C.**, "Sobre la infracapitalización de las sociedades", *Anuario de Derecho Civil*, 1983, págs. 1587-1639.

Universidad de Huelva 2009

· "Comentario a los artículos 1.665 y siguientes del Código civil", *Comentario del Código civil*, T. II, Ministerio de Justicia (dir. PAZ-ARES, DÍEZ PICAZO, BERCOVITZ, SALVADOR), 2ª ed., Madrid, 1993, págs. 1299-1523.

· "La aportación de uso en las sociedades de capital", *Revista de Derecho de Sociedades* nº 5, 1995, págs. 33-46.

- **PÉDAMON, M.**, *Droit Commercial*, Paris, 1994.

- **PELLETIER, A.**, *La nueva Ley de Sociedades Anónimas*, 3ª ed., Madrid, 1991.

- **PEÑAS MOYANO**, *Las prestaciones accesorias en la Sociedad Anónima*, Pamplona, 1996.

- **PÉREZ DE LA CRUZ, A.**, "La fundación cualificada (ventajas de los fundadores y promotores)", *La reforma del Derecho español de las sociedades de capital*, Madrid, 1987, págs. 147-171.

· "Efectos de la trasmisión del establecimiento mercantil sobre las deudas pendientes", *Revista de Derecho Mercantil* nº 134, 1974, págs. 485-547.

· *La reducción del capital en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, Zaragoza, 1973.

· "Cuestiones en torno a la denominada amortización de capital", *Estudios jurídicos homenaje a J. GARRIGUES*, T. III, Madrid, 1971, págs. 41-65.

· "La reducción del capital (Artículos 163 a 170 LSA)", *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. VII, vol.3º, Madrid, 1995.

- **PÉREZ DE VARGAS, J.**, "La enajenación del usufructo y el Código civil", *Centenario del Código civil*, T. II, Asociación de profesores de Derecho Civil, Madrid, 1990.

- **PÉREZ GOROSTEGUI, E.,-RODRIGO MOYA, B.**, "La valoración de las empresas", *Cuadernos de Derecho y Comercio* nº 14, 1994, págs. 289-305.

- **PETTITI, D.**, *Il trasferimento volontario d'azienda*, Napoli, 1970.

- **PICCIAU, A.**, "Scissione di società e trasferimento d'azienda", *Rivista delle Società* nº 5-6, 1995, págs. 1189-1257.

- **PINARDI, C.M.**, "Come valutare aziende in perdita", *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 1984, págs. 740-756.

Universidad de Huelva 2009

- **PISANI MASSAMORMILE, A.**, *Conferimenti in SPA e formazione del capitale*, Napoli, 1992.

· "I conferimenti nelle società per azioni (Acquisti "pericolosi".Prestazioni accessorie)", *Il Codice Civile, Commentario* (diretto da Piero Schlesinger), Milano, 1994.

- **PITTER, P.**, "Know how e contratto di Know how", *Rivista di Diritto Civile*, T. I, 1983, págs. 22-82.

- **POLI, R.**, "I conferimenti di aziende", *Rivista dei Dottori Commercialisti* n° 3, mayo-junio, 1980, págs. 401-445.

- **POLO DÍEZ, A.**, "Empresa y sociedad en el pensamiento de J. Garrigues", *Estudios jurídicos en homenaje a J. GARRIGUES*, T. I, Madrid, 1971, págs. 311-372.

- **POLO DÍEZ-GAY DE MONTELLÁ-MASSÓ ESCOFET,** "Valoración del fondo de comercio", *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 1°, 1959, págs. 200-214.

- **POLO SÁNCHEZ, E.**, "La reforma y adaptación de la Ley de sociedades anónimas a las Directivas de la Comunidad Económica Europea", *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en homenaje a JOSÉ GIRÓN TENA*, Madrid, 1991, págs. 775-815.

· "La aportación de empresa a sociedad", *Estudios de Derecho bancario y Bursátil, homenaje a EVELIO VERDERA Y TUELLS*, T. III, Madrid, 1994, págs. 2205-2256.

· "Los Administradores y el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima (Artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)", *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. VI, Madrid, 1993.

- **PORTALE, G.**, "I conferimenti in natura <<atipici>> nella S.p.A.", *I Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 1974.

· "Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni", *Rivista delle Società*, 1970, págs. 33-94.

· "I <<beni>> iscrivibili nel bilancio di esercizio e la tutela dei creditori nella società per azioni", *Rivista delle Società*, 1969, págs. 242-287.

· "Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata", *Rivista delle Società*, T.I, 1991, págs. 3-124.

- **POZZA, L.**, "La valutazione delle aziende ai sensi degli articoli 2.343 (stima dei

Universidad de Huelva 2009

conferimenti di beni in natura e di crediti) e 2.343 bis C.C. (acquisto della società da promotori, fondatori, soci e amministratori): alcune considerazioni di principio e di metodo", *Rivista dei Dottori Commercialisti* nº 4, julio-agosto, 1995, págs. 689-713.

- **PUIG BRUTAU, J.**, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. III, vol. 2º, 3ª ed., Barcelona, 1979.

- **QUIJANO GONZÁLEZ, J.**, "Las responsabilidades derivadas del proceso fundacional", *Derecho de Sociedades Anónimas. I La fundación*, Madrid, 1991, págs. 413-453.

- **QUINTANA CARLO, I.**, "El capital social", *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas* (dir. ROJO, A.), Madrid, 1987, págs. 105-122.

- **RAGUSA MAGGIORE, G.**, "La Seconda Direttiva Comunitaria sulle società per azioni", *Il Diritto Fallimentare*, I, 1977, págs. 359-366.

- **RECALDE CASTELLS, A.**, *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte. Función representativa*, Madrid, 1992.

- **REVERTE NAVARRO, A.**, "Pluralidad de titularidades en el usufructo", *Revista de Derecho Privado*, 1979, págs. 1115-1130.

- **RIMINI, E.**, *La mancata attuazione dei conferimenti in natura nelle società per azioni*, Milano, 1993.

- **RIPERT-ROBLOT**, *Traité de Droit Commercial*, 4ª ed., Paris, 1995.

- **ROCA SASTRE**, "Naturaleza jurídica de la aportación social", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1946, págs. 413-459.

- **RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.**, "Escisión (Artículos 252 a 259 LSA)", *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. IX, vol. 3º, Madrid, 1993.

- **RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.D.**, "La sociedad en proceso de fundación y la sociedad irregular", *La reforma del Derecho español de Sociedades de capital*, Madrid, 1987, págs. 173-215.

- **RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.-HUERTA VIESCA, Mª.I.**, *La Responsabilidad de los Administradores en las Sociedades de Capital*, 2ª ed., Pamplona, 1995.

- **ROJO AJURIA, L.**, *La compensación como garantía*, Madrid, 1992.

- **ROJO-BELTRÁN**, "El capital social mínimo. Consideraciones de política y de técnica

Universidad de Huelva 2009

legislativa", *Revista de Derecho Mercantil* nº 187-188, 1988, págs. 149-173.

- **ROJO, A.**, "Génesis y evolución de las prestaciones accesorias", *Revista de Derecho Mercantil*, 1977, págs. 271-307.

· "La escisión de sociedades", *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, págs. 663-709.

· "Adquisiciones onerosas por la sociedad anónima durante el período inicial", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 604 bis, 1991, págs. 1203-1244.

· "Adquisiciones onerosas por la sociedad anónima durante el período inicial", *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en homenaje a JOSÉ GIRÓN TENA*, Madrid, 1991, págs. 847-881.

- **ROMAGNOLI, E.**, "Affitto. Disposizioni generali", *Commentario del Codice Civile* (a cura di A. SCIALOGA e G. BRANCA), Bologna, 1978.

- **ROMERO HERNÁNDEZ, F.**, "La empresa privada municipal y los bienes de servicio público", *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 47, 1985, págs. 377-394.

- **RUBIO, J.**, *Introducción al Derecho Mercantil*, Barcelona, 1969.

· *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, 3ª ed., Madrid, 1974.

- **RUBIO VICENTE, P.J.**, "¿Cabe la extensión del régimen jurídico de la escisión a los supuestos de segregación patrimonial de sociedad por aportación?", *Revista de Derecho de Sociedades* nº 5, 1995, págs. 235-255.

- **RUBIO VILLANUEVA, J.**, "La fundación de la sociedad anónima. Aportaciones sociales", *El nuevo derecho de sociedades y su incidencia tributaria*, Madrid, 1990, págs. 11-33.

- **SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J.C.**, *El objeto social en la sociedad anónima*, Madrid, 1990.

- **SALAFIA, V.**, "I conferimenti nelle società di capitali", *Le Società* nº 1, 1996, págs. 5-10.

- **SAMUELSON Y NORDHAUS**, *Economía*, 14ª ed., Madrid, 1994.

- **SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.**, *La fundación de la sociedad anónima*, Madrid, 1996.

- **SÁNCHEZ ANDRÉS, A.**, "Aumento y reducción de capital", *La reforma del Derecho*

Universidad de Huelva 2009

español de las sociedades de capital, Madrid, 1987, págs. 362-387.

· "La acción y los derechos del accionista (Artículos 47 a 50 LSA), Las acciones", T. IV, vol. 1°, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dir. URÍA, MENÉNDEZ, OLIVENCIA), Madrid, 1994, págs. 11-386.

· *El derecho de suscripción preferente del accionista*, Madrid, 1973.

- **SÁNCHEZ CALERO, F.**, *La determinación y la distribución del beneficio neto en la sociedad anónima*, Roma-Madrid, 1955.

· "El usufructo con facultad de disponer", *Revista de Derecho Privado*, 1982, págs. 215-243.

· *Instituciones de Derecho Mercantil*, T. I y II, 18ª ed., Madrid, 1995.

· "Administradores (Artículos 123 a 143)", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. IV, Madrid, 1994.

· "Disposiciones generales (Artículos 1° a 6°)", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (dir. SÁNCHEZ CALERO, F.), T. I, Madrid, 1997, págs. 3-199.

- **SÁNCHEZ MIGUEL, M.C.**, "La valoración de las aportaciones no dinerarias o in natura en la sociedad anónima", *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en homenaje a JOSÉ GIRÓN TENA*, Madrid, 1991, págs. 935-958.

· "Concepto de capital social en relación a las aportaciones de los socios", *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Prof. MANUEL BROSETA PONT*, T. III, Valencia, 1995, págs. 3415-3435.

· "Las aportaciones en la SRL, en particular las no dinerarias. Realidad y valoración", *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, T. I, Madrid, 1996, págs. 334-361.

· "De las aportaciones (Artículos 36 a 41)", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (dir. SÁNCHEZ CALERO, F.), T. I, Madrid, 1997, págs. 829-964.

- **SANTOS MARTÍNEZ, V.**, "La escisión de las sociedades anónimas", *El nuevo derecho de las sociedades de capital* (dir. QUINTANA CARLO), Zaragoza, 1989, págs. 217-258.

· "La escisión de sociedades en el Derecho Comunitario Europeo", *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en homenaje a JOSÉ GIRÓN TENA*, Madrid, 1991, págs. 959-1040.

Universidad de Huelva 2009

· "Escisión (Artículos 252 a 259)", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (dir. SÁNCHEZ CALERO, F.), T.VII, Sección 3ª, Madrid, 1993, pags. 329-524.

- **SASTRE PAPIOL, S.**, *La dación en pago (su incidencia en los convenios concursales)*, Barcelona, 1995.

- **SCHMITTHOFF, C.M.**, "Consideraciones generales sobre la Ley inglesa de sociedades mercantiles", *Revista de Derecho Mercantil* nº 156, 1980, págs. 191-218.

- **SECO CARO, E.**, "El contrato mercantil de compraventa. Concepto. Perfección. Doctrina del riesgo", *Derecho Mercantil* (coordinación JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.), 4ª ed. (1ª reimpresión), T. II, Barcelona, 1997, págs. 273-289.

- **SELVA SÁNCHEZ, L.**, *Sociedades Anónimas deportivas*, Madrid, 1992.

· "Reflexiones en torno a la sociedad en formación y a la sociedad irregular", *Academia Sevillana del Notariado*, T. VI, 1992, págs. 389-422.

- **SEQUEIRA MARTÍN, A.**, "La fusión y la escisión (Tercera y Sexta Directivas)", *Tratado de Derecho Comunitario Europeo* (dir. García de Enterría, González Campos y Muñoz Machado), T. III, Madrid, 1986, págs. 27-72.

· "Fusión (Artículos 233 a 251)", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (dir. SÁNCHEZ CALERO, F.), T. VII, Sección 2ª, Madrid, 1993, págs. 77-328.

- **SERRA, Y.**, *La non concurrence en matiere commerciale, sociale et civile (Droit interne e communautaire)*, Paris, 1991.

- **SERRA, Y.-CALAIS-AULOY, J.**, *Concurrence et consommation*, Paris, 1994.

- **SIMONETTO, E.**, "L'apporto nel contratto di società", *Rivista di Diritto Civile*, T. I, 1958, págs. 1-68.

· "La conferibilità a capitale e l'iscrivibilità all'attivo del bilancio nella Seconda Direttiva comunitaria in rapporto alla società per azioni e alle società di persona", *Rivista delle Società*, 1979, págs. 1223-1244.

· *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova, 1959.

· *I bilanci*, ristampa anastatica dell'edizione 1967, Padova, 1972.

- **SORCI, C.**, "Note critiche e metodologiche sulla valutazione delle aziende avviate", *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 1974, págs. 408-425.

Universidad de Huelva 2009

- **SORDELLI, L.**, "Il know how: facoltà di disporne e interesse al segreto", *Rivista di Diritto industriale* I, 1986, págs. 93-157.

- **SORDINI, M.**, "L'avviamento d'impresa: introduzione ai principi contabili per l'iscrizione nel bilancio d'esercizio", *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 1978, págs. 270-305.

- **SOTILLO MARTÍ, A.**, "El contenido de las prestaciones accesorias en la Sociedad de Responsabilidad Limitada", *Revista de Derecho Mercantil*, 1975, págs. 91-118.

- **SPATAZZA, G.**, "Conferimento di beni in godimento e capitale sociale", *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale* 131, Milano, 1991.

- **SPOLIDORO, M.S.**, "Conferimento di ramo d'azienda (considerazioni su fattispecie e disciplina applicabile)", *Giurisprudenza Commerciale*, julio-agosto, T. I, 1992, págs. 692-714.

- **SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L.**, "Prohibiciones de concurrencia", *Estudios jurídicos en homenaje a J. GARRIGUES*, T. I, Madrid, 1971, págs. 415-429.

- **TANTINI, G.**, *Capitale e patrimonio nella società per azioni*, Padova, 1980.

- **TAPIA HERMIDA, A.**, *La sociedad anónima. Falta de inscripción registral*, Madrid, 1996.

- **TAPIA HERMIDA, A.J.**, "De la fundación sucesiva (Artículos 19 a 33)", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (dir. SÁNCHEZ CALERO, F.), T. I, Madrid, 1997, págs. 575-747.

- **TAVASSI, M.**, "Diritti della proprietà industriale e antitrust nell'esperienza comunitaria e italiana", *Rivista di Diritto Industriale*, 1997, págs. 148-203.

- **TEDESCHI**, *Trattato di Diritto Privato* (diretto da Pietro Rescigno), vol. 18, Torino, 1983-5.

- **TESTI, D.**, "Sul conferimento di crediti in società", *Rivista di Diritto Civile*, 1972, págs. 357-377.

- **TORRALBA SORIANO, V.**, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia (dir. PAZ-ARES, DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ, SALVADOR), T. II, Madrid, 1993, págs. 935-953.

- **TRONCOSO Y REIGADA, M.**, "El marco normativo de los ilícitos desleales de relevancia antitrust (Reflexiones en torno al art. 7 LDC)", *Estudios jurídicos en homenaje*

Universidad de Huelva 2009

al Prof. AURELIO MENÉNDEZ, T. I, Madrid, 1996, págs. 1035-1079.

- **URÍA, R.**, "Las prestaciones accesorias en la Sociedad de Responsabilidad Limitada española", *Revista de Derecho Mercantil*, 1956, págs. 325-341.

· *Derecho Mercantil*, 24ª ed., Madrid, 1997.

- **URÍA-MENÉNDEZ-BELTRÁN**, "Disolución y liquidación de la Sociedad Anónima (Artículos 260 a 281 de la Ley de Sociedades Anónimas)", *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. XI, Madrid, 1992.

- **VALPUESTA GASTAMINZA, E.**, *La sociedad irregular*, Derecho de sociedades, Pamplona, 1995.

· "El principio de <<Coste Histórico>> en el Derecho Mercantil Contable", *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. MANUEL BROSETA PONT*, T. II, Valencia, 1995, págs. 3829-3868.

- **VARA DE PAZ, N.**, "El arrendamiento de empresa", *Cuadernos de Derecho y Comercio* nº 4, 1988, págs. 49-91.

· "La protección de los acreedores en la fusión y escisión de sociedades", *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en homenaje a JOSÉ GIRÓN TENA*, Madrid, 1991, págs. 1097-1123.

- **VARANGOT, C.J.**, "Transmisión de fondos de comercio", *Estudios jurídicos en homenaje a J. GARRIGUES,* T. III, Madrid, 1971, págs. 404-425.

- **VÁZQUEZ GARCÍA, R.J.**, "Valoración de empresas: especial referencia al inmovilizado inmaterial", *Negocios sobre derechos no incorporados a títulos-valores y sobre relaciones jurídicas especiales*, (coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J.), Madrid, 1992, págs. 151-190.

- **VEGA PÉREZ, F.**, "Aumento de capital con cargo a reservas", *Derecho de Sociedades Anónimas. III Modificación de estatutos. Aumento y reducción del capital. Obligaciones*, vol. I, Madrid, 1994, págs. 425-516.

- **VELASCO ALONSO, A.**, *La Ley de sociedades anónimas. Anotaciones y concordancias*, 3ª ed., Barcelona, 1974.

· "La prima de emisión en las ampliaciones de capital de las sociedades anónimas", *Revista de Derecho Privado*, 1953, págs. 215 y ss.

- **VELASCO SAN PEDRO, L.A.-TAPIA HERMIDA, A.**, "De la fundación de la sociedad

Universidad de Huelva 2009

(Artículos 7° a 18)", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (dir. SÁNCHEZ CALERO, F.), T. I, Madrid, 1997, págs. 203-571

- **VENTOSO ESCRIBANO, A.**, *Constitución de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1991.

- **VERDERA Y TUELLS, E.**, "Aportaciones directas extranjeras a sociedades anónimas españolas", *Revista de Derecho Mercantil* n° 99, 1966, págs. 17-90.

- **VERGEZ SÁNCHEZ, M.**, *El socio industrial*, Madrid, 1972.

- **VICENT CHULIÁ, F.**, *Introducción al Derecho Mercantil*, 4ª ed., Barcelona, 1991.

· *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, 3ª ed., T.I: vols. 1° y 2° y T. II, Barcelona, 1990.

· *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, Madrid, 1971.

· "La fusión propia y las fusiones impropias en el Derecho español", *Estudios jurídicos en homenaje a J. GARRIGUES*, págs. 481-508.

- **VIDAL, D.**, *La société par actions simplifiée (Commentaire de la loi 94-1 du 3 janvier 1994)*, Paris, 1994.,

- **VIVARELLI, A.**, *Il conto economico delle imprese in attuazione della IV Direttiva CEE*, Padova, 1993.

- **ZUNINO, J.O.**, *Fondo de comercio. Régimen legal de su transferencia*, 2ª reimpresión, Buenos Aires, 1993.

Universidad de Huelva 2009

Universidad de Huelva

Reunido el Tribunal integrado por los abajo firmantes en el día de la fecha, para juzgar la Tesis Doctoral de D. / Dª. Sonia Rodríguez Sánchez

Titulada "La aportación de empresa en la Sociedad anónima"

acordó otorgarle la calificación de Sobresaliente cum laude

Huelva, 30 de octubre de 1998

El Vocal, El Vocal El Vocal

El Presidente El Secretario El Doctorando

Universidad de Huelva 2009

UNIVERSIDAD DE HUELVA
BIBLIOTECA
0000209957

Universidad de Huelva 2009