

# El artículo 1.701 del Código civil

## (La imposibilidad sobrevenida de la aportación en la sociedad civil)

JUAN MANUEL REY PORTOLÉS

SUMARIO: I. *Justificación del tema.*—II. *Primera aproximación al artículo 1.701.*—III. *La opinión de la doctrina.*—IV. *Precedentes Históricos:* 1. Derecho romano.—2. Derecho intermedio.—3. Etapa codificadora.—V. *Recurso al Derecho comparado:* 1. Derecho francés.—2. Derecho italiano.—3. Derecho alemán.—4. Derecho suizo.—5. Derecho portugués.—6. Derecho hispanoamericano.—VI. *Relativo silencio jurisprudencial.*—VII. *Nuestra interpretación.*

### I. JUSTIFICACION DEL TEMA

Acometer el comentario de un artículo del Código civil apenas requiere explicación alguna. Su mera presencia en el casi centenario cuerpo legal justifica toda la atención que se le preste.

Sin embargo, en este caso, el interés de nuestro estudio debemos reconocer que es más teórico que práctico. Como en el capítulo correspondiente se hace constar, no hemos encontrado ninguna sentencia que de modo directo afronte y aplique el artículo 1.701. Las razones de esta falta de repercusión práctica del precepto, bien pueden ser las siguientes:

a) En primer lugar, el gran predicamento de que hoy gozan las sociedades de capitales (anónimas y limitadas), incluso para uniones de ámbito cuasifamiliar y de pequeña empresa en las que hubiera sido de esperar un vínculo personalista. Se reduce así el campo de acción de las sociedades civiles y de su normativa legal.

b) En segundo lugar, la causa disolutoria que el artículo 1.701 prevé, requiere el acaecimiento de circunstancias en gran medida infrecuentes: así, para que actúe su primer párrafo es preciso, como hemos de ver, que la aportación prometida por un socio (que, además, no ha de consistir en dinero o en otra cosa fungible) se imposibilite por causa fortuita (rayo, inundación, etc.), precisamente durante el lapso de tiempo que media entre la celebración del contrato y la entrega efectiva de lo acordado; así, para que opere el segundo párrafo, es menester el pericimimiento fortuito también

de una inusitada aportación de goce; y, así por último, para que se aplique el artículo, en su totalidad, sería preciso que los socios interesados en disolver la sociedad por incumplimiento sobrevenido de uno de sus proyectados compañeros, no utilicen, si pueden, la más cómoda vía que les ofrece el artículo 1.705 del Código: disolución por voluntad o renuncia de uno de los socios, con lo que se habrán conseguido los mismos resultados que con el artículo 1.701, pero sin tener que probar el perecimiento fortuito.

c) En tercer lugar, también habrá contribuido al escaso juego de nuestro artículo, la poca claridad de su sentido y la falta de un estudio doctrinal que lo despeje.

Inversamente, el interés dogmático del artículo 1.701 es notable porque, aparte de ilustrar sobre la teoría y los tipos de aportación y sobre los motivos de disolución de una sociedad personalista, acoge un criterio para la transmisión de los riesgos, realmente excepcional e idóneo: la entrega de la cosa. Esta solución de corte germanizante de deferir el "periculum" sobre un bien solamente mediante el traspaso de su posesión es un dato de gran interés que hasta ahora no se había tenido en cuenta en el problema de la imposibilidad sobrevenida de una prestación obligatoria.

Además, y pese a lo que decíamos antes, el interés práctico del artículo 1.701 no es ni debe ser absolutamente nulo. A las razones que hemos expuesto en su contra, cabría oponer en su defensa las siguientes:

a) Las sociedades civiles ofrecen, en general, unas posibilidades reales de utilización muy superiores a las que se les reconoce de ordinario: no sólo el campo de los profesionales que se asocian o el de los agricultores que colaboran en un determinado aspecto de su actividad productiva (colaboración hoy preferentemente canalizada a través de la sociedad cooperativa) es el terreno propio de las sociedades civiles; sin entrar en el problema de su delimitación respecto de las sociedades mercantiles (1), cuestión que algún día abordaremos con el debido detenimiento, creemos que hoy por hoy, todas las vinculaciones que se pretendan en el marco de las industrias extractivas (minería, pesca, agricultura), de la construcción (sociedades inmobiliarias y sociedades para construir un edificio), de

---

(1) "Vide" sobre el debatido problema de la distinción entre sociedades mercantiles y civiles, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Alrededor de la distinción entre las sociedades civiles y las comerciales*, separata de la R.G.L. y J., Ed. Reus, Madrid, 1929; GIRÓN TENA, *Sociedades civiles y sociedades mercantiles: Distinción y relaciones en Derecho español*, en la misma Revista, 1947, página 7; el mismo, *Sobre los conceptos de sociedades en nuestro Derecho*, en R.D.P., 1954, págs. 369-403; el mismo, *Los conceptos y tipos de sociedades de los Códigos civil y de Comercio y sus relaciones*, en volúmenes del "Centenario de la Ley del Notariado", Sección 3.ª, vol. IV, Madrid, 1963, página 1 a 69; AZURZA, *Problemas de la sociedad civil*, en A.D.C., tomo V, fascículo 1.º, enero-marzo, 1952, pág. 125; GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, *Los criterios del Derecho español sobre distinción de sociedades mercantiles y sociedades civiles y sus consecuencias prácticas*, en R.D.M., enero-marzo, 1959, páginas 51-98.

servicios (enseñanza, espectáculos, hospedería, turismo, etc.) pueden legítimamente articularse a través de una sociedad civil (2). Eso sin contar, sus posibilidades como cobertura de tantas formas de comunidad que hoy existen, de uniones sin propósito de lucro (3), de "cartells", de sociedades mercantiles irregulares (4), etc., etc.

La sin duda caduca regulación de las sociedades civiles puede adquirir de esta suerte una importancia insospechada.

b) Tampoco es absolutamente imposible que se den los presupuestos fácticos de que parte el artículo 1.701: los acacimientos fortuitos y desastrosos son cada día menos excepcionales, pues a los tradicionales sucesos naturales: terremoto, inundación, huracán, rayo, etc., se suman hoy otras muchas fuerzas, a menudo incontrolables, desatadas por la actividad humana (energía nuclear, conflictos bélicos y de trabajo, atracos, explosiones de maquinaria, crisis energéticas y económicas, contingencias, prohibiciones y nacionalizaciones imprevistas, etc.).

Tales casos de fuerza mayor bien podrían afectar a los bienes específicos que un socio se hubiera comprometido a aportar, máxime si su desembolso o entrega no es inmediato ni total, sino que puede diferirse en el tiempo, según las necesidades de la sociedad.

El que sea más fácil acudir al motivo disolutorio constituido por la denuncia unilateral del contrato, tampoco representaría impedimento, si, como sería de desear, ese motivo es sustituido por el simple apartamiento justificado del socio que no deseara motivadamente continuar (sin necesidad de disolver toda la sociedad). Bien entendido que, tal y como en su lugar se expone, también postulamos "de iure condendo" que la disolución de que habla el artículo 1.701 sea una disolución parcial exclusivamente.

c) Finalmente, el obstáculo representado por la falta de un estudio que aclare los pormenores de nuestro artículo, es el que modestamente y en la medida de nuestras fuerzas pretendemos obviar.

## II. PRIMERA APROXIMACION AL ARTICULO 1.701

El artículo 1.701 del Código civil establece:

"Cuando la cosa específica, que un socio había prometido aportar a la sociedad, perece antes de efectuada la entrega, su pérdida produce la disolución de la sociedad.

(2) Molde que ofrece, a veces, unas "ventajas" que no encierra la también posible forma anónima o limitada: v. gr., su escasa publicidad hace más difícil la aplicación efectiva del gravoso impuesto de sociedades.

(3) Para algunas posibles aplicaciones nuevas de la sociedad civil, sobre la base de una progresiva interpretación del término "ganancias" del art. 1.665 del C. c., véase el reciente trabajo de GARRIDO PALMA, Víctor Manuel, *Hacia un nuevo enfoque jurídico de la sociedad civil*, en R.D.P., septiembre 1972, páginas 759 y sigs.

(4) Es conocida la no muy acertada tesis jurisprudencial que considera civiles las sociedades mercantiles irregulares. Cf. Ss. de 5-VII-1940, 26-VI-1959, 3-III-1960, 26-I-1967, etc.

También se disuelve la sociedad en todo caso por la pérdida de la cosa, cuando, reservándose su propiedad el socio que la aporta, sólo ha transferido a la sociedad el uso o goce de la misma.

Pero no se disuelve la sociedad por la pérdida de la cosa cuando ésta ocurre después que la sociedad ha adquirido la propiedad de ella" (5).

Como puede verse, este precepto parece recoger una causa de disolución de la sociedad: la motivada por el "perecimiento" o "pérdida" de la cosa que un socio aporta al acervo común. A primera vista, tal disolución tiene lugar si la pérdida afecta a una aportación a título de propiedad, que había sido prometida, pero no entregada (primer párrafo) o a una aportación a título de "goce" (6),

(5) Se cita, como los demás preceptos recogidos en este trabajo, de acuerdo con la edición crítica de Jerónimo López López y Carlos Melón Infante, Ed. Inst. Nac. Est. Jur., Madrid, 1967.

(6) Denominamos abreviadamente aportación "a título de goce" a la contemplada en el párrafo 2.º del art. 1.701 en que "reservándose su propiedad el socio que la aporta, sólo ha transferido a la sociedad el uso o goce de la misma". (Cfr., también, art. 1.687, "aportación para que sólo sean comunes su uso y sus frutos".) Con tal denominación, "aportación de goce", no se prejuzga el carácter real o personal del derecho limitado que se aporta. Sabido es, en efecto, que las aportaciones de bienes pueden entrañar el traspaso del dominio a la sociedad (aportaciones "quoad sortem") o simplemente pueden suponer una transmisión del goce sobre la cosa (aportaciones "quoad usum"), si bien los alemanes designan a la aportación en propiedad, aportación "quoad dominium", a la de un derecho real "quoad sortem", y a la de un derecho personal "quoad usum". Estas últimas pueden surgir bien porque el socio propietario de la cosa a aportar *constituye* sobre ella un derecho limitado de goce a favor de la sociedad, o bien porque el socio *transfiere* al fondo social el solo derecho limitado sobre la cosa que él detenta. Este derecho limitado, puede ser, ya un derecho real de usufructo, ya un simple derecho personal, muy semejante, aunque no igual, al arrendaticio. El que se aporte un derecho real o un derecho personal (sin perjuicio de lo discutido de la distinción), tiene trascendencia en orden a los requisitos para su adquisición por la sociedad (cf. arts. 609 y 1.095 del Código civil), o en orden a la amplitud y eficacia "erga omnes" de la titularidad recibida por aquélla, pero a diferencia de lo que acontece en algunos ordenamientos extranjeros, como el italiano (vide infra el capítulo referente al Derecho comparado), creemos que es intrascendente por lo que a nuestro artículo se refiere: el art. 1.701 se aplicará igual a bienes aportados usufructuariamente que a bienes transferidos o título de mero derecho personal. Por todo lo dicho, creemos justificado el empleo de la amplia y aséptica designación "aportaciones de goce". Consideraciones muy acertadas sobre el título de las aportaciones pueden verse en CASTÁN, *Derecho civil español, común y Foral*, t. IV, Madrid, Ed. Reus, 9.ª ed., págs. 525-526, y en la continuación que este ilustre maestro llevó a cabo de los *Comentarios de Mucius Scaevola al Código civil*, t. XXV, vol. 1.º, Madrid, Ed. Reus, 1933, págs. 395 y siguientes. Respecto a la práctica equiparación de la aportación "a título de derecho personal de un inmueble, con su arrendamiento", vid. LÓPEZ JACOIS-TE José Javier, *El arrendamiento como aportación del socio*, Ed. Rialp, 2.ª edición, Navarra, 1963, obra por otra parte que en sus páginas 21 a 81 encuentra la acertada síntesis de la polémica que sobre el efecto transmisivo, o simplemente modificativo, de la aportación a sociedad, sostuvieron, de una parte, ROCA SATRE, Ramón María, *Naturaleza jurídica de la aportación social*, en R.G.L y J., abril 1946, págs. 413 a 457, y, de otra, MARTÍNEZ ALMEIDA, Alfonso, *Naturaleza jurídica de la aportación a sociedad*, en A.A.M.N., 1950, páginas 222 y sigs.

sin distinción del momento en que se encuentra al perecer (segundo párrafo).

En cambio, parece que no se disuelve la sociedad, si la cosa prometida dominicalmente ha sido ya entregada, porque aunque el párrafo tercero no habla de “entrega”, sino sólo de que “la sociedad ha adquirido la propiedad de ella”, sabemos que para transferir el dominio, nuestro derecho (cf. arts. 609 y 1.905) exige el traspaso traditorio (7).

A la vista de su lectura, no nos cabe duda que la justificación de este precepto y de sus soluciones no aparece demasiado claro. Apenas entrevisto su contenido son ya muchos los interrogantes que se suscitan, muchas las cuestiones que se plantean. Véanse si no las preguntas que, a mero título ejemplificativo, cabe formular:

¿Por qué la pérdida o destrucción de la cosa específica prometida a la sociedad, origina la disolución de ésta si puede haber otras aportaciones de otros socios que permitan el normal funcionamiento de la sociedad proyectada?

¿Por qué es la “entrega” de la cosa prometida el criterio decisivo para determinar la subsistencia o no de la sociedad, cuando, si pensamos que la aportación es una obligación de dar que tiene como deudor al socio y acreedor a la sociedad, debería aplicarse la regla general del “casus sentit creditor”, consagrada en los artículos 1.182 y siguientes del Código civil y, por consiguiente, desde la perfección del contrato y no desde la entrega, la sociedad debería, sin disolverse, soportar el “periculum”?

¿Por qué es diferente en orden a la disolución por pérdida de la cosa, el que se trate de una aportación a título de propiedad o el que se trate de una aportación a título de goce (ya que la imposibilidad de éstas, al parecer, *háyase o no verificado la entrega*, disuelve el vínculo social, cosa que sólo tiene lugar en las aportaciones dominicales, *si la entrega no se ha realizado todavía*)?

¿Es el artículo 1.701 desarrollo del artículo 1.700, número 2, proposición primera: “cuando se pierde la cosa...”?

La primera tarea en orden a despejar éstas y otras dudas, debe ser consultar lo que la doctrina ha dicho al respecto.

---

(7) Sin embargo, para una cierta doctrina, hoy ya abandonada, la propiedad de las cosas aportadas a sociedad se transfería por el simple consentimiento, sin necesidad de que interviniera la “traditio” en ninguna de sus variedades. Este modo de pensar, con precedentes en el torturante pasaje del “continuo communicantur” (D. XVII, II, 1, 1), evidentemente influido por la doctrina francesa, y sustentado funambulescamente en que, según el artículo 1.679, “la sociedad comienza desde el momento mismo de la celebración del contrato, si no se ha pactado otra cosa”, no alcanza a distinguir el aspecto consensual de la sociedad, que es el que se despliega de inmediato, nada más perfeccionarse el contrato, y el aspecto real que, conforme a la norma general del art. 609, exige la “tradición”. Cf., para la errónea doctrina MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código civil español*, t. XI, segunda ed., Madrid, 1911, págs. 317 y sigs., y *passim*; PONSÁ Y GIL, J., *Sociedades civiles, mercantiles, cooperativas y de seguros*, 2.<sup>a</sup> ed., t. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1923, págs. 69 y 73 y sigs.

### III. LA OPINION DE LA DOCTRINA

El artículo 1.701, que sepamos, no ha merecido ningún tratamiento monográfico; los manuales y tratados, le dedican escasos párrafos, y hasta alguna página llegan a consagrarle los Comentarios al Código. También una obra general sobre los riesgos en materia contractual le ha prestado algún interés (8), pero, con todo, bien podemos afirmar que el precepto ha suscitado escasa o nula preocupación entre nuestros autores pátrios. De la parca doctrina existente vamos a entresacar, sin embargo, las directrices y opiniones de mayor relieve, a fin de ofrecer una visión compendiada y panorámica de cuanto hasta ahora se ha dicho en punto a nuestro artículo.

En primer lugar hay que significar que los autores suelen ocuparse del artículo 1.701, al comentar las causas de extinción de la sociedad (9) y sólo algunos consideran sede preferente la de los riesgos de la aportación, dentro del capítulo dedicado a las obligaciones de los socios y la sociedad (10). Esta doble ubicación sistemática es consecuente con las dos facetas que presenta el artículo, el cual por un lado consagra un motivo de disolución (y de ahí que el Código lo sitúe entre los "modos de extinguirse la sociedad"), y, por otro, parece implicar un problema de "periculum" afectante a la obligación de aportar. Por esta bifrontalidad del precepto, creemos que nada hay que oponer a la doble sede doctrinal, pues ambos lugares son apropiados para abordar su contenido.

En segundo lugar, se advierte en la doctrina una generalizada

(8) Nos referimos a la completa obra de SOTO NIETO, Francisco, *El caso fortuito y la fuerza mayor, los riesgos en la contratación*, Ed. Nauta, Barcelona, 1965, en la que, tras una teoría general sobre la imposibilidad sobrevenida, se pasa revista a las consecuencias que el caso fortuito o la fuerza mayor originan en los principales tipos contractuales, dedicando las páginas 285 a 292 al problema de los riesgos en el contrato de sociedad.

(9) Así, por ejemplo, CASTÁN, *op. cit.*, pág. 564-565, que lo engloba dentro de las que él llama "causas objetivas" de extinción de la sociedad, lo mismo que PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. II, Bosch, Barcelona, 1956, pág. 429. Vide, también, ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho civil español*, vol. III, Ed. Rev. Dr. Priv., Madrid, 1970, págs. 589-90; DE DIEGO, Felipe, *Instituciones de Derecho civil español*, edición revisada por Cossío y Gullón, t. II, Madrid, 1959, págs. 176-177; GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Curso de Derecho civil, contratos en especial, responsabilidad extracontractual*, Ed. Tecnos, Madrid, 1968, págs. 352-353; PUIG PEÑA, partiendo de la tripartición de las causas extintivas, en causas afectantes al elemento personal, causas afectantes al patrimonio y causas afectantes al fin social, incluye el art. 1.701, dentro de las segundas *Compendio de Derecho civil español*, t. IV, Contratos, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1972, páginas 316 y sigs.

(10) Esa perspectiva es la que adopta, por ejemplo, SOTO NIETO *obra citada*, págs. 285 y sigs., para quien el artículo resuelve, ante todo, un problema de riesgos en la portación, sin perjuicio de que en ocasiones prescriba la disolución social. Incluso PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 418, y ESPÍN, *obra citada*, pág. 583, le dedican similar espacio dentro de las causas de extinción como dentro de la obligación de aportar.

creencia de que el artículo 1.701 es desarrollo y complemento del artículo 1.700, número 2; algunos autores lo afirman paladinamente (11) y otros lo dejan inducir de ciertas expresiones o frases o de su tratamiento conjunto (12).

No falta quien, al modo de Castán, considera el artículo 1.701 como una subespecie del 1.700, número 2; este artículo —parece decir—, recoge la regla general de que la “pérdida de la cosa” extingue la sociedad y aquél atiende al caso particular de que la tal pérdida sea *parcial* en el sentido de que se limita a alguno de los bienes que forman o iban a formar parte del patrimonio común (13).

Al desentrañar la conformación histórica de ambos preceptos, veremos cómo su relación es puramente circunstancial y en modo alguno se ha situado el artículo 1.701 como un desarrollo de la causa 2.<sup>a</sup> del artículo 1.700.

Por ahora, simplemente baste destacar, como inadvertido residuo de su dispar génesis, el hecho de que el orden seguido en el artículo 1.700 al enumerar las causas de disolución no es respetado luego por los artículos que las complementan. En efecto, al desarrollo de la causa primera (expiración del término), consagra el Código los artículos 1.702 y 1.703, a la tercera (muerte, etc.) el artículo 1.704 y a la cuarta (renuncia) los artículos 1.705 a 1.707, en tanto que a la causa segunda dedicaría, según los autores, el artículo 1.701, cuando lógicamente debiera haberle reservado un precepto situado a continuación del 1.703. Ello prueba la desconexión clara entre el artículo 1.700, número 2 y el 1.701, que, como decíamos, evidenciaremos mejor en la parte histórica.

---

(11) BATLLE VÁZQUEZ, Manuel, en su continuación de los comentarios al *Código civil de Mucius Scaevola*, t. XXV, vol. 2.<sup>o</sup>, Ed. Reus, Madrid, 1948, página 159, inicia la glosa del artículo 1.701, diciendo que “el contenido de este precepto se enlaza, como desarrollo de él, con el núm. 2.<sup>o</sup> del artículo 1.700...”

(12) MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código civil español*, t. XI, Madrid, 1905, pág. 393, considera que a la vista del art. 1.701 “no deben entenderse tan absolutos los términos del núm. 2.<sup>o</sup> del art. 1.700 que, en todo caso, sea causa de extinción de la sociedad la pérdida de la cosa objeto de la misma...”; PÉREZ GONZÁLEZ, Blas, y ALGUER, José, en sus anotaciones al *Tratado de Derecho civil*, de Enneccerus, Kipp y Wolff, tomo II, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1935, pág. 417, nada más afirmar que “la sociedad se extingue cuando se pierde la cosa o se termina el negocio que le sirve de objeto” (art. 1.700, núm. 2), prosiguen a renglón seguido: “Respecto a la pérdida de la cosa se ha de tener presente el art. 1.701...” Parecida conexión de los dos preceptos hacen GULLÓN BALLESTEROS, *obra citada*, pág. 352, PUIG BRUTAU, *op. cit.*, 429, ESPÍN, *op. cit.*, pág. 598, etc.

(13) *Op. cit.*, pág. 564 en que dice:

“El núm. 2.<sup>o</sup> del art. 1.700 considera, en términos generales, la pérdida de la cosa objeto de sociedad como motivo de la extinción de la misma. Pero hay que distinguir según que esa pérdida sea total o parcial.

Si es total, por comprender todo el fondo común de aportación, no cabe duda que producirá la disolución de la sociedad, por dejar a ésta sin objeto.

Si la pérdida es parcial, limitándose a algunos de los bienes o derechos que forman parte del patrimonio social, no producirá siempre el mismo resultado, pues hay que estar a la doctrina del art. 1.701, que establece...” Más claramente aún, sigue ese esquema PUIG PEÑA, *op. cit.*, págs. 319-320.

Prescindiendo de otras consideraciones sistemáticas veamos ya lo que nos dicen los autores sobre el contenido de cada uno de los tres párrafos del artículo 1.701.

Respecto a su párrafo primero la doctrina discrepa así en su interpretación, como en su fundamento.

Referente a su interpretación no se muestran concordes los tratadistas, porque, si bien todos reconocen que, cumplida la hipótesis prevista en el citado párrafo, la sociedad se disuelve, los hay que conceden al socio afectado por la pérdida un derecho a una cuota en la liquidación que a raíz de la disolución habrá de practicarse, y los hay que le niegan tal participación. En otros términos, unos autores creen que el párrafo inicial del artículo 1.701 está suponiendo la aplicación del principio "periculum est domino" y otros opinan que en él debe operar en cambio, el principio "periculum est creditoris" o "casus sentit creditor".

En efecto, en esa primera parte del artículo 1.701 se contempla, como dejamos dicho, una obligación de aportar cosa específica que aún no ha tenido efectividad, puesto que la cosa no se ha entregado y cuyo cumplimiento se imposibilita por perecimiento de su objeto. Nos hallamos, por consiguiente, ante una obligación de dar que deviene sobrevenidamente imposible. Pues bien, en tal contingencia, Soto Nieto (14) y, más condicionalmente, Puig Brutau (15) consi-

---

(14) Ob. cit., pág. 286, en la que cuestionándose quién corre con los riesgos de las cosas prometidas por el socio, después de perfeccionado el contrato de sociedad y antes de su aportación, y tras subrayar la similitud entre la obligación de aportar y la de entregar una cosa vendida, afirma que la solución del problema la ofrecerán los artículos 1.452, 1.096 y 1.182, "a tenor de los cuales habrá que concluir que los riesgos de la cosa específica y determinada corren a cargo de la sociedad desde la perfección del contrato... cobrando plena vigencia "casus sentit creditor". Principio que no operará —añade— si el socio ha incurrido en mora en la ejecución de la entrega de la cosa, y del que cabe apuntar dos notables excepciones: 1.ª, "si las cosas ofrecidas por el socio no lo eran en propiedad, sino tan sólo para uso y disfrute por la sociedad, según se deduce del art. 1.687, párrafo 1.º, 2.ª, cuando se trate de cosas genéricas o indeterminadas, "genus numquam perit", todo ello en tanto no se hayan individualizado o concretado los objetos a entregar, ya que, a partir de ese momento, puede decirse que la aportación social ha devenido específica". Congruentemente con esta premisa concluye SOTO: "...corriendo la sociedad con el riesgo sobreviniente de la pérdida, supondrá ello que, existiendo un cierto capital social formado por otras aportaciones, el socio deudor de esa cosa perdida tendrá una cuota en dicho fondo por el valor de la aportación que no ha podido entregar".

(15) Ob. cit., pág. 418. Decimos que más condicionalmente, porque al preguntarse ¿qué sucede cuando se ha perfeccionado el contrato de sociedad y uno de los contratantes ha quedado deudor de una cosa, perece o sufre grave quebranto antes de ser transmitida a la sociedad?, y responder que en ese supuesto el art. 1.701, párrafo 1.º, prescribe la disolución de la sociedad, añade: "este precepto parece terminante y no lo es, pues cabe preguntar si, existiendo ya capital social formado por otras aportaciones; el socio deudor de cosa perdida de manera fortuita tendrá una cuota en dicho fondo por el valor de la aportación que no ha podido entregar. Nos interesa subrayar que sólo en el caso de que esto sea contestado negativamente (como parece lo más probable), podrá afirmarse que el riesgo afecta al deudor". De donde

deran que, conforme a la regla general para esta clase de obligaciones, contenida en los artículos 1.182 y siguientes y conforme también a lo que acontece en el más prototípico contrato traslativo, la compraventa (art. 1.452) (16), el riesgo debe soportarlo el acreedor de la prestación, o sea la sociedad, en atención a lo cual el socio afectado por la pérdida tendrá derecho a disfrutar de una cuota en la liquidación de la incipiente sociedad, cuya disolución total aceptan dichos autores.

En cambio otra parte de la doctrina, da por descontado que mientras no medie la entrega, el socio sigue siendo propietario de la cosa prometida y, conforme al principio "periculum est domino" (17) a él debe achacársele su pérdida (18). Este grupo de autores no se

---

se deduce que Puig Brutau condiciona, no muy fundadamente, la aplicación del principio "causam sentit creditor" al hecho de que se hayan verificado o no las demás aportaciones. No se nos alcanza en qué puede basarse para opinar de ese modo.

(16) Sobre el riesgo en el contrato de compraventa, véase últimamente la exhaustiva obra, con ese título, de ALONSO PÉREZ, Mariano, Ed. Montecorvo, Madrid, 1972, que dispensa de efectuar cualquier otra cita, pues en dicho libro se agota prácticamente toda la bibliografía patria y foránea sobre la cuestión. Con todo, no compartimos las excelencias que el autor canta al principio "res perit emptori" del 1.452, C. c., pese a su indiscutible vigencia.

(17) Resulta inusitado aducir este principio en el problema que estamos estudiando, porque, como ha puesto de relieve ALONSO PÉREZ, siguiendo a Wachter, *op. cit.*, págs. 245 y sigs., la máxima "casus sentit dominus" o "res perit domino" fue elaborada por los intérpretes del Derecho común, como reacción frente a las enseñanzas del antiguo Derecho germánico, que ponía la pérdida fortuita de la cosa a cargo de quienes obtenían del contrato alguna ventaja patrimonial: comodatario, depositario, acreedor pignoraticio, etc. Es, pues, un brocardo que se aplica a los contratos en que una de las partes se reserva la propiedad de la cosa y transfiere tan sólo su posesión, por el motivo que sea (arrendamiento —cf. nuestro art. 1.568—, comodato —cf. artículos 1.744 a 1.746—, depósito —cf. art. 1.766—, etc.) y únicamente se ha extendido a los contratos traslativos de la propiedad, en especial a la compraventa para justificar el que la cosa perezca para el comprador en los ordenamientos en que el dominio se transmite por el mero consentimiento. El principio "res perit domino", por tanto, hasta ahora sólo se había empleado para imponer al arrendador, p. ej.: el "periculum" de la cosa arrendada o al comprador francés o italiano el de la cosa vendida, pero no para atribuírselo al vendedor que aún no ha entregado la posesión o al socio que todavía no se ha desprendido de su aportación.

(18) Así, para ESPÍN, *op. cit.*, pág. 583, el riesgo de la aportación de cosa específica "es del dueño de la cosa", o sea, del socio que promete la entrega, aplicando la regla "res perit domino". Reconoce que el Código, "no dice directamente que la cosa perece para el socio, pero a esta conclusión hay que llegar por aplicación de la regla indicada (la de "res perit domino") y por el sentido de contraposición con otros preceptos" (art. 1.687). Tanto más extraña resulta esta conclusión de Espín, cuanto que afirma que, en cambio, los frutos pertenecen al acreedor, o sea, a la sociedad, "desde que nace la obligación de la entrega (art. 1.095), con lo que rompe el tradicional equilibrio reflejado en la máxima "cuius est commodum eius est incommodum". MANRESA, *op. cit.*, pág. 391, razona que "como el socio conserva la propiedad de la cosa que ha de aportar a la sociedad hasta el momento de su aportación... es indudable que conforme al principio antes indicado (el de que las cosas perecen para su dueño), ha de perecer para él cuando la pérdida tenga lugar antes de su entrega". Otros autores, como CASTÁN, *op. cit.*, pág. 564, BATLLE, *op. cit.*, pág. 161, o DE DIEGO, *op. cit.*, pág. 176, aunque no afirman

percata de la contradicción que se daría entre el artículo 1.701, así interpretado, y la solución adoptada, con carácter general, para todas las obligaciones de dar, por los artículos 1.182 y siguientes.

Hay todavía una tercera postura interpretativa que, a diferencia de las dos expuestas, elude tomar partido sobre la atribución de los riesgos. Para esta tendencia sugerida por De Buen (19), a quien sigue Gullón (20) y desenvuelta más acabadamente por los anotadores de Enneccerus (21), el artículo 1.701, párrafo primero, hay que in-

expresamente que el socio aportante soporta la pérdida por aplicación del principio "res perit domino", parecen sobreentenderlo al aseverar que el socio ha incumplido su obligación de aportar y es este incumplimiento el que justifica la disolución. Si en el supuesto del párrafo inicial del art. 1.701 no se considera que el socio ha satisfecho su obligación, es porque se está presuponiendo que sobre él inciden las consecuencias desfavorables de la imposibilidad sobrevenida.

(19) DEMÓFILO DE BUEN, en sus notas al *Curso elemental de Derecho civil*, de AMBROSIO COLIN y H. CAPITANT, t. IV, Ed. Reus, Madrid, 1925, página 491, comentaba la 2.<sup>a</sup> causa extintiva del art. 1.700, en los siguientes términos: "Por lo que respecta a la pérdida de la cosa, habrá de ser total; sólo bastará la pérdida parcial, cuando en virtud de ella no pueda ya la sociedad realizar debidamente sus fines", lo que le mueve luego a interpretar el párrafo inicial del art. 1.701, diciendo que "al emplear en ese artículo el Código civil, la expresión "cosa específica" quiere expresar, sin duda, la idea de que se trata de una cosa *insustituible*, pues en el caso de poder ser sustituidas no vemos por qué habrá de disolverse la sociedad, si el socio propietario se conformaba con hacer la sustitución. De este último inciso parece desprenderse que para De Buen antes de la entrega "periculum est socio"; por otra parte más afortunada, que "insustituible" hubiera sido la expresión "esencial" o "decisiva" para interpretar el adjetivo "específica" empleado por nuestro artículo, porque, aparte de que específico quiere decir insustituible en el acuerdo de las partes (opuesto a obligarse genéricamente), podría ocurrir que, aun siendo objetivamente sustituible la cosa perceda, resulte muy gravoso agenciarse otra.

(20) *Op. cit.*, pág. 353.

(21) *Op. cit.*, pág. 418. Es interesante reproducir las agudas observaciones que hacen sobre el art. 1.701: "Las reglas de este precepto —dicen— no tienen un fundamento seguro. Es mucho más técnico del C. c. alemán (§ 726) cuando subordina la extinción a la consecución del fin o a la imposibilidad de la misma. En cambio, hacer depender la disolución de la sociedad de la pérdida de lo que se promete aportar, sin distinguir la importancia que tenga tal aportación para el fin social y dar un trato diferente a la pérdida, según que tenga lugar antes o después de la transferencia de la propiedad a la sociedad, puede llevar a graves inconvenientes, en contraste notorio con la voluntad y el interés de las partes. Ninguna razón hay para que la pérdida de una cosa disuelva la sociedad, si ello no ha de afectar en modo alguno a la consecución del fin de la misma. En cambio, es absurdo mantener en pie la sociedad si la cosa se pierde después de ser propietaria de lo aportado si con ello el fin es irrealizable. Respecto a este último extremo, entendemos que la disolución se producirá cuando la pérdida implique la terminación del negocio (cf. núm. 2.º del art. 1.700), pues terminación del negocio, rectamente entendida, es expresión que hace referencia lo mismo a su consecución y éxito que a su fracaso definitivo, por imposibilidad o por otras razones. Si se constituye una sociedad para explotar, por ejemplo, un teatro y, habiéndose transferido la propiedad de éste a la sociedad, se destruye por un incendio sin estar asegurado, no tiene sentido decir que la sociedad ha de continuar. Por otro lado, no toda pérdida material supone la pérdida económica de la cosa, en cuyo lugar pueden subrogarse las indemnizaciones, procedentes de culpa de tercero o de contrato de

interpretarlo en el sentido de que sólo si la cosa periclitada es *esencial* ("insustituible", decía De Buen), es decir, sólo si su pérdida frustra el fin del contrato, según los anotadores, procederá decretar la disolución del vínculo social. El artículo 1.701, párrafo primero no estaría entonces dilucidando un problema de riesgos, sino tan sólo afirmando que si la aportación prometida y fortuitamente desaparecida era tan decisiva que pudiera decirse que los socios se vincularon impulsados por su esperada presencia, la sociedad debe razonablemente disolverse.

Esta corriente destaca un aspecto muy interesante, cual es el de la conexión que debe mediar entre la extinción de la sociedad y la frustración de su fin (22) o, quizá mejor, la desaparición de su base negocial (23). Pero tropieza con que el Código, literalmente entendido no parece estar atendiendo a dicha frustración para decretar la disolución, sino al criterio menos acertado de si se ha verificado o no la entrega de la cosa prometida. Dicho de otro modo, si aceptáramos la tesis expuesta, ¿qué sentido tendría efectuar las distinciones que formula nuestro artículo, si en definitiva, trátase de cosa específica o genérica, de cosa entregada o sin entregar, de aportación en propiedad o en goce, la sociedad ha de extinguirse en función de la subsistencia o no de su fin? Bien se percatan de ello los traductores de Enneccerus cuando tan acerbamente critican el precepto y sólo soslayando su letra le encuentran explicación y sentido.

La triple discrepancia interpretativa que queda expuesta en torno al párrafo primero del artículo 1.701, se traduce en una doble actitud en cuanto a su fundamentación.

Soto Nieto y Puig Brutau que conceden al socio una cuota, sí,

---

seguro. Y esto lo mismo cuando se trata de cosa propia de la sociedad que de cosa simplemente prometida (cf. art. 1.186). En síntesis, pues, para que cobre pleno sentido el precepto del art. 1.701 en relación con el 1.700, número 2, *debe entenderse que la disolución o no de la sociedad depende de la imposibilidad o no de conseguir el fin*".

(22) Sobre la frustración del fin del contrato, contamos con la excelente obra así titulada, de ESPERT SANZ, Vicente, editada por Tecnos, Madrid, 1968, con prólogo de LUIS DÍEZ PICAZO; en la misma se llega a la conclusión, tras detenido examen de casos y jurisprudencia que fin del contrato es el "propósito práctico y básico a que la parte acreedora de la prestación más específica, menos fungible, va a aplicar dicha prestación, cuando el propósito es conocido y aceptado por la otra parte o, por lo menos, no rechazado". Aunque con dificultad, cabría incluir en ese concepto el propósito que llevaría a los demás socios a verificar sus aportaciones en función de la periclitada (v. gr., una patente con que explotar el objeto principal de la sociedad). Si, continuando con el ejemplo, la patente no se puede aportar, porque, v. gr., es anulada o tecnológicamente superada, podría decirse que las demás aportaciones, metálico, utillaje, locales, etc., han perdido su sentido y la sociedad, carente de fin, debe disolverse.

(23) En todo caso, el periclitamiento de la aportación esencial sí constituirá claramente un supuesto de desaparición de la base negocial, de la que, a nuestro juicio, la frustración del fin del contrato no constituye sino una subespecie más perfilada. Vide. KARL LARENZ, *Base del negocio y cumplimiento de los contratos*, Ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1956, tr. de Fernández Rodríguez, Carlos.

pero en una sociedad disuelta, consideran injustificada y carente de sentido la disolución impuesta indiscriminadamente por pérdida de una aportación, "sin atender —dice Soto Nieto— a la mayor o menor importancia que la cosa pueda tener, a su posible sustitución por otra similar, a la existencia o no de un seguro... a la indemnización que pueda corresponder al socio" (24).

Pérez González y Alger, por no muy diferente motivo (en definitiva, por obstaculizar la literalidad del artículo su salvadora interpretación), también lo someten a severa crítica, haciendo frente común con los dos autores citados (25).

En cambio, la línea doctrinal que considera inspirado el párrafo inicial en el brocardo "periculum est socio" encuentra plenamente lógico su dictado disolutorio, porque el socio que se ve imposibilitado de entregar lo prometido incumple su obligación cardinal, cual es la de aportar, y sabido resulta que "es de esencia de toda sociedad que cada socio aporte algo" (26).

Por lo que hace al párrafo segundo del artículo 1.701, que impone la disolución de la sociedad "en todo caso" si la aportación de goce se imposibilita, las observaciones de la doctrina en torno a él son escasas y poco esclarecedoras.

Por un lado, algunos autores han intentado un esbozo de explicación que tras su aparente fundamento no esconde ninguna razón válida.

Así De Diego (27), seguido por Espín (28) y, dubitativamente, por Castán (29) aventuró como justificación que el goce es sucesivo por naturaleza, y siendo la cosa específica y no pudiendo substituirse por otra semejante, la sociedad queda sin objeto (que es el goce de la cosa en cuestión) y, por tanto, se disuelve".

Manresa se expresa en términos similares: "la sociedad no puede tampoco subsistir porque limitado el objeto con que fue puesta en común dicha cosa al aprovechamiento de sus frutos y utilidades o al uso de ella, no es posible que produzca ya tal efecto ésta por haber perecido" (30).

Batlle, más concisamente (31), funda este párrafo en que "se

(24) *Ob. cit.*, pág. 287-288.

(25) Véase nota 14. También Puig Peña encuentra censurable el artículo 1.701, 1.º, *op. cit.*, pág. 320.

(26) La frase entrecomillada es de DE DIEGO, *op. cit.*, pág. 176; éste, como los demás autores de esta tendencia utilizan en el fondo el siguiente silogismo, para fundamentar el art. 1.701, 1.º: todo socio debe aportar algo, so pena de disolución de la sociedad, es así que un socio no puede aportar por causa a él imputable ("periculum est socio"), luego la sociedad debe disolverse. Como expondremos en su lugar oportuno, es sobre la premisa mayor sobre la que mantenemos algunas reservas.

(27) *Ob. cit.*, págs. 176-177.

(28) *Ob. cit.*, pág. 590, nota erróneamente numerada como (24 a).

(29) *Ob. cit.*, pág. 565.

(30) *Ob. cit.*, pág. 393. A diferencia de De Diego, y aunque el detalle carezca de importancia, para Manresa es indiferente que la cosa aportada en goce sea específica o no.

(31) *Ob. cit.*, pág. 161.

hace imposible el goce" y Puig Brutau y De Buen se limitan a reproducirlo sin comentario alguno.

Fácil resulta advertir que la argumentación de De Diego parte de la equivocada base de considerar el goce de la cosa como objeto único de la sociedad, extremo que no se infiere de la dicción del precepto, y que Manresa y Batlle incurren, al razonar, en manifiesta petición de principio.

Por otro lado, Soto Nieto, secundado por Gullón (32) y Puig Peña (32 bis), censuran el criterio radical del Código que no atiende "a la mayor o menor importancia que el objeto perecido tuviese, ni al grado de afección que su desaparición suponga para el logro de los fines sociales" (33). Pero tampoco esta actitud crítica resuelve nada, al menos "de iure condito".

Por último, para concluir esta panorámica doctrinal digamos que al menos el párrafo tercero del artículo 1.701, es reputado pacíficamente, como un supuesto de aplicación de la regla "periculum est domino". Todos los tratadistas opinan que si la sociedad no se disuelve, después de haber adquirido la propiedad de la cosa perecida, es porque ella, como propietaria, soporta el riesgo que pueda afectar a sus bienes (34).

No obstante, no falta quien se cuida de puntualizar que este último apartado "debe interpretarse en el sentido de que la no disolución de la sociedad sólo podrá darse cuando sea posible terminar el negocio" (35), consideración obvia en la que insisten los anotadores cuando afirman que "es absurdo mantener en pie la sociedad si la cosa se pierde después de ser propietaria de lo aportado si con ello el fin es irrealizable" (36).

Aparte las consideraciones de acuerdo o desacuerdo que nos ha ido suscitando el anterior recorrido doctrinal, creemos que la exactitud y justeza de las distintas opiniones expuestas sólo podrá calibrarse bien, merced a una investigación de los antecedentes históricos de nuestro precepto.

#### IV. PRECEDENTES HISTORICOS

##### 1. DERECHO ROMANO

Marginando, por mal conocidos, los precedentes que, a nuestro propósito pudieran ofrecer otros ordenamientos primitivos (37), nues-

(32) *Ob. cit.*, pág. 453.

(32 bis) *Ob. cit.*, pág. 320.

(33) *Ob. cit.*, págs. 289-290.

(34) Prueba inequívoca de su personalidad jurídica, que ya se daba en el ordenamiento francés, de donde veremos que procede el art. 1.701, y donde, sin embargo, el reconocimiento jurisprudencial de la personalidad jurídica de las sociedades civiles fue muy posterior.

(35) DE BUEN, *ob. cit.*, pág. 492; PUIG PEÑA, *ob. cit.*, pág. 320.

(36) *Ob. cit.*, pág. 418.

(37) Noticias sobre la sociedad entre los babilonios, hebreos, egipcios

tra investigación debe iniciarse una vez más y en punto a sociedades civiles, con toda justificación (38), por el Derecho romano.

Remitiéndose a la más cualificada romanística para tratamientos más generales (39) nuestra tarea se inicia, sin otros preámbulos, con

y otros pueblos de la antigüedad nos las suministran Copper Royer y sus hijos Eddy, Jacques y Jean Copper Royer en su *Traité des Sociétés*, t. I, Sirey, París, 1938, págs. 7 a 30. Pero si casi toda la materia societaria en tales ordenamientos se reduce a conjeturas porque, v. gr., hasta los correspondientes artículos del Código de Hammurabi son ilegibles, se comprende la inutilidad de rastrear en ellos un problema tan específico como el de la disolución de la sociedad, por perecimiento de una aportación. Vide, también, SCHLECHTER, *Le contrat de société en Babylonie, en Grece et à Rome*, París, 1947.

(38) Porque esta figura es una de las que con menos alteraciones ha llegado hasta nosotros tal cual la cincelaron los juristas romanos. RIBADEAU DUMAS, Henri, *Législation et jurisprudence concernant les sociétés civiles, leurs rapports avec les sociétés commerciales et les associations*, Ed. Marchal & Godde Successeurs, París, 1913, págs. 9 y 10 dice refiriéndose al pertinente articulado del Código de Napoleón, patrón sobre el que se cortaron nuestros artículos 1.665 a 1.708: "conviene constatar, sin que sea preciso insistir, que la sociedad civil, tal como está reglamentada por el Código es la sociedad que nos viene de la tradición. Sus principios han sido transmitidos a los redactores por los juristas del antiguo Derecho que, a su vez, los han extraído del Derecho romano; POTHIER apoya casi todas sus decisiones sobre los textos de los jurisconsultos romanos. La confrontación de los textos antiguos y los del Código civil permito decir, abstracción hecha de algunas diferencias, que la sociedad del Código es la reproducción fiel de la sociedad romana", y CASTÁN, al pregonar la evolución histórica de las sociedades civiles, afirma: "Durante toda la Edad Media y primeros siglos de la Moderna, aflorecieron, en materia de sociedad, los principios del Derecho romano. Quizá en ninguna otra institución se mantuvieron estos principios tan puros como en la sociedad civil"; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Comentarios al Código civil de Quintus Mucius Scaevola*, por él continuado con la cooperación de Manuel Batlle Vázquez y Francisco Bonet Ramón, tomo XXV, vol. 1.º, Ed. Reus, Madrid, 1933, pág. 315.

(39) Sobre el origen de la sociedad en Roma, contamos en castellano con el magnífico artículo de ARIAS RAMOS, José, *Los orígenes del contrato de sociedad: "consortium" y "societas"*, en *R.D.P.*, t. XXVI, núm. 301 de marzo de 1942, págs. 141 a 153, donde sintetiza con abundante bibliografía las dos corrientes doctrinales, encabezadas respectivamente por Lastig y Pernice, en punto a la génesis consorcial o de "derecho de gentes" de la "societas". Sobre la importante modalidad constituida por las "sociedades de publicanos", las más parecidas a las modernas sociedades de capitales de cuantas conoció la antigüedad, versa el completo trabajo de ARIAS BONET, J. A., *Societas Publicanorum*, en *A.H.D.E.*, t. XIX, años 1948-1949, páginas 218 a 303.

En la bibliografía extranjera se encuentran ya obras de conjunto de indudable mérito. La considerada como más completa es la de WIEACKER, Franz, *Societas: Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, con el subtítulo de *Untersuchungen Zur Geschichte des römischen Gessellschaftsrechte*, t. I, no continuado, Weimar, 1936. Espléndida, como todas las suyas, es también la obra de ARANGIO RUIZ, Vincenzo, *La Società in Diritto Romano* (Curso impartido en la Universidad de Roma en el año 1949-1950), Ed. Dott, Eugenio Jovene, Nápoles, 1959. Vide, también, POGGI, *Il contratto di società in diritto romano classico*, Torino, 1930; DEL CHIARO, *Le contrat de société en droit privé romain sous la republique et au temps de la jurisprudence classique*, París, 1928; POISNEL, *Recherches sur les sociétés universelles chez les Romains*, en *Nouvelle Revue Historique*, t. III, pág. 431 y sigs., y 531 y siguientes, y JASPAR, *Des sociétés particulières en droit romain*, esta última

el examen directo de los textos que hemos creído podrían ser los antecedentes del artículo 1.701.

Desde luego, no hay ningún pasaje que nítida y directamente sea inspirador de nuestro precepto, pero hay dos que, a nuestro juicio, constituyen su germen remoto y otros que han dado origen a la actual causa segunda del artículo 1.700. También nos ocuparemos de estos últimos por su proximidad temática, y, al paso, confirmaremos la diversa procedencia, antes avanzada, de ambos preceptos.

Los dos primeros textos a que nos referíamos, abordan, en sustancia, una cuestión de perecimiento de la aportación, pero sin implicaciones disolutorias. Se trata de dos pasajes correlativos de Ulpiano, extraídos del libro trigésimo primero de sus comentarios al Edicto y signados como D. XVII, II 58 pr. y D. XVII, II, 58, 1.

En el primero de ellos (40) Ulpiano pone en boca de Celso la siguiente solución: si se hubiesen asociado dos personas, aportando una tres caballos y la otra el cuarto necesario para formar una cuadriga, las consecuencias de la muerte de este último équido dependen de la intención que llevó a las partes a constituir la sociedad: si fue el propósito de vender la cuadriga la sociedad no debe entenderse constituida hasta que la venta se hubiese realizado (41) y por consiguiente el socio propietario pecha con la muerte de su caballo y no tiene derecho a parte alguna del precio de los otros caballos. Por el contrario, si el propósito fue el de poseer conjuntamente la cuadriga (42), la sociedad subsiste y el precio —caso de que ocasionalmente se vendiera aquélla—, se haría común.

---

citada, sin más referencias, por COPPER ROYER, *ob. cit.*, págs. 7, 47 y 56. Últimamente, BIANCHINI, MARIAGRAZIA, *Studi sulla Societas*, Giuffré, Milán, 1967.

(40) "Si quod quis in societatem contulit extinctum sit, videndum an pro socio agere possit. tractatum ita est apud Celsum libro septimo digestorum ad epistulam Cornelii Felicis: cum tres equos haberes et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes et ex pretio quartam mihi redderes, si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait societatem manere nec ex pretio equorum tuorum partem deberi: *non enim habendae quadrigae, sed vendendae costam societatem*, ceterum si actidum dicatur, ut quadriga fieret eaque communicaretur tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus." Todas las citas del Corpus se hacen con arreglo a la decimosexta edición de Mommsen-Krueger, Berlín, 1954.

(41) Muchos comentaristas posteriores entenderán que la sociedad, en el ejemplo de Celso, habría de constituirse sobre el precio obtenido en la venta y no sobre los objetos que iban a enajenarse, que no es exactamente lo que parece sostener el jurisconsulto romano. Para éste no es que el vínculo social se contraiga al dinero obtenido en la operación de venta, sino que sólo vive fugazmente, instantáneamente en el momento de la venta, a la que estaba condicionado o emplazado, según su certeza. Hoy la calificaríamos de sociedad ocasional de tracto único; la obtención y reparto del precio constituye tan sólo un efecto o secuela de la sociedad ya consumada y consumida. Con todo, la deformación posterior resulta intrascendente.

(42) Este supuesto que hoy se aproximaría más a una comunidad voluntaria no debe causar extrañeza, porque no hay que olvidar que la distinción entre comunidad y sociedad en Roma estribaba en el carácter voluntario o

En el segundo pasaje, recoge Ulpiano otro ejemplo, también de Celso y aún más interesante, si cabe (43): trátase ahora de aportación en metálico y el evento fortuito consiste en que el dinero perezca, hay que suponer que porque es robado o se pierde. Pues bien, curiosamente el momento decisivo para hacer pasar los riesgos a la sociedad es el de la "collatio" del numerario, "collatio" que consiste en la efectiva aportación del dinero y no en la simple separación unilateral (cf. el "destinasses" del fragmento).

Hasta donde se nos alcanza la romanística actual no se ha parado a analizar estos dos textos y ni tan siquiera ofrece una crítica interpolacionista que depure sus ingredientes clásicos (44).

Posiblemente se tratara de dos problemas realmente acaecidos y propuestos al dictamen de Celso, quien ofrece unas soluciones muy en función de las circunstancias del caso, que ya Ulpiano recoge con una mayor dosis de generalidad (45). Pero ante el silencio de

---

no de la agrupación. Vide al respecto ARANGIO RUIZ, *La società...*, cit. págs. 32 a 62, donde combate las teorías identificadoras absolutas entre comunidad y sociedad de Albertario, Frezza y Ein, por una parte, y la de Wieacker, por otra, apoyando el criterio distinto indicado en D. XVII, II, 31 a 33; D. X, III, 2, pr. e I, III, XXVII, 3. Véase el problema más extensamente tratado por el mismo autor en *Societas re contracta e communio incidens*, en *Studi Riccobono*, 4, págs. 355 y sigs. En la dogmática moderna el problema de la distinción entre sociedad y comunidad, que se quiere cimentar sobre bases distintas del consentimiento, ha originado abundante literatura. Vide la obra, ya clásica, de BELTRÁN DE HEREDIA, José, *La comunidad de bienes en Derecho español*, Ed. R.D.P., Madrid, 1954. También, MARÍN LÁZARO, Rafael, *Sociedad y comunidad*, en R.D.P. 1942, págs. 689 a 697; LOIS ESTÉVEZ, *La distinción de condominio y sociedad*, en R.G.L. y J., 1947, páginas 681 y sigs. Últimamente el problema ha sido abordado en toda su amplitud por AMATUCCI, Alberto, *Società e comunione*, Ed. Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1971.

(43) "Item Celsus tractat, si pecuniam contulisset ad mercem emendam et mea pecunia perisset, cui perierit ea. et ait si post collationem evenit, ut pecunia periret, quod non fieret, nisi societatis coita esset, utriusque perire, ut puta si pecunia, cum peregre portaretur ad mercem emendam, periret: si vero ante collationem, posteaquam eam destinasset, tunc perierit, nihil eo nomine consequeris, inquit, quia non societati periret."

(44) Así, por ejemplo, ARANGIO, *La società...*, cit., pág. 93 y sigs.; al abordar el tema de las aportaciones se despreocupa del problema de los riesgos que pudieran afectarles y soslaya, por tanto, nuestros dos textos. Idéntico mutismo se advierte en un estudio monográficamente dedicado a las aportaciones en el Derecho romano, como el de GUARNERI CITATI, *Conferimenti e quote sociali in Diritto Romano*, en *Bull. Ist. Dir. Rom.*, núm. 42, 1934, págs. 166 y sigs.

(45) En el primer supuesto, quizá los propietarios de los caballos se encontrarán en una feria o mercado y hubieran simplemente convenido que, de encontrar comprador, unirían sus semovientes para formar una cuadriga y obtener mejor precio. Es probable, por tanto, que el convenio social dependiera de una condición: que se hallara comprador. Como entonces no se trataba de una sociedad de presente, sino condicionada "in futurum", el riesgo del fallecimiento del caballo pesaría sobre quien no había dejado de ser nunca su propietario, por no haberse llegado a perfeccionar el contrato social. Cosa distinta, razona Celso, sería que la sociedad se hubiese constituido para disfrutar en común de la cuadriga. El célebre jurisconsulto romano, cuyo pensamiento se reproduce muy concisamente, dictamina, pues, condicionando su opinión a presupuestos fácticos que, posiblemente no le

los especialistas nos limitamos simplemente a registrar el contenido de ambos fragmentos, guardándonos de sustentar nada seguro sobre su fundamento, aunque sí afirmando su indudable repercusión posterior, como tendremos ocasión de comprobar.

Dijimos que había una segunda serie de textos, intuitivamente imaginados como precedentes del artículo 1.700, causa 2.<sup>a</sup>, que se refieren no al perecimiento de una sola de las aportaciones, sino a la destrucción total del patrimonio social.

El pasaje más interesante de ellos es el contenido en D. XVII, II, 63, 10 debido una vez más a Ulpiano y a sus comentarios edictales (46). Se sistematizan en él las causas de disolución de la sociedad con más amplitud que lo habían hecho Gayo (47) y Modestino (48), y se dice que la sociedad se disuelve por causa de las personas, de las cosas, de la voluntad o de una acción procesal. Al explicar la causa de disolución "ex rebus", se aclara que la cosa (49), esto es,

---

fueron suministrados en la consulta. Sobre esa base, parece que Ulpiano quiere ya montar una regla general para toda hipótesis de perecimiento de aportación, a la vista de la impersonalidad de su estilo: "si id quod quis in societatem contulit..."

El segundo caso es más problemático: instintivamente, se piensa en que su fundamento es el mismo (cf. "Item...") que el del fragmento que le precede, surgido de la misma pluma (Ulpiano) y extraído de la misma fuente (CELSE, *Epistula Cornelii Felicis*). Y así como allí no había sociedad hasta vender el objeto común, aquí no la habría hasta haberlo adquirido (no se olvide que se trata de una sociedad "ad mercem emendam"). Pero si nos fijamos atentamente, veremos que a diferencia del anterior fragmento, ya no se encuentra la solución en la voluntad de los contratantes de constituir una sociedad para vender o para poseer en común, sino en el hecho objetivo de haberse efectuado o no la "collatio", lo que parece una sorprendente anticipación al criterio germánico de discernir los riesgos por la "traditio". También da la impresión de que lo que realmente preocupa a Celso es determinar por causa de quién se perdió el dinero, es decir, atendiendo a qué intereses estaba la víctima cuando experimentó el evento fortuito (cf. el "quod non fieret nisi societas coita esset" o el dativo "societati") y para ello necesitaba saber a quién pertenecía el numerario y, por consiguiente, si se había producido o no la "collatio". Con todo, repetimos, ambos textos requieren un estudio solvente que despeje sus muchos puntos oscuros... (46) "*Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. ideoque sive homines sive resive: voluntas sive actio interierit, distrahi videtur societas. intereunt autem homines quidem máxima aut media capitibus deminutione aut morte: res vero, cum aut nullae relinquuntur aut conditionem mutaverint, neque enim eius rei quae iam nulla sit quisquam socius est, neque eius quae consecrata, publicatae, sit. voluntate distrahitur societas renuntiatione.*"

(47) GAYO, III, págs. 152 a 154, donde no se menciona la disolución por perecimiento del objeto. La existencia en las fuentes de dos sistematizaciones distintas de las causas de extinción de la "societas", la debida a Gayo-Modestino y la debida a Ulpiano, así como su relativa conjunción por Paulo (D. XVII, II, 65), ha sido muy agudamente destacada por ARANGIO, *La societas...*, cit., págs. 150 a 171.

(48) Modestino, en D. XVII, II, 4: "Dissociamur renuntiatione morte capitibus minutione et egestate."

(49) La utilización del vocablo "res" induce a pensar si el tipo de sociedad que Ulpiano tenía a la vista al perfilar esta causa disolutoria no sería la "societas unius rei", esto es, la contraída para una operación concreta o sobre una cosa concreta (repetimos que en Derecho romano la comunidad

el objeto o patrimonio social, perece cuando no queda ninguna de las que componían el fondo común o cambian de condición, en el sentido de que han devenido cosas sagradas o públicas. Con referencia al perecimiento emplea Ulpiano una frase que ha quedado como lapidaria: "neque enim eius rei quae iam nulla sit, quisquam socius est": pues nadie es socio de una cosa que ya no existe.

Insistimos en que la hipótesis que se prevé en el fragmento citado es la destrucción ("interitus") de *todo* el patrimonio social (cf. "nullae"), no de una aportación individual, ingresada o no en el caudal común, que vimos era el supuesto contemplado por el artículo 1.701. Por eso creemos que es el artículo 1.700, número 2, y no el 1.701, el precepto que se inspira en la solución romana.

Otros dos textos que parecen confirmar el anterior, son D. XVII, 2, 65, 10 (50) e I. 3, 25, 6, 50, ambos de idéntico tenor, y que no hacen sino reiterar que si se ha contraído una sociedad para alguna negociación (51) y ésta se ha concluido, la sociedad se disuelve.

También aquí se nos antoja que más ha podido ser éste el antecedente del segundo inciso del número segundo del artículo 1.700 ("...o se termina el negocio que le sirve de objeto"), que del artículo 1.701.

Pero, en resumen, los pasajes a tener verdaderamente en cuenta de entre las fuentes romanas son los dos consignados en primer lugar (D. XVII, II, 58, pr. y 1) relativos a las sociedades "ad quadrigam vendendam" y "ad mercem emendam".

---

sobre una cosa, si era voluntaria, constituía una sociedad), v. gr., la "politio" (especie de sociedad caracterizada, como es sabido, porque el "politor", experto en agricultura, se obligaba a mejorar un fundo ajeno o a adaptarlo a nuevos cultivos, contra recibo de una participación en los frutos), la "soccida" (denominación italiana, corrupción agreste, según Troplong, de la voz "societas", que hoy calificamos como *aparcería de ganado*), la sociedad para comprar una cosa o para alquilarla (D. XVII, II, 65, 2), para limpiar canales comunes (D. XVII, II, 52, 12), para construir una pared medianera (D. XVIII, II, 52, 13) o un mausoleo (D. XVII, II, 52, 7), etc. Con todo, parece ser que, aunque así fuera, la regla sería aplicable a cualesquiera otro tipo de sociedades particulares o universales, pese a que Ulpiano no hubiera pensado en ellas.

(50) "Item si alicuius rei societas sit et finis negotio impositus, finitur societas."

(51) Al igual que en el fragmento anterior, la palabra "res" nos conducía a pensar en las "societates unius rei", aquí es la expresión "negotio", la que nos sugiere la aplicación del fragmento a las llamadas "societates alicuius negotiationis", no muy distintas de las "unius rei" con las que integraban el cuadro de las sociedades particulares en Roma: el objeto, entendido como fin, de estas sociedades "alicuius negotiationis", era no una operación concreta, sino toda una rama de actividad: la venta de esclavos (Gayo, III, 148), la banca (D. XVII, 52, 5), las concesiones administrativas (D. III, 4, 1, pr.), etc. A la vista de esta distinción, con todo no muy nítida, se aclaran preceptos como la disyunción del núm. 2, del citado art. 1.700 o las posibilidades que ofrece el art. 1.678 del C. civ.

## 2. DERECHO INTERMEDIO

Es difícil rastrear la evolución posterior de la doctrina contenida en los anteriores textos romanos. Desde luego, la línea histórico-jurídica que no arranca del Corpus justiniano, representada entre nosotros por la legislación gótica y los fueros municipales, no sólo no ha recogido similares pasajes de Ulpiano, Gayo o Modestino, sino que incluso prescinde de toda regulación del contrato de sociedad. Ni la "Lex Romana" (52), ni el "Liber" (53), ni, a título de simple muestra, los Fueros de Cuenca (54) y Teruel (55) mencionan el contrato de sociedad, aunque el fenómeno de la unión de personas para la consecución de un fin común, debió ser bastante frecuente al margen de los textos legales.

Es preciso por ello, partir del redescubrimiento del Derecho romano, esto es, de la Glosa y de la Postglosa, para poder entroncar con la problemática suscitada en Roma por el perecimiento de una aportación social. Pero también esta fase ha de quedar un tanto en la penumbra, no porque los glosadores eludieran el tema (pues dado su método de trabajo veíanse obligados a tropezar con los referidos pasajes del Corpus), sino por el difícil acceso que sus obras ofrecen.

Por ello nos hemos visto limitados a consultar a Bártolo y Baldo únicamente, contentándonos para los demás glosadores y postglosadores con la referencia indirecta que de sus comentarios se contiene en una anotada edición del Corpus.

Bártolo en sus comentarios al Digesto (56) repasa todos los textos antes recogidos, salvo el contenido en la Ley XVII, II, 63, 10, pero interesa centrarse solamente en sus glosas a las leyes 58, pr. (para él 59, pr.) y 58, 1 (para él también 59, 1). Respecto a la lex "si id quod quis" afirma que en ella se está sentando la regla de que si la cosa parece antes de que la sociedad sea contraída, parece para aquel de quien la cosa es, y si parece después de que se haya contraído la sociedad, parece para el común. Y añade que la sociedad

---

(52) *Fragmenta ex Legis Romanae Wisigothorum*, ed. Real Academia Española de la Historia, Madrid, 1896. Tan sólo el tít. XVI, del Libro IX del Código Teodosiano, en ella incluido, lleva por título "si petitionis socius sine herede defecerit" y se refiere únicamente al derecho del socio a heredar "abintestato", y el tít. XVI, del Libro II de las "Sentencias" de Paulo, también incluidas en el Breviario, se rubrica "pro socio", y establece exclusivamente la siguiente conclusión: "sicut lucrum, ita est damnum inter socios communicatur: nisi quod culpa socii vel fraude eversum sit", lejano eco del D. XVII, II, 52, 2 a 4, que ahora no nos debe interesar.

(53) "Liber iudiciorum, sive Lex Visigothorum", incluido con las más importantes "Leges nationum germanicarum" en los "Monumenta Germaniae Historica", ed. por la "Sociedad para la investigación de las fuentes germánicas del Medioevo", t. I, Hannover-Lipsia, 1902.

(54) *Fuero de Cuenca*, ed. de Rafael de Ureña y Smenjaud. Madrid, 1935.

(55) *Forum Turorii*, transcripción y estudio preliminar de Francisco Aznar Navarro, Zaragoza, 1905.

(56) BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Ed. Augustae Taurinorum, 1589.

se entiende contraída por la colación de las cosas si se trata de una sociedad constituida "re" o por la celebración del contrato si se trata de una sociedad constituida "per contractum" (57).

Referente a la ley siguiente, "Idem Celsus", opina que el fundamento es el mismo que el de la anterior, pero hace observar con cierta extrañeza que no basta la simple destinación o separación del dinero para transmitir el riesgo en contraste con otros pasajes en que se ofrece la solución contraria (58). Salvo en esa pequeña observación, el comentario de la Ley "Idem Celsus" se remite al de la "Si id quod quis", por lo que es en ésta donde se contiene el pensamiento de Bártolo en torno al riesgo de la aportación, pensamiento que, a no dudar, supone una acusada desviación de las reglas del "Corpus". En efecto, ya vimos en su lugar cuál podía haber sido la motivaciones de los ejemplos de Celso, pero ahora Bártolo considera como dato clave para el tránsito de los riesgos el que se haya o no "contraído" la sociedad, idea por completo ajena al jurisconsulto romano. Además distingue dos clases de sociedades: la "re" y la "per contractum", sin apoyo excesivo en las fuentes justinianeas (59) y para cada una de ellas el momento de "perfección" es distinto.

Aunque no vale la pena detenerse mucho en Bártolo, pues no parece que su doctrina haya tenido repercusión actual, da la impresión de que el precoz maestro perusino ya estaba imaginando la aportación a sociedad como una especie de compraventa y que pretende aplicar a aquella la doctrina elaborada para ésta: Si con la "emptio perfecta", que en la mayoría de los casos coincide con la "emptio contracta" (salvo que esté sujeta a condición, pendiente de especificación el género o afectada la venta por alguna otra circunstancia que suspenda su eficacia), "periculum ad emptorem pertinet" (60), también con la "societas contracta", parece decir Bártolo, "periculum ad societatem respicit". Sólo que a diferencia de la compraventa, la sociedad se podía contraer, según el citado glosador, de dos maneras: por entrega de las cosas como en los contratos reales (lo que hace suponer si no estaría pensando en la comunidad, que todavía tardaría mucho tiempo en desligarse de su melliza la sociedad) o por la celebración del contrato (en los casos de sociedad genuina, según los conceptos actuales). Cuando se han verificado la entrega o la celebración, según los casos, Bártolo afirma que el

(57) "Si id quod quis: si res perit antequam societas sit contracta perit ei, cuius est, si post contractam societatem perit, communiter perit. Vel aliter, si societas fit re, rerum ipsarum collatione perficitur: si fit per contractum non dicitur perfecta, nisi celebratur contractus."

(58) "Idem Celsus: sub eodem summario cadit cum prin. d. 1. si id quad. Vide text. ibi (posteaquam eam destinasses) et Nota. bene istum text. quod sola destinatio non facit rem esse in actu favorabili, infra de alimen. et cib. lega. 1. cum quidam."

(59) Véase al respecto ARANGIO RUIZ, *Societas re contracta e communio incidens*, en *Studi Riccobono*, 4, págs. 355 y sigs.

(60) Véase, para una cristalina explicación de estos conceptos y reglas en materia de compraventa, la citada obra de ALONSO PÉREZ, *El riesgo...*, págs. 176 y sigs.

contrato “perficitur”, que la sociedad es “perfecta”, lo que patentiza de nuevo que en su mente bullía toda la dogmática del riesgo en la compraventa.

Baldo (61), con pauta muy similar a la de Bártolo, comenta los textos romanos a que nos circunscribimos, pero, nuevamente, sólo mencionaremos su glosa a las leyes 58 pr. y 58, 1, por ser las únicas de trascendencia posterior.

Al resumir el contenido de la ley “Si id quod quis” (62), utiliza casi las mismas palabras que su maestro, de suerte que también para Baldo, si la cosa perece antes de que la sociedad sea “contraída” el riesgo de su pérdida corresponde al propietario, si después, al común de socios. Entre las anotaciones que añade a continuación sostiene que la razón del principio contenido en la ley comentada estriba en la diferencia que hay entre una sociedad formada sobre el precio futuro y otra constituida desde el principio sobre los mismos objetos a enajenar.

De la lex “Item Celsus” (63) afirma que dice casi lo mismo que la anterior, es decir, que en el dinero hecho común, el peligro es común, en tanto que en el que ha de hacerse común, pero todavía no se ha hecho, el peligro es de su exclusivo propietario, remachando en una “nova additio” la idea de que no rige la misma solución respecto al dinero comunicado que respecto del dinero destinado a la comunicación.

Lo más destacable de Baldo, pues en lo fundamental se adscribe al criterio de Bártolo de considerar la contracción de la sociedad como el momento decisivo en orden al traspaso de los riesgos, es esa explicación que da del texto de Celso relativo a la cuadriga. Erróneamente, a nuestro juicio, considera que la sociedad “ad vendendam quadrigam” recae sobre el precio de los caballos y que lo contrario ocurre en la “societas ad habendam quadrigam”. Esta explicación sin apoyo en las fuentes, se perpetuará entre los autores posteriores como habremos de ver.

Para adivinar el pensamiento de los demás glosadores sólo hemos

---

(61) BALDUS UBALDUS, *In secundam partem Digesti Veteris Commentaria*, ed. Augustae Taurinorum, apud heredes Nicolai Bevilacqua, 1576. Interesante es la obra de NAVARRINI, *Del concetto di società secondo Baldo*, en *L'opera di Baldo*, Perugia, 1901, págs. 51 y sigs.

(62) “*Si id quod*: Si res perit antequam sit contracta societas perit ei cuius res est. Si vero post contracta societatem, perit communiter. hoc dicit // In hoc princ. nota gl. super verbo coitam. ibi. Et nota, argu. nota. ex isto princ. differentiam utrum societas sit formata super precio futuro an super ipsis corporibus a principio. // Item nota glos. hic positam quod societas contracta in vaccis durat in vitulis natis ex eis. facit supra commo. 1. si ut certo & usque adeo et adde quod nota. infra. de pigno. in princ. et per Ia. in 1. fundi de fund. instru.”

(63) “*Item Celsus*: Iste & in effectu quasi idem dicit quod principium istius l. et ideo non summatur. dic quod in pecunia comunicata est periculum commune in comunicanda solius proprietarii. hoc dicit. *Nova additio*: In verbo tex. non enim habendae nota. aliud est contrahere societatem super emendo aliud super vendendo. In & Item Celsus, non esse idem iuris & pecunia comunicata et de pecunia communicationi destinata.”

podido disponer de una edición comentada del Corpus, la segunda "de las Juntas" (64), en cuyo tomo primero, dedicado al "Digestum Vetus", se recogen periféricamente glosemas de Florentino, Azo, Acursio, etc. Por ella podemos saber que el criterio bartoliano de la "contracción" no tuvo ningún contradictor, antes bien parece que tuvo gran predicamento como evidencia que Azo al comentar la Ley 58, aparte otras consideraciones de menor interés, habla de "ante contractam societatem" y "iam contractam societatem", como momentos distintos en orden al riesgo.

En resumen, podemos considerar la glosa de Bártolo como el compendio de la doctrina de la época en torno al riesgo de la aportación.

En la literatura posterior, ya en la Edad Moderna, el problema previsto en los textos romanos y comentado por los glosadores, esto es, el problema de la imposibilidad sobrevenida de la aportación social, recibirá su configuración definitiva.

Algunas obras muy elementales no se preocupan de él como el "Commentarius institutionum imperialium" de Arnaldo Vinnio (65), silencio que alcanza también a obras tan voluminosas como las de Cuyacio (66) y Donello (67) y otras lo mencionan de pasada y siempre desde el ángulo de las causas de extinción de la sociedad, como ocurre con Heinecio (68).

Pero los dos autores de mayor trascendencia en el Derecho civil moderno, a saber, Domat y Pothier, sí se ocupan extensamente de la cuestión, repercutiendo grandemente sus opiniones en los Códigos

(64) Se trata de la segunda edición veneciana, conocida por "de las Juntas" y fechada en 1592, que al decir de CALASSO, I. *Introduzione al diritto comune*, Giuffrè, Milán, 1951, pág. 346, es de las mejores junto con las de "Ugo della Porta" de 1553 y años sucesivos. La cita íntegra de la que manejamos es, en el tomo que nos interesa, "Digestum Vetus seu Pandectarum iuris civilis", tomus primus, cum lectionum florentinarum varietatibus, diligentius quam antea in margine appositis, post sanè Accursii commentarios, Contti Scholia, Cuiacii Paratitla, Laureni, aliorumque clarissimorum I. C. Additiones, nunc recens Iacobi Anelli de Bottis ac Agustini Caravitaë, Reginorum in regno Neapolitano Consiliarorum, adnotationibus illustratus". Venecia, Apud Iuntas, 1592.

(65) La edición que manejamos está datada en 1779 e impresa en Valencia (apud Benedictum Monfort. Typografum), pero las Instituciones de Vinnio, con es sabido, se remontan a 1642.

(66) CUIACIUS, Iacobus, *Opera Omnia*, Lutetiae Parisiorum, 1658, 9 tomos.

(67) DONELLUS, Hugo, *Commentaria de Iure Civili...*, Antuerpiae, Apud Petrum Bellerum, 1642.

(68) En las *Recitaciones del Derecho civil*, de Juan HEINECIO, simplemente se dice: "finalmente, el último modo (de extinguirse la sociedad) es la destrucción de la cosa, por la misma razón (porque no queda nada en que puedan ser socios). Si, pues, dos comerciante son socios en una tienda común, si ésta se quema, cesará la sociedad, a no ser que de nuevo la entablaran". Utilizamos la traducción de Luis Collantes y Bustamante, t. III, Valencia, Imp. Cabrerizo, 1833. Este párrafo, en el que una vez más se constata la necesidad de que desaparezca *todo* el patrimonio social para que se extinga la sociedad, no es más que otro eslabón hacia el 1.700, 2.º, pero en nada afecta al 1.701.

gos de corte napoleónico. Por este influjo procede, sin embargo, estudiarlos en la fase siguiente.

## . ETAPA CODIFICADORA

### A) *Codificación Francesa*

Domat trata de la sociedad en el Libro I, título VIII, de “Les Loix Civiles dans leur ordre naturel” (69). En la sección IV de ese título dedicada a las obligaciones de los socios y dentro del apartado XIV afirma que todas las pérdidas que experimente el fondo social son comunes a todos los socios. Pero para determinar cuándo las aportaciones deben ser consideradas como fondo social, recurre al conocido ejemplo de Celso de la Ley 58, 1, donde sabemos era la “collatio” del numerario a la “societas ad mercen emendam” el momento determinante del tránsito de los riesgos. La postura de Domat, aunque en cierto momento, conforme al precedente romano, sostiene que no basta la simple destinación del metálico, es mucho más matizada: según él es preciso discernir si la sociedad estaba ya constituida, cuál era el destino del dinero o de cualquier otra aportación, qué pasos se habían dado para aportarlo al fondo común, etc. Sólo ponderando estas circunstancias se podría juzgar si la cosa perdida era de la sociedad o del socio y consecuentemente quién pechaba con su pérdida (70).

El ejemplo de la cuadriga, el de la ley 58, pro. no lo esgrime Domat dentro de la anterior temática, sino en la Sección V, apartado XVIII, y concretamente al preguntarse si la pérdida de la aportación de uno de los socios provoca la disolución de la sociedad. Naturalmente a esa cuestión en abstracto, responde que no, que la destrucción de una aportación no implica la de la sociedad, pero,

---

(69) La edición consultada está impresa en París en 1777, chez Nyon aîné, Libraire, rue Hautefeuille.

(70) “Toutes les pertes du fonds de la société sont communes aux associés. Mais pour juger si l'argent, ou autre chose qui vient à périr, doit être regardée comme étant dans le fonds de la société, ce n'est pas assez qu'elle fut destinée pour y être mise: et il faut considérer les circonstances où sont les choses quand la perte arrive. Ainsi, par exemple, si l'argent qu'un associé devoit fournir pour acheter des marchandises, périt chez lui, avant qu'il ait mis dans le coffre de la société ou rapporte en commun, il est perdu pour lui. Mais si cet argent devoit être porté en voyage pour une emplette, et qu'il soit volé en chemin, la société en souffre la perte, quoiqu'il ne fût pas encore employé; parce que c'étoit pour la société qu'il était porté, et la destination étoit voisine aux périls de la société. Et dans les autres événements semblables, la perte regarde ou ne regarde pas la société, selon l'état des choses. Et il faut discerner si la société est déjà formée, quelle est la destination de l'argent ou autre chose qui doit y être mise, quelles démarches ont été faites pour l'y mettre, et les autres circonstances par où l'on peut juger si la chose qui périt doit être considérée, ou comme étant déjà dans la société, ou comme étant encore à celui qui devoit l'y mettre”, y a continuación reproduce, como decimos en el texto, el fragmento “item Celsus...”.

en cambio, en el concreto ejemplo de Celso, sí, porque los caballos no se hacían comunes hasta la venta de la cuadriga (71).

Este apartado XVIII cabe considerarlo como muy importante dentro de la evolución histórica del problema que estudiamos, porque por primera vez se conecta en él, el tema de la destrucción de la aportación de un socio y el de la disolución de la sociedad, y aunque Domat lo resuelva correctamente, el tratamiento, tan próximo, de ambas cuestiones, sin duda será el arranque de toda la confusión posterior que hoy se refleja en nuestro artículo 1.701.

Independientemente del anterior problema, Domat se ocupa, dentro también de la Sección V, pero en el apartado 11, de la disolución de la sociedad por conclusión del negocio o desaparición de todas las cosas que constituían el patrimonio social, concluyendo conforme al conocido pasaje de la ley 63, 10, "neque enim eius rei quac iam nulla sit, quisquam socius est", que, efectivamente, la sociedad en esos casos se extingue. Vemos, por tanto, cómo se van conformando paralelamente los artículos 1.700, 2.º y 1.701.

En resumen, pues, en la obra de Domat, que por cierto, expone el tema de la sociedad dentro de una sistemática muy parecida a la actual, se ha dado un paso más que el de Baldo para quien la sociedad "ad vendendam quadrigam" recaía sobre el precio futuro y no sobre los caballos. Para el "avocat de Clermont", los animales no se hacen comunes, quizá por la misma razón que para el glosador, pero aquél se cuida de subrayar que se trata de un ejemplo muy concreto y que la regla general es que la destrucción de una aportación no extingue la sociedad. Pero con ello "Les Loix civiles dans leur ordre naturel" implicaba peligrosamente, las hasta entonces desconexas cuestiones de la aportación y la extinción social, mescolanza en la que incidirá ya, lógicamente, Pothier.

Pothier, autor clave en tantas instituciones civiles, será también quien diga la última palabra doctrinal sobre nuestro problema, antes de su trastueque por los distintos proyectos codificadores. Trata dicho autor de las sociedades civiles en el tomo IV de sus "Oeuvres",

(71) "La perte de la mise d'un associé ne doit pas opérer la dissolution de la société, parce que la perte ne tombe pas plus sur lui, que sur les autres associés: la mise d'un associé devient un effet commun des associés, c'est un effet de la société, en sorte que si cette mise se perd, chacun des associés doit en supporter la perte: on ne peut pas dire que l'associé dont la mise est perdue, n'ait plus rien dans la société, puisqu'il a part dans les mises des autres associés; si cependant deux personnes convenoient de vendre ensemble des effets appartenans à chacun d'eux, dans l'espérance que ces effets réunis se vendroient plus cher que si on les vendoit séparément, et stipuloient que le prix qui en proviendrait seroit partagé entr'eux à proportion des effets appartenans à chacun d'eux, il seroit naturel de dire dans ce cas que l'espece de société contractée entr'eux finiroit par la perte des effets de l'un d'eux, parce que ces effets ne sont pas devenus communs entre ces deux parties, ce qui fait que l'un d'eux perdant son effet, ne peut rien prétendre dans le prix qui proviendra de la vente des autres effets." Se comprueba cómo Domat también parece interpretar el ejemplo celsiano de la cuadriga (que a continuación de lo transcrito, reproduce), como un caso de sociedad sujeta a condición o término, como se desprende del hecho de que en ella las aportaciones "no se han hecho comunes".

dedicado, como el III a los contratos en particular (72) y su estudio lo afronta en nueve capítulos, dedicados a su naturaleza, clases, cláusulas más frecuentes, forma, derechos de los socios, responsabilidad y obligaciones de los mismos, disolución y partición.

Como se advierte, no reserva ningún apartado específico para estudiar el problema de los riesgos de una aportación y sus consecuencias, sino que, al igual que Domat, se preocupa de él en diferentes lugares y por diferentes motivos.

En primer lugar, dentro del capítulo segundo, al enumerar las clases de sociedades y, concretamente, al ocuparse de la "sociedad particular", enseña en qué consiste ésta y por qué títulos —de propiedad o de usufructo (goce, para nosotros)— pueden efectuarse las aportaciones e inmediatamente, al proponer ejemplos de estas dos variedades aportacionales, extrae consecuencias referentes a quien debe soportar su hipotética pérdida (73). En efecto, partiendo del ejemplo de dos vecinas que constituyen una sociedad a la que aportan cada una una vaca para su provechamiento conjunto, afirma Pothier que si la aportación de los animales se hizo en propiedad, la pérdida de uno de ellos será común y la vaca que queda continuará perteneciendo a las dos asociadas (74), pero si la aportación se hace a título de goce, cada vecina sigue siendo dueña de su vaca respectiva y sobre cada una de ellas recaerán las consecuencias de su pérdida, sin afectar para nada a la otra (75).

(72) *Oeuvres*, de POTHIER, annotées et mises en corrélation avec le Code Civil et la législation actuelle, par M. BUGNET, t. IV, Paris, 1874.

(73) "On peut contracter société de choses particulières, et même d'une seule chose: "societates contrahuntur unius rei", L. 5, ff. Pro. soc.; comme lorsque deux voisins conviennent d'acheter à frais communs une vache; pour la nourrir et la soigner en commun, et en partager le profit.

On peut mettre dans cette espèce de société de choses particulières, de même que dans les sociétés universelles, ou les choses mêmes, ou seulement l'usage et les fruits à percevoir de ces choses.

Par exemple, lorsque deux voisins qui avaient chacune une vache, sont convenus que les deux vaches seraient communes entre elles, c'est une société des choses mêmes: chacune des associées n'est plus propriétaire séparément de sa vache, elles sont chacune propriétaire en commun de deux vaches. C'est pourquoi si l'une des deux vaches vient à mourir, la perte sera commune, et celle qui reste continuera d'appartenir en commun aux deux associées, sans que celle qui l'a apportée à la société puisse y prétendre plus de droit que l'autre. Mais si ces deux voisins, sans convenir que leurs vaches seraient communes, sont seulement convenus qu'elles en percevraient en commun tous les fruits et profits qui en proviendraient, ce ne sont pas en ce cas les vaches elles-mêmes qui sont mises en société; chacune des associées demeure propriétaire séparément de sa vache; et si elle vient à mourir, elle en souffre seule la perte, sans pouvoir rien prétendre de l'autre."

(74) Aún no había elaborado la jurisprudencia francesa la personalidad jurídica de las sociedades civiles, de ahí que se hable de que las vacas son "colectivas" o que pertenecen a las dos vecinas en "común".

(75) No deja de ser extraña esta conclusión respecto de las aportaciones de goce, porque si al menos había comunidad de frutos y aprovechamientos, estos deberían seguir siendo comunes independientemente de la suerte que pudiera correr el capital fructífero. Hay que pensar que Pothier estaba sólo preocupado por decidir quién soportaría la pérdida de la propiedad de la vaca y olvidó mencionar el destino de los aprovechamientos comunes.

Siempre buscando la claridad expositiva vuelve a proponer otro ejemplo (76); ahora el de una sociedad para vender en común ciertas cosas que pertenecen a cada uno de los socios, esto es, un ejemplo idéntico al de la cuadriga que por lo demás reproduce a continuación. Y conforme al criterio de Celso decide que es preciso examinar cuál ha sido la intención de las partes: si su propósito era hacer una sociedad sobre las cosas a vender, la pérdida de una de éstas será común, pero si ha sido constituir la sociedad sobre su precio, la pérdida recaerá por entero sobre aquel de los socios a quien pertenecía la cosa destruida. Aún insiste Pothier en la misma idea con otro ejemplo más relativo a dos comerciantes asociados para la venta de sus mercancías (77).

Observemos que los dos últimos supuestos, montados sobre las huellas de la Ley 58, pr. son muy distintos del primero, el de las vacas, porque en éste había una sociedad inmediata, recayente sobre los aprovechamientos de las mismas, en tanto que en aquéllos, la sociedad hay que entenderla contraída, según nuestra interpretación, bajo término o condición, si el propósito era hacer común el precio de la mercancía, porque hasta que no se hubiera vendido ésta, no existiría fondo común. La sociedad en los dos últimos ejemplos de Pothier se hallaba sujeta a una condición o término suspensivos —la venta— y por eso al no cumplirse ésta no puede pretender nadie tener participación en una sociedad que no llegó a fraguarse. Pero, en la hipótesis de las vacas, sí había sociedad pura y desde luego, si bien limitada al goce, de suerte que lo lógico hubiera sido mantener la sociedad con esa limitación y no afirmar que un socio no puede pretender nada del otro.

Preocupado tan sólo en subrayar la diferencia que media entre una sociedad de propiedad y una de goce, no se percató el ilustre magistrado de Orleans, de que está mezclando ejemplos heterogé-

---

(76) "Pareillement, lorsque deux personnes contractent entre elles une société pour vendre en commun certaines choses qui appartiennent à chacune d'elles, et en partager le prix, il faut bien examiner quelle a été leur intention. Si elle a été de mettre en société les choses mêmes, la société sera des choses; et si l'une des choses vient à périr avant la vente que les parties se proposaient d'en faire, la perte en sera commune. Mais si elle a été de mettre en société non les choses mêmes, mais le prix de la vente qui en serait faite, la perte tombera en entier sur celui des associés à qui la chose appartenait.

C'est la distinction que fait Celse dans l'espèce suivante: "...", y reproduce aquí Pothier la Ley 58, pr.

(77) "On doit faire la même distinction à l'égard de deux marchands qui se seraient associés pour la vente des marchandises qu'ils avaient chacun dans leur boutique. Si leur intention a été de mettre en société leurs marchandises, et que depuis, celles qui étaient dans la boutique de l'un d'eux soient péries par le feu du ciel tombé sur cette boutique, la perte tombera sur la société, et l'associé dont la boutique a été incendiée continuera d'avoir part dans les marchandises de la boutique de l'autre associé. Mais si l'intention de ces marchands a été de contracter société, non des marchandises, mais du débit qu'ils en feraient, la perte qui est arrivée par le feu du ciel qui est tombé sur la boutique de l'un de ces marchands, tombera sur lui seul, et il n'aura pas de part à prétendre dans les marchandises de l'autre."

neos y de que está aplicando a una sociedad efectiva y de presente, una solución que Celso propuso para una sociedad de eficacia suspendida o para algo que no era ni siquiera una sociedad (78). Posiblemente se encuentre en esta desafortunada generalización y mezcla, junto con los otros ingredientes de que hablaremos enseguida, el origen de la errónea creencia de que si la aportación de goce se destruye, la sociedad se extingue, presente en el artículo 1.701, párrafo 2.º.

En segundo lugar vuelve Pothier a tratar el tema de los riesgos incidentes sobre una aportación, en el capítulo VII, referente a las obligaciones respectivas de los socios. Distingue él, como ya luego todos los tratadistas posteriores, dos tipos fundamentales de obligaciones: las de los socios con la sociedad y viceversa. Dentro de las primeras y, concretamente, dentro de la obligación de efectuar la aportación prometida (que llegaría hasta nuestro art. 1.681, párrafo primero) expone el ilustre magistrado, con todo detenimiento el problema suscitado por la destrucción de esa aportación que se promete.

Y no demora mucho el hacerlo, porque nada más afirmar que es evidente que cada uno de los socios es deudor a la sociedad de todo lo que ha prometido aportar a ella, añade toda una aplicación de la teoría general de la extinción de las obligaciones por pérdida de la cosa debida, a la concreta obligación de aportar. En efecto, encontramos en esos párrafos de las "Oeuvres" la consabida distinción entre obligación de entregar cuerpos ciertos y determinados cuyo perecimiento extingue a aquélla (a salvo los efectos de la "mora debitoris") y la obligación de entregar una cosa genérica, a la que resulta aplicable el principio "genus nunquam perit" (79).

De ambos supuestos propone sendos ejemplos, pero es curioso que el elegido para explicar la subsistencia de la obligación de aportar las cosas genéricas prometidas, aunque hayan perecido, sea el tan reiterado de la ley 58, 1 ("societas ad mercem emendam"). Parece que Pothier sugiere así una lógica interpretación del porqué de los efectos que desplegaba la "collatio" en el oscuro pasaje: como se trataba de entregar una cosa genérica, más precisamente,

---

(78) Domat había dicho, respecto a ese supuesto y sobre la base de D. XVII, II, 33 ("... quod a societate longe remotum est"), que el acuerdo para comprar en común una cosa no constituye sociedad. Vide *Les Loix...*, citada, tít. VIII, Secc. II § VII.

(79) "Il est évident que chacun des associés est débiteur à la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter.

Mais lorsque les choses qu'il a promis d'y apporter, sont des corps certains et déterminés, si ces choses viennent à périr sans la faute de cet associé, et avant qu'il ait été constitué en demeure par son associé de les apporter à la société, il est quitté de son obligation, de même que s'il les avait apportées.

Cela est conforme aux principes de droit établis en notre *Traité des Obligations*, part. 3, chap. 6, suivant lesquels dans toute les dettes de corps certain, la chose due est aux risques du créancier à qui elle est due, et le débiteur est libéré lorsqu'elle périt sans sa faute, et avant qu'il ait été mis en demeure de la payer."

una suma de dinero, no se extinguiría la obligación por su pérdida a menos que ya se hubiese especificado mediante la "colación" de la suma (80).

(80) "Ceci s'éclaircira par un exemple :

Jacques a proposé à Pierre, marchand de vin en détail, son ami, de l'associer à son commerce de vin : en conséquence, ils ont passé un contrat de société à laquelle Pierre a apporté cent pièces de vin qu'il avait dans sa cave. Jacques, de son côté, a promis d'y apporter et de faire conduire dans la cave de Pierre cent autres pièces de vin, provenant de sa récolte d'une certaine maison de vignes du dit Jacques, qui étaient encore dans le cellier de cette maison, où Pierre las a goûtées; et les parties sont convenues de partager par moitié la somme qui proviendrait de cette société, déduction préalablement faite des frais, et d'une certaine somme convenue que Pierre prélèverait pour ses peines. Depuis, avant que Jacques ait été mis en demeure de faire voiturier dans la cave de la société les cent pièces de vin, le feu du ciel est tombé sur le cellier où elles étaient, et en a consumé la plus grande partie. Cette perte, survenue par une force majeure, sans la faute de Jacques, et avant qu'il ait été mis en demeure, doit tomber sur la société et non sur Jacques seul, qui, en faisant conduire dans la cave de la société ce qui est échappé au tonnerre, est quitté de son obligation, comme s'il y avait conduit le total.

Mais si cet accident du feu du ciel n'est arrivé que depuis que Jacques a été mis en demeure, par una sommation judiciaire que lui a faite Pierre, de faire conduire dans la cave de la société les cent pièces de vin qu'il s'était obligé d'y faire conduire, la perte, en ce cas, ne doit pas tomber sur la société, qui ne doit pas souffrir de la demeure injuste de Jacques; et, non obstant l'accident qui est arrivé, Jacques demeure débiteur envers la société des cent pièces de vin qu'il a promis d'y apporter."

Se extiende luego Pothier sobre la posibilidad de enervar los efectos traslativos del riesgo que acarrea la "mora debendi", si el deudor demuestra que el caso fortuito hubiera afectado igualmente a las cosas debidas, de haberlas entregado a tiempo.

Refiérese a continuación a las aportaciones de géneros:

"Tout ce qui vient d'être dit sur l'extinction des choses qu'un associé a promis d'apporter à la société, ne reçoit d'application que lorsque ces choses sont des corps certains et déterminés.

Mais lorsque ce qu'un associé a promis d'apporter à la société, est une certaine somme d'argent, ou une certaine quantité de blé, de vin, etc., ou des corps indéterminés, comme tant de vaches, sans déterminer lesquelles; il est évident qu'il ne peut y avoir lieu à ces questions, ne pouvant pas y avoir d'extinction de ce qui est indéterminé, "genus nunquam perit". Voyez notre *Traité des Obligations*, n.º 658.

Ceci sert à décider l'espèce suivante. Nous avons contracté une société pour aller acheter en différentes provinces certaines marchandises que nous ferions venir ici pour les y revendre, et nous sommes convenus d'apporter chacun 1.000 écus dans cette société. Si, avant d'exécuter cette convention, des voleurs ont forcé votre coffre-fort, et vous y ont volé une somme de 1.000 écus que vous destiniez pour la société, cette perte ne tombera pas sur la société; car ces deniers qui vous ont été volés, non-seulement n'appartenaient pas à la société, mais on ne peut même dire que c'était précisément de ces derniers qui ont été volés, que vous étiez débiteur envers la société.

C'est pourquoi le vol qui vous en a été fait, ne peut vous procurer la libération de la somme de 1.000 écus que vous avez promis d'apporter à la société. Mais si, étant parti pour aller en marchandises, en execution du contrat de société, vous avez pros cette somme sur vous, et qu'on vous l'aie volée en chemin, la perte tombera sur la société de 1.000 écus que vous lui deviez, en emportant avec vous ces derniers pour le voyage que vous faisiez en exécution de la société: ces derniers sont par là devenus les deniers de

Interesa resaltar que es este capítulo el que verdaderamente y en sede apropiada, encara la cuestión del “periculum” en las aportaciones, distinguiendo, como en toda obligación, su carácter genérico o específico, y, curiosamente, de estos párrafos de las “Oeuvres” no se recibió nada en los textos codificados y ha podido parecer por ello que la materia, huérfana realmente de regulación, se halla normada por otro precepto (v. gr. entre nosotros por el art. 1.701).

En tercer y último lugar (81), Pothier vuelve a tratar el tema de los riesgos en el capítulo VIII, relativo a las diferentes maneras por las que concluye la sociedad.

Entre las cinco que enumera —expiración del plazo, extinción de la cosa o consumación del negocio social, muerte natural o civil de un socio, su quiebra y la renuncia—, sólo nos interesa aquí la segunda.

De ella y bajo la rúbrica “de la extinción de la cosa que constituye el objeto de la sociedad y de la consumación del negocio”, nos dice Pothier que cuando la sociedad ha sido concertada sobre una cierta cosa, es evidente que la sociedad debe concluir si se extingue esa cosa, como ocurre en una sociedad sobre un asno que fallece, pero que cuando la sociedad recae tan sólo sobre los aprovechamientos de las aportaciones, y perece alguna, la sociedad “cesará”, porque siendo de la esencia de la sociedad que cada uno de los socios contribuya a ella (82), no puede ya haber sociedad, cuando uno de los socios no tiene ya con qué contribuir” (83).

---

la société, dont le vol doit par conséquent tomber sur la société.” Y a continuación transcribe el fragmento 58, 1 de Ulpiano-Celso.

(81) En puridad, de riesgos también se ocupa en el núm. 126 del capítulo VIII, pero sólo de aquellos que pueden afectar a una aportación de goce que la sociedad debe devolver porque se va a disolver o por otra causa cualquiera. Precisamente contiéndense aquí los antecedentes literales del actual artículo 1.687, pero, aunque cercano, no es ese nuestro tema y lo pasamos por alto.

(82) En efecto, en el § 3.º del capítulo 1.º había adelantado que “es de esencia de la sociedad”, además de un “interés común a las partes”, de la “prosecución de una ganancia partible” y de un “objeto lícito”, el que “cada uno de los socios aporte o se obligue a aportar alguna cosa a la sociedad”.

(83) “Lorsque la société a été contractée d’une certaine chose, il est évident que la société doit finir par l’extinction de cette chose.

Par exemple, si deux paysans voisins ont acheté en commun un âne pour porter verdure au marché leurs denrées, il est évident que si l’âne vient à mourir, la société de cet âne qui était entre eux sera finie: “neque enim ejus rei quae jam nulla sit quisquam socius est”. L. 63, § 10 ff. Pro socio.

Lorsque la société n’est pas de choses mêmes, et que les associés ont contracté société seulement des fruits qui proviendraient de certaines choses qui appartiennent à l’un des associés sont péries, la société cessera; car étant de l’essence de la société que chacun des associés y contribue, il ne peut plus y avoir de société, lorsque l’un des associés n’a plus rien de quoi y contribuer.

Lorsque deux personnes ont contracté société pour vendre en commun certaines choses qui leur appartiennent, et que ce ne sont pas les choses mêmes qu’elles ont mises dans la société, mais le prix qui proviendrait de la vente qui en serait faite; si avant la vente, les choses qui appartiennent à

Pero he aquí que Pothier apoya esta última y sorprendente (84) conclusión en tres ejemplos de los cuales los dos primeros ya nos son conocidos: uno el de las vacas, que constituye un desarrollo irrefutable, aunque erróneo, del principio teórico que explica, pero el segundo es, otra vez, el de la ley 58, pr. ("societas ad vendendam quadrigam") cuyo supuesto, de constituir una sociedad, sería, a nuestro modo de ver, bajo condición o término.

Enseguida se nos ocurre pensar que es este ejemplo el que conduce al preclaro jurista francés al error de afirmar que si la aportación es a título de goce y perece, la sociedad se extingue. Conclusión que no está avalada por ninguna lógica y que además se contradice con lo que había expuesto antes, al ocuparse por primera vez del ejemplo de la ley 58, pr. Porque, efectivamente, son supuestos muy distintos el de una sociedad que recae no sobre las cosas que se aportan, sino sobre su precio y el de una sociedad que recae no sobre la propiedad de las cosas, sino sobre su aprovechamiento. Pero Pothier los amalgama y apoyándose en uno soluciona el otro y de ambos extrae el erróneo principio.

Recapitulando un poco, para no perder el hilo expositivo, repetimos que Pothier se ocupa del riesgo que puede experimentar una aportación en tres lugares: al enumerar las clases de sociedades particulares; al desarrollar la "obligación de aportar" y al relacionar

---

*l'un des associés sont péries, la loi 58, dont nous avons rapporté l'espèce supra n.º 54, décide que la société est éteinte.*

*La raison est celle que nous venons de dire, que cet associé n'ayant plus de quoi contribuer à cette société, elle ne peut subsister.*

*Lorsqu'un marchand de bois a contracté une société avec un tonnelier pour faire et vendre des tonneaux, à laquelle société le marchand devait apporter le bois, et le tonnelier son travail seulement pour faire les tonneaux; ce tonnelier étant depuis devenu paralytique, et incapable par conséquent de faire des tonneaux, cette société consse-t-elle en ce cas, et peut-on dire que le tonnelier n'a plus de quoi y contribuer?*

*Non; car, en se chargeant par le contrat de faire des tonneaux, il s'est chargé de les faire, non précisément par lui-même, mais soit par lui, soit par ses ouvriers, et il a par conséquent de quoi contribuer à la société ce qu'il a promis d'y contribuer.*

*Quid, si le marchand, qui n'a contracté la société que par le confiance qu'il avait dans l'habilité de cet ouvrier, avait mis une clause dans le contrat de société, que ce tonnelier no pourrait faire les tonneaux par d'autres que par lui? En ce cas, on peut dire que la société est éteinte, puisque la chose que cet associé a promis d'apporter à la société est éteinte; car ce n'est pas seulement la façon de tonneaux, mais son travail personnel qu'il a promis d'apporter à la société, et qu'il ne peut plus y apporter. Le marchand fera néanmoins prudemment de lui signifier une renonciation à la société.*

*Lorsque deux ou plusieurs personnes ont contracté société pour une certaine négociation, cette société sera finie lorsque la négociation aura été consommée. Par exemple, lorsque deux marchands ont contracté société pour acheter ensemble une certaine partie de marchandises qu'ils iraient vendre à la foire de Guibray, il est évident que cette société sera finie lorsqu'ils les y auront toutes vendues."*

(84 bis) Acertadas en la medida en que son concordés con el pensatitudo sobre los aprovechamientos de las vacas, debe subsistir sobre los que de éstos queden, independientemente de la suerte que corra la nuda propiedad. Véase la nota (75) y la posible razón de esta extraña solución.

las causas de extinción social. En la primera sede incide ya en el error de afirmar que si perece la aportación hecha a título de goce, el aportante no puede “pretender nada del otro socio”. Equivocación motivada, al parecer, de un lado, por estar absorto en la suerte que en la aportación de goce experimenta la nuda propiedad y de otro por la confusión entre la hipótesis de una sociedad con aportaciones de goce y la considerada “sociedad sobre el precio” en el conocido ejemplo de la ley 58, pr. En la segunda sede, aborda el problema de los riesgos que pueden afectar a una aportación y, en cuanto ésta no es sino una obligación de dar, le aplica los principios generales sobre el “periculum” en estas obligaciones, de suerte que si se prometió cosa específica “casus sentit creditor” y si genérica, y por aplicación del brocardo “genus nunquam perit”, “casus sentit debitor”. Pero las acertadas (84 bis) soluciones de esta parte de la obra de Pothier se perdieron en las sucesivas redacciones del futuro Code, según habremos de ver. De la tercera “sedes materiae”, por último, han surgido tanto el artículo 1.700, número 2, como el 1.701. Aquél, cuya trayectoria desde la ley 63, § 10 del Digesto nunca ha tropezado con la de éste, tiene su fuente en la primera frase con que inicia el estudio de la terminación de la sociedad por pérdida de la cosa y en el ejemplo del asno: si la sociedad se contrae a un objeto y todo este perece, la sociedad, en principio debe extinguirse. Este, el artículo 1.701, trae su causa del párrafo siguiente (numerado como 141 por Pothier) y de los ejemplos de sociedad para aprovechar conjuntamente dos vacas y de sociedad para vender una cuadriga (ley 58, pr. del Digesto). Naturalmente partiendo de tan heterogéneos y anómalos presupuestos el artículo no podía resultar muy acertado. Porque, por la misma confusión entre sociedad de goce y sociedad sobre precio futuro, que ya había anticipado en la primera sede, llega Pothier a la afirmación de que si una aportación no dominical perece, la sociedad se extingue. En otras palabras: el párrafo segundo artículo 1.701 procede de la desacertada extensión que efectúa Pothier de una solución acuñada por la Antigüedad para una sociedad sobre el precio futuro, a una sociedad sobre los aprovechamientos de los bienes aportados. El párrafo primero de nuestro artículo, aunque sin apoyo literal en Pothier, se inspirará en la misma idea que el segundo.

Pero aún hay otro factor que destacar en el jurista galo: y es su visión bilateral de la sociedad, en el sentido de que para Pothier la unión social se da siempre entre dos partes exclusivamente. No lo dice expresamente ni lo hubiera podido decir, porque sabía que la sociedad podía comprender tres o más personas. Pero al exponer, al razonar y sobre todo, al ejemplificar, Pothier está siempre pensando en una sociedad de dos miembros: dos vecinas, dos propietarios,

---

(84 bis) Acertadas en la medida en que son concordes con el pensamiento tradicional, no en cuanto a la corrección de su fondo, pues insistimos en que no creemos en las excelencias del “casus sentit creditor”, ni siquiera aplicado sólo a las cosas específicas.

dos comerciantes, etc. La consecuencia trascendental de ello será que Pothier olvide y margine el instituto de la resolución parcial, esto es la referida a uno sólo de los socios, permaneciendo el resto vinculados. Su visión, en alguna medida influida por el consabido "intuitus personae" de las sociedades llamadas por ello "personalistas", se heredó, como veremos, por los redactores del Código y nuestro precepto acabó siendo un mar de confusiones. Mas, debemos examinar de cerca esa evolución codificadora.

Pero antes y como resumen del significado de Pothier en la conformación del precepto que nos ocupa, hemos de concluir afirmando que en él confluyen todos los elementos anteriores: la existencia de dos enigmáticos pasajes en el Corpus (en especial el de la "quadriga"), la interpretación del mismo por la glosa como caso de sociedad sobre precio futuro, la aproximación hecha por Domat de los temas de pérdida de una aportación y extinción de la sociedad. Y a estos ingredientes añadirá el magistrado orleanés, fundamentalmente, otros dos: la confusión de la "societas ad vendendam quadrigam" o sobre precio futuro, con la sociedad con aportaciones de goce y la concepción bipolar de la sociedad que le lleva a no prever, apoyado en el "intuitus personae", la resolución parcial.

Los primeros intentos codificadores en el vecino país, no repararon en la cuestión de la pérdida de la aportación y en sus implicaciones en orden a la extinción de la sociedad. Así de los tres proyectos de Cambacères, el primero y el tercero se limitaron a consignar que la sociedad se disuelve por la desaparición de la cosa (85) y el segundo más conciso que los otros dos, pasa por alto toda alusión al pericimiento del patrimonio común (86). El subsiguiente proyecto de Jacqueminot, silencia incluso, como es sabido, toda la materia contractual y, sucesivamente, la relativa a sociedades (87).

Pero en cambio el llamado proyecto primitivo, el debido a la comisión integrada por Tronchet, Bigot-Preameneu, Portalis y Maleville, bajo los auspicios del primer Cónsul sí que recogió preceptos de gran interés para nosotros (88). La huella de Pothier en ellos es in-

---

(85) Cf. art. 13, 2.º, del primer proyecto, y 936 del tercero. Ambos pueden consultarse en la exhaustiva obra de FENET, P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, vol. 1.º, reimpresión de la edición de 1827, por Otto Zeller, Osnabrück, 1968, págs. 82 y 304.

(86) Véanse los arts. 223 a 233 del segundo proyecto, FENET, *op cit.*, eodem volumine, págs. 131 y 132.

(87) FENET, vol. 1.º, págs. 327 a 462.

(88) Sabido es que, aunque en la Constitución del año VIII era el Consejo de Estado, a iniciativa del Gobierno, el encargado de redactar los proyectos de ley, el "Code Civil" fue elaborado por una comisión de técnicos, integrada por Tronchet, presidente del Tribunal de Casación; Bigot-Preameneu, Fiscal General del mismo tribunal; Maleville, Consejero del Tribunal de Casación, y Portalis, Fiscal General del "Tribunal des prises". Este llamado "proyecto primitivo" que hoy adjetivaríamos, con más propiedad, de anteproyecto, fue redactado en cuatro meses y sometido luego al examen del Tribunal de Casación y de las "Cours d'appel". Posteriormente pasó ya, como estaba constitucionalmente ordenado, a la Sección de legislación del Con-

contestable. Así el artículo 54 del título XIX del proyecto (que luego sería el art. 1.865 del texto definitivo) establecía como segunda causa de terminación de la sociedad misma que lo era en las Oeuvres" o sea, la tan conocida de "extinción de la cosa o conclusión del negocio" (89).

Sin embargo en el artículo 57 (que luego sería el 1.867), se contenía un supuesto que ya nos resulta familiar (90): si se contrae sociedad para aportar a ella el precio de la venta a hacer en común de varias cosas pertenecientes a cada socio y la cosa de uno de ellos perece, la sociedad se extingue. Se trataba, como es evidente, del mismo ejemplo de la cuadriga de Celso. Los ilustres redactores del proyecto, no recogieron en este punto las erróneas consideraciones de Pothier sobre extinción de la sociedad si la aportación de goce se destruye, sino que seleccionaron en él la única hipótesis clara y de raigambre al respecto —la de la cuadriga—, a la que también se había referido otro de sus mentores: Domat. Lógicamente, habían generalizado la exposición del supuesto y hablaban de venta de "varias cosas" y no de una anacrónica cuadriga. En cambio, frente a la opinión de Domat, parece que ese acuerdo para vender sí era considerado por los comisionados como una auténtica sociedad (cf. "il a été contracté société..." "... est éteinte.") y por otra parte no se averigua cuál era la "ratio" de la disposición: si tratarse de una sociedad sobre cosa futura (el precio), o si de una sociedad condicionada a la venta, etc.

Por otro lado, Tronchet y sus colegas de Comisión no olvidaron regular el tema de los riesgos que pueden afectar a la obligación de aportar, lo que hubiera sido extraño dado el extenso tratamiento que al punto dedicaba Pothier. El artículo 21, nada más consagrar el principio de que cada socio es deudor hacia la sociedad de todo lo que ha prometido aportar a ella, remite para regular dicha obligación de entrega a la Sección 1.ª del Capítulo II del Libro III, esto es, a los que luego fueron los artículos 1.136 a 1.141 del Código francés

---

sejo de Estado y a la Asamblea General de éste, a fin de seguir el trámite ordinario de todo proyecto de ley. Del poder ejecutivo (del que el Consejo de Estado formaba parte) se remitió al Cuerpo legislativo, encargado de aprobarlo, si bien, antes de ello, lo debía someter a una especie de parlamento deliberante (no decisorio), el Tribunalado, que evitando al Pleno los apasionamientos de toda discusión, lo convertía en árbitro imparcial de su postura y la del gobierno. Con las conocidas depuraciones de que fueron objeto el Cuerpo legislativo y el Tribunalado y con la práctica de discutir oficiosamente con éste los distintos proyectos que de esta suerte no encontrarían obstáculos, el Código civil de los franceses superó los tropiezos iniciales y pudo ser promulgado unitariamente el 21 de marzo de 1804. Detalles sobre la confección histórica del Código galo pueden verse, por ejemplo, en FENET, *ob.* y como citados, págs. XXXIV a CXXXVIIJ, y en BEAUDANT, Charles, *Cours de Droit Civil Français*, París, 1896, págs. 66 y sigs. del tít. I (Introduction).

(89) Art. 54: "La société finit: ...

2.º Par l'extinction de la chose, ou la consommation de la négociation."

(90) Art. 57: "S'il a été contracté société pour y mettre le prix de la vente, à faire en commun de plusieurs choses appartenant à chaque associé, et que la chose de l'un d'eux périsse, la société est éteinte."

y 1.094 a 1.097 del nuestro, relativos todos a la obligación de dar. Conteníanse en la sede remitida, aparte otras prescripciones harto conocidas para las obligaciones de entrega, como por ejemplo, la obligación de conservar la cosa como un buen padre de familia, etc., dos artículos que, aunque con distinto origen, insistían en la misma idea: el deudor de la entrega no pecha con los riesgos a menos de incurrir en mora. Es cierto que no se distinguía entre obligaciones genéricas y específicas, pero ello había que achacarlo a un olvido fácilmente subsanable. En definitiva, pues, la obligación de aportar se regulaba en este proyecto primitivo como cualquier otra obligación de dar y los riesgos seguían la regla general de los que afectan a esa índole de obligaciones, si versan sobre cosas específicas: "casus sentit creditor".

Dentro de la información pública a que se sometió el anteproyecto, el Tribunal de casación, advirtió respecto al artículo 57 que era más indicado substituir la hipótesis extraordinaria en él prevista por el caso de una sociedad contraída para la explotación de una fábrica. Si ésta se destruye, la sociedad se extinguiría (91). Y el Tribunal de Toulouse, único que con el anterior reparó en el artículo 57, dijo de él que "parecía inútil" (92).

En el anteproyecto presentado a la deliberación del Consejo de Estado se aceptaba la relación de causas extintivas de la sociedad propuesta por la Comisión Redactora y entre ellas la causa segunda del artículo 54 (que ahora iba numerado como 36) referente a la "extinción de la cosa o terminación del negocio". Como no experimentará ninguna variación de relieve hasta desembocar en nuestro artículo 1.700, número 2, debemos abandonar su trayectoria, una vez demostrado que el artículo 1.701 no se pensó como desarrollo o complemento del mismo.

Por el contrario, en ese anteproyecto que M. Berlier ofrecía a la deliberación del Consejo de Estado el artículo 57 del de la comisión, ahora bajo el número 38, aparecía notablemente alterado. Decía ese nuevo artículo 38 (93) que "la cosa que uno de los socios debía poner en la sociedad y que ha perecido, opera la disolución por relación a todos los socios". He aquí en lo que se había convertido el ejemplo de Celso, adoptado por la Comisión. Seguramente influida por las críticas del Tribunal de Casación y por la del de

---

(91) El Supremo Tribunal del vecino país proponía como art. 56 que reemplazaría al 57 del proyecto, el siguiente: "S'il a été contracté société pour l'exploitation d'une usine, et que cette usine périsse, la société est éteinte", y razona la sustitución diciendo: "L'exemple d'une usine périe et entraînant la dissolution de la société formée pour son exploitation a paru plus sensible que celui proposé par le projet, qui présente une hypothèse extraordinaire"; FENET, t. II, pág. 735.

(92) "Art. 57. Cet article paraît inutile." FENET, t. V, pág. 623.

(93) Art. 38 del título XIV del Libro III del anteproyecto de Código civil presentando a la discusión del Pleno del Consejo de Estado por M. Berlier el 5 de enero de 1804: "La chose que l'un des associés devait mettre dans la société, et qui a péri, opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés."

Toulouse, la Sección de legislación del Consejo de Estado, al que la Comisión había entregado su dictamen, para que siguiese el curso correspondiente (94) creyó conveniente si no suprimir, sí al menos generalizar el supuesto excepcional de que partía el artículo 57, para que pudieran incluirse en él otras hipótesis más verosímiles. Seguramente también, se había vuelto a Pothier, al Pothier equivocado de las causas de extinción de la sociedad y sin percatarse, además de que el magistrado de Orleans operaba sobre la base de aportaciones de goce, se dice ahora, con manifiesta falta de sintaxis, que “la cosa perecida extingue la sociedad”. Que se ha acudido a Pothier nuevamente, lo prueba el empleo de la enigmática frase “par rapport à tous les associés”, por relación a todos los socios, que sólo tiene sentido si se está refiriendo a la explicación que daba el jurista galo de por qué si la aportación de goce se imposibilitaba, la sociedad debía extinguirse: porque el socio afectado no tenía ya con qué contribuir y los demás sí. Por eso “en relación con ellos” la sociedad debía disolverse. Que se ha interpretado mal a Pothier, quien a su vez había comprendido mal el precedente romano, lo patentiza el que no se hable de aportación a título de goce, como decíamos, sino de aportación en general, sin distinguir su título, y además empleando una poco ortodoxa frase. El caso es que tampoco podía subsumirse en el nuevo precepto, el ejemplo propuesto por el Tribunal de Casación que se refería a aportaciones ya efectuadas (una fábrica en explotación), con lo que el desacierto del cambio fue total.

Aun así, los miembros del Consejo de Estado no repararon en

---

(94) Los miembros de la Comisión no estudiaron las observaciones de los tribunales, sino que las unieron a su dictamen y lo trasladaron todo a la Sección de Legislación, donde, sin embargo, debieron estar presentes cuando se produjo la alteración del precepto. Así lo afirma JACQUES MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au Conseil d'Etat*, París, 1805, pág. xj del prefacio, quien, sin embargo, pese a su privilegiada concurrencia tanto a la Comisión inicial como a las deliberaciones de la Sección del Consejo, no nos aclara nada, en su comentario al art. 1.867 del porqué del cambio, sino que su glosa se expresa en estos términos.

“La propriété d'une chose; il faut que ce soit une chose importante, et qui ait déterminé la société; car dans le cas contraire, ou si l'une des choses promises seulement, et la moins importante, venait à périr, l'associé devrait être admis au remplacement, ou à une indemnité. La loi 63, ult. ff. hinc., dit que la société finit pas la perte de la chose, “si nullae relinquantur vel conditionem mutent”. Et par rapport à la seconde partie de l'article, la loi 5, ff. hinc., dit “si frui no liceat”.

Sur la troisième partie de l'article, les lois 58 et 82, ff. hinc., décident que si l'argent promis par l'associé, périt avant d'être apporté “in arcam comunem”, la perte en est pour l'associé; si après pour la société.”

Es una lástima que las prevenciones que el ilustre magistrado francés hace respecto de que la cosa perdida ha de ser importante y ha de haber determinado la sociedad, porque si no el socio afectado podría reemplazarla o resarcir el perjuicio, no hayan encontrado ningún resquicio en la letra del precepto. Ello, unido al silencio sobre el cambio de redacción efectuado, nos induce a pensar que Maleville no debió ser autor de ninguna de las versiones del artículo, limitándose a ser un lejano espectador de su evolución.

ese artículo 38, que devino de esta suerte el artículo 36 del proyecto definitivo.

En cambio la Sección de legislación del Tribunado, a la que oficialmente se comunicó el proyecto, enmendó notablemente el artículo (95). En su sesión de 29 de pluvioso del año XII (19 de febrero de 1804), dicha Sección propone una redacción que es, en sustancia, la que ha llegado hasta nosotros. Su enmienda estaba motivada porque le parecía que el artículo 36 del proyecto definitivo no distinguía suficientemente las diversas posibilidades que podían darse. La Sección enmendante estaba desde luego, penetrada de la errónea idea de que la pérdida de una aportación prometida debía disolver la sociedad, tal cual se disponía en el precepto debatido, pero creía que el verbo "devait mettre" (96) del texto no determinaba con precisión el momento hasta el cual la pérdida de la aportación desplegaba sus efectos disolutorios. También se percató de que la fuente pothériana se refería a aportaciones de goce y era preciso destacarlo. Por eso distinguió dos instantes —el anterior y el posterior de la "mise en commun"— y dos modalidades de aportación —la de propiedad y la de goce—. Respecto a esta última especie de aportación, no hacía sino seguir fielmente la confusión de las "Oeuvres", pero en cambio, sobre la aportación dominical nada había dicho Pothier y la Sección del Tribunado tuvo que proceder analógicamente. Si el motivo de que el percimiento de una aportación de goce disuelva la sociedad es el de que el socio incumple una obligación esencial cual es la de aportar, ¿hasta cuándo puede decirse que ha incumplido su obliga-

(95) "L'article 36 du projet —explica el Tribunado— porte: "la chose que l'un des associés dévait mettre dans la société, et qui a péri opère la dissolution de la société."

Lorsque la chose dont l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété même, vient à périr avant que la mise en commun en soit effectuée, la perte de cette chose doit sans doute opérer la dissolution de la société, cet associé se trouvant réduit à l'impossibilité de réaliser sa mise.

Si la chose dont la propriété même, est mise en commun ne vient à périr qu'après avoir été effectivement apportée à la société, la perte tombera alors sur la société qui en est demeurée propriétaire.

Si ce n'est pas la propriété même, mais la seule jouissance, ou les fruits de la chose qui aient été mis en commun, que la chose périsse avant ou après que la mise a été effectuée, la perte de la chose dissout évidemment dans les deux cas la société, puisque dans l'un et dans l'autre l'associé dont la chose à péri ne peut plus contribuer pour rien à faire de mise dans la société, qui ne consistait qu'en fruits ou simple jouissance.

Pour mieux rendre ces idées, on est convenu de la rédaction suivante:

"Lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise en soit effectuée opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés.

La société est également dissoute, dans tous les cas, par la perte de la chose, lorsque la jouissance seule a été mise en commun, et que la propriété est restée dans la main de l'associé.

Mais la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société."

(96) La Sección del Tribunado para destacar la importancia del verbo "devait" lo escribió con otro tipo de letra, al igual que el adverbio "avant" y el participio "apportée", todos ellos expresivos de circunstancia temporal.

ción de aportar si se trata de transferir el dominio? Pues hasta que haya efectuado la entrega y traspasado la propiedad y sus riesgos a la sociedad. Es decir, que dando por sentado que el incumplimiento—voluntario o involuntario— del deber de aportar origina la extinción social, la Sección enmendante extendía esta solución a las aportaciones de propiedad; pero distinguiendo entonces el momento hasta el que se podía afirmar que el socio había incumplido. Sólo que, inadvertidamente, se estaba aceptando que el dominio de lo aportado no se transfería hasta su entrega, en un ordenamiento que se disponía a rechazar la teoría del título y el modo como sistema adquisitivo y a instaurar el principio del consentimiento contractual como suficiente para transmitir la propiedad. Las aporías que plantea este descuido las examinaremos al estudiar nuestro problema en el Derecho francés, pero ahora era obligado destacarlo.

Y con esas desafortunadas enmiendas oficiosas del Tribunalado, el anteproyecto vuelve ya, provisto de segura viabilidad, al Consejo de Estado que no encuentra ninguna dificultad en hacerlo aprobar por el Cuerpo legislativo: en efecto, se designa una comisión, encabezada por M. Treillard, para presentar a dicho Cuerpo el título XIV del Libro III del proyecto de Código civil, intitulado “du Contrat de société”, lo que tiene lugar en la sesión de 10 de ventoso del año XII (1 de marzo de 1804) previa una exposición de motivos, debida a aquel consejero de Estado, cuyo párrafo atinente al artículo 38 confirma lo imbuidos que estaban en la idea de que la destrucción de la aportación comportaba la desaparición de la sociedad y descubre una vez más, cómo se imaginaban siempre supuestos o ejemplos de sólo dos socios (97). El Cuerpo legislativo transmitió al día siguiente y ahora de modo oficial, el proyecto y la exposición de motivos al Tribunalado, en cuya asamblea general celebrada tres días más tarde hace un informe M. Boutteville, quien en lo relativo a nuestro artículo incide en los mismos tópicos ya expuestos (98). Tras la apro-

(97) FENET, t. XIV, pág. 402: “Exposé des Motifs por M. Treillard :

“... La société se compose d'objets mis en commun; s'ils viennent à périr, il est évident qu'il n'y a plus de société. Il n'est pas même nécessaire que tous ces objets périssent pour que la société soi trompue. Si de *deux associés* l'un se trouve dans l'impossibilité d'apporter la chose qu'il avait promise, parce qu'elle n'existe plus, il ne peut plus y avoir de société. Il en est de même lorsque *deux associés* n'ayant mise en commun que des jouissances, en conservant chacun sa propriété, la chose de l'un vient à périr; il n'a a plus de mise de sa part, et par conséquent plus de société...”

(98) FENET, t. XIV, pág. 414-415:

“... Mais lorsque les associés se sont engagés à mettre, ou que chacun a déjà mise une chose en commun, et que celle appartenant à l'un des associés vient à périr, la société est-elle indistinctement et dans tous les cas également dissoute?

Une règle unique, générale et commune ne pourrait être justement appliquée à des conventions et á des cas de nature très différente.

Si ce n'est point la propriété même, citoyens tribuns, mais seulement la jouissance, l'usage ou les fruits de leur chose que les associés ont mis en commun, il n'y a société que pour cette jouissance, pour les fruits; il n'est en ce cas nul besoin d'observer et distinguer le moment où la chose vient à périr. Qu'elle ait ou n'ait pas encore été alors apportée, l'association n'ayant

bación del Tribunado, el proyecto es defendido ante el Cuerpo legislativo por el tribuno Gillet con un escueto discurso que ni roza nuestro precepto, siendo aprobado definitivamente por aquel Cuerpo el 7 de marzo de 1804 y promulgado el 18 del mismo mes y año. Posteriormente el mentado artículo 38 se convirtió, por la ley de refundición en el actual artículo 1.867 del Código civil de los franceses.

Recapitulando un tanto sobre el descrito proceso codificador francés, cabe decir como resumen que en él cristalizaron y aún se acrecieron los errores que habían padecido Domat y Pothier.

De simplemente recoger el ejemplo de Celso-Ulpiano sobre la cuadriga (proyecto de la Comisión), se pasó a afirmar que la pérdida de una aportación prometida motivaba la disolución de la sociedad (proyecto presentado al pleno del Consejo de Estado), y de ahí, a formular los distingos que hoy se aprecian en el artículo 1.867 francés entre aportación dominical y de goce y aportación ("mise") efectuada y no efectuada, en un esquema casi idéntico al de nuestro artículo 1.701.

Las razones de semejante evolución ya han sido conjeturadas: ante las críticas de los Tribunales de Casación y Toulouse a la primitiva redacción, se volvió a acudir a las "Oeuvres" pothierianas, y se extrajo de ellas una regla sólo aplicada por el magistrado orleanés al supuesto de sociedad con aportaciones de goce: "la pérdida de la cosa prometida opera la disolución de la sociedad". Esta tópica conclusión, así como las variaciones y distinciones que en ella introdujo el Tribunado se aceptan acriticamente por todos los que, de un modo o de otro, intervinieron en la elaboración del Code, lo que sólo podía obedecer al peso doctrinal de Pothier, a la aludida visión *dual* de la sociedad y, sobre todo, a la precipitación con que hubo de llevarse a cabo la gestación del Código napoleónico.

La crítica por no reparar en tan infundado precepto, no debe ser, con todo, muy acerba para los codificadores franceses, si sopesamos la magnitud de su obra y las indicadas premuras de tiempo con que operaron; pero hoy, que el análisis pormenorizado de los preceptos lo permite y exige, es preciso desvelar los equívocos padecidos, cara

---

pour objet qu'une jouissance ou des fruits, dès que la chose n'existe plus qu'il n'y a plus de jouissance possible, plus de fruits à recueillir, conséquemment plus de mise en société de la part de l'un des associés, il est évident que la chose périt pour celui à qui elle appartenait, et que dans les deux cas il n'existe plus de société.

Mais si c'est la propriété même de la chose qui a été ou dû être mise en commun, l'on sent combien il importe de distinguer si la chose a déjà ou n'a pas encore été apportée à la société lorsqu'elle vient à périr.

Au premier cas, la chose, en le conçoit, périt pour le compte de la société, puisqu'elle en est devenue propriétaire, et l'extinction ou la perte de la chose ne peut, ne doit pas opérer la dissolution de la société.

Dans le deuxième cas, non seulement l'associé demeuré propriétaire de la chose en supporte nécessairement la perte, mais il suit encore qu'il ne peut plus exister de société du moment que cet associé est dans l'impossibilité de réaliser sa mise et de contribuer au fonds de la société..."

a intentar una interpretación aprovechable de aquéllos y cara, sobre todo, a una reforma del derecho de sociedades, ya en marcha entre nosotros (99).

### B) Codificación española

Si tenemos en cuenta que el historiado artículo 1.867 francés dispone:

“Lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose la perte survenue avant que la mise en soit effectuée opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés.

La société est également dissoute dans tous les cas par la perte de la chose, lorsque la jouissance seule a été mise en commun, et que la propriété en est restée dans la main de l'associé.

Mais la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société”.

Y lo comparamos con nuestro artículo 1.701, nos percataremos de que bien poco ha añadido o modificado en su contenido el proceso codificador español. De todos modos, aunque esta fase podría quedar analizada en dos líneas nunca resulta ocioso rastrear un precepto codificado, con algún pormenor, aunque no sea sino para constatar las opciones que rechazaron nuestros legisladores o las fuentes directas en que se inspiraron.

Comenzando por el Proyecto de 1851 (100), su artículo 1.596 disponía: “la sociedad se disuelve cuando alguno de los socios ha prometido aportar a ella la propiedad de una cosa y ésta se pierde antes de haber sido aportada, pero no si se perdió después” (101).

Sorprende la reducción que este artículo ha operado del modelo francés y, a primera vista, se piensa que en ello ha podido ser precedido por alguno de los otros cuerpos legales que Goyena cita como precedentes: Código napolitano (art. 1.739); Código sardo (art. 1.890), Código de la Luisiana (art. 2.849), Código del Cantón de Vaud (artículo 1.341) y Código holandés (art. 1.685); pero todos ellos calcan literalmente el patrón francés, con la excepción del de Luisiana, que en su artículo 2.850, según nos lo transcribe Duranton (102), retorna al texto del proyecto primitivo galo, tal cual lo propuso la Comisión presidida por Tronchet (103).

(99) Vide infra, cap. VII, nota 214 .

(100) Sabido es que el Proyecto de 1821 no llegó a ocuparse de los contratos y que los proyectos de Gorosabel y Cambrónero no parecen haber influido en absoluto en nuestra línea legislativa.

(101) Se cita, al igual que los comentarios de FLORENCIO GARCÍA GOYENA, según la obra de este último, *Concordancias, Motivos y Comentarios al Código civil español*, t. IV, Madrid, 1852, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, págs. 28-29.

(102) DURANTON, M., *Cours de Droit Civil*, t. IX, Bruselas, Société belge de librairie, 1841, pág. 486.

(103) Efectivamente, los arts. 2.850-51 del Código de Luisiana —siempre según la transcripción de Duranton— (y no el art. 2.849, como indica Goyena), disponen: “s'il a été contracté pour mettre le prix de la vente à

Constituye, pues, una originalidad que hay que atribuir al proyecto de 1851 esta de reducir a un sólo párrafo los tres del Código napoleónico y la de prever sólo el caso de aportaciones en propiedad.

Goyena parece justificar de algún modo la novedad diciendo que “la mayor expresión del artículo francés se halla también embebida en el espíritu del nuestro” (104).

El frecuentemente silenciado proyecto de Código Rural de 1876, uno de tantos fracasados intentos de elaborar un “Código civil por partes”, reproduce literalmente el correspondiente artículo del Proyecto de 1851, sin reparar prosiblemente en su contenido (105).

faire en commun de plusieurs choses appartenant à chaque associé et que la chose de l'un d'eux perisse, la société est éteinte”, precepto literalmente igual (salvo en el pronombre “y”) que el de la Comisión redactora del *Côte*, transcrito supra nota 90, cap. IV, 3, A. Si efectivamente Goyena y sus colaboradores tuvieron a la vista este Código de Luisiana, es evidente que prefirieron, sin demasiado acierto, el texto definitivo del artículo francés al inicialmente propuesto que, como dicho queda en su lugar, se ajusta más a la lógica y a los preceptos romanos.

(104) GARCÍA GOYENA, F., *ob. cit.*, pág. 28:

“El 1.867 francés —decía Goyena— conviene en la primera parte de nuestro artículo y añade: se disuelve también la sociedad por la pérdida posterior de la cosa, cuando sólo han sido aportado a la sociedad su goce, quedando la propiedad en manos del asociado: esta mayor expresión del artículo francés se halla también embebida en el espíritu del nuestro.”

Y más adelante, después de afirmar con notoria inexactitud que “este artículo es una amplificación del número 2 del 1.595” (hoy art. 1.700, 2.º), comenta la expresión “la propiedad de una cosa” en los siguientes términos:

“Estas palabras dan a entender claramente que cuando no se comunica a la sociedad la propiedad de la cosa, importa poco que haya perecido antes o después de haber sido aportada. En ambos casos perecerá para el socio propietario y la sociedad se disolverá porque fue limitada a los frutos o utilidades de la cosa y si ésta pereció no podía producirlos.

Si la sociedad comprendía la propiedad misma de la cosa, conviene distinguir, si ésta ha perecido antes o después de haber sido aportada.

Si antes, perece para el socio que conserva la propiedad hasta el momento de aportarla por la escritura, según el núm. 3 del art. 1.003 (hoy la referencia sería el art. 1.667), pero de éste se sigue que no puede ya existir la sociedad, pues que el socio se ve en la imposibilidad de traer al fondo social lo que prometió.

Si después, perece para la sociedad que es ya su propietaria, pero la pérdida de la cosa no debe ni puede causar, en este caso, la disolución de la sociedad, a menos que ésta se hallase limitada exclusivamente a la misma cosa.”

Dejando a un lado lo infundado que resulta sostener que porque el artículo haga mención de “la propiedad de la cosa”, haya de entenderse que si se aporta sólo su goce y se pierde, la sociedad se disuelve en cualquier caso, es curioso resaltar que para Goyena la aportación en propiedad se efectúa por “la escritura” conforme al núm. 3.º del art. 1.003, lo que induce a considerarle consciente de la contradicción que luego examinaremos en la doctrina francesa entre un artículo que parece transmitir los riesgos de la aportación con la entrega de la cosa y un sistema (que era también, no se olvide, el del proyecto de 1851), que transfiere la propiedad por el solo consentimiento de los contratantes.

(105) En efecto, prescribía el art. 314 del proyecto de Código rural presentado al Congreso por Manuel Danvila el 27 de abril de 1876, que “la sociedad se disuelve, cuando alguno de los socios ha prometido aportar a ella la propiedad de una cosa y ésta se pierde antes de haber sido aportada,

Posteriormente, sin embargo, el que Peña ha llamado con justeza "Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)" (106), no reitera la concisa solución del Proyecto de 1851, sino que retorna al más extenso artículo 1.867 francés, pero no directamente, sino, si hemos de hacer caso de sus redactores, a través del Anteproyecto Belga de Laurent.

En efecto, el artículo 39 del título relativo a la sociedad, incluido en el fascículo 3.º del proyectado Libro IV (107) se expresa ya en términos exactamente iguales al artículo 1.701 vigente. Y en la anotación correspondiente a ese artículo 49 se cita como única fuente inspiradora (108) el artículo 1.908 del Anteproyecto Belga de Laurent (109) del que se toma fundamentalmente la precisión de que la

---

pero no si se perdió después". Este olvidado proyecto, reproducido en el "Diario de las Sesiones de Cortes" (Congreso), legislatura de 1.878, fecha de 8 de marzo, como apéndice segundo al núm. 14, merecería un estudio detenido de sus motivaciones y de su posible influjo posterior, que, a juzgar por nuestro precipitado examen, parece ser muy escaso, sobre todo en el punto concreto que estudiamos.

(106) PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, en volúmenes editados por la Junta de Decanos de los Colegios notariales de España, con motivo del Centenario de la Ley del Notariado, Sec. IV (Fuentes y Bibliografía), Vol. I, Madrid, 1965.

(107) *El Anteproyecto...*, cit., págs. 653-654.

(108) Hemos repasado alguna de las otras fuentes que influyeron en nuestro Anteproyecto y parece que, efectivamente, ninguna otra de ellas se tuvo en cuenta al confeccionar el que luego sería art. 1.701.

Así, ni el propio Código napoleónico que, aparte de no emplear el adjetivo "especifica", utiliza otra construcción gramatical, ni el art. 1.731 del "Codice Civile" de 1865, del que cabe decir lo mismo, ni el art. 1.275 del Código portugués de 1.867 ("... fica, porem, sem efeito, se, prometendo algum dos socios conferir a propriedade ou o uso dalguna cousa essencial à existencia da sociedade a entrega dessa propriedade ou dêsse uso não chegar a realizarse"), de ubicación y contextura distintas, ni el art. 2.012 del Código chileno de 1855, cuya solución mucho más correcta, aunque no perfecta, tampoco se tuvo en cuenta, ni el art. 1.773 del Código argentino de 1869, ni el art. 1.927 del Código uruguayo de 1868, etc., ninguno de los cuales reproducimos ahora para no transformar esta nota en un pequeño capítulo de Derecho comparado; en cualquier caso, es lástima que el anteproyecto no haya tenido en cuenta el Derecho hispanoamericano, en aquel momento el más progresivo, al regular la disolución de la sociedad por pérdida de una aportación.

(109) Rezaba de esta manera el art. 1.908 del Anteproyecto belga: "Cuando la cosa *especifica* perece antes de que la sociedad llegue a ser propietaria de ella, su pérdida produce la disolución de la sociedad.

También se disuelve la sociedad en todo caso por la pérdida de la cosa, cuando reservándose su propiedad el socio que la aporta sólo ha transferido a la sociedad el uso o goce de la misma.

Pero no se disuelve la sociedad por la pérdida de la cosa cuando ésta ocurre *después que la sociedad ha adquirido la propiedad de ella* (el subrayado es nuestro).

El pensamiento del apasionado jurista belga al redactar este precepto, creemos que es legítimo buscarlo en sus *Principes de Droit Civil Français*, tercera ed., Bruselas-París, 1878, t. XXVI, págs. 279 a 289 y 381 a 383, redactados pocos años antes que el Anteproyecto y a los que pretendía ajustar, según el "Avant-Propos" del t. I, el proyecto que ya le había encargado el Ministro de Justicia; en dichas páginas se descubre que no obedece a inadvertencia el que ese art. 1.908 distinga entre "antes de que la sociedad

cosa a que se refiere el primer párrafo del hoy 1.701 ha de ser una cosa *específica*.

En resumen, la Sección Civil de la Comisión General de Códigos tenía a su vista (o afirma tener) muchos cuerpos legales de derecho civil que normaban el supuesto de pérdida de una aportación y su repercusión en la vida de la sociedad con mayor acierto que el modelo francés, pero se decidió a seguir éste, con la sola variante lógica que le ofrecía el "non nato" anteproyecto belga de no aplicar el primer párrafo más que a las cosas específicas.

Ello evidencia, aparte lo más o menos penetrados que pudieran estar nuestros legisladores, de que era *esencial* a la sociedad una aportación por parte de cada socio, so pena de dejar de existir aquélla, el respeto y la atracción, casi místicos, que seguía ofreciendo la inmortal obra de Napoleón, sobre todo en preceptos como el nuestro, de justificación y sentido poco diáfanos.

En cualquier caso, el artículo 39 del Anteproyecto de 1882-1888 se convirtió, sin retoques como hemos dicho, en el artículo 1.701 del vigente Código civil.

Antes, sin embargo, de intentar desmontar y superar todo el arrastre histórico que encierra ese precepto, debemos examinar rápidamente el estado de semejante problema en los principales ordenamientos extranjeros, por si algunas de sus soluciones pudieran aprovecharnos.

---

llegue a ser propietaria" y "después que haya adquirido la propiedad de la cosa", porque Laurent era consciente de que según el sistema de transmisión francés la propiedad se adquiría por el simple consentimiento, y desde ese momento el acreedor de cualquier prestación de dar corría con los riesgos de la cosa. Por eso interpretó que la "mise en commun" del precepto francés al que seguía, equivalía, en términos más precisos, a "tránsito de la propiedad" y como éste advenía "nudo consensu", sólo era aplicable el art. 1.867, 1.º, galo a los supuestos de aportación condicionada o a término, de sociedad toda ella sujeta a condición y de aportación hecha sin que el socio aportante ostentase todavía la propiedad de lo permitido. Sin embargo, el artículo 39 de nuestro anteproyecto prefirió (lo que no es intrascendente) seguir hablando de "entrega" y no de "traspaso de propiedad", entañando ello entre nosotros una menor contradicción que entre nuestros vecinos transpirenaicos. De otro lado, el profesor de Gante se percató de que no es idéntico el régimen de las cosas específicas que el de las genéricas (págs. 283-84), por lo que se cuida de adjetivar que el primer párrafo se refiere sólo a las primeras, observación aceptada por nuestros legisladores y que contradice la interpretación de De Buen expuesta supra pág. 10.

Por último, digamos que para Laurent (pág. 286), la aportación que nosotros hemos denominado "de goce" no comprendía la aportación de un usufructo que, por ser derecho real, seguía la misma suerte que las aportaciones de propiedad, sino tan sólo las aportaciones de un derecho personal de "jouissance"; sólo que en su Anteproyecto no se cuidó de resaltarlo expresamente, hablando genéricamente de "goce", y no parece quedar eco de su restricción en la copia española.

## V. RECURSO AL DERECHO COMPARADO

## 1. DERECHO FRANCÉS

En el país vecino el transcrito artículo 1.867 origina, como ya hemos apuntado, un problema que no se da entre nosotros. En efecto, el Código de Napoleón, culminando la orientación bizantina hacia la espiritualización de la "traditio", consagró el sistema de adquisición de la propiedad por el sólo consentimiento de los contratantes (110). Pues bien, la inclusión en ese sistema de una norma, el artículo 1.867, surgida en otro distinto (el del título y modo romanos) y transformada por juristas educados en este último (Domat, Pothier e incluso gran parte de los redactores del C<sup>o</sup>de), no podía menos de suscitar una contradicción y disonancia internas que causó la perplejidad de la doctrina.

Los antiguos expositores y comentaristas del Código galo reflejan ya el desconcierto provocado y mientras unos, mercantilistas en especial (111), consideran que el artículo 1.867 ha derogado, en tema de sociedad, los principios generales de transmisión de la propiedad, supeditando el tránsito dominical de la aportación a su entrega, otros, preferentemente civilistas, se esfuerzan por encontrarle un ámbito de aplicación lógico al primer párrafo del precepto (112). Los tratadistas posteriores e incluso los más recientes, no parecen haber añadido nada nuevo al respecto y se limitan a reproducir la doctrina

---

(110) El art. 711 y, sobre todo, el 1.138, aparte otros tangenciales, así lo declaran manifiestamente; este último artículo, como es sabido, dispone: "L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes."

Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le debitur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.

(111) PARDESSUS, J. M., *Cours de Droit Commercial*, 6.<sup>a</sup> ed. t. III, París, 1857, págs. 37 a 38; ALAUZET, I., *Commentaire du Code de Commerce*, 3.<sup>a</sup> edición, t. II, París, 1879, págs. 153-54, y, en general, los autores citados por PONT, Paul, *Explication du Code Napoleon*, t. VII, París, 1872, pág. 267, nota (3).

(112) Mientras Duranton, consciente de las transformaciones que sufrió el proyecto, lo sacrifica, sin demasiadas razones, al principio general que pone los riesgos de cargo del acreedor nada más perfecto el contrato, DELVINCOURT (cit. por DURANTON, *Cours...*, cit., t. IX, pág. 393, nota 1), cree que el primer párrafo del art. 1.867 sólo puede referirse a la hipótesis de que el socio aportante no fuera aún propietario de su aportación, y TOULLIER, (*Droit Civil français*, t. VII, 5.<sup>a</sup> ed., París, 1830, págs. 530-43), al supuesto en que se deban aportar cosas genéricas aún sin especificar. Para PONT (*ob. cit.*, págs. 257-85, especialmente págs. 270-71), el primer párrafo del art. 1.867 contempla, además del ejemplo de Delvincourt, los casos de sociedad o aportación condicional y también de aportación sujeta a término o a "pactum displicentiae", y ya vimos que LAURENT (*ob. cit.*, págs. 282-83) se pronunciaba en términos muy parecidos.

de sus predecesores (113, algunas veces, eso sí, lamentando el arcaísmo del precepto cuestionado (114).

En conclusión, poca luz nos arroja la doctrina franco-belga (115) examinada, pues el problema en ella suscitado por el artículo 1.867 y la transmisión consensual de la propiedad nos resulta extraño a nosotros; las consideraciones marginales sobre inclusión de la aportación usufructuaria en el primer párrafo de aquel precepto, y no en el segundo y sobre equiparación entre pérdida de la cosa y evicción, no se nos antojan, por otra parte, muy fundadas.

(113) HUC, Théophile, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil* tomo II, París, 1898, págs. 146-50, considera originalmente que si el aportante aplaza la transmisión de la propiedad (no si la condiciona, etc.), como el riesgo sigue siendo del acreedor, tendrá aquél una cuota en la liquidación de la sociedad, solución parecida a la que vimos sostenían entre nosotros, SOTO NIETO y PUIG BRUTAU (vide supra págs. 8 y sigs.).

BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civile*, tr. it. de Bonfante, Pacchioni y Sraffa, t. XXIII, Milán, 1914, páginas 267-71, incide en las mismas aplicaciones tantas veces repetidas (aportación a sociedad bajo condición, aportación de género, etc.) y cree, por otra parte, que la evicción total debe equipararse a la pérdida de la cosa; también, como la mayor parte de la doctrina francesa, incluye la aportación de usufructo en el régimen del párrafo primero del art. 1.867, reservando para su segundo párrafo la aportación de un derecho personal únicamente.

Ni MOREAU, André *Les sociétés civiles*, París, 1957, pág. 195, ni LEMEUNIER, Francis, *Porquoi et comment constituer une société civile?*, París, 1970, letra G, llegan a cuestionarse el problema del art. 1.867.

NETTRE, G., en el *Juris-Classeur Civil*, arts. 1.848 a 1.895 del "Code Civil", ap. "Des différentes manières dont finit la société", 5, 1964 (actualizado a 1967), fascículo I, págs. 6 y 7, tras repetir, citando a Aubry et Rau y a Houpin-Bosvieux, los conocidos supuestos de aplicación del primer párrafo, recoge una vieja resolución del Tribunal de Casación de 10-I-1898 (Daloz, 99, 1, 62), según la que, pese al tenor del art. 1.867, son los jueces los que soberanamente deben apreciar si el socio se encuentra o no en la imposibilidad de efectuar su aportación. En parecidos términos se expresa el *Repertoire pratique du droit belge*, t. XII, Bruselas-París, 1951, pág. 162.

(114) Así PLANIOL, Marcel, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 10.<sup>a</sup> edición, t. 2.<sup>o</sup>, París, 1926, pág. 684, inicia una actitud crítica diciendo: "Cet article assez mal rédigé d'ailleurs est dépourvu d'utilité pratique...", "il est impossible de concevoir une perte fortuite survenant entre le contrat et la réalisation de l'apport". En su *Traité pratique de droit civil français*, hecho en colaboración con Ripert y completado por una pléyade de ilustres juristas, tr. de Mario Díaz Cruz, t. XI, La Habana, 1946, pág. 319, se expresa, sin embargo, más suavemente y admite que el primer párrafo del art. 1.867 puede actuar "sobre todo en caso de que los interesados hayan retrasado voluntariamente, por medio de una cláusula expresa la transmisión de la propiedad" o en los casos de "venditio rei alienae".

JULLIOT DE LA MORANDIERE, *Droit Civil*, 3.<sup>a</sup> ed., Daloz, París, 1967, página 236, sostiene escuetamente que la causa de disolución contenida en el artículo 1.867 "est sans application pratique".

Maurice y Robert DEVOS, en su colaboración al volumen *Theorie et pratique des sociétés civiles*, elaborado con motivo del LXVII Congreso de los Notarios de Francia, Biarritz, 1970, pág. 264, afirma que los términos del artículos 1.867 "nous paraissent passablement archaïques".

(115) Efectivamente, hemos implicado conscientemente autores franceses y belgas, dada la identidad absoluta de su Derecho en este punto.

## 2. DERECHO ITALIANO

En el Derecho italiano es preciso distinguir, como en tantas ocasiones, dos etapas: la del Código de 1865 y la del Código de 1942.

El artículo 1.731 del Codice civile de 1865 prácticamente transcribía el 1.867 napoleónico (116), pero acentuando todavía más en su primer párrafo, con la inclusión del adverbio “realmente”, la indicada contradicción que suponía el precepto con respecto al sistema adquisitivo de la propiedad, también consensual en Italia.

En la doctrina, asimismo, se siguen las huellas de los autores franceses, de suerte que Lomonaco (117), inspirándose en Aubry y Rau, afirma que el primer párrafo del artículo 1.731 sólo será aplicable en las hipótesis excepcionales en que la propiedad no se transmite por el solo efecto del contrato, v. gr., “collatio rei alineae”, aportación condicional, etc. La misma solución admite implícitamente Ruggiero (118).

Interesante es la opinión de Borsari, quien comentando “in extenso” nuestro artículo y tras afirmar que su punto de partida lo constituye la obligación de cada socio de aportar algo, llega a preguntarse: “¿y por qué la sociedad se disuelve con relación a todos los socios?, ¿no bastaría que lo fuese con relación a aquel solo socio que no ha podido cumplir su promesa?, ¿por qué la sociedad no sigue entre los otros?”. Y se contesta: no, porque el precepto responde a “un modo de considerar la sociedad como un todo armónico, por decirlo así, como un conjunto de voluntad que se deshace faltando a la unión cualquiera de la compañía o cualquiera de las aportaciones ya previstas en la convención; la sociedad puede rehacerse, pero no es ya aquélla” (119). Con relación al segundo párrafo del 1.731 dice más adelante: ¿por qué la sociedad debe cesar por la pérdida de la aportación de goce?, y concluye: “la razón más convincente, pese a su sutileza, puede ser ésta. Que el usufructo sobre la propiedad del socio (de donde nace el goce) no se adquiere más que en un momento sucesivo, al madurar los frutos y continuar existiendo la propiedad, y lo que se refiere a un momento futuro no ha entrado nunca en la sociedad. De donde no se trata de una

---

(116) Art. 1.731: “Se uno dei soci ha promesso di mettere in comunione la proprietà d'una cosa e questa perisce prima che sia stata realmente conferita, la società rimane sciolta riguardo a tutti i soci.”

Perimente rimane sciolta in qualunque caso per la perdita della cosa, quando il solo godimento fu posto in comunione e la proprietà é rimasta presso del socio.

Ma non rimane sciolta per la perdita della cosa la cui proprietà fu già conferita nella società” (el subrayado es nuestro).

(117) LOMONACO, Giovanni, *Istituzioni di Diritto Civile italiano*, 2.ª edición, vol VI, Nápoles, 1895, pág. 410.

(118) RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil* (tr. de la 4.ª edición, it. por Serrano Suñer y Santa Cruz Teijeiro, vol. 2.º, Madrid, Reus, 1931, págs. 533-34. Vide, también, STOLFI, Nicolà, *Diritto Civile*, vol. 4.º, Torino, 1934, pág. 579.

(119) BORSARI, Luigi, *Commentario del Codice civile italiano*, vol. 4.º, Torino, 1878, pág. 1008.

aportación ya efectuada, sino de una aportación que no ha sido hecha todavía y, perecida la fuente de los frutos, no pueden estos producirse" (120). Por lo demás y siguiendo a Pardessus (con lo que vemos que en la antigua doctrina italiana se marcaban las dos mismas tendencias que en Francia), cree que la propiedad en materia de sociedad —que es, a su juicio, un contrato real—, se transfiere por la tradición de la cosa aportada, en contraste con el sistema general del Codice. Así lo prueba, según él, las claras palabras del artículo 1.731: "prima que sia stata *realmente conferita...*", "fu già *conferita...*", etc.

El nuevo Código civil italiano de 1942 ha significado, cual es sabido, una auténtica renovación del derecho de sociedades y, en especial de nuestra materia, por lo que hemos de analizarlo con cierto detenimiento.

Dado el carácter de empresa colectiva que las más de las veces entraña una sociedad, el nuevo Código ha regulado a ésta dentro del Libro V, relativo al trabajo (121); de otra parte, ha separado las variadas figuras de colaboración que suelen darse en la empresa agraria (aparcería, "soccida", etc.), de la sociedad propiamente dicha la cual, además, es tratada en título distinto del de las sociedades cooperativas y sociedades mutuas, y del de las asociaciones en participación; dentro ya de las genuinas sociedades, ha refundido las sociedades civiles y las mercantiles en una categoría única, en cuyo seno, sin embargo, pervive aquella distinción, pues aunque las sociedades de capitales (sociedad por acciones, en comandita por acciones y de responsabilidad limitada) son siempre mercantiles, sujetas, por tanto, al estatuto del comerciante (registro, sometimiento a quiebra, contabilidad, etc.), las sociedades de personas pueden ser también comerciantes (sociedad colectiva o en comandita simple) o no serlo ("società semplice"). Esta última, que debe perseguir una finalidad económica, pero no comercial, es la heredera legítima de la sociedad civil del viejo Código y en la que propiamente debemos rastrear la suerte de nuestro proyecto.

Los artículos clave son ahora los numerados como 2.254 y 2.286, que rezan así:

Art. 2.254: "Per le cose conferite in proprietà la garanzia dovuta dal socio e il passaggio dei rischi sono regolati dalle norme sulla vendita.

Il rischio delle cose conferite in godimento resta a carico del socio que le ha conferito. La garanzia per il godimento é regolata dalle norma sulla locazione."

Art. 2.286: "L'esclusione di un socio può avere luogo per gravi inadempienze delle obbligazioni che derivano dalla legge o dal contratto sociale, nochè per l'interdizione, l'inabilitazione del socio o per la

(120) *Ob. cit.*, pág. 1009.

(121) Para la crítica de ésta sistemática, vide ad ex., BARBERO, Domenico, *Sistema del Derecho Privado*, t. IV, contratos, tr. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1967, págs. 314-15.

sua condamna ad una pena che importa l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici.

Il socio che ha conferito nella società la propria opera o il godimento di una cosa può altresì essere escluso per la sopravvenuta inidoneità a svolgere l'opera conferita o per il perimento della cosa dovuto a causa non imputabile agli amministratori.

Parimenti può essere escluso il socio che si é obbligato con il conferimento a trasferire la proprietà di una cosa, se questa è perital prima che la proprietà sia acquistata alla società."

El primer precepto es la depuración del que entre nosotros constituye el 1.687 y el segundo, incluido, y esto es muy importante no en la sección relativa a la "disolución de la sociedad", sino en la que lleva por título "Dello scioglimento del rapporto sociale limitatamente a un socio, es, genuinamente, el trasunto del antiguo artículo 1.731 del Código de 1865 (1.701 del nuestro) (122).

Veamos, en primer lugar, qué se dispone en el Código de 1942 respecto al "periculum" de la aportación en propiedad.

Por lo pronto, comentando el artículo 2.254, la doctrina subraya que la referencia que en su primer párrafo se hace a las normas de la compraventa sobre el paso de los riesgos, dado que éstas sólo existen en supuestos muy particulares (venta con reserva de dominio y venta sobre documentos), hay que entenderla hecha a los artículos que regulan el tránsito de la propiedad y de los riesgos en los contratos traslativos en general y, en concreto, al artículo 1.465 (123).

Según este precepto remitido, los riesgos de la aportación dominical gravitan sobre la sociedad desde la estipulación del contrato, a menos que se trate de cosas determinadas sólo por el género y cuya especificación tenga lugar mediante la entrega, supuesto en el que es ésta la que determina el tránsito del "periculum" (124).

Por su parte, el artículo 2.286, en su último párrafo, regula la exclusión de un socio cuya aportación ha perecido antes de que hubiese transferido la propiedad de la misma, cuestión bien distinta de la afrontada por el 2.254, 1.º, puesto que ahora se trata de una aportación todavía no efectuada.

(122) Ambos artículos se complementan fundamentalmente, según hemos de ver: el primero, con los arts. 1.463 a 1.466, que norman la teoría general de la imposibilidad sobrevenida de una prestación, y el segundo, con los artículos 2.287 a 2.290, que regulan el procedimiento y consecuencias de la exclusión del socio por perecimiento de su aportación.

(123) FERRI, Giuseppe, *Delle società*, en *Commentario del Codice civile* a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, libro V, del lavoro, arts. 2.247 a 2.324, Bologna-Roma, 1957, pág. 86; FERRARA, Francesco (jr.), *Gli imprenditori e la società* (Apunti), Giuffrè, Milano, 1952, pág. 215; COSTI, Renzo, *Società in generale —società di persone—. Associazioni in partecipazione*, Torino, 1967, pág. 147.

(124) FERRI, *ob. cit.*, pág. 86-87; COSTI, *ob. cit.*, pág. 147; GHIDINI, Mario, *Società personali*, Padova, Cedam, 1972, págs. 159-160; GALGANO, Francesco, *La società di persone*, en el *Trattato di diritto civile e commerciale diretto dai professori Antonio Cicu y Francesco Messineo*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano, 1972, pág. 148.

Sobre este párrafo final del 2.286 la doctrina apenas ha reparado y se limita a decir que se funda en el principio de que no es posible una participación en la sociedad sin aportación (125), que constituye una hipótesis de imposibilidad sobrevinida de la prestación (126) o que el perecimiento a que alude el precepto puede ser total o parcial (127). Sólo Costi, cita, entre paréntesis, dos ejemplos que, a su juicio, podrían incluirse en ese último párrafo del 2.286: aportación de una cosa ajena y aportación de una cosa futura (128).

Efectivamente, para que ese tercer párrafo del artículo 2.286 tuviera sentido, es preciso partir de que existe una sociedad (porque si no es inimaginable su disolución, aunque sea parcial) y de que, pese al carácter inmediatamente real del contrato de sociedad, la propiedad de la aportación periclitada no se haya transmitido. Ambas exigencias se cumplen, efectivamente, en la aportación de una cosa ajena y de una cosa futura (129), y lo mismo cabría decir en la de una cosa genérica y en los hipotéticos casos de aportación con reserva temporal del dominio o sometida a la aprobación y agrado de los demás socios (129 bis).

Cabe concluir, pues, que, respecto a la aportación dominical, la fundamental distinción entre el régimen del antiguo y el del nuevo código, no estriba en los supuestos de hecho que originaban o no la disolución (pues se observa que son prácticamente los mismos), sino en el alcance de esa disolución, referida exclusivamente al socio afectado y sujeta a un procedimiento para su declaración al que luego someramente aludiremos.

Por lo que se refiere a la aportación a título de goce (130), el régimen del riesgo, como advierte Ghidini (131), no se regula, cual

---

(125) FERRI, *ob. cit.*, pág. 246.

(126) GALGANO, *ob. cit.*, pág. 274.

(127) GHIDINI, *ob. cit.*, pág. 561.

(128) COSTI, *ob. cit.*

(129) Para las dudas que suscita este tipo de aportación, véase GHIDINI, *obra citada*, pág. 125.

(129 bis) INNOCENTI, Osmida, *La exclusión del socio*, tr. y notas de Juan Majem Morgades, ed. AHR, Barcelona, 1958, págs. 121-22, reconoce al socio excluido, una cuota de liquidación, que si bien nunca puede dar en su favor saldo positivo, bien puede hacerle participar en alguna deuda contraída en esa fase incipiente de la sociedad.

(130) En la que la doctrina sólo incluye la aportación de derechos personales de disfrute.

(131) GHIDINI, *ob. cit.*, pág. 160, advierte además este autor, con agudeza, en dicho lugar, que existen matices diferenciales entre el régimen de los riesgos de la cosa arrendada y el de la cosa aportada a título de goce.

En efecto, según el art. 1.588, relativo "alla perdita e deterioramento della cosa locata", los riesgos por tales eventos los soporta el arrendatario, que para exonerarse debe probar que acaecieron por causa que no le era imputable (v. gr. caso fortuito, vicio de la cosa, etc.). En cambio, en el caso de aportación de goce, el riesgo de la pérdida o deterioro se encuentra a cargo del socio, ya provenga de caso fortuito, ya del hecho de un tercero y sólo puede sustraerse al "periculum" probando que "il perimento della cosa era dovuto a causa imputabile agli amministratorio (cf. art. 2.286, 2.º párrafo). Hay una notable y no muy justificada, creemos nosotros, inversión de

ocurre con el régimen del saneamiento, mediante una remisión a las normas del arrendamiento, sino que el artículo 2.254 expresamente dispone que: "il rischio delle cose conferite in godimento resta a carico del socio che le ha conferite" (132).

Consiguientemente si la cosa aportada en goce perece por causa no imputable a los administradores, puede ocurrir que el socio la reponga, si lo desea él y lo aceptan los demás (133), o que se ponga en marcha el mecanismo de exclusión previsto en los artículos 2.286 y siguientes, cuya exégesis ya ha provocado en la doctrina italiana abundante literatura (134) y una acabada elaboración dogmática (135).

---

la carga de la prueba y una reducción de la "materia probandi" que queda circunscrita a si la destrucción se debió a culpa procedente de los administradores (y no v. gr. de un tercero, etc.).

(132) FERRI, *ob. cit.*, pág. 88, cree subsistentes y perfectamente aplicables hoy los casos regulados por el Código derogado de 1865 (y también por nuestro art. 1.867), de aportación de cosas consumibles, deteriorables, "vendendas" o estimadas, las cuales, como ocurre en el llamado cuasiusufructo, parecen implicar normalmente el tránsito del poder de disposición y, en general, de la propiedad de aquéllas, de suerte que la sociedad, como propietaria, soportará el riesgo y no habrá lugar a que opere el art. 2.286, 2.º

(133) Así, al menos, lo entiende FERRI, *ob. cit.*, págs. 88-89.

(134) Aparte las obras ya citadas, cabe reseñar como trabajos específicamente dedicados a la exclusión de un socio, aunque con especial atención a la motivada por su incumplimiento y sin apenas rozar a la fundada en la imposibilidad sobrevenida de la aportación, los siguientes: ALFIERI, *Natura e effetti delle sentenze di esclusione di un socio*, en *Foro Paduano*, 1950, tomo I, pág. 1275; ANDRIOLI, *Competenza a sospendere la deliberazione di esclusione di un socio dalla società in nome collettivo*, en *Foro Italiano*, 1949, tomo I, pág. 1140; ARENA, *Sul cosiddetto concorso de l'esclusiones giudiziale e del recesso di un socio da una società collettiva*, en *Foro italiano*, 1960, IV, página 152; ASCARELLI, *In tema di esclusione di socio e di arbitrato libero*, en *Foro Italiano*, 1960, I, pág. 329; AULETTA, *Risoluzione del rapporto sociale per inadempimento*, en *Rivista trimestrale de diritto e procedura civile*, 1955, página 525; el mismo, *Deroghe contrattuali alla disciplina dell'esclusione nelle società di persone*, en *Annali del Sem. giur. dell'Università di Catania*, tomo II (1947-48), Nápoles, 1948, pág. 143; el mismo, *Il diritto assoluto di esclusione nelle società di persone*, en *Studi in onore di Carnelutti*, III, Padova, 1950, pág. 667; el mismo, *Deferimento ad arbitri delle controversie sull'esclusione dei soci*, en *Rivista trimestrale de diritto e procedura civile*, 1950, pág. 1106; CAMPAGNA, *Recesso ed esclusione in una società personale di due soci*, en *Temi*, 1953, pág. 487; CARNELUTTI, *Note intorna alla sospensione della deliberazione di esclusione di un socio de una società di persone*, en *Riv. dir. proc.*, 1949, II, pág. 251; DALMARTELLO, *L'esclusione del socio*, Padova, 1938; el mismo, *Possesso di cose sociali da parte del socio escluso e azione di reintegrazione*, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, pág. 218; DE FERRA, *Scioglimento del rapporto sociale limitatamente ad un socio e liquidazione della quota*, en *Foro Italiano*, 1957, I, pág. 666; D'ONOFRIO, *Partecipazione del socio da escludersi all'assemblea deliberante sulla esclusione*, en *Dir. fall.*, 1951, II, pág. 65; el mismo, *Ancora non de mea re sine me a proposito della espulsione del socio nelle società di persone*, en *Dir. fall.*, 1952, tomo II, pág. 597; el mismo, *Ancora una parola sul procedimento di esclusione del socio nella società di persone*, en *Dir. fall.*, 1953, II, pág. 145; A. FERRARA, *Le deliberazioni di esclusione dei soci e il sindacato giudiziario*, en *Riv. Dir. comm.*, 1931, II, pág. 244; FIORENTINO, *Esclusione di un socio amministratore e azione di spoglio*, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1953, pági-

La totalidad de la doctrina italiana parece estar de acuerdo con la bondad de dicha solución y vincula la exclusión de un socio a la pérdida de su aportación de goce; incluso Ghidini subraya, en su apoyo, el carácter continuado de dicha aportación, en cuya virtud el socio no sólo aporta "uno actu" su derecho limitado, sino que está permanentemente obligado a asegurar a la sociedad el disfrute reiterado de la cosa. "Si esta obligación continua —viene, en definitiva, a decirnos— se imposibilita sobrevenidamente, resulta equitativo desde el punto de vista del sinalagma funcional que el socio sea apartado de la sociedad" (136).

nas 628 y sigs.; GIORDANO, *Concorso tra una causa di esclusione ed una di recesso da una società personale*, en *Riv. dir. comm.* 1955, II, pág. 349; GRECO, *Detenzione e reintegrazione nei rapporti tra società e socio escluso*, en *Riv. dir. comm.*, 1948, II, pág. 64; INNOCENTI, *L'esclusione del socio*, Padova, 1956; MARTORANO, *esclusione del socio ed arbitrato*, en *Foro Italiano*, 1965, I, pág. 279; MOSCO, *La risoluzione per inadempimento*, Napoli, 1950; RAMELLA, *Dell' esclusione dei soci nelle società e associazioni*, en *Rivista cir. comm.*, 1914, II, pág. 146; ROCCHI, *In tema di esclusione del socio di società*, en *Foro italiano*, 1952, I, pág. 1246; SIMONETTO, *In tema di esclusione del socio*, en *Riv. dir. civ.*, 1960, II, pág. 50.

(135) En efecto, se ha construido ya toda una teoría general sobre la exclusión de un socio, distinguiendo en ella tres variedades:

- A) La exclusión voluntaria.
- B) La exclusión judicial, prevista en el art. 2.287.
- C) La exclusión de derecho legal, contemplada por el art. 2.288.

A su vez, la exclusión voluntaria, única que por ahora nos interesa, puede obedecer:

a) A una causa genérica que es el "grave incumplimiento de las obligaciones que derivan de la ley o del contrato social".

b) A causas específicas, previstas concretamente por el art. 2.286, a saber:

a') La interdicción o la inhabilitación del socio o su condena a una pena que implique su interdicción, aunque sólo sea temporal, de los oficios públicos.

b') La sobrevenida inidoneidad para desplegar los servicios prometidos.

c') El pericimimiento de la cosa (debido a causa no imputable a los administradores), cuando el objeto de la aportación del socio era el solo goce de la cosa.

d') El pericimimiento de la cosa acaecido antes de que la sociedad hubiese adquirido su propiedad cuando es ésta lo que había prometido el socio.

Fácilmente se advierte que son las causas epigrafiadas como sub c') y sub d') las que nos interesan, por insertarse propiamente en nuestra línea argumental.

En estas dos hipótesis el socio al que afectan puede ser excluido (él sólo y sin que ello implique disolución de la sociedad, sino con respecto a él), a través de un procedimiento regulado en el art. 2.287: aprobación por la mayoría de los socios computados por cabezas y sin comprender en la deliberación al socio a excluir; efectividad inmediata de la exclusión una vez transcurridos treinta días desde la comunicación al socio afectado de la decisión de excluirle; posible oposición judicial, dentro de tal plazo por parte del socio excluido, cabiendo que el juez suspenda la ejecución, etc.

Si la sociedad se compone de sólo dos socios, la exclusión de uno de ellos sólo puede decretarse por el tribunal a instancia del otro.

Por último, se prevé en el art. 2.289 la liquidación de la cuota del socio excluido y en el 2.290 la pervivencia de la responsabilidad del mismo o de sus herederos.

(136) *Ob. cit.*, pág. 160, donde se recoge la opinión parcialmente diver-

Y, sin embargo, no parece que este razonamiento y esta conclusión sean dignos de importarse a nuestro derecho, porque no se ve un motivo serio que justifique aplicar a la aportación de goce, en cuanto a ese goce, una solución distinta de la prevista para la aportación dominical. Si el socio se desprendió, constituyéndolo o transmitiéndolo, de su derecho limitado de disfrute sobre una cosa, la suerte de ese derecho limitado debiera ser pareja a la del derecho pleno por excelencia. La visión del goce como una situación permanente sustentada y protegida por el propietario responde a concepciones históricas superadas, que no deben fundamentar hoy ninguna solución normativa. Insistiremos sobre este punto en nuestras conclusiones.

Por todo cuanto hemos dicho sobre el Derecho italiano actual se deduce:

1.º Lo enormemente interesante de su solución de no decretar la disolución total de la sociedad por pérdida de una aportación, sino referirla exclusivamente al socio afectado.

2.º Lo acertado también del mecanismo de exclusión del socio imposibilitado de cumplir, perfectible quizá requiriendo para ello unanimidad y no mayoría en los demás miembros de la sociedad.

3.º Las incorrecciones que, en nuestra opinión, se advierten todavía, al no anudar el tránsito de los riesgos al de la posesión de la cosa y al hacer gravitar sobre el socio el peligro de su aportación de goce ya efectuada.

### 3. DERECHO ALEMÁN

El Derecho alemán que, de ningún modo puede incluirse entre los que siguieron el patrón napoleónico, regula con personalidad propia en los §§ 705 a 740 del B. G. B., la que podríamos calificar como sociedad civil.

De dicha regulación nos interesan ahora el § 726, que vincula la disolución a la posibilidad o imposibilidad de alcanzar el fin del contrato (137); el § 723, que permite a cualquier socio denunciar unilateralmente la sociedad, si se imposibilita una obligación esencial de otro miembro (138); el § 732, que niega al socio aportante del

---

gente de BOLAFFI, *La società semplice*, Milán, 1947, págs. 190 y sigs., quien considera, con mayor acierto, a nuestro juicio, que Ghidini, que es la sociedad la deudora de la restitución y no el socio deudor de un goce continuado, por lo que si aquella restitución se imposibilita sobrevenidamente es a la sociedad y no al socio, al que corresponde demostrar que ello acaeció fortuitamente. Pero en ningún momento llega Bolaffi, quizá porque se lo impide la dicción de la ley, a pensar que el riesgo de la aportación de goce grave o deba gravitar sobre la necesidad.

(137) En efecto, el § 726, con fórmula muy superior a la de nuestro artículo 1.700, 2.º, del que, de alguna manera es paralelo, dispone: "La sociedad termina si es lograda la finalidad pactada o si se ha hecho imposible el logro de la misma." Citado, como todos los demás, según la conocida traducción de Carlos Melón Infante, ed. Bosch, Barcelona, 1955.

(138) § 723: "Si la sociedad no está contraída para un tiempo determinado, cada socio puede denunciarla en todo momento. Si está señalada una

simple aprovechamiento, derecho a exigir indemnización a la sociedad por pérdida o menoscabo fortuito de la cosa (139), y el § 707, que exige al socio de reponer la inversión aminorada por pérdida (140).

A la vista de todos estos preceptos, Hedemann ha defendido que “no obsta a la continuación de la sociedad el hecho de que llegue a ser imposible la prestación prometida por alguno de los socios”, a menos que esta imposibilidad acarree, al mismo tiempo, la imposibilidad de alcanzar el fin social, en cuyo caso se aplicaría el referido § 726 (141). Y añade el profesor berlinés que “el socio cuya prestación se ha hecho imposible no sólo pertenece a la sociedad, sino que conserva íntegramente su derecho a la participación en las ganancias hechas con anterioridad”, eso sí, mientras los otros socios no hagan uso de la facultad de denuncia que les consiente el § 723, mecanismo mucho más recomendable para estos eventos, que la resolución (142). De estas palabras de Hedemann se deduce: que la denuncia unilateral por imposibilidad de la aportación de otro socio no es automática, sino provocada, y que no es absolutamente incompatible con la petición de resolución, pero a cambio deja muchos puntos en la sombra: v. gr., si esta dudosa resolución sería parcial o total, cuándo se debe considerar imposibilitada una prestación en perjuicio del socio y cuándo en perjuicio del común de miembros (143), qué ocurre con la aportación de goce fortuitamente destruida, etcétera, etc.

Más explícito se muestra Enneccerus, para quien son aplicables a la sociedad en constitución las disposiciones sobre imposibilidad sobrevenida de la prestación en general (§§ 323 y sigs.), pero no así a las sociedades llevadas ya a ejecución, en las que el derecho de resolución parece sustituido por el derecho de denuncia derivado del § 723, que se ajusta más a la esencia de la sociedad y que evita las confusiones que desencadenaría una retroactiva resolución. Y añade seguidamente que también es dudosa la aplicación del § 323 (relativo a la resolución), *cuando existen más de dos socios y se*

---

duración, la denuncia es admisible antes del transcurso del tiempo, si existe un motivo importante; especialmente existe semejante motivo si otro socio contraviene dolosamente o con culpa grave una obligación esencial que le incumbe según el contrato de sociedad o si el cumplimiento de semejante obligación se hace imposible...”

(139) § 732: “Los objetos que un socio ha cedido para su aprovechamiento a la sociedad, han de restituirsele. *No puede exigir indemnización por un objeto perdido o menoscabado por caso fortuito.*”

(140) “Un socio no está obligado al aumento de la aportación *pactada ni al complemento de la inversión aminorada por pérdida.*”

(141) HEDEMANN, Justus W., *Derecho de Obligaciones*, tr. y notas de Jaime Santos Briz, ed. R.D.P., Madrid, 1958, vol. II, pág. 465.

(142) *Ob. cit.*, pág. 465.

(143) Es sabido que la sociedad del Bürgerliches Gesetzbuch, a diferencia de las asociaciones (“Vereine”), reguladas en los parágrafos 21 y sigs., carecen de personalidad jurídica, pero ello no es obstáculo para que los riesgos puedan traspasarse de un solo socio al conjunto de todos ellos, a la comunidad “zur gesamten Hand” que constituye el patrimonio social.

hace imposible fortuitamente, en todo o en parte, el deber de aportación de sólo uno de ellos. En este caso, concluye, ha de suponerse que también los otros se liberan totalmente o en parte correlativa, de su deber de aportación y, por cierto, no sólo hacia el liberado por la imposibilidad, sino frente a todos los socios. Si por esto el fin de la sociedad resulta inasequible, ésta se disuelve (§ 726), pero, aunque así no sea, habrá con frecuencia una causa para la denuncia anticipada (§ 723, ap. 1) (144).

En otra parte, y tratando de las diferencias entre “societas quoad sortem” y “societas quoad usum”, afirmaba el ilustre profesor de Marburg: “en la societas ‘quoad sortem’ el riesgo se transfiere a todos los socios, y, según la opinión exacta, como en la compraventa, desde la entrega de la cosa... (§ 446). Por el contrario, en la ‘societas quoad usum’ soporta el riesgo el socio aportante, aun después de haberse hecho común el uso, pero no está obligado a aportar otro objeto para sustituir el perecido o menoscabado” (§ 707). Y añadía en la nota (6): “En vista del § 707 y de la intención presunta de las partes, no puedo admitir que, a consecuencia de ello, el socio pierda también (según el § 323 y correlativamente al arrendamiento) en una parte correlativa el derecho a la contraprestación (a la cuota de ganancia). Aunque la pérdida de la cosa afecte al mismo socio singular, la pérdida del uso tiene que afectar a todos ellos.” Y cita como opiniones coincidentes con la suya la de Planck, Schollmeyer, Kuhlnebeck y, como contraria, la de Oertmann (145).

Resumiendo, para Enneccerus, la aportación dominical se regula, en cuanto a los riesgos, por los parágrafos 446 y siguientes (146), según los que la entrega o, en su caso, la inscripción, son decisivos, y en la aportación de goce, en cambio, parece distinguir entre el “periculum rei”, que incidiría sobre el socio, y el “periculum usus”, que afecta a todos los miembros. Si la imposibilidad sobrevenida, en ambas modalidades de aportación, acontece antes de la entrega y recae, por tanto, sobre el aportante, y la sociedad es de sólo dos socios, el otro no afectado puede instar la resolución del contrato; si la sociedad cuenta con más de dos miembros, es dudoso si se podrá instar la resolución (que sería total) o bien la denuncia, prevista por el parágrafo 723, cuyo efecto alcanza también a toda la sociedad.

No cabe duda que esta desproporcionada repercusión en el devenir social de la simple pérdida de una aportación es el punto más

(144) ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, 11.ª edición, revisada por Lehmann, tr. de la 35.ª ed. por Blas Pérez González y José Alguer, ed. Bosch, Barcelona, 1935, pág. 391.

(145) ENNECCERUS, *ob. cit.*, pág. 394. La referencia a Planck está hecha, sin duda, a su glosa al § 707, núm. 4 de los Planck's Kommentar, 4.ª edición, páginas 1913 y sigs.; la de SCHOLLMAYER al *Komentar des Beckischen Verlags*, Obligaciones I, 1900; la de KUHLENECH a *Das B. G.*, 2.ª ed., 1903, y la de OERTMANN a sus *Komentar des Schuldsrechts*, 5.ª ed., 1928, ninguna de las cuales citas hemos podido constatar.

(146) § 446: “Con la entrega de la cosa vendida pasa al comprador el riesgo de la pérdida fortuita y de un menoscabo fortuito. Desde la entrega corresponden los provechos al comprador y él soporta las cargas de la cosa.

débil de la construcción de Ennecerus y, en general, del Bürgerliches Gesetzbuch, a quien aquél interpreta, a nuestro juicio, fidedignamente.

Coinciden con el parecer de Enneccerus otros muchos comentaristas posteriores, que forman una doctrina prácticamente unánime en Alemania (147).

#### 4. DERECHO SUIZO

El Código civil suizo de las Obligaciones de 30 de marzo de 1911, y dentro del título XXIII, relativo a la sociedad simple, dispone en su artículo 531, párrafo 3.º, que "las reglas del arrendamiento se aplican por analogía a los riesgos y a la garantía de los que cada socio resulta obligado cuando la aportación consiste en el goce de una cosa, y las reglas de la venta, cuando la aportación se refiere a la propiedad misma de la cosa" (148).

Los comentarios que sobre este párrafo hemos podido consultar no son muy esclarecedores. Zeller-Rahn (149) se limita a remitir a los artículos 185 (150) y 220 (151), que norman los riesgos en la compraventa, y a los artículos 254 a 258 y 271, que regulan el riesgo en el arrendamiento (152), y añade que si se trata de bienes produc-

---

(147) Así, Otto Mühl, en sus comentarios a los párrafos 611-853 del B. G. B. incluidos en el *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, de Soergel-Siebert, t. 3, Schuldrecht, II, ed. Kohlhammer, Stuttgart-Berlín-Köln-Mainz, 1969, pág. 499, núm. 16 y 500, núm. 25, distingue en las aportaciones de goce entre "die Gefahr del Einlage", riesgo de la aportación en sí, soportado por el aportante, y "die Benutzungsfahr" o riesgo del goce, que incide sobre la sociedad. También sostiene aquel docto magistrado, siguiendo a Stand-Kebler, que si el aportante de goce tenía asegurada su aportación, "die Versicherungssumme", la suma asegurada debe ser empleada en una nueva aportación fructífera. Vide también la opinión de KARL GEILER y ERNS KEBLER, en *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. II, parte 4.ª, fascículo 1.º, Berlín, 1958, pág. 2168, núm. 38 ii) y bibliografía ahí citada, así como págs. 2123-2125, núm. 18, donde se formulan interesantes consideraciones sobre la facultad de denuncia unilateral por imposibilidad.

(148) Al igual que todos los demás, citado, con traducción personal, según la edición de Georg & Cie., Ginebra, s. f., pág. 159 de la versión francesa.

(149) ZELLER-RAHN, Henri, *La société simple, la société en nom collectif et la société en commandite*, dentro del *Commentaire du Code Fédéral des obligations*, de A. Schneider y H. Fiek, vol. II, Neuchatel, 1916, págs. 7 y 8.

(150) Art. 185: "Les profits et les risques de la chose passent à l'acquéreur dès la conclusion du contrat, sauf les exceptions résultant de circonstances ou de stipulations particulières.

Si la chose n'est déterminée que par son genre il faut en outre qu'elle ait été individualisée; si elle doit être expédiée, dans un autre lieu, il faut que le vendeur s'en soit dessaisi à cet effet.

Dans les contrats faits sous condition suspensive, les profits et les risques de la chose aliénée ne passent à l'acquéreur que dès l'accomplissement de la condition."

(151) Art. 220: "Lorsqu'un terme a été fixé conventionnellement pour la prise de possession de l'immeuble vendu les profits et les risques de la chose sont présumés ne passer à l'acquéreur que dès l'échéance de ce terme."

(152) De todos ellos interesan realmente el art. 255:

tivos se aplicarán las reglas de los arrendamientos rústicos, artículos 277 a 280 y 283 a 285 (153).

Y Virgilio Rossel, afirma por lo que se refiere a las aportaciones de goce, que, dada la ausencia de normas específicas que regulen los riesgos en el usufructo, le serán a éste aplicables las mismas que para el arrendamiento, y remite igualmente, para la aportación en propiedad, al artículo 185 (153 bis).

Esta antigua doctrina que únicamente nos ha sido posible manejar, aparte no precisar con claridad cuál es el criterio que rige los riesgos en la compraventa y en el arrendamiento, no aborda tampoco la cuestión de qué efecto produce en la suerte de la sociedad la imposibilidad sobrevenida de la aportación de un socio y si se arbitrará en tal caso una resolución parcial o total del contrato.

El admirable Código federal suizo de Obligaciones no nos parece en este punto digno de imitación (154). Quizá la principal enseñanza que podemos extraer del derecho helvético, que no es poca, es la de no regular los riesgos de las diferentes modalidades de aportación mediante remisiones y, sobre todo, mediante remisiones a otros contratos en particular (compraventa, arrendamiento), cuyo régimen en cuanto al "periculum" diste de ser diáfano (155).

## 5. DERECHO PORTUGUÉS

El reciente Código civil portugués, aprobado por Decreto-Ley de 25 de noviembre de 1966, presenta una regulación de nuestro problema muy semejante a la del derecho italiano, en el que sin duda, se inspira.

Su artículo 984 dispone que:

---

"Si, durant le bail, la chose tombe dans un état tel qu'elle ne puisse servir à l'usage pour lequel elle a été louée, ou que cet usage soit notablement amoindri, sans que le preneur en soit responsable celui-ci a le droit d'exiger une réduction proportionnelle du loyer, et même de déparir du contrat lorsque la chose n'est pas remise en état dans un délai convenable.

Le bailleur doit des dommages-intérêts, s'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable."

Y el art. 257, 1.º: "Le preneur qui, par sa propre faute ou par suite d'un cas fortuit survenu dans sa personne, ne peut se servir de la chose louée ou n'en peut faire qu'un usage restreint n'en doit pas moins acquitter toute ses contreprestations, en tant que la chose a été tenue à sa disposition par le bailleur, pour l'usage convenu", precepto que en alguna medida parece contradecirse con el art. 255 transcrito.

(153) Que contiene reglas esencialmente idénticas a las del arrendamiento común.

(153 bis) VIRGILE ROSSEL, *Manuel du Droit Fédéral des obligation*, t. I, Lausanne-Genève, 1920, pág. 626.

(154) Paralelo del art. 531 suizo es, lógicamente, el art. 521 del Código turco de las obligaciones de 1926, que, asimismo, remite con idéntica poca fortuna a la compraventa y al arrendamiento. Vide la ed. de Rizzo, Constantinopla, 1927, pág. 108.

(155) Cf., a este respecto, los arts. 31 de nuestra L. S. A. de 17 de julio de 1951 y 8 de la L. S. R. L. de 17 de julio de 1953 y lo que luego se dirá sobre ellas y sobre el proyecto de ley de sociedades.

“La ejecución de la prestación, la garantía y el *riesgo* de la cosa se regulan en los términos siguientes:

a) Si la aportación consiste en la transferencia o constitución de un derecho real, por las normas del contrato de compraventa.

b) Si el socio simplemente se obliga a facilitar a la sociedad el uso y disfrute de una cosa, por las normas del contrato de arrendamiento.

c) Si la aportación consiste en la transferencia de un crédito o de una posición contractual, por las normas respectivamente, de la cesión de créditos o de la cesión de contratos, presumiéndose que el socio garantiza la solvencia del deudor” (156).

Y ello se complementa con el artículo 1.003, letra d) que dispone:

“La exclusión de un socio puede darse en los casos previstos en el contrato y, además, en los siguientes:

d) Cuando, por causa no imputable a los administradores, se verifica el perecimiento de la cosa o derecho que constituía la aportación del socio, en los términos del artículo siguiente”.

Y ese artículo siguiente, numerado como 1.004, reza así:

“El perecimiento sobrevenido de la cosa es fundamento de exclusión del socio:

a) Si la aportación consiste en la transferencia o constitución de un derecho real sobre la cosa y ésta perece antes de la entrega.

b) Si el socio ingresó en la sociedad sólo con el uso o disfrute de la cosa perdida” (157).

Las consideraciones que antes hicimos sobre el derecho italiano aprovechan “*mutatis mutandis*” para esta excelente regulación lusitana de nuestro problema. En ella se confirma una vez más, que la imposibilidad sobrevenida de una prestación sólo debe originar, en buena lógica, la exclusión del socio afectado.

(156) Extraído, como todos los restantes y según traducción propia, de la edición revisada por F. A. Pires de Lima, Coimbra, editora limitada, 1967.

(157) El régimen sobre la exclusión de un socio se complementa en su regulación con los arts. 1.005 y 1.006 que disponen:

Art. 1.005: “1. La exclusión depende del voto de la mayoría de los socios, no incluyendo en el número de estos al socio afectado, y produce efectos transcurridos treinta días desde la fecha de la correspondiente comunicación al excluido.

2. El derecho de oposición del socio excluido caduca transcurrido el plazo referido en el número anterior.

3. Si la sociedad tuviera solamente dos socios, la exclusión de cualquiera de ellos sólo puede ser pronunciada por el tribunal.”

Art. 1.006: “1. La exoneración o exclusión no exime al socio de la responsabilidad frente a terceros por las obligaciones sociales contraídas hasta el momento en que la exoneración o exclusión produce sus efectos.

2. La exoneración y la exclusión que no estuvieran sujetas a registro no son oponibles a terceros que, sin culpa, las ignoraban al tiempo en que contrataran con la sociedad; se considera siempre culposa la ignorancia si al acto le fue dada la publicidad conveniente.”

## 6. DERECHO HISPANOAMERICANO

Dentro del Derecho hispanoamericano, los Códigos civiles civiles de las diferentes repúblicas acogen soluciones a veces interesantes para nuestro problema.

Dejando a un lado el Código civil de Puerto Rico, copia fidedigna del nuestro (158), el de Venezuela, que lo es, en el punto que nos afecta, del Código italiano de 1.865 (159) el de Bolivia, trasunto del napoleónico (160) y el de Perú, que pese a sus excelentes modelos y pese a conocer el instituto de la resolución parcial sigue decretando, por la simple pérdida de una aportación, la de toda sociedad (161), nos interesan primordialmente dos regulaciones de indudable personalidad: la chilena y la argentina.

Comenzando, como más antiguo, por el Código de Andrés Bello, su artículo 2.084 dispone que:

“Si se aporta la propiedad, el peligro de la cosa pertenece a la sociedad, según las reglas generales, y la sociedad queda exenta de la obligación de restituirlas en especie. Si sólo se aporta el usufructo, la pérdida o deterioro de la cosa no imputables a culpa de la sociedad, pertenecerán al socio que hace el aporte. Si este consiste en cosas fungibles, en cosas que se deterioran por el uso, en cosas tasadas o cuyo precio se ha fijado en común acuerdo, en materiales de fábrica o artículos de venta, pertenecientes al negocio o giro de la sociedad, pertenecerá la propiedad a ésta, con la obligación de res-

---

(158) Su art. 1.592 es reproducción literal, como todo el cuerpo legal, de nuestro artículo 1.701. Véase la edición del Instituto de Cultura Hispánica, con estudio preliminar de Félix Ochoteco, jr., Madrid, 1960.

(159) El art. 1.736 del Código civil de los Estados Unidos de Venezuela de 1922, es traducción exacta del ya comentado art. 1.731 italiano de 1865. Vide la edición oficial del Código de Venezuela, hecha por “Litografía del Comercio”, Caracas, 1923, pág. 285.

(160) Los arts. 1.230 y 1.231 del Código civil de Bolivia de 1831-1846, traducen, apenas sin variantes, el 1.867 francés. Dicen así aquellos preceptos del Código “Santa Cruz”:

Art. 1.230: “Cuando uno de los socios ha prometido poner en común la propiedad de una cosa y ésta se pierde antes que lo haya verificado, produce la disolución de la compañía con respecto a todos los socios.”

Art. 1.231: “Se disuelve igualmente la compañía por la pérdida de la cosa cuyo usufructo solamente se ha puesto en común. Mas no se disuelve por la pérdida de la cosa cuya propiedad se ha puesto ya en la compañía.” Cf. ed. del Instituto de Cultura Hispánica, con estudio preliminar de Carlos Terrazas Torres, Madrid, 1959, pág. 162.

(161) Efectivamente, el Código civil peruano de 1936 sigue la pauta, a veces muy meritoriamente, de tres notables cuerpos legislativos: el Código civil alemán, los códigos civil y de obligaciones suizos y el Código civil brasileño, y aunque prevé una serie de causas, por las que el contrato se “rescinde” parcialmente (art. 1.713, en cuyo núm. 5 podría forzarse la inclusión de nuestra hipótesis), dispone en el art. 1.715:

“Si uno de los socios promete poner en común la propiedad de un bien, y éste se pierde antes de verificarse la entrega, se disuelve el contrato respecto de todos los socios”, disposición tanto más extraña cuanto ni distingue entre bienes muebles e inmuebles, siendo así que su ley transmisoria es distinta en el Código peruano (consentimiento y tradición respectivamente: arts. 1.172,

tituir al socio su valor..." (162). Complementátese este artículo con el 2.102, a cuyo tenor:

"Si un socio ha aportado la propiedad de una cosa subsiste la sociedad, aunque esta cosa perezca, a menos que sin ella no pueda continuar útilmente. Si sólo ha aportado el usufructo, la pérdida de la cosa fructuaria, disuelve la sociedad, a menos que el socio aportante la responga a satisfacción de los consocios, o que éstos determinen continuar la sociedad sin ella."

No precisa el Código chileno qué ocurre si la cosa prometida parece *antes* de que se haya aportado la propiedad (lo que sólo tiene lugar cuando haya mediado la tradición: art. 588), pero es fácil integrar la solución desde el momento en que el citado artículo 2.084, consagra el principio "*periculum est creditoris*". De suerte que en la aportación a título de dominio, es la sociedad la que soporta los riesgos desde la perfección del contrato, háyase o no seguido la tradición. Desaparece así, respecto de dicho tipo de aportación toda cuestión sobre resolución total o parcial de la sociedad: aunque una aportación se destruya, aquella pervive, a menos que sin la cosa perdida "no pueda continuar útilmente".

Pero si respecto a la aportación dominical Andrés Bello supo, aun conservando el principio "*res perit creditori*", desprenderse de la absurda conclusión disolutoria que, para el caso de imposibilidad de una prestación, le ofrecían todos los modelos codificados de su época, respecto de la aportación en usufructo (designación equívoca y poca técnica), el peso de la tradición lastra todavía la solución chilena. La pérdida de la cosa fructuaria —establece el reproducido artículo 2.012—, disuelve la sociedad; ahora bien el ilustre jurista venezolano, intentó paliar lo injustificado de la fórmula, añadiendo dos salvedades: la sociedad no se disuelve si el socio aportante repone la cosa fructuaria perdida, a satisfacción de los consorcios o si éstos determinan continuar la sociedad sin ella. Esta última posibilidad no aclara si el socio afectado sigue perteneciendo o no a la sociedad y suscita múltiples dudas en punto al modo de adoptar el acuerdo de continuación, pero, con todo, la regulación andina de nuestro problema se muestra muy superior a la que cuarenta y tantos años más tarde habríamos de adoptar nosotros (163).

---

1.173 y 1.175). Véase la edición, una vez más, debida a la encomiable labor del Instituto de Cultura Hispánica, con estudio preliminar de José León Barrantiarán, Madrid, 1952, pág. 209.

(162) Citado con arreglo a la edición del Instituto de Cultura Hispánica, precedida de un estudio preliminar de Pedro Lira Urquieta, Madrid, 1961, página 389. Las "reglas generales" sobre el "*periculum*" a que alude el precepto se contiene fundamentalmente en los arts. 1.547, 1.550, 1.510, 1.820, 1.821, etc.

(163) El Código colombiano de 1887, copia exacta del chileno, ofrece, lógicamente, una idéntica normación de nuestro extremo en los arts. 2.110 y 2.218. Vide la ed., una vez más, debida al Instituto de Cultura Hispánica, con estudio preliminar de Alfonso Uribe Misas, Madrid, 1963, págs. 346-47 y 350. Lo mismo cabe decir del Código de la República de El Salvador de 1859 y de sus arts. 1.842 y 1.860, ed. del Instituto de Cultura Hispánica, con estudio

Lo mismo cabe decir y aún con mayor razón de la regulación argentina. El notable y prolijo Código platense de 1869 se ocupa de la sociedad civil en los artículos 1.648 a 1.788. De tan copioso caudal nos interesan el artículo 1.654, cláusula 5.<sup>a</sup> (164), el artículo 1.706 (165), el artículo 1.735, causa 2.<sup>a</sup> (166) y los artículos 1.772 y 1.773 (167).

De su combinación resulta que, por lo que hace a la aportación en propiedad, el Código de Vélez Sársfield no contiene ninguna prescripción específica en punto a riesgos, por lo que habrá que estar a los principios generales, los cuales, pese a que también en Argentina se transmite la propiedad mediante la tradición, atribuyen el "periculum" al acreedor (art: 513) desde la perfección del contrato. Por lo que a la aportación de goce concierne, el artículo 1.706 decreta que es de cuenta del aportante la pérdida total o parcial de aquélla, aunque no sería muy difícil interpretar este precepto como referido tan sólo al "periculum rei", sin aludir por tanto al riesgo del goce.

Pues bien, cuando el socio deba soportar los riesgos e, imposibilitada su prestación, quepa decir que ha incumplido su obligación de aportar, el Código argentino es el primero de los cuerpos civiles que ordena claramente la sola resolución parcial del contrato, o sea la simple resolución referida al socio incumplidor (arts. 1.735-2.º y 1.773). Pero ello no se produce automáticamente, sino que es preciso que *todos* los demás socios acuerden que quieren continuar la relación social, con exclusión del que dejó de realizar su prestación, propósito que, a nuestro juicio, bien podría inferirse de meros "facta concludentia". Insistimos en que esta regulación antecedió en veinte

preliminar de Mauricio Guzmán, Madrid, 1959, págs. 319 y 322. Muy similar es también el régimen vigente en Costa Rica, en virtud del art. 1.241 del Código civil de 1.887; cf. la ed. perteneciente a la "Biblioteca de Derecho Vigente en Costa Rica", dirigida por el Lic. don Luis Castro Saboría, tipografía Lehmann, San José de Costa Rica, 1916, pág. 282.

(164) Art. 1.654: "Son válidas las estipulaciones siguientes: ... 5.<sup>a</sup>: Que, consistiendo la prestación de algún socio en el uso o goce de una cosa, la pérdida de los bienes de la sociedad quede a cargo sólo de los otros socios." Vid. ed. Instituto de Cultura Hispánica, con estudio preliminar de José María Mustapich, Madrid, 1960.

(165) Art. 1.706: "Si la prestación fuere del uso o goce de los bienes, el socio que la hubiese hecho continuará siendo propietario de ellos, y es de su cuenta la pérdida total o parcial de tales bienes, cuando no fuese imputable a la sociedad o a alguno de los socios y disuelta la sociedad podrá exigir la restitución de ellos en el estado en que se hallaren."

(166) Art. 1.735, núm. 2: "Habrá justa causa para la exclusión de algún socio de la sociedad: ... 2.º cuando no cumpliera alguna de sus obligaciones para con la sociedad, *tenga o no culpa.*"

(167) Art. 1.772: "Concluye también la sociedad, por la pérdida de la propiedad o del uso de la cosa que constituía el fondo con el cual obraba o cuando se perdiera una parte tan principal que la sociedad no pudiese llenar sin ella el fin para que fue constituida."

Art. 1.773: "No realizándose la prestación de uno de los socios, *por cualquier causa que fuere*, la sociedad se disolverá si todos los otros socios no quisieren continuarla, con exclusión del socio que dejó de realizar la prestación a que se había obligado."

años a la de nuestro Código, cuyo anteproyecto además afirma haberla tenido a la vista.

## VI. RELATIVO SILENCIO JURISPRUDENCIAL

No resulta sorprendente a la vista de las razones que dábamos en el capítulo inicial de nuestro trabajo, que ningún fallo de nuestro Tribunal Supremo haya tenido ocasión de aplicar plena y directamente el artículo 1.701.

Existen sí, algunas sentencias que rozan el tema de la fuerza mayor incidente sobre una sociedad (cuestión propia del art. 1.700-2.º), pero no sobre una aportación en trance de ser consumada (párrafo primero del art. 1.701) (168).

No obstante, hay dos sentencias que discurren muy próximas al supuesto de hecho de nuestro artículo en su párrafo segundo, si bien ninguna, por las razones que se verán arrojan excesiva luz sobre la inteligencia de su sentido. Las sentencias indicadas son las de 4 de octubre de 1952 y la de 10 de octubre de 1956.

En la primera el asunto era el siguiente: el actor, Sr. Liesa, y el demandado, Sr. Miranda, habían celebrado un contrato de sociedad civil para la explotación conjunta de una finca rústica, propiedad de doña Pilar Castro. El señor Miranda aportó la simple posesión de la finca que le había sido concedida interinamente por su propietaria, y el señor Liesa, sus conocimientos prácticos y su trabajo en la explotación. Posteriormente, la propietaria y el señor Miranda suscriben un contrato de arrendamiento de la finca en el que se prohíbe al arrendatario el subarriendo, cesión o traspaso de sus derechos.

El T. S. entiende que hubo sociedad sólo hasta el momento de suscripción del contrato arrendaticio, porque entonces fue cuando Miranda "cesó en aquella posesión interina de la finca que había venido disfrutando, cuya posesión fue sustituida por la posesión arrendaticia que obtuvo por el contrato expresado, pero sujeta esta nueva posesión a las prohibiciones mencionadas, y al extinguirse el único derecho aportado por Miranda a la sociedad, quedó ésta sin contenido y extinguido el negocio que la motivó, por lo que la sentencia recurrida no infringe el artículo 1.700 del Código civil".

---

(168) Así, por ejemplo, la S. de 10 de junio de 1955 decide que, "aunque la guerra civil motivase la ausencia del país de uno de los socios, y su inhibición en la gestión del negocio común, no puede considerarse aplicable la causa segunda de disolución prevista por el art. 1.700 ("o se consuma el negocio que le sirva de objeto"), si una de las sucursales o establecimientos, dirigido por el otro socio, marchaba prósperamente". Y la S. de 8 de marzo de 1954 dispone que, "invertido el montante del préstamo hecho por uno de los socios a la sociedad en la adquisición de ganado, éste pertenece a la sociedad, no únicamente al socio prestamista y la sociedad debe pechar con la pérdida originada por fuerza mayor (guerra civil) repercutiéndola en los socios, proporcionalmente a su participación, según prescriben el artículo 1.687, 2.º, y el art. 1.689 del C. c.".

Efectivamente, parece que en la presente sentencia nos encontramos con una aportación a título de goce, la constituida por la posesión interina de una finca rústica, y que esa aportación se imposibilita sobrevenida y fortuitamente, ya que como el propio Supremo reconoce la posesión "no terminó por el arbitrio de Miranda, sino porque la propietaria en uso de su derecho, acordó que aquél cesase en la posesión interina de la misma y le prohibió ceder la posesión arrendaticia que por el expresado contrato le confirió...". Se trata, pues, del hecho de un tercero el que hace imposible la aportación de goce.

Pero ante tal circunstancia nuestro Supremo Tribunal no aplica el párrafo segundo del artículo 1.701, sino el artículo 1.700, sin duda en su causa segunda, ya que, según él, la sociedad se disuelve porque "queda sin contenido y extinguido el negocio que la motivó". ¿Por qué no adujeron nuestros magistrados el artículo 1.701-2.º? Es posible que porque no se percatan de que por "pérdida" de la cosa, a los fines de ese artículo, hay que entender, también la imposibilidad jurídica de disponer de ella y también porque les bastaba el número 2 del artículo 1.700 para su propósito, en razón a que, en efecto, se había "perdido" la cosa que servía de objeto *principal y único* a la sociedad. Por otra parte al tratarse de una sociedad de sólo dos socios, al igual que la mayor parte de las imaginadas por la tradición jurídica, el T. S., de haber aplicado el artículo 1.701, párrafo segundo, hubiera tenido que decretar la disolución total de la sociedad y no sólo la parcial referida al socio aportante. En conclusión esta sentencia que enfoca, sin duda, el supuesto de hecho que a nosotros nos interesa, no contribuye, sin embargo, demasiado al esclarecimiento, siquiera sea por inaplicación del artículo 1.701-2.º

Los antecedentes de la otra sentencia, la de 10 de octubre de 1956, eran los siguiente:

Por contrato privado de 18 de noviembre de 1930 se constituyó una sociedad entre los hermanos don Antonio y don Narciso Galán Doistúa y dos personas más, con objeto de explotar un aparato gasificador patentado a nombre de don Narciso Galán y que éste aportaba al acervo común. Como el acoplamiento del aparato gasificador en camiones y lanchas motoras dio funestos resultados se liquidó la participación de los otros dos miembros de la sociedad y los hermanos Galán se dedicaron a otras actividades, en especial a la reparación de aumóviles y fabricación de un determinado modelo de segmentos también patentado, caducando mientras tanto las patentes del aparato gasificador. El litigio se plantea cuando don Antonio Galán pretende que la sociedad constituida en 1930 subsistía todavía, pero dedicada a otros aspectos de su objeto y solicita, en consecuencia, la rendición de cuentas y reparto de beneficios, mientras que don Narciso Galán afirma que el negocio de reparación de maquinaria y fabricación de segmentos era de su exclusiva propiedad y que la sociedad concertada con su hermano y otros habíase extinguido por caducidad de las patentes, único objeto de la misma.

Juzgado y Audiencia, aunque con ligera discrepancia, desestiman la demanda, declaran disuelta la sociedad de 1930 e imponen su liquidación. Al articular el recurso de casación don Antonio Galán aduce, como uno de los principales motivos que se había infringido el artículo 1.701, párrafo tercero, porque la sociedad no se disuelve por la pérdida de la cosa, cuando ocurre después que aquélla ha adquirido la propiedad de la misma: pero el T. S. rechaza ese argumento, como en general, todo el recurso, afirmando (ponente: don Acacio Charrín) que ese “precepto (el 1.701) no es aplicable al caso actual en que el propietario de las patentes no se había desprendido de su propiedad para transferirla a la repetida sociedad, sino que ésta se constituía para la explotación de aquéllas, conceptos completamente distintos, pues la naturaleza especial de la propiedad industrial no llega a borrar la diferencia entre la transmisión de la propiedad de una cosa o derecho y la cesión de su uso”.

El Supremo que considera inaplicable el artículo 1.701, probablemente en su párrafo tercero, no especifica cuál es, entonces, el aplicable, por lo que hay que entender que acoge el razonamiento de la Audiencia basado en no sabemos qué precepto, según el cual la sociedad se había disuelto por caducidad de las patentes. Y es curioso que para nuestros altos magistrados sea inaplicable el artículo 1.701-3.º, no porque la caducidad de una patente no constituye una pérdida fortuita sino *negligente* de la aportación, sino en razón a que no se aportó la propiedad y sí el simple uso de las patentes, lo que, en buena lógica hubiera debido conducirles al párrafo segundo de aquél, que además apoyaba la conclusión disolutoria a que querían llegar.

El que las patentes no se transmitieron en propiedad no resulta claramente de los hechos probados, pero parece que el Tribunal ha hecho uso aquí de sus facultades discrecionales para decidir en caso de duda el título de la aportación (169).

Por último, es probable que el precepto que aplicase la Audiencia y tras ella el Supremo, para decretar la disolución fuese el artículo 1.700, número 2, pues parecen considerar que la explotación de las patentes era la única cosa que servía de objeto a la sociedad.

En suma, pues, esta sentencia que no se tropieza, a diferencia de la de 1952, con un supuesto de hecho que encaje exactamente en el artículo 1.701 (170) también elude la aplicación de este precepto, sin duda, porque le bastan otros para su propósito.

## VII. NUESTRA INTERPRETACION

Hasta aquí hemos realizado una tarea primordialmente expositiva: hemos entresacado las opiniones doctrinales más relevantes, hemos desenterrado los antecedentes históricos de nuestro artículo, hemos mostrado las soluciones iuscomparativas de mayor prestigio y, por

(169) Cf., en ese sentido, la S. de 3 de diciembre de 1959.

(170) Para que el supuesto de hecho encaje en el art. 1.701, 2.º, es preciso equiparar, como en su lugar defendemos nosotros, una imposibilidad

último y sin éxito, hemos buscado inexistentes enseñanzas jurisprudenciales. Resta ahora la labor más ardua, la labor constructiva. Es menester, con todos los ingredientes anteriores, forjar una opinión propia, hasta aquí solamente entreverada, sobre nuestro artículo 1.701 y sobre la problemática que plantea; es preciso intentar una interpretación lo más actualizada posible del precepto, o, por lo menos, es necesario adoptar una actitud crítica frente al mismo y presentar una "alternativa" más adecuada por si en alguna ocasión se acomete su reforma.

Porque, en efecto, una vez más hemos de desenvolvemos en dos planos típicos de la ciencia jurídica: el plano del "ius conditum" y el plano del "ius condendum". Vamos a intentar, "data lege", la hermenéutica más progresiva que permita el derecho constituido; y cuando agotemos todas las posibilidades al respecto, esbozaremos, "de lege ferenda" la regulación del problema que nos parece más idónea. Diferenciaremos, por tanto, en apartados distintos, ambos planteamientos.

#### A) Nuestra opinión "iure condito"

Para proceder con un cierto orden es conveniente distinguir entre la interpretación que postulamos respecto al párrafo primero del artículo 1.701, y, de rechazo, también respecto a su párrafo tercero, y la defendida para su párrafo segundo.

##### a) Párrafo primero (y tercero).

Para su adecuada interpretación procede desmenuzar con cierta pausa los elementos que integran las normas contenidas en esos párrafos. Tales elementos, como en todo precepto jurídico, son, básicamente, dos: un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, a su vez compuestos de diversos conceptos que iremos glosando (171).

El supuesto de hecho o "Tatbestand" del párrafo primero del artículo 1.701 está constituido por una aportación "quoad dominium" que se imposibilita a consecuencia de la pérdida de su objeto, esto es, por una obligación de dar (y no de hacer o de no hacer) que sobrevenidamente, o sea, después de celebrado el contrato, deviene imposible, porque el objeto de su prestación, el bien cuya propiedad había de transferirse, perece.

Pero analicemos aún más despacio, concepto por concepto, este presupuesto.

El artículo 1.701-1.º, empieza su dictado afirmando "cuando la cosa específica..."; ¿qué se entiende por "cosa" y qué se entiende por "específica"? Más concretamente (porque no vamos a remontarnos ahora a una teoría general sobre las cosas), ¿por "cosas" cabe entender también los "servicios" y los derechos? y, por otra parte,

---

culposa (en cuanto el socio ha dejado caducar las patentes) a una imposibilidad auténticamente fortuita.

(171) Para este método interpretativo, vide Díez PICAZO, Luis, *La interpretación de la Ley*, en A.D.C., 1970, págs. 711 y sigs., especialmente pág. 723.

¿el adjetivo “específico” cabe interpretarlo, cual sugiere De Buen, como sinónimo de “esencial”?

Más o menos ya hemos adelantado que, en nuestra opinión, no resulta posible equiparar los servicios a las “cosas”, ni gramatical, ni histórica ni lógicamente. La prestación de servicios que se imposibilita (v. gr., porque se incapacita mental y físicamente el que había de realizarla), no puede subsumirse en este párrafo inicial, porque los servicios no son, en sentido estricto, una “cosa”, y sobre todo, porque al constituir una prestación de “tracto sucesivo” no son susceptibles de una “entrega” puntual que transfiera los riesgos de su pérdida a la sociedad, tal y como establece el precepto. Por eso decíamos que este párrafo imagina una obligación de dar y no de hacer, bien que se haya recordado sutilmente que todo dar implica un “facere” (172).

Es indudable, por otra parte, que al referirse el artículo 1.701 a “cosa” que se promete aportar, se está queriendo aludir a la *propiedad* de esa “cosa”, o sea al derecho pleno de dominio sobre la misma (173), ya que a la entrega de una cosa, en virtud de un derecho limitado, se refiere al párrafo segundo. Ahora bien ¿cabe considerar como “cosas” otros derechos distintos del de propiedad?, concretamente ¿es incluíble en el régimen del artículo 1.701-1.º la cesión de un derecho de crédito, por ejemplo? (174). No lo creemos, fundamentalmente, porque un crédito en cuanto derecho personal inmaterial no es susceptible de “perecimiento” o “pérdida”. Podría destruirse el título-valor al que, en su caso se hubiera incorporado,

(172) ¿Qué solución se aplicaría entonces al problema de un socio industrial, cuyos servicios no pueden ya prestarse? Cabría pensar que en el artículo 1.184 del C. c. quedaría liberado de su obligación, mientras que el acreedor, o sea la sociedad, seguiría obligada a la contraprestación (participación en los beneficios). Pero no lo creemos así, porque aparte de que el artículo 1.184 sólo extingue la obligación del socio para con la sociedad, sin aludir a la perpetuación de la de ésta para con aquél, y aparte de que el art. 1.184 parece imaginar sólo una prestación de servicios por tiempo limitado, o sea de “tracto único” y no una prestación de tracto sucesivo, como ocurre en las sociedades “sine die”, el art. 1.707 para las sociedades constituidas por tiempo determinado, considera “justo motivo” para que un socio pueda reclamar la “disolución de la sociedad” el que uno de los compañeros se inhabilite para los negocios sociales. Para los socios colectivos *gestores*, el supuesto está previsto en el art. 222, 2.º del C. de c., que MERCEDES VERGEZ, *El socio industrial*, ed. Tecnos, Madrid, 1972, págs. 211 y 212, considera con acierto que no debe extenderse al socio que no sea gestor cuya inhabilitación o imposibilidad para prestar sus servicios sólo debe originar una rescisión parcial del contrato al amparo del núm. 7 del art. 218.

(173) Por eso que es el derecho de propiedad el que perece, en muchos casos por desaparición de su base objetiva —v. gr., incendio del bien, etc.—, también habrá que considerar “pérdida” o “perecimiento” circunstancias que afectan al derecho mismo: v. gr., expropiación o evicción de lo prometido, etcétera.

(174) Las llamadas propiedades especiales —intelectual e industrial, fundamentalmente—, cualquiera que sea su auténtica naturaleza, se equiparan a la propiedad ordinaria en lo que a nuestro precepto se refiere.

pero, aparte de que un título-valor es ya una cosa mueble, el derecho personal en él figurado puede seguir existiendo, con independencia del documento en que se insertó. La insolvencia del deudor o la falsedad del crédito tampoco son “pérdidas” en sentido estricto, máxime, cuando el aportante responde a veces de la “bonitas” y siempre de la “veritas nominis” (arts. 1.529 y 1.530 del C. c.).

Por “cosa”, entonces, a los efectos del párrafo primero del artículo 1.701, hay que entender únicamente, *la propiedad de un bien*, sea este mueble o inmueble, aunque estos últimos son, por lo general, de más difícil “pérdida”.

Nos preguntábamos también por el significado del adjetivo “específica”. Ya sabemos (175), que las cosas no son específicas ni genéricas, cualidades que sólo cabe predicar del modo de considerarlas los hombres y, concretamente, del modo como son determinadas al tiempo de constituir el objeto de una prestación obligatoria. No existen, pues, cosas específicas y genéricas (todas las cosas son a la vez específicas y genéricas, sino obligaciones específicas y obligaciones genéricas. Al referirse, por tanto, el artículo 1.701-1.º a una cosa “específica”, pretende aludir a que el socio se ha comprometido a transmitir a la sociedad la propiedad sobre un bien, determinado inconfundiblemente entre los existentes, y no a través de su adscripción a un género más o menos delimitado. La imprecisa técnica de la centuria pasada, designa traslaticiamente a la cosa como específica, cuando debiera designar con tal calificativo al tipo de vínculo escogido.

No es baladí la precisión de que la obligación a que alude el párrafo primero es una obligación específica, porque el régimen de los riesgos es tradicionalmente distinto en ella que en la obligación contraída genéricamente (176).

Pero, más que a extendernos sobre estas consideraciones, de sobra conocidas, a lo que íbamos era a examinar si resulta posible interpretar, con Demófilo De Buen, el adjetivo “específica” como “insustituible” o “esencial”. La tesis, en su lugar lo dijimos (177), resulta sumamente ingeniosa, pero tropieza con serios obstáculos que nos frenan el seguir por esa senda.

En primer lugar está el argumento histórico: expuesto queda que el vocablo “específica” se importó por los redactores de la Comisión General de Códigos, extrayéndolo del anteproyecto belga de Laurent, y también vimos que para este tratadista el término tenía

---

(175) Véase COSSÍO Y CORRAL, A., *De la transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas*, en A.D.C., 1953, páginas 527-621; también, VASALLI, Filippo, *Delle obbligazioni di genere in Diritto romano*, en *Studi giuridici*, vol. III, t. I, Giuffrè, Milano, 1960, págs. 131-252.

(176) Así lo reconoció la importante S. de 13 de junio de 1944, y así parece deducirse de los arts. 1.452, 1.182, 1.185, etc., del C. c., inspirados todos en los axiomas romanos, “genus numquam perit”, “genus perire non censetur”.

(177) *Vide supra* pág. 10.

el significado que antes le hemos dado y no el de insustituible (178).

En segundo lugar se opone un argumento lógico: si la aportación perecida es "esencial", qué sentido tiene, entonces, distinguir entre pérdida anterior y pérdida posterior a la entrega. En ambos casos, la sociedad, carente de su objeto esencial, debiera extinguirse y no es eso lo que decreta el párrafo tercero.

En fin, sin pretender agotar las razones, la interpretación de De Buen, desaprovecha regular con ese artículo la cuestión de los riesgos de una aportación, siendo así que en él se acoge al respecto el criterio más progresivo, a nuestro modo de ver, de los existentes: el que los transfiere por la entrega de la cosa (179).

Continuando con la delimitación del supuesto de hecho de este primer párrafo, el mismo sigue diciendo: "cuando la cosa específica que un socio *había prometido* aportar a la sociedad...". Ante todo, por "promesa" no hay que entender ningún tipo de vínculo precontractual al modo como ocurre en el artículo 1.451 del Código civil, sino que cuando el Código habla de que un socio ha prometido aportar, se refiere a que se "ha obligado" a aportar. ¿Tal obligación, por otra parte, es sólo la surgida al tiempo de contraerse la sociedad, o también la derivada de una posterior ampliación de capital que el socio se ha comprometido a asumir en especie? Creemos que sólo la imposibilidad de cumplir la *inicial* obligación de aportar lo prometido en el contrato constitutivo, puede motivar la disolución de la sociedad; si el socio se ve imposibilitado de cumplir una obligación ulterior al momento constitutivo, se aplicarán las normas generales (cumplimiento específico y, en su defecto, exoneración o resarcimiento, según que el socio sea o no responsable del incumplimiento), pero no la consecuencia drástica de disolver la sociedad, aunque sea con las atenuaciones que postularemos después. Así lo patrocina, a falta de previsión concreta en el artículo 1.791, el principio de conservación del contrato (art. 1.284) y de la empresa, normalmente subyacente (180).

Luego —sigue diciendo el supuesto fáctico del 1.701—, la cosa prometida "perece" o, con otra expresión también utilizada en el precepto, tiene lugar su "pérdida". El análisis de este elemento requiere decidir si por pérdida o pericimto hay que entender: 1.º, sólo la destrucción ("interitus") o también el menocabo ("deterioratio") del bien cuya propiedad se aporta y 2.º, sólo la pérdida casual,

(178) *Vide supra* págs. 41-42. Con todo, ya vimos que una interpretación parecida era la que daba uno de los redactores del "Còde": Jacques Maleville. Cf. más arriba, pág. 35.

(179) La vinculación que De Buen y también los anotadores pretenden establecer entre disolución de la sociedad y frustración del fin del contrato o desaparición de su base objetiva, hay que postularla del núm. 2 del artículo 1.700 que, de este modo, sólo operaría si la pérdida de la cosa origina aquella frustración o desaparición, pero no del art. 1.701, donde esas progresivas teorías no tienen encaje adecuado.

(180) RUBIO, Jesús, *El principio de la conservación de la empresa y la disolución de sociedades mercantiles en Derecho español*, en R.D.P., 1935, páginas 288-306, especialmente pág. 290.

o sea, la debida a caso fortuito o fuerza mayor o también la motivada por un acto doloso o culposo del aportante.

Respecto de la primera disyuntiva nos parece que si el artículo 1.701 estuviera contemplando pura y asépticamente una cuestión de "riesgos" había que emparejar, como en tantos otros lugares de nuestro Código (181), la suerte de la destrucción total y la del simple deterioro. Pero, para bien o para mal, el artículo 1.701 implica, además, una cuestión de disolución de la sociedad y, por consiguiente, enlazar una consecuencia tan rotunda como la disolutoria al simple menoscabo de una aportación, nos resulta, sin duda, excesivo. El régimen del deterioro sobrevenido de una aportación de dar, habrá que buscarlo entonces, bien en los principios generales de las obligaciones de entrega, o bien, en los principios especiales que para las aportaciones a sociedad, quepa inducir del artículo 1.701, pero sin que esta extensión anológica entrañe una disolución que, como decimos, resulta desproporcionada para el simple menoscabo. Claro que no cabe entender por menoscabo un desperfecto en la cosa que la inutilice para su adecuado destino económico. En esos casos, serían los tribunales los encargados de fijar cuándo un deterioro es equiparable a una pérdida total.

De manera que, en nuestro sentir, "perecimiento" o "pérdida" en el artículo 1.701 hay que entenderlos, como destrucción total o, por lo menos, considerable y el simple deterioro de la aportación prometida cabe regularlo o por los principios generales, que lo ponen a cargo del acreedor, desde el momento de la perfección del contrato (182) o bien por el principio especial que parece desprenderse del artículo 1.701, el cual lo traslada al acreedor sólo cuando se haya verificado la entrega de la cosa (183).

Referente a si por pérdida, debemos interpretar sólo la fortuita o también la culposa, dado que el artículo 1.701 no explicita dicho extremo, no cabe duda que los precedentes históricos abogan por la primera solución. Tanto Celso-Ulpiano, como Domat y Pothier, como los codificadores, dan por supuesto, que la pérdida de la cosa acaece por caso fortuito o fuerza mayor (184) (sus ejemplos versan,

---

(181) Cf. art. 1.563, arts. 1.744-1.746, art. 1.867, etc.; el paralelismo entre la pérdida total y el deterioro es problemático en el art. 1.122 porque depende de si en su regla 1.<sup>a</sup> se entiende o no extinguida también la contra-prestación. También ha pretendido Díez Picazo disociar el régimen de la pérdida y del deterioro en el art. 1.452, a fin de minimizar su inequitativa solución. Vide sus *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1970, pág. 855.

(182) Así ocurre, como ha demostrado Alonso Pérez en el art. 1.452 y, por su influjo, también en los arts. 1.182 a 1.186, aunque una progresiva jurisprudencia ha reducido el principio "periculum est creditoris" tan sólo a las relaciones obligatorias unilaterales y, entre las bilaterales, únicamente a la compraventa (véanse Ss. de 24-IX-1953, 10-XII-1963, etc.).

(183) Solución preferible y que además estaría en consonancia con los fallos citados en la nota anterior.

(184) Partimos de la práctica sinonimia de ambas nociones, aunque las diversas teorías diferenciales puedan, en ocasiones, resultar muy útiles. Véanse tales teorías en SOTO-NIETO, *El caso fortuito y la fuerza mayor, los riesgos*

recuérdese, sobre muerte de un caballo o de una vaca, sobre un rayo que incendia una bodega y sus vinos o una tienda y sus mercancías, sobre robo de numerario, etc.).

Pero creemos que la misma consecuencia jurídica que el Código impone para el incumplimiento por caso fortuito es predicable también para el socio que no puede cumplir por circunstancias a él imputables (v. gr., se ha dejado sustraer la cosa, la ha enajenado premeditadamente a un tercero, etc.). En efecto, tan lógica (o ilógica) es la "disolución de la sociedad", cuando un miembro de ésta se ve imposibilitado de cumplir por circunstancias fortuitas, que cuando se halla en ese trance por un propósito consciente o por una conducta negligente. Distinto será el caso del socio que, poseyendo aún la cosa y pudiendo, por tanto, cumplir su obligación de entrega, contravenga voluntariamente el párrafo primero del artículo 1.681 ("cada uno es deudor a la sociedad de lo que ha prometido aportar a ella"): en este supuesto, la sociedad podrá exigir el cumplimiento específico de la obligación de dar, en la medida que es inoportuna esa especie de renuncia unilateral y previa del socio incumplidor. pero cuando realmente sea imposible efectuar la aportación de dar, las consecuencias disolutorias creemos que deben ser las mismas, cualesquiera sean las causas fortuitas o voluntarias que provoquen la imposibilidad, a salvo, eso sí, los daños y perjuicios contractuales (art. 1.101 y ss.) que en un caso no y en otro sí, sean procedentes.

Es verdad que los términos "perecimiento" y "pérdida" suelen reservarse técnicamente para los ocurridos por caso fortuito, pero, aunque así fuera y, en efecto, circunscribiésemos sólo a ellos, el ámbito de nuestro artículo, creemos que no habría obstáculo de fondo para extender análogamente su solución al perecimiento o pérdida voluntarios.

Por último, y con ello concluimos la delimitación del Tatbestand de nuestra norma, el perecimiento o pérdida debe acaecer con anterioridad a la "entrega" de la cosa o, según la fórmula empleada por el párrafo tercero, antes de que la sociedad haya adquirido su propiedad (185). Es esta la particularidad más notable del artículo, porque supone la adopción de un criterio en orden al tránsito de los riesgos extrañamente distinto al acogido como norma general en el Código (186). Las razones de ello parecen ser puramente histó-

---

*en la contratación*, ed. Nauta, Barcelona, 1965, págs. 21-30. También nos parece equiparable a la fuerza mayor la excesiva o desmesurada "dificultad" de una prestación.

(185) La combinación de las expresiones que utiliza en los párrafos primero y tercero el art. 1.701 refuerza y confirma la perpetuación en nuestro derecho del sistema romano de adquirir la propiedad, mediante título y modo: arts. 609, 1.095, etc.

(186) Ya hemos dicho que el criterio de transmisión de los riesgos al acreedor desde la perfección del contrato es el vigente en el art. 1.452, pese a los muy notables esfuerzos por negarlo o mitigarlo y es, sin duda, el que inspiró también las normas generales sobre las obligaciones de dar y de hacer (arts. 1.182 a 1.186 y concordantes), pero en estos últimos su mayor laconismo ha permitido a la jurisprudencia progresiva antes reseñada (no-

ricas (187), pero no se ve motivo ni argumento alguno (188) para soslayar este dato y defender la aplicación a la aportación a sociedad del régimen indiscutiblemente vigente para la compraventa: “perfecta emptione periculum ad emptorem respicit” (189). Al contrario, este artículo es una muestra, más o menos conscientemente elaborada, de la virtualidad del sinalagma (190); si el socio se había comprometido a aportar la propiedad de un bien, hasta que, según nuestro sistema, no haya verificado la entrega no puede decirse que ha cumplido su prestación; consiguientemente, hasta ese momento, la sociedad o los otros socios (según quien se considere situado en el otro polo sinalagmático (191), no están obligados a ejecutar o subseguir su contraprestación: participación en las ganancias, previo reconocimiento de su cualidad de socio. Por ello las consecuencias del quebrantamiento del sinalagma, como hemos de postular “de

ta 182), sustituido por el criterio sinalagmático del art. 1.124 que en punto a obligaciones de dar se traduce en que sólo con la entrega se exonera de los riesgos el deudor.

(187) Confesado tenemos que no encontramos explicación clara de por qué era decisiva la “collatio pecuniae”, en D. XVII, II, 58, 1, pero lo cierto es que más o menos difusamente su solución se ha conservado hasta la actualidad.

(188) Ni siquiera el art. 1.095, que atribuye los frutos al acreedor desde que nace la obligación de entregarle la cosa, porque hasta ALONSO PÉREZ, *obra citada*, págs. 231 y sigs., no considera argumento el que unos frutos aleatorios contrapesen unos riesgos también aleatorios.

(189) Paulo, D. XVIII, VI, 8, pr.

(190) ALONSO PÉREZ, *Sobre la esencia del contrato bilateral* en “Acta Salmanticensia”, Universidad de Salamanca, 1967.

(191) Lo cual depende de que goce o no de personalidad jurídica ex artículo 1.699. En cualquier caso, no compartimos la autorizada opinión del maestro GARRIGUES quien, siguiendo a WIELAND, niega carácter sinalagmático a la sociedad. Vid. su *Curso de Derecho mercantil*, t. I, 6, ed. revisada, corregida y puesta al día por Alberto Bercovitz, Ed. Tecnos, S. A., Madrid, 1972, pág. 292. Ninguno de los argumentos que ahí se aducen nos parecen decisivos: v. gr., la mayor elasticidad y amplitud de la aportación a sociedad en cuanto a su contenido (que puede consistir en cosas, servicios, etc.) y su nula influencia en la tipificación del contrato, se nos antoja de todo punto irrelevante por lo que a la existencia o no del sinalagma se refiere. Afirmar que no hay contraprestaciones en el contrato de sociedad, equivale a no atribuir su justo papel al reparto de ganancias. Este reparto, debido por la sociedad persona jurídica o, en su caso por el patrimonio común de los socios o, mejor, por el conjunto de estos, actúa de contraprestación respecto de la aportación social, la cual, por ello, debe valorarse y, en proporción de ese valor, verificarse aquel reparto (art. 1.689, C. c., que, eso sí, permite que el sinalagma quede roto por pacto en contrario). Las ganancias, aunque sean producto del negocio, esto es, del conjunto de aportaciones, deben repartirse siempre, ya que ello es requisito conceptual de la sociedad (artículo 1.665), aunque ese reparto tenga lugar, v. gr., por una mayor economía que experimenten los socios, por un disfrute conjunto del edificio construido en común, etc. Por eso, cuando un socio incumple, la sociedad (o los demás socios) pueden utilizar frente a él la “exceptio non adimpleti contractus”, para denegarle participación en las ganancias y la acción de resolución (que, como veremos, debiera ser sólo parcial) para excluirle de la sociedad y de sus ganancias (art. 218, 4.º, del C. de c.). Tales posibilidades son prueba irrefutable del carácter sinalagmático de la sociedad. Si no hubiera ganancias ello obedece al carácter, en alguna medida, aleatorio del contrato.

lege ferenda" luego, no deben ser interpretadas desmesuradamente, sino en sus justos límites: en otros términos, la disolución que decreta el primer párrafo del artículo 1.701 debiera ser una disolución total, si la sociedad se compone de dos socios (192) o una *disolución parcial* si consta de más de dos. Ello es una conclusión exigida por el juego del sinalagma, sobre la que en su lugar nos extendiremos.

Pero antes digamos, para terminar, que al fin de precisar lo que por "entrega" ha de entenderse, es imperativo recurrir analógicamente a los artículos que, en sede de compraventa, la desarrollan y regulan: y así, si por aportarse bienes inmuebles o derechos reales (193), o por acordarlo así las partes se constituye la sociedad mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario, equivaldrá a la "entrega" de la cosa (194) y no sólo de la cosa (inmueble etcétera) que hubiera podido motivar la forma pública sino de todas aquellas que en la misma se consignent como objeto del contrato.

Si se aportan bienes muebles, y no se otorga escritura pública, por entrega habrá que entender ex artículo 1.463, la de las llaves del lugar o sitio donde se hallan almacenados o guardados, o el sólo acuerdo o conformidad de los contratantes, si la cosa aportada no puede trasladarse a poder de la sociedad en el instante del contrato (195) o si ésta la tenía ya en su poder por algún otro motivo.

---

(192) Y en estos casos la disolución total tiene lugar no por consecuencia directa de la pérdida de una aportación, sino por la imposibilidad conceptual de mantener, al menos en las sociedades personalistas, una sociedad de un solo socio.

(193) Art. 1.667, cuya infracción no afecta a la validez "inter partes" del contrato. Cf. Ss. 7-II-1905 y 24-IV-1953.

(194) Resulta muy difícil, por tanto, que esta "traditio chartae", para cuyas matizaciones véase CASTÁN, *Derecho civil...*, cit., t. II, vol. I, páginas 238-39, no funcione respecto a las sociedades colectivas y comanditarias regulares; en las anónimas y limitadas, aunque a los efectos de la transmisión de la propiedad también opera esta tradición instrumental, no, en cambio, a los fines de transferir los riesgos, cuestión específicamente regulada por los arts. 31 y 8 de sus leyes respectivas.

(195) Según como se interpreten los términos "acuerdo" o "conformidad", resultará o no prácticamente posible que tenga alguna repercusión práctica discernir el "periculum" por la entrega y no por la perfección del contrato. En efecto, los bienes muebles (que son los que lógicamente están mas expuestos a perecer), normalmente no podrán trasladarse a poder de la sociedad en el momento del contrato, entre otras razones porque la sociedad y sus órganos gestores se están creando en aquel mismo momento. Si esto es así y por acuerdo o conformidad entendemos el acuerdo o conformidad contractual, o sea el consentimiento sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato (cf. art. 1.262), en ese caso será muy difícil que las cosas muebles se "entreguen" en un momento posterior a la suscripción del convenio, pues el consentimiento para ese mismo convenio equivale ya a la entrega "ficta". Si, en cambio, consideramos que acuerdo o conformidad en el art. 1.463, es un acuerdo específico, distinto y sobrepuesto al contractual, en orden a que la entrega debe entenderse hecha en el mismo instante del contrato, entonces ya resulta más inusitado que las partes consignent una cláusula en ese sentido y nuestro artículo comienza a tener un posible ámbito de

Si no se ha producido la entrega por ninguna de las formas expresadas, entonces la "traditio" tendrá lugar cuando la cosa prometida se transfiera materialmente a la sociedad, cuando se ponga a ésta "en poder y posesión" de aquella cosa (art. 1.462-1.º). Téngase presente entonces que, a veces, en la sociedad no se exige el entero desembolso de la aportación mobiliaria (no es preciso v. gr., que el médico traslade de inmediato todos sus aparatos al consultorio del colega o colegas con el o con los que va a asociarse) y ello acrece las posibilidades de que encierre alguna trascendencia práctica, el hecho de que hasta la entrega material y no desde la simple celebración del convenio no se trasladen a la sociedad los riesgos de la aportación.

Perfilado de esta suerte, el presupuesto de hecho del párrafo primero (y, con la variante de que la pérdida se produce después de la entrega, también el del tercero), queda ahora interpretar en sus justos términos la consecuencia jurídica, la "Rechtsfolge" que se anuda a aquel presupuesto.

Dicha consecuencia consiste "grosso modo" en que, perdida antes de su aportación la cosa específica prometida, se produce por ello la disolución de la sociedad.

Son los mercantilistas los que mejor han estudiado la figura de la disolución social, sobre la que contamos, ya en nuestra lengua, con alguna aportación monográfica (196).

Y es precisamente el mercantilista Rubio el que puso el dedo en la llaga, al desvelar las dos especies de fuerzas e intereses que propugnan en la tipificación de las distintas causas de disolución (197).

Según este ilustre profesor, en las sociedades y, por lo que se refiere a los motivos de su extinción, se enfrentan, de una parte, la necesidad de "facilitar la relajación de los lazos contractuales" cuando el estado de las relaciones entre los socios hace insoportable o difícil la necesaria convivencia y, de otra, el interés general "de procurar el mantenimiento de una organización industrial, de una empresa productiva, útil para la vida económica".

Aquella necesidad, siempre según Rubio, prevaleció en la "societas" romana, por tratarse de un vínculo contraído "intuitu perso-

---

aplicación práctica. En ese segundo sentido, parecen interpretar el art. 1.463, SCAEVOLA, *Comentarios...*, cit., t. XXIII, pág. 458, y MANRESA, *Comentarios...*, citados, pág. 131.

(196) Cf. el trabajo de Rubio, citado más abajo, nota (180); además, pueden consultarse BOTER MAURI, *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, Barcelona, 1958; MOTOS GUIRAO, M., *La separación voluntaria del socio en el Derecho mercantil español*, en R.D.N., 1956, pág. 79; PALAU TERRADA, *Comentario al art. 222 del C. de c.*, en R.J.C., 1953, págs. 452 y siguientes; FUENMAYOR, A., *Resolución parcial de sociedades mercantiles de responsabilidad limitada*, en R.D.P., 1947, pág. 448; JORDANO BAREA, J. B., *Denuncia unilateral del contrato y derecho de separación en sociedad limitada de dos socios constituida por tiempo indefinido*, en A.D.C., 1955, págs. 906 y siguientes.

(197) RUBIO, art. cit., págs. 288-292.

nae" (198), y pervivió en la "compañía" de nuestro Derecho histórico. En cambio, el interés de conservación de la empresa, con ligeros atisbos ya en el Derecho romano (199), se sintió con fuerza durante el período codificador (200) y, en especial, al arbitrarse la llamada "rescisión parcial" de las sociedades mercantiles en el Código de comercio de 1829 (201). En la actualidad ha prevalecido totalmente en las sociedades de capitales, donde la cualidad de socio es manifiestamente fungible.

Pues bien, en las sociedades civiles, personalistas en su esencia, se ha conservado la regulación romana de la disolución por variación de su base personal y, sin embargo, dado el actual ámbito de aquel tipo societario (202), cada vez se siente más la necesidad de no supeditar la empresa regentada por la sociedad, a los cambios personales de ésta, es decir, cada vez urge más, como en la esfera mercantil, la conservación del especial tipo de empresa cobijado bajo el manto de la sociedad civil (202).

Pero, mientras no se atiendan estos nuevos intereses, la regulación del Código sigue siendo la romana y, por tanto, resulta muy difícil interpretar la "disolución" del artículo 1.701 como una "disolución parcial" que sólo está prevista por nuestro primer cuerpo legal en el caso especial del artículo 1.706, 1.º Es cierto que la disolución por pérdida de una aportación no fue decretada por el Derecho romano, ni por sus glosadores, sino que tiene su base de partida en un sofisma de Pothier: "es de esencia de toda sociedad —decía el ilustre jurista— que cada socio aporte algo al acervo común, luego si, aunque sea fortuitamente, no puede aportar nada, la sociedad debe disolverse". Es cierto, pues, que no es directamente el carácter "intuitu personae" de la sociedad civil, sino ese falso silogismo del magistrado de Orleans, el que da origen a nuestra

---

(198) La decisiva relevancia del factor personal en las sociedades se debe, como han destacado los romanistas, a que en su origen se encuentra como germen o como injerto, eso es intrascendente, un consorcio de tipo familiar. En otras palabras, en el tipo primitivo de sociedad dejó su impronta indeleble, la comunidad formada por los herederos del "pater" fallecido. A la asociación de tales "heredes sui", frecuentemente hermanos o parientes no le resultaba indiferente la presencia de un extraño en lugar de uno cualquiera de ellos, máxime si se trataba, como era lo normal, de una sociedad universal de todos los bienes. Por eso se consideró que la muerte o desaparición de uno de ellos entrañaba el fin de la sociedad (cf. hoy art. 1.700, 3.º), a menos que se acordase continuarla entre los sobrevivientes (art. 1.704). Por eso tampoco puede ingresar en la sociedad un nuevo socio sin el consentimiento unánime de los demás (cf. art. 1.696). Por eso también, se disuelve la sociedad por la denuncia unilateral de uno solo de sus miembros (art. 1.705).

(199) De los que es exponente el pacto de seguir la sociedad entre los sobrevivientes.

(200) En el Código de Napoleón se introdujo el problemático pacto de continuación con los herederos del socio fallecido.

(201) De donde ha pasado al actual —arts. 218 a 220— y a otros códigos extranjeros, como hemos tenido ocasión de comprobar en las páginas de Derecho comparado.

(202) Vide, sobre el ámbito real y posible de la sociedad civil, el capítulo I, "Justificación del Tema".

norma. Pero es verdad también que la conclusión que dicho tratadista y, tras él, los legisladores anudaron a la pérdida de una aportación fue la de disolver la sociedad y disolverla de la única manera que conocían, esto es, totalmente. Querer leer en el artículo 1.701, como en alguna ocasión nos asaltó la idea, que la pérdida de la cosa específica que un socio había prometido aportar a la sociedad produce la exclusión de ese solo socio, resulta desgraciadamente anacrónico y forzado.

Ahora bien, si esa interpretación hemos de reservarla para el apartado "de iure condendo", en cambio, sí nos es lícito adherirnos a la tesis importada por Rubio, según la que las causas de disolución no operan "ope legis" o, como dijera la Resolución de 22 de enero de 1927, "ex ministerio legis", sino sólo a instancia de cualquiera de los socios (203).

De manera que, perceda la aportación de un socio, la sociedad se disolverá sólo si cualquiera de sus miembros lo exige, primero extrajudicialmente y, si se suscita contienda, ante los tribunales. Normalmente, si la aportación perdida era de escasa importancia, los restantes socios tendrán interés en que la proyectada sociedad siga adelante y no invocarán la falta de aportación del socio afectado. Si alguno pretendiera aprovecharse de la circunstancia y la aportación perceda fuese realmente nimia, los otros podrían incluso oponerse con base en la mala fe de la pretensión, porque lo que en realidad se está ejercitando es una renuncia que, por ser anterior a la vida de la sociedad, ofrece muchos visos de ser inoportuna. Confirmada "per facta concludentia" la continuación de la sociedad sería contrario a los propios actos pretender invocar posteriormente la disolución fundada en la pérdida de una aportación.

Resta sólo un problema: ¿el socio afectado sigue en la sociedad? y, por otra parte, ¿podría él invocar la disolución? Ambos interrogantes deben contestarse negativamente. El primero, porque la participación del socio incumplidor en unos beneficios en cuya consecución no ha colaborado se muestra carente de causa y constitutiva de un enriquecimiento injusto (204). De otra parte, al ser la sociedad respecto de cada socio un contrato sinalagmático (205), el incumplimiento de alguno de sus miembros (independientemente del efecto de disolución general que por alteración de la base personal puedan provocar los demás), justifica con relación a él una resolución parcial. Consecuencia ésta que es silenciada por el artículo 1.701, porque este precepto imagina que todos los socios estarán casi siempre

---

(203) RUBIO, *ob. cit.*, pág. 293, donde cita a Bacardí como único autor hispano que se ocupó de la cuestión; sin embargo, no cita Rubio la fuente extranjera en que dice inspirarse.

(204) Sin embargo, el socio excluido debiera participar en las eventuales pérdidas o ganancias que *hasta el momento de su exclusión* hubieran podido producirse con otras aportaciones más prontamente entregadas.

(205) *Vide supra* nota (191).

interesados en desvincularse (206), pero que, en cambio, encuentra apoyo en el limpio juego resolutorio del artículo 1.124.

La segunda cuestión también merece una respuesta negativa no sólo por aplicación del principio “*nemo propriam turpitudinem allegans, auditur*”, sino sobre todo porque una constante jurisprudencia ha consagrado la doctrina de que no está facultado para instar la resolución el contratante que incumpla las obligaciones derivadas del mismo contrato que pretende resolver (207). Con mayor motivo, tampoco podrá solicitar la disolución total de un contrato del que ha sido excluido, en cuya pretensión carecería, además, de un interés legítimo.

En conclusión, pues, la “*Rechtsfolge*”, la consecuencia jurídica del primer párrafo del artículo 1.701 debe considerarse doble: de una parte, se origina la exclusión parcial (208) del socio incumplidor, con base en el artículo 1.124; de otra, se faculta a cualquiera de los restantes miembros para reclamar la disolución general de la incipiente sociedad, aunque para ello deberá no haber ejecutado ningún acto que implique su propósito de continuar, pese a la disminución de las aportaciones previstas y, por otra parte, deberá estar fundado en la sola consideración del cambio de circunstancias sobrevenido y no en otros móviles que pretenden canalizarse por esa coyuntura (v. gr., arrepentimiento de haberse “embarcado” en el negocio, etc.).

Por último, la consecuencia del párrafo tercero es, cabalmente, la contraria: continuación de la sociedad y también del socio al que había pertenecido la cosa pericada, a menos que por la esencialidad de ésta pudiera equipararse al supuesto previsto en el artículo 1.700, párrafo segundo del Código civil: “pérdida de la cosa que sirve de objeto a la sociedad”.

#### b) *Párrafo segundo*

La interpretación del párrafo segundo del artículo 1.701 exige un procedimiento análogo al seguido en el párrafo primero. Sin embargo, el análisis de los diversos conceptos de su presupuesto fáctico resulta ahora más simple, porque en gran parte lo tenemos hecho ya. El “*Tatbestand*” de este párrafo lo constituye lo que hemos llamado una aportación de goce (209), cuyo objeto se pierde “en todo caso”.

Pues bien, por “cosa” ahora hay que entender no un derecho de propiedad, sino un derecho limitado que entraña el uso o goce de un bien (no, por ejemplo, un derecho accesorio de garantía —hipoteca o prenda—, ni un derecho de preferente adquisición —opción,

(206) Manifestación de su desfasada concepción personalista de la sociedad.

(207) Ss. de 12-XII-1914, 13-III-1924, 10-IV-1929, 11-III-1954 y 19-V-1961.

(208) Aunque no automática, sino por acuerdo de la mayoría cualificada que se exija para los graves asuntos sociales.

(209) Que no requiere mayores precisiones que las hechas en la nota (6) del capítulo II, “Primera aproximación al art. 1.701”.

tanteo—, sino, v. gr., un derecho de usufructo, de arrendamiento, de mera posesión precaria (cf. S. de 4-X-1952), de explotación de una patente (cf. S. 10-X-1956), de exhibición de una película, etc.).

Ese derecho limitado se “pierde” o “perece”, esto es, se imposibilita su aporte, bien fortuitamente, como de seguro imaginaban los redactores del precepto, bien voluntariamente, pues también ahora se da la misma “ratio” en ambos casos. Pérdida que tampoco debe constituir un simple menoscabo, dada la trascendencia de sus efectos: disolución de la sociedad.

Ahora bien, esa pérdida despliega sus consecuencias “en todo caso”. Y esta enigmática expresión, que bien podría haber posibilitado una interpretación más apropiada, no queda otro remedio, en consonancia con los antecedentes históricos del artículo, que entenderla como que es indiferente que la pérdida se produzca antes o después de la entrega.

Sin duda, es éste el aspecto más criticable de la norma, porque en rigor, la entrega de la cosa debiera transferir los riesgos del goce a la sociedad, como ocurre con la entrega de la cosa en propiedad. El nudo dominio es cierto que permanece en el socio aportante y, por ello, en aplicación del axioma “res perit domino”, éste debe sobrellevar su riesgo (210), pero, en cambio, el goce, como derecho independiente, ha salido de su esfera y, previa valoración, se ha trasladado a disposición del ente social. Si, pues, dicho ente usaba o disfrutaba del bien, extrayendo sus provechos para el conjunto de sus miembros y, al mismo tiempo, en cuanto poseedor, era el más apto para resguardarlo de los eventos dañosos, parece excesivo recargar al socio no sólo con la pérdida de su nuda propiedad, sino también, con la del valor del goce. En otras palabras, no se ve por qué hay que adoptar, respecto de un derecho limitado (el de goce), un régimen en cuanto a los riesgos distinto del establecido para el derecho pleno por excelencia (la propiedad).

Es posible que en la mente de los legisladores, aparte su obsesiva preocupación por la suerte de la nuda propiedad, que les lleva a olvidarse de la del disfrute anexo, bullera más o menos conscientemente el paralelismo con el arrendamiento. Si en éste —parecen discurrir— el arrendador está obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato (cf. nuestro art. 1.554, 3.º), de tal forma que el segundo ostenta una especie de posesión *continuamente* derivada del primero, es lógico concluir que si una aportación de goce, que las más de las veces comporta una titularidad arrendaticia, se destruye, el aportante ha incumplido su obligación de mantener a la sociedad en el disfrute permanente de lo prometido. Pero si tal idea inspiraba realmente a Pothier y a los codificadores (211), no cabe duda que habían com-

(210) Cf., además el art. 1.687 C. c.

(211) Ya hemos visto que con un razonamiento sustancialmente idéntico, el carácter *sucesivo* del goce, pretendían DE DIEGO, y tras él ESPÍN y CASTÁN, justificar este párrafo 2.º del art. 1.701. Vide supra, cap. III “La opinión de la doctrina”, pág. 12.

prendido mal el alcance y sentido de la llamada "obligación de garantía" del arrendador. Como ha estudiado profundamente Jean-Pierre Le Gall (212), dicha obligación se traduce en una responsabilidad del arrendador respecto de las perturbaciones causadas por vicios de la cosa, por hechos propios, o por pretensiones jurídicas de un tercero que traiga causa de aquél (v. gr., de un arrendatario anterior, etc.), pero no respecto de las perturbaciones causadas por sucesos naturales imprevisibles e inevitables.

De manera que si el aportante del goce de un bien, contemplado como una especie de arrendador, está obligado a responder del saneamiento de lo prometido y también de su actitud y de la de sus causahabientes, para con el disfrute que ha transmitido a la sociedad, ello sin embargo, no implica que deba garantizar también a esta última el caso fortuito que pudiera afectar a ese goce.

Que este goce se haya o no entregado, no resulta, pues, indiferente y de ahí lo criticable de nuestro párrafo segundo.

La consecuencia jurídica que a la pérdida de la aportación de goce enlaza dicho párrafo, es también, al igual que en el párrafo primero, la disolución de la sociedad, que tampoco ahora vemos argumentos para impedir que abarque a toda ella y no sólo al socio incumplidor (213). También aquí, sin embargo, tiene perfecto encaje el carácter que de simples "conditiones iuris" dábamos a las causas de disolución: el que se haya destruido un bien aportado a mero título de goce no origina automáticamente la disolución de la sociedad, sino que es sólo un presupuesto para que cualquiera de los socios pueda pretenderla extrajudicial o judicialmente, y basado en este exclusivo motivo.

Ahora bien, si el socio aportante se había desprendido ya del goce, trasladándolo a la sociedad, creemos que, mientras ningún miembro de ésta haya instado la disolución general, aquél debe seguir ostentando su cualidad de socio y participando, por ende, en las ganancias. Es ello una consecuencia directa de lo que antes defendíamos, esto es, de que era la sociedad y no el socio el que soportaba el "Benutzungsgefahr" o "riesgo del goce". E incluso si por cualquier miembro se interesase y obtuviese la extinción de la sociedad, el socio que ya hubiese entregado el goce, luego fortuitamente percido, tendrá derecho a una cuota de liquidación proporcional al valor de su aportación.

Como consecuencia de permanecer en su condición de socio, también podrá el aportante del goce solicitar él la disolución y liquidación de la sociedad por la pérdida de su propia aportación, aunque si ésta era de escasa importancia con relación a la marcha

(212) JEAN-PIERRE LE GALL, *L'obligation de garantie dans le louage de choses*, París, 1962, págs. 119-224. Vide también, en el mismo sentido, CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, 9.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1969, págs. 290-93, y PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil español*, t. IV, Contratos, Ed. Aranzadi, 1972, págs. 70 y sigs.

(213) Incumplidor sólo debiera serlo, en rigor, como hemos expuesto en el texto, el que aún no ha "entregado" el goce de su aportación.

de la sociedad, tendrá aquel tan poco interés como cualquiera de sus compañeros en interrumpir la vida de aquélla.

Para el aportante de goce *que todavía no hubiera hecho entrega del mismo a la sociedad, son, en cambio, de perfecta aplicación las consideraciones que hicimos respecto del aportante de dominio que tampoco lo hubiera entregado* (párrafo 1.º del art. 1.701).

### B) *Nuestra opinión "iure condendo"*

En este peligroso terreno del derecho constituyente, donde la imaginación del teórico emprende a menudo vuelos irrealizables, creemos que, al menos, no peca de inexacto pretender:

1.º Una unificación y reforma del derecho de sociedades (como en general de todo el derecho de obligaciones) que abarque en su ámbito tanto las sociedades civiles como las mercantiles (214) y, lógicamente, una regulación uniforme de nuestro problema para uno y otro tipo de sociedades.

2.º Esa regulación uniforme, además, podrá ser común tanto a las sociedades personalistas como a las capitalistas, porque la necesidad de conservar la posible empresa en aquéllas conduce a iguales consecuencias que la fungibilidad de los socios en éstas.

3.º Tal regulación bien podría inspirarse en los siguientes criterios:

a) En primer lugar deben desecharse las remisiones al régimen de los riesgos de otros contratos en particular y, en especial, a la compraventa y al arrendamiento (215). Si acaso sería recomendable

---

(214) En este sentido merecería severa crítica, si prosperara, esa especie de Código societario que está llevando a cabo la Comisión General de Codificación, que, con olvido de la sociedad civil y de su carácter de figura básica y sumamente aprovechable, está perfeccionando las formas mercantiles de sociedad e incluso está elaborando una especie de teoría general de la misma, al margen de la contenida en buena parte en el Código civil. Piénsese si no, como botón de muestra, en la virtual supresión del ámbito hasta ahora reconocido a las sociedades civiles que supone la proyectada base primera cuando dispone que: "Son sociedades mercantiles las que tengan por objeto la realización de una actividad económica de producción, intercambio o distribución de bienes o servicios, aunque su finalidad no sea necesariamente la obtención de un lucro. Estas sociedades deberán adoptar alguno de los tipos establecidos en la presente ley." ¿Qué objeto podría tener, entonces, una sociedad civil, tal y como hoy es definida por el art. 1.665? Nos parecería, repetimos, criticable, esta virtual derogación de los artículos 1.665 a 1.708 del Código civil, sin por lo menos antes haber extraído de ellos todos los aspectos aprovechables y sin una mención expresa de aquella derogación.

(215) Meditemos los inconvenientes que entrañaría implantar entre nosotros, como se proyecta en los aludidos trabajos de la Comisión Codificadora, un artículo que, tras los pasos del 2.254 del Código italiano de 1942 dispusiese más o menos que los riesgos de la aportación hecha a título de propiedad se regirán por lo dispuesto para la compraventa en el Código de Comercio y los de la aportación hecha a título de mero uso o goce, por las normas previstas en el Código civil para el arrendamiento. Prescribir remisiones semejantes (como hoy hacen para las aportaciones en propiedad los arts. 31 de la L.S.A. y 8 de la L.S.R.L.) equivale a desconocer la enorme oscuridad que impera en las sedes remitidas. Véanse las polémicas que suscita la coordina-

una remisión al régimen de los riesgos en la teoría general de obligaciones, si dicha teoría general estuviera clara y perfilada. En tanto no sea así, será menester una disposición específica que regule el problema de la imposibilidad sobrevenida de la aportación, a ser posible ajustada a lo que seguidamente se propone.

b) En segundo lugar, creemos que debe mantenerse para las aportaciones a sociedad el criterio de trasladar los riesgos por la entrega de aquellas y no por la simple perfección del contrato. En efecto, la solución ideal para paliar las funestas consecuencias de los eventos fortuitos sería, sin duda, socializar el daño, repartiéndolo entre todos los miembros que pueblan una comunidad. Así se hace prácticamente, a través de diversos mecanismos, para algunos tipos de acaecimientos imprevisibles (pensemos en la Seguridad Social, en los diversos tipos de seguros obligatorios, etc.), pero es muy probable que ese "desideratum" exija unos cambios estructurales en la sociedad que hoy por hoy pueden calificarse de utópicos. Cimentado nuestro sistema económico, pues, en el reconocimiento de la propiedad privada, sólo es posible mientras tanto una asignación individual de los daños catastróficos (216), con base en el criterio que socialmente se considere más justo. Y dado ese arraigo psicológico que la propiedad parece tener en los ciudadanos, resulta idóneo mantener la validez del principio "periculum est domino". Pues, en efecto, para los bienes, considerados estáticamente, nada se nos aparece más equitativo hoy por hoy que el hecho de que su perecimiento incida sobre su titular individual. Y para los bienes, contemplados en su dinámica, el criterio no debe ser muy distinto: y no debe pesar únicamente la consideración de que, entre nosotros, rige el sistema del título y el modo, de suerte que hasta que no haya mediado este último la propiedad y sus riesgos anejos no pueden decirse transferidos; también abona el criterio de la "entrega" (aparte su reconocimiento internacional y iuscomparativo), el dato sociológico, fácilmente comprobable, sobre todo, en la llamada reventa con entrega domiciliaria, de que hasta que el acreedor de una cosa (217) no la detente físicamente, hasta que no la tenga bajo su poder, no imagina

---

ción entre los arts. 331 y 333-34 del Código de comercio en MENÉNDEZ, A. *La transferencia de la propiedad y del riesgo en la compraventa mercantil*, en R.D.M., 1951, marzo-abril, págs. 227 y sigs., y ahora, con exhaustiva bibliografía, ALONSO PÉREZ, *El riesgo...*, cit., pág. 414 y sigs. Y Compruébese la insuficiencia de los arts. 1.568, 1.563, 1.561, etc., del Código civil para despejar todas las dudas que suscita el "periculum" de la aportación de goce (que, por otra parte, no siempre es idéntica al arrendamiento).

(216) Asignación que a veces, si el daño ha afectado a muchos individuos se intenta atenuar por los órganos oficiales y privados. Sirva de ejemplo reciente, las subvenciones, préstamos, moratorias, donaciones, etc., concedidas por la Administración y, generosamente, por los particulares, con ocasión de las inundaciones del Sureste de España de 1973.

(217) Nos referimos preferentemente a las cosas muebles; respecto de las inmuebles, la suscripción del contrato y su inscripción, desempeñan el mismo papel psico-sociológico que la transferencia de posesión en las "res móviles".

tener a su cargo la responsabilidad de su pérdida o deterioro. Estas y otras muchas consideraciones, que sería inoportuno detallar aquí, nos inclinan a sostener frente a algún autor reciente (218), la superioridad del criterio de la entrega sobre el de la perfección del contrato, criterio aquel que jurisprudencialmente (a través de la aplicación del artículo 1.124) prevalece hoy sobre el segundo, salvo en el cercado reducto de la compraventa civil. Si en la sociedad, merced a un arrastre histórico cuyo origen aún no nos explicamos impera, además con claridad, el criterio de la "entrega" creemos que debe seguir manteniéndose, máxime cuando era algo no muy distinto de ese criterio lo que, sin duda, pretendieron los redactores de nuestras leyes de sociedades de capitales, al discernir los riesgos de la aportación por las normas que lo regulan en la compraventa mercantil. Sigue siendo un ligero obstáculo (hasta que también se modifique), el artículo 1.095, 1.º, del Código civil, al desequilibrar la balanza de "commoda" e "incommoda", poniendo los frutos a cargo del acreedor desde que nace la obligación de entregar la cosa, pero se atenúa dada la naturaleza difícilmente fructífera de los bienes muebles aportables, que suelen tener, en cambio, un preferente valor de uso.

En conclusión, debe mantenerse la atribución de los riesgos sólo por la entrega de la aportación, aunque el contrato de sociedad sea anterior a su verificación.

c) En tercer lugar, desaparecerá la necesidad de distinguir entre cosas (mejor obligaciones) genéricas y específicas, por cuanto ello será indiferente para la atribución del peso de los riesgos, aunque en aquéllas el socio deberá evitar las consecuencias de su incumplimiento reponiendo el bien prometido, reposición que también podrá exigir, hasta la extinción del "genus", la sociedad. En cambio, deberá mantenerse la limitación de nuestro artículo sólo a las obligaciones de dar, pues las de hacer obedecen a imperativos muy distintos, que exigirían norma aparte.

d) En las aportaciones a mero título de goce, regido éste también por el criterio de la entrega, sería conveniente, para despejar dudas, distinguir entre "periculum rei" o riesgo de la nuda propiedad, incidente sobre el socio-propietario, y el "periculum usus" o riesgo del goce, que tras su entrega, recaería sobre la sociedad (219).

e) Lo más necesitado de reforma sería entonces lo que antes denominamos "consecuencia jurídica" del incumplimiento, motivado por la imposibilidad sobrevenida de la aportación: si esta imposibilidad acaeciera después de su "entrega" a la sociedad, sólo se producirá una merma más o menos notable en el patrimonio social que, según su importancia, podría dar lugar a una reducción de capital e incluso, aunque ello no sea lo normal, a una extinción de la sociedad

---

(218) El tantas veces citado ALONSO PÉREZ, en su magnífica obra *El riesgo en el contrato de compraventa*, Ed. Montecorvo, 1972, passim.

(219) Quien soporte ese "periculum rei" o "usus" será también quien sobrelleve el correspondiente "periculum obligationis" o "periculum petii" (participación en beneficios), que es lo que realmente tiene trascendencia.

por desaparición de su base objetiva. Si la imposibilidad se produce antes de la entrega, su consecuencia debe ser la resolución parcial y no total del contrato de sociedad, relativamente al socio incumplidor, al que se liquidaría su hipotética porción en las pérdidas y en las eventuales ganancias que se hubieran podido hacer con otras aportaciones.

Tal resolución, como ocurre en el Derecho italiano, debe ser acordada extrajudicialmente por la mayoría de los demás socios, pero no se ve por qué haya de tener ejecutividad inmediata (220) el acuerdo, si el socio afectado no se opone. En ese caso, como en el de sociedad de sólo dos miembros, la resolución parcial, habría de decretarse judicialmente.

f) Junto a esos efectos de la imposibilidad de una aportación debe incluirse, sólo para las sociedades personalistas, entre las causas que justifican una renuncia anticipada de uno o de todos los socios (y en este último caso se trataría de una disolución total), la frustración del fin del contrato por imposibilidad de alcanzarlo o la modificación sobrevinida de su base objetiva. En esas cláusulas abstractas se encajaría, sin esfuerzo, el impacto que podría producir entre los demás miembros la exclusión de un socio imposibilitado de cumplir, o sea que, a la vista de esa mutación personal del substrato proyectado, cualquiera de los demás podría apartarse del vínculo contraído, probando que su separación obedece al cambio de circunstancias. Si todos acuerdan separarse, se originaría una disolución total, muy próxima a la causada por disenso común. Así lo exige el principio de conservación de la empresa que normalmente subyace al ligamen societario.

g) En síntesis se podría adoptar en una futura teoría general de sociedades un precepto que contemplara el problema de los riesgos de las aportaciones, más o menos en estos términos:

“Si la aportación de bienes muebles (221) se realiza a título de dominio, las consecuencias de su imposibilidad sobrevinida, acaecida antes de la entrega inciden sobre el socio propietario, quien en las sociedades de más de dos personas quedaría excluido si los demás miembros lo acuerdan por mayoría cualificada (222), o si, ante la oposición de aquél, lo decretan, en definitiva, los tribunales. A estos, en las sociedades de sólo dos socios, se deberá acudir necesariamente para instar la disolución que en este caso será total, si el socio imposibilitado de cumplir no se aviene a ello.

Si la aportación se efectúa a título de mero goce, constituyendo o transfiriendo un derecho limitado sobre una cosa mueble, las consecuencias de la imposibilidad sobrevinida acaecida antes de la en-

(220) En el derecho italiano sí debe ser inmediatamente ejecutivo el acuerdo de exclusión, porque se unifica la resolución por imposibilidad sobrevinida con la resolución por conducta recalcitrantemente antisocial que interesa extirpar prontamente.

(221) Para los bienes inmuebles el riesgo pasaría con el mismo contrato y no merece entonces prescripción especial.

(222) O mayoría simple: el problema es de mera política legislativa.

trega, recaen íntegramente sobre el socio propietario, quien quedaría excluido en los términos previstos en el párrafo anterior. Si la imposibilidad sobreviene después de la entrega, sus consecuencias recaen sobre la sociedad, por lo que se refiere al valor del derecho limitado aportado y sobre el socio propietario en lo restante, pero sin que tenga lugar la exclusión prevista en los dos párrafos anteriores.

La modificación de elementos personales de la sociedad que se originare en virtud de este artículo, puede constituir, en las sociedades personalistas, un supuesto de desaparición de la base del negocio, a los efectos de lo dispuesto en el artículo" (223).

## VIII

### CONCLUSIONES

Procede, por último, extractar en párrafos escuetos y desprovistos de todo aparato argumental, las conclusiones a que creemos haber llegado a través de nuestro trabajo:

1.º En primer lugar, el problema de la imposibilidad sobrevenida de una aportación y su influjo en la vida de la sociedad (tema del art. 1.701) no ha tenido hasta ahora pero puede tener en cualquier momento, un cierto interés práctico y, desde luego, ha ofrecido y ofrece un gran interés dogmático que justifica su estudio.

2.º La doctrina y patria no se ha preocupado a fondo del art. 1.701, ofreciendo opiniones muy superficiales y contradictorias.

3.º Los antecedentes históricos remotos del artículo, se encuentran en dos pasajes del Digesto de difícil explicación: D. XVII, II, 58, pr. y D. XVII, II, 58, 1.

4.º Hasta los glosadores no se vuelve a discutir doctrinalmente la cuestión a la "pérdida" de una aportación y entonces la opinión de Bartolo, que implica un desvío de los textos clásicos, se muestra predominante.

5.º Entre los humanistas, Domat es el primero que implica las cuestiones de riesgo de una aportación y disolución de la sociedad.

6.º Pothier, recogiendo los elementos anteriores abordará el tema con prejuicios dogmáticos equivocados y será el origen de las inexactas soluciones legislativas.

7.º El primitivo texto del artículo francés, se inspiraba directamente en los ejemplos romanos, pero las vicisitudes que atravesó modificaron su redacción hasta convertirlo en el art. 1.867 actual, prácticamente idéntico a nuestro art. 1.701.

8.º Este, en efecto, se inspira en el modelo napoleónico, pero a través del anteproyecto belga de Laurent, y descuidando otras so-

---

(223) Artículo el remitido, donde se establecería, para cada socio, la posibilidad de separarse unilateralmente por cambio sobrevenido de circunstancias o modificación de la base del negocio.

luciones más idóneas que le ofrecía el derecho comparado de la época.

9.º El actual derecho comparado presenta regulaciones muy interesantes del tema de la imposibilidad sobrevenida de una aportación, y así cabe destacar, sobre los ya superados modelos chileno y argentino, la regulación italiana y portuguesa que imponen sólo la exclusión del socio imposibilitado de cumplir, sin disolución de toda la sociedad, y la regulación alemana que en la aportación de goce distingue con acierto, entre el "periculum rei" y el "periculum usus".

10. La jurisprudencia no ha tenido ocasión de pronunciarse directamente sobre la interpretación del artículo 1.701, aunque habría podido hacerlo, respecto a su párrafo segundo en dos sentencias de 1952 y 1956.

11. Al exponer nuestra particular exégesis del ya caduco precepto, hemos creído necesario distinguir dos planteamientos: el de una hermenéutica ajustada a la "lege data" y el de una regulación ideal "de lege ferenda". En el primer plano, además, hemos procedido a analizar con algún detenimiento los elementos que componen el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica de sus diversos párrafos.

12. Tal y como se conformó históricamente y tal y como hoy aparece redactado, el art. 1.701, resulta forzoso entender que la "disolución" que impone en sus dos primeros párrafos, para la falta de una aportación es la disolución total de la sociedad, pero nada impide interpretar, con la doctrina más progresiva, que aquella disolución sólo se desencadenaría a instancia de parte, subsistiendo entre tanto el vínculo social.

13. Al mismo tiempo y por aplicación del artículo 1.124, el socio que se ve en la imposibilidad de cumplir por acaecer la pérdida antes de la "entrega" de su aportación, puede ser excluido de la sociedad por acuerdo de los restantes socios.

14. En las aportaciones de goce ya entregadas, y sin perjuicio de la disolución total que pueda invocarse, habría que distinguir, tras las huellas del derecho alemán, entre el riesgo de la propiedad que lo soportaría el socio aportante y el riesgo del goce que sería de cuenta de la sociedad.

15. "Te iure condendo", para lo cual además parece que se está fraguando una interesante oportunidad; y en aras del principio de conservación de la empresa, se postula la constancia legal clara de todas las posibilidades expuestas para el artículo vigente, y la sustitución de la consecuencia de disolución total, por la de exclusión del socio incumplidor y posible renuncia o abandono unilateral de los demás miembros que lo deseen al ver mudadas las circunstancias personales de la sociedad.