

PERMUTA. SOCIEDAD COMERCIAL. ACCIONES. VALIDEZ
DE LOS CONTRATOS. EFICACIA. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

Resumen

Validez y eficacia del contrato de permuta.

Informes: Civil y Comercial

Consulta

RELACIÓN DE HECHOS

Por escritura que el 26.12.1990 autorizó el Esc. XX y cuya primera copia fue inscrita en el Registro respectivo, los cónyuges JG y MP, y LG S. A. se permutaron recíprocamente las acciones de la citada sociedad por las dos terceras partes indivisas de la propiedad y posesión, y la nuda propiedad del tercio restante del padrón ... Por parte del escribano de una entidad bancaria se observó que quienes debieron permutar son los accionistas y no la sociedad. Consultado el escribano, se tuvo en cuenta el artículo 314 de la ley 16060, pero esto no constó en la escritura.

CONSULTA

Se requiere el dictamen de la Asociación de Escribanos del Uruguay con relación a la eficacia y validez de la permuta citada.

OPINIÓN DEL CONSULTANTE

El consultante entiende que LG S.A. es propietaria y poseedora del padrón ... desde el 26.12.1990, cuando lo adquirió por permuta y tradición, habiendo en dicho negocio jurídico título y modo válido y eficaz para operar la transferencia del dominio otorgado por un legítimo propietario.

LG S.A. devino accionista de la sociedad, y en esa calidad fue que pudo haber transferido sus acciones a los copermutantes. Por el tiempo transcurrido —27 años— se carece hoy de elementos materiales probatorios de tal situación. Por otra parte, entiende también el consultante que no es necesario para la sanidad del título y su libre circulación comprobar la titularidad de las acciones por parte de su tradente.

Para el hipotético caso de que las acciones no hubieran sido propiedad de la sociedad, esta situación en nada afecta al título de propiedad del inmueble, y si le cabe alguna acción, primero son todas personales y prescribieron ya hace más de 7 años (art. 1216 CC); por tanto, no existe posibilidad jurídica alguna de que se afecte la propiedad del inmueble.

Aun para el caso de que no se quisiera reconocer el instituto de la prescripción, la falta de titularidad de las acciones por parte del copermutante no afecta la enajenación del inmueble de la sociedad, en virtud de existir en este negocio título perfecto.

No obstante —como se mencionó— todos los argumentos técnico expresados, consultado al Esc. XX con referencia a cómo LG S.A. se hizo propietaria de las acciones que dio en permuta, expresó claramente y sin dudas que la adquisición fue hecha por el procedimiento previsto por el artículo 314 de la ley 16060, y que en su calidad de escribano público le constó; por ello, así se puso, en la escritura, que LG S.A. transfirió acciones que estaban en su propiedad. En virtud de esto, todo lo dicho con anterioridad no solo no afecta el título de propiedad del inmueble, sino que carece de toda relevancia para el caso en cuestión. A tales efectos se adjunta a la presente una nota suscrita por el propio escribano autorizante de la escritura en donde deja plena constancia de que la sociedad LG S.A. era propietaria de las acciones que permutó por así haberlo constatado al momento de efectuar la autorización de la relacionada permuta.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Para determinar la validez y eficacia del contrato de permuta sometido a consideración utilizaremos la metodología que nos enseñan CAFARO y CARNELLI.¹²⁸

128 CAFARO, Eugenio, y CARNELLI, Santiago, *Eficacia contractual*, Montevideo: FCU, 3.^a ed., pp. 13-50, 97-115.

En primera instancia, y en virtud de que nos encontramos dentro del ámbito de la autonomía privada, debemos saber si existen los elementos extrínsecos a todo contrato, es decir, la *capacidad jurídica* y el *poder normativo negocial*. La primera es la capacidad con la que cuenta todo sujeto de derecho para ser titular de derechos y obligaciones, la que les es atribuida a todos los individuos por su calidad de tales. El segundo es la posibilidad de crear negocios jurídicos, y conduce a la creación de relaciones jurídicas para los individuos investidos de él. Así como la ley es la que atribuye el poder normativo negocial, también es la encargada de privarla a individuos que se encuentran en una situación determinada y cuando el legislador entiende que hay intereses superiores a preservar.

El poder normativo negocial tiene una función instrumental: es un medio para poner en acto la capacidad jurídica. Es decir, el sujeto, dotado de su aptitud de ser titular de relaciones jurídicas, a través del poder normativo negocial se hace titular de la relación jurídica que él ha creado. La capacidad jurídica se hace efectiva al ponerse en práctica el poder normativo negocial, creándose de esa forma un negocio jurídico para regular sus intereses.

Al ser presupuestos externos al negocio jurídico, su falta apareceja *inexistencia*, ya que el negocio no llegó a formar parte del mundo jurídico. A diferencia de la nulidad, que requiere una norma expresa, la inexistencia es una operación lógico-jurídica que realiza el intérprete del ordenamiento jurídico, ya que mal puede requerirse una norma expresa de algo que nunca llegó a existir. Por lo tanto, las consecuencias de una u otra también difieren. En los negocios jurídicos que pretenda crear un individuo que, por ejemplo, carecía del poder normativo negocial, afectada de esa manera la esfera patrimonial, sin un título o causa que lo justifique, puede obtenerse el reintegro del objeto materia de aquella movilización económica a través del pago de lo indebido, ya que el negocio jurídico era inexistente. Con relación a los terceros, las restituciones que se operan por medio de dicha acción encuentran su límite en su buena o mala fe, es decir, no resultan alcanzados los terceros que no tenían conocimiento del negocio jurídico inexistente; por lo tanto, se verifica por parte de estos una adquisición *a non domino*, conforme a lo establecido en el artículo 1318 del Código Civil.

En cambio, cuando el negocio jurídico ha llegado a existir por estar presentes los requisitos extrínsecos al negocio pero el negocio está viciado de nulidad, ya sea absoluta o relativa, sus consecuencias son diferentes y se rigen por lo dispuesto por los artículos 1560 y siguientes del Código Civil. Como ya se indicó, para que exista nulidad debe existir una norma que así lo indique, y lo actuado en contra de una norma prohibitiva acarrea su nulidad (art. 8.º CC).

Cuando estamos en presencia de un negocio jurídico es necesario analizar cada uno de los elementos en un orden de jerarquía, por la diferencia en cuanto a la consecuencia de uno u otro. El orden asignado por los autores mencionados es el siguiente: 1) capacidad jurídica, 2) poder normativo negocial, 3) capacidad de obrar, 4) consentimiento, 5) objeto y 6) causa. De

acuerdo a lo ya dicho, primero debemos analizar si existen los elementos extrínsecos, es decir, capacidad jurídica y poder normativo negocial; si no están presentes, nos encontramos, de acuerdo a lo ya vertido, frente a un negocio inexistente. Asimismo, la falta de capacidad de obrar, consentimiento, objeto y causa determinan también la inexistencia del negocio. Una vez que nos aseguramos que están presentes los elementos extrínsecos, debemos analizar cada uno de los elementos intrínsecos establecidos por el artículo 1261 del Código Civil, es decir, la capacidad de obrar, que es la capacidad que posee un sujeto de crear relaciones jurídicas validas por sí; consentimiento exteriorizado libremente o mediante una forma impuesta legalmente (solemnidad); un objeto determinado, posible y lícito, y una causa también lícita.

Analizados los elementos mencionados, es necesario saber si el sujeto que crea el negocio jurídico tenía el poder de disposición, de manera tal que la consecuencia de su actuar recaiga sobre su esfera patrimonial y no sobre la de un tercero, para de esa manera estar frente a un negocio jurídico válido y eficaz; que en el negocio *obligacional* se traduce en la posibilidad de dar nacimiento a un crédito o deuda, y en el negocio *dispositivo*, en la posibilidad de crear, modificar o extinguir un derecho subjetivo preexistente.

En el caso concreto objeto del presente, tratándose de un contrato de permuta, debemos definirla. El artículo 1769 de nuestro Código Civil define la *permuta* como «un contrato por el cual los contrayentes se obligan a dar una cosa por otra», al igual que el contrato de compraventa, que es un típico contrato de cambio, puesto que ambos tienden a realizar una transferencia definitiva. En la compraventa, sin embargo, uno se obliga a dar una cosa, y el otro, a pagar dinero a cambio de ella, mientras que en la permuta es «cosa por cosa», en lugar de «cosa por dinero».¹²⁹ A su vez, como sostiene GAMARRA, la permuta se distingue de la compraventa en el sentido de que la obligación de los permutantes es más amplia, pues impone no solo la obligación de entregar la cosa, sino también la de transferir la propiedad de su dominio al copermutante. No obstante lo expresado, se asemejan en que ambos son títulos hábiles para transferir el dominio, lo cual sumado al modo produce el traspaso de la propiedad. Por su parte, la obligación de transferir la propiedad resulta del artículo 1772 del Código Civil, el que reza que

si uno de los contratantes ha recibido ya la cosa que se le prometió en permuta y acredita que no era propia del que la dio, no puede ser obligado a entregar la que él ofreció en cambio y cumple con devolver la que recibió.

El citado artículo consagra la aplicación del principio de la *exceptio non adimpleti contractus* (excepción de contrato no cumplido); es decir, el

129 GAMARRA, Jorge, y GAMARRA, Jorge Luis, *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo V, Montevideo: FCU, 3.^a ed., 1989.

contratante que va a cumplir entregando el bien prometido, si comprueba que el prometido por el otro no es de su propiedad, puede excepcionarse de su cumplimiento, y devolverá a su vez lo que recibió. Por otra parte, se sostiene en doctrina que no se desprende del artículo citado la obligación de transferir el dominio: lo que hay es una aplicación de la excepción del contrato no cumplido. El propio texto que define la permuta habla de la obligación de dar, rasgo que la define como un típico contrato obligacional que, sumado a la tradición, trasmite el dominio.

Efectuada tal aclaración, no puede aplicarse el artículo antes referido al caso de marras porque nos encontramos dentro de la esfera del incumplimiento, donde son de aplicación los principios generales.

Siguiendo la metodología relacionada, debemos analizar el contrato de permuta de 26.12.1990, en virtud del cual los cónyuges JG y MP permutaron el padrón ...; su contraprestación fueron las acciones entregadas por la sociedad LG S.A., es decir, se permutó un bien inmueble a cambio de acciones.

Al citado contrato lo debemos analizar como dos enajenaciones realizadas en forma concomitante. Con relación a la enajenación del inmueble, de la documentación aportada no se presenta objeción: tanto el negocio obligacional como el dispositivo son válidos y eficaces. Con relación a la enajenación de las acciones, y teniendo en cuenta lo informado por la Comisión de Derecho Comercial, en cuanto al negocio obligacional podemos decir que es válido y eficaz; en cambio, el negocio dispositivo es válido pero ineficaz en cuanto a sus titulares, los accionistas de la mencionada sociedad. No obstante lo expuesto, corresponde saber si existe la posibilidad de alguna reclamación por parte de JG y MCP contra la sociedad y si existe la posibilidad de resolución del contrato por incumplimiento, en cuyo caso sería de aplicación lo preceptuado por el artículo 1773 del Código Civil.

En cuanto a la eventualidad de una reclamación por parte de quienes eran los titulares de las acciones a JG y MP, estos podrían ampararse en el instituto de la prescripción, por ser sus poseedores por más de seis años, aun sin justo título ni buena fe, de acuerdo a lo previsto por el artículo 1214 del Código Civil.

Por otra parte, JG y MP no podrían pedir la resolución del contrato a LG S.A., ya que, entendemos, en el caso es aplicable de la *teoría de los actos propios*. Esta deriva del principio de buena fe que establece el artículo 1291 del Código Civil. ENNECERUS¹³⁰ señala que el principio o regla general de que nadie puede ir contra sus propios actos se funda en que no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta cuando ella está interpretada de buena fe (el derecho no existe o no se hace valer). Este concepto guarda similitud con el llamado *estoppel*, del derecho anglosajón, que consiste en que «alguien, por su manera de obrar, con pa-

130 Cit. por PUIG BRUTAU, José, *Estudios de derecho comparado: la doctrina de los actos propios*, Barcelona: Ariel, 1951, p. 111.

labras o mediante actos, produce en el otro la creencia de que los mismos son ciertos, y el último obra sobre la base de tal creencia».¹³¹ Para que se aplique esta teoría deben darse tres circunstancias: *a)* que el individuo dentro de una relación jurídica haya adoptado una conducta jurídicamente relevante que suscite en la contraparte una expectativa seria respecto de su conducta futura (en el caso, la aceptación que si bien las acciones no eran propiedad de la sociedad, aun así aceptó tal hecho, es decir, tuvo una actitud pasiva); *b)* que posteriormente a esa conducta, el sujeto intente hacer valer un derecho (en el caso, reclamar la resolución del contrato, basado en que las acciones no eran de propiedad de la sociedad), y *c)* que entre ambas conductas, los sujetos intervinientes sean los mismos, exista una contradicción entre ambas conductas y que, de acuerdo al principio de buena fe, deba atribuírsele valor a la conducta anterior.

Por lo tanto, JG y MP no podrían accionar por la resolución del contrato, ya que en virtud del tiempo transcurrido, el interés de ambos se encuentra satisfecho por la prescripción adquisitiva de las acciones, a pesar de que estas no le fueron transmitidas por título permuta y modo tradición. Asimismo, la actitud pasiva de los mencionados es un hecho propio que les impide iniciar la acción de resolución, por ser, como lo indicáramos, propietarios de las acciones por modo prescripción.

CONCLUSIÓN

Conforme a lo expuesto, entendemos que la titulación no es observable, ya que cualquier acción se encuentra enervada.

Esc. Francisco Mastropierro
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Américo Bianchi, Alicia Cancela, María Inés Casatroja, María Laura Conde, Gustavo Echavarría, Nicolás García Rodríguez, Alicia González Bilche, Carlos Groisman, Ana Irabedra, Rossana Ivanier, Florencia Manfredi, María del Rosario Marchese, Francisco Mastropierro, Maximiliano Mauri, Roque Molla, María Alejandra Portillo, María del Pilar Ramírez, María Ritacco, Diego Séré, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, Gonzalo Trobo, María Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por el Esc. Francisco Mastropierro.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

¹³¹ *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 78, n.º 7-12 (jul.-dic. 1992).

Informe de la Comisión de Derecho Comercial

De la documentación presentada surge que el escribano autorizante de la escritura de permuta por declaración posterior aludió a que las acciones pertenecían a la sociedad, pues operó en dicha escritura lo dispuesto por el artículo 314 de la ley 16060, que dice:

(Adquisición de acciones por la sociedad). La sociedad podrá adquirir las acciones que haya emitido, solo en las siguientes condiciones:

- 1) Excepcionalmente, con ganancias realizadas y líquidas o reservas libres cuando estén completamente integradas y para evitar un daño grave, lo que será justificado en la próxima asamblea ordinaria.
- 2) Por integrar el activo de un establecimiento comercial que adquiera o de una sociedad que incorpore.

El directorio enajenará las acciones adquiridas dentro del término de un año, salvo prórroga por la asamblea. Se aplicará el derecho preferente previsto en el artículo 326.

Los derechos correspondientes a esas acciones quedarán suspendidos hasta su enajenación; no se computarán para la determinación del quórum ni de la mayoría en las asambleas.

I. **ÁMBITO DE APLICACIÓN Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 314 DE LA LEY 16060**

La doctrina se refiere a este tipo de operaciones como *acciones propias en cartera o autocartera*.¹³² La adquisición de acciones propias es la «operación mediante la cual una sociedad que emite acciones adquiere un número de acciones por ella misma emitidas, por título mediante el cual le es transferido el dominio de las mismas». Es un instituto especial del derecho societario, recogido en nuestro derecho a través del artículo 314 mencionado.

Por ende, si bien la sociedad se convierte en propietaria de las acciones, la misma ley le impone restricciones a esa propiedad.

La norma prevé claramente dos supuestos de excepción, contenidos estos en los numerales 1.º y 2.º:

1. «Con ganancias realizadas y líquidas o reservas libres cuando estén completamente integradas y para evitar un daño grave, lo que será justificado en la próxima asamblea ordinaria». Según BUGALLO, las circunstancias que llevan a esto deben ser excepcionales y deben darse simultáneamente o en forma concatenada con las otras imposiciones legales; puede realizarse cuando es el único medio posible o eficaz para evitar un daño grave y determinable.
2. «Por integrar el activo de un establecimiento comercial que adquiera o de una sociedad que incorpore».

¹³² BUGALLO, Beatriz, *Adquisición de acciones propias*, Montevideo: FCU, 1.ª ed., 1997, p. 17.

La primera situación se refiere a una hipótesis de carácter *subjetivo*, en tanto la segunda se refiere a un supuesto *objetivo*.

Una vez adquiridas las acciones bajo condiciones especiales, de riguroso cumplimiento y probadas, la sociedad, a través de su directorio, «enajenará las acciones adquiridas dentro del término de un año, salvo prórroga por la asamblea. Se aplicará el derecho de preferencia previsto en el artículo 326». Es decir que, además de limitar la adquisición, la regla, estableciendo que antes de ofrecer las acciones de autocartera a terceros, el directorio deberá dirigir la oferta a los accionistas, en respeto al derecho de preferencia que regula el artículo 326 citado.

No es una situación habitual que la sociedad adquiera sus propias acciones; por ello, el legislador lo permite en casos especiales, exige que en un corto plazo se desprenda de ellas y, además, suspende el ejercicio de los derechos derivados de su tenencia.

En síntesis, tras analizar el ámbito de aplicación del artículo 314 de la ley 16060, podemos sostener que de la documentación presentada no resulta probado, en nuestra opinión, que se hayan cumplido los requisitos que establece dicho artículo.

Sería necesario precisar los elementos probatorios de que las circunstancias referidas se cumplieron. No es suficiente la declaración que realizó el escribano autorizante por documento privado, ya que se trata de una situación de carácter excepcionalísimo y, por lo tanto, los extremos deben estar probados de la forma más exacta posible.

II. CONCLUSIÓN

De la documentación presentada no es posible sostener que se hayan cumplido los requisitos exigidos por el artículo 314 de la ley 16060. En lo que refiere a la validez y eficacia de la permuta, nos remitimos a lo que resuelva oportunamente la Comisión de Derecho Civil.

Escs. Sandra Aquines, Estela Baum
y Adriana Tuzman
Informantes

La Comisión de Derecho Comercial, integrada por los Escs. Ana Irabedra, Ema Klaczko, Reina Gatti, Alejandra Portillo, Mayra Llanes, María Eugenia Guichón, Natalia Pollán, César Coll, Francisco Mastropierro, Marcelo Lasowski, Paola Igoa, Stefanía Della Mea, Sandra Aquines, Estela Baum y Daniella Cianciarulo, aprueba el informe que antecede.

Esc. Daniella Cianciarulo
Coordinadora

*Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional
de la AEU el 9.10.2018, expediente 1740/2018.*