

En cuanto al punto final de la consulta —qué sucede con aquellos otorgamientos que *sobran* en la escritura de compraventa (la que completa el tracto sucesivo)—, decimos que estos ni agregan ni quitan nada al contrato en sí mismo ni al resto de las partes contratantes, que sí tenían la legitimación para otorgarlo y prestaron debidamente su consentimiento en dicho negocio traslativo de dominio.

Esc. Gabriela Bouvier Zeballos
Informante

Aprobado por la Comisión de Derecho Notarial y Técnicas Notariales el 28 de setiembre de 2012, con la conformidad de sus integrantes, escribanos Carlos del Campo, Alfredo de Souza, María Inés Sapriza, Adriana Sosa, Claudia Santo, Gabriela Bouvier, Mirta Sosa y Susana Chao.

Escs. Susana Chao Peña
y María Inés Sapriza
Coordinadoras alternas

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 8 de diciembre de 2015. Expediente 1083/2011.

SUBROGACIÓN EN LA SOCIEDAD CONYUGAL. MUTUO DISENSO. COMPRAVENTA

RESUMEN:

El negocio efectuado entre BZB y RCNB el 12 de junio de 1980 no es un distracto o mutuo disenso, sino una compraventa.

La función notarial creadora de derecho debe utilizar todos los elementos metódicos de interpretación de la ley para concretarla al caso. El término «otro» a que refiere el artículo 1958 del Código Civil hace referencia a la naturaleza del bien subrogado y subrogante, sin importar si el inmueble es el mismo o diferente, por lo cual la subrogación objeto de consulta es válida.

Informe: Civil

Consulta

RELACIÓN DE HECHOS

El 18 de diciembre de 1958, RCNB, viuda de sus únicas nupcias con ANG, adquiere el padrón ...9.

El 5 de marzo de 1980, RCNB, casada en segundas nupcias con MRS, vende el padrón ...9 a BZB, viuda de sus primeras nupcias con VM. El precio de la compraventa es de N\$ 1:400.000. En la cláusula cuarta de la escritura de compraventa la vendedora declara:

[...] que el dinero recibido por concepto de precio de la presente compraventa se empleará en la compra de otro inmueble que tendrá el carácter de propio por subrogación del que enajena por este acto, que tiene tal naturaleza por haberlo adquirido siendo de estado civil viuda de sus primeras nupcias con ANG.

El 12 de junio de 1980, RCNB, casada en segundas nupcias con MRS, y BZB otorgan distracto. Expresan:

[...] convienen por mutuo consentimiento y de acuerdo con lo establecido por el artículo 1294 del Código Civil extinguir las obligaciones creadas por el contrato de compraventa relacionado en la cláusula anterior [refiere a la compraventa del 5 de marzo] y retirar los derechos reales que se hubieran transferido. [...] En consecuencia la compradora restituye el inmueble descrito precedentemente a la vendedora RCNB, restituyéndola en todos los derechos de propiedad y posesión [...] quedando el mismo en la situación de bien propio de RCNB y habiendo entregado esta a la señora BZB el precio entregado por la compraventa en su totalidad con anterioridad a este acto con conformidad de esta última, por lo que ambas partes declaran no tener nada que reclamarse por ningún concepto como consecuencia del presente contrato.

OPINIÓN DE LA CONSULTANTE Y OBJETO DE LA CONSULTA

La consultante cuestiona el distracto otorgado, por cuanto, siguiendo a la doctrina mayoritaria, no puede hablarse de mutuo disenso en contratos que no tienen obligaciones pendientes, sino que debe entenderse que es una *compraventa con efecto contrario*.

Siguiendo esta posición, estima que la subrogación efectuada es válida en tanto en la escritura de venta como en la de compra se expresó el ánimo de subrogar, por lo que el bien es propio de RCNB.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

DISTRACTO O MUTUO DISENSO

1. El mutuo disenso es una manifestación de la autonomía privada que le ha dado vida a un contrato precedente, de modo tal que por un acuerdo de voluntades se decide extinguir las relaciones jurídicas obligatorias creadas. Así como las partes pueden contratar libremente, también pueden luego disponer lo contrario, haciendo cesar los efectos de dicho contrato con las restituciones de sus respectivos objetos. Siguiendo a CARNELLI y CAFARO:

Al convenirse mutuo disenso las partes inciden en el negocio inicial, el cual desaparece como título o fundamento del surgimiento de la relación obligatoria, la que se extinguirá, entonces, por vía de consecuencia.¹³⁶

2. No obstante, para que el mutuo disenso opere resulta imprescindible la existencia de un contrato precedente, existente y válido, que no se hubiera agotado por el cumplimiento de todas sus obligaciones. Solo lo que se encuentra vigente se puede extinguir; esto es, solamente los derechos y obligaciones pueden ser objeto de modificaciones en la medida en que subsistan como tales, es decir, solo si existe una relación obligatoria vigente.

3. En el caso sometido a consulta, el 5 de marzo de 1980 se otorgó una compraventa por la cual RCNB vendió a BZB el padrón ...9, con su correspondiente tradición, y se consignó en la cláusula segunda que antes de ese acto la parte vendedora recibió de la compradora el precio en su totalidad, a su entera satisfacción, por lo cual aquella otorgó a esta carta de pago por el total del precio, sin que de dicho contrato surja ninguna obligación pendiente.

Posteriormente, el 12 de junio de 1980, las partes otorgaron un negocio que calificaron como distracto, y expresaron que, conforme a lo establecido por el artículo 1294 del Código Civil, convenían en extinguir las obligaciones creadas por el contrato de compraventa celebrado el 5 de marzo de 1980. En consecuencia, la compradora BZB restituyó a la vendedora RCNB el inmueble descrito, «en todos los derechos de propiedad y posesión que en el mismo le corresponden, declarando que mientras no haga efectiva la posesión la tendrá a su nombre [...] y habiendo entregado RCNB a BZB el precio entregado por la compraventa en su totalidad con anterioridad a este acto, por lo que ambas partes declaran no tener nada que reclamarse por ningún concepto [...]».

4. Como impecablemente ha enseñado otro integrante de esta comisión, el escribano Carlos GROISMAN,¹³⁷ la norma del artículo 1294 citada debe interpretarse en armonía con los principios de derecho privado. De acuerdo con CAFARO y CARNELLI¹³⁸ y MOLLA,¹³⁹ el poder de las partes de extinguir obligaciones presupone la vigencia de la relación, cosa que en la especie no existió. El contrato de compraventa celebrado el 5 de marzo de 1980 se había agotado por el cumplimiento, razón por la cual no podía configurarse el 12 de junio de 1980 un mutuo disenso (distracto) en el sentido

136 CARNELLI, Santiago; CAFARO, Eugenio B. *Eficacia contractual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989, p. 186.

137 GROISMAN, Carlos. ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY. COMISIÓN DE DERECHO CIVIL. «Mutuo disenso». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, jul.-dic. 2002, tomo 88, n.ºs 7-12, pp. 370 y ss.

138 CARNELLI, Santiago; CAFARO, Eugenio B. *Eficacia contractual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989.

139 MOLLA CAMACHO, Roque. «Aptitud del mutuo disenso para resolver la relación jurídica contractual». *Anuario de derecho civil uruguayo*, 1988, tomo 18, pp. 387-395.

de negocio extintivo de la eficacia, puesto que esta ya se había realizado por la paga.

5. En consecuencia, si bien la voluntad expresada en este último negocio resulta vinculante, no lo es por mutuo disenso, sino como otorgamiento del mismo tipo contractual con sentido contrario, en el que cada parte adopta una posición opuesta a la primitiva —esto es, quien fue vendedor será comprador y quien compró será vendedor—.

6. Para avanzar en el análisis del caso planteado, corresponde ahora analizar si podemos recalificar el negocio llamado *distracto* como *compraventa*, convirtiendo las restituciones realizadas en prestaciones que ubican su finalidad en la ventaja o provecho que le procura la otra parte como forma de validar dicho negocio.

7. No ofrece duda al informante que, de la documentación aportada y empleando la metodología de la eficacia negocial que nos enseñaron CAFARO y CARNELLI,¹⁴⁰ se puede constatar la validez y eficacia del negocio realizado el 12 de junio de 1980. La capacidad jurídica y el poder normativo negocial (presupuestos del negocio) de las partes no merecen objeciones, así como tampoco la capacidad de obrar (voluntad jurídicamente relevante) ni el consentimiento expresado en el documento a estudio. El objeto resulta determinado, posible y lícito, y la causa no contraría las leyes, las buenas costumbres ni el orden público.

La declaración efectuada por las otorgantes respecto a la restitución del inmueble, que se hace en ese mismo acto —en la que la ahora vendedora declara que le restituye a RCNB todos los derechos de propiedad y posesión que en él le corresponden y que mientras no haga efectiva la posesión la tendrá en su nombre—, tiene, en virtud de la recalificación negocial, valor de tradición (artículo 767, numeral 1.º, del Código Civil). Se expresa, además, que el precio se restituyó en su totalidad antes de ese acto, por lo cual nada tienen que reclamarse por ningún concepto como consecuencia de él.

8. En definitiva, se concluye que el negocio efectuado entre BZB y RCNB el 12 de junio de 1980 no es un *distracto* o mutuo disenso, sino una *compraventa*.

SUBROGACIÓN DE BIEN INMUEBLE POR INMUEBLE POR COMPRAVENTA

9. Así las cosas, corresponde ahora entrar al análisis de la validez de las cláusulas de subrogación que figuran en ambas escrituras referenciadas.

En la escritura del 5 de marzo de 1980 la vendedora, RCNB, «declara que el dinero recibido por concepto de precio de la presente *compraventa* se empleará en la compra de otro inmueble que tendrá el carácter de propio por subrogación del que enajena por este acto, que tiene tal naturaleza

140 CARNELLI, Santiago; CAFARO, Eugenio B. *Eficacia contractual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989, pp. 16 y ss.

por haberlo adquirido siendo de estado civil viuda de sus primeras nupcias con ANG».

Asimismo, en la escritura del 12 de junio de 1980 que recalificamos como compraventa, se expresa que «el bien que se le restituye [léase: que adquiere] queda en la misma situación de bien propio de RCNB».

10. En múltiples informes de esta comisión hemos analizado los requisitos necesarios para que el instituto de la subrogación funcione en nuestro derecho, y hemos expresado que la subrogación real es de excepción, de interpretación estricta y que su aplicación solo procede en los casos y con los requisitos previstos por las disposiciones legales.

11. Dichos requisitos son: 1.º manifestación de la voluntad de subrogar (*ánimus subrogandi*); 2.º comprobación instrumental del origen del valor que se invierte; 3.º naturaleza del negocio jurídico mediante el cual se adquiere el nuevo bien y momento de la adquisición; 4.º naturaleza de los bienes en los que se opera la subrogación; 5.º relación entre el precio del bien subrogante y del bien subrogado (que el saldo a favor o en contra de la sociedad no exceda de la mitad del precio del bien adquirido).

Los casos de subrogación de bienes propios admitidos en nuestro ordenamiento jurídico son cuatro: 1.º subrogación de valores por muebles; 2.º subrogación de un inmueble a otro, mediante permuta; 3.º subrogación de un inmueble vendido por otro inmueble, y 4.º subrogación de valores por inmuebles. Como también se ha expresado en otros informes, estos son los únicos y precisos casos de subrogación de bienes propios admitidos por nuestro derecho.

12. En la subrogación de inmueble por inmueble por compraventa a que refiere el artículo 1958, se ha admitido pacíficamente cuáles son los requisitos necesarios para que ella opere: 1.º la manifestación expresa de la voluntad de subrogar, o sea, el ánimo de subrogar (incisos 1.º y 2.º); 2.º la prueba instrumental del origen del valor; 3.º que el negocio jurídico mediante el cual se adquiere el nuevo bien sea compraventa; 4.º que se trate de la sustitución de un inmueble propio por otro inmueble (naturaleza de los bienes subrogantes y subrogados), y 5.º considerar la relación que debe existir entre el precio del bien subrogado y el subrogante (artículo 1959, inciso 4.º).

El primer elemento enunciado (el ánimo de subrogar) se debe expresar dos veces: en la escritura de venta y en la de compra, cosa que se cumple en el caso sometido a consulta. También se cumple con la prueba instrumental del origen del valor, en tanto se adjunta la venta del 5 de marzo de 1980, en la que RCNB recibe el precio por la venta de un bien propio. En ambos negocios el objeto es un inmueble y, en cuanto a la relación entre el precio del bien vendido y el del bien comprado, no existió saldo a favor o en contra de la sociedad, dado que se vendió en N\$ 1:400.000 y se compró en N\$ 1:400.000.

13. La única cuestión que resta analizar para dar por válida la subrogación objeto de consulta es el hecho de que esta se realizó en el mismo

inmueble (padrón ...9) y no entre un inmueble y «otro», lo que podría vulnerar el artículo 1958 citado, que expresa: «Para que un inmueble se entienda subrogado a otro inmueble [...]».

14. Para resolver esta cuestión creemos conveniente hacer una breve referencia a la interpretación de la ley y a la función del escribano como intérprete y creador del derecho.

Ya CARNELUTTI expresaba: «El Notario debe reelaborar el precepto legal adaptándolo a la situación concreta, al caso en estudio, lo cual no es solamente una operación de subsunción»; esto es, considerar la situación concreta como parte de un conjunto más amplio o como caso particular sometido a un principio o norma general.

La vida de relación es mucho más amplia y rica que los supuestos contemplados por el legislador; de ahí que el artículo 14 de nuestro Código Civil consagre el reconocimiento de situaciones no contempladas por la ley.

La aplicación de la ley conlleva una actitud activa del intérprete, de manera tal que le permita encontrar una solución al caso concreto.

15. Debemos partir de la base de que, en materia de sociedad conyugal, la ley tiende a favorecer la consolidación mediante una protección que no es ilimitada, y prevé el mecanismo de la subrogación real de bienes propios como forma de impedir que la sociedad se beneficie a expensas del caudal propio de alguno de los cónyuges, posición esta que es de pura política legislativa.

Señala el escribano Enrique AREZO PÍRIZ:

[...] el estado de pensamiento jurídico en cuanto a los casos de subrogación deben ser repensados a fin de encontrar una solución que contemple casos como el que nos ocupa y que reclaman, ciertamente, un criterio de cierta flexibilidad para resolver la espinosa cuestión. La solución es recurrir a una interpretación extensiva del alcance que, tradicionalmente, se ha considerado como de no recibo en esta materia. Esta interpretación extensiva tiene por resultado extender el natural significado de las palabras de la ley, cuando éstas expresan menos que lo que el legislador quiso decir («*minut dixit quam voluit*»). No implica agregar algo a la norma o extenderla a casos no previstos o contemplados, sino dar relieve a aquellos casos que la norma contenía ya virtualmente.¹⁴¹

Si bien, como ya dijimos, las disposiciones legales sobre la subrogación real de bienes propios es de interpretación estricta, es necesario destacar que algunos civilistas incluyen también en la órbita de la interpretación extensiva el principio según el cual aquellas disposiciones excepcionales, dictadas solo para ciertos casos, presuponen implícitamente la regla con-

141 AREZO PÍRIZ, Enrique. ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY. COMISIÓN DE DERECHO CIVIL. «Interpretación de la ley». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, ene.-jun. 2002, tomo 88, n.º 1-6, pp. 170-188.

traría para los casos restantes. SAVIGNY¹⁴² expresa que «el argumento a contrario» es también una especie de interpretación extensiva; pero otros, como COVIELLO y FERRARA,¹⁴³ entienden que no se trata aquí propiamente de interpretación extensiva, pues la indagación no se limita a descubrir el sentido de las normas establecidas, sino que se extiende a desenvolver el contenido de las disposiciones de la ley en todas sus posibles direcciones y relaciones, extrayendo de ellas todas las consecuencias que constituyen su contenido virtual.

Como brillantemente enseña nuestro coordinador, el escribano Roque MOLLA:¹⁴⁴

[...] la interpretación extensiva puede darse en situación de surgir del texto de la ley un solo significado, y sin embargo corresponde aplicar la ley no solamente al supuesto de hecho explícito sino a otras situaciones que encuadran o no en el propio significado de la norma, sino en la finalidad perseguida por la misma. La interpretación extensiva es de gran utilidad en el ámbito de las normas excepcionales, donde rige el principio de interpretación estricta y el legislador marcó el radio de aplicación que no puede ser ampliado por analogía. Pero, la interpretación extensiva no colide con la calificación de estricta, sino que la complementa, en el sentido de explicitar y no de ampliar la finalidad perseguida, procedimiento que corresponde en los casos de una avara expresión legal.

El artículo 17, inciso 1.º, del Código Civil dispone: «Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu», y el artículo 20 establece: «El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía». Estas disposiciones refieren al sentido de la ley y no al sentido de las palabras. El significado de la ley es lo que el intérprete debe desentrañar. El punto de equilibrio para no incurrir en arbitrariedad es la ponderación de los criterios teleológicos subjetivo y objetivo, teniendo en cuenta la finalidad perseguida por el legislador, con lo que constituye una regulación de acuerdo con los principios inmanentes del derecho, y evitando incurrir en contradicciones de valoración.

La función notarial creadora de derecho debe utilizar todos los elementos metódicos de interpretación de la ley para concretarla al caso. En esto consiste gran parte de nuestra actividad como creadores de derecho.

142 SAVIGNY, M. F. C. de. *Sistema del derecho romano actual*. Madrid: F. Góngora y Compañía, 1879. Tomo 2, pp. 37 y 231.

143 *Manuale di Diritto Civile Italiano, parte general*. 2.ª ed., Milán, 1915, p. 80 y *Trattato di Diritto Civile Italiano*, vol. I, parte I, Roma, 1921, p. 247.

144 MOLLA CAMACHO, Roque. «La interpretación y aplicación del derecho como manifestación de la función notarial creadora de derecho». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, jul.-dic. 2001, tomo 87, n.ºs 7-12, pp. 211-235. 23.º Congreso Internacional del Notariado Latino, Atenas, 30 set.-5 oct. 2001.

16. Así, esta comisión se ha inclinado por extender la interpretación en materia de subrogación para incluir entre los bienes que pueden ser subrogados aquellos que se *reputan* inmuebles, aunque no lo sean por su intrínseca naturaleza. Tal es el caso de la subrogación de inmueble mediante una promesa de compraventa con precio totalmente integrado.

El término *otro* a que refiere el artículo 1958 del Código Civil debemos entenderlo como «algo del mismo tipo de lo que se habla», «algo del mismo tipo que ciertas cosas anteriores o que se han mencionado antes». O, lo que es lo mismo, un *inmueble* por un *inmueble*, sin importar si el uno es idéntico o similar al otro. Si se entendiera que el legislador quiso que se cambiara un inmueble por otro inmueble distinto, tampoco sería válida la subrogación en la que A vende a B el padrón 100 manifestando su ánimo de subrogar, luego B lo vende a C y finalmente C lo vende nuevamente a A y este manifiesta que el padrón 100 adquirido mantendrá la naturaleza de propio por subrogación. Sin embargo, no hay norma legal alguna que lo prohíba o que expresamente establezca que en tal caso no existe subrogación.

En consecuencia, debemos concluir que, cuando el legislador habla de subrogar un inmueble por otro inmueble, hace referencia a la *naturaleza* del bien subrogado y subrogante, sin importar si el inmueble es el mismo o diferente, por lo cual la subrogación objeto de consulta es válida.

CONCLUSIONES

Conforme lo expuesto, se concluye:

1. La voluntad expresada en la escritura del 12 de junio 1980 resulta vinculante, pero no lo es por mutuo disenso, sino como otorgamiento del mismo tipo contractual con sentido contrario, en el que cada parte asume una posición opuesta a la primitiva —quien fue vendedor será comprador y quien compró será vendedor—. El negocio efectuado entre BZB y RCNB el 12 de junio de 1980 no es un distracto o mutuo disenso, sino una compraventa.

2. La función notarial creadora de derecho debe utilizar todos los elementos metódicos de interpretación de la ley para concretarla al caso. El término *otro* a que refiere el artículo 1958 del Código Civil hace referencia a la *naturaleza* del bien subrogado y subrogante, sin importar si el inmueble es el mismo o diferente, por lo cual la subrogación objeto de consulta es válida.

Esc. Gustavo Echavarría Trabadelo
Informante

Montevideo, 24 de noviembre de 2015. La Comisión de Derecho Civil, integrada por los escribanos Miguel Burdín, Alicia Cancela, Daniella Cianciarulo, Gustavo Echavarría, Rosana García Paz, Mariana González

Bonaudi, Carlos Groisman, María Paola Igoa, Adriana Inciarte, Rossana Ivanier, Maximiliano Mauri, Roque Molla, María Ritacco, Estela Sarachu, Diego Seré, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, María Beatriz Vázquez y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la AEU
el 22 de diciembre de 2015. Expediente 674/2014.*

AUTOMOTORES. EMBARGO GENÉRICO. IMPORTACIONES.
PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

RESUMEN

La traba de embargo contra el importador o concesionario con anterioridad a la inscripción de título de compraventa pero con posterioridad a la factura de venta no afecta al vehículo, que hasta su empadronamiento forma parte de la mercadería existente dentro de la universalidad conocida como establecimiento comercial. En el período comprendido entre la facturación y el empadronamiento, se trata de un bien mueble del comprador, para cuya efectividad el embargo solo tendría lugar mediante el secuestro.

Informe: Civil y registral

Consulta

HECHOS

El 27 de mayo de 2002, X SA enajena un vehículo 0 km a CM, según factura que tengo de manifiesto.

En esa fecha CM empadrona el vehículo a su nombre.

En el año 2005 se traba embargo genérico contra X SA.

El 27 de junio de 2007, CM resuelve realizar la escritura de compraventa, a efectos de registrar dicha operación.

El 20 de diciembre de 2010, CM enajena dicho vehículo a EW, según título compraventa y modo tradición debidamente inscripto.

CONSULTA

Al proponerse vender dicho vehículo su actual propietario, el señor EW, la documentación ha sido rechazada consecutivamente por dos escribanas por las mismas razones: