

BIEN GANANCIAL. NATURALEZA JURÍDICA. PROPIEDAD
HORIZONTAL. BIENES COMUNES. TEORÍA DE LAS RECOMPENSAS.
CESIÓN DE GANANCIALES

Resumen

El artículo 1955, incisos 6.º y final del Código Civil. La teoría de las recompensas. Cesión de gananciales.

Informe: Civil

Consulta

1. RELACIÓN DE HECHOS

1942. El Sr. CRP, casado con HEC, adquiere por compraventa-tradición el solar de terreno baldío de Montevideo padrón n.º ...1 con frente a la Avda. ...

1958-1966. Se construye un edificio en régimen de propiedad común, según permisos de construcción n.º ... y n.º ..., autorizados por la autoridad municipal el 22.2.1958 y habilitado con fecha 29.4.1966.

1974. CRP falleció intestado el 28.3.1974, casado con HEC. Tramitada su sucesión —con inclusión en la relación de bienes del padrón de referencia—, se declararon únicos y universales herederos sus hijos legítimos JCRC y ENRC, sin perjuicio de los derechos de la cónyuge supérstite, HEC, por su mitad de gananciales (certificado de resultancias de autos debidamente inscripto en el Registro respectivo).

1973. Los citados herederos contrajeron matrimonio, a saber: JCRC, con RGG, el 22.2.1973; y ENRC, con MLA, el 18.11.1973.

1989. El 17.4.1989 fallece intestada HEC, viuda de sus únicas nupcias con CRP. Tramitada su sucesión —en la que se incluyó la mitad indivisa del bien de referencia—, se declararon únicos y universales herederos sus hijos legítimos JCRC y ENRC (certificado de resultancias de autos debidamente inscripto en el Registro respectivo).

1989. ENRC, casado con MLA, enajena por compraventa-tradición a su hermano JCRC, casado con RGG, la mitad indivisa de las construcciones existentes en el bien, según escritura que el 30.12.1989 autorizó la Esc. GS y cuya primera copia fue debidamente inscripta en el Registro de Traslaciones de Dominio. En dicha escritura, por constancia notarial, se consigna que las construcciones fueron realizadas en su totalidad y de su peculio por el vendedor, ENRC, de acuerdo con los permisos de construcción mencionados.

1988-1992. El edificio fue incorporado al régimen de propiedad horizontal de la ley 10.751, según las disposiciones de la ley 14.261, en virtud de haberse practicado el plano de mensura y fraccionamiento horizontal del Agr. NG, de diciembre de 1988, inscripto en la Dirección Nacional de Catastro con el n.º ... el 15.3.1989, y de haberse otorgado el reglamento de copropiedad según escritura que el 15.12.1992 autorizó la Esc. GS, debidamente inscripto en el Registro respectivo. Dicho reglamento fue otorgado por los cónyuges JCRC y RGG, y por el Sr. ENRC, casado con MLA. En él se establece, entre otras disposiciones, que: a) son bienes comunes de uso común ubicados en planta baja el «acceso A» y el «patio B», con una superficie libre de 188 metros cuadrados y 79 decímetros; b) el edificio fue realizado por el Sr. ENRC siendo soltero, y c) que los hermanos ENRC y JCRC «son titulares en común, proindiviso y por partes iguales del terreno y las construcciones que le acceden».

1993. A partir de la incorporación al régimen de PH se inicia el proceso de otorgamiento de promesas de compraventa de las unidades del edificio, debidamente inscriptas en el Registro correspondiente. Comparecen en dichas promesas, en calidad de promitentes vendedores, los cónyuges JCRC-RGG y ENRC-MLA, y se establece en cada una de las promesas la siguiente cláusula: «La parte promitente compradora presta desde ya su conformidad para realizar la reforma del reglamento de copropiedad autorizado el 15.12.1992 por la Esc. GS, que será la siguiente: el bien común señalado en el plano de fraccionamiento horizontal del Ing. Agr. NG, de diciembre de 1988, como “patio B”, que se ubica en planta baja a cota vertical más 0 metro 8 centímetros, se transformará en una unidad de propiedad horizontal. En este acto, los promitentes compradores se desapoderan de los derechos que les corresponden sobre el citado bien en favor de los promitentes vendedores, quienes quedarán como propietarios de la nueva unidad que surja después de efectuarse la reforma de plano y reglamento antes citados. Los futuros adquirentes de la unidad, cualquiera fuere el modo de adquisición, deberán aceptar lo antes pactado, considerándose que la adquisición implica ratificación de lo convenido por las partes». Y se autoriza la fusión de las unidades horizontales locales 002 y 003 (ejemplo: promesa de compraventa de 29.11.1993 de la unidad 104, cláusula n.º 18).

1993-1994. Según permiso de construcción (ampliación de obras) n.º .../93, casillero sanitario ..., autorizado por la Intendencia el 14.12.1993 y con habilitación final de fecha 6.10.1994, en régimen de propiedad horizontal de la ley 10.751, se realizaron obras en el inmueble, transformándose el anterior bien común de uso común «patio B» en la nueva unidad horizontal local 003, padrón ...1/003, y se fusionaron en una sola las unidades 002 y 003 en la resultante unidad horizontal local 002, padrón ...1/002.

1994-1995. Se practicó por el Agr. NG nuevo plano de mensura, fraccionamiento horizontal y modificación de locales 002 y 003 en abril de 1994, inscripto en la Dirección Nacional de Catastro con el n.º ... el 21.8.1995.

En él se establece por notas que: *a)* se modifica el anterior plano del mismo agrimensor de fecha diciembre de 1988; *b)* se modifican los locales 002 y 003, y los bienes comunes «acceso A» y «patio B» de aquel plano.

1999. El 5.10.1999 se decretó el divorcio y disolución y liquidación de la sociedad conyugal integrada por JCRC y RGG.

2002. Por escritura que el 30.12.2002 autorizó el Esc. CB, cuya primera copia se inscribió en el Registro de la Propiedad, sección Inmobiliaria el 27.1.2003, los Sres. JCRC y RGG, divorciados de sus únicas nupcias entre sí, y los cónyuges ENRC y MLA otorgaron modificación del reglamento de copropiedad.

2. CONSULTA

Se consulta:

- I. Qué efectos jurídicos derivaron de la enajenación de la mitad de las construcciones otorgada en 1989.
- II.Cuál es la naturaleza jurídica —ganancial o propia— de: *a)* unidad local 003, padrón ...1/003; *b)* unidad local 002, padrón ...1/002; *c)* el resto de las unidades que integran el edificio.
- III. En su caso, cuál es el alcance, efectos jurídicos y económicos de la ganancialidad o aumento de valor operado respecto de los bienes que pudieran tener ese carácter.
- IV. Quiénes deben comparecer a otorgar, por la parte promitente vendedora, las escrituras de compraventa en cumplimiento de las promesas de compraventa suscritas.
- V. Si es aplicable al caso la cesión de exgananciales como forma de cesar la indivisión poscomunitaria entre los excónyuges JCRC y RGG.

3. OPINIÓN DE LA CONSULTANTE

I. Efectos jurídicos de la enajenación de la mitad de las construcciones

En nuestro derecho positivo, la *accesión* como modo de adquirir el dominio está definida en el artículo 731 del Código Civil y reafirmada por el artículo 749 del mismo código, los que enuncian que el dueño de la cosa (terreno) viene a serlo también de lo que a ella se incorpora natural o artificialmente (edificio), y que todas las obras hechas en un terreno se presumen hechas por el propietario a sus expensas y le pertenecen, si no se prueba lo contrario.

Este principio admite excepciones consagradas en el orden legal, tales como el derecho de superficie (que hoy tiene reconocida expresamente su inscripción registral en la ley 16.871, de 1987) o en lo dispuesto por el inciso 2.º del numeral 6 del artículo 1955 del Código Civil, donde se invierte dicho principio con carácter de excepcionalidad y se consagra la llamada *accesión*

invertida, por la que lo preponderante (el terreno) sigue a lo subsidiario (el edificio), otorgando naturaleza ganancial al edificio y al terreno.

En el caso, a la fecha de la compraventa de la mitad de las construcciones (1989), el terreno y edificio en él construido eran de naturaleza propia de los hermanos JCRC y ENRC, quienes eran condóminos por mitades y habían adquirido el terreno en las sucesiones de sus padres, fallecidos en 1974 y 1989. El edificio, compuesto de 15 unidades, fue construido en su totalidad —iniciado y finalizado— en el período de 1958 a 1966, *siendo ambos propietarios solteros*.

La práctica de otorgar compraventas de construcciones como la suscrita el 30.12.1989, hoy ya en desuso, no hace a la titularidad del bien todo (terreno y edificio) y no tiene efectos jurídicos que modifiquen el origen y la procedencia del inmueble, y la inscripción registral de dicha compraventa de construcciones tiene tan solo efectos de publicidad declarativa. Las excepciones al principio de la accesión operan de forma expresa y en régimen de excepcionalidad, y la venta de construcciones no lo es. Por tanto, quien construye en terreno ajeno solo tiene un derecho de crédito para que se le abone lo invertido en la edificación, como fue informado en consulta a la Asociación de Escribanos del Uruguay.

La declaración efectuada en la escritura de que el vendedor ENRC construyó a sus expensas el edificio hace que la compraventa de la mitad de las construcciones opere en los hechos como una restitución de lo invertido o como el cobro del crédito que tenía quien edificó (enajenante) contra su hermano JCRC (adquirente) por el valor de la mitad de las construcciones.

Por tanto, a la fecha indicada (1989), los hermanos JCRC y ENRC eran únicos propietarios y por mitades del suelo (origen sucesorio), y en igual proporción del edificio en él levantado (compuesto de 15 unidades), construido integralmente en el periodo 1958-1966 y de su peculio por ENRC, siendo ambos condóminos solteros; ello, sin perjuicio del derecho de crédito nacido a favor de quien edificó a su costo respecto del otro condómino.

II. Naturaleza jurídica de la unidad horizontal local 003, padrón ...1/003

A. En uso del derecho de dominio, los propietarios pueden edificar en suelo propio, y por el principio de accesión, lo construido les pertenece. En bienes en régimen de propiedad horizontal, la facultad de realizar nuevas construcciones en parte del terreno que es por ley un bien común de uso común se denomina *derecho de sobreelevar*.

Señala MOLLA¹⁷¹ que el derecho de sobreelevar constituye una de las facultades emergentes del dominio que reside en los propietarios del bien,

171 MOLLA, Roque. «Manifestaciones actuales relativas al derecho de dominio. La multipropiedad o tiempo compartido. El derecho de sobreelevar en propiedad horizontal». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XIX, pp. 121 y ss.

por lo que nada impide que estos se reserven dicho derecho de sobreelevar o aun que se lo trasmitan a un tercero.¹⁷² Pero por tratarse el suelo, en principio, de un bien común de los llamados *esenciales o necesarios* para la existencia y función del edificio (ley 10.751, arts. 2.º y 3.º), debe consignarse que los propietarios, al reservarse el derecho de sobreelevar, le quitan al área de suelo reservada el carácter de bien necesario para la existencia de ese edificio. En cambio, sí es esencial para las nuevas construcciones que sobre él se levanten; para estas es que reviste el carácter de bien común esencial y necesario para la existencia del edificio, según la ley 10.751. Por tanto, no teniendo calidad de esencial ese bien común (reservado para sobreelevar), es jurídicamente procedente para los propietarios originales desafectarla del uso común, cambiarle la naturaleza jurídica y transformarla en bien privado de dominio exclusivo.

B. La cláusula establecida por la parte promitente vendedora en las promesas de compraventa de las unidades del edificio suscritas a partir de 1993 refleja y responde a la voluntad de los propietarios promitentes vendedores de desafectar del uso común el «patio B» y reservarlo para la construcción de una nueva unidad horizontal (local 003) con carácter de bien privado o individual.

C. Durante el período 1993-1994, siendo ambos copropietarios de estado civil casados, se realizó la nueva construcción. Por efecto de las obras realizadas, el área de terreno desafectada del uso común que sustenta la nueva obra y el edificio en ella construido constituye hoy una nueva unidad física y jurídica. Si bien el permiso de construcción fue autorizado por el Servicio de Edificación de la Intendencia como «ampliación», debe interpretarse como ampliación del edificio o construcciones ya existentes, porque, en rigor, con estas obras se creó un nuevo bien privado, al que la Dirección Nacional de Catastro le otorgó el correspondiente padrón individual.

D. Por tanto, es de aplicación al caso el inciso 2.º del numeral 6 del artículo 1955 del Código Civil, que otorga naturaleza de bien ganancial al edificio y al terreno, que conforman una sola unidad jurídica. Dada la especialidad de esta norma, que invierte el principio de accesión, y del carácter de excepción que posee la disposición, deberán coincidir exactamente los hechos con los requisitos legales previstos en ella, a saber: *a)* construcción de un edificio, *b)* en suelo propio (no ganancial) de uno de los cónyuges, *c)* durante la vigencia de la sociedad conyugal.

172 ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY, COMISIÓN DE DERECHO CIVIL. «Propiedad horizontal. Reglamento de copropiedad. Derecho de sobreelevar. Construcciones. Bienes comunes». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 76, n.º 7-12 (jul.-dic. 1990), pp. 334-336.

a. Siguiendo a IRURETA GOYENA¹⁷³ y AREZO PÍRIZ,¹⁷⁴ debe adoptarse un doble criterio para saber cuándo se está ante un edificio: *a)* que lo construido sirva para variar el destino o la explotación anterior del bien, dotándolo de una rentabilidad o productividad propias que antes no tenía (no debe de tratarse tan solo de un simple aumento de lo mismo que antes producía ese suelo), y *b)* que haya una relación de valor tal entre el edificio construido y el suelo que justifique la inversión del principio de accesión.

Debe tratarse de un nuevo edificio que tenga finalidad y destino propios y autónomos. No cambia la situación que se edifique sobre un terreno que ya esté parcialmente edificado y que la nueva edificación sea contigua a las construcciones preexistentes, siempre que las nuevas obras reúnan las características de edificio arriba apuntadas.

En el caso, la obra realizada constituye un edificio, y la unidad horizontal local 003 se ajusta en un todo al ya expuesto criterio de autonomía, finalidad, destino y rentabilidad propios e independientes.

b. El terreno debe ser propiedad de uno de los cónyuges, aunque no tiene por qué ser de propiedad exclusiva; el cónyuge puede ser copropietario con otra u otras personas del terreno, y esto no impide la ganancialización de su cuota parte en el bien cuando se cumplen los presupuestos legales. El sentido de «suelo propio» debe entenderse como «suelo no ganancial» y no es sinónimo de «exclusivo» del cónyuge propietario del terreno, tal como lo expresa AREZO PÍRIZ,¹⁷⁵ descartando posiciones que indicaban que el terreno debe ser de propiedad única y exclusiva del cónyuge, y que «suelo propio» significa que no debe haber construcciones preexistentes en el terreno.¹⁷⁶

En el caso, el terreno es propio de los hermanos JCRC y ENRC, el que heredaron en las sucesiones de sus padres.

c. Las construcciones deben comenzarse y concluirse durante la vigencia de la sociedad conyugal; no son relevante los trámites administrativos relacionados con la construcción y la fecha de la habilitación municipal final de las obras. Es una cuestión de hecho la prueba del tiempo en que se construyó el edificio, lo que debe probarse en cada caso por los medios

173 IRURETA GOYENA, José (h). *Derecho de familia. Compilación de sus cursos realizada por la Dra. Mabel Rivero Arhancet con el asesoramiento del Dr. Eduardo Vaz Ferreira*, 3.^a ed. Montevideo: Idea, 1941, pp. 109 y ss.

174 ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY, COMISIÓN DE DERECHO CIVIL (informante: Enrique AREZO PÍRIZ). «Construcciones. Bien propio. Accesión. Sociedad conyugal». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 85, n.º 1-6 (ene.-jun. 1999), pp. 141 y ss.

175 ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY, COMISIÓN DE DERECHO CIVIL (informante: Enrique AREZO PÍRIZ). «Construcciones...» cit.

176 ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY, COMISIÓN DE DERECHO CIVIL (informantes: José CURI ZAGIA, Enrique AREZO PÍRIZ, Saúl CESTAU, Teresa GNAZZO, Carlos LÓPEZ FERNÁNDEZ y José DEAMICIS). «Aplicación e interpretación del inciso 2.º, apartado 6.º del artículo 1955 del Código Civil (construcciones sobre el suelo propio de uno de los cónyuges)». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 64, n.º 7-9 (jul.-set. 1978), pp. 796-802 y 826-827 (opiniones de CURI ZAGIA y CESTAU), y 836-839 (posición de DEAMICIS).

probatorios hábiles en nuestro derecho. Si se construyó totalmente durante la existencia de la sociedad conyugal, habrá ganancialidad de terreno y edificio. La unidad horizontal local 003 fue construida en el período 1993-1994, durante la vigencia de las respectivas sociedades conyugales de los hermanos JCRC y ENRC, por lo que es de naturaleza ganancial.

E. En consecuencia, corresponde resolver el alcance de esta ganancialidad. Si se ganancializó solo el terreno sobre el que se construyó el local 003 —el resto de las unidades del edificio mantendrían la calidad de propias de los hermanos JCRC y ENRC— o si, por el contrario, se ganancializó la totalidad de la cuota parte (la mitad) que cada hermano tenía en el bien (terreno y edificio).

A la fecha de la construcción del local 003, el inmueble estaba ya edificado en parte del suelo, preexistiendo a la nueva construcción del local 003 un edificio de propiedad horizontal compuesto de 15 unidades. Al respecto, se comparte la opinión de la Asociación del Escribanos de Uruguay en consulta informada citada en el literal *b* que antecede en cuanto a que la inversión de la accesión operada *ex lege* por la edificación solo alcanza a la parte del suelo que sirve de asiento material al edificio levantado durante la sociedad conyugal y a su inmediato y razonable contorno, así como a las vías de comunicación con la vía pública. No se produce la ganancialidad de todo el bien, es decir, del edificio existente y del resto del suelo. Y esto procede por la expresada interpretación y aplicación restrictivas del inciso 2.º del numeral 6 del artículo 1955 del Código Civil.

Por tanto:

1. La unidad horizontal local 003, padrón ...1/003, es de naturaleza jurídica ganancial y está en condominio por mitades entre: *a*) los cónyuges ENRC-MLA, y *b*) los excónyuges JCRC y RGG. A su vez, JCRC y RGG son condóminos en su mitad indivisa, correspondiéndole a cada uno la cuarta parte de la unidad.
2. Los señores JCRC y ENRC poseen, desde la fecha de finalización de la construcción del local 003 —6.10.1994—, un crédito a su favor contra la respectiva sociedad conyugal que integraban. Dicho crédito —por su calidad de condóminos del suelo por mitades— es por el 50 % del valor del terreno que sirve de asiento material al local 003 y del valor del terreno del inmediato y razonable contorno del local 003, hasta su comunicación con la vía pública. En otras palabras, JCRC y ENRC tienen, cada uno, un crédito del 25 % del valor del terreno asiento del local 003 y su contorno y acceso a la vía pública: el primero, contra su excónyuge RGG, y el segundo, contra la sociedad conyugal que integra con su cónyuge MLA.

Para la determinación física de la zona de terreno que por accesión al edificio se ganancializó *ex lege*, se deberá atender a que la superficie total del bien común «patio B» en el plano del Agr. NG del año 1988 era de 188 metros cuadrados, 79 decímetros; que el área de la unidad horizontal local 003 en el nuevo plano del mismo agrimensor del año 1994 es de 158 metros

cuadrados, 75 decímetros; que por dicho plano, la superficie del bien común «patio B» se redujo a 27 metros cuadrados, 67 decímetros, y que el área total del terreno es de 304 metros cuadrados, 49 decímetros.

Ese crédito no es por la suma invertida y abonada para la construcción de la unidad horizontal local 003, sino por el valor de la parte de terreno utilizada. A su vez, el valor del suelo debe determinarse a la fecha de finalización de la edificación. En ese momento se generó y nació el expresado crédito, el que se hizo exigible para JCRC contra RGG a la fecha de disolución y liquidación de la sociedad conyugal por ellos integrada (5.10.1999).

III. Naturaleza jurídica de la unidad horizontal local 002, padrón ...1/002

G. Según el permiso de construcción —ampliación de obras— relacionado, durante los años 1993-1994 también se fusionaron las unidades individuales local 002 y local 003, resultando la nueva unidad horizontal local 002, padrón ...1/002, con una superficie de 145 metros cuadrados, 74 decímetros.

Se desprende del citado permiso municipal que para dicha fusión se demolió la pared medianera entre las dos unidades fusionadas; se demolió un baño y se construyó otro, y se remodeló otro baño preexistente.

Las unidades fusionadas —local 002 y local 003— tenían, en el plano anterior del Agr. NG de diciembre de 1988, las superficies de 71 metros cuadrados, 49 decímetros y 70 metros cuadrados, 96 decímetros, respectivamente.

La fusión de las unidades se realizó durante la vigencia de las respectivas sociedades conyugales de los hermanos JCRC y ENRC, durante los años 1993-1994.

H. Por los conceptos relacionados en el numeral II de la presente consulta, en lo pertinente, se entiende que en esta situación es aplicable el principio general de ganancialización previsto en el inciso 1.º del numeral 6 del artículo 1955, que establece que el aumento de valor en un bien propio de uno de los cónyuges es ganancial.

En la especie, habrá que determinar si existió un aumento de valor por la fusión de dos unidades en una sola y por la realización de las obras requeridas para ello, habida cuenta de que el área del nuevo local 002 se amplió en un área de 3 metros cuadrados, 29 decímetros respecto a la suma de las superficies de las dos unidades fusionadas; y también, cuantificar que las mejoras introducidas aumentaron la renta y el valor de venta de la unidad resultante —local 002— respecto a los mismos rubros de las unidades fusionadas en su conjunto.

Probado el incremento de valor del local 002, ese mayor valor será de naturaleza ganancial, de acuerdo con lo dispuesto en la norma legal, pero el bien —la unidad horizontal local 002 (terreno y edificio)— continuará

siendo propia de los propietarios del terreno, por aplicación del principio jurídico de la accesión.

No es de aplicación en esta situación el inciso 2.º del numeral 6 del artículo 1955 del Código Civil por cuanto, como se ha dicho, estas dos disposiciones del citado artículo son excluyentes entre sí.

Por ello: 1) la unidad local 002 tiene naturaleza de bien propio de los hermanos JCRC y ENRC; 2) el aumento de valor producido en dicha unidad tiene naturaleza exganancial para los señores JCRC y RGG, y carácter ganancial para los cónyuges ENRC-MLA.

IV. Naturaleza jurídica del resto de las unidades que integran el edificio

Las restantes unidades que integran el edificio tienen naturaleza de bienes propios de JCRC y ENRC, correspondiéndoles la mitad indivisa a cada uno.

V. Comparecencias requeridas para las escrituras en cumplimiento de las promesas

En las promesas de compraventa comparecieron y suscribieron por la parte promitente vendedora los señores JCRC y ENRC, y sus respectivas cónyuges, RGG y MLA. Al tenor de lo ya expresado, es preceptiva la firma de los cuatro promitentes vendedores en la escrituración de la unidad local 003, padrón ...1/003; pero para las compraventas del resto de las unidades —incluido el local 002— alcanza con la firma de los hermanos JCRC y ENRC, únicos propietarios, sin perjuicio de la conveniencia de la comparecencia de las respectivas cónyuges para dar fiel y total cumplimiento a las promesas oportunamente suscritas.

VI. La cesión de exgananciales para cesar la indivisión poscomunitaria

No existiendo otros bienes en indivisión poscomunitaria entre los excónyuges JCRC y RGG, puede aplicarse en el caso, para hacer cesar la indivisión, el negocio jurídico de cesión de gananciales.

Se comparte la opinión de la Comisión de Derecho Civil¹⁷⁷ de que la cesión de derechos sobre los bienes que integraban la disuelta sociedad conyugal es un contrato lícito, válido y viable.

Si es admitido por la jurisprudencia y el derecho práctico que la cuota parte en la indivisión poscomunitaria es un bien que está en el comercio

177 ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY, COMISIÓN DE DERECHO CIVIL (informante: Enrique AREZO PÍRIZ). «Cesión de gananciales». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 81 n.º 7-12 (jul.-dic. 1995), pp. 313 y ss.

de los hombres y, por tanto, susceptible de ser embargado, no cabe duda de que también es susceptible de ser enajenado o cedido, debiendo inscribirse la cesión, según lo dispone la ley 16.871, en la sección Universalidades del Registro respectivo.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Se comparte, en términos generales, la opinión claramente desarrollada y fundamentada por la consultante, sin perjuicio de disentir en algunos aspectos. A continuación, daremos respuesta a las consultas formuladas.

I. EFECTOS JURÍDICOS DE LA ENAJENACIÓN DE LA MITAD DE LAS CONSTRUCCIONES

Reza el artículo 731 del Código Civil: «La accesión es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa viene a serlo de lo que ella produce o de lo que a ella se incorpora natural o artificialmente (art. 487, inc. 1.º)». Artículo 748 del Código Civil: «El derecho de propiedad no se limita a la superficie de la tierra, sino que se extiende por accesión a lo que está sobre la superficie y a lo que está debajo [...]». Artículo 749 del Código Civil: «Todas las obras, siembras y plantaciones hechas en un terreno se presumen hechas por el propietario a sus expensas, y que le pertenecen, si no se prueba lo contrario». Y el artículo 751 del Código Civil reglamenta las diferentes soluciones a las circunstancias que se presenten según la construcción realizada por el tercero se haya hecho con o sin conocimiento del dueño del terreno.

Como expresa la consultante, este principio admite excepciones consagradas en el orden legal, tales como el derecho de superficie, que hoy tiene reconocida expresamente su inscripción registral en la ley 16.871, de 1997, o en lo dispuesto por el inciso 2.º del numeral 6 del artículo 1955 del Código Civil, donde se invierte dicho principio con carácter de excepcionalidad, consagrando la llamada *accesión invertida*.

En la situación planteada, cuando ENRC vende a JCRC la mitad indivisa de las construcciones existentes, el terreno y edificio, compuesto de 15 unidades, eran de propiedad de los dos hermanos, habiéndolos adquirido en las sucesiones de sus padres.

La consultante expresa que el terreno fue adquirido en las sucesiones de sus padres y aclara que el edificio, compuesto de 15 unidades, fue construido en su totalidad —iniciado y finalizado— en el periodo 1958-1966, *siendo ambos propietarios solteros* (destacado en la consulta); parecería dar a entender que los hijos adquirieron el edificio por la construcción, lo que no coincide con el anterior desarrollo, ya que si el edificio fue iniciado

y finalizado en el período 1958-1966, entonces accedió al terreno que era de propiedad de los cónyuges CRP-HEC (los padres).

Coincidimos, sí, en que la compraventa de las construcciones otorgada el 30.12.1989 no tiene efectos jurídicos que modifiquen el origen y la procedencia del inmueble.

Si ENRC construyó en terreno ajeno a «ciencia y paciencia» de sus padres, CRP y HEC, solo tenía un derecho de crédito para que se le pagara lo invertido en la edificación. Y según nuestra interpretación, en la mencionada escritura de 1989, JCRC restituye a su hermano, ENRC, la mitad de lo que este invirtió en la construcción del edificio. *Este pago fue realizado por JCRC durante la vigencia de la sociedad conyugal con RGG, por lo que, disuelta la sociedad conyugal, dará lugar a recompensa si el pago fue realizado con dinero ganancial, conclusión que no surge de la opinión de la consultante.*

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA UNIDAD HORIZONTAL PADRÓN ...1/003

En el caso planteado, en el reglamento no se autoriza el derecho de sobreelevar. Los únicos propietarios del edificio construyen en un bien común y son autorizados a sobreelevar y a desafectar un bien del uso común, a los efectos del nacimiento de una nueva unidad, por los promitentes compradores de las unidades que integraban el edificio original, plasmándose tales cambios en la modificación del reglamento de copropiedad.

MOLLA¹⁷⁸ define el *derecho de sobreelevar* como «la facultad de realizar nuevas construcciones en un inmueble en régimen de propiedad horizontal». Continúa expresando que no sería posible la enajenación del espacio aéreo a un tercero que no integre la copropiedad, así como tampoco la reserva por parte del propietario que enajenó todas las unidades. El derecho de sobreelevar es real porque es una facultad del dominio. El titular de la cosa puede edificar, y por el principio de accesión, lo construido le pertenece.

Se diferencia del *derecho de superficie* en el que apreciamos dos propiedades distintas: la del suelo y la de las construcciones. En cambio, en el caso de la sobreelevación, el titular del derecho se integra, si es un tercero, a la copropiedad o nunca dejó de pertenecer a esta, en caso de reserva del constructor propietario del suelo. El título será, en caso de reserva del propietario del terreno, el mismo por el cual accedió al dominio del suelo. Para el caso de ser persona distinta, el título será la cesión del derecho

178 ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY, COMISIÓN DE DERECHO CIVIL (informes de Roque MOLLA y Walter PARDÍAS). «Propiedad horizontal. Reglamento de copropiedad. Derecho de sobreelevar. Construcciones. Bienes comunes». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 76, n.º 7-12 (jul.-dic. 1990), pp. 335 y ss.

con las formalidades requeridas, y su participación en la copropiedad se producirá una vez construido el edificio.

En el caso, partimos del supuesto de que ninguna de las unidades del edificio se había enajenado; no se lesionaron los derechos de los promitentes compradores porque, al decir de la consultante, todos autorizaron expresamente la sobreelevación, como surge de la promesa de compraventa.

Centrándonos en la pregunta efectuada —cuál es la naturaleza jurídica de la unidad padrón ...1/003—, debemos remitirnos al artículo 1955 del Código Civil, numeral 6, inciso 2.º: «Será también ganancial el edificio construido durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenecía».

Tal como expresa la consultante, dada la especialidad de esta norma jurídica, que invierte el principio de accesión, y del carácter de excepción que posee la disposición, deberán de coincidir exactamente los hechos con los requisitos legales previstos en ella, a saber: *a)* construcción de un edificio; *b)* en suelo propio —no ganancial— de uno de los cónyuges; *c)* las construcciones deben comenzarse y concluirse durante la vigencia de la sociedad conyugal, no siendo relevantes los trámites administrativos relacionados con la construcción y la fecha de la habilitación municipal final de las obras. Es una cuestión de hecho la prueba del tiempo en que se construyó el edificio, lo que debe probarse en cada caso por los medios probatorios hábiles en nuestro derecho.

La unidad horizontal local 003 fue construida y finalizada en el período 1993-1994, durante la vigencia de las respectivas sociedades conyugales de los hermanos JCRC y ENRC.

Debe adoptarse un doble criterio para saber cuándo se está ante un edificio: *a)* que lo construido sirva para variar el destino o la explotación anterior del bien, dotándolo de una rentabilidad o productividad propias, que antes no tenía (no debe de tratarse tan solo de un simple aumento de lo mismo que antes producía ese suelo), y *b)* que haya una relación de valor tal entre el edificio construido y el suelo que justifique la inversión del principio de accesión.

Siendo una norma de interpretación estricta, la cuestión se circunscribe a resolver: *a)* si la existencia de cualquier estado de comunidad jurídica obsta a la aplicación del inciso 2.º del numeral 6 del artículo 1955 del Código Civil, y *b)* si la existencia de otros edificios anteriores en el mismo padrón originario obstan a la ganancialización, de acuerdo a la referida norma.

Respecto de la *primera cuestión*, el punto ha sido altamente polémico, pero se comparte la opinión de AREZO PÍRIZ,¹⁷⁹ quien descarta la argumentación contraria sostenida por CURI ZAGIA y CESTAU: si bien la norma

179 ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY, COMISIÓN DE DERECHO CIVIL (informante: Enrique AREZO PÍRIZ). «Accesión. Bien inmueble. Bien ganancial. Sociedad conyugal. Construcciones». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 85, n.º 7-12 (jul.-dic. 1999), pp. 399 y ss.

es de interpretación estricta, ello no implica que deba desconocerse el alcance del texto legal ni rehuirse su legítimo campo de aplicación. «Suelo propio» debe entenderse como «suelo no ganancial», y no es sinónimo de «exclusivo» del cónyuge propietario del suelo. Lo que importa a la norma es el origen, la naturaleza de propio o ganancial del suelo.

Comisión Directiva de la Asociación de Escribanos del Uruguay, por mayoría, hizo suya la tesis de DEAMICIS, que en este aspecto indica:¹⁸⁰

El hecho de estar el terreno en condominio no es obstáculo para la aplicación de esta excepción a la accesión. Cuando la norma habla de *suelo propio*, lo hace por oposición a *suelo ganancial*, según el contexto de todo el artículo. La ganancialización es de la cuota indivisa que era propia del cónyuge, y no se modifica para nada la naturaleza jurídica de las cuotas indivisas de los demás condóminos del bien. Los argumentos expuestos por los profesores AREZO, GNAZZO y LÓPEZ FERNÁNDEZ son convincentes al respecto.

Respecto de la *segunda cuestión*, en la consulta citada, en la Comisión Directiva prevaleció por mayoría la tesis del Esc. LÓPEZ FERNÁNDEZ de que la existencia de un edificio en suelo propio impedía la antiaccesión. Sin embargo, en el informe de AREZO PÍRIZ aprobado por unanimidad de la Comisión Directiva,¹⁸¹ se expresa la opinión contraria, la que se comparte.

En esta situación no se opera la ganancialidad de los edificios ya existentes, sino que la antiaccesión alcanza a la parte del suelo que sirve de asiento material al o a los edificios y a su inmediato y razonable contorno, así como a las vías de comunicación con la vía pública y demás servidumbres del caso.

La eventual complejidad de la casuística —por ejemplo, si se tratara de un inmueble imposible de fraccionar o incorporar a propiedad horizontal— no se da en el caso planteado, en el que nace una unidad que tiene autonomía jurídica.

Se concluye en ese informe que es posible aplicar el artículo 1955, numeral 6.º, inciso 2.º, aunque existan construcciones previas, siempre que se pueda dar independencia, aun en régimen de propiedad horizontal, a las nuevas construcciones.

En el caso planteado, en el que se construyó y finalizó durante la vigencia de la sociedad conyugal una unidad en el bien común «patio B» —suelo propio de los hermanos JCRC y ENRC— que adquirió autonomía jurídica, podemos concluir que dicho inmueble se ganancializó, no siendo trascendente que esté en indivisión entre los hermanos ni que ya existía

180 ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY, COMISIÓN DE DERECHO CIVIL (informantes: José CURI ZAGIA, Enrique AREZO PÍRIZ, Saúl CESTAU, Teresa GNAZZO, Carlos LÓPEZ FERNÁNDEZ y José DEAMICIS). «Aplicación e interpretación del inciso 2.º, apartado 6.º del artículo 1955 del Código Civil (construcciones sobre el suelo propio de uno de los cónyuges)» cit., pp. 789 y ss.

181 ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY, COMISIÓN DE DERECHO CIVIL (informante: Enrique AREZO PÍRIZ). «Accesión. Bien inmueble. Bien ganancial. Sociedad conyugal. Construcciones» cit.

un edificio construido en el padrón matriz. Y, lógica y obviamente, esta ganancialización en nada incide, en cuanto a su naturaleza jurídica, en las 15 unidades anteriores que integraban el edificio, por lo que la cónyuge o la excónyuge de los hermanos no son propietarias de esas unidades.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA UNIDAD HORIZONTAL LOCAL 002, PADRÓN ...1/002

Quedan excluidas del ámbito de aplicación del artículo 1955, numeral 6.º, inciso 2.º las reparaciones ordinarias y extraordinarias de los edificios, mejoras y cualesquiera otras construcciones que no consistan en edificaciones nuevas, así como las edificaciones que se hagan junto a otras ya existentes para su ensanche y de las que forman parte objetiva y funcional, tales como garajes, cobertizos, galpones, piezas de servicio de la casa o locales construidos en atención al destino del bien principal.

El artículo 1955, numeral 6.º, inciso 1.º del Código Civil dispone que es ganancial «el aumento de valor de los bienes propios de cualquiera de los cónyuges por anticipaciones de la sociedad o por la industria del marido o de la mujer». Este aumento de valor¹⁸² se traducirá en un crédito que tendrá la sociedad contra el cónyuge dueño del bien por el equivalente al mismo aumento de valor; o sea que si en el bien se invirtieron \$ 10.000 y se tradujo en un aumento de valor de \$ 50.000, el dueño del bien deberá a la sociedad esta última suma y no lo que se invirtió. También puede suceder que el «aumento de valor» sea deficitario. Por ejemplo, se invirtieron \$ 30.000 y solo se obtuvo un aumento de valor de \$ 10.000; en este caso, el crédito de la sociedad conyugal contra el cónyuge será de \$ 10.000 y habrá una pérdida de \$ 20.000.

En el caso en estudio, conforme al permiso de construcción, durante los años 1993-1994 se fusionaron las unidades individuales local 002 y local 003, resultando la nueva unidad horizontal local 002, padrón ...1/002. A efectos de realizar esta fusión, se demolió la pared medianera entre las dos unidades fusionadas; se demolió un baño y se construyó otro, y se remodeló otro baño preexistente.

Estas obras generaron un «aumento de valor» en el bien propio, que es un crédito que tiene la sociedad conyugal contra el cónyuge propietario por el monto del aumento. Dicho aumento de valor no cambió la dominialidad del bien, que sigue perteneciendo a sus originarios dueños; no es necesario, en caso de enajenación o gravamen, el consentimiento del cónyuge.

Como expresa la consultante, en la especie habrá que determinar si existió un aumento de valor por la fusión de dos unidades en una sola y por la realización de las obras requeridas para ello.

182 ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY, COMISIÓN DE DERECHO CIVIL (informante: Enrique AREZO PÍRIZ). «Construcciones. Bien propio. Adquisición. Sociedad conyugal» cit., pp. 142 y ss.

IV. LA TEORÍA DE LAS RECOMPENSAS

Las recompensas son créditos de la sociedad contra los capitales propios de cualquiera de los cónyuges o de estos contra la sociedad (C. Civil, arts. 1968 y 1969). No llamamos *recompensa* a los créditos personales entre los cónyuges que están sometidos a las mismas reglas que rigen los créditos entre personas cualesquiera ni a los créditos existentes entre los dos patrimonios comunes, que solo pueden tener lugar mientras la comunidad dura, ya que tales créditos se extinguen por confusión en el momento mismo de la disolución.¹⁸³

La palabra *recompensa* no es empleada por nuestro Código, pero es aceptada por la doctrina.

Artículo 1968 del Código Civil:

La sociedad debe el precio, en unidades reajustables, de cualquiera cosa del marido o de la mujer que se haya vendido, siempre que no se haya invertido en subrogarla por otra propiedad (artículo 1958) o en un negocio personal del cónyuge cuya era la cosa vendida.

Artículo 1969 del Código Civil:

Se debe compensar a la sociedad siempre que se tome de los gananciales alguna suma, sea para pagar deudas u obligaciones personales de uno de los cónyuges, como el precio o parte del precio de cosas que le pertenezcan [...] sea para la cobranza de sus bienes propios; y en general, siempre que alguno de los cónyuges saca provecho personal de los bienes de la sociedad [...]. El provecho personal [...] se calculará en unidades reajustables al tiempo de obtener el provecho.

La obligación de recompensar funciona, al decir de VAZ FERREIRA, como una cuenta corriente que se cierra al disolverse la sociedad. Es cuando se disuelve la sociedad conyugal y se liquida el patrimonio común que hay que tener en cuenta las recompensas para determinar la masa partible y lo que corresponde a cada copartícipe.

Recompensas debidas por la comunidad a los propios

La comunidad debe recompensa cada vez que se ha enriquecido a expensas de la fortuna personal de los esposos; por ejemplo, en caso de haberse edificado en terreno propio de un cónyuge, se debe al cónyuge a quien pertenecía el terreno recompensa por su valor.

Hasta la liquidación, los créditos de los cónyuges contra la comunidad quedan indivisos e integran el pasivo de la masa. Debe retirar el cónyuge acreedor lo que se le debe de la masa indivisa antes de la partición del fondo líquido.

183 VAZ FERREIRA, Eduardo. *Tratado de la sociedad conyugal*, tomo II, 3.^a ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, s/a., pp. 105 y ss.

O sea que las recompensas debidas por la comunidad a los cónyuges se pagan en la etapa de la liquidación, que es previa a la partición, a diferencia de las recompensas debidas por los cónyuges a la comunidad, que, como veremos a continuación, no se saldan colacionándolas, sino después de la liquidación, al partir el fondo líquido.

El pago de las recompensas debidas por la comunidad a los cónyuges no es una operación de la partición, y aquellas deben pagarse en dinero; ninguna disposición autoriza a cobrarse las recompensas en dinero sobre los bienes comunes.

Recompensas debidas a la comunidad

Siempre que uno u otro cónyuge se ha enriquecido a expensas de la comunidad, debe recompensa; por ejemplo, si se ha empleado dinero de la comunidad en interés de los propios. Estos créditos no se dividen de pleno derecho: quedan en la masa indivisa al disolverse la sociedad conyugal. El inventario debe comprender todos los bienes comunes, y son bienes de la comunidad los créditos por recompensa contra los cónyuges.

El pago de las recompensas debidas a la comunidad sí es una operación de la partición.

La liquidación de la sociedad conyugal concluye con las operaciones de una eventual colación. La colación en materia de recompensas debidas en la sociedad conyugal está prevista en el artículo 2003 del Código Civil: «El inventario comprenderá numéricamente y se traerán a colación, determinadas en unidades reajustables, las cantidades que, habiendo sido satisfechas por la sociedad, sean rebajables del capital de la mujer y del marido».

Consta de dos operaciones: 1) la *agregación*, que consiste en agregar al fondo líquido la cantidad a colacionar (la suma resultante se divide en partes iguales), y 2) la *imputación*, que consiste en imputar al haber del cónyuge que debe la recompensa el monto de ella, lo que supone su deducción.

En el caso planteado se aprecian las siguientes situaciones: 1) JCRC debe a la sociedad conyugal recompensa por el precio pagado a su hermano por el crédito que este tenía por la construcción del edificio inicial (si el precio se pagó con dinero ganancial); 2) JCRC tiene un crédito contra la sociedad conyugal por la ganancialización de la unidad 003; 3) JCRC debe a la sociedad conyugal el aumento de valor en la unidad 002.

V. LA CESIÓN DE EXGANANCIALES PARA CESAR LA INDIVISIÓN POSCOMUNITARIA

Disuelta la sociedad conyugal, retoman su vigencia los principios romanos de que la indivisión tiene cuotas alícuotas. Como toda indivisión, tiene,

al menos en teoría, un activo y un pasivo que, en el caso de la indivisión poscomunitaria, debe ser liquidado antes de ser partido.¹⁸⁴

Renacida la cuota parte, entre los derechos del coindivisario están el de ceder la cuota parte a un tercero, sea al otro coindivisario —en el caso, posible, porque la sociedad conyugal se disolvió por divorcio— o a un extraño, sea a título oneroso o a título gratuito, porque esa cuota parte indivisa se encuentra en el comercio de los hombres, integra el patrimonio del indivisario y puede cederla libremente.

VI. CONCLUSIONES

1. Las 15 unidades que originalmente integraban el edificio son de naturaleza propia de los hermanos ENRC y JCRC, adquiridas por título compraventa (la compraventa realizada por los padres el 19.10.1942) y modo sucesión.
2. La unidad 003 es de naturaleza ganancial de los cónyuges ENRC-MLA y JCRC-RGG.
3. La unidad 002 es de naturaleza propia de los hermanos ENRC y JCRC.
4. JCRC y RGG disolvieron por divorcio la sociedad conyugal, por lo que en este caso debemos tener en cuenta las recompensas para determinar la masa partible.
5. JCRC tiene un crédito contra la sociedad conyugal por la ganancialización de la unidad 003, el que debe ser cobrado en dinero antes de la partición.
6. La sociedad tiene un crédito contra JCRC por el precio pagado a su hermano por el crédito que este tenía por la construcción del edificio inicial, si el precio se pagó con dinero ganancial, y por el aumento de valor en la unidad 002. Debe agregarse al fondo líquido de gananciales la cantidad a colacionar, dividir por partes iguales y deducir del haber del cónyuge que debe la recompensa el monto a colacionar.
7. A efectos de cesar la indivisión poscomunitaria, es viable ceder los gananciales.

Esc. María Beatriz Vázquez
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Roque Molla, Juan Pablo Villar, Horacio Varoli, M.^a Beatriz Vázquez, Nicolás García Rodríguez, Sabrina Buono, Diego Séré, Adriana Silva, Ana Correa, Margarita Puertollano, M.^a del Rosario Marchese, Rossana Ivanier, Mariana Capel,

184 ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY, COMISIÓN DE DERECHO CIVIL (informante: Enrique AREZO PÍRIZ). «Cesión de gananciales» cit., pp. 313 y ss.

Karen Bonner, Florencia Manfredi, Inés Lueiro, Juan Pablo Alonso, Pilar Ramírez, Adriana Goldberg, Mónica Jover, Daniella Cianciarulo, Laura Parnás, Gonzalo Trobo, Adriana Amado y Gustavo Echavarría, aprueba el informe que antecede. En discordia, el Esc. Carlos Groisman. Se abstiene la Esc. Ana Irabedra.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional
de la AEU el 14.9.2020, expediente 2392/2020.*

ADMINISTRADOR DE SOCIEDAD COMERCIAL.
SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Resumen

Se plantea la situación de una sociedad de responsabilidad limitada cuya administración y representación fue modificada posteriormente. Dado el tenor de la cláusula de administración, en la cual se designa con nombre y apellido a la persona de los administradores—quienes a esa fecha eran socios de la sociedad—, se consulta acerca de su alcance en el sentido de si abarca o no a futuros socios, por su calidad de tal, a pesar de no haber sido designados expresamente—con nombre y apellido— en dicha cláusula.

Informe: Comercial

Consulta

I. EL MOTIVO DE LA CONSULTA

1. Mi cliente, el Sr. GHHA, es socio y administrador de M Limitada, sociedad comercial que opera bajo el régimen de *free shop* en Rivera.

2. M fue constituida por documento privado el 22.7.1979 por los socios EM y EB, cónyuges entre sí. En el contrato social, estos designaron al Sr. EB como su único administrador y estipularon que, en caso de fallecimiento de este, incapacidad o renuncia, dichas funciones las ejercería la Sra. EM.