

USUFRUCTO. DERECHO DE SUPERFICIE. NULIDAD. COMPRAVENTA. CONSTRUCCIONES

Resumen

Nulidad de la venta de construcciones por usufructuaria en suelo ajeno sin constitución de derecho real de superficie.

Informe: Civil

Consulta

RELACIÓN DE HECHOS

1985. Por escritura de fecha 5.11.1985, cuya primera copia fue inscrita en el Registro, los cónyuges AA y BB, y los cónyuges CC y DD, otorgaron una cesación de condominio, y a los últimos nombrados (cónyuges CC y DD) se adjudicó el bien padrón ...1. En las constancias notariales se indica que las construcciones fueron levantadas «con el peculio de los coindivisarios respectivamente».

Por escritura de fecha 15.11.1985, cuya primera copia fue inscrita en el Registro, CC y DD enajenaron por título compraventa y modo tradición a EE, viuda de sus únicas nupcias con FF, *el usufructo vitalicio* sobre el terreno con construcciones padrón ...1 referido. En esta escritura los vendedores declararon bajo juramento no estar alcanzados por las disposiciones de las leyes 14.407 (vigente desde el 1.9.1975) y 12.571 y concordantes, por ser las *construcciones anteriores* a su vigencia.

1988. Por escritura de fecha 18.3.1988, inscrita en el registro referido, la Sra. EE, viuda de sus únicas nupcias con FF, enajenó por título compraventa y modo tradición al Sr. GG, *las construcciones existentes al fondo del padrón ...1*, solar número ..., objeto de la consulta.

En declaraciones de la escritura se indica que dicha compraventa se efectuó en cumplimiento del compromiso de compraventa suscrito entre los otorgantes, en sus mismos estados civiles, el 20.9.1978. En constancias notariales se indica que *las construcciones referidas «las hizo levantar por su cuenta y peculio la señora EE en 1970 siendo viuda (bien de naturaleza propia)»*. No se controla ni se adjunta en la documentación el compromiso de compraventa mencionado.

1999. Por escritura de fecha 13.12.1999, inscrita en el Registro referido, CC, divorciado de DD; DD, divorciada de CC, y EE, viuda de FF, enajenaron por título compraventa y modo tradición la nuda propiedad y usufructo a HH, soltera, sobre el «terreno con cuantas mejoras dominiales tiene y le acceden», padrón ...1 referido. En esta escritura, la parte vendedora declara que las construcciones existentes en el inmueble son anteriores a 1971.

Por escritura de fecha 13.12.1999, HH se comprometió a permitir a la Sra. EE el uso vitalicio de la vivienda que en ese momento ocupaba en el predio.

2015. La Sra. HH inició demanda de acción reivindicatoria, daños y perjuicios, contra el Sr. GG, ante el Juzgado de Paz Departamental de ... Turno, en autos caratulados «HH c/ GG - Reivindicatoria - Daños y perjuicios», IUE .../2015.

DATOS DEL EXPEDIENTE JUDICIAL

No está agregado en el expediente el compromiso de compraventa referido, pero sí prueba testimonial donde se declara que la casa la hicieron GG y su esposa XX, por cuenta propia, aproximadamente en 1978 o 1979.

CONSULTA

La señora actuario solicita se determine la validez y/o eficacia de la compraventa otorgada el 18.3.1988, mediante la cual la Sra. EE, viuda de FF, enajenó al Sr. GG, casado con XX, la propiedad y posesión de las construcciones ubicadas al fondo del terreno padrón 1.

La señora actuario aclara que la EE era usufructuaria de dicho bien.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

En primer lugar, es necesario realizar un breve análisis del concepto de *derecho de usufructo*. Por definición, de acuerdo con el artículo 493 del Código Civil:

[...] el usufructo es un derecho real que consiste en gozar de la cosa ajena, con cargo de conservar su forma y sustancia y de restituirla a su dueño si la cosa no es fungible [...] el usufructo supone necesariamente dos derechos coexistentes, el del nudo propietario y el del usufructuario. Tiene, por consiguiente, una duración limitada, al cabo de la cual pasa al nudo propietario y se consolida con la propiedad.

El derecho de dominio, en el derecho romano y en la actualidad, se concibe como el conjunto de tres derechos: el *jus utendi* o *derecho a servirse de la cosa* empleándola en un uso susceptible de ser renovado muchas veces, el *jus fruendi* o *derecho a percibir los frutos* que produce la cosa, y el *jus abutendi* o *derecho a disponer de la cosa*, de consumirla, de transformarla, desnaturalizarla, destruirla, enajenarla. Entonces, si el propietario entrega el uso —*jus utendi*— y goce —*jus fruendi*— a un tercero, estaremos ante la constitución del llamado *derecho real menor de usufructo*, como lo denomina la doctrina moderna, el que coexistirá con la nuda propiedad o *jus abutendi*, esto es, el derecho de disposición que conservará para sí el nudo propietario.

Dentro del haz de obligaciones, el usufructuario debe conservar la forma y sustancia de la cosa, realizar inventario para comprobar el estado de la cosa al serle entregada y prestar fianza para garantía del nudo propietario; no puede cambiar el destino del bien y debe realizar reparaciones menores o de simple conservación; es responsable en caso de arriendo o enajenación del usufructo y *no tiene derecho a que se le abonen las mejoras útiles que haya hecho en la cosa usufructuada, sino que solamente puede alegarlas en compensación de los deterioros que se le puedan imputar, o llevarse los materiales, si puede separarlos sin detrimento de la cosa que es objeto del usufructo y el propietario no le abona lo que después de separados valdrían* (artículo 512 CC). El usufructo no puede existir sino en cuanto recaiga sobre *cosa ajena*, y es un derecho necesariamente limitado en cuanto a su duración, ya que a su término retorna al nudo propietario y se consolida con la propiedad.

Asimismo, entendemos necesario analizar la figura jurídica *derecho de superficie* y la compraventa de construcciones.

El artículo 751 del Código Civil establece:

El dueño del terreno en que otra persona, sin su conocimiento, hubiere edificado, plantado o sembrado, tendrá el derecho de hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el Título De la reivindicación (artículos 694 y siguientes) o de obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder y al que sembró, a pagarle la renta y a indemnizarle los daños y perjuicios. Si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será este obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera.

La Esc. Susana CAMBIASSO²³⁰ resume las principales corrientes doctrinarias en cuanto a la venta de construcciones y derecho de superficie:

A. Propiedad por planos o venta de construcciones por separado. La autora recoge la definición brindada por DIEZ PICAZO y GULLÓN, para quienes el derecho de superficie es el «derecho real que confiere al titular el poder de edificar en suelo ajeno, haciendo suya la propiedad de lo construido», y se adhiere a la posición de CESTAU, para quien este artículo consagra *la propiedad por planos*, donde *coexisten dos derechos de propiedad independientes: derecho sobre el suelo y derecho sobre el edificio*. Basta demostrar, mediante planos, memorias y demás, que la construcción había sido realizada por otro sujeto distinto del propietario, y con ello se obtiene la doble titularidad.

230 CAMBIASSO, Susana, «El derecho de superficie en el derecho uruguayo». Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2012. 52.^a Jornada Notarial Uruguaya (Atlántida: 16-18 nov. 2012).

Siguiendo esta línea doctrinaria, si aplicamos el inciso 1 del referido artículo, el dueño del suelo tendría un potencial derecho de expropiación sobre lo edificado por el constructor, previo pago de indemnizaciones, y podría incluso obligarlo a adquirir el suelo por un justo precio. Así, en aplicación del inciso 2, existiría un solo derecho de propiedad sobre suelo y el edificio, que pertenecen al constructor, con la posibilidad de que el dueño del suelo lo expropié, previo pago de indemnizaciones.

Para CAMBIASSO, constituir el derecho de superficie es solo una de las formas de quebrar la accesión. Siguiendo a Washington LANZIANO,²³¹ entiende que el derecho de accesión se puede quebrar de dos maneras: mediante la enajenación separada de la construcción o mediante la constitución de un derecho de superficie. Sin embargo, LANZIANO afirma que, si tuviera relevancia jurídica la propiedad por planos, se estaría frente a un modo de adquirir que el Código Civil rechaza. En este punto, CAMBIASSO discrepa con el citado autor y se mantiene fiel a la posición de CESTAU.

La obra destaca, además, la actuación del notariado uruguayo respecto a la *propiedad por planos*, evidenciando que *hasta aproximadamente 1980* en nuestro notariado se operó con esta modalidad. En efecto, cuando se edificaba en suelo ajeno —ley 8.733—, al cederse los derechos de promitente comprador, se inscribía la cesión en el Registro General de Inhibiciones, Sección Promesas de Enajenación de Inmuebles a Plazos, y además se hacía una escritura de compraventa y tradición de las construcciones, con posterior inscripción en el Registro de Traslaciones de Dominio. La posterior escritura de compraventa en cumplimiento de la promesa incluía únicamente el terreno, y se indicaba que las construcciones las había hecho el promitente comprador.

B. Tesis de la accesión. CAMBIASSO resume la *posición mayoritaria* que defendió la tesis de la accesión —integrada, entre otros, por GAMARRA, GUILLOT, QUAGLIATA y GERONA, y CAFARO—. En la opinión de CAFARO, las edificaciones hechas por un promitente comprador de la ley 8.733 *no le pertenecen a este*, sino que para hacerse propietario debe *necesariamente constituir un derecho de superficie* en forma expresa e inscribirlo en el registro correspondiente.

Por su parte, CIBILS HAMILTON expresaba que el término *hacer suyo* del artículo 751 del Código Civil indica simplemente que esta situación es hasta tanto el propietario del suelo lo indemnice. Probar que las construcciones las hizo una persona distinta del propietario es simplemente eso; no prueba que no le pertenecen a este.

Asimismo, para el Esc. Roque MOLLA,²³² *el derecho de propiedad de cosa inmueble comprende la que exista encima y debajo del suelo*. Se mantiene

231 LANZIANO, Washington, *Estudios de derecho de superficie y propiedad horizontal*, Montevideo: ed. del autor, 2007, p. 62.

232 *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 69, 10-12, 1983.

el principio romano de que la propiedad va *usque ad coelum et ad inferos*. El derecho de propiedad inmueble de lo que existe sobre el suelo, *cuando no corresponde al propietario de este*, se denomina *derecho de superficie*. Solamente se concibe la adquisición del derecho de superficie con respecto al propietario del suelo, a título derivativo constitutivo; sería imposible la posesión del edificio con independencia de la posesión del suelo en que se apoya.

Considera que lo dispuesto en el 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») es que el tercero debe probar no solamente que hizo las obras a sus expensas, sino también que es dueño de ellas por tener un derecho real en la cosa.

Asimismo, para el referido escribano, el artículo 751 del Código Civil prevé el caso del constructor que realizó las obras bajo sus expensas pero *no puede probar que le pertenecen, ya que, al no tener un derecho real en la cosa por el principio de accesión, aquellas son del dueño del suelo*. Concluye MOLLA que el constructor de un edificio realizado en suelo ajeno debe considerarse dueño de este *únicamente* si acredita ser titular de un derecho real (de goce) en la cosa, a través de la *constitución de un derecho de superficie* a su favor.

POSICIÓN ADOPTADA POR LA COMISIÓN DE DERECHO CIVIL Y DE DERECHO REGISTRAL

La Comisión de Derecho Civil en 1982²³³ y la Comisión de Derecho Registral en 1987²³⁴ ya se pronunciaban a favor del principio de accesión y la necesidad de constituir un *derecho de superficie*. La Dirección General de Registros determinó la tesis de la accesión en el artículo 17 de la ley 16.871, donde recogió expresamente el derecho de superficie. En la época, se esperaba que otra ley específica regulara este derecho, e incluso hubo un proyecto de ley redactado por el Esc. Enrique AREZO que nunca fue aprobado ni incorporado a nuestro Código Civil. El referido artículo 17 indica:

(Actos inscribibles). Se inscribirán en la Sección Inmobiliaria del Registro de la Propiedad: 1) Los instrumentos públicos en los que se constituya, reconozca, modifique, transfiera, declare o extinga el dominio, usufructo, uso, habitación, *derecho de superficie* [...].

El derecho de superficie debe entonces otorgarse en escritura pública e inscribirse en el registro de ubicación del bien inmueble.

Este criterio fue también ratificado por la Ley de Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, 18.308, en su artículo 36:

233 *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 68, 7-9, 1982.

234 *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 73, 7-12, 1987.

Artículo 36. (Derecho de superficie). El propietario de un inmueble, privado o fiscal, podrá conceder a otro el derecho de superficie de su suelo, por un tiempo determinado, en forma gratuita u onerosa, mediante escritura pública registrada y subsiguiente tradición. El derecho de superficie es el derecho real limitado sobre un inmueble ajeno que atribuye temporalmente parte o la totalidad de la propiedad y comprende el derecho a utilizar el bien según las disposiciones generales de la legislación aplicable y dentro del marco de los instrumentos de ordenamiento territorial y conforme al contrato respectivo. El titular del derecho de superficie tendrá respecto al bien objeto del mismo iguales derechos y obligaciones que el propietario del inmueble respecto de este.

Extinguido el derecho de superficie, el propietario recuperará el pleno dominio del inmueble, así como las accesiones y mejoras introducidas en este, salvo estipulación contractual en contrario.

Legitimación para constituir el derecho de superficie

Para constituir el derecho de superficie es necesario ser propietario del suelo, con capacidad para disponer del inmueble. El jurista Washington LANZIANO²³⁵ considera que únicamente los propietarios de inmuebles pueden conceder el derecho de superficie, y que un usufructuario está imposibilitado de constituirlo. Para este autor, el usufructo es un derecho real menor de goce en cosa ajena que tiene en común con el derecho de superficie su naturaleza de derecho real, la solemnidad de escritura pública y la conveniente publicidad registral; pero se diferencia de este en que el usufructuario goza de cosa ajena, mientras que el superficiario lo hace en el ámbito propio, e incluso puede iniciar acción de recuperación de la posesión de lo construido contra el superficiante. La construcción que haya erigido el usufructuario accederá al suelo del nudo propietario. El usufructo es un derecho temporal, mientras que el derecho del superficiario es ordinariamente permanente.

Idoneidad del objeto

En cuanto a idoneidad del objeto *construcciones*, en el análisis sobre la validez de la hipoteca de construcciones por un promitente comprador, el autor Walter HOWARD²³⁶ se afilia a la posición de CAFARO y CIBILS HAMILTON, para quienes estas hipotecas son nulas por falta de objeto, ya que sin derecho real de superficie el edificio carece de autonomía jurídica, y la propiedad no está dividida por planos. La hipoteca sería válida siempre que se haya constituido un derecho de superficie.

235 LANZIANO, Washington, *Estudios de derecho de superficie y propiedad horizontal*, o. cit.

236 HOWARD ALANÍS, Walter Tomás, *Modos de adquirir*, 3.ª ed. corr. ampl., Montevideo: Universidad de Montevideo, 2015.

Por su parte, GAMARRA entiende que en la hipoteca de construcciones por un promitente comprador no hay nulidad, sino que existe ineficacia para hacer surgir el derecho real. El promitente comprador no posee legitimación para disponer de las construcciones porque el edificio le pertenece al propietario del terreno por derecho de accesión.

Derecho de crédito sobre los materiales

Para la doctrina mayoritaria, en aplicación de la teoría de la accesión,²³⁷ quien construyó un edificio en terreno ajeno solo tiene una acción personal contra quien era dueño del terreno en la época en que se hizo la construcción. Con el fin de evitar el enriquecimiento sin causa, el artículo 751 regula este tipo de indemnización, y establece dos opciones para el titular del predio: conforme al inciso 1, si la obra fue realizada sin conocimiento del dueño, el titular predial podrá hacer suya la edificación mediante el pago de la indemnización al constructor, u obligar al que hizo la obra a que pague el justo precio del terreno con intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder. Conforme al inciso 2, si la obra se hizo con conocimiento del dueño continúa aplicándose el principio de accesión, pero el titular predial deberá abonar al constructor el valor del edificio, y en este caso se confiere adicionalmente al constructor un derecho de retención de lo construido mientras no se le pague su valor. La autorización, entiende CAFARO, es una simple abstención del propietario de realizar actos que obsten la construcción, y no implica la constitución de un derecho de superficie.

El constructor es titular de un derecho de crédito, de naturaleza personal e indemnizatoria, contra el titular predial, que en nada se asemeja a un precio por lo edificado, ya que no hay cosa por precio, sino un abono de gastos invertidos. Indica HOWARD que, por su naturaleza de derecho personal, el derecho de crédito no posee oponibilidad fuera de la relación inter partes.

ANÁLISIS DEL CASO SOMETIDO A CONSULTA

En primer lugar, haciendo uso de los artículos 1297 a 1307 del Código Civil, procedimos a interpretar el contrato celebrado el 18.3.1988. Llegamos a la conclusión de que el tenor literal del contrato es claro, y en su contexto general la cosa objeto de venta por la que GG pagó a EE un precio fue, sin duda, las «construcciones existentes al fondo del inmueble». No se deduce de ninguna otra parte que los otorgantes hayan acordado la enajenación del derecho de usufructo, derecho del cual era titular la Sra. EE.

237 Versión completa de la exposición del Esc. J. Antonio PRUNELL en la mesa redonda realizada en la Asociación de Escribanos del Uruguay.

Si fuese necesario arrojar aún más luz sobre el contenido del contrato, procede entonces ubicarlo en el tiempo, a efectos de interpretar correctamente la voluntad de las partes. El artículo 1301 del Código Civil indica:

Los hechos de los contrayentes, posteriores al contrato, que tengan relación con lo que se discute, servirán para explicar la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato.

Y efectivamente, en el caso que nos ocupa, la Sra. EE enajenó el usufructo del cual era titular en un acto posterior, que fue la compraventa otorgada el 3.12.1999, *lo que evidencia que la voluntad de las partes en la escritura de 1988 fue enajenar las construcciones existentes en el inmueble y no constituir o enajenar el derecho de usufructo.*

De esta interpretación tampoco podemos concluir que la voluntad de las partes haya sido constituir un derecho de superficie, porque en ninguna parte del contrato se evidencia tal voluntad.

Coincidimos con la opinión del ilustrado jurista Washington LANZIANO en cuanto a que el derecho de usufructo es conceptualmente distinto del derecho de superficie, y nadie puede otorgar más derechos que los que tiene. Por lo tanto, la Sra. EE solamente pudo enajenar el derecho del cual era titular en la época del contrato en cuestión, esto es, el derecho de usufructo. No podemos desconocer que *la Sra. EE nunca tuvo la legitimación necesaria para vender aquello de lo cual no era titular*, y al celebrar esa venta de construcciones habría faltado al cumplimiento de sus obligaciones como usufructuaria frente al nudo propietario.

Si aplicáramos la doctrina predominante al momento de celebrarse la venta de construcciones, conforme a la tesis de CESTAU sobre la doble titularidad de terreno y edificio, bastaría entonces probar quién hizo esas construcciones para saber quién es su dueño. *Sin embargo, en el caso objeto de consulta, las distintas escrituras generan confusión respecto a la autoría y la fecha de las construcciones.*

Por otro lado, mal podemos ignorar un acto propio de la Sra. EE, cuando unos pocos años antes prestó su consentimiento para adquirir de los propietarios del inmueble el derecho de usufructo del bien en cuestión, con el haz obligacional y los efectos jurídicos que este derecho implica, y que, según se indicó en la escritura, ese usufructo ya incluía las construcciones.

En cuanto a la idoneidad del objeto, siguiendo a HOWARD concluimos que la compraventa de construcciones celebrada el 18.3.1988 *sería nula* por carecer de objeto idóneo con autonomía jurídica, ya que el derecho de superficie no fue constituido en su debida forma.

Finalmente, en cuanto al derecho de crédito, y según lo expuesto *ut supra*, quien construye un edificio en terreno ajeno solo tiene un derecho de *naturaleza personal* contra el dueño del terreno en la época en que se hizo la construcción, que no es oponible a los subsiguientes propietarios. En el caso de análisis, la época de las construcciones no surge con claridad; los distintos documentos evidencian de forma contradictoria la fecha y la

autoría. La autoría y la legitimidad del Sr. GG para ejercer su derecho de crédito es una cuestión probatoria que excede el tema de consulta.

CONCLUSIONES

La compraventa de construcciones celebrada el 18.3.1988 *es nula* por carecer de objeto idóneo con autonomía jurídica, ya que el derecho de superficie no fue constituido en debida forma. En dicho caso era imposible su constitución porque la enajenante era usufructuaria del bien.

Escs. Ana Lía Méndez
y Adriana Inciarte
Informantes

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Karen Bonner, Sabrina Bueno, María del Carmen Cabrera, María Inés Casatroja, Ana Correa, Gustavo Echavarría, Nicolás García Rodríguez, Carlos Groisman, Rossana Ivanier, Patricia Méndez, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Javier Parga, Laura Parnás, Margarita Puertollano, María del Pilar Ramírez, Mildred Secondo, Adriana Silva, Mariella Spagnolo, Gonzalo Trobo y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por las Escs. Ana Lía Méndez y Adriana Inciarte.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Aprobado por la Comisión Directiva Nacional de la Asociación de Escribanos del Uruguay el 21.11.2017, expediente 1221/2016.