

La seguridad jurídica del mercado inmobiliario: la necesidad de instrumentos de regulación*

Daniella Cianciarulo Bertone
Roque Molla Camacho

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. SEGURIDAD JURÍDICA. II.1. SISTEMAS DE NOTARIADO LATINO Y SISTEMA ANGLOSAJÓN, III. DERECHO DE PROPIEDAD. III.1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE PROPIEDAD. III.2. TRATAMIENTO QUE DA LA CONSTITUCIÓN NACIONAL AL DERECHO DE PROPIEDAD. III.3. PRINCIPALES LEYES QUE REGULAN LA PROPIEDAD. III.4. DERECHO Y DEBERES DEL PROPIETARIO. VIGENCIA DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD. IV. MERCADO INMOBILIARIO. IV.1. FIDEICOMISO. IV.2. RÉGIMEN SOCIETARIO. IV.3. ¿FIDEICOMISO O SOCIEDAD? V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN¹³

El título provoca inevitablemente serias reflexiones: queda de manifiesto, por un lado, la necesidad de que exista seguridad en la actuación negocial, más allá de que en este caso esté reducida al ámbito inmobiliario, y, por otro, la necesidad de que surjan nuevos instrumentos de regulación.

* Trabajo presentado en el XXVII Congreso Internacional del Notariado, Lima, Perú, 10-12 de octubre de 2013.

13 Por Daniella CIANCIARULO.

La necesidad de que exista seguridad en Uruguay se ha satisfecho sobremanera debido a la actuación notarial y a la regulación y el control que existe en los registros públicos.

En cuanto a la necesidad de nuevos instrumentos de regulación, más allá de que estamos abiertos a todo aquello que sea aplicable en forma eficaz, creemos que la actuación notarial debería dirigirse a utilizar los instrumentos existentes teniendo en cuenta incluso el éxito que hayan podido tener en otros países, adecuados a la legislación nacional.

En ocasiones el notariado es reactivo a apartarse de los modelos tradicionales y, en consecuencia, puede ser recomendable hurgar en el propio derecho vigente a los efectos de encontrar nuevas formas de regulación.

Este trabajo, compartido por distintos autores, se dividirá en tres secciones:

- Seguridad jurídica. Sistema de notariado latino y sistema anglosajón.
- Derecho de propiedad.
- Mercado inmobiliario. Algunos instrumentos de aplicación en el derecho inmobiliario: Fideicomiso y sociedad.

II. SEGURIDAD JURÍDICA¹⁴

El ser humano por naturaleza busca sentir seguridad. El sentirse seguro le permite un mejor desarrollo en la sociedad.

Es necesario desentrañar qué significa *seguridad*. Muchos autores han tratado el tema.¹⁵ El doctor Juan VALLET DE GOYTISOLO cita las definiciones que contiene el *Diccionario* de la Real Academia Española. Resaltamos la que establece que seguridad es «calidad de seguro», y «seguro» refiere a «libre y exento de todo peligro, daño o riesgo» o «cierto, indubitable, y en cierta manera infalible, firme constante».

En todas estas expresiones se esconde un concepto fundamental, que es el de *certeza*. Justamente en el ámbito jurídico, para mantener pacíficas las relaciones humanas, es necesario que exista certeza en todas las actuaciones que realizan las personas.

14 Por Daniella CIANCIARULO.

15 VALLET DE GOYTISOLO, Juan, «La seguridad jurídica en los negocios dispositivos», conferencia dictada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República, el 18 de abril de 1978, *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 64, 1978, pp. 237-260;

SIRI GARCÍA, Julia, «La función notarial en la economía de mercado», VIII Jornada Notarial Iberoamericana, Veracruz, 4 al 7 de febrero de 1998; ídem, *El notariado en la era de la tecnología*, Montevideo: FCU, 2001, p. 35 LARRAUD, Rufino, *Curso de derecho notarial*, Buenos Aires: Depalma, 1966, p. 145.

La Esc. Julia SIRI, en su trabajo *El notariado en la era de la tecnología*, recuerda a RECASENS SICHES, quien manifestó:

[...] el Derecho no ha nacido en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la justicia, sino para colmar una ineludible urgencia de seguridad y certeza en la vida social: el Hombre precisa no solo saber a qué atenerse sobre lo que debe ocurrir, sino también saber que esto ocurrirá necesariamente, esto es, precisa de certeza sobre las relaciones sociales, pero además de la seguridad de que la regla se cumplirá, de que estará poderosamente garantizada.¹⁶

Estas reflexiones traen de la mano la figura del notario o escribano público, porque la función fundamental de este es, como dice LARRAUD:

[...] prestar dirección jurídica a los particulares, en el plano de la espontánea realización del derecho; ejercicio de jurisprudencia cautelar a favor de aquellos particulares que lo requieren. [...] El quehacer propio del Escribano es desarrollado para lograr fines jurídicos. Su actividad precautoria se refiere al ámbito jurídico de la vida social.¹⁷

De las palabras de este prestigioso autor se desentrañan características de la función notarial que incluso él mismo enumera en la obra citada: función jurídica, precautoria, prudente, imparcial.

Quien desarrolla una función con estas características no hace sino colaborar en obtener la *seguridad jurídica*.

En nuestra opinión, dos elementos fundamentales para obtener la mentada seguridad son, en primer lugar, el conocimiento del derecho vigente (que, aunque parezca un requisito evidente, muchas veces no se cumple) y, en segundo lugar, la obligación de informar a las partes acerca de esa legislación vigente en relación con el negocio proyectado y sus consecuencias.

Quisiéramos formular algunas acotaciones a lo dicho en el párrafo anterior:

1. El conocimiento del derecho vigente implica una actualización permanente del profesional. En Uruguay en los últimos años existe una proliferación de nuevas leyes que obliga al escribano a estar en un continuo aprendizaje, en todos los ámbitos del derecho.
2. La información, como se dijo, es a las partes y no exclusivamente al cliente, pues el escribano es —como han dicho prestigiosos autores— escribano del negocio, imparcial por sobre todas las cosas.
3. La información no debe reducirse al punto concreto que aparentemente se consulta, sino que el escribano, además, debe interpretar la voluntad que se manifiesta e incluso interpretar la que no se

16 LARRAUD, o. cit., p. 136.

17 *Ibíd.*, pp. 136 ss.

manifiesta, teniendo en cuenta toda la legislación aplicable al caso concreto.

En este sentido, VALLET DE GOYTOLO sostiene:

[...] la función notarial se inserta en el mismo tráfico negocial, con su labor asesora, *se sitúa entre las partes como tercero imparcial* que recoge su voluntad negocial, la traduce jurídicamente, configura, redacta y dota de una presunción de legalidad y de su fe pública al texto por él autorizado y abarca como objetivos, en orden a la seguridad de los otorgantes desde el control de su ajustamiento a derecho hasta su correcta redacción jurídica y su autorización que le dota de autenticidad.¹⁸

Por su parte, la escribana Julia SIRI ha afirmado:

[...] las personas quieren en primer término, *estar debidamente informadas, para con base en esa información, decidir su comportamiento, decisión que será tanto más libre, cuanto mayor sea el conocimiento que tengan de la situación, lo que a su vez exige no una mera información trasmisiva de datos, sino más propiamente, un adecuado asesoramiento, es decir una información calificada, brindada por un especialista en la materia.* Normalmente, los seres humanos ajustan su conducta a lo que establecen las normas, pues de esa manera colaboran en lograr la seguridad jurídica que buscan. Para que esa adecuación de conducta sea la mejor entre las posibles y enfrentando a un Derecho cada vez más vasto y complejo, el individuo necesita de un intérprete capacitado que le haga accesible el lenguaje de la ley y lo asista en su aplicación, el jurista o profesional de Derecho.¹⁹

En Uruguay, esta obligación de informar está incluso inserta en la Ley de Relaciones de Consumo (n.º 17250, de 11 de agosto de 2000), que exige, entre otras, la obligación de informar al consumidor como un aspecto imprescindible. El escribano es proveedor como prestador de servicios y el incumplimiento de sus obligaciones lo hace pasible de ser responsable de sus actos.²⁰

Jesús LÓPEZ MEDEL, refiriéndose al sistema español, sostiene:

La seguridad jurídica como proceso puede ser vista como principio de continua legalidad que obliga al legislador y a los tribunales de justicia y que comporta un aparato normativo-procesal en lo público y en lo privado. [...] Y como resultado la seguridad jurídica verifica la idea de justicia, enriquece el concepto de Derecho y permite el sentimiento jurídico o de la certeza y vigencia de las normas.²¹

18 Ibídem, p. 250. Destacado nuestro.

19 SIRI GARCÍA, «La función notarial...», o. cit., p. 12, destacado nuestro.

20 Sobre este tema véase CIANCIARULO BERTONE, Daniella, «Responsabilidad del escribano y la Ley de Relaciones de Consumo», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, n.ºs 7-12, tomo 87, 2001, pp. 183 ss.

21 LÓPEZ MEDEL, Jesús, *Propiedad inmobiliaria y seguridad jurídica. Estudios de derecho y sociología registral*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1995, p. 57.

Nos parece interesante la cita de este autor español pues da un cierre al tema seguridad jurídica desde otro aspecto. Esto es, hemos manifestado la importancia de la intervención del escribano para lograrla, pero antes que nada se necesita una buena regulación legislativa, en forma imprescindible con asesoramiento de profesionales del derecho.

Y, por otro lado, también se requiere una correcta aplicación del derecho por parte de los jueces y tribunales, que provocará inevitablemente en la población una sensación de seguridad, justicia, certeza y, en definitiva, de paz.

II.1. Sistemas de notariado latino y sistema anglosajón

El rol del escribano dependerá del sistema de notariado que exista en el país de que se trate.

En Uruguay, donde se aplica el sistema de notariado latino, este profesional tiene posibilidades de lograr la seguridad jurídica —y podemos hacer gala de ello— por la importante función que cumple.

Citando nuevamente por lo relevante de su obra a la escribana Julia SIRI, esta ha sostenido que en el sistema de notariado latino el escribano público, como operador jurídico no controversial, desempeña privadamente una función pública, para la cual es investido por el Estado, el cual regula su profesión mediante una ley orgánica.

La función notarial latina se rige por todos los principios generales de derecho notarial y por las específicas de la fe pública que la integra: moralidad, legalidad, imparcialidad, prestación obligatoria de la función, rogación o requerimiento, matricidad, reserva o secreto profesional, responsabilidad directa, autenticidad.²²

Para cumplir estos principios el escribano debe actuar con honradez, dentro de la legislación y controlando la legalidad de la voluntad de las partes y del acto que quieren otorgar, no inclinarse a favor de ninguna de las partes y actuar mediante solicitud. Por otro lado, dar autenticidad, esto es, certeza en la autoría del documento y de las declaraciones en él formuladas. La autenticidad se vincula a la fe pública otorgada al escribano.²³

El escribano Hugo PÉREZ MONTERO por su parte agrega:

El Notariado latino ha cumplido por siglos una labor fundamental en la correcta, consciente y voluntaria aplicación del Derecho, y está preparado para seguir cumpliéndola en la sociedad actual, globalizada y desarrollada tecnológicamente. El principal beneficio que ha ofrecido nuestro sistema notarial, es el logro de la «seguridad preventiva», a favor de la comunidad y del propio Estado, por la correcta formación jurídica de los hechos y actos

22 SIRI GARCÍA, *El notariado...*, o. cit., p. 28.

23 *Ibíd.*, p. 30.

jurídicos en que interviene, lo que supone el «valor añadido» al mismo costo de un solo honorario profesional, de su «función preventiva de litigios». ²⁴

Es decir que, por los principios y obligaciones que rigen la función notarial en el sistema latino, el escribano tiene control, da fe pública, certeza y, en consecuencia, es responsable de sus actos. Esto provoca inevitablemente transmitir seguridad a las partes participantes.

En el sistema anglosajón la situación es diferente. En Gran Bretaña se destaca preferentemente la labor asesora del notario, pero los documentos carecen de autenticidad, ya que para ser admitidos como prueba en los tribunales ingleses se requiere siempre la presencia del notario para testimoniar sobre los hechos en que ha intervenido.

En Estados Unidos, el *notary public* es nombrado por el secretario de Estado o por los tribunales; se le exige honestidad, prestar fianza y pagar por una patente o licencia de carácter temporal. Es una actividad que puede realizar cualquier persona prestando esos requisitos, y su labor consiste en identificar al compareciente, certificando el instrumento a autenticar (en el sentido de que no es falso), distinguiéndolo de cualquier otro documento que pudiera parecer idéntico. No se involucran con el contenido del documento. ²⁵

Los documentos, aun los más trascendentes, pueden ser redactados por los propios contratantes —basta en algunos casos con llenar los blancos de los formularios—, quienes por carecer de capacitación necesaria muchas veces incurrir en irregularidades que configuran nulidades, y cuando recurren al profesional cada parte consulta al suyo, ya que no existe una figura imparcial como la del notariado latino. ²⁶

Los riesgos provenientes de su actuación se cubren con seguros, lo que se conoce como *seguro de título*. Este es un contrato por el cual una de las partes (la empresa aseguradora) se obliga mediante el pago de una cierta prima a indemnizar a la otra (el adquirente de un derecho real inmobiliario) en caso de resolverse en sede judicial que su título presenta vicios susceptibles de determinar la pérdida del derecho o la restricción del ejercicio de las facultades a él inherentes. ²⁷

No es difícil en nuestra opinión tomar partido rápidamente por el sistema latino, dado que en este el profesional estudia una carrera universitaria, en su ejercicio es controlado —en el caso de Uruguay, por la Suprema

24 PÉREZ MONTERO, Hugo, Conclusiones al trabajo «Responsabilidad civil del Escribano. El llamado seguro de mala praxis. Sus diferencias con el seguro de título», ponencia en la XI Jornada Notarial Iberoamericana, Buenos Aires, 10 al 13 de marzo de 2004.

25 SIRI GARCÍA, *El notariado...*, o. cit., pp. 31-32.

26 SIRI GARCÍA, Julia, «Responsabilidad civil del notario. El llamado *seguro de mala praxis*. Sus diferencias con el seguro de título», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 90, número extraordinario, 2004, p. 59.

27 SIRI GARCÍA, «Responsabilidad civil...», o. cit., p. 83.

Corte de Justicia a través de la Inspección de Registros Notariales—, debe estar en constante actualización sobre las leyes y se rige por los principios mencionados. Por lo tanto, se involucra con las partes, conforma su voluntad, realiza la policía jurídica del acto y la representación en instrumento público.²⁸

En definitiva, el escribano en el sistema de notariado latino realiza una función jurídico-preventiva,²⁹ y es responsable de sus actos en todos los ámbitos: civil, penal, tributario, disciplinario, moral y como proveedor de servicios, por lo cual, dadas las circunstancias, debe reparar el daño causado.

Relacionando lo dicho con el tema que nos ocupa, de la seguridad jurídica, retomamos lo afirmado de que hablar de seguridad jurídica y de certeza en las relaciones negociales implica inevitablemente evocar la figura del escribano. Y para ser más precisos, nos atrevemos a decir del escribano que ejerce su función mediante un sistema de notariado latino.

III. DERECHO DE PROPIEDAD³⁰

III.1. Concepto y características del derecho de propiedad

La propiedad está consagrada formalmente como un derecho subjetivo en la Constitución Nacional. El artículo 7 de nuestra Carta fundamental dispone:

Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.

Por su parte, el artículo 32 reitera el concepto en el sentido de que la propiedad es un derecho inviolable, pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieron por razones de interés general.

La posición abrumadoramente mayoritaria ubica el nacimiento de la conceptualización de la propiedad en el sentido indicado, con pretensión de eternidad, en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa y su consagración como norma jurídica en el Código Francés de 1804, más concretamente en su artículo 544: «La pro-

28 *Ibidem*, p. 32. Sostiene la escribana SIRI GARCÍA, *El notariado...*, o. cit., que la función que ejerce el notariado latino en cuanto profesional de derecho se inscribe en el marco de la realización espontánea del ordenamiento jurídico, esto es, en lo que sucede normalmente: la adhesión voluntaria de la persona a lo dispuesto en la norma; la ocurrencia a los tribunales y el pleito es la excepción, ya que el proceso es un «instrumento jurídico para aplicar el derecho cuando quienes deben hacerlo no pueden, no quieren o no saben cómo lograrlo».

29 SIRI GARCÍA, «Responsabilidad civil...», o. cit., p. 79.

30 Por Roque MOLLA.

propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, siempre que no sea para un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos».

Sin embargo, como anota Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ, la conceptualización referida del derecho civil como fruto de un arquetipo cristalizado en un preciso instante de la historia —como, acotamos, pretendieron para el derecho Justiniano y Napoleón, entre otros— ha sido superada por los propios acontecimientos históricos. Refiere el autor español:

[...] la conciencia de la enorme trascendencia del hecho codificador tenía como consecuencia una consideración del mismo como un punto de partida absolutamente nuevo, como una suerte de big bang de un universo jurídico del que no interesaba un pasado, mejor dicho, del que ni siquiera se predicaba un pasado. Como mucho, se subrayaba el enorme cambio constitucional que supuso la caída del Ancien Régime, y se daba por cancelado el período anterior, elevando al Código a carta magna del hombre nuevo, fruto y autor a un tiempo, de la revolución liberal burguesa. El par funcional Constitución-Código (recíproca expresión un monumento legislativo del otro) iluminaba el vasto territorio de un continente nuevo, donde todo estaba por construir, de manera originaria, y así los principios del Derecho codificado se elevaban a dogmas, se les añadía una carga de trascendencia que los colocaba fuera de su consideración como entidades históricas. De este modo se consumaba una operación en la que el enmascaramiento histórico era valiosísimo instrumento de un enmascaramiento ideológico.³¹

GROSSI reniega incluso de un nuevo concepto de propiedad a partir del Code Civil. Por el contrario, considera que no ha habido fractura sino continuidad con el régimen anterior. Por ello califica al Code de palimpsesto jurídico:

Nuestro temor es que el jurista quede deslumbrado por aquel maldito artículo 544, que, con su triunfalismo, ha satisfecho la retórica burguesa del Siglo XIX tanto para permitir a los futuros juristas identificar en él el rostro de la nueva propiedad jurídica. Nosotros querríamos que, tranquilamente y sin ningún prejuicio, se mirase un poco más a fondo la sistemática del Código por lo que atiene a los derechos reales y a la lectura misma del artículo 544, el palimpsesto emergerá con una suficiente nitidez [...] el artículo porta manifiestamente una doble escritura; por un lado se agiganta hasta el infinito la gallardía de los poderes, de otro se bosqueja, atenuándolo, un elenco de poderes determinados: gozar y disponer. Dos almas, dos mentalidades, dos escrituras; no hay duda de que la actividad de los compiladores del Código y del texto del artículo se han embriagado por la retórica decimonónica de la nueva propiedad liberada y no hay duda de que los descubrimientos de la filosofía lockiana y fisiocrática tienen una desembocadura en el Código [...] Y es que el legislador napoleónico es todavía hombre de frontera, tiene sus pies en la tierra bien preparada del viejo régimen donde se ha formado y educado,

31 GROSSI, Paolo, «Prólogo a la edición española» de *La propiedad y las propiedades*, Madrid: Cuadernos Civitas, 1992.

mientras sus manos están llenas de cosas nuevas. El redescubrimiento de la unidad de la propiedad, filosófico y político primeramente, también jurídico desde 1790 en adelante (o sea como es conocido con el decreto de 15 de marzo de 1790 sobre la abolición del régimen señorial), sin embargo no ha cancelado completamente la tradicional articulación del dominio en un *ius disponendi* y en un *ius utendi* fruto de una cultura diversa y de una visión objetiva de la pertenencia, que partiendo de presupuestos antitéticos a los de los juristas napoleónicos, había hipotetizado como legítima la división misma del dominio. Y queda en el seno del artículo 544 la idea desafinada de una propiedad como suma de poderes, como resultado de la adición de un gozar y de un disponer, que habría debido hacer aceptable el a la sazón inaceptable e inaceptado principio de la división de la propiedad.³²

La visión dogmática de la propiedad como derecho natural, sagrado e inviolable, para quienes existió, sucumbió. En ese sentido, la autorizada opinión de RODOTÁ entiende que la aseveración acerca del carácter ilimitado de la propiedad edictada en el Code es por lo menos discutible. El autor italiano afirma:

Mirando suficientemente de cerca y con ojos analíticos el artículo 544, se ha encontrado otro argumento para discutir la exactitud de la tesis que quiere encontrar en dicha norma la fuente de todos los privilegios del propietario. Al hablar de propiedad *absoluta*, el artículo no quería afirmar el carácter ilimitado de la situación del titular, sino que utilizaba el término en su significado etimológico para remachar que la propiedad queda desligada respecto de todo tipo de dominio eminente. Además, la afirmación del carácter absoluto debía valer sobre todo para dar a los compradores de los bienes nacionales la certidumbre de estar al resguardo de cualquier posible pretensión de los antiguos propietarios [...] Una vez más la versión estrictamente individualista se presenta como el fruto de una desvirtuación de los hechos.³³

La teoría pluralista de la propiedad, que postula la existencia de propiedades y no de un concepto único de propiedad, de cuya vigencia en el derecho uruguayo haremos caudal, pretende dominar la escena con un cambio radical de óptica: tratar a la propiedad no desde un punto de vista antropocéntrico —esto es, como poder del hombre sobre la cosa—, sino poniendo el acento en la cosa como recurso económico, como medio de producción, al decir de Carlos VAZ FERREIRA.³⁴

Los cambios producidos luego del Code, tanto económicos como sociales, dieron origen a su vez a posiciones antagónicas acerca de la propiedad.

32 Ibídem, pp. 124 ss.

33 RODOTÁ, Stefano, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Madrid: Civitas, 1986, p. 86.

34 VAZ FERREIRA, Carlos, *Sobre la propiedad de la tierra. Homenaje de la Cámara de Representantes*, Montevideo: Cámara de Representantes, 1957, p. 17.

DE LOS MOZOS entiende que el estado actual de la cuestión responde a una serie de contradicciones tan grande que, desde el punto de vista teórico, se vive en la confusión más absoluta. Por ello, propone centrar el discurso en el campo estrictamente jurídico, hacer un planteamiento relacional entre propiedad como derecho individual, dispuesto para satisfacer las necesidades personales del individuo, y su contribución a la comunidad y las exigencias de la propia comunidad. Es un planteamiento que resulta ineludible, puesto que el individuo no es un ser aislado, sino que vive en sociedad. Por eso, más que hablar de la crisis del individualismo jurídico o del pandectismo como su expresión dogmática, como lo hizo el socialismo decimonónico, elevando la referencia a la categoría de *antítesis* para denunciar que el sistema legal no se halla de acuerdo con las necesidades económicas y sociales de su tiempo, hay que plantear la cuestión en la relación entre individuo y comunidad, *tout court*.³⁵

En ese orden de ideas, cobra especial relevancia aquella de la función social de la propiedad, ya se entienda que sus raíces se encuentran en el propio Code o que es producto de la evolución posterior del pensamiento jurídico.

Para RODOTÁ la cuestión es de método y no de concepto, esto es, imponer las categorías pandectísticas a una realidad jurídica transformada en sus exigencias y en sus métodos, llevando a pensar que su valor es de categorías lógicas y no de categorías históricas.³⁶ Cabe recordar que el fundamento ideológico del Código Civil alemán (BGB), fruto de la pandectística, fue el personalismo ético inspirado en las ideas de KANT. La trasposición ética del concepto de persona a la esfera del derecho privado, y más específicamente al derecho de propiedad, consiste en entender a la propiedad no como un estado, un dominio efectivo sobre la cosa, sino como un derecho, el derecho de disponer de la cosa a voluntad y de excluir a otros de toda injerencia, en tanto en cuanto no se opongan la ley o los derechos de terceros.³⁷ LARENZ refiere:

[...] los pensadores del Código Civil estaban aún lejos de pensar que el propietario de terrenos debiese ejercitar su derecho, no a su albedrío, sino solo de modo compatible con las necesidades elementales de la comunidad, tal como derivan de la convivencia en un espacio limitado. Consignas tales como «planificación del espacio», « planificación comarcal», «planificación urbana», «protección de la naturaleza y del paisaje», «prevención de la contaminación ambiental», eran aún desconocidas en aquel tiempo. Los autores del Código Civil percibieron únicamente que el propietario de un fundo ha de aceptar ciertas reducciones en su uso basadas en la utilización de los fundos vecinos (art. 906). Por lo demás, confiaban al Derecho público las

35 DE LOS MOZOS, José Luis, *El derecho de propiedad. Crisis y retorno a la tradición jurídica*, Madrid: Edersa, 1993, pp. 88 ss.

36 *Ibidem*, p. 235.

37 Cf. LARENZ, Karl, *Derecho civil. Parte general*, Madrid: Edersa, 1978, pp. 44 ss.

limitaciones inevitables. Solo la Constitución de Weimar elevó la idea de «vinculación social» de la propiedad a la categoría de principio jurídico. La Ley Fundamental declara en el artículo 14 párrafo 2: «La propiedad obliga. Su uso debe servir al propio tiempo al bien de la colectividad».³⁸

DUGUIT, a comienzos del siglo XX, ubicó en la función social el fundamento de la nueva concepción de la propiedad:

En las sociedades modernas, en las cuales ha llegado a imperar la conciencia clara y profunda de la interdependencia social, así como la libertad es el deber del individuo de emplear su actividad física, intelectual y moral en el desenvolvimiento de esta interdependencia, así la propiedad es para todo poseedor de una riqueza el deber, la obligación de orden objetivo, de emplear la riqueza que posee en mantener y aumentar la interdependencia social. Todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad una cierta función en razón directa del lugar que en ella ocupa. Ahora bien, el poseedor de la riqueza, por lo mismo que posee la riqueza, puede realizar un cierto trabajo que solo él puede realizar. Solo él puede aumentar la riqueza general haciendo valer el capital que posee. Está, pues, obligado socialmente a realizar esta tarea, y no será protegido socialmente más que si la cumple y en la medida que la cumpla.³⁹

No obstante la discutida posición del eminente autor francés de negar a la propiedad como derecho subjetivo, es interesante destacar las dos proposiciones que deja planteadas, por su influencia en el devenir de los acontecimientos: 1) El propietario tiene el deber, y por tanto el poder, de emplear la cosa que posee en la satisfacción de las necesidades individuales, y especialmente de las suyas propias, de emplear la cosa en el desenvolvimiento de su actividad física, intelectual y moral. No se olvide, en efecto, que la intensidad de la división del trabajo social está en razón directa de la intensidad de la actividad individual. 2) El propietario tiene el deber, y por consiguiente el poder, de emplear su cosa en la satisfacción de necesidades comunes, de una colectividad nacional entera o de colectividades secundarias.⁴⁰ DUGUIT expresó, en nuestra opinión con posibilidad de referencia a toda nuestra región:

En la Argentina la evolución de la propiedad está indudablemente menos adelantada que en Europa, particularmente en lo que se refiere a esta última especie de propiedad. Quizás podría caracterizar el momento en el cual todavía os encontráis, diciendo que es el momento de la propiedad-

38 *Ibidem*, pp. 78 s.

39 DUGUIT, León, *Las transformaciones del derecho*, Barcelona: Heliasta. 2008, pp. 239 ss.

40 *Ibidem*, p. 243. Para DUGUIT la noción realista de función social sustituye a la noción metafísica de derecho subjetivo. El hombre no tiene derechos; la colectividad tampoco. Pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que cumplir, una cierta tarea que ejecutar. Y ese es precisamente el fundamento de la regla de derecho que se impone a todos, grandes y pequeños, gobernantes y gobernados (p. 178).

especulación, pero al cual seguirá una época, que no está quizá muy lejana, de la propiedad-función, ya que la evolución de las sociedades, y particularmente de las sociedades latinas, que han llegado a un mismo grado de civilización, es semejante.

En posición diametralmente opuesta se ubica DE LOS MOZOS, para quien la distinción entre propiedad-derecho subjetivo y propiedad-institución es un escollo que conviene evitar en el estado actual de las discusiones:

Hemos de decir que, recientemente, han aparecido nuevos intentos de síntesis, en relación a nuestro tema, en trabajos importantes, en los que se vuelve a la confusión denunciada, incluyendo derechos y deberes en el contenido de la propiedad, como consecuencia de la actuación de la función social. Lo que no sería importante, si estos derechos o deberes fueran considerados como mero aspecto «positivo» de las tradicionales limitaciones del dominio. Lo malo es que, desde esta «novedad», real o supuesta, se piensa no que la utilización de la propiedad ha cambiado, sino también su propio concepto, a medida que cambia la función social de la propiedad.⁴¹

Una vez más, como sucede en general en los debates jurídicos, aflora la importancia de la ideología a la que se afilie cada doctrinario.

En el desarrollo que sigue, pretendemos relevar la consagración en nuestra legislación de la función social de la propiedad, en un todo de acuerdo con el sistema republicano democrático que nos rige y sus consecuencias.

Las tesis dominantes con respecto a la función social, siguiendo a Manuel MEDINA DE LEMUS, son:

a. *Tesis tradicional.* Para DE LOS MOZOS, el reconocimiento de la función social de la propiedad apenas incide en la definición del concepto de dominio.

En suma, la función social de la propiedad no es un concepto jurídico en sentido propio, sino una idea que sirve para poner en relación conceptos jurídicos, una categoría meramente relacional entre aquellos, como la propiedad y la libertad de empresa, por ejemplo, en relación con la iniciativa planificadora del Estado y de los Entes públicos, o si se prefiere entre el interés general y el interés privado. No puede ponerse en el mismo plano que el concepto de propiedad pues sería una condición o requisito de su reconocimiento, como sucede con la causa respecto del contrato y del reconocimiento general de la autonomía privada. Propiedad y función social son por tanto categorías heterogéneas que no pueden estar en el mismo plano pues se opone a ello la noción de derecho subjetivo y la propia unidad del concepto de propiedad por mucho que se aplique o recaiga sobre objetos de diversa naturaleza. Si la función social de la propiedad no es un concepto jurídico, por más que tenga un significado o una relevancia jurídica, debe aquedar fuera del sistema. Por ello, no tiene sentido hablar de la función social de la propiedad como si fuera una fórmula mágica para corregir todos los desequilibrios existentes en la sociedad, especie de huida hacia

41 Ibídem, pp. 189 ss.

adelante sin retorno, cuando en realidad se trata de un criterio de política legislativa que debe ser puesto en relación con los demás valores que se hallan en juego, a no ser que la dejemos relegada a un «flatus vocis», arbitrario y absurdo, que carecería de sentido en el moderno Estado social y democrático de derecho.⁴²

MEDINA DE LEMUS comenta la posición reseñada expresando:

Con ser muy atinadas las anteriores precisiones, hay que objetar que precisamente por esa misión relacional es por lo que deviene un concepto jurídico de máxima relevancia en la Constitución, no como un cheque en blanco otorgado por el legislador, sino como un criterio orientador del mismo para que pueda plasmar esa feliz combinación del interés individual y el colectivo, por más que algunos piensen que son incompatibles. El problema consiste en que supone un reto difícil, al que solo desde una máxima transparencia y responsabilidad democráticas es posible aproximarse.⁴³

b. *Tesis progresista.* MEDINA DE LEMUS ubica en esta tesis a MONTES PENADÉS, para quien la función social de la propiedad es un criterio para valorar situaciones subjetivas, en función de un principio de solidaridad social o utilidad pública, de bienestar social o cualquier otro concepto válida o indeterminado, expresivos de que el ejercicio del poder conferido a un individuo concreto ha de ser coordinado con los intereses de la comunidad, ajenos al propietario.⁴⁴ Para el sostenedor de esta tesis, el derecho de propiedad no es un derecho absoluto limitado desde el exterior, sino configurado o delimitado desde su origen por la función social de acuerdo con las leyes. MEDINA DE LEMUS expresa:

[...] no comparte la idea del autor sobre la función social de la propiedad en la medida en que relega el interés individual a un plano secundario, residual, en que el derecho subjetivo aparece minimizado frente a cierta prepotencia de los intereses colectivos, que se protegen más prioritariamente desde la propiedad pública (art. 132.1 CE), y hemos sostenido con anterioridad que no se trata de una contraposición dialéctica de prevalescencia del interés particular o el colectivo, sino de una identificación y simbiosis igualitaria entre ambos.⁴⁵

c. *Tesis conciliadora.* El reseñador menciona en esta línea de pensamiento la opinión de COCA PAYERAS, para quien el sentido técnico de la función social se descubre a través de la distinción germana entre límites y limitaciones del derecho. Los límites o confines son internos, se producen en sede estructural del derecho de la propiedad y consisten en las fronteras

42 MEDINA DE LEMUS, Manuel, *La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1995, pp. 33 y 35.

43 *Ibíd.*, p. 35.

44 *Ibíd.*, p. 36.

45 *Ibíd.*, p. 38.

o punto normal hasta donde el poder del dueño llega. Las limitaciones o cargas son externas al derecho de propiedad y consisten en reducciones del ámbito de poder tipificado legalmente como propio del titular del derecho y fruto de la colisión con otras figuras jurídicas.

MEDINA DE LEMUS no comparte esta posición, en la medida en que la función social pueda ser tan plural e indeterminada como determinaciones de su concreción realice de ella el legislador, lo que en definitiva excluye una configuración unitaria, objetiva y segura de la función social de la propiedad privada que entendemos ha querido establecer nuestra Constitución, por más que luego quiera recobrase por el autor solo a nivel de estructura conformadora de la propiedad, cuando se trata también de esencia.⁴⁶

III.2. Tratamiento que da la Constitución Nacional al derecho de propiedad

La Constitución Nacional, como señalamos supra, consagra en su artículo 7 al derecho de propiedad como inherente a todos los habitantes y, por otra parte, el establece en el artículo 32 la relación entre el derecho y el interés general.

LANZIANO sostiene que, en tanto la Constitución no prohíba regular el ejercicio del derecho de propiedad para que cumpla una función social, el legislador puede instaurar normas conducentes a tan loable finalidad. En efecto, el derecho de propiedad tiene raíces profundas, que lo han cimentado al servicio de la utilidad pública, lo que amerita que el legislador, desarrollando el concepto de derecho de propiedad, edicte para con los bienes que se proponga que su ejercicio se enmarque en una función social.

En nuestro ordenamiento, puede legislarse disponiéndose que en el ejercicio del derecho de propiedad sobre determinados bienes realice función social. Ello se legitima armonizando el artículo 486 del Código Civil y la primera parte del artículo 32 de la Constitución (de 1967); aquel en cuanto establece que el derecho de propiedad no puede ejercerse contra la ley, y el precepto constitucional en cuanto dice que «la propiedad es un derecho inviolable, pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieron por razones de interés general», por lo que la ley puede, por razones de interés general, obligar al propietario a ejercer su derecho para consagrar función social. Cita en apoyo de su posición la opinión del profesor Horacio CASSINELLI MUÑOZ, para el que la Constitución consagra un régimen político social que permite calificar al Estado uruguayo como Estado social de derecho, en cuya sección II del capítulo II, artículos 40 a 72, «hay derechos sociales, derechos gremiales, derechos derivados de

46 *Ibidem*, pp. 41 s.

la relación de trabajo, normas programáticas sobre la economía del país y deberes de los habitantes».⁴⁷

Nos permitimos acompañar la opinión del jurista compatriota, en particular en lo relativo a la posible coordinación entre las normas constitucionales y el Código Civil. El artículo 486 del Código Civil dispone:

El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho de gozar y disponer de una cosa arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno.

Por su parte, el artículo 492 establece:

Nadie puede ser privado de su propiedad, sea mueble o raíz, sino por causas de pública utilidad, calificada por Ley, previa la correspondiente indemnización, sin perjuicio de lo que al respecto establezcan normas especiales.

La negación de la función social de la propiedad en nuestro ordenamiento en razón de que no existe norma constitucional que la consagre —al estilo, a vía de ejemplo, de la Constitución de Weimar— no se comparte. Lo dicho, por cuanto la expresión *interés general* contenida en el artículo 32 de nuestra Carta fundamental permite la opinión contraria. La ley puede imponer deberes a los propietarios, no en forma arbitraria, sino justamente por razones de interés general, esto es, en salvaguarda de los intereses de la comunidad.

III.3. Principales leyes que regulan la propiedad

El ordenamiento jurídico uruguayo, además de lo dispuesto en la Constitución de la República y el Código Civil, contiene diversas leyes que refieren a la propiedad.

En esta sección se hará mención a las disposiciones legales que, en nuestra opinión, consagran formas diferentes de tener la cosa en propiedad, esto es, por un lado la propiedad en el Código Civil y por otro la propiedad horizontal reglamentada por la Ley de Propiedad Horizontal 10751, modificativas y concordantes, entre ellas las disposiciones sobre urbanizaciones privadas a que refieren los artículos 48 a 55 de la ley 17292, modificada por la ley 18308, que adapta la situación a la normativa de propiedad horizontal. Por su parte, la Ley de Fideicomiso, 17703, inaugura la propiedad fiduciaria, que sin duda constituye una propiedad diferente a las anteriores, tanto que para algunos autores no es ni siquiera propiedad.

47 LANZIANO, Washington, *Estudios de derecho administrativo*, Montevideo: Universidad de la República, 2.ª ed., pp. 46 s.

III.3.1. La propiedad en el Código Civil

El Código Civil consagra un régimen de propiedad exclusivo. La copropiedad es un estado transitorio, ya que la partición es irrenunciable. El artículo 1115 del Código Civil, en sede de derecho sucesorio pero aplicable a todas las indivisiones, por la remisión que hacen los artículos 1937 y 2013, dispone:

La partición de la herencia podrá siempre pedirse, cualquiera que sea la prohibición del testador o el pacto que haya en contrario, salvo lo que al respecto dispongan leyes especiales.

Hebert CURBELO URROZ y Fernando MIRANDA expresan con referencia a la propiedad reglamentada por el Código Civil:

El dominio es el poder legal completo que un sujeto tiene sobre las cosas que le pertenecen. Consiste en el derecho de usar, gozar y disponer de ella, cuyos atributos son la totalidad de las prerrogativas que es dado tener al hombre sobre las mismas. Por esto, cuando la propiedad radica en la cosa, aparece como una calidad inherente a ella (art. 489 C. Civil), la absorbe y se confunde con la misma. De ahí también que la propiedad sea considerada como un derecho corporal. a) Es un derecho absoluto y exclusivo: absoluto, porque reúne en sí todos los atributos que se pueden tener sobre la cosa y concede al titular, un poder completo y soberano sobre la misma; exclusivo, porque da al dueño la facultad de impedir arbitrariamente a todo otro, obtener cualquier beneficio de la cosa, sin perjuicio de las privaciones por causa de utilidad pública (art. 492 C. Civil). Por ser absoluto, el derecho de propiedad es perpetuo, no admite existencia a término y no da lugar a restitución. Por ser exclusivo, una cosa corporal no puede pertenecer actual y definitivamente al mismo tiempo por entero, en dominio o posesión a varios sujetos (arts. 487, 489 y 646 C. Civil). b) el carácter privativo no excluye la posibilidad que una misma cosa sea propiedad de varios, con exclusión de los demás. Entre los copropietarios, la propiedad que cada uno tiene en la cosa común, no es la del otro. El sistema de la accesión determina el poder de absorción y la extensión del dominio sobre una cosa, como forma indispensable para mantener su calidad de absoluto (arts. 487 inc. 1 y 731 C. Civil). Impide la superposición de propiedades independientes en el espacio determinado por la proyección vertical de los límites del terreno, sin perjuicio de la concesión formal de derechos a terceros.⁴⁸ En el ser, la propiedad se da como una vinculación de una cosa a un sujeto singular (arts. 486 y 489 C. Civil). En ciertas circunstancias, ella puede aparecer como un estado, en el que la cosa se presenta vinculada a varios sujetos. La vinculación plural de los sujetos en la propiedad de la cosa, cuando se da en forma simultánea, produce el fenómeno de la copropiedad. Se trata de la copropiedad como derecho real, como vínculo directo e inmediato de la cosa a los sujetos, sin

48 El derecho de superficie en posición mayoritaria era admisible en el régimen del Código Civil. La Ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible, n.º 18803, refiere expresamente al mencionado derecho en su artículo 36.

relación ni vínculo entre estos. En tal sentido la copropiedad es un estado de la propiedad, en el cual la cosa, al mismo tiempo en su totalidad y en cada parte, pertenece actual y definitivamente a todos los copropietarios, y pertenece, en forma temporal y resoluble, por la totalidad y por cada parte, a cada uno de los copropietarios, sujeto al resultado de la partición. La copropiedad, por los principios de los arts. 1115 y 1151 del C. Civil está fatalmente destinada a regresar a la propiedad; la partición resulta así un elemento inherente a la copropiedad, que rige su existencia y extensión.⁴⁹

III.3.2. La propiedad horizontal⁵⁰

En el *Curso de Propiedad Horizontal*⁵¹ manifestamos que la discusión acerca de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal puede reducirse a la pugna entre las tesis dualista y monista.

Realizamos allí un breve desarrollo histórico para explicar por qué le damos relevancia al tema (de acuerdo con CANARIS y contra la opinión de CARRIÓ). Consideramos importante acertar qué es la propiedad horizontal, pues constituye la clave para resolver, si no todos, muchos de los problemas que se plantean en la mal llamada práctica, que no es otra cosa que el derecho en su faz dinámica.⁵²

En lo medular nos manifestamos a favor de la tesis monista, destacando la exposición de los escribanos Fernando MIRANDA y Hebert CURBELO URROZ en la monografía citada supra. Asimismo, referimos que el antecedente más importante lo constituye la obra de Pierre POIRIER para el derecho belga. Dice POIRIER:

Nuestra tesis tiende a reforzar los derechos de cada uno sobre el todo, radica en la debilidad del derecho de cada uno sobre el de su vecino. Lo más frecuente es que cuando el juez debe intervenir, lo haga para que se respete el derecho de conjunto sobre el bien de un contumaz. Los propietarios se han reunido con el fin de gozar de las facilidades de la coexistencia, pero

49 CURBELO URROZ y MIRANDA, o. cit.

50 Nos permitimos reproducir algunas consideraciones vertidas en el trabajo «Propiedad horizontal. Nueva normativa. Antigua ley 18795. Derecho de sobreelevar» *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 98, ene.-dic. 2012, p. 41-44.

51 GNAZZO, Teresa, y MOLLA, Roque, *Curso de Propiedad Horizontal*, Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 1992, primera clase.

52 Somos tenaces detractores de la división entre teoría y práctica cuya falsedad denunciamos, justamente porque el derecho es una ciencia práctica. El tema es de enorme importancia, tanto que en él está en juego la verdadera formación que debe brindar la Facultad de Derecho y su resultado: juristas y no practicones, como pretenden quienes abogan por una práctica disociada de la teoría (con lo cual se facilita su tarea y ganan adeptos). Como expresa CARNELUTTI: «[...] entre la ciencia y la técnica la relación es recíproca y todavía cabría hablar mejor de un *recambio*: la ciencia sirve a la técnica y la técnica sirve a la ciencia; no se hace técnica sin ciencia, pero es menester la técnica para que la ciencia alcance su perfección» (*Metodología del derecho*, México: UTEHA, 1940, p. 5).

de esta misma coexistencia pueden nacer dificultades. Lo que es nuevo en esta materia es el principio colectivo, ya que un piso no puede concebirse sin su soporte inferior, pues a pesar de su división teórica, el edificio y el terreno son materialmente inseparables, *y es este elemento colectivo el que debe privar cuando entra en conflicto con un interés distinto pero nunca aislado.*⁵³

MIRANDA y CURBELO URROZ, adalides de la teoría monista en nuestro país, afirman:

En la realidad sucede que todo el inmueble es de todos en conjunto. La ley a los efectos de la utilización de esta propiedad conjunta ha distribuido el uso, goce y el ejercicio del poder jurídico contenido en el derecho. Nada obsta a que manteniéndose indivisa la cosa e indivisible el derecho, las facultades que este acuerda se distribuyan con referencia a zonas determinadas de la cosa. No existe ningún inconveniente conceptual ni jurídico para que una cosa, aunque común, esté repartida para su uso y goce; tampoco hay inconveniente que el poder para la actuación jurídica se distribuya entre los diversos sujetos, con referencia a zonas determinadas de la cosa, o a ciertos atributos del derecho.⁵⁴

Los autores compatriotas sostienen que la ley 10751 vino a regular una propiedad colectiva, impartible, mientras dure el régimen de la cosa, organizada en su utilización material y jurídica, sin régimen de responsabilidad especial frente a los acreedores.⁵⁵ Pero aclaran que propiedad colectiva no quiere decir colectividad propietaria:

Ningún propietario puede usar el todo por sí y para sí; puede usar toda una zona exclusivamente, y puede usar otras partes, por entero al mismo tiempo que los demás.⁵⁶

Cabe insistir en lo medular de la teoría para comprender el funcionamiento del sistema. Existen poderes exclusivos con respecto a los llamados *bienes propios* y poderes compartidos sobre los llamados *bienes comunes*. Como expresamos en el *Curso de Propiedad Horizontal*:

[...] no es un problema de campeonato de teorías, sino de realidad y de cultura jurídica. No es que se tiene derecho de propiedad sobre las áreas privadas (las unidades o departamentos), y derecho de copropiedad sobre las áreas comunes, de acuerdo a las coordenadas del Código Civil, sino que como refieren MIRANDA y CURBELO URROZ se presenta una nueva manera de estar el derecho de propiedad.⁵⁷

53 POIRIER, Pierre, *La propiedad horizontal. «Condominium»*, Buenos Aires: Arayú, pp. 22 s.

54 MIRANDA Y CURBELO URROZ, o. cit., p. 39.

55 *Ibidem*.

56 *Ibidem*, pp. 39 y 40.

57 GNAZZO y MOLLA, o. cit., p. 39.

La falla de la teoría dualista radica en contraponer copropiedad con propiedad exclusiva, como si la parte de propiedad exclusiva ubicara al titular de la unidad de propiedad horizontal en la misma situación de la propiedad solitaria del Código Civil. El titular de un bien en propiedad horizontal puede hacer lo que la ley y el reglamento en su caso disponen. Es un derecho de propiedad reglamentado.⁵⁸

PALMIERO expresa:

Posiblemente, ningún instituto del derecho moderno haya sufrido una evolución como la experimentada por el derecho de propiedad en su desarrollo histórico. Las nuevas modalidades de vida comunitaria le han dado una fisonomía acorde con el ritmo de la civilización, y son tantas las restricciones legales y convencionales impuestas por la adecuación, que el *jus utendi*, el *jus fruendi* y el *jus abutendi*, en su acepción romanista, prácticamente han pasado a ser simplemente material de estudio para la investigación histórica de las instituciones.⁵⁹

La noción cardinal de la teoría monista es la de poder de actuación exclusivo o compartido sobre las distintas partes de la cosa (el inmueble).

A nivel de derecho comparado, cabe mencionar el sistema suizo, que negó la propiedad horizontal en su Código y sin embargo es el primer sistema (Ley Federal suiza de 1963) que consagra a texto expreso que la propiedad horizontal es propiedad unitaria. Toma al inmueble como un todo, con vigencia de poderes compartidos —la mayoría— y poderes individuales para actuar en lo que en el plano teórico es lo menor. Lo que sucede es que, en el tráfico jurídico, de lo que se trata es de la disposición de los llamados *bienes propios*.

La ley patria indudablemente, a tenor literal, parece consagrar la tesis dualista. Pero esto no es determinante para el intérprete, sino que la tarea es averiguar cuál es la conceptualización que da a la situación la calidad de sistema jurídico. El sentido literal es el significado de los términos en su acepción corriente, por cuanto, en principio, las palabras son usadas con el sentido que generalmente se les da; su consideración es solamente el inicio de la tarea interpretativa. Como expresa LARENZ:

[...] la flexibilidad, la riqueza de matices y la capacidad de adaptación del lenguaje general es, a la vez, su punto fuerte y su punto débil. Esto tiene como consecuencia que del uso del lenguaje, solamente, no se obtiene un sentido literal claro. En lugar de ello hallamos un número más o menos grande de posibles significados y variantes de significado, de los que concretamente se obtiene, las más de las veces, de la conexión del discurso, de la cosa de que se trata o de las circunstancias acompañantes. A estos criterios responden,

58 Ibidem, p. 19.

59 PALMIERO, Rafael Andrés, *Tratado de la Propiedad Horizontal*, Buenos Aires: Depalma, 1974, p. 64.

con respecto a la interpretación de la ley, la conexión de significado, la intención reguladora del legislador y el fin cognoscible de la ley.⁶⁰

En ese orden de ideas, la posición monista es la que brinda la respuesta adecuada.⁶¹

El decreto ley 14560 marca un giro copernicano en materia de actuación colectiva: sustituye el régimen rígido de la unanimidad de copropietarios para la toma de determinadas decisiones por el de mayorías especiales, lo que constituye sin duda un reconocimiento a la verdadera teoría en la materia.

GAMARRA, por su parte, apoya la tesis monista:

La doctrina monista se fue afirmando en nuestro país; enseñaba GARCÍA OTERO que el del propietario en régimen de propiedad horizontal es un derecho único —no la suma de propiedad más copropiedad— que supone una más fuerte posibilidad de ejercicio respecto de ciertas partes del edificio, las unidades, y una mucho más atenuada capacidad operativa en cuanto a los bienes llamados comunes. En igual sentido se han expresado, entre otros exponentes de la doctrina nacional, GNAZZO y MOLLA. Más recientemente señalaba MOLLA que el argumento más sólido de la posición monista es la naturaleza de las cosas, porque la visión del bien es solamente una y ella es de conjunto. En un edificio no se ve una copropiedad y una propiedad, sino que se ve algo que aparece a los sentidos como una cosa corporal. En efecto, si nos posicionamos como cualquier titular de derechos de un bien en régimen de propiedad horizontal, observamos que, esta visión única (no dual) del bien es la que también percibe el titular de dichos derechos en el referido régimen. En efecto, al adquirir una unidad con el derecho a los bienes comunes (algunos de su uso exclusivo y otros en régimen de comunidad), el titular no distingue entre esos distintos derechos, pues todos ellos conforman un todo que le permite el uso y goce de la cosa. Siente que está realizando un esfuerzo económico único por el cual percibe derechos sobre un conjunto de bienes. De hecho, al evaluar la adquisición, toma en cuenta tanto los bienes individuales como los bienes comunes, sean estos de uso exclusivo o no. Luego de promulgado el decreto-ley 14560, nadie duda del triunfo en nuestro ordenamiento jurídico de la tesis monista, que toma como centro a la comunidad y así lo ha sostenido la doctrina cuando señala que la colectivización del sistema se ha acentuado incluso dentro del ámbito en que tradicionalmente actuaban las mayorías: el de los bienes comunes. El viejo dogma de la propiedad exclusiva (art. 2.º) ha sufrido limitaciones tan importantes, que ha quedado casi vacío de contenido.⁶²

60 LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona: Ariel, 1980, p. 317.

61 GNAZZO y MOLLA, o. cit., p. 20.

62 GAMARRA, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo IV, 4.ª ed. act., Montevideo: FCU, 2006, pp. 309 s.

En el tomo XXVI del *Anuario de Derecho Civil* (año 1995), pp. 577 ss., hicimos referencia a dos informes de nuestra autoría a raíz de consultas formuladas a la Comisión de Derecho Civil de la Asociación de Escribanos del Uruguay, bajo el título «Aplicaciones del nuevo principio en materia de propiedad horizontal, establecido por la ley 14560». La reformulación de los artículos 12 y 13 de la ley 10751, realizada por el mencionado decreto-ley 14560, constituye prueba elocuente de la primacía de la teoría monista.

La vigencia de la teoría monista permite ubicar a la propiedad horizontal como distinta de la propiedad común encartada en el Código Civil.

III.3.3. La propiedad fiduciaria

La propiedad fiduciaria que adquiere el fiduciario por virtud del negocio jurídico de fideicomiso y el modo correspondiente (tradicción o sucesión en el caso del fideicomiso testamentario) es en nuestra opinión propiedad pero diferente a la propiedad del Código Civil o de la propiedad horizontal, por cuanto el fiduciario solamente puede realizar los actos establecidos en el negocio de fideicomiso. Se asiste a una situación de poder de disposición. En consecuencia, el fiduciario no puede realizar sino los actos permitidos; de lo contrario, de acuerdo al discurso de la ley, los actos ajenos a lo autorizado serán inoponibles al fideicomitente y al beneficiario y se podrá solicitar su revocación (artículo 17). De otra parte, el llamado *patrimonio fiduciario* constituido por los bienes transferidos al fiduciario en cumplimiento del negocio de fideicomiso constituye un patrimonio separado del resto del patrimonio del fiduciario, y que solamente podrá ser agredido por los acreedores del fideicomiso creado.

III.4. Derecho y deberes del propietario. Vigencia de la función social de la propiedad

La función social de la propiedad conforme con la Constitución, en nuestra opinión, como referimos *supra*, se manifiesta en diversas leyes, tales como la Ley de Creación del Instituto Nacional de Colonización, n.º 11029, modificativas y concordantes; la Ley de Centros Poblados, n.º 10723, con las modificaciones introducidas por la ley n.º 10866; el Decreto-ley de Conservación de Suelos y Aguas, n.º 15239; las disposiciones de derecho ambiental, en especial la ley n.º 17283, la ley 18092 y modificativas de titularidad de inmuebles rurales y explotaciones agropecuarias, y la Ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible, n.º 18308.

El profesor Arturo YGLESIAS sostiene que nuestra Constitución nada dice con respecto a la función social de la propiedad, pero manifiesta que las funciones de la propiedad no resultan de la Constitución sino de la ley, y en realidad debemos deducirlas de lo que sobre ella regulan el Código Civil y las demás leyes que a ella se refieren. Por tal razón entiende el

distinguido civilista que no es necesario modificar la Constitución de la República para introducir la doctrina de la función social de la propiedad, sino que basta consagrarla en la ley, cosa que ya en forma implícita ha venido ocurriendo desde tiempo atrás.⁶³

Del elenco de leyes referido, podemos distinguir: a) Las que se vinculan al poder de disposición del propietario, como la Ley del Instituto Nacional de Colonización, que establece el derecho de tanteo a favor del organismo para los campos de una extensión igual o superior al equivalente a 500 hectáreas de índice de productividad CONEAT 100; por su parte, la Ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible establece en su artículo 66 el derecho de preferencia a favor del gobierno departamental respectivo para la adquisición de inmuebles en las áreas dispuestas específicamente por los instrumentos de ordenamiento territorial. b) Las de la división y destino de la propiedad, como la Ley de Centros Poblados y la de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible. c) La que enerva el poder normativo negocial para poder ser titular de bienes rurales o de explotaciones agropecuarias, como la ley 18092 y modificativas. d) Las que imponen normas para el uso, como la Ley de Conservación de Suelos y Aguas y las de Derecho Ambiental.

De otra parte, la que sin duda marca la impronta de la función social de la propiedad es la Ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible, n.º 18308.

Este cuerpo legal, como refiere el profesor Arturo YGLESIAS, no fue bien recibido en el medio jurídico. Las discusiones se tiñeron con tintes políticos que generan confusiones sobre el tema. En términos generales, no existe un cambio del concepto de propiedad, sino que se ha activado la función social con mayor beligerancia. Lo dicho, sin perjuicio de que existen algunas disposiciones que pueden ser consideradas inconstitucionales, como a vía de ejemplo sucede con el artículo 65 de la ley, que establece un plazo de prescripción ordinaria de cinco años (muy inferior al del Código Civil, que es de treinta años) para determinadas situaciones.

La función social se manifiesta en la ley, la cual establece deberes concretos a los propietarios, que pasamos a enumerar.

El artículo 37, bajo el título «Deberes generales a la propiedad inmueble», dispone que constituyen deberes territoriales de los propietarios: a) el deber de usar conforme a las previsiones legales y reglamentarias; b) el deber de conservar en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público; c) el deber de proteger el medio ambiente y la diversidad; c) el deber de proteger el patrimonio cultural; d) el deber de cuidar; f) el deber de rehabilitar y construir.

63 YGLESIAS, Arturo, *Derecho de las cosas*, Montevideo: FCU, tomo III, pp. 80 ss.

El artículo 40 impone la obligación de construir en los solares baldíos o de rehabilitar las construcciones ruinosas en los ámbitos que establezcan los instrumentos respectivos.

El artículo 42, para el caso de suelos no consolidados y potencialmente transformables, obliga a: a) ejecutar a costo del propietario las obras de urbanización; b) ceder a la Intendencia o a la entidad pública que esta determine, de forma gratuita, los terrenos del ámbito que los instrumentos de ordenamiento territorial prevean con destino a uso y dominio público; c) ceder a la Intendencia los terrenos urbanizados edificables o inmuebles en los que reconcrete el derecho a la participación de esta en la distribución de los mayores beneficios, y d) distribuir de forma equitativa o de compensar, entre todos los interesados del ámbito, los beneficios y cargas que se deriven de la ejecución del instrumento de ordenamiento territorial.

La función social destaca en las disposiciones mencionadas por cuanto consagra, como expresa YGLESIAS, el derecho de la Administración a recuperar el mayor valor del suelo producido por las acciones del Estado o del gobierno departamental, o sin aportaciones del propietario, con destino a ser empleado en beneficio de la sociedad.⁶⁴ Se pone el énfasis en la propiedad como medio de producción, pretendiendo desterrar la noción de propiedad-especulación.

IV. MERCADO INMOBILIARIO⁶⁵

En los últimos años en Uruguay existe un gran desarrollo en el mercado inmobiliario, tanto en la construcción como en la compra y venta de inmuebles a precios exorbitantes.

Coadyuvan a esta situación las medidas tomadas en otros países que provocan que el inversor busque el mejor lugar donde colocar su dinero.

Principalmente en el ámbito de la construcción de edificios es donde se percibe esta situación. El inversor busca la mejor forma de invertir su dinero en la construcción de dichos edificios, evaluando principalmente las cargas fiscales que existen en el país y por ende la mejor forma de desarrollar su actividad inmobiliaria.

El inversor se cuestiona si la mejor opción es actuar a través de la figura del fideicomiso (que ha tenido mucho éxito en otros países) o si se mantiene la preferencia por la tradicional figura de la sociedad, principalmente sociedad anónima. Su cuestionamiento se plantea por lo general desde el punto de vista económico, principalmente fiscal, y la importancia de la actuación notarial en ese sentido radica en indicar la forma más apropiada desde el punto de vista jurídico.

64 *Ibidem*, p. 150.

65 Por Daniella CIANCIARULO.

A los efectos se referirá a continuación, en primer lugar, a las características del fideicomiso según la ley 17703; en segundo lugar, se harán menciones generales del régimen societario uruguayo, indicando principalmente cuáles son las formas de actuación más clásicas en lo que refiere a la actividad inmobiliaria, y por último se marcarán algunas diferencias fundamentales entre actuar mediante un fideicomiso o mediante una sociedad.

IV.1. Fideicomiso

El contrato de fideicomiso está regulado en Uruguay por la ley 17703, de 27 de octubre de 2003, y el decreto reglamentario 516/2003, de 11 de diciembre de 2003.

Esta ley regula el fideicomiso por acto entre vivos y por testamento. Dentro del fideicomiso por acto entre vivos se refiere al fideicomiso de administración, de garantía y financiero.

Básicamente consiste en que una parte, llamada *fideicomitente*, transmite bienes o derechos de cualquier naturaleza a otra persona, llamada *fiduciario*, quien los administrará de acuerdo a las instrucciones dadas, en beneficio de una persona llamada *beneficiaria* designada o a designarse, y al finalizar el contrato los restituirá o transmitirá al beneficiario.

Con dichos bienes o derechos se forma un patrimonio fiduciario, que es un patrimonio separado y ajeno al patrimonio del propio fiduciario y no se ve afectado por las vicisitudes que puede tener este.

El fiduciario debe cumplir con las obligaciones que surgen de la ley y del contrato de fideicomiso; entre otras: defender los bienes fideicomitados, rendir cuentas, transferir los bienes del patrimonio fiduciario al fideicomitente o al beneficiario al concluir el fideicomiso, guardar reserva respecto de las operaciones, actos, contratos y documentos e información que se relacionen con el fideicomiso.

El escribano Roque MOLLA ha sostenido que uno de los usos habituales del fideicomiso es para la inversión inmobiliaria. En este sentido el más utilizado es el llamado *fideicomiso al costo*.⁶⁶

El fideicomiso como contrato y la propiedad fiduciaria admitida por la ley 17703 permiten la realización de inversiones inmobiliarias bajo la figura de *fideicomiso al costo*. En estos emprendimientos, el inversor pagará solamente el costo de la unidad. Como refiere el arquitecto Damián TABAKMAN:

[...] es algo muy seductor y marketinero. Puede resultar muy atractivo y paradójico al mismo tiempo. Entrar al costo quiere decir que el inversor ahorrará, como mínimo la ganancia del desarrollista. Pagará simplemente

66 MOLLA, Roque, Exposición realizada en el Taller de derecho civil de la Asociación de Escribanos del Uruguay en setiembre de 2012.

lo que cueste la obra y lo hará a medida que se vaya incurriendo en las inversiones. Pero es lógico que la gente se pregunte entonces, donde está el negocio de quien arma el emprendimiento, si vende sin margen de utilidad. Por supuesto que no está en los honorarios ni en el trabajo que se genera. Esas tareas, que son ejecutivas, deben ser retribuidas, en cualquier modelo a precios de mercado. Pero el negocio es otra cosa. La pregunta es dónde hay una ganancia de capital. Y la respuesta puede ser: a) no hay o b) en el terreno. No nos olvidemos de que la esencia del negocio inmobiliario pasa, ni más ni menos que por ganar plata con la tierra [...] Esa es la esencia del comercio: la compra mayorista y la venta minorista, con valor agregado. Y en el caso de los proyectos al costo, en los que la gente accede a su unidad, el desarrollista también puede ganar plata comprando el terreno en forma mayorista y vendiéndolo al por menor o al detalle entre inversores.⁶⁷

De otra parte, el fideicomiso al costo puede ser utilizado por todos los que participan en la obra, aportando al patrimonio fiduciario tanto el terreno como los materiales, los servicios profesionales, los de la empresa constructora y demás, y establecer el régimen de distribución de los beneficios. En esta variable, puede no existir desarrollista sino que el fiduciario sea el administrador del emprendimiento.

La propiedad fiduciaria, con la aptitud otorgada por la ley de no verse afectada por obligaciones ajenas al objeto del fideicomiso, permite mantener los derechos de los beneficiarios (a la vez fideicomitentes) al abrigo de las vicisitudes patrimoniales de sus integrantes.

IV.2. Régimen societario

Las sociedades comerciales están reguladas en Uruguay en la ley 16060, que entró en vigencia el 5 de enero de 1990, y desde entonces quedaron derogadas las normas del Código de Comercio.

Esta ley regula distintos tipos societarios. Entre ellos los más utilizados son las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades anónimas, y figuras no societarias como los consorcios y los grupos de interés económico.

Al momento de la elección del tipo societario los interesados evalúan principalmente el esquema con el que protegen mejor su responsabilidad personal, y esto, entre otros aspectos, es lo que ha dado mayor desarrollo a las sociedades de responsabilidad limitada y a las sociedades anónimas.

En los últimos años se han sancionado leyes que provocaron que incluso se analizara el uso de uno u otro tipo de los mencionados, atendiendo al aspecto tributario o a la actividad de la sociedad. Así sucedió con la Ley de Reforma Tributaria, n.º 18083, que entró en vigencia el 1 de julio de 2007, o con la ley 18092, que entró en vigencia el 7 de enero de 2007 y exigió la

67 TABAKMAN, Damián, *Fideicomisos al costo. Bienes raíces*, Buenos Aires: BRE, 2011, p. 39.

nominatividad del capital y su pertenencia a personas físicas para que una sociedad pudiera ser propietaria de inmuebles rurales o de explotaciones agropecuarias.

En lo que refiere al mercado inmobiliario, se han dado distintas situaciones:

- A los efectos de la adquisición de un inmueble, en general la tendencia es a la adquisición a título personal. Esto por tradición y porque la tenencia de un inmueble por una sociedad origina una gran carga fiscal que no siempre el interesado está dispuesto a asumir.
- En sede de inmuebles rurales existen limitaciones para que una sociedad sea propietaria.
- La adquisición de inmuebles por sociedades anónimas con acciones al portador provoca que al momento de enajenarse el inmueble, a los efectos de evitar el pago del impuesto a la renta (que en la venta de acciones al portador está exonerado), se pretenda vender las acciones de la sociedad, y muchas veces el adquirente desconoce las consecuencias de adquirir un paquete accionario.

En lo que refiere a la construcción de edificios, hecho de gran desarrollo en Uruguay, también se dan diferentes escenarios:

1. En ocasiones los inversores constituyen una sociedad (anónima en todos los casos) y los socios hacen «préstamos» a la sociedad a los efectos de construir un edificio. Ese edificio está destinado a la venta a terceras personas, y la forma de que la sociedad pague el préstamo es, o cambiando pasivo por acciones, o pagando directamente a los socios con alguna de las unidades construidas, o devolviendo el dinero prestado.
2. Otra forma es que los inversores construyan edificios y para cada uno constituyan una sociedad diferente, generando en realidad un verdadero conjunto económico. Esto no está prohibido, pero sí puede traer consecuencias en algunos aspectos; por ejemplo, en materia laboral, donde la figura del conjunto económico es empleada por la jurisprudencia para responsabilizar a sus integrantes, incluso en desmedro del uso de otros institutos como, por ejemplo, el *disregar of legal entity*, reconocido en la ley 16060.

El artículo 331 de la Ley de Sociedades refiere a los *convenios de sindicación de acciones*, que constituyen un gran instrumento de regulación y adecuación de la actividad de los socios. Mediante estos acuerdos —llamados en general *parasocietarios*— los socios orientan su actividad, sea a nivel de voto en las asambleas, de enajenación de acciones o de cualquier otro objeto lícito.⁶⁸

68 Artículo 331, inciso 1, de la ley 16060: «(Convenios de sindicación de accionistas). Serán legítimos los convenios de accionistas sobre compra y venta de acciones, ejercicio de los derechos de preferencia y de voto o cualquier otro objeto lícito».

Este convenio es de gran utilidad cuando se trata de la construcción de un edificio en la que participan socios que en ocasiones ni siquiera se conocen, e incluso invierten su dinero a través de apoderados o terceras personas y deben tener certeza del destino del capital invertido.

La gran interrogante es: ¿qué instrumento concede más ventajas? Y aquí es cuando corresponde plantear, ¿fideicomiso o sociedad?

La idea del trabajo no es tomar partido por una u otra forma, sino dejar planteadas las diferencias para que, si es de interés del lector, este llegue a su propia conclusión.

IV.3. ¿Fideicomiso o sociedad?

Se plantearán las que en nuestra opinión son las principales diferencias entre una y otra figura, sin mayor desarrollo de cada aspecto por razones de técnica y de acotamiento del punto tratado.

IV.3.1. Personalidad jurídica

El fideicomiso no es persona jurídica; en cambio, la sociedad sí lo es. El otorgamiento de la personalidad jurídica es una decisión de política legislativa. La ley decide si un instituto tiene o no personalidad jurídica.

En Uruguay, solo las sociedades civiles (salvo aquellas que tengan solo objeto agrario o las sociedades civiles de propiedad horizontal) carecen de personalidad jurídica.

El resto de las sociedades tienen esta cualidad, que implica que al reunirse los integrantes se forma una persona separada del resto, surge un sujeto de derecho con derechos y obligaciones, con patrimonio propio, con acreedores diferentes a los acreedores de sus socios, más allá de que en algunos casos estos sean responsables solidariamente con el ente societario.

En el fideicomiso, como se dijo, los fideicomitentes transfieren sus bienes al patrimonio fiduciario, y este se constituye en un patrimonio de afectación, al cual no le alcanzan las vicisitudes ni de los fideicomitentes, ni incluso los personales del fiduciario. Pero esto no implica que sea una persona jurídica, que puede actuar libremente con terceros, es decir, no es sujeto de derecho.

En la sociedad, ese patrimonio social se divide en participaciones sociales (partes sociales, cuotas, acciones), pero que pueden ser perseguidas por los acreedores personales. Por ejemplo, una cuota o una acción puede ser embargada por un acreedor del socio.

IV.3.2. Aportes de bienes

En el fideicomiso se aportan bienes a la propiedad fiduciaria, y el fiduciario tiene una propiedad limitada, a los fines del fideicomiso y con las responsabilidades que su incumplimiento implica.

Al momento de culminación del contrato de fideicomiso esos bienes serán transmitidos al fideicomitente o sus sucesores, salvo que otra cosa se haya pactado en el negocio constitutivo (artículo 33 de la ley 17703).⁶⁹

En una sociedad, los socios aportan bienes en forma plena, definitiva, y estos pasan a ser propiedad de este nuevo sujeto de derecho que se creó (salvo en el caso de aporte de uso y goce). Por lo tanto, ese bien pasa a ser garantía común de los acreedores de la sociedad (artículo 2372 del Código Civil, inciso 1).

Eventualmente, en etapa de liquidación de la sociedad, el socio puede recibir como pago de su participación el mismo bien que aportó o algún otro bien social (artículo 178 de la ley 16060).⁷⁰

IV.3.3. Limitación en el tipo de aportes

En el fideicomiso no hay limitación en cuanto al tipo de bienes que se aporten. Establece el artículo 5.º de la ley 17703 que se pueden transferir a la propiedad fiduciaria bienes o derechos de cualquier naturaleza, presentes o futuros, incluidas las universalidades de bienes.

En las sociedades comerciales existen limitaciones de acuerdo al tipo social. Por ejemplo, en el caso de sociedades de responsabilidad limitada y de sociedades anónimas, el aporte en especie debe realizarse en el mismo acto de la constitución de la sociedad.

En cuanto al aporte de dinero, en las SRL se debe aportar al momento de la constitución como mínimo el 50 % y el resto diferirse hasta un máximo de dos años. En las SA se debe integrar por lo menos el 25 % del capital social y suscribir lo que falte hasta llegar al 50 %

En las SRL y SA no se puede aportar trabajo, pues los bienes aportados deben ser susceptibles de ejecución forzada. Tampoco se puede aportar el uso y goce de una cosa.

En otros tipos sociales no existen estas limitaciones, si bien estos tipos sociales ya se encuentran en desuso debido a las inconveniencias que generan para los socios, principalmente en cuanto a su responsabilidad.

IV.3.4. Plazo

Tratándose del contrato de fideicomiso el plazo máximo es de 30 años (artículo 33, inciso b, de la ley 17703).

69 Artículo 33 de la ley 17703: «*Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitados al fideicomitente o a sus sucesores, salvo que otra cosa se hubiera establecido en el negocio constitutivo. En el caso de cese del fiduciario y si no se hubiere designado sustituto, dicha entrega operará de pleno derecho. Queda excluida de esta situación el caso de terminación del fideicomiso por cesación de pagos*».

70 Artículo 178, inciso 3: «*Los socios tendrán derecho a que se les adjudiquen los mismos bienes remanentes. De ser posible, el bien aportado que se conserve en el patrimonio social será atribuido a quien lo haya aportado*».

En los contratos sociales, según el artículo 15 de la ley 16060, se puede establecer un plazo máximo de 30 años, sin perjuicio de las prórrogas. O sea que incluso se podría exceder dicho plazo si se pacta una prórroga.

Y más aún, en el caso de las SA este límite no rige (artículo 251 de la ley 16060), lo que permite pactar cualquier plazo —en las SA uruguayas es de estilo pactar 100 años—.

IV.3.5. Conjunto económico

Es posible que varias sociedades construyan distintos edificios, aun cuando sus integrantes son en realidad los mismos o similares en todos los casos.

Ya se explicó que en algunas situaciones esto puede dar lugar a dificultades por la creación de un conjunto económico, cuando se intenta responsabilizar a todos los integrantes por las vicisitudes de alguna sociedad. Esto se observa reiteradamente en la jurisprudencia laboral.

En el caso del fideicomiso, las mismas personas podrían crear distintos fideicomisos y proyectar la construcción de distintos edificios, y no se les plantea dicha dificultad.

IV.3.6. Administración

El patrimonio fiduciario es administrado por el fiduciario, cuya figura está regulada en los artículos 11 y siguientes de la ley 17703. El fiduciario debe cumplir estrictamente las instrucciones que se acordaron en el contrato de fideicomiso. Su incumplimiento apareja sanciones.

Según el artículo 16 de la ley 17703:

[...] el fiduciario deberá desarrollar sus cometidos y cumplir las obligaciones impuestas por la ley y el negocio de fideicomiso, con la prudencia y la diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él.

En el caso de las sociedades, estas cuentan con un órgano de administración, que, de acuerdo al artículo 79, inciso 3, puede realizar todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social. Los administradores, que pueden coincidir o no en la figura del representante, tienen un estricto régimen regulatorio, y cuentan también con el parámetro del *buen hombre de negocios* para regular su responsabilidad (artículo 83 de la ley 16060).

IV.3.7. Oponibilidad

El contrato de fideicomiso se inscribe en el Registro Nacional de Actos Personales y, en el caso de transmitirse bienes registrables, en el registro en que corresponda inscribir dichos bienes.

Según el artículo 16 de la ley 17703, el fideicomiso inscripto es oponible. Los actos y contratos celebrados por el fiduciario en infracción de las restricciones dispuestas o excediendo sus facultades serán inoponibles en perjuicio del fideicomitente y del beneficiario.

Si no está inscripto, no es oponible salvo que los actos realizados por este sean notoriamente extraños a la finalidad del fideicomiso o que el tercero tenga conocimiento de la infracción.

El artículo 79, inciso 4, de la ley 16060 dispone que las restricciones a administradores y representantes establecidas en el contrato o en el acto de designación son inoponibles, pero tienen eficacia interna, salvo que exista buena fe (artículo 79, inciso 5).

Esto es, si el contrato social contiene restricciones, estas tendrán eficacia entre las partes, y si alguna incumple, esto aparejará responsabilidad para el incumplidor, pero el tercero no se ve afectado, salvo que conociera la limitación. Por esto es que hacemos alusión a si existe buena fe.

IV.3.8. Utilidades

En el fideicomiso se permite pagar utilidades al fiduciario sin limitaciones, salvo contractuales. En el caso de la sociedad, en cambio, sí existen limitaciones. Algunas de ellas son:

- Las sociedades deberán destinar no menos del 5% de las utilidades netas que arroje el estado de resultados del ejercicio para la formación de un fondo de reserva de hasta el 20% del capital social (artículo 93 de la ley 16060).
- No podrán distribuirse beneficios que no deriven de utilidades netas resultantes de un balance regularmente confeccionado y aprobado por la mayoría social o el órgano competente (artículo 98 de la ley 16060).
- Podrá adelantarse el pago de utilidades o dividendos a cuenta de las ganancias del ejercicio, cuando existan reservas de libre disposición suficientes a ese efecto (artículo 100 de la ley 16060).
- En las sociedades anónimas será obligatorio distribuir como dividendo a los accionistas por lo menos el 20% de las utilidades netas del ejercicio (artículo 320 de la ley 16060, inciso 1).
- La obligación de pagar dividendo de acuerdo a lo establecido en este artículo no regirá cuando así lo resuelva expresamente la asamblea de accionistas en resolución fundada, con la conformidad de accionistas que representen por lo menos el 75% del capital social y la opinión favorable de la sindicatura de la sociedad, si la hubiera (artículo 320, inciso 3, de la ley 16060).

IV.3.9. Régimen de liquidación

En el caso del fideicomiso se establecen en el contrato las reglas de la liquidación.

En el régimen societario, la ley, en los artículos 167 y siguientes, contiene normas que refieren a la liquidación de la sociedad. Es necesario analizar caso a caso dichas normas para ver si son de orden público o son modificables por voluntad de las partes.⁷¹

IV.3.10. Concurso

En el caso del fideicomiso no se aplica la Ley de Concursos, n.º 18387, pues esta se aplica a personas jurídicas o personas físicas que realicen actividad empresarial. En el fideicomiso se realiza liquidación privada.

Sí es aplicable el artículo 68 de la Ley de Concursos, que contiene normas sobre los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos, con excepción del fideicomiso de garantía (esto último de acuerdo a lo establecido en la ley 18937).

Las sociedades comerciales sí concursan. El artículo 68 mencionado es aplicable en todos los casos que corresponda.

En cuanto a la inhabilitación:

- El fiduciario podría quedar inhabilitado para el ejercicio de sus funciones. Esto pues el artículo 201 de la ley 18387, que refiere al contenido de la sentencia de calificación del concurso como culpable, establece que puede declararse la inhabilitación del deudor o de los administradores o liquidadores, aun de hecho, para administrar los bienes propios o ajenos por un período de 5 a 20 años. Por ello, si el fiduciario tuviera alguna de estas calidades, es decir, fuera deudor de un concurso como persona física o fuera administrador o representante de una sociedad concursada, podría verse alcanzado por estos efectos.
- Al administrador o representante social, en consecuencia de lo dicho, también le son aplicables estas normas.

5. CONCLUSIONES

1. El escribano es un profesional de derecho que colabora en la obtención de la seguridad jurídica, principio básico que rige en toda sociedad de derecho y aspiración máxima de todo ser humano.
2. Dentro de los sistemas de notariado, el notariado latino es el que ofrece mayor colaboración con la seguridad jurídica, dada la intervención del notario en la redacción y confección de documentos, con las autenticaciones allí realizadas.
3. a. En nuestro ordenamiento es dable sostener la existencia de distintas conceptualizaciones de propiedad. La propiedad del Código

71 A los efectos aceptamos como válida la opinión del Dr. Ricardo OLIVERA en «El orden público en las sociedades comerciales», *Anuario de Derecho Comercial*, n.º 8, Montevideo: FCU, 1999.

Civil, más allá de las implicaciones de la función social, es absoluta y exclusiva de su titular. La propiedad horizontal es una manera diferente de tener la cosa en propiedad. Los poderes sobre la cosa son compartidos por los copropietarios en determinadas áreas —los denominados *bienes comunes*— y exclusivos de sus titulares en otras —los llamados *bienes propios*—. La propiedad fiduciaria, a la inversa de la propiedad común, solamente permite al propietario fiduciario realizar los actos encomendados en el negocio jurídico de fideicomiso.

- b. La propiedad está en el derecho actual fuertemente impregnada de la idea de función social. Nuestra Constitución, en su artículo 32, responde a nuestro juicio a dicha tendencia.
 - c. La Ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible, más allá de las críticas que merece, constituye la normativa más elocuente de aplicación de la función social de la propiedad al establecer por primera vez en el Uruguay deberes al propietario, en forma ordenada y minuciosa.
4. Existen diversos mecanismos para obtener la inversión en el mercado inmobiliario. Entre ellos los más frecuentes son el fideicomiso y las sociedades. Corresponde evaluar en cada situación los pros y los contras de cada uno, a los efectos de que se obtenga el mayor beneficio tanto para quien invierte como para el país donde se invierte.

BIBLIOGRAFÍA

- DE LOS MOZOS, José Luis, *El derecho de propiedad. Crisis y retorno a la tradición*, Madrid: Edersa, 1993.
- CURBELO URROZ, Hebert, y MIRANDA, Fernando, «Régimen de la propiedad horizontal en el derecho positivo uruguayo». Ponencia presentada al X Congreso Internacional del Notariado Latino. Montevideo, 1969.
- DUGUIT, León, *Transformaciones del derecho*, Barcelona: Heliasta. 2008.
- GAMARRA, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo IV, 4.^a ed. act., Montevideo: FCU, 2006.
- GROSSI, Paolo, «Prólogo a la edición española» de *La propiedad y las propiedades*, Madrid: Cuadernos Civitas, 1992.
- GNAZZO, Teresa, y Roque Molla, *Curso de propiedad horizontal*, Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 1992.
- LANZIANO, Washington, *Estudios de derecho administrativo*, Montevideo: Universidad de la República, 2.^a ed., 1996.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona: Ariel, 1996.
- LARRAUD, Rufino, *Curso de derecho notarial*, Buenos Aires: Depalma, 1966.
- LÓPEZ MEDEL, Jesús, *Propiedad inmobiliaria y seguridad jurídica. Estudios de derecho y sociología registral*, Madrid: Colegio de Registradores de

- la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1995.
- MEDINA DE LEMUS, Manuel, *La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1995.
- PALMIERO, Andrés Rafael, *Tratado de la propiedad horizontal*, Buenos Aires: Depalma, 1974.
- PÉREZ MONTERO, Hugo, Conclusiones al trabajo «Responsabilidad civil del escribano. El llamado *seguro de mala praxis*. Sus diferencias con el seguro de título», ponencia en la XI Jornada Notarial Iberoamericana, Buenos Aires, 10 al 13 de marzo de 2004.
- POIRIER, Pierre, *La propiedad horizontal. «Condominium»*, Buenos Aires: Depalma, 1950.
- RODOTA, Stéfano, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Madrid: Civitas 1986.
- SIRI GARCÍA, Julia, «La función notarial en la economía de mercado», VIII Jornada Notarial Iberoamericana, Veracruz, 4 al 7 de febrero de 1998.
- *El notariado en la era de la tecnología*, Montevideo: FCU, 2001.
- «Responsabilidad civil del notario. El llamado *seguro de mala praxis*. Sus diferencias con el seguro de título», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 90, número extraordinario, 2004.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, «La seguridad jurídica en los negocios dispositivos», conferencia dictada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República, el 18 de abril de 1978, *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 64, 1978, pp. 237-260.
- VAZ FERREIRA, Carlos, *Sobre la propiedad de la tierra. Homenaje de la Cámara de Representantes*, Montevideo: Cámara de Representantes, 1957.
- YGLESIAS, Arturo, *Derecho de las cosas*, Montevideo: FCU, 1.^a ed., tomo III, 2010.