

DERECHO DE SUPERFICIE Y DIMENSION SOCIAL DE LA PROPIEDAD DEL SUELO.

Un instrumento para la implementación de políticas públicas activas de desarrollo urbano ambiental

Rómulo Pérez

Arquitecto. Magister en Planificación Urbana y Regional UBA
Instituto Superior de Urbanismo, Territorio y Ambiente. FADU-UBA
romulopez@fibertel.com.ar

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Con la intención de evitar una habitual y equívoca asociación y atendiendo particularmente al lector del medio local, resulta preciso desvincular del presente objeto de estudio el conocido caso de la *enfiteusis rivadaviana*¹ y distinguirlo además de las formas tanto históricas como contemporáneas adoptadas por la enfiteusis y/o el derecho de superficie, en particular en sus respectivas modalidades urbanas².

Es preciso elucidar entonces tres cuestiones: i) la *enfiteusis rivadaviana* se aplicó exclusivamente a las condiciones rurales; ii) contrariamente a algunas interpretaciones históricas, dicho instrumento no constituyó un intento dirigido a la promoción de la socialización de la tierra. Rivadavia -en guerra con Brasil- estableció la enfiteusis de la tierra pública porque estaba gravada en hipoteca y no podía venderla ni donarla³, aunque también “[...] cabe preguntarse si la ley de enfiteusis fue pensada en función de una reforma agraria o simplemente como un recurso fiscal para obtener rentas para el Estado [...]”⁴; y iii) por la desconsideración de las condiciones objetivas del contexto social, político y económico, la implementación de la ley de enfiteusis presentó serias dificultades, entre otras, “[...] dio lugar a la acumulación, sobre todo en la primera época, de extensos campos que se convertirán en latifundios [...]”. Y contrariamente al discurso rivadaviano, la enfiteusis implementada no impulsó el poblamiento.⁵

Finalmente, resulta necesario tener en cuenta las diferencias que se establecen entre *enfiteusis* y *derecho de superficie*⁶ desde el Derecho Clásico y a través de distintas doctrinas, siendo esta última institución –el derecho de superficie- la que se adopta en el presente trabajo, por su pertinencia y utilidad, en razón de lo expresado en las fuentes consultadas⁷

1 V. Ley Nacional de Enfiteusis del 18 de Mayo de 1826

2 Tales modalidades de aplicación contemporánea de la enfiteusis en distintos países fueron tratadas comparativamente en la ponencia “Enfiteusis urbana y dimensión social de la propiedad del suelo” –elaborada por el mismo autor- estudio que fuera presentado en las XXI Jornadas de Investigación 2006 FADU UBA

3 SONEIRA, ABELARDO JORGE. *La Inmigración y el Proyecto Liberal*. Centro Editor de América Latina SA. Buenos Aires, 1981, pp 5-10

4 GOLDMAN, ALICIA Y CECILIA HUBERMAN. *La Ley de Enfiteusis, ¿Reforma Agraria o recurso fiscal?* Documentos de Polémica N° 13 Centro Editor de América Latina SA Buenos Aires, 1972, pp 386

5 GOLDMAN, Op cit, pp 387 y ss

6 En la práctica contemporánea y entre la multitud de países en los que estos derechos reales tienen vigencia, tales figuras no poseen una denominación común aunque regulen situaciones relativamente análogas La comparativa de casos de aplicación arroja poca luz sobre tal cuestión ya que las respectivas legislaciones están referidas a sistemas tan diferentes como los Derechos Romano y Sajón.

⁷ En particular las obras de ANDORNO 1985, CAPÓN FILAS 1985, COSSARI 2007 y NOVELLO 2004

2. ENFITEUSIS Y DERECHO DE SUPERFICIE

Orígenes. Roma y el Derecho clásico

Según Novello, “[...] en el régimen del Derecho Civil Romano no parecía haber lugar para el derecho real de superficie porque el “*ius civile*” lo impedía. (...) manteniéndose (éste) dentro del esquema de los derechos personales (...) pero ante algunas situaciones de notoria injusticia, derivadas de lo que hoy podríamos llamar el ejercicio abusivo de los derechos de los propietarios del suelo, en el derecho pretoriano se concedió a quienes habían construido en suelo ajeno una acción y un interdicto.(...) La superficie como derecho real entre los romanos comienza a desarrollarse por obra del pretor que brindó a su titular un remedio (...) que excede al esquema de las relaciones contractuales del propietario. Pero a diferencia de los sistemas modernos, no se considera en Roma al superficiario como propietario, ni la superficie como propiedad.[...]”⁸

Las condiciones históricas que dieron origen al derecho de superficie en Roma y que tuvieron lugar a partir del S IV AC, fueron estructuradas por transformaciones de orden político y social que determinaron entre otras consecuencias, procesos de rápida urbanización animados por el relativo abandono de la tierra rural y las demandas de la militarización, del comercio y los servicios. En tales condiciones, la carencia de suelo urbano, devino en una significativa densificación edilicia y poblacional, así como la aplicación de tipologías de edificios residenciales o mixtos, como las “*insulae*” que alcanzaban los siete pisos de altura, admitiendo “[...] la posibilidad del derecho de superficie en plantas distintas de un mismo edificio. Pero aunque existiese una pluralidad de personas, una sola podía tener la propiedad y las demás, el derecho de superficie [...]”⁹

“[...] Vitrubio explica la necesidad de la “*ínsula*” o casa de varias viviendas de alquiler cuyas áreas pertenecían al Estado, colegios de sacerdotes o a grandes terratenientes y que se poseían como superficies, como único remedio para dar alojamiento al ingente número de habitantes que tenía la ciudad de Roma. Era la respuesta funcional a la escasez de habitación y de espacio para construirla. Pero las “*insulae*” no satisfacían las necesidades de una ciudad, que a finales de la República ya contaba con casi un millón de habitantes y escasas 2000 hectáreas de terreno, de las cuales no todas estaban disponibles para la construcción¹⁰. [...]”

Desarrollo histórico y situación actual en diversos países

Aunque de orígenes variados e inciertos, resulta opinión dominante de los autores consultados, que tales institutos se originaron en el Derecho Romano -mediante la protección dada por el pretor- encontrando aplicación en suelo de dominio tanto público como privado. El desarrollo histórico de tales derechos reconoce en una fase inicial que el interdicto posesorio y la acción de superficie del *ius praetorium* no constituye un principio absoluto mediante el cual la propiedad de lo edificado pueda estar en manos distintas al dueño del suelo¹¹. Ello, hubiera significado una derogación del principio de accesión contenido en el *ius civile* -cuyo respeto se mantuvo-, por lo que el interdicto se limitó a proteger una situación de hecho¹². Más tarde Ulpiano comenta que la posición del superficiario era sustancialmente equiparada

8 NOVELLO, VANESA A. *El Derecho de Superficie: de Roma a la actualidad. El caso de Argentina y Brasil*. XIV Congreso de Derecho Romano. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UBA. Buenos Aires.2004, pp 1-2

9 Novello comenta, que según un censo romano de la época en la *urbs* existían 46.602 edificios de la tipología *insula* (el 96,3% del total contra apenas 1.719 domus (3,7%) (NOVELLO op cit, pp 5)

10 Lo que significaría una densidad poblacional bruta de unos 500 habitantes por hectárea. El mismo indicador aplicado a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la actualidad, ronda los 150 hab/ Ha. (NOVELLO op cit, pp 6)

11 COSSARI, NELSON G.A. *El Derecho Real de Superficie: Las regulaciones legales del SXXI en Cataluña, Brasil y Argentina*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. <http://acader.unc.edu.ar>, c 2005, pp 4

12 NOVELLO ibidem, pp 1

al titular del derecho real, aunque las fuentes justinianas no admitieron excepción al principio de accesión¹³.

El régimen de propiedad y tenencia de la tierra durante la Edad Media estuvo organizado en torno al dominio desmembrado y múltiplemente dividido. La titularidad de dicho dominio se conservaba en cabeza del rey quien otorgaba a los miembros de la nobleza, a través de concesiones especiales denominadas señoríos, el control sobre la propiedad de ciertas tierras, conjuntamente con la capacidad de gobernar a sus vasallos.

Durante gran parte del período medieval “[...] *El derecho de superficie, denominado por la doctrina como “derecho intermedio” tuvo gran desarrollo gracias al derecho germánico, que atribuía mayor valor al trabajo del constructor que al derecho de propiedad del suelo. (...) el régimen feudal de la época, contribuyó en mucho en la concepción de la división del dominio de la propiedad, pues, dio gran importancia y valor a la superficie y a la enfiteusis.*

En definitiva, el derecho de superficie fue retomado por los glosadores, ampliando su campo de incidencia pasando a ser aplicado no solamente a las construcciones, sino también a las plantaciones que se hicieren en suelo ajeno; y la creación de la doctrina de la separación entre la propiedad del suelo y la de la construcción o plantación (propiedad superficiaria) basado en la doctrina de la división entre el dominio útil y directo¹⁴.

De esta forma, la superficie, en este período, fue concebida como verdadera propiedad paralela a la propiedad del suelo. Este pensamiento duró hasta la Revolución Francesa, cuando, debido a los abusos cometidos por los señores feudales -esclavitud de los hombres a la tierra y altos precios de los censos que estaban obligados a soportar por el uso de la superficie- la enfiteusis y la superficie fueron prohibidas, restaurándose la unidad de la propiedad en la persona del propietario del suelo.[...]”¹⁵

Relativo a la enfiteusis y/o al derecho de superficie “[...] *El Código Napoleón no la reconoció por ser considerada como una de las antiguas formas de sofocación de la propiedad inmobiliaria. Esta fue en general la política de los códigos decimonónicos, de corte liberal e individualista, que eran por lo general contrarios a la propiedad dividida.[...]”¹⁶*

En los ordenamientos jurídicos modernos el derecho de superficie resulta admitido debido a que se constituye en una figura cada vez más significativa dada su implicancia económica y social en distintos países. (Alemania, Austria, Bélgica, Bolivia, Canadá (Quebec), Cuba, España, Francia, Holanda, Italia, Japón, Perú, Portugal, Suiza, entre otros, según cita y compara Cossari). Países como Australia, España, Gran Bretaña, Holanda y Nueva Zelanda llevan entre uno y dos siglos aplicando estos principios en formato actualizado¹⁷.

En relación a ello, cabe advertir que en la actualidad el empleo tanto de la terminología como de sus contenidos sustantivos en los distintos países donde estos derechos reales encuentran aplicación, no adopta formas canónicas, situación que suele inducir a confusiones pues responde a concepciones doctrinarias y a prácticas diversas y diferentes. Sin embargo, el derecho real de construir en suelo ajeno resulta reconocido actualmente en forma mayoritaria en la legislación comparada bajo el nombre de derecho de superficie. Otros países, como Francia y Bélgica emplean el término *emphytéose* sin que la cuestión se vea alterada¹⁸. Finalmente en los países de tradición sajona, el *leasehold* vendría a constituir una figu-

13 COSSARI, op cit pp 4

14 Los romanos no llegaron a conocer el concepto de dominio dividido

15 NOVELLO ibidem, pp 18

16 COSSARI ibidem, pp 5

17 PÉREZ, RÓMULO. *Enfiteusis Urbana y Dimensión Social de la Propiedad del Suelo*. XXI Jornadas de Investigación FADU-UBA 2006. Área de Investigaciones Urbanas y Regionales. (Mimeo). Buenos Aires, 2006 pp 3-8

18 RENARD, VINCENT. *The practice of land leasehold in France and its relationships with housing development*. CNRS - Ecole Polytechnique. 2006. (Chapter of the book “A review on public land leasing system and its feasibility in Korea” Housing and Urban Research Institute, Seoul, Korea 2005)

ra relativamente equivalente al derecho de superficie. Andorno, citando a Jean-Pierre Marty, expresa:

“[...] en cuanto al derecho inglés, (...) la estructura fundiaria del mismo con sus orígenes medievales no corresponde a ninguna forma actual del denominado derecho continental europeo y se halla caracterizado por la multiplicación de las desmembraciones de la propiedad. En efecto, el régimen de la propiedad de la tierra en Gran Bretaña se presenta como sumamente complejo. Sin embargo es dable advertir en dicho derecho la figura de *building lease* que se aproxima al derecho de superficie. A fin de establecer el mismo, es necesario tener la calidad de *tenedor vitalicio*¹⁹ de la tierra (*tenant for life*). Más esta operación que permite introducir un mejora en un bien raíz, no debe agravar la situación del derecho del concedente. El *Building lease* es así otorgado a un constructor, mediante el pago de un canon reducido, a condición de que él mismo construya edificios de naturaleza específica y tome a su cargo el desembolso de cierta suma de dinero. El constructor, podrá a su vez sublocar a un tercero la referida construcción (*rank rent*) antes que el referido *tenedor vitalicio* recobre la propiedad absoluta del bien, la duración máxima puede ser de 99 años.[...].”²⁰

Comparativa entre enfiteusis y derecho de superficie

En su dinámica histórica, tanto la enfiteusis como el derecho de superficie constituyeron dos instituciones jurídicas a través de las cuales fue posible la coexistencia de dos derechos reales en el mismo fundo, -sin que ello implique adoptar la figura de condominio o de algún derecho personal-, lo que permitió localización, uso y goce de construcciones o plantaciones en suelo ajeno, bajo dominio exclusivo para el enfiteuta o el superficiario, en plazos muy extensos (ya no a perpetuidad).

Rasgos de similitud: Cabe reconocer entre los dos institutos, los siguientes rasgos de similitud: i) el dueño del fundo no pierde su dominio aún otorgando tales derechos reales a otra persona (enfiteuta o superficiario), bajo un determinado régimen; ii) el enfiteuta o superficiario realiza tales actividades por derecho propio y deviene propietario de lo construido o plantado en fundo ajeno, durante una extendida temporalidad.

Rasgos diferenciales: Sin embargo, se pueden establecer los siguientes rasgos diferenciales: i) en la práctica histórica y social, el derecho de superficie resulta una institución habitual en procesos urbanísticos, mientras que la enfiteusis se aplica mayormente al ámbito rural; ii) el enfiteuta tiene derecho sobre suelo, subsuelo y vuelo, mientras que el superficiario sólo sobre suelo y vuelo; iii) el derecho de superficie consiste en la construcción propia sobre suelo ajeno, de modo que la divisoria entre ambas propiedades se define por un plano horizontal; mientras que en la enfiteusis el conjunto suelo, construcciones y/o plantaciones tienen como propietario al enfiteuta, y iv) el enfiteuta tiene la obligación del pago de un canon o solarium al propietario del fundo, mientras que en el derecho de superficie el canon resulta ser optativo²¹.

En ambos casos, este vínculo que permite la coexistencia de dos derechos reales en el mismo fundo determina una modificación al *principio general de accesión*, mediante el cual lo construido o plantado se incorpora al dominio del propietario del suelo (propiedad absoluta o unitaria). Asimismo y como consecuencia de que tanto el enfiteuta y el superficiario como el propietario del fundo resultan ser titulares de derechos reales de igual jerarquía y diferente contenido (propiedad dividida o desmembrada), cada uno de ellos puede transmitir su dominio entre vivos y *mortis causa*, gravarlo, y en general celebrar contratos en torno a tales derechos reales.

19 Supuestamente el autor citado alude al titular del dominio del suelo.

20 ANDORNO, LUIS O *El derecho de superficie. Jurisprudencia Argentina*, Doctrina, 1985-III. Buenos Aires, 1985, pp 656

21 NOVELLO *ibidem*, pp 1-16

Situación y perspectivas actuales del derecho de superficie en la Argentina

Este derecho real no fue establecido en el Código Civil Argentino. Vélez Sarsfield, a partir de su adhesión a los principios de propiedad privada y libertad individual emanados del Código de Napoleón, no compartía la doctrina en sentido contrario²². Es más, según Kemelmajer “[...] Vélez consideró indispensable prohibir expresamente el derecho de superficie. (...) con belleza del lenguaje (Allende) ha dicho que, en realidad, el codificador “anatemizó” la superficie [...]”²³ opinión coincidente con la de Capón Filas²⁴.

Para resolver cuestiones no contempladas en la ley vigente resulta necesario continuar estudios y emprender acciones tendientes a la creación e implantación del mencionado instituto.²⁵ Actualmente en la Argentina el derecho de superficie viene siendo objeto de elevado interés entre los doctrinarios y tratadistas, impulsado en Congresos e incluido en los proyectos de reforma del Código Civil, como lo demuestran las siguientes menciones:

*“[...] a partir de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas (en Corrientes) en 1985 la doctrina argentina se manifestó partidaria de incluir el derecho real de superficie en el ordenamiento argentino. Tal sentir fue repentinamente recogido en los proyectos de 1987, 1993. y luego en el de 1998, el que a partir del 1° de Noviembre de 2001, cuenta con dictamen favorable de la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados de la Nación.[...]”*²⁶

*“[...] Si bien han existido otros antecedentes legislativos relativos al intento de consagración del derecho de superficie, como el proyecto de ley de planeamiento urbano y acceso a la vivienda mediante los derechos de superficie y habitación, del diputado nacional del Marcelo Arabolaza, presentado en 1984 a la Cámara de Diputados de la Nación; el Proyecto de Unificación legislativa civil y comercial de 1987 y el proyecto de Código único civil y comercial de 1993; el Proyecto del Diputado Solmoirago y otros; y Proyecto de la Diputada M. Leyba de Martí, Miguel A. Abella, Juan C. Passo, entre otros; es de importancia dar detalles del proyecto de código civil de 1998, para el cual se tuvo en cuenta la legislación vigente en Francia, Italia, Portugal, Bélgica, Alemania, Austria, Suiza, Japón, Bolivia, Perú, Cuba, Quebec y Holanda[...].”*²⁷

De la misma manera se expide la Comisión Nuevos Derechos Reales de la XXV Jornadas Notariales Argentinas.

*“[...] Se consideró necesaria la incorporación del derecho de superficie dentro del régimen de los derechos reales, destacando que en caso de no ser aprobado el Proyecto de unificación que lo contempla debería ser consagrado por una ley especial. (...) Fue especialmente analizada en forma favorable la aplicación de esta figura en el ámbito de los inmuebles de propiedad del Estado (Nacional, Provincial y Municipal) a los efectos de impulsar su aprovechamiento socioeconómico. [...]”*²⁸

Asimismo, un antecedente de indudable utilidad lo constituye la sanción de la Ley 25.509/92 que incorpora dentro del ordenamiento jurídico argentino un nuevo derecho real, el *derecho de superficie forestal*. La mencionada ley incorpora como inciso octavo del Art. 2503 del Código Civil el derecho de superficie forestal, definiéndose como complementario del Código Civil.²⁹

22 PÉREZ op cit pp 8

23 KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA Y ALICIA PUERTA DE CHACÓN. *Derecho Real de Superficie*. Editorial Astrea / Alfredo y Ricardo Desalma. Buenos Aires, 1989,pp:5-6

24 CAPON FILAS, MARIO JOSÉ.. *El Derecho de Superficie en las Décimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. La Ley T 1985-E Sección Doctrina. Buenos Aires, 1985 pp 876 y ss T 1985-E, Secc Doctrina

25 PÉREZ ibidem,pp 8 y ss

26 COSSARI, ibidem, pp 6

27 NOVELLO ibidem,pp 22

28 Consejo Federal del Notariado Argentino www.cfna.org.ar

29 PÉREZ ibidem,pp 9

3. ACERCA DEL DERECHO DE SUPERFICIE

Características básicas

El presente abordaje remite a la modalidad urbana del derecho de superficie, de aplicación diversa en numerosos países, tema que ha sido tratado anteriormente por el presente autor. Dicha figura que permite a actores distintos devenir titulares de dos derechos reales diferentes sobre el mismo fundo, resulta reconocida en la mayor parte de la legislación contemporánea como “derecho de superficie”, término y contenido que aquí se adopta, precisamente porque éste sin que ello signifique que éste y la enfiteusis no resultan sinónimos.

Kemelmajer, citando a Roca Sastre, adopta como definición de **derecho de superficie**: “*el derecho real de tener y mantener temporalmente en inmueble ajeno una edificación en propiedad separada obtenida mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar o por medio del acto adquisitivo de la edificación ya existente*”.

De ello se desprenden las nociones de i) *ius edificandi* o **derecho de edificar** como “[...] *aquel derecho de usar un inmueble ajeno con un fin determinado (edificar)*[...]” y ii) **propiedad superficiaria**, que “[...] *es el derecho real a tener, mantener, gozar y disponer de lo edificado*[...]”. “[...] *En realidad, tanto el titular del suelo cuanto el superficiario ostentan un dominio imperfecto: el del suelo, porque lo ha desmembrado; el superficiario, por ser un dominio temporal.(...) Algunos autores se niegan a separar estas dos manifestaciones; afirman que el instituto se configura unitariamente pues sólo de este modo se advierte su autonomía como derecho real.*[...]”³⁰

Kemelmajer en relación al proyecto de reforma al Código Civil Argentino de 1987, alude a la medida de la **temporalidad** allí adoptada: “[...] *el derecho de superficie no puede durar más de 50 años (...) pero, además, el derecho de edificar se extingue si no se edifica en el término de diez años desde que se constituyó o desde que la obra se destruyó.*[...]”³¹. En los distintos países donde este principio encuentra aplicación, el plazo del derecho de superficie es de 50 a 999 años, aunque habitualmente resulta ser de 99 años.

Consideraciones económicas

Diversos autores señalan algunos aspectos económicos que hacen a las ventajas comparativas del derecho de superficie. Según Cossari, el derecho de superficie resulta “[...] *una figura legal que en los ordenamientos jurídicos modernos reviste cada vez mayor importancia por la función económica que está llamada a cumplir* [...]”³²

- i. El derecho de superficie al admitir la construcción sobre suelo ajeno sin necesidad de comprar el terreno –a cambio de una contraprestación y con carácter temporario-, permite reducir el volumen de la inversión y consecuentemente, el precio de la obra³³;
- ii. resulta altamente atractivo para construcciones ‘no perdurables’ cuyo proyecto económico tenga horizontes temporales de mediano o largo plazo³⁴;
- iii. responde positivamente a las necesidades del planificador urbanista municipal para resolver el desarrollo o consolidación de nuevas áreas centrales, grandes equipamientos o expansiones urbanas, cuando el Estado Municipal (resultando titular de dominio del suelo o no) no encuentra adecuado invertir en obras destinadas a activi-

30 KEMELMAJER *ibidem*, pp 9-14

31 KEMELMAJER *ibidem*, pp 36

32 COSSARI, *ibidem*, pp 1

33 COSSARI, *ibidem*, pp 1-2

34 PÉREZ *ibidem*, pp 2 y 9

dades eminentemente privadas; pero considera necesario promover la localización de determinadas actividades e intensidades que resulten estructurantes a partir de la generación de particulares sinergias³⁵;

- iv. resulta altamente adecuado para la promoción de la vivienda social o la expansión urbana regulada, en tanto reduce los costos de producción y en caso de que el dominio del suelo recaiga en un solo actor, al final de la vida útil éste tendrá la disponibilidad de la totalidad de las tierras, situación que posibilita futuros y eventuales planes de rehabilitación urbana, especialmente si el dueño de la tierra es el Estado Local³⁶;
- v. “[...] hay casos en que las construcciones son más valiosas que el inmueble sobre el que se asientan, por lo que el principio de accesión quedaría privado de fundamentación económica. Este fenómeno económico habría llevado al nacimiento de nuevas formas jurídicas, como P. Ej. El derecho de superficie.[...]”³⁷

Condiciones generales para su aplicación

El derecho de superficie como institución de derecho real resulta un instrumento necesario para colaborar en resolver exitosamente extendidas problemáticas relativas al hábitat humano en el *marco de políticas urbanas que resulten social, económica y ambientalmente eficaces, eficientes, equitativas y sustentables; situación prospectiva que se constituye en premisa axiomática del presente estudio.*³⁸

Desde una perspectiva amplia, el derecho de superficie se comporta como una figura sociopolítica y jurídica que innova en términos de consolidación integrada de porciones de suelo, así como en relación a la promoción de la propiedad concentrada del suelo. Tal modalidad se diferencia de la habitualmente seguida en las ampliaciones urbanas, las cuales se concretan en modo prevalente a partir de la subdivisión del suelo y de la propiedad diferenciada de esas unidades parcelarias.

Cuando este tipo de ordenamiento resulta sometido a mutaciones estructurales –situación que resulta característica en el devenir de las configuraciones urbanas- aparecen dos problemas: i) la extrema dificultad de reunificar el suelo para su adaptación a nuevas demandas -ya que la subdivisión resulta siempre condicionante, rígida y traumática porque implica su irreversibilidad-, y ii) el improbable consenso social que deriva de la propiedad segmentada, ya que la misma implica la interacción de una multitud de actores con intereses diversos.

El derecho de superficie viene a resolver esas dos problemáticas.

En tal sentido resulta necesario dotar a la gestión de tales políticas públicas activas de medios regulatorios e institucionales coordinados e idóneos. No resulta realista intentar emprender acciones estructurales y de gran impacto en la hipótesis de la no-planificación.

Es más, pretender la aplicación del derecho de superficie sin una sólida normativa y gestión urbanísticas resultaría altamente riesgoso para la sociedad toda puesto que podrían promoverse inadvertidamente enormes ventajas a la acción especulativa, resultando en consecuencia severamente dañados los intereses superiores de la comunidad al verse agraviados sus derechos y vulnerados sus estándares mínimos de calidad de vida, conquistados o potenciales.

La advertencia que precede tiene validez asimismo para la situación vigente, aunque en ambos casos cabe señalar la relativa potencialidad meramente instrumental de estos institutos –el derecho de superficie y la enfiteusis- a diferencia de una instrumentalidad garantiza-

35 PÉREZ ibidem, pp 2 y 9

36 PÉREZ ibidem, pp 2 y 9

37 KEMELMAJER ibidem, pp 6-7

38 Como ha sido señalado, en el Código Civil Argentino este derecho real no fue establecido..

da en función de las políticas y estrategias de gestión urbana que en cada caso se despliegan.

Sujetas a derecho urbanístico³⁹ y reguladas por planes y códigos, las acciones que se emprendan para el desarrollo del hábitat urbano en el marco de necesarias y sustentables políticas de Estado, podrán obtener resultados más alentadores que las habituales intervenciones fragmentarias, autónomas y coyunturales que demostraron en la práctica producir respuestas insuficientes e insatisfactorias a la creciente demanda social, dilapidando recursos y comprometiendo el futuro.

4. DIAGNOSIS GENERICA Y OBJETIVOS

Del conjunto de situaciones problemáticas detectadas que resulta preciso superar, así como del reconocimiento del sostenido proceso de urbanización global, es posible identificar, sin pretensiones de exhaustividad:

- i. la inevitable incorporación de mayores cantidades de suelo destinado al uso urbano;
- ii. la demanda de suelo de extendidos sectores empobrecidos, sin acceso al mismo;
- iii. la ocupación precaria de suelo no apto para uso urbano por parte de los segmentos más vulnerables de la sociedad, sometidos a segregación espacial en deficientes condiciones de calidad de vida;
- iv. la reducida y distorsionada oferta de suelo disponible merced a los procesos especulativos, y
- v. la conflictiva racionalidad de los modos vigentes de gestión urbana, del uso y ocupación del suelo urbanizado, de la desestructuración urbana y su modalidad difusa de expansión, condicionadas por la especulación inmobiliaria y el uso fáctico de los recursos, colaboran fuertemente en el mantenimiento de situaciones estructurales inequitativas e insustentables.⁴⁰

En el último medio siglo de historia de la Argentina, una parte sustantiva del hábitat urbano, ha venido manifestando progresivas condiciones de precariedad, ilegalidad e inseguridad, que caracterizan un común denominador en sus componentes constitutivos, estableciendo formas concretas de “inclusión social sesgada” y segregación espacial. Prueba de ello la constituye la dinámica de las distintas manifestaciones del hábitat de la pobreza en todos los aglomerados urbanos del país.

Este proceso estructural estimula el deterioro social y genera nuevas demandas que se agregan a aquellas insatisfechas. A pesar de las acciones realizadas para su superación, la dispersión y naturaleza sectorial de las medidas adoptadas -cuando no la aplicación de políticas decididamente inadecuadas- relativizan el acceso de los sectores más vulnerables de la sociedad a mejores condiciones de vida en términos social, económico y ambientalmente sustentable.

Con frecuencia, cuestiones problemáticas relativas e inherentes a las políticas oficiales con las que se intenta satisfacer la demanda más crítica, incorporan ciertos “preceptos implícitos” que aparentemente constituyen el núcleo duro del paradigma⁴¹ en la materia, profundizando el divorcio entre las políticas de vivienda y las de desarrollo urbano. Tal situación es merecedora al menos de una enérgica revisión, cuando no de su decidido reemplazo. Una

39 Derecho que habitualmente en nuestro medio resulta ignorado.

40 AINSTEIN, LUIS *Asimetrías urbanas, ineficiencia e inequidad en las condiciones sociales de acceso a servicios de saneamiento y transporte en el Aglomerado Buenos Aires*. FADU / NOBUKO. Buenos Aires, 2007

41 Reconocibles explícita o implícitamente y en mayor o menor grado en gran parte de los programas habitacionales nacionales, provinciales o locales de las últimas décadas y en particular contenidas en las condiciones de préstamo de las instituciones financieras multilaterales, donde asimismo suele subordinarse la aplicación de las normativas internas a tales condiciones.

síntesis no exhaustiva y perfectible de tales “**preceptos implícitos**” que caracterizan la gestión urbana vigente, es la siguiente:

- i. Focalización de la problemática, reduciéndola a escalas de actuación limitadas y/o a dimensiones temáticas restringidas, sin consideración del contexto como conjunto de relaciones socioculturales, económicas, físico-funcionales y ambientales;
- ii. simplificación del grado de complejidad de los fenómenos urbanos, reduciendo lo diverso y dinámico a aspectos del tipo *ceteris paribus* como resultan ser en solitario algunas -necesarias aunque insuficientes- medidas financieras o fiscales;
- iii. operación relativa o plenamente autónoma de todo plan y/o normativa reguladora urbano ambiental, posición que implica el rechazo a consideraciones urbanísticas integrales, a intervenciones comprensivas y a visiones prospectivas;
- iv. localización cuasi fáctica de las “urbanizaciones”, de manera prevalentemente periférica -suburbana o periurbana-, sobre suelo deficitario en materia ambiental, así como en relación a la infraestructura y los servicios urbanos básicos, al equipamiento social y consecuentemente a su limitada participación en la estructura global, fomentando la expansión urbana difusa bajo justificaciones economicistas de restringida perspectiva;
- v. debilidad institucional en la defensa del valor social de la propiedad -concebida exclusivamente como valor de cambio-, y tolerancia a los preceptos irrestrictos del mercado de tierras facilitados tanto por los extendidos vacíos en materia de normativa urbana, como la inhabitual aplicación de acciones de recuperación de las plusvalías urbanas generadas por la obra pública, entre otras modalidades equitativas para impedir la práctica de subsidios inversos o cruzados;
- vi. empleo irrestricto de soluciones urbano arquitectónicas tipológicas de pretendida aplicación universal bajo criterios de escasa fundamentación que no soportan su validación;
- vii. imposición extendida del modelo habitacional de “vivienda unifamiliar sobre lote propio”, generador de dilatadas periferias que consumen suelo en forma extensiva y dificultan y encarecen la provisión y mantenimiento de infraestructuras y servicios, creando áreas de segregación espacial y social, modelo de una ciudad no inclusiva;
- viii. promoción de la propiedad perpetua y conjunta del suelo y la vivienda, en condiciones de fragmentación tales que ofrecen mediocres niveles de calidad de vida e imposibilitan eventualmente en el largo plazo, necesarias operaciones de reestructuración urbana;
- ix. aplicación al ámbito de la vivienda social de condiciones técnicas urbanoarquitectónicas de inferior exigencia a las establecidas en los estándares de construcción y en las regulaciones urbanísticas dispuestas para la actividad residencial en general⁴².
- x. otorgamiento en propiedad de la vivienda de interés social, lo que significa inequidades manifiestas.

Objetivos

Constituye un conjunto de **objetivos marco** que orientan y encuadran el presente estudio:

- i. Promover la formulación y aplicación de políticas públicas activas consistentes en el tiempo y articuladas con procedimientos y procesos de planificación y gestión regional urbana;

42 PÉREZ *ibidem*, pp 2-3

- ii. Promover el uso de la tierra como recurso escaso y con valor social. Promover el derecho de superficie;
- iii. Evitar las extendidas periferias, de escasa accesibilidad, de baja calidad de servicios, ambientalmente críticas y de baja o nula inclusividad social;
- iv. Desechar el uso extensivo del suelo urbano, su extendido fraccionamiento y la baja densidad que imposibilitan operaciones de rehabilitación urbana en el largo plazo;
- v. Disponer de un plus de recursos genuinos para aplicar a la construcción y mantenimiento del hábitat popular originados en el ingreso del canon y la aplicación de otros instrumentos de recuperación de la plusvalía urbana, mejorando además la accesibilidad social al hábitat urbano;
- vi. Ofrecer a los arquitectos, urbanistas y administradores gubernamentales condiciones distintas de relación vivienda-suelo que permitan superar la aplicación a ultranza de una inapropiada solución de vivienda social aplicada en la actualidad extensivamente a escala nacional.

El **objetivo principal** del presente estudio se constituye en torno a la indagación de procedimientos e instrumentos alternativos y necesarios para satisfacer las demandas de acceso al suelo orientados a la adecuada estructuración del hábitat urbano bajo pautas de eficacia, eficiencia, equidad y sustentabilidad, integradas, globales y de mediano y largo plazo atendiendo particularmente a aquellos sectores sociales que habitan bajo condiciones no inclusivas, crecientemente críticas.

En tales circunstancias, la propuesta considera imprescindible para posibilitar el cumplimiento de los objetivos, el respeto de las condiciones establecidas en el punto 3. y se remite en síntesis, a la necesidad imperiosa de elaborar y aplicar políticas de desarrollo del hábitat humano aptas y posibles para los países piadosamente denominados “en desarrollo”. (Pérez 2006)

5. EL SUELO URBANO: UN RECURSO ESTRATEGICO

Ante frecuentes anuncios oficiales de construcción de cantidades significativas de viviendas en exiguos plazos, cabe preguntarse sobre qué tierras y bajo cuáles condiciones podría materializarse lo prometido. Una de las mayores limitaciones a tales loables propósitos la constituye la baja disponibilidad de suelo apto para su empleo urbano o de suelo urbanizado vacante, cuestión que en situaciones normales queda condicionada a los intereses inmobiliarios implicados. La vivienda urbana no es autónoma del suelo, de las infraestructuras, del equipamiento social, ni de la estructura urbana. Tampoco son neutros o nulos los efectos que las intervenciones despreocupadas pueden tener sobre el conjunto urbano.

Como parte de una perspectiva integradora y a fin de aportar a la superación de la problemática señalada en el diagnóstico genérico precedente, se intenta aquí formular interrogantes y sugerir propuestas, en relación a modalidades no habituales de *producción de nuevo suelo urbano*, sin que ello signifique dejar de considerar su aplicabilidad en operaciones sectoriales de *reestructuración urbana*. Asimismo, se considera aquí que la formulación de eventuales políticas e instrumentos de intervención debieran responder respectiva y específicamente tanto a la generalidad y pluridimensionalidad de la problemática como a la particularidad de los casos de intervención⁴³.

6. EL DERECHO DE SUPERFICIE. MODELOS INTERVENTIVOS Y ALTERNATIVAS GESTIONARIAS

El derecho de superficie como recurso instrumental puede ser aplicado a los propósitos de diferentes políticas urbanas, situación que resulta evidente en la comparación del contexto social y político que impulsó su puesta en práctica en casos tan disímiles como i) la apertura

43 PÉREZ *ibidem*, pp 7y8

de Regent's Street y el ordenamiento del Regent's Park, en el Londres de la Regencia (1811-1830), impulsado por la nobleza terrateniente para su propio beneficio⁴⁴, como ii) el conjunto de políticas activas públicas -de suelo y vivienda social- que se llevaron a la práctica en Holanda durante todo el S XX. . Su articulación en los Países Bajos, llevó a un significativo control público de los desarrollos urbanísticos y los mercados inmobiliarios, en los niveles Nacional, Regional y Local con políticas fuertemente orientadas a la promoción social del Hábitat⁴⁵. Resulta advertible que tanto los ejemplos mencionados como la totalidad de los casos relevados, vinculan la aplicación del derecho de superficie a una cuidadosa *planificación y gestión de ciudades y regiones*, evitando con cordura anacrónicas muestras de *laissez-faire*⁴⁶.

A continuación, los esquemas explicativos de dos posibles modalidades de operación superficiaria dan cuenta de los actores implicados y los flujos de interacciones del proceso, cuyo objeto lo constituyen operaciones urbanas de distinto tipo o unidades edilicias de diversa función.

. El Esquema 1 propone que las relaciones entre los actores privados A (Superficiante) y C (Superficiario) se produzcan a través de un actor técnico administrativo, B (Promotor⁴⁷) que tomaría a su cargo funciones de administración del sistema superficiario, así como las de proyecto, dirección de las obras y otras encomiendas profesionales, vinculantes entre A y C.

En el Esquema 2 se define tentativamente el agrupamiento de los actores A y B bajo un solo organismo, aunque ello será posible sólo en caso de los Institutos de Vivienda de grandes ciudades y provincias. Las ciudades intermedias y menores, con la adecuada preparación y recursos, podrían asumir quizás la figura de Administrador del Sistema de Superficie, resultando adecuado en términos generales que además sea titular de dominio del suelo, especialmente en casos de expansión urbana o hábitat popular.

En ambos casos, la normativa regulatoria urbanística local (Políticas, planes, programas, códigos) debiera compatibilizarse para posibilitar la aplicación eficaz, eficiente, equitativa y sustentable del derecho de superficie, situación potencial que será necesario alcanzar ya que en las actuales circunstancias y debido a la habitual modalidad de no-planificación, tal aplicación resulta altamente problemática.

En todos los casos, la operación superficiaria admite la intervención de actores privados exclusivamente o conjuntamente con actores públicos.

Legislación vinculada

Cabe advertir que deberán preverse, para su debida compatibilización, las variadas alternativas que surgirían alrededor de la aplicación del derecho de superficie con relación a la legislación, procedimientos vigentes y consecuencias derivadas de sus respectivas aplicaciones conjuntas, en particular aquellos referidos a expropiación, propiedad horizontal, gravámenes hipotecarios, recuperación de plusvalías urbanas, registración y catastro, etc. Lamentablemente, de la totalidad de estados provinciales argentinos, sólo la Provincia de Buenos Aires tiene vigente una ley de uso del suelo y ordenamiento territorial, aunque de dudosa calidad y nivel de cumplimentación, no disponiéndose de una ley nacional en la materia.

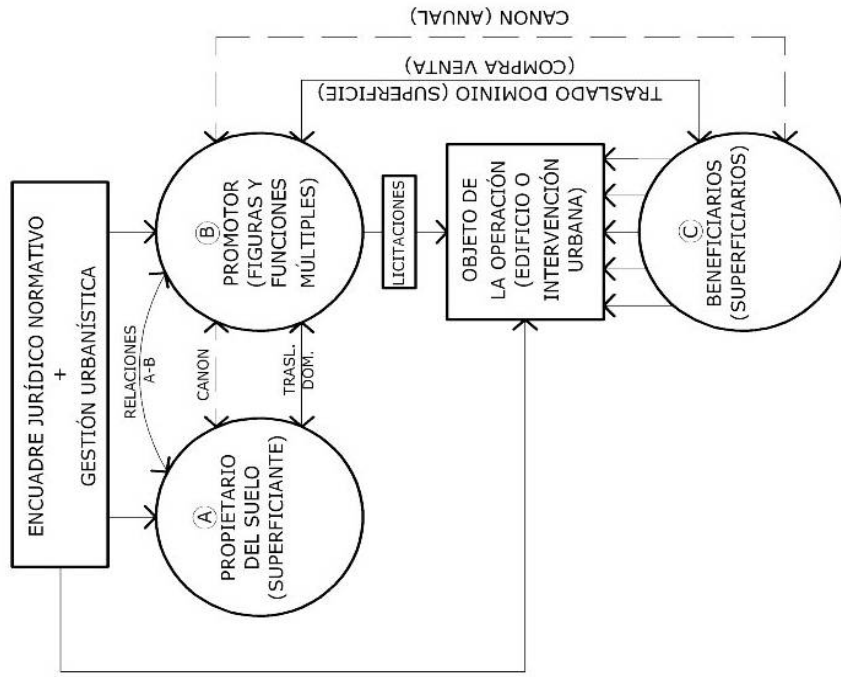
44 SICA, PAOLO. *Historia del urbanismo. El SXIX*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1981 pp 101-110.

45 VAN EYK, HUBERT.. *Home Ownership in the Netherlands*. Ministry of Housing, Planning and the Environment. International Housing Unit. www.vrom.nl The Hage, 2002

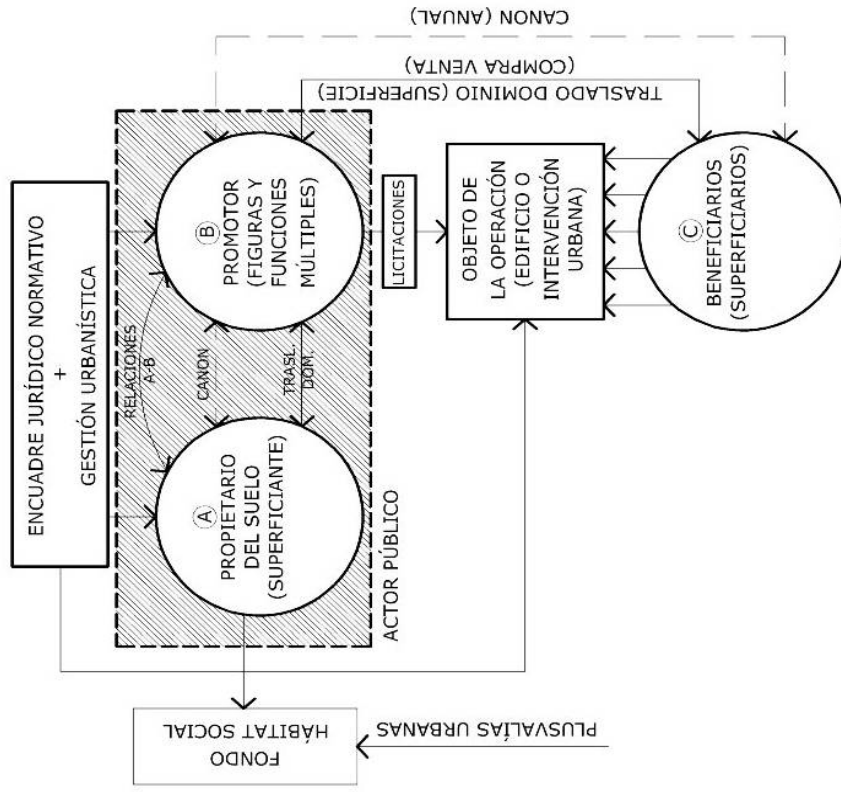
46 PÉREZ ibidem, pp 3-8

47 Incluye diversos actores técnicos (abogados, arquitectos, agrimensores, contadores, escribanos, ingenieros, urbanistas, etc.) no necesariamente integrantes de una única institución o sociedad, pero sí resulta imprescindible que su acciones sean coordinadas por la figura que tome a su cargo la administración del sistema de superficie, la cual mantendrá sus funciones durante el plazo en que se mantenga vigente el derecho de superficie acordado.

1 ESQUEMA DE UNA OPERACIÓN SUPERFICIARIA ENTRE ACTORES PRIVADOS



2 ESQUEMA DE UNA OPERACIÓN SUPERFICIARIA ENTRE ACTORES PÚBLICOS Y PRIVADOS



7. CONCLUSIONES

El “concepto cambiante” de la propiedad al que alude Kemelmajer, se entiende aquí formando parte de la capacidad de resiliencia que dispone una sociedad para superar las adversidades y dar satisfacción a nuevas y crecientes demandas de gran complejidad:

“[...] Es evidente que la propiedad de nuestros días está muy lejos de las viejas concepciones romanas. Tanto el contenido del derecho como su extensión y restricciones, sufren hoy los continuos embates del derecho administrativo. El urbanismo, para algunos una verdadera rama autónoma, ha creado nuevas necesidades. Además, las nuevas formas de contratación en masa han sustituido la discusión por las convenciones predispuestas. Por otro lado, el mantenimiento de capitales inactivos contraría no sólo el fin comunitario que se pretende hacer cumplir a la propiedad, sino el interés individual del titular a quien le resulta antieconómico. Todo ello ha motivado una incentivación de las figuras coparticipativas, que ya no se miran con disfavor: varios sujetos obtienen ventajas económicas de una misma cosa y es eso lo que importa. Todo ello ha justificado, si no la creación de nuevas figuras reales, el ensanchamiento de la noción misma de propiedad⁴⁸.

En nuestro medio, el derecho de propiedad es corrientemente considerado absoluto y perpetuo, situación que dificulta en cierta medida el debate y la incorporación de otras alternativas que de ninguna manera modifican derechos adquiridos⁴⁹. Ante la sola hipótesis de ofrecer al mercado viviendas bajo la modalidad superficiaria, surgen interrogantes en relación a su carácter de *dominio dividido* y en la consecuente *temporalidad* del derecho de superficie. En el análisis de las ventajas comparativas que puede ofrecer el sistema superficiario -esquemáticas más arriba- resultan incorporadas tanto las nociones de suelo como recurso escaso y de interés social, como los principios de sustentabilidad económica y social, cuya aplicación comprehensiva e integrada colaboraría significativamente a la mejora de las condiciones de vida urbana generales. Estas menciones resultan ciertamente elocuentes a la hora de compararlas con las equivalentes del sistema vigente de dominio pleno

Relativo a la temporalidad, suele argumentarse a favor de la propiedad perpetua sin reflexionar sobre el tiempo de vida útil de la vivienda y la carga -proporcional o directa- que impone el precio del suelo en la inversión inicial y/o en la cuota hipotecaria. Tampoco se tiene en cuenta que la propiedad superficiaria optimiza en el corto plazo las condiciones de *accesibilidad social a la vivienda* como consecuencia de no incluir el costo del suelo entre los componentes del precio. En el largo plazo, el sistema facilita operaciones de rehabilitación urbana imposibles de pensar en extensas áreas con subdivisión parcelaria de pequeñas dimensiones en manos de una multitud de propietarios. Todo lo cual agrega ventajas comparativas a favor del derecho de superficie, no disponibles en la situación vigente.

“[...] Desde la idea de derecho de propiedad absoluto, al menos en la letra de la ley, se ha ido evolucionando hacia un concepto de solidaridad social que motorizó muchas de las reformas legislativas, no sólo en nuestro país, sino en la mayoría de los esquemas jurídicos, por ello puede decirse que desde una nueva óptica de la extensión del derecho de dominio y atendiendo a un mejor aprovechamiento social y económico de la tierra, no existe impedimento para instaurar en nuestra legislación el derecho de superficie [...]”⁵⁰

48 KEMELMAJER *ibidem*, pp 3-4

49 A tal punto que el Código Civil de Vélez Sardfield, además de prohibir el derecho de superficie, también prohibió el derecho de propiedad horizontal en el art. 2617, posteriormente modificado por la ley 13.512. Otra modificación orientada al “ensanchamiento de la noción de propiedad” es la que reconoce derecho de superficie forestal, lamentablemente limitado a ese sector

50 NOVELLO *ibidem*, pp 22

Agradecimientos

Un especial agradecimiento a la Dra. Nilda Beascochea por su colaboración experta en el campo del Derecho.

RP 14/09/2007

8. BIBLIOGRAFIA

- AINSTEIN, LUIS. 2007. *Asimetrías urbanas, ineficiencia e inequidad en las condiciones sociales de acceso a servicios de saneamiento y transporte en el Aglomerado Buenos Aires*. FADU / NOBUKO. Buenos Aires
- ANDORNO, LUIS O. 1985. *El derecho de superficie*. Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 1985-III. Buenos Aires
- BARHAM, ROBERT. 2002. *Commonhold; The Third Option*. r.barham@pglaw.co.uk Pemberton Greenish. UK
- CAPON FILAS, MARIO JOSÉ. 1985. *El Derecho de Superficie en las Décimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. La Ley T 1985-E Sección Doctrina. Buenos Aires, T 1985-E, Secc Doctrina
- COSSARI, NELSON G.A. c 2005 *El Derecho Real de Superficie: Las regulaciones legales del SXXI en Cataluña, Brasil y Argentina*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. <http://acader.unc.edu.ar>
- GOLDMAN, ALICIA Y CECILIA HUBERMAN. 1972. *La Ley de Enfiteusis, ¿Reforma Agraria o recurso fiscal?* Documentos de Polémica N° 13 Centro Editor de América Latina SA Buenos Aires.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA Y ALICIA PUERTA DE CHACÓN. 1989. *Derecho Real de Superficie*. Editorial Astrea / Alfredo y Ricardo Desalma. Buenos Aires.
- MUÑOZ GUIELEN, DEMETRIO Y WILLEIM KORTHALS ALTES. 2005. *Pequeña historia del urbanismo de los Países Bajos*. Universidad Técnica de Delft. Ciudad y Territorio. Estudios territoriales. XXXVII (144) 2005. Ministerio de Vivienda. España.
- NOVELLO, VANESA A. 2004. *El Derecho de Superficie: de Roma a la actualidad. El caso de Argentina y Brasil*. XIV Congreso de Derecho Romano. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UBA. Buenos Aires.
- PARLIAMENT OF AUSTRALIA. 1999. *Australian Capital Territory (Planning and Land Management) Bill Digest N° 138 1998-99 Amendment Bill*
- PÉREZ, RÓMULO. 2006. *Enfiteusis Urbana y Dimension Social de la Propiedad del Suelo*. XXI Jornadas de Investigación FADU-UBA 2006. Área de Investigaciones Urbanas y Regionales. Buenos Aires. (Mimeo)
- RENARD, VINCENT. 2006. *The practice of land leasehold in France and its relationships with housing development*. CNRS - Ecole Polytechnique. (Chapter of the book "A review on public land leasing system and its feasibility in Korea" Housing and Urban Research Institute, Seoul, Korea 2005)
- SICA, PAOLO. 1981. *Historia del urbanismo. El SXIX*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid.
- SONEIRA, ABELARDO JORGE. *La Inmigración y el Proyecto Liberal*. Centro Editor de América Latina SA. Buenos Aires, 1981.
- VAN EYK, HUBERT. 2002. *Home Ownership in the Netherlands*. Ministry of Housing, Planning and the Environment. International Housing Unit. www.vrom.nl The Hage.