

Derecho real de Superficie y Asentamientos irregulares.

PRIVITERA, ELIANA y Del Rio, Josefina.

Cita:

PRIVITERA, ELIANA y Del Rio, Josefina (2017). *Derecho real de Superficie y Asentamientos irregulares*. "XI JORNADA DE CIENCIA Y TECNICA. Secretaria de Ciencia y Tecnica UNR, ROSARIO.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/eliana.privitera/3>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/pkKr/gqw>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.
Para ver una copia de esta licencia, visite
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

LOS NUEVOS DERECHOS REALES POSIBILITAN EL ACCESO A UNA VIVIENDA DIGNA. EL CASO DE LOS ASENTAMIENTOS IRREGULARES.

Privitera E., Rainero, C., Del Rio, J.

Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

E-mail: elianaprivitera@hotmail.com

Resumen

En esta instancia del proyecto nos abocamos a escudriñar el andamiaje jurídico del derecho real de superficie y su viabilidad de aplicación en asentamientos irregulares de la ciudad de Rosario.

Objetivos

General: Indagar acerca de la factibilidad de implementación del derecho real de superficie a fin de posibilitar el acceso al suelo urbano.

Objetivos específicos:

- Examinar el encuadre jurídico del derecho real de superficie conforme normativa civil y normas urbanísticas. Compatibilidad entre los diversos órdenes normativos: constitución, inscripción y transmisibilidad del derecho. Mercado del suelo.
- Comparar la aplicabilidad del derecho real de superficie en otros supuestos fácticos.
- Evaluar la viabilidad del derecho real de superficie como figura jurídica idónea para garantizar los derechos al hábitat, al suelo, a la vivienda y a la ciudad.
- Reconocer posibles obstáculos a la implementación de las figuras jurídicas, basados en la convivencia entre los vecinos; la adaptación y/o resistencia a los cambios habitacionales.

Metodología empleada:

- a) Línea dogmática / jurídica: Análisis del derecho real de superficie, en cuanto a sus características propias y requisitos para su implementación, conforme órdenes normativos involucrados, atendiendo a los proyectos de ley de uso de suelo en debate parlamentario.
- b) Línea sociológica: perspectivas de aplicación del instituto legal del derecho de superficie conforme indicadores, relevamientos y experiencias similares en otros países.

Resultados: Teniendo en cuenta que, según datos del INDEC¹, en la actualidad el 28,4% de los hogares argentinos padecen situaciones habitacionales calificadas como deficitarias, la cuestión habitacional y el acceso formal al suelo urbanizado se constituyen como algunas de las problemáticas de mayor urgencia y prioridad en la agenda pública.

Tomando como punto de partida la conceptualización operativa de la ONG Un techo para mi País, se entiende por asentamiento informal un *“conjunto de un mínimo de ocho familias agrupadas o contiguas, en donde más de la mitad de la población no cuenta con título de propiedad del suelo, ni cuenta con acceso regular a al menos dos de los servicios básicos: red de agua corriente, red de energía eléctrica con medidor domiciliario y/o red cloacal”*.²

Conceptualmente, estos asentamientos informales *“se caracterizan por ser barrios ... conformados a través de diversas estrategias de ocupación del suelo, presentan un déficit en el acceso formal a los servicios básicos y una situación dominial irregular en la tenencia del suelo”*.³

Al 2017 existen en la ciudad de Rosario 111 asentamientos informales, y se estima que viven en ellos aproximadamente 34.510 familias (es decir, 162.197 personas). Esta cifra implica que el 17% de la población total de la ciudad -distribuida en 120,37 km² de suelo urbanizado, habita en villas, asentamientos y barrios populares informales.

La problemática de la urbanización de los asentamientos informales involucra numerosas aristas. Por un lado, resulta indispensable obtener la provisión de servicios públicos esenciales, infraestructura y equipamiento colectivo. Además, es fundamental el mejoramiento -según criterios mínimos de habitabilidad- no sólo de las viviendas, sino también del medio ambiente circundante. Por otro lado -y siendo el tema que ocupa al presente trabajo- la urbanización supone la seguridad de la tenencia y la regularización dominial de las viviendas.

¹ El Instituto Nacional de Censos y Estadísticas dentro de la temática “Condiciones Habitacionales” se utiliza los siguientes indicadores sociodemográficos: “déficit habitacional cualitativo” (muestra la situación de hogares que habitan en viviendas deficitarias, es decir, aquellas cuyas condiciones de estado y localización requieren reparaciones o se encuentran incompletas) y “déficit habitacional cuantitativo compuesto” (muestra el déficit habitacional cuantitativo que se define por la relación numérica entre viviendas y hogares, y por la residencia en viviendas de tipo irrecuperable).

² UN TECHO PARA MI PAÍS. Relevamiento de asentamientos informales (2013) Disponible en: http://www.mapaasentamientos.com.ar/downloads/Relevamientos_de_asentamientos_2013_BAJA.pdf
Consultado el 02/09/2017.

³ UN TECHO PARA MI PAÍS, ob. cit.

La doctrina sociológica, urbanística y jurídica coinciden en que todo intento de urbanización debe formar parte de una política integral de lucha contra la pobreza, que tienda a garantizar el derecho a la vivienda en consonancia con los derechos a la salud, a la educación, al trabajo y a un medio ambiente sano, entre otros.

Teniendo en cuenta la necesidad de respetar el arraigo y el sentido de pertenencia a los asentamientos, deben tratarse de evitarse los desalojos y las relocalizaciones forzadas por fuera del barrio. Dichas soluciones deben proceder como recursos de ultima ratio, frente a la imposibilidad manifiesta y acreditada de arribar a otra solución.

Es indudable que los asentamientos informales deben ser integrados -desde el punto de vista urbanístico y social- al resto de la ciudad, para erradicar la segregación y marginalización de amplios sectores de la población, y para garantizar el cumplimiento efectivo del derecho de raigambre constitucional de toda persona a acceder a una vivienda digna⁴.

En nuestro país, cada Provincia tiene el poder originario sobre el recurso suelo, atento a que se trata de una competencia reservada, y no delegada, al gobierno nacional. Sin embargo, teniendo en cuenta la organización federal argentina, toda política habitacional que pretenda resultados al mediano y largo plazo supone la articulación conjunta y coordinada de las tres esferas gubernamentales.

Si bien históricamente se han desarrollado numerosos programas⁵ y se han implementado un sinnúmero de políticas públicas orientadas a la regularización urbanística y dominial de los asentamientos informales, en la mayoría de los casos se trata de “soluciones” dispersas y fragmentarias que no logran abarcar cabalmente la complejidad del problema de la pobreza estructural y su manifestación palpable en la existencia de dichos asentamientos.

Autores como Castagna, Raposo, Woelfin y Fernandes, sostienen que las políticas públicas destinadas a eliminar la informalidad deben orientarse a dos objetivos centrales: a) regularizar los asentamientos informales existentes o b) evitar la conformación de nuevos asentamientos.

Sin lugar a dudas, los restantes actores sociales -como son las organizaciones civiles no gubernamentales y los particulares- también deben ser partícipes en el diseño e implementación de políticas destinadas a garantizar el acceso a la vivienda a la totalidad de

⁴Artículo 11 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Artículo 25 Declaración Universal de Derechos Humanos; Artículo 11 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁵ Entre ellos podemos mencionar, en la ciudad de Rosario: el plan LOTE (1980), el Programa Arraigo (año 1991), el Programa Rosario Hábitat (2002), y el Plan Abre (2013).

la población. En cuanto a esto, Mosso afirma que *“según la perspectiva del Banco Mundial, cada país debía desarrollar el marco institucional necesario para administrar el sector vivienda y el Estado debía descentralizar sus funciones hacia el nivel local y abandonar el rol de productor directo de viviendas estimulando la participación del sector privado, ONG, OBC y los destinatarios”*.⁶

Sin perjuicio de esto, los estudios en materia inmobiliaria de Argentina muestran que existen diversos factores que inciden negativamente en la inversión privada para el desarrollo de loteos (urbanos y periurbanos) orientados a los sectores de ingresos medios y bajos. Entre ellos podemos mencionar la escasa confianza en la demanda y la baja rentabilidad del negocio. La inexistencia de una ley de suelo en la Provincia de Santa Fe, la escasa regulación del mercado inmobiliario por parte del Estado, y el mantenimiento de una política fiscal deficiente y obsoleta -con indicadores incongruentes con la realidad, y sin mecanismos idóneos de captación de plusvalía- han coadyuvado a la consecución de dos fenómenos que se retroalimentan en forma continua:

- a) por un lado, amplios sectores de la población no pueden acceder al suelo y a la vivienda propia en el mercado formal.
- b) por el otro, reducidos sectores de la población nucleon la propiedad de gran parte del suelo urbano y ejercen el control fáctico del mercado inmobiliario, fijando en forma unilateral los precios y permitiendo la existencia de tierra vacante intersticial.

La existencia de suelo urbano o urbanizable ocioso supone una condición idónea para la ocupación irregular, a través de la constitución de asentamientos informales, villas y barrios populares.

De acuerdo a los datos proporcionados por el Servicio de Catastro e Información Territorial de la Provincia de Santa Fe, al día de la fecha, la superficie urbana baldía de la ciudad de Rosario asciende a 2.969,26 hectáreas, lo que representa el 22,4% del total de suelo urbano. Desde el punto de vista jurídico dominial, la propiedad de la tierra vacante corresponde a los particulares (1.659,01 ha); al Estado Nacional, Provincial o Municipal en calidad de tierra fiscal (952,54 ha) o bajo la forma de bienes del dominio privado (70,90 ha), y a diversos cultos religiosos (12,95 ha). Es importante destacar que la calidad de baldío para el SCIT resulta de la inexistencia de mejoras catastralmente declaradas, por lo

⁶ MOSSO, Emilia Carla. El rol de las organizaciones sociales en asentamientos precarios. El caso particular de la ciudad de Santa Fe.
Disponible en: <http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/ARQUISUR/article/view/4427>
Consultado el 09/10/2017.

cual son considerados como tierra vacante terrenos que, en los hechos, se encuentran ocupados con construcciones irregulares, como es el caso de los asentamientos informales, las villas y los barrios populares.

Puede señalarse que los montos de la Tasa General de Inmuebles y del Impuesto Inmobiliario Provincial se encuentran desactualizados en relación al valor real de la propiedad, situación por la cual a los propietarios les resulta rentable dejar el suelo ocioso - a la espera de su revalorización- antes que lotearlo y que ingrese al circuito formal de operaciones inmobiliarias. Esto se advierte en que *“el país carece de leyes e instrumentos que obliguen a los propietarios privados el cumplimiento de la función social de la propiedad, con el objetivo de darle un uso social, ambiental, económico, histórico y/o cultural en los casos de no edificación, no-utilización o subutilización. Por el contrario, todos los programas implementados a nivel nacional, provincial y local, las políticas impositivas y las normas sobre el uso del suelo, fueron creadas desde una concepción que protege al derecho a la propiedad privada absoluta propia del Código Napoleónico del siglo XIX, aunque no utilizada o subutilizada.”*⁷

Atento a todo lo expuesto, resulta necesario investigar las distintas herramientas que el derecho provee a los fines de obtener la regularización dominial de los asentamientos informales ubicados en nuestra ciudad. En numerosos estudios -a nivel local, nacional e internacional- se analizan y evalúan figuras jurídicas como son el contrato de fideicomiso, los conjuntos inmobiliarios y el derecho de superficie. *“Está claro asimismo que el derecho al suelo, a la vivienda, a la ciudad, no son sinónimo de propiedad, y menos aún de propiedad individual y exclusiva. El disfrute de los bienes y servicios habitacionales puede darse de otras muchas formas, algunas mejores y otras incluso más seguras que la propiedad: el derecho de uso; el de superficie; los arrendamientos; la enfiteusis; la anticresis; el uso y habitación, y hasta el leasing, son otras tantas formas de solución a esos problemas, en muchos casos de manera más simple y económica, y por lo tanto más eficiente, que la propiedad.”*⁸

⁷ SCHUSTER, Gloria; CARDENAS, Edurne y YANOS, Marité. Derecho a una Vivienda Digna. Diagnostico Argentina. Proyecto: “Mujer y Vivienda: Construyendo dignidad”. Disponible en: www.hic-al.org/documento.cfm?id_documento=130 Consultado el 20/09/2017.

⁸ FERNÁNDEZ WAGNER, Raúl; ARÉBALO, Martha; et alt. El derecho al suelo y la ciudad en América Latina. La realidad y los caminos posibles. Disponible en www.hic-al.org/documento.cfm?id_documento=1577 Consultado el 3/10/2017

Desde el año 2015, se incorpora en nuestra legislación el derecho real de superficie⁹-previsto en el inc g) del artículo 1887 CCyC- es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración (...)¹⁰.

En la mecánica del CCyC, el derecho de superficie puede constituirse a través de dos modalidades¹¹: En la primera de ellas, el superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido (derecho real sobre cosa ajena).

En la segunda, el derecho se constituye sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad (la propiedad superficiaria supone un derecho real sobre cosa propia). En ambas modalidades el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo. Gurfinkel de Wendy entiende que *“hay una clara desmembración del derecho real: en tanto que el dominio vacuo es conservado por el titular del terreno, el superficiario accede a su dominio útil”*.¹²

Nuestro derecho positivo establece una limitación a la extensión temporal del derecho de superficie: el plazo no puede exceder de 70 años en el caso de construcciones, el cual se computará desde la adquisición del derecho de superficie (*esto es, desde que el superficiario, reunidos los requisitos de título y modo, tiene el uso del terreno y puede comenzar la construcción o plantación*¹³).

Además, el derecho podrá constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal¹⁴.

Son legitimados activos para su constitución los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal. Consecuentemente, podrán ser objeto del

⁹ Encuentra su antecedente inmediato en la Ley 25.509, que establecía la creación del derecho real de superficie forestal, y preveía su constitución sobre inmuebles susceptibles de forestación o silvicultura. Además, la institución fue recogida en los Proyectos de 1987, 1993 y 1998.

¹⁰ Artículo 2114 CCyC

¹¹ Artículo 2115 CCyC

¹² GURFINKEL DE WENDY, Lilian N. Derechos Reales. Segunda edición actualizada de acuerdo al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Tomo II. (2º Edición, 1º Reimpresión, CADA, Abeledo Perrot, 2016). Pág. 917.

¹³ GURFINKEL DE WENDY, Lilian N. Derechos Reales, ob. cit.

¹⁴ Artículo 2116 CCyC

derecho los inmuebles pertenecientes a personas humanas y personas jurídicas privadas, y los inmuebles del dominio privado del Estado Nacional, Provincial y Municipal.

El derecho de superficie se orienta fundamentalmente al *aprovechamiento útil del suelo*, logrando beneficios concretos para el propietario del terreno -quien recibe una contraprestación y mantiene la disposición jurídica y material del mismo-, para el superficiario -que podrá ser un particular o el propio Estado asumiendo la función de construcción de viviendas o la rehabilitación de las ya existentes-, y para la sociedad en general -en el sentido que se evitan suelos vacantes y ociosos que no son objeto de una real explotación.

En el caso del particular, ésta figura resulta de utilidad en tanto supone la posibilidad de permanecer en el dominio del terreno, aun cuando el mismo no está siendo ocupado o puesto a producir, evitando el avance de la usucapión o de una eventual expropiación por motivos de interés público.

En el caso de bienes del dominio privado del Estado, ésta figura reviste interés en tanto permite regularizar la situación de tenencia precaria de los habitantes de los asentamientos informales sin tener que descapitalizarse transfiriendo el dominio pleno de los lotes a los particulares. Es una forma de dar seguridad jurídica sin desprenderse de la nuda propiedad sobre el suelo: *“la regulación del derecho de superficie constituye una excelente herramienta para regularizar dominialmente asentamientos informales y garantizar la seguridad en la tenencia de la vivienda de los que allí viven. A su vez, este derecho permite que los Estados no se despatrimonialicen deshaciéndose en forma absoluta de sus tierras y que conserven la facultad de regular el uso y el destinatario de las mismas.”*¹⁵

En el derecho comparado, admiten el derecho real de superficie: Alemania, Austria, Bélgica, Bolivia, Brasil, Cuba, España, Francia, Holanda, Italia, Japón, Perú, Portugal, Suiza y Uruguay. En particular, Brasil, Cuba y Uruguay prevén el derecho real de superficie como un instituto jurídico puesto al servicio de la regularización dominial de asentamientos informales.

Atento a todo lo expuesto, hemos de concluir que el derecho real de superficie constituye un instrumento regularizador de la relación del sujeto con el suelo y la vivienda. Se trata de una herramienta idónea para garantizar los derechos al hábitat, al suelo, a la vivienda y a la

¹⁵ HABITAR ARGENTINA - Propuestas para la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los CCyC.
Disponible en: <http://www.cels.org.ar/Common/documentos/DocRedHabitareformaCCyC.pdf> Consultado el 20/09/2017.

ciudad, y su implementación posibilitaría el acceso al suelo urbano por parte de los sectores de menores recursos económicos, reduciendo las relocalizaciones y desalojos de asentamientos informales por fuera del ámbito de pertenencia.

Bibliografía

- ALTERINI, Jorge H., “Código Civil comentado” (Buenos Aires, La Ley, 2015).
- BARENBOIM, Cintia Ariana. Proceso de segregación socioespacial y revalorización inmobiliaria. El caso de Rosario, Argentina (UNR Editora, Libro Digital). Disponible en: <http://www.unreditora.unr.edu.ar/wp-content/uploads/2013/02/Proceso-de-segregacion-FINAL.pdf>; Estructuración, crecimiento y transformación urbana en la ciudad de Rosario. https://www.uai.edu.ar/investigacion/contenidos/ganadores_Estructuraci%C3%B3n,%20crecimiento%20y%20transformaci%C3%B3n%20urbana%20en%20la%20ciudad%20de%20Rosario.pdf
- CASAZZA, Juan; MONKKONEN, Paavo; REESE, Eduardo y RONCONI, Lucas. Análisis de las características del funcionamiento del mercado de suelo en tres ciudades de la Argentina: Buenos Aires, Córdoba y Rosario. Disponible en: <http://www.bibliotecacpa.org.ar/greenstone/collect/libagr/index/assoc/HASH0127.dir/doc.pdf>
- CASTAGNA, A.; RAPOSO, I.; WOELFLIN, M. Evolución de los asentamientos irregulares en Rosario. Análisis de una problemática compleja de revertir en el ámbito local. Disponible en: <http://www.ub.es/geocrit/sn/sn331/sn-331-81.htm>; Crecimiento económico y desarrollo urbano. La problemática de los asentamientos irregulares en Rosario. <http://ceysrosario.org/wp-content/uploads/2014/07/crecimiento-economico.pdf>
- CIPPEC. Hacia ciudades sustentables. Disponible en: <http://www.cippec.org/-/hacia-ciudades-sustentables>; Hacia la planificación estratégica. http://cippec.org/files/documents/Otras%20Publicaciones/Planificacionestrategica_DL.pdf
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ROSARIO. Habitat y Asentamientos Irregulares en Rosario: reflexiones colectivas para la construcción de políticas públicas. Disponible en: ceysrosario.org/wp-content/uploads/2014/11/PublicaciónHabitat2014.pdf
- FERNANDES, Edesio. Regularización de asentamientos informales en América Latina. Disponible en: <http://www.lincolninst.edu/publications/policy-focus-reports/regularizacion-asentamientos-informales-en-america-latina>