

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE (*) (66)

FRANCISCO I. J. FONTBONA y JOSÉ GUGLIETTI

PRIMERA PARTE. Su naturaleza jurídica. ¿Puede ser una institución jurídica actual o solamente significará proyectar una supervivencia que tuvo auge en la Edad Media, calificada por algunos como simplemente efímera o que pudo ser eventualmente eficaz?

Superficie, sostiene el eminente romanista Gesterdings (1817), se entiende por el uso y la apariencia exterior de una cosa y en el lenguaje de la ley, una metonimia. En sentido objetivo, lato, es lo que se encuentra sobre el suelo, esté o no fijamente unido al mismo, como, por ejemplo, una construcción del vecino que avance sobre nuestra finca; en concepto estricto, un edificio en suelo ajeno, especialmente las casas, y en sentido subjetivo, el derecho real de los edificios construidos en terreno ajeno.

Jerónimo González y Martínez

INTRODUCCIÓN

Como se afirma comúnmente, los maestros como Puchta y Savigny, que integran el grupo que se denominó "escuela histórica del derecho", habían hecho el primer ensayo de insuflar reinvivificación a las congeladas leyes de los romanos.

Ihering, que nació en 1818 en el reino de Hannover, perteneció a una nueva generación que ya tenía medio cuerpo fuera del romanticismo, mientras el otro avanzaba hacia una actitud vital de enérgico pragmatismo. La obra de su juventud, El espíritu del Derecho romano, representa uno de los grandes libros del siglo XIX, constituyendo para varias generaciones una emoción más, de las de mayor fuerza que puede suscitar una hazaña intelectual.

Para muchos, el Derecho romano fue una mole ingente y quizá notable; pero, muerta, que constituye una momia gigante, desde la Edad Media, que solamente se enseñaba en las universidades, y mecánicamente se la recordaba o practicaba en los tribunales.

En la obra de Ihering, de pronto, esa momia apareció dotada de movimiento, vivaz, coloreada y por vez primera ostentando un sentido profundamente humano que generó un sistema de instituciones. Y el maestro muestra el espíritu del Derecho romano, creador del derecho, y en su obra nos prueba su propia y peculiar aptitud, también creadora,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

buscando e indagando en la teoría de la realidad jurídica.

Si bien la investigación histórica nos demuestra que la institución del "derecho de superficie" debe ser anterior al Derecho romano, considero que sus jurisprudencias le dieron vivencia plena junto a otras instituciones vinculadas con los derechos reales. A partir de entonces y hasta nuestros días, muchos países mantuvieron y remozaron el instituto, y otros, por ignota razón, lo abandonaron.

Por tal motivo, la Unión Interamericana de Ahorro y Préstamo para la Vivienda procura que el "derecho real de superficie" cobre total vigencia, se revitalice, quizás adoptando modernas y eficaces modalidades, para alentar y favorecer el régimen inmobiliario, como uno de los medios o maneras de ayudar a la solución de la vivienda.

Así, el Instituto Jurídico que funciona en su seno, en el corriente año, incluyó como punto 1° de la IV Convención realizada en la ciudad de Bogotá (Colombia), el 30 de abril de 1981, el tema que se tituló Propiedad Superfiliaria. Edificaciones en terreno ajeno, público o privado. Sobreelevación.

La Comisión pertinente, por unanimidad, luego de efectuar los correspondientes estudios contenidos en dos trabajos y ponencias presentadas sobre el tema, se expidió en el siguiente sentido:

"1. Sin perjuicio del perfeccionamiento y aplicación de otros institutos jurídicos que coadyuvan con eficacia a la solución del problema de la vivienda, la Comisión hace suyas las proposiciones que ambas ponencias formulan en forma complementaria entre sí, a fin de que la IV Convención propicie la implantación del derecho de superficie, con calidad de derecho real autónomo, inclusive en los casos de edificios de propiedad horizontal, en los países que no lo tuviesen, como una forma jurídica eficaz para la solución del problema habitacional.

"2. Que la IV Convención recomienda a todos los capítulos nacionales, a través de su respectivo órgano, la recopilación de la información más completa sobre la legislación y aplicación práctica en torno de esta materia, haciéndola conocer a la próxima Convención del Instituto a realizarse en el año 1982.

"Bogotá, 30 de abril de 1981. Firmado: Dr. José María Fernández Vellido, Presidente de la Comisión; Dra. Elsa Gutmann, secretaria de la Comisión; Lic., Francisco I. J. Fontbona, relator de la Comisión; Dr. Tulio Arango, vocal; Dr. Teodoro Correa A., vocal; Dr. Hamilton de Abreu Nogueira, vocal; Dr. Arturo Lira, vocal; Dr. Lubín Linares Corredor, vocal; Dr. Pedro Nel Riveros Gómez, vocal; Dr., Jorge H. Forero S., vocal y Dr. Carlos David Lizcano S., vocal."

Uno de los dos trabajos presentados fue redactado por nosotros, junto con su respectiva ponencia contenida en lo que dimos en llamar "conclusiones del estudio de que se trata.

Declaramos que ese estudio - no pretendiendo ni constituyendo un acto de inmodestia - ha sido el fruto de un minucioso trabajo de investigación y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

exposición del tema, y nos permitimos divulgarlo, para conocimiento general y con el objeto, de ser viable, de que su contenido colabore, de alguna manera, para que en la legislación nuestra y en la comparada pueda, alguna vez, ser motivo de una ley especializada de aplicación e interpretación de todos los hombres del Derecho, tanto especialistas abogados y juriconsultos, como notarios.

Por último, personalmente y con criterio individual respondemos al interrogante formulado al comienzo de este trabajo:

El Derecho real de superficie, como lo ha sostenido expresamente el citado Instituto Jurídico de la Unión Interamericana de Ahorro y Préstamo para la Vivienda y, seguramente como también lo haría enfáticamente cualquier organismo jurígeno, es un derecho real autónomo, de antiquísima data, que nunca tuvo vida efímera ni ha sido eventualmente eficaz en determinada época, era o momento y ha proporcionado a los países que lo tienen implantado y legislado una ayuda y apoyo en su aplicación intensiva, por constituir una forma jurídica eficaz en la solución del problema habitacional, imperativo necesario y consustanciado con las indigencias más elementales del individuo y de la familia. Y, además, se conjuga con y contribuye a la consolidación de otros institutos del Derecho inmobiliario, como lo es, por ejemplo, el régimen de la propiedad horizontal, sin contar con su eficacia integral al eliminar el demérito que significa edificar en suelo ajeno.

En nuestro país, en forma muy particular y especial, será una solución lógica, equitativa y, por sobre todo, jurídica, a lo que en ciertas provincias argentinas se ha dado en denominar "clubes de campo" (countries clubs) y "parques industriales", solares e inmuebles que equívocamente se pretende dividirlos por el régimen de la propiedad horizontal, aunque sus edificios sólo estén "en construcción" o simplemente "en proyecto", por la mera circunstancia de la edificación parcial de edificios y sectores de propiedad "común" y con parquización, si así lo exigen las leyes locales de aplicación.

DESARROLLO Y EXPOSICIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PRACTICADA

I. Propiedad superficial. Edificaciones en terreno ajeno, público o privado

1. Conceptos previos: El dominio. El dominio directo y el dominio útil

Nuestro Código Civil, como la mayoría de tales normas jurídicas, prevé en su art. 2506 que el dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona.

Si bien nuestra ley de fondo no formula esta división y caracterización, el dominio comprende - en lo inmobiliario - el llamado "dominio directo" y el denominado "dominio útil". Solamente el Código Civil hace mención al "dominio útil", en el artículo 2661, al tratar el "dominio imperfecto", al definirlo en la alternativa que caracteriza como tal al "dueño perfecto de una cosa que enajena su dominio útil". Pero no define ni aclara qué es o en qué consiste lo que denomina o señala como "dominio útil".

El dominio directo es la propiedad del "suelo", y el dominio útil, la del uso y goce del "vuelo" y del "subsuelo" o de uno cualquiera de ellos.

El sitio o solar no edificado, dice el Diccionario de la Lengua, es el "suelo",

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por lo que "terreno" y "suelo" vendrían, de alguna manera, a ser sinónimos. Y "vuelo" es el espacio aéreo que existe sobre el suelo o sobre un edificio. El "subsuelo", por asimilación, vendría a constituir - en igual jerarquía jurídica - no un antónimo de vuelo, sino un espacio cuya caracterología resulta similar. El suelo físicamente, o, mejor dicho, geoméricamente, es un polígono, vale decir un plano que se ubica en la capa térrea. Y el vuelo es el espacio aéreo o subterráneo que existe sobre un terreno o sobre un edificio o bajo ambos. El vuelo y el subsuelo tienen tres dimensiones, por regla general. Erróneamente, a mi juicio, desde hace un cierto tiempo, al "vuelo" se lo denomina "cubo de aire".

Entendemos que el espacio - aéreo o subterráneo - que va usque ad coelum et ad inferos no ofrece la forma de cubo. Más bien son "poliedros", que, en algunos supuestos de formas regulares, no negamos que puedan ser "cubos"; pero, por lo general, constituyen o tienen formas irregulares.

Pero como no se trata de una cuestión geométrica, sino de un hecho o situación jurídica, formulamos la siguiente pregunta previa: ¿el "cubo de aire" o el "espacio subterráneo", dentro de la legislación civil, tiene o es susceptible de poseer un "valor económico"?

En segundo lugar, preguntamos: ¿existe alguna restricción al respecto - tanto en alto como en profundidad - o se extienden indefinidamente hacia "los cielos" y hacia "los infiernos"?

Inmediatamente, inquirimos: ¿qué trato debe darse al espacio aéreo y al subsuelo, tanto en el inmueble común - suelo simplemente -, respecto de la "accesión" y en la "propiedad horizontal"?

1.1. La "accesión" en los inmuebles en general. Su naturaleza. La "accesión" en la división parcelaria, en el inmueble común y en la propiedad horizontal

Comúnmente se afirma que la "accesión" es el "modo" de adquirir el dominio. Ello significa que el propietario "hace suya" una cosa a la que la obra del hombre le agregó o pudo agregarle algo.

Es así como nuestro Código Civil, en su artículo 2571, establece que se adquiere el dominio por "accesión" cuando alguna cosa mueble o inmueble acreciere a otra por adherencia natural o artificial. Le son concordantes los artículos 2316, 2321, 2332, 2550, 2524, inc. 3º, 2592, 2606 y 2693.

El art. 2588 establece que cuanto se edificare, sembrare o plantare, con semillas o materiales propios en terreno ajeno, el dueño del terreno tendrá derecho de hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización correspondiente al edificante, sembrador o plantador de buena fe, sin que éste pueda destruir lo que hubiere edificado, sembrado o plantado, no considerándolo el dueño del terreno. En cambio, si se ha edificado, sembrado o plantado de mala fe, como prevé el art. 2589, el dueño del terreno puede pedir la demolición de la obra y la reposición de las cosas a su estado primitivo, a costa del edificante, sembrador o plantador. Pero si quisiere conservar lo hecho, debe efectuar el reembolso de los materiales y de la mano de obra.

El art. 2590, a su vez, contempla el supuesto de que haya mala fe, no sólo del que edifica, siembra o planta, sino también del dueño, en cuyo caso establece los derechos de uno y de otro, que se arreglarán según lo dispuesto respecto del edificante de buena fe. Califica la mala fe del dueño,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

siempre que el edificio, siembra o plantación se hiciere a la vista y ciencia del mismo y sin su oposición.

En este aspecto, nuestro Código Civil es concluyente y muy expreso. Además, dada la fuerte inspiración romanista que impera en este cuerpo legislativo, resulta fácil inferir que quien tiene pleno derecho a edificar o sobreelevar un terreno es únicamente su propietario. Rige, pues, sin atenuantes el principio romano de superficies solo cedit.

Así el art. 2518 establece que la propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad y al espacio aéreo sobre el suelo, en líneas perpendiculares. Es decir, que su propiedad es también del "vuelo", o espacio aéreo, y del subsuelo.

Además, como el propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo, puede elevar sobre él sus construcciones, aunque quiten al vecino la luz, las vistas y otras ventajas y puede demandar la demolición de las obras del vecino que, a cualquier altura avanzaren sobre su espacio.

El art. 2519, a su vez, dispone que todas las construcciones, plantaciones u obras existentes en la superficie o interior de un terreno se presumen hechas por el propietario del terreno y que a él le pertenecen, si no se probare lo contrario. Esta prueba puede ser dada por testigos, cualquiera fuere el valor de los trabajos.

Nuestra doctrina y jurisprudencia reconocen que este artículo establece dos presunciones: una, iuris tantum, relativa a las construcciones que han sido hechas por el propietario del terreno, y la otra, iuris et de iure, en cuanto a la propiedad de las construcciones; pero, sin embargo, advierte que, no obstante la prueba producida - de que la edificación ha sido hecha por el dueño -, la eficacia, en contrario de dicha prueba, solamente configura la existencia de un crédito contra el dueño, en favor del verdadero constructor, por el monto de la construcción.

Todo lo expuesto rige, sin atenuantes, en relación, no solamente con el suelo o terreno común, sino también con referencia al inmueble corriente en general, tanto respecto del "vuelo", como de su subsuelo.

Queda por elucidar cómo o de qué manera se interpreta la "accesión" con respecto a un edificio dividido en "propiedad horizontal", porque debemos deducir que lo expuesto ha sido - con claridad meridiana - total y exclusivamente en relación con la "división parcelaria".

¿Por qué denominamos o hablamos de "división parcelaria"? Lo hemos utilizado, sencillamente, por una conveniencia idiomática, para diferenciar la situación jurídica que la "accesión" crea o se podría referir al supuesto de edificios divididos horizontalmente. Porque no tenemos dudas de que la "accesión" a que nos hemos estado refiriendo se relaciona exclusivamente con el suelo o terreno, e incluso con éste edificado, en cualquier medida y forma, entendiendo que la expresión "parcelaria" constituye la fracción menor de las divisiones, en el ámbito de la agrimensura.

En doctrina - especialmente la que podríamos denominar extranjera a la de nuestro país - se sostiene que en la propiedad horizontal se quiebra el principio de la "accesión", porque esa forma de dividir o separar el suelo del "edificio" se hace a costa de la "accesión", porque el "edificio" ya no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

resulta ser de propiedad del dueño del "suelo" o terreno, y éste queda como de propiedad común de los propietarios del edificio y hasta en calidad o condición de accesorio de aquél. En esta forma de dominio existe, por otra parte, una yuxtaposición de propiedades.

Nosotros no sostenemos que la "accesión" quiebre en la propiedad horizontal, o sea respecto de los edificios divididos por pisos o por departamentos, en un mismo plano o en planos verticales. Sobre este aspecto, simplemente sostenemos que, en el caso de la horizontalidad, la "accesión" queda "suspendida". ¿Por qué suspendida? Por la sencilla razón de que, en el derecho real de la propiedad horizontal, la "accesión" renace luego de terminado el edificio, en favor del consorcio de propietarios, o sea en beneficio de la totalidad de los condueños. Ello está plenamente avalado en nuestra ley, nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia. Además, la legislación extranjera, en general, confirma nuestro aserto.

1.2. Naturaleza jurídica de la "propiedad horizontal". La "propiedad exclusiva" y la "propiedad de las cosas comunes". Lo principal y lo accesorio. Edificio, terreno y demás bienes comunes

Como ya lo afirmamos, este derecho real según lo prevén en nuestro país los arts. 1º, 2º y 3º de la ley de la materia 13512, está pergeñado por la citada yuxtaposición de dos derechos: uno, de la propiedad exclusiva de los distintos pisos o distintos departamentos de un mismo piso, en un edificio de una sola planta, con salida directa o por medio de un pasaje común, a la vía pública, pudiendo pertenecer cada sector singular a más de una persona, en forma independiente, exclusiva y excluyente. El segundo derecho lo constituye el del "condominio" indiviso del terreno y demás bienes o cosas comunes del edificio y del "suelo" o terreno, bienes que se usan y gozan por los comuneros, sin perjudicar los legítimos derechos de los demás.

En nuestra ley y en todas las leyes similares de los países extranjeros al nuestro, lo constituye o configura "el edificio". Lo "accesorio", lo constituyen el "suelo" o "terreno" y todos los demás "bienes y cosas" de uso y propiedad común.

Tampoco puede afirmarse seriamente que exista propiedad horizontal con solo uno de dichos derechos de propiedad, por ejemplo, el "terreno" o una porción de éste. Por ello, preguntamos: ¿Cómo podría admitirse la existencia de un instituto de esta naturaleza solamente con la propiedad de un elemento "accesorio" como lo es el "suelo"?

Por ello, afirmamos que no puede existir propiedad horizontal: 1º Sin el edificio terminado, y 2º Sin las propiedades exclusivas - departamentos, locales, etc. - resultantes de la división del edificio. La sola existencia de un terreno o suelo "no implica ni significa o constituye" una propiedad horizontal.

1.3. La llamada "sobreelevación" (sobreedificación) en un "suelo" o terreno, o sobre un edificio común y sobre los edificios ya divididos horizontalmente

Fácil resulta entender que sobreelevar o sobreedificar es "construir" por un tercero - no por el dueño - sobre el terreno o "suelo", o sobre lo ya edificado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de un inmueble o sobre edificios divididos horizontalmente.

En nuestro país, por ejemplo, no se le concede ni confiere al constructor el derecho de "propiedad" de los pisos, plantas o simplemente construcciones, en forma o de manera independiente al derecho de propiedad del dueño, ya sea del suelo, de lo ya edificado o de quienes son condueños en la propiedad horizontal de un edificio.

No pueden existir o coexistir dos dueños. Dicho en otros términos, no reconocemos la propiedad sobre el "dominio directo" y la que resulte del "dominio útil". No existe el derecho real de "propiedad superficiaria". Está prohibido por el art. 2614 de nuestro Código Civil. Para nuestra legislación existe una excepción, a la vez que una prohibición de carácter general. Ella se refiere al edificio dividido en propiedad horizontal.

En efecto, para dar "estado de propiedad horizontal" a un edificio, como queda dicho, es necesario que él esté construido. Pero puede darse el supuesto de que ese edificio esté en parte construido y en parte en construcción o simplemente en proyecto.

En nuestro país, solamente se puede dividir horizontalmente un edificio por una "declaración de voluntad" del o de los dueños, quienes le imponen el llamado Reglamento de Copropiedad y Administración.

Puede, también, acontecer que un edificio dividido horizontalmente sea sobreelevado o sobreedificado.

Como el Reglamento de Copropiedad y Administración es simultáneamente la expresión volitiva antedicha y el título de propiedad de las unidades singulares en que se dividió el edificio, también puede resultar:

1° El concedente o autorizante de la sobreelevación o sobreedificación, y 2° El título de propiedad de quien o quienes construyan las unidades simplemente proyectadas, o las que estén en construcción y no fueron dadas de alta simultáneamente con ese instrumento, o de las unidades de propiedad exclusiva construidas a posteriori, por el consentimiento unánime de los condueños, integrantes del ente que nosotros denominamos "consorcio de propietarios".

Hemos hablado, también, de una "prohibición". Sí, ella existe en la propia ley de la materia, como una excepción de lo que al respecto establecen otras leyes similares de otros países.

En efecto, el art. 7° de nuestra ley de propiedad horizontal 13512, establece:

"Art. 7°. El propietario del último piso no puede elevar nuevos pisos o realizar construcciones sin el consentimiento de los propietarios de los otros departamentos o pisos; al de la planta baja o subsuelo le está prohibido hacer obras que perjudiquen la solidez de la casa, como excavaciones, sótanos, etcétera. Toda obra nueva que afecte el inmueble común no puede realizarse sin la autorización de todos los propietarios."

Existe, por tanto, una prohibición expresa al propietario del último piso y al de la planta baja o subsuelo; pero, también - en forma expresa - se faculta a la "totalidad" de los propietarios para decidir la ampliación, modificación, sobreelevación o sobreedificación, en el caso de la propiedad horizontal.

REVISTA DEL NOTARIADO

Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1.4. La propiedad superficiaria; su caracterización. El dominio del terreno o del terreno y un edificio y el dominio superficiario

En nuestro país, el profesor Guillermo L. Allende, en su obra conocida como Tratado de la enfiteusis y demás derechos suprimidos o restringidos por el Código Civil, al citar el mencionado art. 2614 del Código, dice que nuestro codificador no incluyó el "derecho de superficie", entre los que dicha norma admite, solamente dentro del plazo de cinco años como máximo.

Su opinión la funda en la propia concepción de nuestro ilustre codificador, don Dalmacio Vélez Sársfield, quien, en la nota inserta al art. 2503, sostiene que la "superficie" no puede constituirse por breve término, sino a perpetuidad o por un largo plazo.

Este autor argentino, Allende, analiza el origen y naturaleza de este derecho, que se origina quizás en las postrimerías del Derecho romano y se incorporó a la legislación española, a la alemana, a la italiana, a la suiza, etcétera.

¿Qué es este derecho, en qué consiste, cuál es su naturaleza jurídica y cómo se lo caracteriza? En primer lugar nos referiremos, como ya lo hicimos, a la "accesión", que algunos autores califican como su "quiebra".

Nosotros decimos de su "suspensión" casi en forma "permanente" para este derecho real dominial, que admite o, mejor dicho, instituye dos propietarios: el del suelo o del suelo y edificio, denominado genéricamente dominus soli, y el "propietario superficiario", quien está facultado para usar y gozar, también a título de dueño, de la accesión, haciendo plantaciones (en su concepto primigenio) o construcciones, generalmente, con el cargo de realizar el pago de cierta suma de dinero, en forma periódica o de una sola vez. Este cargo o mejor dicho "canon", jurídicamente hablando, se ha conocido con la denominación de "solario".

Este derecho no solamente fue conocido y practicado en la antigüedad, sino que es letra viva en los tiempos modernos. Hasta se llegó a decir que la ciudad de Cartago fue construida bajo el imperio de este derecho, porque, al parecer, el suelo era exclusivamente estatal. En consecuencia, la propiedad superficiaria era el dominio de los edificios.

Recordamos que fue un derecho vigente en los Estados pontificios, en beneficio de hebreos, por lo que allí se conoció o se lo denominaba con una palabra de esos pueblos: el ius de gazagá, que, en su concepción y traducción primigenia, significaría posesión permanente. En Suiza se practica el derecho sobre tierras del Estado, como es el caso del Palacio de las Naciones Unidas, cuyo título de propiedad en la ciudad de Ginebra es de propiedad superficiaria, o sea del edificio exclusivamente.

La historia del derecho nos enseña que el concedente del derecho, el dueño del dominio directo, o sea del "suelo", puede ser el Estado, de sus dominios privados sobre los terrenos, como el particular, en su condición también de dueño del suelo en relación con sus parcelas.

Siguiendo el examen de este derecho, señalamos que el propietario del "dominio útil" puede conceder el "dominio directo" temporalmente o a perpetuidad. Si lo de la concesión es temporal, el "dominio útil", al cabo del plazo convenido, se consolida con lo construido por motivo del "dominio útil". También es posible que la propiedad horizontal se configure con el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"dominio útil", en cuyo caso el que nosotros llamamos "consorcio de propietarios" abonará al propietario del "suelo" (dominio directo) el "solario" o canon respectivo.

El profesor de la Universidad de Sevilla Antonio Gullón Ballesteros, en el año 1960, dio a luz un excelente estudio sobre la "superficie urbana". Si bien este autor se queja de que la legislación no da una definición precisa sobre la "propiedad superficiaria", él la califica como "la concesión a un tercero del derecho de construir en suelo ajeno haciéndose propietario de la edificación" (La superficie urbana. El derecho de superficie en la ley del suelo y legislación hipotecaria, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1960, pág. 15). Además, caracteriza a la "superficie con vida autónoma, porque - dice, pág. 25 - implica una evidente derogación del principio de accesión, reconocido en nuestro Código Civil en su artículo 358. Hasta tal punto es así, que podemos afirmar que superficie implica una renuncia al derecho de accesión hecha por el propietario del suelo ajeno en favor del superficiario".

Este autor también sostiene (pág. 40) que la "propiedad superficiaria supone, de acuerdo con la definición que hemos expuesto de la superficie, la existencia de un derecho de propiedad sometido ad tempus. La edificación pertenece a un titular, mientras que el suelo a otro". Y hasta admite una variante de la que no hemos hecho mención alguna hasta este momento, cual es la que contiene un interrogante expuesto seguidamente y que dice: ¿Puede, entonces, considerarse la posibilidad de que el "dominus soli" enajene la construcción ya existente sobre un fundo, cercando una propiedad separada y teniendo ésta la característica de propiedad superficiaria con los derechos ajenos a la misma?".

También este autor especifica los "modos" de constitución de la superficie. Al efecto, asevera (pág. 59) que la "legislación española existente en la actualidad sobre la superficie no limita los modos en los que puede constituirse la superficie. Solamente la L.d.S. (Ley del Suelo), tratándose del Estado y demás personas públicas, impone la subasta o adjudicación directa (art. 158, párrafo 3º, contrario sensu). La misma situación se da en el artículo 16 del R.H. (Reglamento Hipotecario), al decir el párrafo D) que habrá que determinarse el canon o precio que satisfará el superficiario, "si el derecho de constitución es a título oneroso".

Seguidamente contempla el caso muy frecuente de que la concesión del suelo se constituye corrientemente como derecho real, por supuesto del suelo, "a cambio de un canon o precio alzado".

Comenta que el art. 158 de la ley española de que se trata contempla "la reversión, pero del todo o parte" de lo construido al dueño del suelo. Sostiene que ello es "materia que cae en el ámbito de la autonomía de la voluntad de los titulares del derecho del suelo y superficie la forma de regular la contraprestación por la concesión del derecho a construir".

Dice, también, que si "se ha pactado la reversión gratuita del dominus soli de lo edificado, puede surgir la duda de si la superficie ha sido constituida gratuitamente. El valor de la construcción en el momento en que la reversión opera sería indudablemente el correspondiente de la concesión superficiaria,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

para la que habría de estimarse de esencia en el instituto, como ha sido configurado en la L.d.S. (Ley del Suelo) que el superficiario tenga derecho a una indemnización a la extinción de la superficie [...]"

Otro autor español, don Vicente Guilarte Zapatero, en su libro El Derecho de superficie (trabajo realizado por la beca concedida por la Fundación Juan March, el año 1959), en la publicación de la Editorial Aranzi, de Pamplona, en 1966, hace un estudio integral de este interesante instituto.

Este jurista trata el tema en forma muy extensa y con absoluta profundidad, bajo diferentes fases y con una sistemática de suma relevancia. La brevedad del presente estudio nos impide comentar extensamente el pensamiento dogmático de Guilarte sobre este derecho real. Pero, séanos permitido, al menos, extractar algunas de sus brillantes consideraciones:

a) Pone de manifiesto que "el término superficie, en un sentido amplio pero propiamente jurídico, tiene distinto significado en el Derecho romano y en los Derechos modernos. En aquél se entiende por superficie el amplio derecho de goce que corresponde al facultado por el dueño del terreno para elevar una construcción o para ocupar los bienes que haya sobre la superficie. En los Derechos modernos, es la facultad de elevar o mantener una edificación, obra o plantación en suelo ajeno como propia." (pág. 1);

b) "Resulta incierto el origen del derecho de superficie. Sin embargo, existe casi absoluta unanimidad entre los romanistas a considerar como situación originaria las relaciones surgidas en suelo público mediante la concesión que hace el magistrado a los particulares que, en base a la misma, edifican sobre tal terreno disfrutando de la construcción." (pág. 5);

c) Al tratar la evolución dogmática de la institución, en cuanto al concepto "superficie" y "acesión" (págs. 11 y siguientes), pondera la "atenuación" de este último concepto y hasta, quizá, su suspensión, como también su quiebra (pág. 29);

d) Formula brillantes consideraciones sobre el contenido de la relación superficiaria; del derecho de disposición; del contenido activo del derecho del superficiario; de las obligaciones del superficiario; de los derechos y obligaciones del dominus soli; de la extinción del derecho de superficie; de la falta de pago del solarium; del abandono; del no uso y prescripción extintiva y de otros modos de extinción;

e) Formula un detallado estudio sobre las manifestaciones de la institución en algunas legislaciones históricas (págs. 59 y siguientes), especialmente referido al derecho germánico, al derecho de los Estados italianos, al derecho francés, al derecho inglés y, finalmente, en este aspecto, en el derecho histórico español, estudiando la "regulación de las Partidas", la Ley 74 de Toro y la "consideración de la superficie según la doctrina anterior al Código Civil";

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

f) Al referirse a la codificación y al derecho de superficie, analiza con detenimiento el derecho francés, el Código Civil prusiano, el Código austríaco y la Ley de 1912, el Código holandés y la Ley belga de 1824, el Código suizo, el derecho de superficie en el derecho alemán (resaltando que el tema regulado por el B.G.B. fue sustituido por la famosa Ordenanza del 15 de enero de 1919), el derecho de superficie en la codificación italiana (especialmente en el Código de 1865 y en el Código de 1942), y el derecho de superficie en Portugal;

g) Se refiere extensamente a la naturaleza jurídica del derecho de superficie (pág. 133), sobre cuya conceptualización formula una "síntesis crítica de las teorías utilizadas para explicar la naturaleza del derecho de superficie", fundada en la "conceptuación romana" en las "otras teorías utilizadas", como la caracterización en el derecho español, tanto en las normas del Código Civil, como en la Ley del Suelo y de Ordenamiento Urbano del año 1956, finalizando con el examen de las normas de aplicación y el contenido del derecho de superficie.

No podemos dejar de citar, y lo hacemos adrede en este lugar, quizá al más enjundioso y completo de los estudios sobre el "derecho real de superficie" que realizó el ilustre jurista e hipotecarista español don Jerónimo González y Martínez, en los Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil, que publicó el Ministerio de Justicia (Sección Publicaciones) en su honor y homenaje. Recomiendo muy especialmente estudiar en el tomo II, las conscientes, fundadas y científicas consideraciones que este jurista hace del "derecho de superficie". Estimamos que resulta hasta una herejía pretender resumir este brillante estudio que solamente en su pág. 300 formula la "bibliografía" tomada en consideración y que abarca a más de cien autores, nacionales de España y extranjeros. Este estudio no ha sido superado hasta el presente.

1.5. El derecho moderno de superficie, a través de la ley española sobre el régimen del suelo y ordenación urbana

La ley de que se trata, en su texto original y en el aspecto de la propiedad superficiaria, decía:

"Sección 3°. Cesión de derechos de superficie.

"Art. 157. 1. El Estado, las entidades locales y las demás personas públicas, dentro del ámbito de su competencia, así como los particulares, podrán constituir el derecho de superficie en suelo de su pertenencia con destino a la construcción de viviendas u otras edificaciones determinadas en los planes de ordenación, el dominio de las cuales corresponderá al superficiario.

2. Será transmisible y susceptible de gravamen con las limitaciones que se hubieren fijado al concederlo.

3. Se registrá por las disposiciones contenidas en esta Sección, por el título constitutivo del derecho y, subsidiariamente, por las normas del Derecho

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

privado.

"Art. 158. 1. La concesión de derecho de superficie por el Estado y demás personas públicas se efectuará por subasta o adjudicación directa, con arreglo a los preceptos de la Sección segunda de este Capítulo.

2. En todo caso deberá ser formalizada en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad.

3. Cuando se constituyere a título oneroso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada por la concesión o de un canon periódico, en la reversión gratuita al dueño del suelo, llegado al término convenido, de la propiedad de lo edificado, o en varias de estas modalidades a la vez.

"Art. 159. 1. El superficiario deberá construir en el plazo y del modo que se hubiese señalado, sin que aquél pueda exceder de cinco años en las concesiones otorgadas por el Estado y demás personas públicas.

2. La infracción a este deber provocará siempre la extinción del derecho de superficie, sin que el dueño del suelo esté obligado a indemnizar en cuantía superior a los dos tercios de lo que representare la mejora.

3. En tanto no hubiere edificado en la mitad, por lo menos, de lo convenido, el superficiario no podrá enajenar su derecho, sin autorización del propietario del suelo, salvo pacto en contrario.

"Art. 160. 1. En toda enajenación onerosa, el concedente ostentará derecho de tanteo y, a falta de preaviso formal y expreso, de retracto, cuyos plazos y efectos serán los previstos por los artículos 1637 y siguientes del Código Civil.

2. En las enajenaciones onerosas efectuadas por el propietario del terreno a favor de particulares, el superficiario también ostentará los mismos derechos de tanteo y, en su caso, retracto.

"Art. 161. 1. El derecho de superficie se extinguirá por el transcurso del plazo que se hubiere determinado al constituirlo, que no podrá exceder de cincuenta años en el concedido por el Estado y demás personas públicas.

2. Cuando se extinga el derecho de superficie el dueño del suelo adquirirá la propiedad de la edificación y, en defecto de pacto, deberá satisfacer al superficiario una indemnización equivalente al valor de la construcción según el estado de la misma en el momento de la transmisión.

3. La extinción del derecho de superficie por decurso del término provocará la de los derechos reales impuestos por el superficiario, pero si el superficiario tuviere derecho a indemnización, ésta quedará subrogada en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

los de garantía.

4. Si por cualquier otra causa se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los de superficiario, los derechos reales que recayeran sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente."

Esta ley, de la que transcribimos solamente cuanto se refiere a la institución del "derecho de superficie", se sancionó originariamente el 12 de mayo de 1956.

Tenemos noticias de que su texto fue refundido el 9 de abril de 1976, sustituyendo con tal motivo su redacción primera, con una posterior ley que, en materia de urbanismo, regla una nueva figura que se denomina "volumen de construcción", es decir, "volumen edificable o edificabilidad de los terrenos urbanos".

Aunque no conocemos el texto de esta ley que regula el "volumen" de lo construible, podemos afirmar que se trata del sistema urbanístico de las ciudades, y que responde a las llamadas "restricciones" y "factibilidades" del dominio, de carácter administrativo, que nuestro Código Civil las prevé en su art. 2611, el que determina que "las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo".

En 1977, el Registrador de la Propiedad de España, don Pedro J. Amengual Pons, notario del Centro Regional de Estudios Hipotecarios de Cataluña, en un trabajo presentado al III Congreso Internacional de Derecho Registral, destacaba la "posibilidades que tiene un terreno urbano de ser edificado dentro de las limitaciones de la ley (se refería a la del volumen de lo edificable)". Y agregaba, como consecuencia, que "Salta a la vista la importancia que adquiere esta segunda figura (la del volumen edificable o edificabilidad de los terrenos urbanos), ya que determina de una manera casi absoluta el valor y la importancia de los solares en los centros urbanos. Tanto más valor tendrá una parcela o un solar en cuanto mayor sea su volumen edificable".

CONCLUSIONES

Creemos que, del examen de todo lo expuesto, surge, en forma incontrovertible, que tanto para fomentar el aumento de la vivienda como por la simplificación de los trámites documentales, y, en especial, la reducción eventual de sus costos, resulta recomendable la implantación de un régimen fácil, equitativo y liberal de la propiedad superficiaria en su forma más moderna y que congenie o sea compatible con las normas del urbanismo, especialmente en cuanto facilite y posibilite el mayor volumen de lo edificable por parte del propietario superficiario. Lo propio es aconsejable en todas las formas de la llamada sobreelevación.

En tal sentido, sugerimos una declaración expresa y concreta de la V Convención del Instituto Jurídico de la Unión Interamericana de Ahorro y Préstamo.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ADDENDA

1. Entre nuestros civilistas, Raymundo M. Salvat (Tratado de Derecho Civil argentino, cuarta edición actualizada por Manuel J. Argañarás, Derechos Reales, pág. 612) sostenía que en el "Derecho romano se admitía que todo lo que se encuentra en la superficie del suelo, es decir, edificios, plantaciones y obras de cualquier clase, pertenecían al dueño del suelo: la palabra superficies se aplicaba para designar los edificios, plantaciones y obras en sí mismos y se decía superficies solo cedit. Pero, a pesar de estos principios, el Derecho romano admitía que el uso de los edificios y construcciones existentes sobre el suelo, pudiese ser concedido a un tercero como derecho real con tal que la concesión se hiciese a perpetuidad o por un largo plazo: el propietario del fundo conserva en estos casos su derecho de propiedad sobre la superficie, sea que se trate de edificios ya existentes, sea de edificios que el concesionario de ese derecho debiese construir; pero este último tiene, respecto a los edificios, un derecho real de uso tan extenso como el del enfiteuta. Nació, así, el «derecho real de superficie». El superficiario, según dicho autor, tenía los siguientes derechos: "1° El de usar y gozar de los edificios. 2° El de disponer libremente de su derecho por actos entre vivos o por disposiciones de última voluntad. Se discute si tenía o no la posesión de los edificios, pero, de cualquier modo, su derecho constaba protegido por acciones de carácter real".

En orden a las obligaciones, Salvat señala que el superficiario debía: "1° La de soportar todas las cargas o contribuciones que gravasen al fundo. 2° La de pagar la renta convenida en compensación del uso del edificio, la cual recibía el nombre de pensio o solarium. 3° La de restituir el fundo superficiario al vencimiento de su derecho, en buen estado de conservación y no deteriorado por su culpa".

Observa, asimismo, que en las legislaciones modernas, el derecho de superficie sólo está en algunas, pero con una caracterización diferente, porque en lugar de ser el "derecho de uso" de un edificio ajeno, el superficiario tiene y posee el derecho de propiedad de las construcciones. Por tanto, en lugar de "encontrar un derecho de propiedad desmembrado, como ocurría en la concepción romana, tenemos dos derechos de propiedad distintos, que existen el uno frente al otro; el derecho de propiedad sobre el suelo y subsuelo y el derecho de propiedad de los edificios".

Admitía que en nuestra concepción jurídica ese derecho no ha sido aceptado, porque el Código Civil lo prohíbe expresamente en el art. 2614 y sostenía que tanto las construcciones, plantaciones como las obras existentes en la superficie y en el interior de un terreno pertenecen al propietario, conforme con el art. 2519 y que era una presunción juris et de jure, que no admite prueba en contrario.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Finalmente, afirmaba que, con anterioridad a nuestro Código Civil, no han existido antecedentes ni proyectos respecto de este derecho real.

2. Como ya se expresó, la obra de Vicente Guilarte Zapatero titulada El derecho de superficie resulta la más moderna que ha estado a mi alcance por ser de 1966. De ella formulamos una síntesis conceptual, a la que nos remitimos; pero no podemos dejar de aludir a su metodología en el trato y examen del tema, que desarrolla con un verdadero espíritu científico, en tres momentos, muy nutridos y completos. Esos momentos son: la primera parte, con un amplio análisis de la "Consideración de la superficie en el Derecho romano"; la segunda parte analiza la "Naturaleza jurídica de la institución", como también "las normas aplicables al derecho de superficie", y la última y tercera parte, que se refiere al "contenido del derecho de superficie", que desarrolla en los siguientes puntos: A. Constitución, considerando los elementos personales: el objeto del derecho de superficie en la modalidad común y en la Ley del Suelo y los modos de constitución y la forma, dentro del régimen del Código Civil, la modalidad urbanística y la problemática que plantea el art. 16 del Reglamento Hipotecario. B. Efectos de la relación superficiaria contemplando, especialmente, la facultad de disposición, la posibilidad de constituir usufructo, censo enfitéutico, la facultad de hipotecar, la contraprestación del superficiario y los derechos y obligaciones del concedente. C. La duración del derecho de superficie, y D. La extinción, es decir, la relación de las causas extintivas, expropiación forzosa, la confusión, la renuncia, la prescripción, la destrucción de la cosa sobre la que recae el derecho, como también los efectos de la extinción del derecho de superficie, las consecuencias relacionadas con la accesión, los efectos respecto de los derechos reales concedidos por el superficiario, también los efectos en relación con algunas obligaciones que surgen para el concedente y para el superficiario y las consecuencias que trae la extinción para alguna de las relaciones personales.

Se trata, reiteramos, de un estudio muy completo, cuya lectura y análisis minucioso son sumamente recomendables porque es un trabajo medular.

3. No podemos silenciar el trabajo mencionado que realizó don Jerónimo González y Martínez, que consta en la publicación prealudida que realizó el Ministerio de Justicia de España, con una semblanza que escribió el ilustre notario español don Rafael Núñez - Lagos. Estimamos y ratificamos que es el más enjundioso trabajo sobre este derecho real que tenemos a la vista y nos honró su lectura. Para su redacción - dice una nota puesta al pie - se utilizaron los borradores que usó el maestro para explicar en el Ateneo Jurídico de la Asociación Oficial de Estudiantes de Derecho en tres lecciones impartidas los días 21 y 28 de enero y 8 de febrero de 1922.

El estudio de don Jerónimo González y Martínez, luego de aludir a la importancia del tema, lo divide en los siguientes capítulos con sus respectivos subtítulos:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

I. ORÍGENES DEL DERECHO DE SUPERFICIE

1. Conceptos afines
2. Precedentes
3. La superficie y el derecho de accesión
4. El interdicto "de superficibus"
5. Derecho germánico primitivo
6. Concesiones en precario (el "precario" fue una forma medieval por excelencia, del censo, el cual evolucionó bajo la dirección de la Iglesia y sobre precedentes germánicos y consistió en una "concesión de tierras" del terrateniente al cultivador, quien lo devolvía, a modo de comodato: precaria data o precaria oblata o precaria remuneratoria)
7. La glosa

II. REGLAMENTACIÓN EN EL DERECHO ROMANO

8. Objeto del derecho de superficie
9. Constitución del derecho de superficie
10. Contenido del derecho
11. Derecho del superficiario
12. Deberes del superficiario
13. Extinción del derecho de superficie
14. Transmisión del derecho
15. Diferencias entre la superficie y la enfiteusis

III. LEGISLACIONES MODERNAS

16. La ciudad a fines de la Edad Media
17. Quebrantamiento del principio de accesión
18. Pueblos germánicos: Prusia
19. Austria
20. Sajonia y Baviera
21. Inglaterra
22. Francia
23. Bélgica
24. Holanda
25. Schleswig - Holstein
26. Italia
27. España: Derecho Medieval
28. Doctrina después de la ley 74 de Toro
29. El derecho científico
30. El principio de accesión y el Código Civil
31. La propiedad de partes o pisos de un edificio
32. El derecho de superficie al terminar el pasado siglo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

IV. PROBLEMAS DE MAYOR IMPORTANCIA QUE SE PLANTEAN EN EL SIGLO XX

33. Naturaleza jurídica del derecho de superficie
34. Equiparación técnica a la finca hipotecada
35. Duración del derecho
36. Canon
37. Extinción
38. Destino final de las construcciones
39. Préstamos para la edificación y sus garantías

V. LA ORDENANZA ALEMANA DE 15 DE ENERO DE 1919

40. Antecedentes austríacos
41. Promulgación de la Ordenanza
42. Concepto y contenido del derecho de superficie
43. Régimen hipotecario
44. Colocación de capitales
45. Seguro contra incendios y ejecución forzosa
46. Terminación, renovación y caducidad.

Este valioso estudio termina con ese final que denomina conclusión, donde pone de relieve el progreso del proceso evolutivo y los adelantos de la técnica jurídica, como de la industrial. Señala que "si quisiéramos emplear la fraseología hegeliana, presentaríamos frente a los tipos de propiedad feudal encadenada por el privilegio de clase (tesis) la propiedad revolucionaria y libre del siglo pasado (antítesis), para ver en las normas de la propiedad futura la síntesis que armonizará los intereses de la humanidad".

4. Concordando con las conclusiones que formulamos en nuestro propio examen del tema, estamos en condiciones de afirmar dos conceptos, que estimamos elementales: uno, que con el "derecho real de superficie", el concesionario superficiario adquiere por imperio de la pertinente legislación que implante el instituto, ab initio, el correspondiente título de propiedad del edificio construido o por construir; y, segundo, que desde el punto de vista económico, el costo de su hábitat lo será el formado simplemente por el valor de las obras superficiarias, a las que deberá sumarse el interés del capital que represente el valor del terreno.

5. Y, por último, señalamos que, dentro de una legislación moderna que implante este derecho real, puede ser de aplicación indistinta al inmueble común como al que deba o quiera someterse a la división horizontal. Además, señalamos que la base o sustento del derecho real de superficie puede ser: el suelo o terreno e, incluso, lo ya construido, por aplicación de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

un sistema más sencillo o simple de la "sobreedificación" o "sobreelevación" y que desaparecen los riesgos inherentes a la edificación de casas, departamentos o apartamentos, en terreno ajeno.

6. El propietario del terreno (suelo), por su parte, no corre riesgo alguno respecto del valor de su tierra, porque, aparte de cobrar el interés de su inversión, representada por el monto del solarium, las ventajas pueden ser acrecidas, si el derecho superficiario fuere temporal - aunque a largo plazo - por virtud y como consecuencia de la "reversión" del dominio superficiario y la consolidación de la propiedad primigenia.

SEGUNDA PARTE. Aspectos económico - financieros de la vivienda y su proyección social. El ahorro y préstamo y su operatoria. Mercado secundario de hipotecas. Seguro de hipotecas. Canales de financiamiento de los Estados Unidos. Sistema tributario argentino. Incentivos tributarios para la construcción de viviendas, mediante el derecho real de superficie

1. a) La vivienda y su proyección social. Importancia del ahorro y préstamo.
1. b) El ahorro y préstamo. Operatoria. 1. c) Mercado secundario de hipotecas. 1. d) El seguro de hipotecas. 1. e) La inflación y la vivienda. 1. f) Ventajas que se consideran en la toma de decisión de comprar la vivienda.
1. g) Metodología empírica para evaluar la capacidad de endeudamiento y pago. 1. h) Principales canales de financiamiento en los Estados Unidos. 2. Sistema tributario argentino. Características. Federalismo. Régimen municipal. 3. Incentivos tributarios para la construcción de viviendas sobre la base del derecho real de superficie. 4. Bibliografía.

1. a) LA VIVIENDA Y SU PROYECCIÓN SOCIAL. IMPORTANCIA DEL AHORRO Y PRÉSTAMO

La necesidad de contar con una vivienda digna es prácticamente la necesidad material más importante de todo ser humano. Esta necesidad se presenta cualquiera que sea el régimen político en que el ser humano viva. Se ha dicho, con razón, que "el hogar de un hombre es su castillo", dándosele a esta expresión su sentido medieval de que donde vive el ser humano se halla su fortaleza inexpugnable, porque allí transcurre lo principal de su existencia; ese es su "santuario", el lugar donde logra recogerse para lo que es "sagrado" de su persona; su vida privada.

Desde que el hombre salió de las cavernas, ha buscado que su vivienda sea un lugar acogedor; allí, a veces, comienza su existencia en este mundo; transcurren entre sus muros los momentos felices de su niñez. Al independizarse de sus padres, necesita el lugar al que pueda llamar su propia casa y allí cría a sus hijos y vive su senectud. Muchas veces, elige terminar sus días allí donde ha constituido su hogar.

La vivienda, pues, ha sido y es una de las necesidades vitales cuya satisfacción ha ocupado un lugar importante en el concepto del progreso humano y en el logro de sus satisfacciones. Pero, aun más que otras necesidades cruciales, como el alimento, la vestimenta y el cuidado de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

salud, la vivienda ha sido siempre el bien material más costoso para el ser humano, el que mayores sacrificios le ha demandado para conseguirlo". Durante siglos han sido relativamente pocos los seres humanos que han logrado tener la propiedad de su vivienda.

Calcúlase que a partir de la inmigración de los campesinos hacia las ciudades, impulsada por el desarrollo de la actividad industrial, puede decirse, desde el siglo XVIII en adelante, el problema de la vivienda apareció con sus primeras manifestaciones modernas. Ciertos sectores de la población se vieron obligados a hacinarse en edificios cuya capacidad y características eran inadecuadas para alojarlos como merece cualquier ser humano. Pero, en líneas generales, el problema de la vivienda comienza a adquirir en todo el mundo la gravedad que se advierte hoy, a partir de la conclusión de la Primera Guerra Mundial, acentuándose en la segunda posguerra. La problemática de la vivienda ha pasado a ser una fuente permanente de conflictos políticos y una persistente preocupación de los gobernantes.

En nuestro país, la problemática casi era desconocida hasta la Segunda Guerra Mundial. El habitante medio no siempre era propietario de su vivienda, pero había fácil disponibilidad de casas para alquilar, bajo contratos de locación, usualmente de renovación anual y con rentas módicas o, por lo menos, al alcance de la población en general. Desde luego que había casas de inquilinato para grupos de familia de bajos niveles, pero la vivienda no fue, hasta entrada la década de los años 50, un acuciante problema social.

Las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial, que afectó la provisión de los materiales de construcción, la política de congelamiento de alquileres y las prioridades otorgadas por el régimen gubernamental del período 1946/55 al empleo de materiales ferrosos y cemento para obras públicas, iniciaron en la Argentina el problema de la vivienda.

Paralelamente, el proceso inflacionario comenzado en la década de los años 40 fue agravándose paulatinamente. Para el inicio de la década de los años 60, en nuestro país, prácticamente no se conseguían casas en alquiler a rentas razonables, y los locatarios buscaban adquirir a algún precio conveniente las viviendas que ocupaban. En algunos casos, los propietarios inversores malvendieron sus casas y departamentos a sus inquilinos, para no litigar su desalojo con pocas probabilidades de éxito, a causa de la legislación excesivamente protectora de los arrendatarios. En otros casos, los dueños se despreocuparon del mantenimiento y reparación de las viviendas que ocupaban los locatarios, pues el bajísimo alquiler no cubría los gastos corrientes, generando el deterioro de las viviendas existentes.

La situación bosquejada en el párrafo anterior provocó la gradual acumulación del déficit habitacional. La Argentina no ha experimentado una explosión demográfica, pues, por el contrario, es el país de América Latina que ha tenido el menor índice de incremento de población. Pero la construcción de viviendas fue tan lenta en las tres últimas décadas que para 1979 se calculaba en 2.700.000 unidades el déficit acumulado.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1. b) EL AHORRO Y PRÉSTAMO Y SU FUNCIÓN. OPERATORIA

Las entidades de ahorro y préstamo posibilitan la adquisición de vivienda propia a un sector de la población. Dividiremos la población en cuatro sectores, de acuerdo con sus posibilidades económicas.

Un primer sector de escasos recursos, cuyos ingresos no le permiten asumir el pago de la adquisición de su vivienda, aun cuando se pensare en largos plazos de financiación. Este sector debe ser atendido con ayuda del Estado, regímenes mutuales y cooperativos, o mediante un sistema que reduzca los costos.

El segundo y tercer sector están compuestos por la clase media y la clase media alta, que disponen de alguna capacidad de ahorro y que, en determinadas circunstancias de tasa razonable y plazo de pago, pueden llegar a acceder a su vivienda, y están integrados por profesionales y trabajadores autónomos de medianos recursos, empleados estatales y privados de cierto nivel y pequeños comerciantes e industriales, ejecutivos y empresarios.

Finalmente, el cuarto sector está formado por la clase alta, que puede realizar la adquisición de su vivienda sin necesidad de financiación.

Las sociedades de ahorro y préstamo cubren preferentemente las necesidades financieras de los sectores segundo y tercero, participando con las secciones hipotecarias de bancos privados o con financiaciones particulares de inmobiliarias.

Hasta el momento el primer sector está parcialmente atendido por los préstamos del Banco Hipotecario Nacional, por las obras que se realizan por aplicación de los recursos del Fondo Nacional de Viviendas (FONAVI), aporte parafiscal del 5 por ciento sobre la nómina de remuneraciones mensuales en todo el país y en algún caso por apropiaciones de fondo de los Estados nacionales, provinciales o municipales. Primordialmente, para este sector podría utilizarse el derecho real de superficie como forma de eliminar o reducir la inicial incidencia del "terreno" en el costo de la vivienda económica para sectores de bajos ingresos.

Es indudable que en nuestro país, con una persistente inflación que bordea mensualmente los dos dígitos, es imposible pretender que funcione adecuadamente un sistema de financiamiento a largo plazo, como es aquel en que deben actuar las entidades de ahorro y préstamo. En este momento su actividad está más sujeta al azar y a la voluntad de los organismos de control que a una planificación empresaria hecha sobre sólidas bases de información. La circunstancia de que estas entidades se muevan en una situación económica carente de estabilidad multiplica la existencia de riesgos. El cuestionamiento a nivel judicial de algunos de los tipos de sus operaciones acrecienta la generalizada sensación de inseguridad que rodea a la operación de las sociedades de ahorro y préstamo.

Por otra parte, en la Argentina el control y, en ciertos aspectos, la orientación operacional de las entidades de ahorro y préstamo están en manos del Banco Central, lo que significa que el gobierno asigna importancia principal a la función de intermediación en el mercado de capitales, cuando en otros países el control de las operaciones financieras

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de las sociedades de ahorro y préstamo se integra con la orientación de estas entidades en cuanto a su participación en la solución de un importante problema social, el habitacional. Este último sistema parece más adecuado que el primero.

1. c) MERCADO SECUNDARIO DE HIPOTECAS

Otro de los problemas que sería urgente solucionar es el de la imposibilidad del sistema financiero de generar créditos de mediano a largo plazo para satisfacer la demanda existente, pues en este momento todas las entidades absorben el riesgo que significa tomar fondos a corto plazo y prestarlos a largo plazo. La creación de un mercado secundario de hipotecas podría ser una de las soluciones posibles. En la Argentina no está suficientemente organizado el mercado secundario de hipotecas. Sólo existen las cédulas hipotecarias del Banco Hipotecario Nacional y algunas operaciones privadas aisladas.

La existencia de un mercado secundario de hipotecas permitiría a las entidades de ahorro y préstamo mantener con mayores seguridades la posibilidad de continuar operando el sistema. Es difícil pensar que las necesidades de construcción, adquisición o reforma de viviendas que deban atender esas entidades puedan financiarse con el ahorro previo contractual (hoy inexistente), el ahorro puro y la amortización de los préstamos, sobre todo si se piensa en un sistema en expansión. La operación del mercado secundario se ha instrumentado en otros países a través de la cesión directa del crédito hipotecario o mediante la creación de bonos o cédulas con garantía hipotecaria de un bien o de un conjunto de bienes, lo que facilitaría su eventual cotización en Bolsas o Mercados de Valores, lo que posibilitará mantener la preferencia de liquidez de los actuales inversores del mercado financiero argentino, pero todo ello con tasas que fuesen competitivas.

1. d) EL SEGURO DE HIPOTECAS

En algunos países, uno de los estímulos más importantes para alentar la producción de viviendas y las inversiones en sistemas es el de la garantía de las inversiones que se realicen, mediante el seguro de hipoteca, que consiste en una fianza - casi siempre del Estado - que se otorga asegurando el pago puntual o en término; o la de pago único o total que exige al acreedor agotar todas las circunstancias previas, incluso el pedido de ejecución del bien o el de dación en pago antes de acudir al garante. Es evidente que un seguro de este tipo facilitaría la operatoria de las entidades que actúan hoy en un mercado de gran inseguridad.

Si tomamos en cuenta la importante función social que las entidades cumplen en la solución del problema habitacional y no sólo su papel de intermediarias en el mercado de capitales, vemos la conveniencia de que el Estado preste debida atención a los aspectos señalados.

1. e) LA INFLACIÓN Y LA VIVIENDA

En países tales como los Estados Unidos, hay una mayor preferencia por la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

vivienda propia. Pero, indudablemente que en la Argentina esta preferencia ha sido profundamente influida por la política de control de rentas (Ley de Alquileres) y la inflación.

El proceso de inflación implica necesariamente una reasignación de los recursos entre individuos y sectores, lo que da lugar a que se lleven a cabo actividades distintas de las que habría si no hubiese inflación.

En general, este proceso de crecimiento de precios se genera como consecuencia del intento del Estado de gastar más de lo que percibe vía impuestos y otras contribuciones. Este exceso de gasto público significa la canalización de recursos hacia la producción de otros bienes, y la demanda global supera la oferta global, produciéndose un aumento generalizado de los precios. Cuando esto ocurre, se intenta entonces solucionar el problema aumentando generalizadamente los salarios, lo que igualmente es autodestructivo, pues ello ignora la escasez relativa de ciertos bienes producto de la transferencia de recursos hacia otras actividades. En esa forma se genera una carrera indefinida de precios y salarios que más tarde se nos aparece sin solución de continuidad.

El proceso inflacionario, naturalmente, tiende a reducir el denominado ahorro voluntario, y las inversiones tienen lugar a partir de decisiones que se posibilitan en la medida en que el gobierno permite el uso de fondos para llevarlos a cabo, bien sea por su propia cuenta, bien por el sector privado, vía el acceso al crédito subsidiado.

Por otra parte, cuando se generaliza el aumento de los precios, las autoridades tienden a resolverlo estableciendo controles, entre los cuales uno de los de mayor importancia es el precio de los alquileres. Si bien los controles de precios en general nunca funcionan y se crean inmediatamente mercados paralelos (negros), en el caso de los alquileres la evasión es imposible y, por consiguiente, la respuesta de parte de los ahorristas es eliminar la inversión en viviendas para renta.

A partir del proceso inflacionario, entonces, el denominado "déficit habitacional" es prácticamente una consecuencia necesaria de los siguientes factores:

1. El ahorro disponible global (voluntario) se reduce.
2. La inversión en viviendas para su alquiler desaparece, en tanto se produce una transferencia de recursos arbitraria entre los arrendatarios y los propietarios, que presionan sobre la demanda de otros bienes, y acelera el proceso inflacionario.
3. En ausencia de activos financieros cuya rentabilidad sea suficiente protección contra la inflación, los ahorristas se vuelcan a los bienes durables. Este vuelco de la demanda se produce principalmente hacia los bienes raíces como medio de protegerse contra la inflación. En consecuencia, y dado que el aumento de oferta de tales bienes no es paralelo al incremento de esta nueva demanda especulativa, el precio de la tierra y, paralelamente, el de la construcción tienden a aumentar más

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

rápidamente que el de otros bienes.

4. El crédito a largo plazo desaparece y, por consiguiente, al costo incrementado de la vivienda ha de hacerse frente en el corto plazo, por lo que se hace prácticamente inaccesible para el común de la población que vive de su salario. Las grandes empresas y el gobierno tienden a facilitar a sus funcionarios créditos sin interés para la adquisición de viviendas, que en la práctica significan verdaderos subsidios. A estos créditos, por supuesto, no tienen acceso los empleados de menos jerarquía, pues, al ser necesariamente un subsidio, no pueden beneficiar a todos.

5. Los que disponen de ahorros suficientes para hacer frente a la adquisición de viviendas son entonces sólo aquellos de mayores ingresos y, por consiguiente, la mayor parte de la inversión en vivienda se realiza en viviendas de lujo, ya que las denominadas viviendas "económicas" no son accesibles para los demandantes potenciales. Mar del Plata y todos los balnearios de la costa atlántica son un ejemplo del resultado de esa especulación en bienes raíces donde existe una cantidad de viviendas que sólo son utilizadas durante un cierto tiempo del año, en tanto que se carece de vivienda para aquellos que la necesitarían para vivir permanentemente. Los puntos anteriores explican, pues, el problema de la vivienda y por qué, pese a todos los intentos de solución vía el Banco Hipotecario - en el que los créditos subsidiados son otorgados, en el mejor caso, al azar - el conjunto de la población queda sin acceso a la vivienda. La realidad es que la solución no puede nunca venir de dádivas del gobierno sino del funcionamiento eficiente del sistema económico.

1. f) VENTAJAS QUE SE CONSIDERAN EN LA TOMA DE DECISIÓN DE LA COMPRA DE LA VIVIENDA

El verdadero problema para decidir la compra de una vivienda allá, como en la Argentina, es la posibilidad del comprador de hacer frente a la obligación financiera sin tener que sacrificar otros gastos esenciales. Las principales ventajas que se consideran para adquirir las viviendas, según Richard U. Ratcliff, serían las siguientes:

1. Es un excelente sistema de ahorro y una defensa contra la inflación.
2. Los pagos de las cuotas hipotecarias representan ahorros forzosos que no serían hechos sino fuera por la obligación contractual.
3. La propiedad de una vivienda es una ayuda para establecer un buen crédito.
4. El impuesto sobre la renta permite la deducción de los impuestos a la propiedad y de los intereses sobre la deuda hipotecaria.
5. Cuando el propietario vende su propiedad a más de lo que paga por ella,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

no se encuentra sujeto al impuesto sobre ganancias de capital siempre y cuando compre una propiedad por lo menos similar dentro del año.

Las consideraciones anteriores son realmente interesantes y mostrarían que de alguna manera la propiedad de la vivienda ha sido subsidiada directa o indirectamente en los Estados Unidos. Es sintomático que, a pesar de que durante un largo tiempo la inflación no era un problema en los Estados Unidos, la mera expectativa de la posibilidad constituyó un incentivo a la demanda de vivienda propia.

El punto cuatro constituye, sin lugar a dudas, un subsidio a la adquisición de vivienda propia, que aparentemente no se justificaría, ya que la renta de los alquileres no es igualmente deducible. La exención del impuesto a las ganancias de capital, por el contrario, es justificable, y, particularmente, cuando se tiene en cuenta el proceso de inflación que más recientemente estarían sufriendo los Estados Unidos.

1. g) METODOLOGÍA EMPÍRICA PARA EVALUAR LA CAPACIDAD DE ENDEUDAMIENTO Y DE PAGO

Cuánto puede pagar una familia por la vivienda propia no tiene una respuesta fácil. En los Estados Unidos, sin embargo, los bancos tienden a aplicar dos reglas que son: préstamo igual a dos veces y media el ingreso anual; y que no se debe gastar más del 25 por ciento del ingreso anual.

1. h) PRINCIPALES CANALES DE FINANCIAMIENTO EN LOS ESTADOS UNIDOS

En los Estados Unidos existen diversos canales de financiamiento para la vivienda. Los principales son:

1. Las asociaciones de ahorro y préstamo.
2. Los bancos comerciales.
3. Las compañías de seguros.
4. Las mortgage companies.

Las asociaciones de ahorro y préstamo tienen su origen en las asociaciones cooperativas, en las que los miembros son los ahorristas y los tomadores de créditos. De esta manera se eliminaba la intermediación, y la oferta y la demanda se entendían directamente. Hoy, la forma de operar ha cambiado. Los ahorristas se convierten en accionistas que reciben dividendos por sus depósitos, en lugar de intereses. Los accionistas tienen la facultad de retirarse con cierto tiempo de aviso previo, aunque en la práctica el retiro es permitido casi inmediatamente.

Los activos de las asociaciones de ahorro y préstamo han crecido enormemente. Esto se puede explicar en parte por el aumento del nivel de ingresos que permitió un mayor ahorro y, en parte, por los atractivos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dividendos que se ofrecían. Los fondos tienden a dirigirse hacia los tipos de inversión que brindan el rendimiento más atractivo en relación con la seguridad y la liquidez.

Las asociaciones dependen básicamente del volumen de ahorro para poder otorgar préstamos. Sin embargo, los miembros del FHLB System Federal Home Loan Bank Board pueden recurrir a tomar préstamos del sistema para obtener mayor cantidad de fondos prestables. Además, pueden, como cualquier otra institución financiera, vender hipotecas, aseguradas por el gobierno, al Federal National Mortgage Association. También existe un mercado de aceptación privado, donde se puede obtener mayor cantidad de libre inversión.

2. SISTEMA TRIBUTARIO ARGENTINO. CARACTERÍSTICA. FEDERALISMO. RÉGIMEN MUNICIPAL

Al dictarse nuestra Constitución Nacional, en 1853, ésta organizó el poder tributario, condicionada por la naturaleza de los recursos más importantes a esa fecha - tributos aduaneros e inmobiliarios - y por la necesidad de conciliar principios federalistas con un Poder Ejecutivo nacional fuerte.

De esta manera reconoció que las provincias ejercían poderes tributarios amplios al momento de organizarse la Nación y sentó el principio de un gobierno federal con poderes tributarios delegados por aquéllos, conforme a los límites consagrados por los artículos 104 y 108 de la Constitución.

Sin embargo, de las disposiciones constitucionales y de su interpretación por la Corte Suprema de Justicia resultó una distribución de los poderes tributarios no tan clara.

En efecto; se reservó el gobierno nacional la facultad exclusiva y permanente sobre los tributos aduaneros, la facultad concurrente en los impuestos indirectos y con carácter transitorio en los impuestos directos.

Las provincias conservarían la facultad concurrente en impuestos indirectos, pero, en relación con los impuestos directos, su facultad exclusiva quedó afectada seriamente por el art. 67, inc. 2), que permite al gobierno federal establecer tributos directos en situaciones de emergencia definidas con un carácter muy general desde el punto de vista político.

Es decir, que al momento de nuestra organización nacional se atribuyeron al gobierno federal no sólo los recursos tributarios más significativos de la época, sino también la posibilidad de compartir con las provincias futuros recursos que correspondían a éstas.

En relación con los municipios, la Constitución sólo se ocupa en el art. 5º, que exige de las provincias que garanticen el régimen municipal.

De acuerdo con esta cláusula constitucional, cada provincia, sobre la base de sus respectivas Constituciones, ha establecido, mediante leyes orgánicas, su régimen tributario municipal con variado alcance, según circunstancias de tiempo y lugar.

Lo cierto es que tanto la jurisprudencia como la doctrina han negado a los municipios autonomía institucional, con lo que ha creado para estos entes serias dificultades en su funcionamiento.

La estructura constitucional evolucionó en forma desfavorable para las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

provincias y los municipios, en razón de interpretaciones jurisprudenciales desde un punto de vista teórico o doctrinal, y a causa de una escasa visión política durante este siglo, que provocó una creciente tendencia a un centralismo irracional y deformante.

Así, en 1890, durante una tremenda crisis financiera, se creó transitoriamente un régimen de impuestos internos que nunca desapareció. Por el contrario, fue incorporando nuevos hechos imposables e incrementando su incidencia. A principios de la década del 30 se crearon dos impuestos importantes, a las ventas (hoy valor agregado) y a los réditos (hoy ganancias), haciendo uso de sus facultades concurrentes y transitorias del art. 67, inc. 2).

Estas medidas originaron los problemas y dificultades de la doble imposición interna, que derivó en las leyes de coparticipación federal.

Dichas leyes, de discutible validez constitucional, se iniciaron en 1934 para los llamados impuestos internos y continuaron en 1947 para los impuestos a los réditos, ganancias eventuales, ventas y beneficios extraordinarios, y, en 1951, para el impuesto sustitutivo. Luego de diversas modificaciones, en 1973 se unificaron en un solo régimen los impuestos más importantes a cargo de la Dirección General Impositiva.

El cuadro de la situación actual se caracteriza, a pesar de una tendencia opuesta en la participación, por organismos federales prácticamente desbordados por la cantidad de impuestos e insuficientes para un control adecuado, por organismos fiscales provinciales sin un desarrollo básico y apremiados por requerimientos de corto plazo, y por un verdadero caos en el nivel municipal.

En relación con las funciones o servicios que deben prestar la Nación, las provincias y los municipios, la situación es peor.

El crecimiento de los centros urbanos, desde 1853, no fue acompañado por un adecuado desarrollo de las funciones del municipio, si se observa que en otros países paulatinamente fueron haciéndose cargo de servicios, como la educación, la sanidad y la vivienda, entre otros. Con raras excepciones, los municipios en nuestro país solamente prestan servicios indispensables.

Consideramos sumamente gráfico observar el trabajo denominado Estadísticas tributarias básicas, elaborado por José Luis Elizalde, y publicado en el N° 281 del Boletín de la D.G.I., que, en su Cuadro N° 4 "Recaudación de la D.G.I. y su estructura porcentual 1974/1975", elaborado a valores corrientes y constantes, sobre un total de 71 tributos considerados y existentes en la República Argentina, se registran - para el año 1975 - 28 gravámenes cuya incidencia porcentual no resulta significativa.

De los 43 impuestos restantes, 32 no alcanzan al 1 por ciento de la recaudación individualmente considerados y reúnen en suma un 6,81 por ciento del producido de impuestos a cargo de la D.G.I.

Se rescatan, entonces, del párrafo considerado, por su aporte al Tesoro, los impuestos internos, al valor agregado, a las ganancias, a los combustibles y, en último lugar, el impuesto de sellos. Estimamos innecesario destacar, entonces - ante la evidencia de los guarismos -, que una enorme cantidad de impuestos que contribuyen a conformar nuestro complejo sistema

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tributario no sirven siquiera para contribuir a las necesidades financieras del Estado, al menos en forma representativa.

3. INCENTIVOS TRIBUTARIOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS SOBRE LA BASE DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

Esta modalidad jurídica de afectar el derecho de propiedad, con la finalidad, entre otras, de impulsar la industria de la construcción de viviendas, tiene especial relevancia en los momentos actuales de recesión económica y notoria escasez de viviendas, motivada fundamentalmente por: a) Un sistema impositivo pesado e incoherente; b) Agudo proceso inflacionario; c) Falta de adecuado apoyo crediticio, y d) Limitaciones del mercado comprador.

Su utilización, por parte de los sectores económicos, podría ser incentivada mediante diversos instrumentos de política económica, entre los cuales el tributario asume especial importancia. En efecto, la política tributaria considerada como una de las herramientas de que se dispone para efectuar una reasignación de los recursos productivos, puede ser utilizada eficazmente para impulsar la utilización del derecho de superficie, en la activación de la industria de la construcción de viviendas de bajo costo, con destino a paliar especialmente las necesidades de los sectores de menores ingresos.

En tal sentido y como primera aproximación, resulta indispensable conocer los impuestos que en el orden nacional, provincial y municipal gravitan sobre la industria de la construcción para poder cuantificar el peso de la carga tributaria y, posteriormente, evaluar los incentivos que puedan ser utilizados. Análogamente, debe procederse respecto de los impuestos que alcanzan al régimen de los inmuebles.

En estos momentos, en la República Argentina, uno de los impuestos que mayor incidencia tiene sobre la construcción es el impuesto al valor agregado (IVA), cuyas normas legales prevén la imposición en relación con los trabajos en general realizados directamente o a través de terceros sobre inmueble ajeno. La tasa es del 20 por ciento, y, como es sabido, se aplica sobre la diferencia entre débitos y créditos fiscales.

Un ejemplo de cómo, a través del impuesto sobre al valor agregado, pueden establecerse regímenes diferenciales en el tratamiento que la ley dispensaba a las viviendas económicas. En efecto, hasta el 5 de octubre de 1980 - día anterior a la entrada en vigencia de la ley 22294 - el artículo 27 de la ley del tributo, en su inc. e) establecía la exención para los trabajos en general realizados, directamente o a través de terceros, sobre inmueble ajeno, destinado a vivienda, que encuadre en la definición de vivienda económica que establezca el decreto reglamentario. La norma beneficiaba, además, a los trabajos de esas características efectuados sobre inmueble propio.

Mediante decreto 2118, del 3 de octubre de 1980, reglamentario de la ley 22294, que reformó a la del impuesto al valor agregado, se introdujo a través de su artículo 4º una alícuota diferencial que regirá para los trabajos en general realizados, directamente o a través de terceros, sobre inmuebles

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ajenos destinados a vivienda económica. La tasa era del 10 por ciento, y fue elevada al 12 por ciento a partir del día 22 de enero de 1982 (decreto n° 48/82).

La ley del impuesto al valor agregado también incide significativamente sobre los costos de la construcción al gravar las actividades - locaciones y/o prestaciones de servicios - destinadas a preparar, coordinar o administrar trabajos u obras sobre inmuebles, tales como los realizados por arquitectos, ingenieros, coordinadores, supervisores, proyectistas, administradores y similares. La tasa en éstos es del 20 por ciento sobre el valor facturado.

En relación con estas normas en vigencia, es evidente que podrían adoptarse medidas legales que tendieran a establecer una discriminación propicia en favor de construcciones efectuadas mediante la figura del derecho superficiario, desgravando o liberando del tributo en aquellos que sean llevadas a cabo con los objetivos señalados.

La segunda forma impositiva que podría ser utilizada para inducir una mayor utilización de esta modalidad operacional es la que se relaciona con el impuesto sobre los ingresos brutos. Se trata de un impuesto local que, en el ámbito de la Capital Federal, lo percibe la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y, en el ámbito provincial, las Direcciones Generales de Rentas. Es una forma de imposición que hace sentir su presencia, ya que la alícuota en general es del 1,5 por ciento del total de los ingresos brutos percibidos por el ejercicio de la actividad. El establecimiento de alícuotas diferenciales o la exención del impuesto podrá ser un importante auxilio para impulsar la utilización del sistema.

Los impuestos nacionales que gravan las ganancias y el capital de las empresas también pueden ser utilizados como medios adecuados para establecer tratamientos diferenciales que reorienten determinados comportamientos económicos.

Como es de todos conocido, el impuesto a las ganancias, como su nombre lo indica, alcanza a todas las ganancias derivadas de fuente argentina obtenidas por persona de existencia visible o ideal, o sucesiones indivisas, mientras no exista declaratoria de herederos o haya sido declarado válido el testamento. Se consideran ganancias de fuente argentina aquellas que provienen de bienes situados, colocados o utilizados en la República, de la realización en el territorio de la Nación de cualquier acto o actividad susceptible de producir beneficios, o de hechos ocurridos dentro de sus límites. En nuestro caso alcanza a las utilidades o ganancias derivadas del ejercicio de la industria de la construcción.

El actual artículo 96 de la ley del impuesto a las ganancias (20628) establece un régimen de desgravaciones que están relacionadas con la construcción de viviendas. En efecto, el citado artículo establece que los contribuyentes que edifiquen unidades de vivienda con destino a vivienda propia, renta o venta, podrán deducir de sus ganancias gravadas la parte de las sumas efectivamente invertidas en su construcción. Cada vivienda deberá encuadrarse desde el punto de vista técnico, de la superficie y del precio de venta, en alguna de las categorías I y II, establecidas en los planes oficiales de vivienda. El Poder Ejecutivo podrá reducir los porcentajes

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

establecidos a continuación, a cuyo efecto tomará en consideración cualesquiera otras características que contribuyan a definir el interés social de la construcción.

Las deducciones admitidas alcanzan hasta el ochenta por ciento (80 %) para las viviendas que encuadren en la categoría I y hasta el cincuenta por ciento (50 %) para las viviendas que encuadren en la categoría II, salvo las mencionadas en el párrafo quinto de este artículo.

Para acogerse a esta franquicia, los contribuyentes deberán obtener de la Secretaría de Vivienda y Urbanismo una certificación donde conste la categoría en que encuadra la vivienda y la aprobación del plazo de ejecución de las obras.

Los contribuyentes titulares que edifiquen de acuerdo con planes aprobados por organismos oficiales, con financiación acordada por entidades oficiales o privadas, se regirán por las normas específicamente fijadas por dichos planes. En este caso, las deducciones admitidas alcanzan hasta el cuarenta por ciento (40 %), para las viviendas que encuadren en la categoría I, y hasta el veinticinco por ciento (25 %), para las viviendas que encuadren en la categoría II. En ambos supuestos, el valor de la tierra afectada a dichas construcciones no podrá ser superior al precio de compra según escritura pública, actualizado de acuerdo con el artículo 57 de esta ley, o el de la tasación especial realizada al efecto por el Banco Hipotecario Nacional, el que sea menor. Las disposiciones del presente artículo serán aplicables a las inversiones efectuadas desde el 1° de enero de 1974 y siempre que las obras se inicien hasta el 31 de diciembre de 1975, inclusive. El Poder Ejecutivo determinará la forma, oportunidad y condiciones en que se hará efectiva la franquicia.

Cuando en virtud de lo que establece esta ley o su decreto reglamentario corresponda efectuar reintegros al balance impositivo como consecuencia de incumplimientos relativos a inversiones comprendidas en el presente artículo, el importe a reintegrar deberá actualizarse aplicando el índice de actualización, mencionado en el artículo 82, referido al mes de cierre del ejercicio fiscal en que se efectuó la deducción, según la tabla elaborada por la Dirección General Impositiva, para el mes del cierre del ejercicio fiscal en que corresponda realizar el reintegro.

Del mismo modo que hemos comentado para el impuesto al valor agregado, entendemos que en el impuesto que grava las ganancias podrían establecerse criterios diferenciales de imposición para las construcciones que puedan ser efectuadas utilizando la figura jurídica del derecho superficiario. Asimismo, podrían establecerse criterios más beneficiosos para la empresa que se dedica a la construcción, permitiendo desgravaciones tributarias sobre sus ganancias cuando se dediquen a las actividades que se pretende impulsar.

Siguiendo en orden de importancia, en lo que se relaciona con la carga financiera que representan los tributos, el denominado, entre nosotros, Impuesto de Sellos, que grava la instrumentación de los actos jurídicos que la misma ley menciona, actos, contratos u obligaciones civiles o comerciales y laborales.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Se trata, como se advierte, de un gravamen a la circulación económica de la riqueza, pero, en determinadas circunstancias, este gravamen asume la categoría de tasa, como, por ejemplo, cuando recae sobre las actuaciones judiciales y administrativas. El Impuesto de Sellos es uno de los recursos públicos que las provincias se han reservado. La obligación de pago del impuesto nace en virtud de un instrumento, independientemente de su validez.

La carga de este tributo suele representar un esfuerzo financiero importante para la realización de la actividad al incidir sobre la documentación necesaria para llevar adelante la empresa constructora. Por ello la reducción de tasas y exenciones, los tratamientos diferenciales pueden resultar interesantes incentivos para estimular un comportamiento empresarial.

Otra forma de imposición que está representando una elevada carga financiera es el denominado impuesto sobre alumbrado, barrido y limpieza que fija la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. En los últimos años y sobre todo el de 1981, las valuaciones fiscales de los inmuebles han sido aumentadas considerablemente, de forma tal que el impuesto resultante de aplicar las alícuotas sobre esos valores ha sido de un peso significativo. El correspondiente al año 1982, si bien no tuvo el impacto producido el año anterior, sigue siendo de vital importancia. A través de esta forma de imposición local y de sus similares provinciales, se podría establecer criterios diferenciados de imposición según que la construcción se haya efectuado o no bajo la figura del derecho superficiario.

Sabido es que los estímulos tributarios no representan en sí mismos un factor de relevante influencia en la toma de decisiones empresariales. Si la demanda de unidades de vivienda no es de importancia, si la mano de obra y los materiales de construcción son escasos, si la rentabilidad no es atractiva, es probable que la actividad no sea dinámica. Pero sí es importante señalar que si, desde el punto de vista económico global, las autoridades deciden impulsar esta forma jurídica de encarar los negocios empresariales de la construcción, el instrumental tributario debe ser utilizado en forma consistente con esa decisión, estableciendo regímenes diferenciales de imposición. En épocas de fuerte recesión, ni aun los más atractivos incentivos tributarios podrían hacer cambiar la política actual.

En cambio, si la acción es global, es decir, a través de todo el instrumental de que dispone la política económica (política crediticia, política cambiaria, tasas de interés, fomento a las inversiones extranjeras, cambios preferenciales, etc.), es posible obtener resultados positivos de incentivación del sector; todo dependerá del rol que juegue esta actividad como motor de reactivación de la economía nacional.

4. BIBLIOGRAFÍA

Rivas, Armando P., Ahorro y préstamo para la vivienda.

López Santiso, Horacio, "Características de la operativa de las sociedades de ahorro y préstamo en la Argentina".

Cámara Argentina de Ahorro y Préstamo para la Vivienda, "El problema de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la vivienda y su financiamiento".

Desforge, Pierre, La construcción de viviendas y la inflación Pinedo Bridge, Tulio, El mercado de vivienda y su financiamiento.

Shulman, Mauricio, "Financiamiento de la vivienda en el sistema brasileño".

Talio, José Roberto, "Ahorro y préstamo: una solución para el ahorro habitacional".

Vázquez, José Manuel, "El ahorro y préstamo en la República Argentina", revista Nivel Financiero, 1978.

VII Jornadas Tributarias, comisión N° 1, tema, "El sistema tributario argentino como causa de la evasión fiscal".

Chalupowicz, Israel, "Impuestos nacionales sobre el consumo y la producción, ventajas e inconvenientes de su aplicación y/o unificación".

TERCERA PARTE. Aplicación práctica

I. ACLARATORIA

La Comisión pertinente de la IV Convención, realizada en la ciudad de Bogotá el 30 de abril de 1981, recomendó - como solución del problema de la vivienda - la implantación del "derecho de superficie", con calidad de derecho real autónomo en los países que no lo tuvieron configurado, como una forma jurídica eficaz para la solución del problema habitacional.

A su vez, la misma Convención recomendó a todos los capítulos nacionales la recopilación de la información más completa sobre la legislación y aplicación práctica en torno de esta materia, para hacerla conocer a la reunión del presente año.

La tarea legislativa encomendada resulta muy loable; pero ha resultado muy escaso el tiempo estimado para su ejecución, especialmente en países como el nuestro, la República Argentina, en que no solamente no está configurado ese derecho real, sino que está prohibido (ver el art. 2614 del Código Civil).

Precedentemente, hacemos una profunda incursión en relación con lo que nuestro Derecho en dicho Código define como el derecho real de "dominio" (art. 2506) y, no obstante que en el art. 2661, al definir o mencionar al "dominio imperfecto", habla del "dominio útil", no aclara ni especifica qué es ni cómo es esa modalidad del dominio (propiedad del vuelo y del subsuelo) y tampoco incursiona, como lo hemos aclarado, en lo que se denomina "dominio directo" (propiedad del suelo).

Entendemos - para el caso argentino - que sin hacerle perder el carácter romanista del dominio en su doble sentido: a) usque ad coelum et ad inferos, es decir, junto con la accesión y, llamémosle "subaccesión" al subsuelo, y b) el "título" y el "modo", no habría impedimento para la mencionada desmembración del dominio en el "dominio directo" (el suelo) y el "dominio útil" (la accesión en su doble sentido, hacia arriba y hacia abajo).

Pero resultará fácil comprender que para la implantación de este "derecho real", se hace indispensable una revisión de la totalidad de la normativa del Código Civil, para evitar colisiones y contradicciones dentro del derecho

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

vigente.

II. NUESTRO DERECHO PÚBLICO RECONOCE LA PROPIEDAD SUPERFICIARIA

En efecto, fácil resulta reconocer que "los cuerpos salientes", como las "edificaciones sobre las ochavas" y con los "balcones", a partir del primer piso o primera planta, sobre la acera del "dominio público" existen dos propietarios: el Estado municipal y el particular, sobre la misma vertical.

Igual criterio resulta o surge de las construcciones - sobre el frente - encima de las "aceras aporcadas" o sea, las llamadas "recovas".

Y es de hacer notar que nuestros Registros de la Propiedad Inmueble (ley 17801, incorporada al Código Civil, como su complemento) no inscriben ni anotan a los "bienes del dominio público" (art. 10).

Por consiguiente, para nuestro derecho privado no resultaría obstáculo alguno la incorporación, como derecho real autónomo, de la "propiedad o dominio superficiario".

III. TAREA LEGISLATIVA A ENCARAR

Consideramos que la tarea legislativa a emprender, que será de muy largo aliento, no puede ser encarada fácilmente por cada uno de los capítulos que integran el Comité de Juristas de la Unión. Ese trabajo es propio y quizá exclusivo de cada país.

Se nos podría alegar que, en el caso de la propiedad horizontal (art. 2617), que prohibía la división horizontal de los inmuebles, bastó en nuestro país la sanción de la ley 13512 de dicha materia, que prohibía dividirlos horizontalmente entre varios dueños, ni por contrato ni por actos de última voluntad.

En el caso bajo análisis nos encontramos la prohibición del art. 2614 de constituir, por parte de los propietarios, derechos de "superficie".

Entendemos que la reforma por encarar sobre este particular es mucho más amplia, especialmente considerada desde diversos puntos de vista, como son, por ejemplo, los modos de adquirir el dominio (art. 2524) y muchos otros que se relacionan con el principio de especialidad o determinación del inmueble (suelo), que será, junto con "la accesión", el motivo y objeto de la propiedad superficiaria.

Adviértase - por ejemplo - que nuestro art. 2508, al calificar al dominio de "exclusivo", prevé que "dos personas no pueden tener cada una en el todo el dominio de una cosa; mas pueden ser propietarios en común de la misma cosa, por la parte que cada uno pueda poseer" (condominio).

Todo lo expuesto no resulta un obstáculo para la implantación de la forma superficiaria de la propiedad. Solamente aducimos que se trata de una minuciosa tarea legislativa que debe ser encarada en cada país interesado en el tema.

IV. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD Y LA PROPIEDAD SUPERFICIARIA

Dada la brevedad del presente estudio, solamente nos detendremos en el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aspecto "objetivo" de este principio.

En consecuencia, consideramos:

a) Que la determinación de la propiedad superficiaria se debe practicar, sobre la base de las medidas lineales, angulares y superficiales del "suelo", con objeto de lograr una inobjetable especialidad;

b) Que para configurar el "dominio directo", solamente resultan suficientes esas determinaciones, porque se trata de objetivar las "medidas" del "suelo", y

c) Que para determinar el "dominio útil", o sea la propiedad de la "accesión" o "subaccesión", habrá que determinar expresamente las "cotas de altura" lineales. Si se especifican estas cotas, corresponde especificar a quién o a quiénes corresponderá la propiedad de los "espacios" que excedan a dichas cotas.

V. ¿CÓMO SE TRANSMITE LA PROPIEDAD SUPERFICIARIA?

Por todos los medios lícitos: compraventa, donación, dación en pago, etcétera.

No entramos en el léxico "documental" de prever si la transmisión se practica de esa forma o por "concesión". Consideramos que cualquiera de dichas modalidades resulta válida, aunque advertimos que, para nuestro derecho de origen romanista, se requiere el "modo", o sea, la posesión.

Por tanto, resulta válida la fórmula de "dar", "vender", "donar", etc., como la de "conceder", por su significación de "dar", "otorgar", "convenir" y sus innúmeros sinónimos.

VI. ¿POR QUÉ ALENTAMOS EL DERECHO DE "SUPERFICIE"?

Primero, por una razón muy simple: desde su constitución, al "propietario" superficiario le resulta de logro "inmediato" su título de propiedad, aunque no existan construcciones. Segundo, porque es una solución fácil e inmediata - que sólo se logra con la propiedad superficiaria - en todos los supuestos de los llamados "clubes de campo" (countries clubs) y "complejos" o "conglomerados industriales", estén o no construidos.

Tercero, que las extensiones de terreno, más o menos grandes, que se destinan a fines comunitarios, industriales, vivenciales u otros objetivos sociales, tienen en las normas catastrales un tratamiento diferenciado del parcelamiento corriente de las tierras, y

Cuarto, como ya lo hemos reiterado en este estudio, el costo directo de la tierra queda bonificado, porque puede ser sensiblemente reducido, solamente ponderando su valor rentístico (canon, laudemio, etc.).

Y, por último, porque hasta puede ser eliminado el costo de la tierra o su renta, en todos los casos o supuestos en que la propiedad superficiaria es temporal, vale decir, que dentro de un plazo determinado, se produce, en beneficio del superficiante, la reversión íntegra y a título gratuito, de todo lo construido sobre el terreno.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal