

El derecho real de superficie: una vía posible de acceso a la vivienda. La ley 6639 CABA

por MATILDE PÉREZ^(*)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. LA CUESTIÓN DE LA VIVIENDA EN ARGENTINA. – III. EN BÚSQUEDA DE SOLUCIONES PARA LA VIVIENDA URBANA. – IV. EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE COMO ELECCIÓN Y EL RÉGIMEN DE COVIVIENDA EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. IV.1) DERECHO REAL DE SUPERFICIE Y SUELO URBANO. IV.2) EL RÉGIMEN DE COVIVIENDA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. IV.2).a) Marco jurídico. IV.2).b) La covivienda. IV.2).c) La constitución del derecho real de superficie en la covivienda. IV.2).d) La extinción del derecho real de superficie en la covivienda. – V. CONCLUSIONES.

I. Introducción

Desde la antigüedad, la vivienda hace a la protección y desarrollo de los seres humanos. Hogar, casa, habitación, cualquiera sea el vocablo utilizado da cuenta del sentido de seguridad, de pertenencia, de la vida en comunidad, las costumbres y tradiciones que perpetúan la historia de la civilización.

La vivienda es, además, el continente de la familia como célula primaria de la sociedad tanto en contextos urbanos o rurales. Tal es así, que esa antigua vivienda enmarcada en la extensión del mundo agrícola hoy se comprime en su suelo y se expande en altura para permitir la aparición de unidades por pisos organizadas en diferentes sistemas jurídicos.

El acceso a una vivienda que reúna las condiciones mínimas de habitabilidad es parte de la protección de la dignidad humana que se preconiza tanto en tratados internacionales y en textos internos.

Este acceso tiene diversos caracteres y, en muchos casos, trasuntan en él concepciones políticas, sociales, mero asistencialismo o modos de inversión.

La enfiteusis o los censos enfiteúticos, el derecho de superficie, las casas baratas, viviendas de protección oficial, regularización dominial, usucapión, covivienda o

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Derecho Real de Superficie Forestal. Necesidad de reformas*, por NELSON G. A. COSSARI, ED, 204-887; *Derechos reales: propiedad horizontal. Crédito por expensas comunes: algunas reflexiones sobre las particularidades que reviste el proceso ejecutivo hoy*, por H. DOMINGO C. CURA GRASSI, ED, 252-871; *Destrucción o retiro de construcciones antirreglamentarias en la propiedad horizontal*, por MARCO A. RUFINO, ED, 254-155; *La propiedad horizontal en el nuevo Código Civil y Comercial*, por HÉCTOR PÉREZ BOURBON, ED, 256-832; *Nuevos aspectos del derecho real de propiedad horizontal en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994)*, por MARCELA ADRIANA PENNA y MIRIAM SMAYEVSKY, ED, 262-768; *Derechos reales: publicidad posesoria y publicidad registral. Relaciones. ¿Qué hay de nuevo antiguo?*, por H. DOMINGO C. CURA GRASSI, ED, 267-953; *Definición y caracteres de los derechos reales en el Código Civil y Comercial*, por H. DOMINGO C. CURA GRASSI, ED, 270-603; *Derechos reales: publicidad registral. Algunos interrogantes respecto a cuestiones de forma y fondo, el Código Civil y Comercial y la ley 17.801*, por H. DOMINGO C. CURA GRASSI, ED, 272-791; *La subjetividad de la persona jurídica consorcio*, por LUIS ALBERTO VALENTE, ED, 275-641; *La propiedad horizontal especial en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, por JUAN JOSÉ GUARDIOLA y MARCELO EDUARDO URBANEJA, ED, 275-630; *Un cambio necesario en el régimen de la propiedad horizontal*, por EDUARDO AUGUSTO ROSSEN, ED, 276-488; *Evolución normativa del sistema de propiedad horizontal. Nuevo ordenamiento legal y perspectivas futuras*, por MARCELO OSCAR VUOTTO, ED, 288-1074; *Sobreelevación (dentro y fuera de la propiedad horizontal) y Derecho Real de Superficie*, por NELSON G. A. COSSARI y LEANDRO R. N. COSSARI, ED, 290-704; *Sobre la condición jurídica de los balcones y su incidencia en el régimen de responsabilidad civil*, por SEBASTIÁN E. SABENE, ED, 294-526; *El derecho de superficie frente a la situación legal de ciertos voladizos*, por JORGE RAÚL CAUSSE, ED, 302-1024; *El derecho real de superficie: reseña normativa y análisis*, por EMILIANO C. LAMANNA GUIÑAZÚ, CARLOS A. FOSSACEA y PILAR MOREYRA, ED, 306. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Doctora en Ciencias Jurídicas. Especialista en Derecho Administrativo. Profesora titular de las asignaturas Obligaciones Civiles y Comerciales, Derecho de Daños y Derechos Reales en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Profesora en el Doctorado en Ciencias Jurídicas y en la Maestría de Derecho Civil Patrimonial, miembro del Comité Asesor del Doctorado en Ciencias Jurídicas y miembro de la Comisión de Abogacía Digital (UCA). Profesora invitada en Universidades nacionales y extranjeras. Coordinadora del Suplemento Derecho, Innovación y Desarrollo Sustentable de la Editorial El Derecho. Autora de libros, capítulos de libros y ponencias. Directora del Centro de Innovación Jurídica de la Facultad de Derecho de la UCA.

cohabitación (*cohousing*) son algunos de los modos que permiten aspirar o hacer efectivo el acceso a la vivienda digna.

Hoy en día, la transversalidad entre Derecho Público y Derecho Privado pone de manifiesto cambios sociales y económicos en que la problemática jurídica del urbanismo, del derecho a la vivienda y del uso del suelo requiere de una interpretación armónica entre los diversos cuerpos legales.

Se abren oportunidades de puesta en marcha de desarrollos urbanísticos sostenibles que, además de posibilitar el acceso a la vivienda en mejores condiciones, optimicen el uso de energías renovables y una gestión de los servicios públicos más eficaz ante la realidad del suelo urbano como recurso escaso, limitado por su área geográfica y la densidad de población.

Argentina no es ajena a estas cuestiones.

Es entonces que el derecho real de superficie debe ser revisitado como un mecanismo de producción de nuevo espacio que permite satisfacer dos necesidades: la del propietario del suelo (público o privado) y la del superficiario (público o privado).

En esta dirección, se presenta dentro del esquema de los derechos reales con un contenido dinámico y flexible y, a la vez, como una expresión de la función social de la propiedad⁽¹⁾.

II. La cuestión de la vivienda en Argentina

La Argentina, desde sus orígenes, se caracteriza por ser una economía basada, primero, en la ganadería para luego incorporar a la agricultura como medio de subsistencia para pueblos y ciudades que estaban tejiendo la trama de una nueva Nación. Vastas extensiones de tierra pública adjudicada a los particulares a través de figuras como la enfiteusis, la venta o los arrendamientos a largo plazo son parte de ese crecimiento.

Las primeras normas sobre reparto de tierras para poblar, trabajar y asegurar la frontera sur de Buenos Aires son del período del Directorio de Pueyrredón a través de una *merced*, luego de la demarcación en la laguna de Kakel Huincul y la fundación de Dolores⁽²⁾.

El Gobierno de la Confederación emprende una labor colonizadora en las provincias del Litoral y en Santa Fe a través de pasajes, donación de tierras y ayuda pecuniaria. Entre ellas, la Colonia Esperanza, que nace a partir de un convenio entre la provincia de Santa Fe y suizos alemanes en 1853.

Es la Ley Avellaneda de 1876 sobre inmigración y colonización sancionada a iniciativa del Presidente, como un binomio que servirá de impulso para el nacimiento de nuevas ciudades y una incipiente problemática habitacional. Se crea el Departamento de Inmigración y la Oficina de Tierras y Colonias, de vital importancia para la expansión hacia el sur del país, así como en forma posterior a través de los diversos procesos de regularización dominial llevados adelante por el Estado.

Esta ley está vigente hasta 1902, año en el que se sanciona la ley 4167 de tierras fiscales que, a través de una tarea previa de exploración, mensura y clasificación de las tierras, da carta blanca al Poder Ejecutivo para la determinación del destino. Se establecen los loteos, condiciones de la población y mejoras como condición para el otorgamiento del título definitivo.

Son, entonces, los procesos migratorios y las epidemias de fiebre amarilla en las ciudades las que pondrán en marcha diversos mecanismos para atender al problema, primero desde una mirada higienista para dar paso a la vi-

(1) Zolea, Sirio. *Il diritto di superficie nei sistema delle regole di appartenenza: uno studio comparativo*. Macerata. Ed. EUM, Università di Macerata, 2020. Disponible en https://eum.unimc.it/it/index.php?controller=attachment&id_attachment=1323, consultado el 24/01/2024, p. 20 y sig.

(2) D'Agostino, Valeria. "Expansión estatal, política de tierras y desarrollo de la repartición topográfica de Buenos Aires, siglo XIX". *Revista Población y Sociedad*. Vol. 21 Nro. 2, San Miguel de Tucumán. Disponible en <http://www.scielo.org.ar/pdf/pys/v21n2/v21n2a02.pdf>, consultado el 31/03/2024, p. 16.

vienda como centro familiar y como forma de integración social. En la arquitectura de servicio público, como escuelas u hospitales, la organización es a través de pabellones con áreas centrales al aire libre y con arbolado siguiendo el modelo de arquitectura sanitarista⁽³⁾.

III. En búsqueda de soluciones para la vivienda urbana

La sanción de la Constitución Nacional en 1853 así como el dictado del Código Civil contribuyen a la seguridad jurídica que se reafirma en la autonomía de la voluntad y el respeto de la propiedad privada.

Es en este sentido que Vélez da por tierra con la posibilidad de constitución de derechos reales en que estuviese escindido la propiedad del suelo y la propiedad de lo que le accede en forma separada como sucedía con la propiedad horizontal, la enfiteusis o censos enfiteúticos, así como el derecho real de superficie.

En la nota al título “De los derechos reales” del Código Civil, afirma que el Derecho romano no formuló una clasificación de los derechos reales y personales, sino de las acciones respectivas. A través del tiempo tales acciones devinieron en derechos.

En lo que respecta a los gobiernos nacionales, provinciales o municipales no tuvieron mayor injerencia, desde antes de la Declaración de la Independencia y el nacimiento de Argentina como nación políticamente organizada en las políticas de vivienda tanto para los argentinos como los extranjeros que comenzaron a arribar a finales del siglo XIX.

Más aún, todo el proceso de erradicación de la propiedad colectiva, así como la dispar política migratoria para poblar la vasta extensión de nuestro territorio no tuvieron los frutos esperados y la acumulación de personas en los centros urbanos se fue transformando en un problema silencioso que hizo eclosión con las diversas epidemias que explotaron en la segunda mitad del siglo XIX.

Por otro lado, el modelo agroexportador propició la expansión de la obra pública para la creación de hospitales, escuelas, teatros u hoteles para inmigrantes, pero no vivienda como política de estado.

Se observa que a finales del siglo XIX y principios del siglo XX en las grandes ciudades el esquema habitacional puede dividirse en un triple estatus: la vivienda señorial, caracterizada por preciosos palacetes y mansiones al estilo europeo; las casas de renta para la clase media y como modelo de inversión de lo que dan cuenta numerosos edificios construidos desde 1890 hasta entrados los años 30; los sectores menos acomodados o recién llegados, que se amontonaban en los conventillos que, en muchos casos, eran las antiguas casas señoriales antes de la llegada de la fiebre amarilla y su escapada a la parte más alta de la ciudad.

En todos los casos, el desarrollo de la vivienda y, por tanto, del ejido urbano resultó más de la suma de esfuerzos individuales que de una política gubernamental como parte del ejercicio del poder de policía en materia de salud, educación y seguridad.

El urbanismo concibe a las ciudades desde una perspectiva integradora de todo lo que se refiere a la relación del ser humano con el medio en el que se desenvuelve y que hace del suelo su eje operativo por cuanto de todos los recursos disponibles el que no se puede expandir es el suelo. Es por ello por lo que en las migraciones de las áreas rurales hacia las ciudades que suele acontecer con las revoluciones o los conflictos bélicos generan problemas que llevan a encontrar alternativas de gestionar ese recurso escaso⁽⁴⁾.

En otro escalón, el reconocimiento del acceso a la vivienda como derecho constitucional en el texto de 1949, en las diversas constituciones provinciales, así como en diversa jurisprudencia dictada con relación a normativas de emergencia, incumplimiento estatal o interpretación integrada en la protección de otros derechos como la salud y la educación, propicia la puesta en marcha de diversos planes gubernamentales con éxito diverso en la segunda mitad del siglo XX y principios del XXI a través de Planes quinquenales, Planes de vivienda social o colabo-

ración con asociaciones o fundaciones que a simple vista resultan insuficientes para solucionar el tema del déficit habitacional o Planes nacionales de regularización dominiar para aquellos poseedores o tenedores de inmuebles.

IV. El derecho real de superficie como elección y el Régimen de Covivienda en la Ciudad de Buenos Aires

IV.1) Derecho real de superficie y suelo urbano

El *derecho real de superficie* es un derecho real que permite a una persona (superficiario) construir y/o plantar sobre un terreno ajeno (nudo propietario) por un tiempo determinado a cambio del pago de un canon. El superficiario tiene la posesión del terreno y puede disponer de las construcciones o plantaciones realizadas, pero no del terreno en sí.

El derecho real de superficie revela nuevas aristas en las que el interés público, el interés privado y la optimización de los recursos disponibles que permiten su transformación en una herramienta de gestión urbana y como una de las expresiones de la función social de la propiedad.

Por otro lado, el urbanismo moderno concibe a las ciudades desde una perspectiva integradora de todo lo que se refiere a la relación del ser humano con el medio en el que se desenvuelve y que hace del suelo su eje operativo, por cuanto, de todos los recursos disponibles, el que no se puede expandir es el suelo.

Ello lleva a la búsqueda de elementos de ordenación territorial que deben ser dinámicos en procura de la incorporación de suelo útil, del abaratamiento de los costos de producción, de la posibilidad de acceso a la vivienda, así como de la consolidación del ejido urbano.

En el marco de las diversas políticas de gestión del hábitat se indaga en la posibilidad de visitar los distintos derechos reales como instrumentos para paliar las deficiencias habitacionales.

IV.2) El Régimen de Covivienda de la Ciudad de Buenos Aires

IV.2.a) Marco jurídico

El *Régimen de Covivienda de la Ciudad de Buenos Aires* (ley 6639) se sanciona en mayo de 2023, con sustento normativo en el Libro V del Código Civil y Comercial, arts. 14 bis y 31 CN y normas concordantes.

Para el logro de su finalidad se prevé la constitución de un derecho real de superficie edilicia sobre bienes de dominio privado de la CABA, del Instituto de la Vivienda u otros inmuebles que pueden pertenecer a personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro, esto es, aquellos enmarcados en las previsiones de los arts. 236 y 238 del CCC. Comprende tanto inmuebles baldíos, construidos o construidos de manera parcial.

Es también, entonces, un mecanismo para posibilitar la inmatriculación de bienes de dominio público desafectados para el uso privado a los fines de registrar el tracto y dar publicidad a terceros y posibilita el aprovechamiento de inmuebles que, en muchos casos, están ociosos, en malas condiciones de conservación o sin un uso definido.

Se presentan en este régimen una pluralidad de relaciones jurídicas entre el inmueble de covivienda y terreno; la organización superficiaria como titular de la covivienda; la constitución del derecho real de propiedad horizontal y constitución de un derecho real de uso y goce otorgado al titular de estos derechos.

El art. 2º deja en claro que su finalidad no es otra que la implementación de políticas públicas que faciliten el acceso a la vivienda de las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad o afectados por el déficit habitacional y encierra una cláusula general al considerar a aquellos que deseen formar parte de las comunidades denominadas de covivienda.

Sin embargo, la amplitud del enunciado normativo, al posibilitar el acceso de aquellos que deseen formar parte, mueve a la duda acerca del necesario acotamiento de la norma, o bien, la posibilidad de su reglamentación sobre los requisitos para acceder a estas organizaciones, de manera que no implique la desvirtuación posterior del régimen de covivienda a través de cesiones de derechos u otros instrumentos que posibiliten la traslación de la vivienda afectada a este régimen a terceros.

La ley se presenta como superadora de la vigente ley 341 de CABA sobre acceso a la vivienda y de escaso impacto en lo que hace a la construcción de vivienda social.

(3) Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. “Programa docente de la residencia de arquitectura hospitalaria”. Disponible en <https://buenosaires.gob.ar/sites/default/files/2023-03/Programa%20Arquitectura%20Hospitalaria%20-%20Residencia%20B%20C3%A1sica%20Equipo%20de%20Salud.pdf>, consultado el 31/07/2024.

(4) Ramón Fernández, Tomás. *Derecho urbanístico*. 1988, Publicaciones Abella El Consultor, 7ª edición, Madrid, pp. 18-19.

IV.2).b) La covivienda

La covivienda es una modalidad de vivienda colaborativa en la que un grupo de personas se organiza para compartir espacios comunes y lograr llegar a la vivienda propia.

A través de las organizaciones de covivienda es posible acceder a terrenos sin necesidad de adquirirlos, lo que es beneficioso cuando no existen los recursos que permitan acceder a él.

Estas organizaciones están involucradas en el desarrollo del proyecto, pues al ser titulares del derecho real de superficie, tienen la potestad de decidir cómo se utilizará el terreno y qué tipo de construcciones se realizarán.

El derecho real de superficie es un derecho real reconocido en el Código Civil y Comercial de la Nación, lo que significa que existe un marco legal claro para su constitución y ejercicio. Esto puede facilitar la gestión del proyecto de covivienda, ya que las partes involucradas tendrán mayor seguridad jurídica.

IV.2).c) La constitución del derecho real de superficie en la covivienda

La norma, en consonancia con el art. 2117 del CCC, establece la posibilidad de afectación al derecho real de superficie por un plazo máximo de setenta años (art. 3° y art. 5.2, Edificio de Covivienda afectado al derecho real de superficie, ley 6639).

Se mantiene la discusión suscitada en derredor de la necesidad de establecer un plazo mínimo del derecho real de superficie en miras a fortalecer la finalidad tuitiva de los sectores vulnerables que propicia la normativa.

Por otro lado, se identifica con la designación de “usuarios” a aquellas personas humanas y grupos familiares nucleados bajo el concepto de “hogar”, tengan vínculos familiares o de afinidad o sean hogares unipersonales. El concepto de “hogar” es un concepto sociológico y no jurídico que es dinámico en su estructura.

A su vez, el Edificio de Covivienda construido por la Organización superficiaria puede ser afectado al derecho real de propiedad horizontal o al derecho de uso (art. 5.3 ley 6639), correspondiendo a la Organización superficiaria la adopción de uno u otro régimen.

Por otra parte, se establece un procedimiento de selección y adjudicación de proyectos (arts. 10 y 1°, ley 6639), el que una vez que es ejecutoriado da paso a la celebración de un convenio entre el Instituto de Vivienda de CABA con la Organización adjudicataria.

Este convenio se celebra por escritura pública, por lo que el derecho real de superficie nace con el otorgamiento del acto por el notario interviniente y la ulterior publicidad registral en miras a su oponibilidad *erga omnes* y protección de los terceros. El derecho nace cuando se concentra el título y el modo.

Los “usuarios” deberán abonar un canon que comprende la compensación por el derecho real de superficie y la cuota de financiación recibida.

IV.2).d) La extinción del derecho real de superficie en la covivienda

El art. 16 de la ley 6639 establece una excepción a lo establecido en el art. 2126 del CCC en lo que refiere a la indemnización a cargo del titular del suelo en favor del damnificado una vez producida la extinción del derecho real de superficie.

En este sentido, carece de derecho a su cobro por cuanto se interpreta que las inversiones realizadas han quedado retribuidas con el disfrute del derecho y queda habilitada por la excepción por pacto en contrario habilitada en

el texto nacional. La norma no reviste carácter de orden público⁽⁵⁾.

Cabe la conclusión anticipada del derecho real de superficie, sea por decisión del Instituto de Vivienda, de la Organización o los usuarios, en este caso tienen el derecho al reclamo de una indemnización en la forma establecida en el art. 2126 del CCC, donde el monto es fijado por acuerdo entre partes al momento de la constitución del derecho real de superficie o en forma posterior.

Es necesario destacar que esta indemnización puede ser establecida también en favor de un tercero que se designe como beneficiario (heredero, cesionario, etc.) y que en este régimen también es aplicable el derecho de retención fijado en el art. 2584 CCC.

En lo que hace a la posición jurídica de los “usuarios” de los inmuebles erigidos por la Organización, se replican los inconvenientes suscitados ante la falta de normativa nacional. En efecto, el CCC no incorpora en este punto el derecho de tanteo como mecanismo para que el superficiario (o el usuario) puedan tener prioridad para adquirir el derecho real de dominio respecto al suelo y unir, consolidarse en un derecho real pleno.

¿Podrían acudir a algunos de los Programas de Regularización de la Vivienda Familiar previstos por la autoridad estatal (ley 24.374 y complementarias)? Entendemos que no, dado que el propio mecanismo de Covivienda cumple con esa finalidad de permitir el acceso a la vivienda digna en el marco de las previsiones del art. 14 bis de la CN y los tratados internacionales con rango constitucional.

V. Conclusiones

De lege lata

1. El derecho real de superficie es un mecanismo que posibilita el acceso a la vivienda para aquellas personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad o con dificultad de acceso a ella.

2. Es un mecanismo colaborativo entre los entes estatales y los particulares.

3. Permite una mejora en la gestión territorial a través de un mejor aprovechamiento de recursos naturales, puesta en valor de espacios e integración con la comunidad.

4. La normativa es dictada en el marco de las competencias territoriales y funcionales de la CABA en lo que refiere a la ordenación del territorio y la implementación de políticas habitacionales.

5. El modelo puede ser replicado en otras jurisdicciones.

De lege ferenda

1. Modificar el art. 2° de la ley 6639 para restringir el acceso a este modelo de covivienda a personas en situación de vulnerabilidad o afectados por el déficit habitacional, de manera exclusiva.

2. Posibilitar la inmatriculación de bienes de dominio público desafectados para el uso privado a los fines de registrar el tracto y dar publicidad a terceros.

3. Establecer que la utilización del derecho real de superficie como mecanismo de acceso a la vivienda es incompatible con la aplicación de las diversas herramientas de regularización dominial.

**VOCES: DERECHO CIVIL - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL
- DERECHOS REALES - DERECHO DE PROPIEDAD
- DOMINIO - DERECHO REAL DE SUPERFICIE -
DAÑOS Y PERJUICIOS - CONSTRUCCIONES - VO-
LADIZO - VIVIENDA - PROPIEDAD HORIZONTAL
- PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA**

(5) Kiper, Claudio. *Derecho de superficie*. Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2021, p. 167 y sigs.