

# La regulación del territorio y de la propiedad inmobiliaria urbana: evolución conceptual en el derecho brasileño

Sonia Rabello\*

## INTRODUCCIÓN

Para construir un derecho urbano y una planificación urbana que atiendan verdaderamente los intereses colectivos de la población en su vida urbana tenemos que adecuar, a través de la reinterpretación, algunos conceptos jurídicos.

Ciertos conceptos jurídicos se usan con significados que ya no se adaptan completamente a los fenómenos actuales; aun así, las modalidades de su lectura, y también de su aplicación, siguen arraigadas en una cultura jurídica que los considera inmutables. Esta situación se da también en Brasil, pero está mejorando lentamente en el caso que vamos a abordar aquí.

Si recorremos la historia reciente de los últimos 20 o 30 años, veremos cómo se está releendo y reinterpretando, en el derecho brasileño, el concepto de propiedad inmobiliaria urbana y el llamado “derecho a construir”. El fenómeno urbano contemporáneo y las reglas de urbanismo nos han obligado a adaptar estos conceptos con

\* Profesora del Lincoln Institute of Land Policy. Profesora titular de Derecho Administrativo y Derecho Urbano de la Facultad de Derecho en la Universidad del estado de Río de Janeiro (jubilada) y presidenta de la Federación de Asociaciones de Vecinos de la Ciudad de Río de Janeiro (2013-2016).

objeto de hacer posible una convivencia jurídica sistemática con los nuevos derechos colectivos difusos.<sup>1</sup>

Para que esta readecuación conceptual del derecho a la propiedad urbana y del llamado derecho a construir se pueda llevar a cabo es fundamental, por lo pronto, que no rechacemos los textos normativos de derecho privado que tratan la propiedad inmobiliaria como un derecho individual. El derecho privado y su contenido descriptivo del derecho a la propiedad inmobiliaria no desaparecieron del corpus jurídico brasileño con la introducción, en este mismo corpus, de los derechos colectivos difusos, así como tampoco con la incorporación ni con el fortalecimiento de la noción de función social que tiene la propiedad en el plano constitucional.

Por esto, en lugar de ceder a la tentación de emprender una batalla oculta para deconstruir el derecho a la propiedad, se vuelve necesario adaptar la normativa que regula este derecho civil para reincorporarlo, de modo armónico, en el sistema jurídico. Para esto es necesario reajustar la forma en que lo entendemos, de modo que se adapte a una convivencia equilibrada con los nuevos derechos colectivos difusos.

El derecho a la propiedad inmobiliaria puede y debe convivir con los derechos colectivos difusos, pues estos últimos son indispensables no solamente para la calidad de vida de la sociedad contemporánea, sino también para su supervivencia.

Esta adecuación mutua de derechos es un proceso que empieza a partir del reconocimiento de la existencia de hechos sociales nuevos, de fenómenos nuevos en la sociedad, y así como el pacto social del derecho debe siempre ser y tener una respuesta a este cambio social, existen también nuevas “verdades” jurídicas que se van ajustando.

Sí, porque no hay una sola verdad jurídica. De ahí que se adapte perfectamente al campo del conocimiento y al del funcionamiento

<sup>1</sup>En este texto nos referimos a los derechos colectivos en el sentido de “derechos difusos”, tal y como se materializan en el derecho medioambiental, en el derecho urbano y en el derecho al patrimonio cultural. No nos referimos a los derechos colectivos en el sentido de derechos individuales colectivos, como el derecho del consumidor.

social del sistema jurídico la afirmación de Thomas Kuhn<sup>2</sup> sobre la investigación y la evolución de las ciencias en general. Para él,

[un] paradigma es un conjunto de procedimientos o ideas que son, sobre todo en el campo científico, un sistema, y no sólo los conceptos, sino también la manera de hacer una pregunta y estudiarla. Un paradigma es equivalente a una revolución, y es una innovación que refuta un dogma anterior y establece uno nuevo que explica mejor el fenómeno en cuestión (*apud* Montalvani, 2011: 156).

La pregunta que se plantea aquí es si este fenómeno de urbanización del siglo xx, con las características que le son únicas y propias, no habría afectado el significado mucho más amplio que puede haber, hasta ahora, del contenido del derecho a la propiedad inmobiliaria urbana. ¿Podría la regulación del uso de la propiedad inmobiliaria urbana de los siglos xix y xx ser la misma y ser compatible con las necesidades colectivas que surgen en las ciudades y en la sociedad urbana del siglo xxi? ¿Tenemos las mismas ciudades? ¿Podemos continuar con la misma regulación de derechos?

El fenómeno de las ciudades actuales introdujo en los sistemas jurídicos modernos los derechos colectivos difusos, necesarios para una convivencia social mínimamente equilibrada no sólo en materia de igualdad social sino también por la necesidad de garantizar la supervivencia medioambiental, económica y cultural de la sociedad como un todo.

El crecimiento demográfico exponencial del mundo y, en consecuencia, el crecimiento de las ciudades, es una realidad innegable. Las metrópolis alcanzan decenas de millones de habitantes. El proceso de urbanización —que en Iberoamérica se intensificó a partir de mediados del siglo xx— es un fenómeno irreversible y único en la historia que, además, ha modificado como nunca el perfil de lo que hasta entonces llamábamos ciudad.

También a mediados del siglo xx, y en paralelo al crecimiento de las ciudades, la sobreexplotación de los recursos naturales y su

<sup>2</sup> Físico, profesor, autor de *La estructura de las revoluciones científicas* y de *Segundos pensamientos sobre paradigmas*.

posible agotamiento, con un impacto en el cambio climático, no son un fenómeno que debamos despreciar. Son la consecuencia casi inmediata del modo en el que aplicamos la industrialización, la tecnología avanzada, el uso intensivo de combustibles fósiles como fuente de energía, para la sociedad de bienestar y de consumo que tenemos, aunque no para todos (Schurig, 2014).

En un siglo, las ciudades cambiaron su perfil. Y con esta nueva sociedad urbana que se instaló, los derechos civiles, los derechos colectivos difusos e incluso el derecho público tuvieron que irse adecuando y ajustando a este nuevo fenómeno social que representa la ciudad contemporánea. Fue así como los derechos tradicionales, al aceptar las adaptaciones necesarias para esta convivencia, garantizaron su propia supervivencia: adaptarse para continuar.

Esto es lo que está sucediendo con el derecho a la propiedad inmobiliaria urbana. Se está adaptando a la nueva realidad en la que se incorpora: la ciudad. La regulación del significado de su contenido, plausible para las ciudades que tuvimos hasta mediados del siglo xx, no se corresponde ya con el fenómeno y la sociedad urbana del siglo xxi. Sólo lo salvará su evolución conceptual. Es lo que está sucediendo en Brasil y en otras partes del mundo.

#### LA REGULACIÓN DEL TERRITORIO URBANO Y EL MANTENIMIENTO DE LOS DERECHOS A LA PROPIEDAD INMOBILIARIA: LA POSIBILIDAD DE CONCILIACIÓN

¿Es posible conciliar el interés público de regulación urbana del territorio de la ciudad con el mantenimiento de la integridad estructural del derecho individual a la propiedad inmobiliaria urbana? Considero que sí. El derecho brasileño, en particular desde la Constitución de 1988, señaló la vía normativa para ello y la ha ido recorriendo paulatinamente, como veremos a continuación.

Tenemos dos planos de intereses jurídicos que el sistema jurídico está regulando actualmente: el primero, el plano de los intereses colectivos difusos, relativo a las funciones sociales de la ciudad, en el que se incorpora el derecho a una calidad de vida digna para todos

los ciudadanos (Constitución Federal Brasileña, CFB, artículo 182). Y el segundo, el de la garantía del derecho a la propiedad privada,<sup>3</sup> dotada de función social (CFB, artículo 5, apartados XXII y XXIII), en el que está comprendido el derecho a la propiedad inmobiliaria urbana.

En el ámbito de la legislación ordinaria civil, en lo que se refiere a la propiedad inmobiliaria no se ha introducido ninguna diferencia normativa sustancial, ni a nivel constitucional ni infraconstitucional, así como tampoco en cuanto a la mención de su función social. Esto se debe a que, a partir de la Constitución de 1934, las constituciones brasileñas han hecho referencia explícita a este concepto de función social.<sup>4</sup>

En el ámbito del Código Civil brasileño (CCB) no se ha innovado sustancialmente nada sobre la regulación de los derechos reales. No obstante, la legislación civil no ha sido nunca ni es ahora impedimento para armonizar este derecho individual con los nuevos derechos colectivos difusos, reglamentados por la propia Constitución Federal de 1988.

¿Cuáles fueron entonces las innovaciones introducidas por la Constitución de 1988 en el marco de los derechos colectivos difusos urbanos? No fueron muchas, pero sí sustanciales.

La primera de ellas consistió en la introducción de un capítulo específico para determinar los principios de esta política pública: la política urbanística.<sup>5</sup> Se trata de un capítulo nuevo en la historia de las constituciones brasileñas que revela la importancia de esta política pública para los intereses que serán tutelados por el estado.

<sup>3</sup> Sobre la garantía constitucional a la propiedad privada como sinónimo de la garantía de un patrimonio individual, véase Rabello, 2001: 77-90.

<sup>4</sup> Véase la Constitución brasileña de 1934, artículo 113, apartado 17: "Queda garantizado el derecho a la propiedad, que no podrá ejercerse contra el interés social o colectivo, en la forma que determine la ley". Y el artículo 115: "El orden económico se organizará de conformidad con los principios de justicia y las necesidades de la vida nacional, de modo que permita a todos llevar una vida digna. Dentro de estos límites, queda garantizada la libertad económica".

<sup>5</sup> CFB 1988, capítulo II del Título VII: Del orden económico y financiero, artículos 182 y 183.

La introducción de un capítulo específico referido a la política urbanística, así como a su objetivo consustancial en el acceso a las funciones sociales de la ciudad y en la garantía del bienestar de todos los ciudadanos, marcó el contrapunto constitucional a la garantía constitucional del derecho a la propiedad privada —ocasionando una armonización necesaria— y al equilibrio entre estos derechos.

Para el cumplimiento de los objetivos de la política urbanística que implantaría el estado brasileño a través de sus tres entidades políticas —la Unión, los estados y los municipios—, la Constitución Federal no se detuvo ahí. Innovó también en relación con su historia constitucional al incorporar, dentro de los intereses legislativos federales y estatales,<sup>6</sup> la competencia para legislar en materia de derecho urbano (artículo 24, apartado I, de la CFB).

Hasta la Constitución de 1967 (y la Reforma Constitucional n. 1 de 1969), la Unión legislaba exclusivamente sobre derecho civil y derecho agrario; esta última competencia legislativa se correspondía con la importancia que tenía la actividad agrícola en la economía del país.

La introducción de la competencia federal y estatal para legislar en materia de derecho urbano es un aspecto que considero muy relevante, puesto que existe una innegable tendencia en la tradición jurídica brasileña a dar mayor importancia a las normas federales que a las estatales o municipales (y mucho menos a estas últimas). Como consecuencia de lo anterior, era costumbre dar importancia casi única a las normas civiles que regulaban el contenido básico del derecho individual a la propiedad inmobiliaria —los derechos reales— y que se plasman en una norma a nivel nacional: el CCB.

Ahora bien, ¿cómo se podría establecer un equilibrio normativo entre las disposiciones del código civil y las leyes urbanas que afectan

<sup>6</sup> El artículo 24, apartado I, establece: “Compete a la Unión, a los estados y al Distrito Federal legislar de manera concurrente sobre: I – derecho tributario, financiero, penitenciario, económico y *urbano*”. Esta competencia, llamada concurrente, no excluye la competencia supletoria de los municipios en estas materias, en lo que les compete, conforme a las disposiciones del artículo 30, apartado II, de la CFB.

las modalidades de uso de la propiedad inmobiliaria urbana, si estas últimas no tuvieran también un estatus de ley nacional?

Como es obvio, no estamos afirmando aquí que exista una jerarquía entre las competencias legislativas de las entidades federales brasileñas, como si estuviéramos en un estado unitario. Sabemos que no existe formalmente tal jerarquía, ya que Brasil es un país federado, donde todas las competencias de las unidades federadas son atribuidas directamente por la Constitución Federal. Sin embargo, en la práctica operativa del derecho esta jerarquía se observa, pues las leyes urbanas municipales que concretaban las políticas y los intereses públicos en esta área y que afectaban las modalidades de uso de la propiedad inmobiliaria urbana difícilmente tenían preponderancia o eran consideradas relevantes cuando se enfrentaban a posibles derechos reales privados detallados en la ley nacional del código civil.

Esta “jerarquía” representa una tradición jurídica informal pero real en la aplicación del derecho brasileño, pues se termina por dar más importancia a las leyes promulgadas por el Congreso Nacional que a las promulgadas por las instancias legislativas estatales o municipales. De ahí la importancia del Estatuto de la Ciudad, Ley Federal 10257 de 2001.

El Estatuto de la Ciudad no fue la primera ley federal de derecho urbano<sup>7</sup> pero, desde el punto de vista de la estructuración a escala nacional del derecho urbano, es la más importante hasta ahora. En este estatuto se plasman los principios y las directrices nacionales de política urbanística, a partir del mandato constitucional. Su preámbulo y su artículo 1 destacan ese papel cuando señalan:

Preámbulo: Reglamenta los artículos 182 y 183 de la Constitución Nacional y establece directrices generales de la política urbanística y da otras providencias.

<sup>7</sup> Incluso antes de que la Constitución Federal de 1988 confiriera a la Unión la competencia para legislar en materia de derecho urbano, la Unión había aprobado en el Congreso Nacional la Ley 6766 de 1979, que regula las modalidades de parcelación del suelo urbano, una norma de carácter eminentemente urbano que continúa en vigor, tras haber sido incorporada a la CF de 1988.

Artículo 1: En la ejecución de la política urbanística, de la que tratan los artículos 182 y 183 de la Constitución Federal, será de aplicación lo previsto en esta Ley. Apartado Único: Para todos los efectos, esta Ley, denominada Estatuto de la Ciudad, *establece las normas de orden público e interés social que regulan el uso de la propiedad urbana en pro del interés colectivo, de la seguridad y del bienestar de los ciudadanos, así como del equilibrio medioambiental* (cursivas mías).

De este modo, el Estatuto de la Ciudad, en su calidad de ley federal, impone un diálogo necesario con la normativa civil, ambas ancladas en el texto constitucional y ambas con estatus nacional. Y este diálogo se irá concretando mediante la adecuación realizada por las leyes de naturaleza urbana en el contenido de los elementos que componen el derecho a la propiedad inmobiliaria, como lo describe el CCB,<sup>8</sup> particularmente en el elemento “uso”.

Siguiendo con la descripción de la base constitucional de la política urbanística, hay un elemento más que merece la pena destacar. Se trata de la mención que se hace en el artículo 182, apartados 1 y 2, del plan urbanístico como elemento canalizador de la política urbanística en los municipios.

El apartado 1 de dicho artículo se refiere al “plan director, que debe ser aprobado por las cámaras municipales” y que es obligatorio para los municipios con más de 20 000 habitantes; se indica que *el plan es el instrumento básico de las políticas de desarrollo urbano*. El apartado 2 se refiere al plan para señalar que éste establecerá los requisitos que tuviera a bien determinar en beneficio del interés público urbanístico, requisitos que serán de carácter impositivo para que la propiedad urbana privada cumpla con la función social exigida por la constitución (artículo 5, apartado XXIII de la CF).

Esta referencia constitucional al plan urbanístico de la ciudad, concretado a partir del denominado “plan director”, es de fundamental importancia para entender que:

<sup>8</sup> CCB artículo 1228: “El propietario tiene la facultad de usar, disfrutar y disponer del bien, así como el derecho de recuperarlo del poder de quienquiera que injustamente lo posea o lo detenga”.

1. Para la Constitución Federal, el derecho urbano, en su vertiente de ordenación del uso del suelo, ha superado la fase en la que el interés público urbanístico imponía límites a la propiedad, parcela por parcela, y ha pasado a actuar a través del enfoque de planificación territorial de la ciudad (artículo 21, apartado IX, de la CF).

2. La propiedad inmobiliaria urbana pasa a tener su contenido normativo reglamentado y condicionado a partir de esta norma municipal —el plan director—, que establecerá los requisitos para el cumplimiento de la función social de la propiedad inmobiliaria urbana en lo que respecta a los intereses urbanísticos de la ciudad.

Todo lo anterior fue estructurado por el Estatuto de la Ciudad: el contenido normativo de la planificación urbana y del plan director; las directrices que lo condicionan; la planificación, la ordenación y el uso del territorio, así como los instrumentos básicos que posibilitan la ejecución de los principios y directrices de esta planificación.

#### LA NATURALEZA JURÍDICA DEL INSTRUMENTO DE ORDENACIÓN TERRITORIAL: EL PLAN URBANÍSTICO COMO REGULACIÓN DEL TERRITORIO Y LA SUPERACIÓN DE LA IDEA DE IMPONER LÍMITES ADMINISTRATIVOS A LA PROPIEDAD

La directriz que establece que la política urbanística se plasmará mediante un instrumento jurídico formulado y articulado con coherencia al que se denominó plan se refleja en toda la Constitución Federal de 1988. El plan se elabora para un territorio determinado: para una ciudad, y la Constitución lo establece con carácter obligatorio para las ciudades con más de 20 000 habitantes.

Se puede deducir, por tanto, que el plan se elabora para una unidad territorial, que lo recibe. Esto es, el objeto del plan urbanístico, que busca el bienestar de los ciudadanos y el cumplimiento de las “funciones sociales de la ciudad”, es la ciudad, y no la parcela o cada una de las propiedades inmobiliarias individuales.

Antes de la Constitución de 1988, se podía admitir la idea de que la ley de zonificación, o la ley de uso y ocupación del suelo, al establecer índices urbanos estaría solamente imponiendo limitaciones a la propiedad para cumplir con los patrones de seguridad, estética,

nivelación, ventilación, etcétera, aplicables a parcelas en una determinada calle, barrio o zona. Como consecuencia, estas leyes urbanas podían considerarse como leyes que solamente limitaban el uso de la propiedad urbana; ahora bien, si no se hubieran estructurado como una visión del territorio de una ciudad, no habrían podido ser consideradas como un plan para la ciudad.

En el plan urbanístico, la unidad de regulación es la ciudad como un todo. El objeto del plan es el territorio y no la parcela ni la propiedad individual. Es la ciudad la que es objeto del interés jurídico urbanístico y, por consiguiente, objeto del plan. Y tal vez sea por eso que el artículo 21, apartado IX, de la CF, se refiere explícitamente a la expresión “*planes [...] de ordenación del territorio*” y no a limitaciones urbanísticas a la propiedad urbana.

El artículo 21 de la CF señala: “Compete a la Unión: [...] IX – elaborar y ejecutar *planes* nacionales y regionales de *ordenación del territorio* y de desarrollo económico y social” (cursivas mías).

Ordenar el territorio significa regular el uso de este objeto público, espacio en el que también se concreta el derecho privado a la propiedad inmobiliaria. Todos —el territorio, el objeto público, la parcela urbana, el objeto de la propiedad urbana— se dan en un mismo espacio, en un mismo suelo, y la existencia de uno no anula la existencia del otro. Esto es, regular (ordenar) el uso del territorio no puede significar apartar del mismo la existencia de la propiedad inmobiliaria privada y, por otro lado, la acogida, por el sistema jurídico nacional, de la garantía de la existencia del derecho a la propiedad inmobiliaria urbana no elimina la existencia del territorio —objeto de regulación del estado— en el mismo lugar en el que se concreta este derecho privado.

El plan urbanístico se crea para el espacio de la ciudad, para el territorio urbano como unidad de planificación. Por consiguiente, cada parcela deberá ajustar sus usos privados a los intereses públicos expresados en la regulación territorial, cuyo objetivo constitucional inamovible es alcanzar y otorgar a sus habitantes calidad de vida y acceso a las funciones sociales de la ciudad: vivienda, esparcimiento, servicios públicos, equipamiento urbano de apoyo a la educación,

sanidad, cultura y recreación, medio ambiente adecuado y acceso al patrimonio público, incluido el acceso al patrimonio cultural.

La planificación urbana es, entonces, la regulación del uso del territorio, y el territorio es la base física pública en la que la Unión, los estados y los municipios ejercen sus competencias políticas de regulación de derechos. Así es porque la planificación del territorio urbano no se limita al plan director, que será aprobado en última instancia por todo municipio con más de 20 000 habitantes. La planificación es un sistema integral que puede y debe comenzar en el plan nacional de ordenación territorial,<sup>9</sup> para ser posteriormente reglamentada en los planes regionales, en los planes estatales de ordenación del territorio, en los planes metropolitanos y en los planes de las pequeñas y grandes regiones urbanas,<sup>10</sup> para alcanzar finalmente su concreción en el municipio, en su plan director.

Por tanto, el plan director municipal debe consustanciar la aplicación de las directrices generales establecidas por el Estatuto de la Ciudad<sup>11</sup> y por otras leyes federales, como la Ley 6766 de 1979,<sup>12</sup> así como observar y ejecutar las directrices que estableciesen las leyes estatales de derecho urbano<sup>13</sup> y las reglas de planificación del territorio contenidas en los planes de ordenación del territorio, sean éstas de carácter nacional, regional, estatal o metropolitano.

Esto hace, en términos jurídicos conceptuales, que la ordenación del territorio se lleve a cabo a partir de planes, que éstos determinen las modalidades de uso del territorio, y que ya no parezca adecuado sostener que las normas urbanas que reglamentan el plan urbanísti-

<sup>9</sup> Artículo 21, apartado IX, de la CF, y artículo 4, apartado I, de la Ley Federal 10257 de 2001-Estatuto de la Ciudad.

<sup>10</sup> Todas las competencias que se mencionan en el artículo 4, apartados I y II de la Ley Federal 10257 de 2001-Estatuto de la Ciudad.

<sup>11</sup> Véase en particular el artículo 2 y sus apartados de la Ley Federal 10257 de 2001-Estatuto de la Ciudad.

<sup>12</sup> Ley Federal 6766 de 1979, que establece las normas generales de parcelación del suelo urbano.

<sup>13</sup> En el ejercicio de la competencia legislativa prevista en el artículo 24, apartado I c/c, los § 2º y 3º del CCB y en los artículos 2 y 3 de la CF.

co de una ciudad establecen simples limitaciones administrativas al derecho a la propiedad urbana.

La limitación administrativa, categoría genérica de derecho administrativo, sugiere que su imposición por el poder público parta de un interés público específico que exige un cierto sacrificio de las libertades y derechos individuales, antes cedidos plenamente. Y la idea de que la ciudad es sencillamente una yuxtaposición de propiedades privadas que deben ser delimitadas por el urbanismo en un lugar y en otro —en términos de distancias, alturas, vanos, formas de edificar, medidas, etcétera— ha sido superada.

El plan urbanístico regula el uso del territorio y su función no se reduce a limitar el derecho a la edificación en parcelas privadas. Este enfoque conceptual del derecho urbano, plasmado en el plan y en la planificación, supera y desarrolla la comprensión de esta acción de los poderes públicos y va más allá de la simple limitación administrativa del derecho a la propiedad inmobiliaria.

Esto representa un cambio de enfoque, un cambio del modo en el que se aborda la configuración de los derechos, que afecta, a nuestro modo de ver, la manera en la que los profesionales del derecho lidian con el supuesto enfrentamiento entre el derecho colectivo difuso a un plan urbanístico y a una ciudad eficiente y con calidad de vida para todos los habitantes, por una parte, y el derecho individual a la propiedad inmobiliaria urbana, por otra.

Para entender mejor este cambio en la manera de abordar la cuestión, busquemos situaciones análogas para las que el tratamiento jurídico conceptual ha descartado ya el término “limitaciones administrativas”, y se refiere ahora sencillamente a “regulación de los derechos”. Éste es el caso de la regulación en materia económica, de la regulación de los mercados.

Veamos, por ejemplo, el caso de la regulación en materia de actividades económicas y financieras bancarias. Los bancos realizan actividades económicas privadas que se rigen no solamente en función del interés económico constitucional de garantizar el principio de libre competencia y de su función social (artículo 170 de la CF), sino también de garantizar la solidez financiera de la nación como un interés público. Este interés público se explica con la cesión a

la Unión de la competencia para legislar sobre “*sistema monetario [...] políticas de crédito, cambio, seguros y transferencia de valores*”,<sup>14</sup> así como sobre el *derecho económico*.<sup>15</sup> Y en los textos jurídicos, no se hace ya referencia a las normas que regulan la actividad económica bancaria —actividad muy reglamentada— como “limitaciones administrativas”, sino como “regulación del mercado”.

Encontramos un segundo ejemplo en la regulación del ejercicio profesional. En principio, el artículo 5, apartado XIII, consagra la garantía general al “*libre ejercicio de cualquier trabajo, oficio o profesión, con arreglo a las calificaciones profesionales que pueda establecer la ley*”. No obstante, la garantía de esta libertad o derecho está sumamente reglamentada tanto por leyes fundamentales como por normas secundarias dictadas por colegios profesionales, entidades que en la práctica tienen una naturaleza pública artificial.<sup>16</sup> Actualmente, la ley brasileña reglamenta incluso la actividad de un mototaxi. Todo en nombre de algún interés público, intuitivo y amparado a partir de la competencia legislativa cedida a la Unión por el artículo 22, apartado XVI, para legislar sobre “*las condiciones para el ejercicio de las profesiones*” y sobre el derecho laboral.

En todos estos casos nos podemos preguntar: ¿se trata de un concepto de limitación administrativa o de regulación de derechos en función del interés público? La respuesta es clara: de regulación de derechos.

Insistimos en este punto porque consideramos que la terminología que se emplea en el derecho incide en la formación de la idea que se hace del concepto.

Lo cierto es que al emplear el término “limitación” nos viene siempre a la mente la sensación de haber sacrificado un derecho que antes suponíamos mayor y que ahora se ha visto reducido. Es evidente que toda ley que regula cualquier situación privada, de hecho o de derecho, estará limitando algo siempre; estará limitando

<sup>14</sup> Artículo 22, apartados VI y VII.

<sup>15</sup> Artículo 24, apartado I, de la CF.

<sup>16</sup> Sobre la calificación de los colegios profesionales como entes “especiales”, véase RE 539.224-201, Tribunal Supremo Federal. Relator: magistrado Luiz Fux.

la libertad de decisión. Por esto, en el fondo, cualquier regulación puede ser también una limitación. Sin embargo, como hemos dicho antes, el enfoque aporta diferencias a la tolerancia y a la aceptación por parte de los individuos de restricciones a sus libertades en pro de un interés público.

En la actualidad existen muchas normas sobre la seguridad del tráfico, algunas emanadas de normativas secundarias (decretos, decisiones, etcétera), que imponen a los conductores de vehículos, de motocicletas y hasta de bicicletas contar con ciertos equipos de seguridad para poder circular por la vía pública. ¿Cuál es el interés público que importa en estos casos? Lo cierto es que nadie pone en duda la amplitud con la que los poderes públicos, al legislar sobre tráfico y transporte, interfieren en la libertad de los individuos, fijando reglas de conducta para la locomoción en calles y carreteras.

En materia de planificación urbana, en Brasil tenemos otro ejemplo de regulación del uso del territorio y, por tanto, de regulación del modo en el que se ejerce el derecho privado a la propiedad inmobiliaria urbana, que no se ajusta al significado estricto del término “limitación”. Es el caso de la norma que impone la edificación o la parcelación obligatoria, prevista como herramienta de urbanismo en el artículo 5 del Estatuto de la Ciudad, con base en el artículo 182, apartado 4, de la CF. Mediante esta herramienta de planificación urbana, el municipio puede imponer al propietario la obligación de parcelar, edificar o utilizar una propiedad. En este caso, el concepto estricto de limitación administrativa sería de difícil aplicación.

Hay ejemplos análogos también en la Ley Federal 6766 de 1979, que regula las modalidades y condiciones de la parcelación del suelo urbano, como las disposiciones de su artículo 13, que establecen un porcentaje mínimo para su utilización y enajenación por parte del poder público, un tamaño mínimo de los solares y muchas otras condiciones para la subdivisión o partición de terrenos, condiciones que pueden verse complementadas por muchas otras establecidas por leyes estatales o municipales. Por todo lo anterior, ¿sería mejor referirnos a estas condiciones como limitaciones administrativas o como regulación del uso del territorio? Parece claro que el término “regulación” es el más adecuado y apropiado.

Sin querer extendernos más en este aspecto de la nomenclatura, que juzgamos importante precisar para perfeccionar el concepto de regulación, vale la pena añadir que gran parte de esta confusión terminológica procede de las formas en que el derecho administrativo brasileño ha importado categorías jurídicas —tanto del derecho continental europeo, mayormente del francés, como del derecho estadounidense— sin las debidas adaptaciones. El propio término “regulación” tiene innumerables definiciones en la doctrina, y aquí lo estamos usando como sinónimo de normalización de derechos.

Si queremos agregar un elemento más en esta cuestión de imprecisión terminológica y, por tanto, de esta imprecisión conceptual de la limitación administrativa, y en el que este concepto difiere, realmente, de la regulación de derechos, tenemos que incluir también el concepto de poder de policía.<sup>17</sup>

Finalmente tenemos la trilogía: limitación administrativa, poder de policía y regulación. Tres caras de un mismo concepto jurídico que resumimos aquí, para simplificar,<sup>18</sup> como regulación de derechos en función de intereses públicos.

Es en este sentido que aún es válida la referencia a la única regla legislativa brasileña vigente sobre el tema: el artículo 78 del Código Tributario Nacional,<sup>19</sup> que menciona “regular”, “limitar” y “poder de policía”. En éste, el concepto es incluyente para permitir que,

<sup>17</sup> Para profundizar, véase Rabello (2002).

<sup>18</sup> Consideramos que el mejor método para una correcta aplicación de las categorías jurídicas es la simplificación, pues ésta ajusta las taxonomías imprecisas que se van acumulando a lo largo del tiempo, muchas veces por cuestiones retóricas o también por necesidades creativas de la doctrina, pero que no sirven para la seguridad jurídica del sistema.

<sup>19</sup> Artículo 78 del CTN: “Se considera *poder de policía* aquella actividad de la administración pública que, limitando o disciplinando el derecho, el interés o la libertad, regula la práctica del acto o de la omisión del hecho *en razón del interés público* referido a la seguridad, a la higiene, al orden, a las costumbres, *a la disciplina de la producción y del mercado*, al ejercicio de actividades económicas dependientes de concesión o autorización del poder público, al orden público y al respeto de *la propiedad y de los derechos individuales o colectivos*” (cursivas mías).

con la actividad administrativa —su hecho generador—, se aplique el tributo.

ADAPTACIONES A LAS DIRECTRICES DEL ESTATUTO  
DE LA CIUDAD: DEL CONTENIDO DEL DERECHO  
A LA PROPIEDAD INMOBILIARIA URBANA

Hemos visto que la Constitución Federal de 1988 incorporó al sistema jurídico brasileño el derecho colectivo difuso a las funciones sociales de la ciudad, al bienestar y a la calidad de vida. El Estatuto de la Ciudad, Ley Federal 10257 de 2001, reglamentó este principio en sus directrices (artículo 2) para su ejecución a través de instrumentos, muchos de ellos previstos ya en este texto jurídico.

Las directrices del Estatuto de la Ciudad, en tanto que ley nacional, son de observancia y aplicación obligatorias por parte de los estados y los municipios, pues de otra manera no se cumple con el precepto constitucional.

Destacamos aquí, en particular, una directriz que está vinculada con el instrumento más significativo del Estatuto de la Ciudad, la dispuesta en el apartado IX del artículo 2, que señala: “Artículo 2. La política urbana tiene como objetivo [ ... ], mediante las siguientes directrices generales: [ ... ] IX – la distribución justa de los beneficios y de las cargas del proceso de urbanización”.

¿Qué querrá decir “justa”? Es difícil de definir. Pero sí podemos decir lo que es injusto. Injusto es todo aquello que no es imparcial y que no es en mayor o menor medida equitativo.

El instrumento por excelencia que posibilita la aplicación en la planificación urbana de esta directriz es el previsto en el artículo 28 del Estatuto de la Ciudad: la Concesión Onerosa del Derecho a Construir (CODC). Este artículo establece:

Artículo 28. El plan director podrá determinar zonas en las que el derecho a construir podrá ejercerse por encima del coeficiente de aprovechamiento básico adoptado, mediante contrapartida que prestará el beneficiario.

1. Para los efectos de esta Ley, el coeficiente de aprovechamiento es la relación entre la superficie edificable y la superficie del terreno.

2. El plan director podrá fijar un coeficiente de aprovechamiento básico único para toda la zona urbana o uno diferenciado para zonas específicas dentro de la zona urbana.

3. El plan director definirá los límites máximos que pueden alcanzar los coeficientes de aprovechamiento teniendo en cuenta la proporcionalidad entre la infraestructura existente y el aumento de densidad esperado en cada zona.

La Ley Nacional de Planificación Urbana, a través del instrumento de la CODC, establece que:

1. El plan director establecerá dos coeficientes de aprovechamiento<sup>20</sup> para la propiedad inmobiliaria urbana: uno básico y uno máximo.

2. El coeficiente máximo se establecerá necesariamente cuando las condiciones de la infraestructura lo permitan.

3. El coeficiente básico no está relacionado necesariamente con la infraestructura. Por consiguiente, su establecimiento en principio como coeficiente de aprovechamiento único —salvo en las diferenciaciones determinadas para zonas específicas— estará relacionado con el principio de una distribución justa (imparcial) de los beneficios y cargas del proceso de urbanización, como se verá más adelante.

4. En las zonas en que el plan director prevea la posibilidad de utilizar coeficientes de aprovechamiento máximo, esto es, diferentes, al alza, del coeficiente índice básico, el poder público cederá este beneficio mediante una contrapartida (encabezado del artículo 28).

Esta contrapartida, pago por la cesión de un coeficiente de aprovechamiento adicional al básico, se denominó en el Estatuto

<sup>20</sup> El coeficiente de aprovechamiento es la medida de la intensidad del uso de la parcela, establecida por ley. En Brasil, el coeficiente de aprovechamiento, o la intensidad del uso, se establece en función del tamaño de la parcela: multiplicando por 1, 2, 3 o 4 la medida de la parcela y respetando otros parámetros como la altura, las distancias y los retrocesos.

de la Ciudad “Concesión *Onerosa* del Derecho a Construir” (en su artículo 30).<sup>21</sup>

La razón por la que la ley federal nacional estableció un cobro por la concesión de índices de edificación que fueran conferidos por encima del índice básico se basó en que este “derecho” a edificar no pertenece al patrimonio del titular de la parcela, puesto que el poder público no podría cobrar para conceder un derecho que ya estuviese integrado en el patrimonio del particular. ¿Cómo conceder de manera onerosa lo que ya pertenece a otro? No hay lógica posible.

¿Qué lección puede sacarse entonces del texto jurídico? La conclusión principal es que existe un índice de edificación básico —llamado también “de coeficiente básico”—, por el cual el poder público no cobra, y que por eso se deduce que sea el derivado del uso utilitario básico y esencial del propietario con respecto de su propiedad inmobiliaria.

No obstante, el plan director, en función de los intereses públicos de la planificación urbana, y cuando la infraestructura de la ciudad lo permita, puede haber previsto, en zonas específicas, la posibilidad de edificar por encima del coeficiente básico; estos coeficientes adicionales, denominados “coeficientes máximos”, al no integrar el contenido patrimonial básico de uso utilitario de la propiedad privada, serán, en consecuencia, recursos de edificación pública, y sólo se podrán conferir mediante contrapartida, esto es, mediante concesión onerosa que pagará el beneficiario.

Ésta fue la modificación más sustancial que la ley nacional, el Estatuto de la Ciudad, en su calidad de ley especial,<sup>22</sup> llevó a cabo en relación con la ley civil general: establecer que los índices de edificación (denominados “de derecho a construir”), por encima

<sup>21</sup> “Artículo 30. La ley municipal específica establecerá las condiciones que deben cumplirse para la *concesión onerosa del derecho a construir* y de la modificación del uso, determinando: I – la *fórmula para calcular el cobro*; II – los posibles casos de exención de *pago* de la concesión; III – la contrapartida del beneficiario. Artículo 31. *Los recursos* que se obtengan como resultado de la concesión onerosa del derecho a construir y de modificación del uso se destinarán a los fines previstos en los apartados I a IX del artículo 26 de esta Ley” (cursivas mías).

<sup>22</sup> Ver Rabello, 2006.

del índice básico, son recursos urbanos y, como tales, pertenecen al poder público.

¿Y por qué el poder público no puede conceder, como viene haciendo en términos generales, índices máximos de edificación de manera gratuita? No puede hacerlo, no sólo debido a las disposiciones del artículo 2, apartado IX, del Estatuto de la Ciudad, que impone la distribución justa de cargas y beneficios del proceso de urbanización, sino también debido a otros principios: el principio del derecho público que prohíbe al poder público la distribución gratuita de recursos públicos, y el principio general de derecho que prohíbe el enriquecimiento sin causa.

Los trabajos académicos en materia de urbanismo,<sup>23</sup> y también de economía urbana, han demostrado que la modificación legislativa del uso del suelo que incrementa la capacidad de edificación en una parcela, permitiendo que en ella se construya más de lo que es su superficie original, aumenta también el precio de ésta en el mercado.<sup>24</sup>

Esto es, un acto normativo del poder público, que no tiene relación con una acción de un particular, repercute en su patrimonio aumentando el valor de éste en el mercado. Este hecho privilegia solamente a los propietarios de parcelas y, además, de forma completamente diferenciada entre ellos. Mientras que para unos es posible construir cuatro, cinco o seis veces el tamaño del terreno, hay otros que tienen índices de edificación mucho menores, y algunos de ellos ni siquiera pueden edificar, pues sus inmuebles están protegidos por intereses urbanos, medioambientales o culturales. Nótese que toda esta diferenciación, toda posibilidad de edificar, todo este insumo urbano que representan los índices de edificación, sólo se puede llevar a cabo si existe una infraestructura de servicios urbanos, hecha y mantenida con los recursos de todos. En consecuencia, es la ciudad construida por todos la que posibilita y valoriza los índices de edificación.

<sup>23</sup> Entre todos, véase Smolka, 2013: 4-12.

<sup>24</sup> Para comprender cómo se da este resultado, véase Furtado, Biasotto y Maleronka, 2012.

Ahora bien, ¿por qué sólo algunos ven crecer su patrimonio gracias a acciones que les son ajenas? ¿No es precisamente esto lo que caracteriza al enriquecimiento sin causa?

En el derecho brasileño, este principio general del derecho, la prohibición del enriquecimiento indebido, quedó aclarado recientemente en la legislación federal, en su incorporación al Código Civil de 2012. Y, en vista de que esta regla ha sido incorporada al Código Civil, no se puede decir, obviamente, que esta toponimia suya res-trinja su aplicación a las relaciones privadas. La norma establece:

Del enriquecimiento sin causa.

Artículo 884. Aquel que, sin causa justa, se enriquezca a costa de otros, se verá obligado a restituir lo que hubiera recibido indebidamente, a su valor monetario actualizado.

Apartado único. Cuando el enriquecimiento tuviese por objeto un bien determinado, aquel que lo hubiera recibido estará obligado a restituirlo, y si el bien ya no subsiste, la restitución se hará por el valor del bien en el momento en que éste fue reclamado.

Artículo 885. La restitución será obligatoria, *no sólo cuando no hubiese habido causa que justificase el enriquecimiento, sino también cuando ésta hubiera dejado de existir* (cursivas mías).

Hemos visto que el poder público, al regular el interés público urbanístico de la ciudad, permite en algunos solares coeficientes de aprovechamiento máximo en función de las necesidades urbanas y en función de la infraestructura de servicios públicos existente. Es evidente que la posibilidad privilegiada que tiene el urbanismo de conceder a un terreno un uso adicional del coeficiente básico de aprovechamiento supone, por lo general, un aumento de valor del patrimonio privado. No obstante, este aumento de valor del patrimonio privado no debe generar un enriquecimiento de los titulares de la propiedad, puesto que se configuraría una situación inequívoca de enriquecimiento sin causa, ya que dicho aumento de valor se habría producido por causas ajenas al esfuerzo o la acción de los mismos y estaría justificado por intereses de urbanismo públicos de la planificación de la ciudad.

Por esta razón, el Estatuto de la Ciudad consolidó el concepto de “concesión onerosa”, que se cede mediante contrapartida cuando el propietario o el inversionista opta por usar una parcela más allá del uso utilitario básico común a todas. Y esto porque, cuando el interesado opta por usar coeficientes de aprovechamiento máximo, se estará apropiando de los insumos urbanos públicos permitidos especialmente a su parcela en función de los intereses de la planificación urbana de la ciudad.

Entonces podemos afirmar que la ley nacional, el Estatuto de la Ciudad, modificó la forma en que el sistema jurídico brasileño aborda la cesión de índices (coeficientes) de aprovechamiento de la propiedad inmobiliaria urbana. Antes se entendía que el propietario del terreno tenía toda libertad para construir y que los intereses del urbanismo podían limitar, por aquí y por allá, su aprovechamiento. Ahora, con la introducción del concepto de planificación de la ciudad, cuyo objetivo es gestionar intereses urbanísticos, se regula el territorio como un todo, haciendo a un lado de este modo el concepto restringido de limitación de la propiedad individual. No se regula el uso de la propiedad sino el del territorio, otorgando a zonas específicas la posibilidad de usar coeficientes de aprovechamiento máximo diferenciados, como un recurso del urbanismo ante la creciente densidad urbana y como modalidad facultativa, o en ocasiones obligatoria,<sup>25</sup> de uso, ocupación y funcionamiento de la ciudad, en beneficio del desarrollo de sus funciones sociales y del bienestar de la población.

En este sistema se garantiza el derecho individual al uso utilitario de la propiedad inmobiliaria mediante la cesión del índice básico e igualitario de aprovechamiento a todos los propietarios,<sup>26</sup> conciliando este derecho tanto con los principios jurídicos como con el

<sup>25</sup> Corroborando la idea de que el uso del territorio urbano, y por consiguiente de la propiedad reconocida en éste, no se limita ya a la voluntad del propietario, el Estatuto de la Ciudad, en sus artículos 5 y 6, reglamentó el instrumento de “parcelación, edificación o utilización obligatorias”.

<sup>26</sup> En aplicación del artículo 2, apartado IX, c/c al artículo 28 del Estatuto de la Ciudad.

interés público de planificación de la ciudad, consustanciado en los nuevos derechos colectivos difusos.

Por eso no podemos dejar de entender que los coeficientes de aprovechamiento máximo, concedidos en función de la infraestructura pública existente, son recursos urbanísticos públicos que pueden ser cedidos mediante un pago como contrapartida, esto es, mediante la concesión onerosa del derecho a construir.

#### EL PLAN DIRECTOR DE SÃO PAULO Y LA RECUPERACIÓN DE LOS ÍNDICES DE CONSTRUCCIÓN COMO RECURSOS PÚBLICOS

El Tribunal Constitucional colombiano ha resumido bien la cuestión del contenido patrimonial mínimo de la propiedad inmobiliaria, que constituye el derecho del titular de su dominio. Éste sería: “El nivel mínimo de disfrute y disponibilidad de un bien que permita a su titular obtener alguna utilidad económica en términos de valor y uso, así como de valor de intercambio, que justifique la presencia de un interés privado”.<sup>27</sup>

El plan director de la ciudad de São Paulo, aprobado por la Ley Municipal n. 16050, del 31 de julio de 2014,<sup>28</sup> puso en práctica esta definición, así como los principios y las directrices establecidos en la Constitución Federal y en el Estatuto de la Ciudad, fijando un coeficiente de aprovechamiento básico del terreno, objeto del derecho a la propiedad, de forma generalizada para toda la ciudad.

El plan director establece:

De la concesión onerosa del derecho a construir.

Artículo 115. El ayuntamiento podrá *conceder de manera onerosa el derecho a construir correspondiente a un potencial constructivo adicional mediante una contrapartida económica que entregarán los beneficiarios* con arreglo a los artículos 28 a 31 y ss. del Estatuto de la Ciudad, y de conformidad con los criterios y procedimientos establecidos en esta ley.

<sup>27</sup> *Apud*, Maldonado, 2008.

<sup>28</sup> Véase: <[http://gestaourbana.prefeitura.sp.gov.br/arquivos/PDE-Suplemento-DOC/PDE\\_SUPLEMENTO-DOC.pdf](http://gestaourbana.prefeitura.sp.gov.br/arquivos/PDE-Suplemento-DOC/PDE_SUPLEMENTO-DOC.pdf)>.

Apartado Único. Los recursos que se reciban como contrapartidas económicas *procedentes de la concesión onerosa de un potencial constructivo adicional* se destinarán al Fondo Municipal de Desarrollo Urbano-FUNDURB.

Artículo 116. *El potencial constructivo adicional es un bien jurídico de dominio, propiedad del ayuntamiento, con funciones urbanísticas y socioambientales.*

1. Se considera como *potencial constructivo adicional* la diferencia que existe entre el *potencial constructivo utilizado* y el *potencial constructivo básico*.

2. Para calcular el potencial constructivo adicional habrá que utilizar:

I. *El coeficiente de aprovechamiento básico 1 (uno)* establecido en los cuadros 2 y 2A de esta ley.

II. *El coeficiente de aprovechamiento máximo 4 (cuatro)* establecido en el cuadro 2 de esta ley para las zonas de influencia de los Ejes de Estructuración de la Transformación Urbana, los perímetros de incentivo al desarrollo económico [...] (cursivas mías).

En pocas palabras, el coeficiente básico de aprovechamiento incorpora el derecho del propietario a ejercer el uso utilitario de su derecho de propiedad. Los coeficientes que exceden el básico, esto es, los índices de edificación adicionales al índice básico, son recursos urbanísticos que se definen como bienes públicos de dominio que solamente pueden ser cedidos mediante una contrapartida económica.

El plan director de São Paulo fijó el coeficiente de aprovechamiento básico en función del tamaño de la superficie del terreno, esto es, del objeto (del bien) del derecho de propiedad. Para un aprovechamiento mayor al de la propia superficie del terreno, esto es, para multiplicar por dos, por tres o por cuatro el tamaño de la propiedad en la misma superficie, el interesado tendrá que comprar estos coeficientes de aprovechamiento adicional, estos recursos urbanísticos extraordinarios, al poder público, mediante una concesión onerosa del derecho a construir.

Entendemos que el plan director de São Paulo no entró en una discusión teórica que cuestionase si el derecho a construir es o no un bien destacado del derecho a la propiedad y que resolvió esa

cuestión de una manera mucho más fácil, ya que en el caso de que la propiedad inmobiliaria fuera de naturaleza urbana, es probable que algún “derecho” a construir fuera necesario para utilizar el bien.

¿Por qué? Porque en la práctica, para que el propietario urbano pueda usar este tipo de propiedad —la propiedad urbana— es necesario que el terreno tenga alguna construcción. Por tanto, cabe entender que el tamaño físico del terreno sea un patrón legítimo y razonable para ser utilizado como coeficiente básico de aprovechamiento del terreno con objeto de construir en un solar urbano, garantizando de este modo un uso utilitario del mismo, de forma equitativa, a todos los titulares de una propiedad.

De esta manera, se supera el debate que cuestiona si el derecho a construir constituye o no un derecho vinculado con el derecho a la propiedad inmobiliaria. En realidad, en el derecho brasileño no hay mención alguna que incluya el derecho a construir como un componente de este derecho real. Los tres componentes básicos del derecho real a la propiedad inmobiliaria son el derecho al uso, disfrute y enajenación del bien.<sup>29</sup> No obstante, en el caso de que la propiedad inmobiliaria sea de naturaleza urbana, su uso utilitario puede condicionarse a la existencia de una construcción en ella. No sucede lo mismo cuando la propiedad es de naturaleza rural. En este último caso, el uso utilitario de la misma no se da a través de la construcción, sino de su explotación agropecuaria, que no requiere construcciones.

Por esto, el derecho a construir no es un elemento que surja directamente del derecho a la propiedad, pero sí puede ser una consecuencia indirecta del elemento “uso” en el caso de las propiedades urbanas. El uso utilitario es, entonces, el elemento más determinante de este derecho real a la propiedad inmobiliaria. Y el coeficiente de aprovechamiento básico del tamaño del terreno multiplicado por uno —índice 1— permite, sin lugar a duda, el ejercicio utilitario de este elemento a todos los propietarios de forma equitativa.

La concesión onerosa del derecho a construir, denominación consagrada por el Estatuto de la Ciudad, es la herramienta de urba-

<sup>29</sup> Véase el artículo 1228 del CCB, nota 13.

nismo que se aplicaba ya en Brasil con el nombre de “suelo creado” y fue un concepto desarrollado por un grupo de juristas y urbanistas en la década de los años setenta que quedó claro en el documento denominado Carta de Embu.<sup>30</sup> Con el nombre de “suelo creado”, esta herramienta se aplicaba ya en varios municipios antes de que el Estatuto de la Ciudad estuviera vigente.

Fue con el nombre de “suelo creado” que en Brasil el cobro de la contrapartida por el uso de coeficientes de aprovechamiento máximo fue objeto de apreciación por el Tribunal Supremo Federal (STF), el máximo órgano brasileño de justicia. Un caso juzgado en 2008 por el STF<sup>31</sup> representó la aplicación de esta herramienta en el municipio de Florianópolis, en el estado de Santa Catarina, que hizo efectivo el principio de suelo creado, por ley municipal de 1989, antes de que éste se viera consolidado por el Estatuto de la Ciudad. El autor de la querella argumentó contra la aplicación del principio de suelo creado por parte del municipio, entre otras cosas, que la herramienta urbanística “suelo creado” representaría la aplicación de una especie de tributo. Y como aquél no estaba previsto en las capacidades del sistema nacional tributario, su instrumentalización por parte de la planificación urbana municipal no sólo sería ilegal, sino también anticonstitucional.

Éste y todos los argumentos fueron desmontados por el voto del magistrado relator Eros Grau que, por casualidad, había participado más de 30 años antes en la redacción original de la Carta de Embu. Vale la pena transcribir el preámbulo de la sentencia de este juicio del STF que, desde entonces, se ha vuelto un caso importante en la materia:

RE 387047/SC, rel. Min. Eros Grau, 21.2.2008.

El derecho a construir y la ley municipal.

<sup>30</sup> Manifiesto de Embu: <[https://docs.google.com/a/soniarabello.com.br/document/d/1IIjvG8WLCMCMevltSkb5-9d3DsF115cEwjCdlw03D6kY/edit?hl=pt\\_BR](https://docs.google.com/a/soniarabello.com.br/document/d/1IIjvG8WLCMCMevltSkb5-9d3DsF115cEwjCdlw03D6kY/edit?hl=pt_BR)>.

<sup>31</sup> Véase Recurso Extraordinario 387047-5/SC STF. 2008, en <<http://ibdu.org.br/eficiente/repositorio/jurisprudencia/298.pdf>>.

El tribunal empezó el juicio de un recurso extraordinario, asignado al pleno por el Segundo Turno, interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia del estado de Santa Catarina, que denegara medidas precautorias solicitadas por empresa prestadora de servicios contra acto del alcalde y de su concejal de economía, consustanciado en la exigencia de pago de remuneración alusiva a “parcela de suelo creado”, instituida por la Ley 3.338/89 del municipio de Florianópolis, como condición para construcción del inmueble de su propiedad.

El magistrado Eros Grau, relator, desestimó el recurso. Afirmó que, en este caso, se estaba ya ante una auténtica carga, y no una obligación tributaria, en vista de que la prestación a la que se corresponde la denominada “parcela de suelo creado” consubstanciaría un vínculo impuesto a la voluntad del propietario del inmueble, en razón de su propio interés en construir por encima del coeficiente único no oneroso de aprovechamiento. Resaltó que el incumplimiento de dicha carga no conllevaría sanción jurídica, sino solamente la desventaja del propietario del inmueble en la imposibilidad de construir por encima de dicho coeficiente. Adujo, por último, que la institución a la que corresponde la denominada “parcela del suelo creado” sería un instrumento propio de la política de desarrollo urbano, cuya ejecución incumbiría al poder público municipal (CF, artículo 182), instrumento dirigido a la corrección de distorsiones que el crecimiento urbano desordenado ocasiona, adecuado para el fomento del desarrollo pleno de las funciones de la ciudad así como para la concreción del principio de la función social de la propiedad (CF, artículo 170 apartado III).

## CONCLUSIÓN

Largo es el proceso de reinterpretación y reintegración de las normas del sistema jurídico. No obstante, como ya se ha dicho al inicio de este texto, cuando surgen fenómenos nuevos como la ciudad y la sociedad contemporáneas, así como la noción de que la protección de los derechos se extiende no solamente a los derechos individuales sino también a los derechos colectivos difusos, el sistema jurídico no tiene razón para no llevar a cabo las adaptaciones necesarias para el bienestar común.

Nada es definitivo y todo está en proceso de evolución. Y dentro de este proceso está la forma de comprender el contenido del derecho a la propiedad urbana, que actualmente se ajusta de continuo tanto por los intereses de las relaciones privadas como por los reglamentos que expresan necesidades colectivas, consubstanciadas especialmente en la regulación del territorio a través de la planificación urbana. En la sociedad urbana contemporánea, éste es un proceso irreversible si deseamos garantizar nuestra sostenibilidad y, con ella, la de la propia institución de la propiedad inmobiliaria. Es lo que parece más agradable y justo para la gestión de los intereses comunes, aunque sea una opinión que no siempre compartan todos.

BIBLIOGRAFÍA

- FURTADO, Fernanda, Rosane Biasotto y Camila Maleronka (2011). “Outorga onerosa do direito de construir”. *Cadernos Técnicos de Regulamentação e Implementação*. Brasil: Ministério das Cidades/ Lincoln Institute of Land Policy.
- MALDONADO, María Mercedes (2008). “Lección en el curso Especialización en Mercados y Políticas de Suelo en América Latina”. Universidad Nacional de Colombia-Instituto de Estudios Urbanos. Curso de Desarrollo Profesional: Dimensión Jurídica de las Políticas de Suelo. Febrero.
- MONTALVANI, Rita Levi (2011). *Elogio de la imperfección*. Barcelona: Tusquets.
- RABELLO, Sonia (2001). “Algumas formas diferentes de se pensar e de reconstruir o direito de propriedade e os direitos de posse nos ‘países novos’”. En *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*, coordinado por Edésio Fernandes, 77-90. Belo Horizonte: Del Rey.
- RABELLO, Sonia (2002). “O poder de policía normativo, o direito urbanístico e as normas de planejamento urbano”. Tesis para optar al cargo de profesor titular de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho de la Universidad de Río de Janeiro.
- RABELLO, Sonia (2006). “Direito urbanístico e direito administrativo: imbricação e inter-relações”. *Revista de Direito da Cidade* 1: 197-210.
- SMOLKA, Martim (2013). *Implementing Value Capture in Latin America: Policies and Tools for Urban Development*. Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy.
- SCHURIG, Stefan (2014). “From Agropolis to Ecopolis: Heading towards regenerative cities”. <<http://unhabitat.org/from-agropolis-to-ecopolis-heading-towards-regenerative-cities-stefan-schurig-world-future-council/>>.