

**La transferencia de derechos de construir.
Origen, experiencias internacionales y propuestas para su reutilización.**

Antonio Blanco González
Abogado ICAM nº 73.628

1.-Definición

Durante el siglo XX surge la Transferencia de derechos de construcción, como un instrumento de gestión urbanística en diversos países bajo diferentes nombres, y atendiendo a diversas finalidades.

Tratándose de la misma técnica que permite trasladar derechos de construir (potencial constructivo, edificabilidad o aprovechamiento urbanístico) de un inmueble a otro las singularidades, especificidades y propósitos no son los mismos en las diferentes legislaciones donde se aplica.

Encontramos dos grandes modelos de transferencias antagónicos por su objetivo, el modelo individualista de los Estados Unidos, *Transfer Development Rights (TDR)*, en el cual las transferencias adquieren un carácter indemnizatorio y compensatorio al propietario debido a las restricciones del planeamiento y el modelo español donde las Transferencias de Aprovechamiento urbanístico (TAU) son un instrumento de gestión destinado a la obtención de equipamientos públicos en la ciudad urbana consolidada, tratándose de un modelo integrador y global.¹

Entre modelos individualistas e integradores aparece, en el año 2001, en América Latina el modelo brasileño donde las *transferências do direito de construir* sirven tímidamente como instrumento para la obtención de equipamientos urbanos y al mismo tiempo tienen un carácter compensatorio e indemnizatorio en los casos que el inmueble sea declarado de interés histórico, ambiental, paisajístico, social o cultural.

Lo que difiere la técnica de las transferencias en Estados Unidos o en Brasil frente a la versión española de las TAU es el reconocimiento de aprovechamiento en inmuebles de interés cultural, social, paisajístico o ambiental y la posibilidad de materializarlo en otra parcela, sin necesidad de cesión a la administración pública, permitiendo que el propietario privado continúe con el dominio del inmueble afectado, ahora desprovisto de su potencial constructivo y vinculando los valores recibidos por la venta de esos derechos de construcción a la conservación del inmueble.

¹ GARCÍA-BELLIDO, Javier. Transferencias y aprovechamiento urbanístico. Una nueva técnica para la obtención gratuita de los equipamientos en Suelo Urbano. Madrid: Ciudad y Territorio, 3/79: 29-43; IEAL, 1979.

Partiendo de la experiencia extranjera el objetivo de este trabajo es traer al centro del debate las TDC con la finalidad de contribuir a un mejor entendimiento de esta técnica urbanística ampliamente conocida, pero en desuso en los últimos lustros, así como hacer propuestas para su perfeccionamiento y reutilización.

2.-La TDC como instrumento de preservación. *Transfer Development Rights* en Estados Unidos.

Las *Transfer Development Rights* (*TDR*) nacen del reconocimiento de dos componentes dentro del derecho de propiedad, por una parte, el derecho al desarrollo del propio inmueble², es decir la potestad de construir y por otro lado el derecho de propiedad en sí mismo.

En otras palabras, las *TDR* permiten que un propietario de un inmueble pueda trasladar o vender a un tercero la edificabilidad que le otorga el Plan, pero manteniéndose en la propiedad. La técnica parte de la separación de la edificabilidad del inmueble que se desea proteger y transferir para otro donde el Plan de ordenación haya considerado un mayor nivel de desarrollo inmobiliario.

El precedente hay que buscarlo en las ordenanzas de la ciudad de Nueva York en 1916, con las *zoning lot mergers* (*ZLMs*) que permitían la transferencia entre parcelas contiguas pertenecientes al mismo propietario, de esta forma aquellas edificaciones que no ocupaban más de un 25% del área de la nueva parcela quedaban exentas del cumplimiento de normativa con relación a alturas y retranqueos. A través de este artificio se permitió la construcción de grandes rascacielos como el *Empire State Building* en 1931.

Aunque las *zoning lot mergers* (*ZLMs*) fueron objeto de reformulaciones no será hasta la década de los 60, con la creación de la *Section 74-79* el punto de inicio de la *TDR* como la conocemos hasta ahora.

La norma nace en un contexto de mitigar la exigente normativa conservacionista impuesta en la ciudad de Nueva York donde se habían catalogados diferentes inmuebles como protegidos (*landmark designation*). De esta forma mediante la autorización a transferir los derechos de construcción se evitaban litigios innecesarios, se esquivaba la necesidad de expropiar con cargo a fondos públicos y se mantenía el objetivo principal que era la conservación del inmueble considerado como *landmark designation*.

A través de la *TDR* el inmueble receptor podía aumentar su edificabilidad en un 20% obligándose el emisor a un compromiso de manutención y preservación.

² En este trabajo tratamos indistintamente como inmuebles a los terrenos, edificios, y construcciones de todo género adheridas al suelo.

Algunos propietarios inconformados con su catalogación como inmuebles singulares (*landmark designation*) acudieron a los tribunales denunciando la violación de sus derechos específicamente de la quinta enmienda de la Constitución americana³. El caso más conocido es el de *Grand Central Station*, cuando la comisión de monumentos históricos de la ciudad de New York negó al propietario de la estación la posibilidad de elevar un edificio de oficinas sobre la terminal, pero permitió la venta de los derechos de edificabilidad al estar catalogada la estación como monumento histórico, tal decisión fue avalada y confirmada por la Suprema Corte Americana.⁴

La sentencia otorgó credibilidad y confianza al uso de la TDR como justa compensación siendo el comienzo para que otras ciudades creasen programas de transferencia de derechos.

En los años posteriores y en paralelo con un avance de concientización ambiental en los Estados Unidos, varios programas de transferencias fueron implementados con notable éxito con la finalidad de preservar terrenos agrícolas y rurales excluyéndolos del desarrollo inmobiliario.⁵

La implementación es similar en todos los programas, primero se necesita identificar las áreas que por sus características paisajísticas, culturales, agrícolas deban ser protegidas, siendo estas áreas las emisoras de los derechos (*sending area*). Las áreas receptoras serán aquellas que próximas a las infraestructuras y equipamientos públicos donde sea deseable el desarrollo urbano. (*receiving area*)

El objetivo es preservar y dirigir el crecimiento de la ciudad de una forma eficiente, adensando la ciudad en aquellos lugares donde existe una infraestructura adecuada e impidiendo un crecimiento desordenado y periférico. Al mismo tiempo los propietarios de los inmuebles a preservar reciben por causa de la venta una renta extra y continúan siendo propietarios de esos inmuebles ahora desprovistos de aprovechamiento.

³ ESTADOS UNIDOS. Constitución. Quinta Enmienda. Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelirá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.

⁴ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Supreme Court. *Penn Central Transportation Co. v. New York City*, 438 U.S. 104, 1978. In agreeing with the view, that the restrictions do not affect the taking, we rely on decision cited in the opinion that hold that when state tribunals reasonably conclude as did the New York Court of Appeals here that the common good will be promoted by prohibiting particular contemplated uses of land, land use regulations that destroy or adversely affect real property and thus may nevertheless be constitutional.

⁵ Uno de los más exitosos fue el de Montgomery Country que consiguió preservar más de 49 mil acres de tierras agrícolas.

También permite una economía en los presupuestos municipales, ya que serán los propietarios en el mercado privado los que compran y venden los derechos, ahorrando de esa forma a los contribuyentes de los altos costes de las expropiaciones.

En algunos programas se crean bancos públicos por los ayuntamientos locales o condados, que serán los intermediarios en la compra y venta de tales derechos con un papel regulador en los momentos de recesión económica, pudiendo ofrecer préstamos con garantías en esos derechos.⁶

Sin embargo, en los últimos años las dificultades para implementar el TDR, las tensiones generadas con el planeamiento, y la alta dependencia del mercado inmobiliario, han restringido su aplicabilidad al convertirlo en un instrumento limitado y puntual.

Kate Gilmore⁷ explica entre los factores del uso infrecuente del TDR en los últimos años en Nueva York, está la dificultad de encontrar inmuebles receptores fuera de los densos distritos comerciales de Manhattan capaces de viabilizar este tipo de operaciones.

Adicionalmente, en lugares donde los promotores inmobiliarios tienen capacidad suficiente para aumentar edificabilidad a través de otros mecanismos previstos en el plan general, como cesiones o plazas públicas, éstos son preferidos ya que afectan directamente el producto inmobiliario y son más atractivos comercialmente.

Además, el tiempo de aprobación municipal en Nueva York para el proceso de transferencia de aproximadamente siete meses y con unas tasas públicas que pueden llegar a los 750.000 dólares inviabiliza muchas transacciones.

A pesar de los problemas relatados los profesores Nelson, Pruetz y Woodruff, en su imprescindible manual sobre TDR y su implementación, dan cuenta de más de 283 programas y presencia en más de 18 ciudades, siendo Nueva York, Seattle, Washington, DC y San Francisco las más exitosas y ampliamente conocidas.⁸

Como explica el profesor García-Bellido, la intención de las *Transfer Development Rights* es compensar económicamente a las propiedades singulares afectadas por situaciones cambiantes muy específicas, coherente con el modelo americano altamente individualista donde uno de los pilares del derecho de propiedad es que el poder público debe pagar una

⁶ COSTONIS, JOHN. *Development Rights Transfer: An Exploratory Essay*. Louisiana State University Law Center, 1973.

⁷ Gilmore, Kate. *A Process Evaluation of New York City's Zoning Resolution (ZR) § 74-79: Why Is It Being Used So Infrequently?* Graduate School of Architecture, Planning, and Preservation COLUMBIA UNIVERSITY. May 2013

⁸ Arthur C. Nelson, Rick Pruetz , Doug Woodruff. *The TDR Handbook: Designing and Implementing Transfer of Development Rights Programs*. Island Press 2013

indemnización o valor expectante, virtual o potencial, a aquellos propietarios que las *land regulations* no les permiten aprovechar económicamente su inmueble.⁹

3.-La TDC como instrumento para la obtención gratuita de equipamientos. Las Transferencias de Aprovechamiento urbanístico en España.

Las transferencias de aprovechamiento urbanístico nacen en España en la década de los setenta como consecuencia de una serie de transformaciones sociales donde la ciudad adquiere un alto protagonismo motivado por el aumento de la población que procedente del medio rural llega a las ciudades en busca de nuevas oportunidades y trabajo.

Las ciudades se enfrentaban a una falta de equipamientos urbanos, alta densificación en la estructura urbana, congestión, tránsito, monopolización de los usos terciarios, y migración de los equipamientos públicos para la periferia, todo esto unido a una alta obsolescencia del patrimonio inmobiliario en los círculos urbanos.¹⁰

La legislación urbanística no contemplaba cesiones gratuitas en suelo urbano, solo en el suelo urbanizable, donde no existía la urbanización consolidada. Para estos terrenos periféricos fuera de la malla urbana, existían altos estándares urbanísticos de reservas de equipamientos públicos, de límites de densidad poblacional, así como de espacios destinados a parques y jardines.

La ley era altamente discriminatoria con los terrenos y residentes del área urbana, ya que al no existir mecanismos de cesión gratuita dificultaban el acceso a esos equipamientos, incrementando así la división económica y social del espacio.

A partir de ahí comienza el alto desafío en la búsqueda de nuevos instrumentos, para descongestionar usos, reducir densidades en los terrenos a través del planeamiento, conservar el patrimonio altamente deteriorado y recuperar las plusvalías para la comunidad generando así el mayor número de equipamientos públicos dentro de las ciudades, que no fuese a través de compra o expropiación debido a la situación deficitaria de las arcas municipales.

En este escenario de insuficiencia de recursos económicos que inviabilizan el instituto de la expropiación, nacen las transferencias de aprovechamiento urbanístico, que como definen Ricardo Santos Díez y Julio Castelao Rodríguez:

⁹ GARCÍA-BELLIDO, Javier. La repartición española equidistributiva y su relativa singularidad comparativa. Lincoln Institute of Land Policy. Cambridge, Massachusetts, 2002.

¹⁰ GARCÍA-BELLIDO, Javier. Transferencias y aprovechamiento urbanístico. Una nueva técnica para la obtención gratuita de los equipamientos en Suelo Urbano. Madrid: Ciudad y Territorio, 3/79: 29-43; IEAL, 1979.

“no son sino una técnica de redistribución dominical, es decir, de ajuste del aprovechamiento subjetivo al aprovechamiento objetivo determinado por el planeamiento para la parcela –lucrativa o no lucrativa- de que se trate. A través de ellas se cumple, en su caso, la perecución entre propietarios, si está asumida esta técnica, de una u otra forma (como TAU propiamente dichas o como reparcelación voluntaria o forzosa y discontinua), por la ley de la Comunidad Autónoma.”¹¹

Las transferencias de aprovechamiento (TAU), son una fórmula de equidistribución voluntaria y discontinua pensada para aquellos suelos sobre los que ha de actuarse de forma asistemática y que no están incluidos en una unidad de ejecución.

Se trata de una técnica que partiendo del concepto del aprovechamiento permite el ajuste del desequilibrio entre el aprovechamiento objetivo o real de una parcela y el aprovechamiento subjetivo o patrimonializable por el propietario de esa parcela.

Aquí debemos hacer una distinción entre aprovechamiento y edificabilidad, mientras que el primero se refiere a las unidades homogéneas de uso característico del área de reparto y forman parte del contenido del derecho de propiedad, el segundo es un paso más y se refiere al potencial edificadorio después del proceso de reparcelación, es decir traducido en metros cuadrados de un uso específico.

También debemos diferenciar el aprovechamiento objetivo o real, que es el determinado por el Plan, del aprovechamiento subjetivo o patrimonializable que tendrá cada propietario. Lo que será objeto de transferencia es el aprovechamiento subjetivo por razón de su imposible materialización en la parcela de la que dimana.¹²

Entre los objetivos más importantes que se propone la técnica de la transferencia podemos, siguiendo a García- Bellido¹³, podemos citar:

- i) Obtener equipamientos en el suelo urbano donde no existe obligatoriedad de cesión;
- ii) Establecer la máxima equidad posible en los aprovechamientos, otorgando a todos los mismos derechos, la máxima de reparto de cargas y beneficios sin

¹¹ SANTOS, Díez Ricardo y CASTELAO Rodríguez Julio. Derecho urbanístico. Manual para Juristas y Técnicos. Editorial: El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados. 5^a Edición. 2001

¹² MERELO, Abela, José Manuel. Régimen jurídico y gestión del suelo urbano y urbanizable. Legislación estatal y autonómica. Editorial Ciss praxis, 2000.

¹³ GARCÍA-BELLIDO Javier. Transferencias y aprovechamiento urbanístico. Una nueva técnica para la obtención gratuita de los equipamientos en Suelo Urbano. Madrid: Ciudad y Territorio, 3/79: 29-43; IEAL, 1979. pagina 6.

- tener que castigar a unos en detrimento de otros en virtud de la discrecionalidad del planeamiento;
- iii) Evitar la expropiación con los altos costes que conlleva a las arcas públicas de la administración;
 - iv) Recuperar usos públicos, edificios y conjuntos urbanos mediante la cesión gratuita y libre de cargas a la administración;
 - v) Disminuir las densidades urbanas, reduciendo el aprovechamiento potencial.
 - vi) Elevar las reservas señaladas en suelo urbano para equipamientos acercándolas a los niveles mínimos satisfactorios de Plan Parcial;
 - vii) Utilizar las posibilidades del libre mercado competitivo para que, en su ejercicio entre particulares, la comunidad obtenga sustanciales contrapartidas de valor social;
 - viii) Dar prioridad a los valores de uso del suelo y a la edificación en lugar de los valores de cambio dominantes;
 - ix) Segregar operativamente el derecho tradicional a la propiedad del suelo y subsuelo, del derecho a edificar;
 - x) Poner en manos de los Ayuntamientos una capacidad superior de obtención de suelo público.

El presupuesto parte de un coeficiente de edificabilidad homogéneo para todos los terrenos clasificados como urbanos, el denominado aprovechamiento urbanístico¹⁴ en cada zona homogénea o en la totalidad del suelo urbano.

Pero conforme la estructura urbana de las ciudades habrá áreas o manzanas que por estar determinado por el Plan General su destino a equipamiento público no podrán realizarlo, pues esa área no tendrá aprovechamiento objetivo o real y tendremos otras áreas dentro de la ciudad que podrán edificar más que ese aprovechamiento medio o tipo, pues el planeamiento reserva para esas el crecimiento de la ciudad.

Los primeros serán sectores o áreas con déficit de aprovechamiento, pues no podrán ni siquiera materializar los derechos subjetivos que les otorga en el plan, por el contrario, los segundos serán sectores con un aprovechamiento excepcional pues pueden construir más que el aprovechamiento subjetivo, en este caso el aprovechamiento objetivo o real es mayor.

Los propietarios encuadrados en las áreas con aprovechamiento excepcional podrán comprar a los propietarios que no puedan materializar sus derechos. Estos últimos podrán

¹⁴ La ley del suelo de 1976 introdujo la técnica del aprovechamiento medio, en el Texto refundido de la Ley del Suelo de 1992 se introduce el aprovechamiento tipo.

vender los derechos de aprovechamiento que poseen, pero con la condición de ceder gratuitamente y libre de cargas esos terrenos al Ayuntamiento.

El procedimiento requerirá la aprobación municipal, la formalización en escritura pública e inscripción en el registro de la propiedad.

Nos encontramos ante un verdadero mercado de terrenos donde habrá demandantes de aprovechamiento (aprovechamiento excepcional) y ofertantes de aprovechamiento (déficit de aprovechamiento), los primeros podrán rentabilizar al máximo sus terrenos comprando la edificabilidad necesaria de aquellos inmuebles que el Plan General reserva para equipamientos públicos.

La colectividad gana con la obtención gratuita de esos terrenos como equipamientos públicos desprovistos ahora de edificabilidad sin tener que recurrir al mecanismo de la expropiación que necesitaría justa indemnización a precios de mercado como reza el texto constitucional.

Destacamos aquí que la transferencia en la legislación española exige la cesión gratuita del terreno a la administración pública, algo que como hemos visto no es necesario en las *Transfers Development rights* en los Estados Unidos que persigue finalidades diferentes.

La técnica es un mecanismo de gestión, de equidistribución, repartiendo cargas y beneficios, voluntario, basado en las leyes del mercado de oferta y demanda, controlado por la administración y revertiendo para la comunidad de forma gratuita los espacios necesarios para los equipamientos públicos. Nace como respuesta a una situación de falta de recursos económicos y se convierte en un mecanismo eficiente y sin coste.

La complejidad será la atribución de un aprovechamiento medio o tipo para todos los terrenos de la malla urbana que requerirá una precisión extrema, ya que tendrá que identificar perfectamente aquellos terrenos en los que se podrá adensar la edificabilidad, por ejemplo en vías principales o comerciales que serán demandantes de esas potencialidades, como tendrá que identificar aquellas áreas que por destino expreso del planeamiento servirán para equipamientos públicos y no podrán materializar los aprovechamientos que el propio plan le otorga, serán ofertantes.

Además, es altamente imprescindible ecualizar la oferta y la demanda, un desajuste entre las dos puede reducir los valores de las transacciones o incrementarlas excesivamente, dejando tal estructura sin efecto. Aun siendo un mecanismo gratuito por la administración su eficacia dependerá del mercado y de los acuerdos entre los particulares de venta y compra por lo que la generación de equipamientos será esporádica y puntual, y en los casos de varios

propietarios el proceso puede ser gradual complicando la implementación de los equipamientos sin plazos definidos y concretos.¹⁵

García-Bellido también nos alerta de importancia de la definición del papel de la administración municipal debe tener en esas transacciones, autorizando y actualizando en un registro específico aquellas compras y ventas para casarlas con los proyectos de construcción de equipamientos sobre los terrenos obtenidos por ese instrumento.¹⁶

Desde su aparición a finales de los años setenta, las transferencias de aprovechamiento urbanístico pasaron por diferentes modelos, entendimientos, y discusiones hasta que fueron aceptadas por el Tribunal Supremo en dos conocidas sentencias donde validaron su procedencia como técnica distributiva de cargas y beneficios.¹⁷

Su aplicación práctica fue exitosa en diferentes ayuntamientos donde fueron implementadas en la década de los setenta y consiguieron mejorar los cascos urbanos economizando a los Ayuntamientos de la época de importantes valores indemnizatorios.¹⁸

Con la promulgación de la Constitución en 1978 y atribución de competencias a las Comunidades Autónomas, su devenir y existencia ha sido muy variada, propiciando su falta de aplicación y desaparición en muchas legislaciones autonómicas y planes generales en los últimos años.

Nos encontramos delante de un instrumento urbanístico integrador y global que garantiza la obtención de los equipamientos públicos, establece igualdad en los aprovechamientos, evita la desapropiación, disminuye la densificación urbana, permitiendo recuperar las plusvalías para la comunidad.¹⁹

4.- La TDC como instrumento híbrido. *Transferência de direito de construir* en Brasil

Siguiendo el modelo de otras legislaciones extranjeras²⁰ el Estatuto de la Ciudad, ley federal 10.257/2001 introduce en el ordenamiento jurídico brasileño las transferencias del derecho de construir como instrumento de política urbana. Las primeras experiencias

¹⁵ GARCÍA-BELLIDO, Javier. Transferencias y aprovechamiento urbanístico. Una nueva técnica para la obtención gratuita de los equipamientos en Suelo Urbano. Madrid: Ciudad y Territorio, 3/79: 29-43; IEAL, 1979.

¹⁶ Vid. nota 10

¹⁷ España, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso Administrativo de 22 de junio de 1981 y Sentencia do 21 de febrero de 1994. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/>

¹⁸ QUESADA, Jesús Polo. El aprovechamiento tipo y la evolución de las transferencias de aprovechamiento. Alicante: Tesis Doctorales. Universidad de Alicante, 2007.

¹⁹ QUESADA, Jesús Polo. El aprovechamiento tipo y la evolución de las transferencias de aprovechamiento. Alicante: Tesis Doctorales. Universidad de Alicante, 2007

²⁰ En Francia la Ley Galley, Ley nº 75-1328 de 31 de diciembre de 1975, introdujo las “Transfert de COS”. En Italia, la Ley nº10, de 28 de janeiro de 1977, estableció la concesión onerosa para el derecho a edificar, así como la transferencia de derechos.

aparecen en diciembre de 1976 en las conclusiones de un seminario urbanístico que dio origen a la ya conocida *Carta de Embú*, donde se reconoce al propietario, sujeto a limitaciones urbanísticas que impidan la plena utilización del coeficiente único de edificabilidad el derecho de enajenar la parte no utilizable.

Las normativas y ordenanzas de uso y ocupación del suelo solo habían sido idealizadas para la expansión horizontal de las ciudades y no contemplaban el crecimiento con el nuevo modelo de propiedad vertical que amenazaba el equilibrio entre áreas público-privadas, la densificación y la infraestructura precaria de las ciudades brasileñas.

La ley federal 10.257/2001 (Estatuto de la Ciudad) establece las directrices generales de política urbana, definiendo en el artículo 4º (capítulo II) varios instrumentos que son colocados a disposición de la administración pública para gerenciar la política urbana, uno de ellos es la transferencia de derechos de construcción.

El Estatuto delimita el ejercicio de transferencias de derechos de construcción a situaciones y finalidades específicas, tales como: la implantación de equipamientos, la preservación de bienes y los programas de regularización de tierras y fomento de vivienda social.

Inicialmente, se exige que exista una ley que autorice el ejercicio de ese derecho de construcción en otro local y un plan de ordenación que establezca el coeficiente básico de ese terreno pasible de transferir (*quantum*) así como las posibilidades de transferencia y las zonas aptas para su recepción que dependerán de la adecuada infraestructura y equilibrio entre áreas públicas y privadas.²¹

Después se exigiría la donación o la afectación del inmueble que cede esos derechos a las finalidades previstas en el Estatuto de la Ciudad (artículo 35º):

En primer lugar, se reconoce la posibilidad de aplicar la transferencia cuando el inmueble es objeto de interés por parte de la administración pública para la implantación de equipamientos urbanos y comunitarios.

Esta hipótesis estaría vinculada a la donación del terreno a la administración, ya que los equipamientos forman parte del dominio público, a cambio se utilizarían los derechos de construcción en otro inmueble.

No podemos confundir esta hipótesis con una expropiación, ya que esta implicaría por previsión constitucional una justa y previa indemnización en dinero²² que aquí no existe.

²¹ BRASIL. Estatuto de la Ciudad, Ley nº 10.257 de 10 de Julio de 2001. Artículo 28.3.

²² Brasil. Constitución de la República de Brasil. Artículo 5 XXIV.

Podemos encuadrar esta hipótesis como expropiación amigable, modo originario de adquisición de la propiedad donde es negociada la indemnización de forma consensuada por medio de las transferencias de derechos de construcción. Algunos municipios como Porto Alegre utilizaron exitosamente esa posibilidad para la construcción de las obras de la Copa del Mundo FIFA de Fútbol de 2014.²³

Otra de las posibilidades previstas para el ejercicio de la TDC, la más aplicada y conocida, es en caso de preservación, cuando el inmueble es considerado de interés histórico, ambiental, paisajístico, social o cultural

El interés público nos dirige aun sin mencionarlo al instituto del *tombamento* que es una modalidad de intervención estatal con previsión constitucional destinada a proteger al patrimonio cultural brasileño²⁴. Aunque la aplicación de esta hipótesis puede venir también por la declaración de cualquier otro acto administrativo que declare la protección y obligación de preservación.

El acto de reconocimiento de un inmueble como inmueble protegido (*tombado*) lo transforma en patrimonio oficial e instituye un régimen jurídico de protección especial a cargo del propietario que ve restringidas las facultades de uso, disfrute y disposición.

El *tombamento* no es confisco, según el profesor Lopes Meirelles ya que no retira del propietario sus derechos, pero le impone unas cargas o deberes que se traduce en una disminución económica del bien, visto que no podrá ser ampliado ni reformado.²⁵

No es pacífico si en este caso las transferencias adquieren un carácter compensatorio o indemnizatorio. La doctrina mayoritaria entiende que el *tombamento* en sí no generaría indemnización, pero si el perjuicio que sufriese el propietario por preservar el bien, entonces el deber de indemnizar solamente aparecería cuando la restricción causase un perjuicio concreto.²⁶

Entendemos que en este caso las transferencias de derechos pueden, independientemente de su naturaleza, desempeñar un papel importante ayudando a los propietarios de los bienes protegidos (*tombados*) a soportar los altos costes de manutención que este tipo de inmuebles exigen.

²³ Parecer nº1195/2015 de la *Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre* de 29 de septiembre de 2015 Utilización y venta de los índices constructivos por medio de transacción administrativa con pagamento en especie o depósito de valores em acción judicial

²⁴ Previsto en el art. 216, § 1º de la Constitución Federal: “O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”.

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 26.ed. São Paulo: Malheiros,2001.

²⁶ MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário. 4.ed. São Paulo: RT, 2005

Finalmente, las TDC pueden ser aplicadas para servir a programas de regularización de tierras, urbanización de áreas ocupadas por población de rentas bajas y vivienda de interés social.

Se trata de una alternativa destinada a la regularización de favelas y ocupaciones instaladas irregularmente en terrenos en los que no son propietarios, de esta forma se podría aplicar la TDC mediante un acuerdo con el propietario original para ceder esos terrenos y aplicar su potencial constructivo en otro terreno. Este tipo de intervenciones por su alta complejidad son usualmente impulsadas directamente por la administración municipal mediante programas especiales de regularización.

Finalmente, una vez donado o afectado el inmueble a cualquiera de las tres finalidades previstas en el Estatuto de la Ciudad, comportará la pérdida del potencial constructivo exigiéndose en los casos de preservación, donde no hay transferencia de propiedad, el compromiso de conservación.

5.- Conclusiones y propuestas

La ciudad nacida después de revolución industrial se convirtió en una ciudad hostil, desigual y caótica, fruto de una urbanización acelerada sin control. A través de la zonificación se intentó resolver estos problemas separando las funciones de vivienda, comercio, educación e industria. Años más tarde la zonificación extrema la transformó en una ciudad fragmentada con una construcción urbana, discontinua, espaciada, y alta segregación socioespacial.²⁷

En las últimas décadas los profundos cambios sociales, demográficos, económicos y políticos impactaron en la producción social del espacio. Procesos de densificación, gentrificación, deslocalización, marginalidad urbana, aumento del déficit de equipamientos públicos, así como deterioro del patrimonio cultural y ambiental fueron ganando protagonismo.

Los desafíos del planeamiento urbano para las próximas décadas pasan por descongestionar y recuperar las ciudades, y frente a técnicas tradicionales de planeamiento ahora son necesarios instrumentos gestión, eficientes y que no hipotequen las arcas municipales ni a las generaciones futuras.

Las llamadas transferencias de derechos construir o de aprovechamiento urbanístico permiten trasladar los derechos de construcción de un inmueble a otro, las finalidades pueden

²⁷ La reinención del espacio público en la ciudad fragmentada /Patricia Ramírez Kuri, Coordinadora. – Primera edición. –México : UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales : Programa de Maestría y Doctorado en Urbanismo, 2016. 646 páginas : ilustraciones, fotografías, mapas, tablas. ISBN: 978-607-02-7596-8.

ser totalmente diferentes y perseguir la obtención de equipamientos o la preservación, al mismo tiempo pueden tener una visión individualista o integradora.

En España las TAU en la década de los setenta fueron una adecuada técnica para la obtención de equipamientos en un momento crucial de la historia moderna de España y con unas circunstancias específicas, el devenir de los últimos años y la mudanza de necesidades ha dejado en desuso las transferencias en la mayoría de las legislaciones autonómicas y son pocos los planos generales que aun las mantienen y aplican.

En otros países la TDC es articulada como una compensación al propietario y condicionándolo a férreas obligaciones de conservación o restauración, mediante la celebración de un acuerdo con la administración, ha resultado ser un instrumento adecuado autorizando al propietario a continuar con el dominio del inmueble, pero permitiéndole obtener una renta extra mediante la venta de esos derechos de construcción que no puede ejercitar.

La comunidad o colectividad será beneficiada ya que esos valores, que recibe de forma extraordinaria el propietario, serán destinados obligatoriamente a la conservación o restauración del inmueble que a partir de ese momento quedará afectado para siempre a esa finalidad y desprovisto de aprovechamiento urbanístico, excluyéndolo de esa forma del desarrollo inmobiliario futuro.

Siendo así, consideramos que las TAU pueden ser nuevamente repensadas, diseñadas y aplicadas para diferentes finalidades:

i) Para la obtención de equipamientos urbanos en la ciudad del siglo XXI como alternativa a procesos expropiatorios.

La construcción de ciudades complejas y compactas con cercanía a usos y funciones demanda equipamientos de proximidad, a los que se pueda acceder andando, situados a menos de cuatrocientos metros de la residencia.²⁸

La nueva propuesta es una ciudad inclusiva con igualdad social, política y cultural en todos los segmentos de la población, lo que permite la interacción comunitaria, convirtiéndose así en una ciudad de ciudadanos.²⁹

La metrópoli del siglo XXI necesita movilidad, y accesibilidad, entendida como el desplazamiento de un punto a otro y el acceso en las diferentes dimensiones de la ciudad, en

²⁸ FARIÑA, José Tojo. Ciudades más cercanas. EL BLOG DE JOSÉ FARIÑA sábado, 2 de septiembre de 2017.

²⁹ Agenda 2030 de Naciones Unidas. Objetivo nº 11 de construir "Ciudades y Comunidades sostenibles", y como una de las metas "Redoblar los esfuerzos para proteger y salvaguardar el patrimonio cultural y natural del mundo."

un contexto actual de envejecimiento que requiere la inserción social de los mayores en la ciudad.

ii) Como instrumento para la recuperación y conservación del patrimonio histórico y cultural compensando al propietario de los altos costes de manutención y rehabilitación.

Aunque tradicionalmente se ha mantenido por la doctrina y la jurisprudencia que el deber de conservación cesa cuando el deterioro demanda gastos de reparación de más del 50% del valor actual del bien en los últimos años se ha abierto un entendimiento, en las legislaciones autonómicas, atendiendo al coste de reposición y no al valor actual.³⁰

Entendemos que en estos casos de ruina económica podría aplicarse la transferencia mediante la atribución de un aprovechamiento subjetivo cuya diferencia con el real ya materializado en la parcela se hará efectiva a favor de aquél en otro terreno, siempre y cuando la transmisión de esos derechos de aprovechamiento pudiera canalizarse en forma de inversiones destinadas a la rehabilitación.³¹

Para conseguir un aprovechamiento real inferior al actual, y un patrimonializable o subjetivo por encima de aquel, se podría incidir en dos variables: la delimitación de áreas de reparto y la utilización de coeficientes de ponderación especiales. (FARIÑA TOJO, 2000)

iii) Además, la transferencia de aprovechamiento podría aplicarse para la conservación de áreas con algún valor ambiental o paisajístico o para la obtención de terrenos destinados a viviendas protegidas a través de permuta con los propietarios.

Todas estas posibilidades son una pincelada, aproximación casi remota y además se necesitaría un cambio normativo para su encaje legal, pero recordemos que aun siendo un instrumento más que cuestionado dentro del urbanismo español fue el propio Tribunal Supremo que confirmó su validez como técnica alternativa, menos onerosa, que cumple mejor los principios de equidistribución y de participación de la comunidad en las plusvalías y, bien aplicada, puede propiciar la recuperación de los viejos centros.³²

³⁰ SANCHEZ,Goyanes, Enrique. Técnicas urbanísticas de protección del patrimonio cultural en el Derecho español. Urbs.Net. La Revista. Febrero - marzo, 2.001

³¹ Fariña Tojo, José (2000). La protección del patrimonio urbano. Instrumentos normativos. Akal, Tres Cantos. ISBN 84-460-1528-5.

³² Tribunal Supremo. Sentencia de 21 de febrero de 1994 ."Volviendo a la Sentencia apelada, sus razones son válidas para las actuaciones sistemáticas, pero tratándose de sistemas generales el texto de 1976 sólo preveía de modo expreso la expropiación y la transferencia de aprovechamientos, como técnica alternativa, no es contraria a

Casi cincuenta años después de las primeras experiencias con las transferencias de aprovechamiento urbanístico en dos pequeños municipios del levante español como instrumento para la obtención de equipamientos públicos, es hora de redefinirlas y traerlas de vuelta al centro del debate urbanístico, actualizando sus hipótesis, requisitos y finalidades, así como su integración en el "excepcional" sistema urbanístico español.

sus preceptos, resulta menos onerosa, cumple mejor los principios de equidistribución y de participación de la comunidad en las plusvalías y, bien aplicada, puede propiciar el que la misma dinámica urbana facilite la recuperación de los viejos centros. Y la nueva Ley la ha incorporado expresamente a su texto en el art. 57 con el nombre -algo excesivo- de "ocupación directa", sin alterar por ello las líneas estructurales del sistema."