

**El derecho real de superficie como alternativa para el acceso a la vivienda
de adultos mayores**

43° Jornada Notarial Bonaerense

Tema 4

Trabajo en grupo

Mecanismos innovadores de financiamiento

Coordinadores: Simón LABAQUI y Franco SPACCASASSI ORMAECHEA

Autores: Eugenia Mariel del Rio; Catalina Malara; Tomas Augusto Lamber y Santino Joaquín Rubinetti

El presente trabajo se encuentra basado en el trabajo “El derecho real de superficie en los contratos de previsión de adultos mayores para su propia dignidad de vida”, escrito en Coautoría Por Lamber, Tomás Augusto; Malara, Catalina; Del Rio, Eugenia Mariel y Rubinetti, Joaquín Santino y presentado en el XXXIV Encuentro Nacional del Notariado Novel, donde obtuvo una mención especial.

INDICE

Economía plateada y nuevas formas de contratación

Antecedente normativo

Un primer marco para el derecho de superficie y el *cohousing*

Facultades de las partes

Transmisibilidad y extinción del derecho real de superficie

Coexistencia con otros derechos reales

Los derechos reales de superficie y el usufructo

La superficie como modelo comercial y los fideicomisos de construcción
Instrumentación del *cohousing* a través del derecho real de superficie

Conclusiones

1. Economía plateada y nuevas formas de contratación

Con el paso de los años, encontraremos que es cada vez más la cantidad de personas que llegan a la etapa adulta con mayor edad, mejor calidad de vida, y no menos importante, con la intención de desarrollar proyectos y aprovechar esa última etapa de su vida. El crecimiento de la población envejecida genera que cada vez tengamos más consultas en nuestras notarías referidas no solo a la planificación sucesoria, sino también en cuanto a las distintas herramientas jurídicas que permitan al adulto mayor cumplir con sus objetivos en la vida.

El orden jurídico nacional, asumiendo esta realidad, no sólo instituyó como ley de directa aplicación local las normas de la Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores¹, sino que además le reconoció rango constitucional en los términos del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional², imponiendo la necesidad de dar respuesta a la promoción, protección y garantía al reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad, entre ellos la salud y la vivienda digna.

Los años venideros pondrán al notariado en la responsabilidad de dar adecuada respuesta a estas normas que integran el plexo constitucional, y que la interpretación de la unificación de legislación civil y comercial de 2015 ha conceptualizado como la constitucionalización del derecho privado.

Profundizando en la temática habitacional, de forma histórica el sector de la tercera edad fue dejado de lado en lo que respecta a acceso a la vivienda. Sin embargo, los cambios en la normativa, impulsados por cambios en las dinámicas sociales, evidenciaron la necesidad de priorizar la creación de viviendas para adultos mayores en las cuales puedan vivir en comunidad, con o sin asistencia, pero donde prevalezca la colaboración de sus integrantes. Asimismo, el crecimiento de la esperanza de vida nos obliga a prestar mayor atención a nuevas formas de acceso a la vivienda, asesorando al requirente sobre las distintas maneras de adquirir derechos.

¹ Ley 27.360. Sancionada el 9/5/2017. Promulgada el 31/5/2017.

² Ley 27.700. Sancionada el 9/11/2022. Promulgada el 30/11/2022.

Se trata, en consecuencia, de un cambio en la concepción que la sociedad en su conjunto tiene del derecho de propiedad. Como notarios, debemos capacitarnos para asesorar a los requirentes y promover la utilización de todas las herramientas que nos provee el ordenamiento jurídico vigente.

Así las cosas, proponemos en este trabajo analizar como alternativa de titularización al derecho real de superficie, entendiendo que este esquema permite una menor inversión para ambas partes, pudiendo uno aportar el terreno y otro el capital para la construcción o mantenimiento de la construcción.

En ese sentido, consideramos que existe un mayor interés en las modalidades de desarrollos de inversión en la economía plateada, es decir, “*la sección transversal única de actividades económicas relacionadas a la producción, consumo y prestación de bienes y servicios, tanto públicos como privados, de interés para las personas mayores, y que incluye efectos directos e indirectos*”³. Se estima que para 2025 ese sector generaría trillones de euros en obras y creación de empleos únicamente en el continente europeo⁴, cuna del fenómeno del *cohousing*.

Como mencionamos anteriormente, la implementación de políticas públicas que fomenten el desarrollo de emprendimientos orientados al senior living únicamente puede resultar beneficioso para la población en general. Estos desarrollos pueden producir incentivos y ventajas tales como el abaratamiento de costos en la creación de distintos tipos de emprendimientos destinados a la promoción de la vida en comunidad (ya sea bajo la modalidad de barrios privados, propiedades horizontales, o alguna forma asociativa como las cooperativas en las viviendas colaborativas españolas) e incorporar a la economía a un sector de la población consumidora de bienes y servicios a través de los *senior living*.

Para comenzar este trabajo debe responderse una pregunta: ¿qué tiene que ver el derecho real de superficie con la economía plateada o *silver economy* y el sistema denominado *senior living*? En esta ponencia desarrollaremos la interrelación de los tres conceptos con su posible respuesta jurídica para nuestra legislación. Adicionalmente, analizaremos al derecho de superficie como herramienta para facilitar el financiamiento de viviendas de *cohousing* y *senior living*, entendiendo que

³ Comisión Europea. “*The Silver Economy*”. 2018. Unión Europea. Nota 2.

⁴ Comisión Europea. Reporte: “*Silver Economy Study: How to stimulate the economy by hundreds of millions of Euros per year*”. 3/8/2018. Unión Europea.

resulta una alternativa propicia para reducir el costo de inversión del adulto mayor, sin resignar su posibilidad de titularización.

El *cohousing* es un modelo de vivienda comunitaria que surgió en los países nórdicos a principios de la década del setenta y años más tarde fue popularizado por arquitectos norteamericanos⁵, por medio del cual se permite a los propietarios tener un área privada y asimismo contar con la oportunidad de acceder a espacios comunes que están diseñados por los mismos residentes para determinadas finalidades, o bien, proyectos de vida compartidos por quienes optan por integrarse y vivir en ellos.

Desde nuestra perspectiva jurídica de origen romanista, la modalidad de la propiedad común se vio reflejada originariamente en el derecho real de condominio o sociedad del Derecho Romano, cuya evolución en la historia del derecho fue progresando hasta llegar hoy en día a la existencia de otros tipos de propiedades comunes como el reconocimiento autónomo del derecho real de propiedad horizontal, o los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido y el cementerio privado.

La propiedad común ha devenido en mucho más que un elemento físico terreno, construcción o cubo de aire, en cuanto sólo adquiere su real valor con los servicios que se deben prestar a los copropietarios. En este marco legal se enmarcan adecuadamente muchos proyectos de *cohousing*, que requieren de una adecuada técnica jurídico-notarial en el contrato para satisfacer la demanda de los comuneros, y efectivizar el objetivo de esta ponencia: la vida digna de los adultos mayores.

En su versión moderna, el *cohousing senior* se trata de un desarrollo de barrios o complejos enfocados en los adultos mayores con el objetivo de generar una comunidad que tenga un espacio de dispersión propio que pueda usarlo de por vida y al mismo tiempo contar con una participación activa en una comunidad que promueve actividades o servicios para su sostenimiento, adaptando la infraestructura arquitectónica o social del lugar de acuerdo a sus necesidades psicofísicas para promover el mejor desarrollo de vida de sus residentes. Este es el denominado *cohousing senior*, el tipo de modelo que será objeto de este trabajo.

⁵ Mccamant, K. M.; y otros. "*Cohousing: A Contemporary Approach to Housing Ourselves*" Ed. Ten Speed Press. Estados Unidos de America. 1994. Segunda Edición.

El *cohousing* es un fenómeno del mundo moderno y se postula como un sistema de vivienda del futuro. En vistas del crecimiento exponencial de la población mayor de sesenta años en Latino América y el Caribe, que se proyecta a superar a la población europea en 2040⁶, es imprescindible la construcción de más viviendas; y dentro del abanico de emprendimientos inmobiliarios que buscan satisfacer estas demandas, el *cohousing* aparece como una propuesta atractiva: un aprovechamiento común de la propiedad, acceso más económico a la vivienda, espacios seguros y adaptados para personas con movilidad reducida, acceso a servicios comunitarios tendientes a la recreación o a prestaciones de salud⁷, la promoción de desarrollos sustentables para el medio ambiente⁸, e incluso la adopción de medidas con perspectiva de género⁹, son sólo algunos de los beneficios que traen aparejados la implementación de un desarrollo que puede materializarse de diferentes maneras.

En ese contexto observamos que hoy existen distintos modelos de *cohousing* que prestan un rango diverso de prestaciones que se adecuan a las finalidades que contemplan las normas jurídicas y persiguen diferentes tipos de beneficios: desde viviendas recicladas que proporcionan un acceso a un hogar económico para personas que no pueden afrontar mayores gastos¹⁰ hasta conjuntos inmobiliarios que tienen contratado un servicio de ambulancias para la mejor atención de sus residentes¹¹.

⁶ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEALC), “Ageing in Latin American and the Caribbean. [...]”. Organización de las Naciones Unidas. 2022.

⁷ La finalidad que pueda tener cada *cohousing* es variada conforme los objetivos y prestaciones sean determinados por la comunidad que integre ese complejo, y pueden variar: desde contratar un servicio de wifi común hasta talleres de yoga o cerámica. Entendemos que en el marco del *cohousing senior* habrá un mayor interés por prever dentro de esta finalidad común la oferta de servicios médicos o medicamentos como parte de los beneficios de este modelo de vivienda en su versión más óptima.

⁸ Daly, M. “Practicing sustainability: Lessons from a sustainable cohousing community”. Enero, 2015.

⁹ Es interesante mencionar que diversas estadísticas en cuanto al crecimiento de la población (Banco Mundial, INDEC, CENSO 2022 de Argentina) muestran que el grupo de personas mayores de 60 años suele identificarse en su mayoría como mujeres, y la diferencia que hacen entre sexos se profundiza conforme aumenta el rango etario. Por lo tanto, si bien este tipo de medidas tienen un interés equitativo, invertir en este tipo de beneficios significa tomar decisiones que beneficiarán en su mayoría a mujeres en diversas condiciones socioeconómicas o que se encuentran en situaciones más vulnerables a quedar desamparadas.

¹⁰ Cain, S.L. “Cohousing communities: What they are and what to consider”. 27/09/2022. Bankrate – Bienes Raíces. En el artículo se destaca que existen emprendimientos como “Warner Robins” en Georgia que están siendo diseñados con el objetivo de brindar un acceso a la vivienda y expensas a precios accesibles.

¹¹ Vidalinda, sito en Belgrano, CABA, Argentina se trata de un edificio destinado para personas mayores de 60 años que entre sus servicios cuenta con un servicio de asistencia médica las veinticuatro horas y servicio de ambulancia.

Finalmente, el *cohousing* no alude a un sistema único de desarrollo inmobiliario, sino que puede manifestarse a través de tres modalidades: en primer lugar, se encuentra el modelo tradicional y que más se asemeja a la esencia en la que fue concebido, es decir, un conjunto dirigido por los mismos residentes que se asemejan a una pequeña comunidad autónoma y están todos involucrados en el desarrollo del proyecto.

No obstante, los residentes también pueden optar por un modelo de asociación donde los mismos recurren a la ayuda de terceros y trabajan conjuntamente con administradores, asemejándose a la propiedad horizontal o conjuntos inmobiliarios que nuestra legislación prevé.

Por último, existen modelos especulativos donde en el desarrollo del proyecto intervienen exclusivamente desarrolladores con la finalidad de preparar las instalaciones para su emplazamiento comercial y la incorporación de residentes que dirigirán la comunidad en el futuro¹².

En resumen, el *cohousing* se vislumbra como un sistema de vivienda dentro de la economía plateada que trasciende la concepción tradicional de la vivienda con una función eminentemente social cuyo destino será determinado por la comunidad que origine. Como bien señalan distintos miembros del notariado, se trata de una “*mixtura de modelos de vivienda comunitaria basados en el concepto de consumo colaborativo*”¹³.

Sin perjuicio de las bondades que puede tener el sistema del *cohousing senior*, sea por razones económicas o sociales, los adultos mayores suelen optar dentro de las distintas alternativas jurídicas vigentes, por la adquisición de un dominio desmembrado que les permita seguir aprovechando la propiedad y disponer libremente de su patrimonio en vida, a beneficio propio o de terceros, con la seguridad que a su fallecimiento no generará cargas onerosas para sus seres queridos.

En su acepción más común encontramos al titular de dominio que transmite la plena o nuda propiedad de su vivienda, constituyendo o reservándose el derecho real de

¹² Mayra, A.V.G.; y otros, “*Cohousing: una alternativa comunitaria a la propiedad privada*”. 2018. Cuadernos Latinoamericanos de Administración.

¹³ Borka, N. y otros. “*Herramientas notariales para la protección de los colectivos vulnerables*”. Revista Notarial número 994 del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. 2022.

usufructo, uso o habitación. No obstante, cabe destacar que dentro de estas modalidades se encuentra un instituto jurídico de poco uso que permite un mismo destino similar: el derecho real de superficie. En el marco del modelo del *cohousing*, la amplitud que otorga el derecho de superficie implica brindar un acceso a la vivienda con facultades para modificarla a gusto y conveniencia dentro de áreas urbanas que ofrecerán una mayor seguridad y contención de la comunidad.

Como ya se ha anticipado, el *cohousing* es un sistema particular que en la actualidad no está regulado y su existencia está limitada a un sector dentro de la *silver economy*. En Argentina, el ordenamiento jurídico no contempla expresamente este desarrollo, pero entendemos que la regulación de conjuntos inmobiliarios especiales que trajo aparejada la reforma del Código Civil y Comercial en 2015 proporciona una infraestructura jurídica ideal para la aplicación del *cohousing* en la medida que existen diversos institutos que permiten su aplicación.

Entendemos conveniente la implementación del derecho de superficie para este tipo de sistemas en la medida que se trata de un derecho temporal que puede ser aplicado sobre inmuebles o construcciones ya existentes, generando un dominio elástico que permite al superficiario contar con un centro de vida, dentro del cual podrá implementar las mejoras que considere necesarias para mantener su vivienda o los espacios comunes, así como permite al dueño del suelo mantener el estado edilicio de las construcciones y adquirir un terreno con todas sus mejoras a la extinción de la superficie que pueda mantener fácilmente dentro del giro comercial. Las facultades que tienen los contratantes son amplias y maleables, por lo que proponemos la presente hipótesis.

1. Antecedente normativo

El derecho real de superficie tiene sus orígenes en el Derecho Pretoriano donde operaba como un desmembramiento del derecho de propiedad que concedía al adquirente de la superficie una acción y un interdicto especial, cuando se trataba de una concesión a perpetuidad, o por un largo tiempo”. Sin embargo, Vélez Sarsfield no lo incluyó en la enumeración de derechos reales, haciendo expresa opción por el derecho romano clásico que no permitía distinguir las construcciones y plantaciones de la propiedad del suelo, conforme el principio de accesión de ellas al terreno¹⁴.

¹⁴ Nota del artículo 2503. Vélez Sarsfield, D. “Código Civil”.

La prohibición expresa que traía aparejada el derogado Código Civil fue cuestionada en la doctrina y encuentros jurídicos¹⁵, que resaltaron la conveniencia de admitir el derecho de superficie para abrir posibilidades en el tráfico inmobiliario privado, facilitar políticas de la Administración Pública o para la creación de equipamientos.

El progresivo desarrollo doctrinario impulsó al legislador a contemplar la incorporación del derecho de superficie mediante la sanción de la ley 25.509 de superficie forestal, como un instrumento para la explotación forestal y silvicultura.

Posteriormente, las influencias provenientes del derecho comparado llevaron a recepcionar otra concepción: un derecho de superficie que contempla las plantaciones, forestaciones o construcciones, y las construcciones existentes al momento de su constitución o las realizadas en el futuro hasta su vencimiento.

Analizaremos los alcances del derecho real de superficie a continuación.

2. Un primer marco para el derecho de superficie y el *cohousing*

El derecho real de superficie es un instituto que tiene poca aplicación en la práctica jurídica, y entendemos que los beneficios que mencionaremos pueden permitir un desenvolvimiento y elaboración del *cohousing* de adultos mayores en Argentina hasta tanto los modelos de vivienda colaborativa no encuentren un análisis legislativo especial. La conclusión 1 del Tema IV de la 32 Jornada Notarial Argentina, en 2016, sobre del derecho de superficie dice: *“La concepción del dominio absoluto, perpetuo y pleno, se redirecciona hacia una figura que utilizada con pragmatismo y fluidez contribuye a motorizar procesos de expansión y paliar situaciones de déficit habitacional y social. Su plasticidad permite articularlo con múltiples derechos reales y personales.”*

Actualmente nos encontramos ante una realidad donde el aumento de esperanza de vida y las nuevas realidades de la economía plateada y la población envejecida no son exclusivamente un fenómeno del primer mundo¹⁶, y el ordenamiento jurídico nos

¹⁵ La admisión de la superficie en el marco legislativo fue promovida en el *VI Congreso Internacional de Derecho Registral* en Madrid, España, de 1984, y posteriormente en la *X Jornada Nacional de Derecho Civil* celebrada en la Ciudad de Corrientes, Argentina, de 1985.-

¹⁶ Ministerio de Salud de la República Argentina. *“Estado de situación de las personas mayores”*. INDEC. 2020.

da múltiples formas de aprovechar la propiedad que pueden atender estas necesidades en continuo crecimiento, entre ellas la superficie. Si el residente de un *cohousing* resultara titular de un derecho de superficie destinado a la construcción, tendría una herramienta jurídica que se corresponderá con el tipo de conductas que lleva adelante para poder levantar una edificación o espacios verdes en el marco de esta especie de hogar colaborativo y satisfacer las demandas mencionadas.

El artículo 2114 del Código Civil y Comercial de la Nación proporciona una definición didáctica al expresar que el derecho real de superficie es: *"un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales"*.

De esta definición destacamos tres caracteres: la temporalidad del derecho, la afectación de la cosa ajena y las modalidades.

En primer lugar, nuestra legislación destaca que se trata de un derecho temporario, limitado en el tiempo por el cumplimiento de un plazo, condición resolutoria o cumplimiento de un cargo. En sus artículos concordantes, observamos que el Código otorga amplias facultades de contratación para las partes a los efectos de fijar un plazo con la única restricción que el derecho estará sujeto a máximos legales que no podrán exceder los setenta años para las construcciones y cincuenta años para plantaciones o forestaciones¹⁷, y cuyo término comienza a contarse desde la constitución del derecho real. Asimismo, cualquier prórroga que se pacte tampoco podrá superar la cantidad de años mencionada.

La ley habla expresamente de los plazos, pero también es aplicable la estipulación de un cargo o condición resolutoria en la medida que encuentra resguardo legal en la remisión a las limitaciones del uso y goce en el derecho de usufructo¹⁸ y en cuanto a las cosas propias en las normas aplicables al dominio revocable¹⁹, sin perjuicio de

¹⁷ Artículo 2.117. Código Civil y Comercial de la Nación.

¹⁸ Artículos 2127; 2136. Código Civil y Comercial de la Nación.

¹⁹ Artículos 1965; 2128. Código Civil y Comercial de la Nación.

lo que las partes hayan pactado al respecto en el acto constitutivo y que no contraríen las normas que rigen cada instituto.

Esta última posibilidad abre las puertas a considerar la constitución de un derecho condicional, es decir, la sujeción del derecho real de superficie al cumplimiento de una condición resolutoria como lo es la vida del superficiario.

La temporalidad por la vida de la persona mayor de edad es la particularidad que aparece como determinante en los contratos previsionales por los mismos adultos mayores, que no están buscando dejar la herencia a sus herederos, sino asegurarse un proyecto de vida para los últimos años de su existencia, previniendo la generación de cargas sucesorias para poder transmitir el bien, y permitiendo que el mismo vuelva al dueño del suelo al acaecer esta condición para que pueda volver a introducirlo en el comercio y que lo disfrute otra persona.

En segundo lugar, el artículo 2114 continúa detallando el objeto y dice que afecta un inmueble ajeno. La doctrina tiene opiniones encontradas ante este enunciado porque la regulación en los artículos concordantes deja entrever una confusa designación legislativa que alude implícitamente a una diferencia conceptual entre el derecho de superficie y la propiedad superficiaria.

En ese sentido, hay una notable influencia de la legislación comparada, en particular del derecho italiano²⁰ que prevé un concepto moderno: ya no habla del uso y goce sobre las construcciones como lo hacía el Derecho Romano, sino que se trata de una verdadera propiedad superficiaria, que existe y la caracteriza como un derecho de hacer y mantener sobre el suelo una construcción a favor de otro mediante el cual el superficiario adquiere la propiedad de las edificaciones que realice.

En Argentina, la mayoría de la doctrina se enrola en la teoría dualista, la cual propone que mientras no se construya, foreste o plante, el derecho recae sobre un inmueble ajeno, y la superficie es un derecho sobre cosa propia cuando ya hay propiedad superficiaria, es decir, las construcciones que realice el superficiario²¹. Cabe resaltar que hay otras teorías que consideran que el derecho de superficie recae sobre una cosa exclusivamente ajena, otras sobre cosas propias, y por último la teoría ecléctica que propone que estamos ante bienes de naturaleza mixta.²²

²⁰ Artículos 952 a 956, *Codice Civile*, República Italiana.

²¹ Kiper, C. "Tratado de Derechos Reales". Editorial Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2017. Tomo II. 2°ed.

²² Abreut de Begher, L.: "Comentarios sobre el derecho real de superficie". SAIJ. 2014

Más allá de su naturaleza jurídica, el objeto del derecho de superficie se encuentra demarcado por estos aspectos. Para aclarar esta cuestión, explica Zulma Dodda que el derecho real de superficie se trata de un derecho autónomo, exclusivo, temporal y transmisible, que comprende, dentro de su estructura compleja, dos planos: el derecho de plantar, forestar y construir -como derecho real sobre la cosa ajena- y la propiedad superficiaria -como derecho real temporal sobre cosa propia-. La propiedad superficiaria abarca tanto la titularidad sobre lo edificado y plantado por el superficiario, como consecuencia del ejercicio de su derecho, como la adquisición de una construcción o plantación ya existente²³. Al respecto, autores como Mariani de Vidal sugieren que es preciso delimitar por razones técnicas, jurídicas y registrales el momento en que nace el derecho a plantar o construir y desde cuando nace la propiedad superficiaria, lo que deberá preverse en el contrato constitutivo²⁴

Por último, el ordenamiento jurídico no resulta tan ambiguo cuando determina en el artículo 2115 que las modalidades del derecho que recaerán en el derecho de plantar, forestar o construir sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno o sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes. Es una enunciación amplia cuyo uso, goce y ejercicio de facultades que otorga la superficie es aplicable sobre inmuebles y no sobre cosas muebles como puede suceder en el derecho real de usufructo con cosas muebles como, por ejemplo, un ganado.

A los efectos de este trabajo, queremos enfocarnos en la modalidad de la construcción. La incorporación de las construcciones dentro del derecho de superficie, derivada del derecho comparado, fue concebida como una herramienta financiera donde no es necesario invertir en un terreno ya que lo que se abonará será menor al valor del inmueble, se aislará la tierra de los riesgos del negocio, y el propietario del inmueble sin capital podrá recurrir a terceros con capital para el desarrollo de obras o construcciones sin tener que desprenderse de su propiedad.²⁵

Este análisis jurídico obliga a preguntar: ¿Qué consecuencias tiene para el residente de un *cohousing*? Entendemos que estos tres elementos proporcionan un marco de aplicación práctica para el régimen del *cohousing*.

²³ Dodda, Z. A. "Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos", en Clusellas, E. G. (dir.) Editorial Astrea, CABA, 2017. Tomo 7, primera edición. P.287.

²⁴ Mariani de Vidal. "*Derecho real de superficie forestal. Ley 25.509*". LL, 2002. F-1415.

²⁵ Dodda, Z. A. ob. cit.. (nota 23). P. 285.

Comenzamos proponiendo la limitación temporal supeditada a una condición resolutoria, es decir, la vida de la persona mayor de edad. El superficiario tendrá un título para disponer libremente por lo que dure su vida, y el mismo podrá participar de todos los beneficios que promueve el *cohousing*, sin necesidad de interpelar al dueño del suelo para que preste su consentimiento en cada acto que necesite o desee realizar dentro del complejo en la medida que es dueño de la propiedad superficiaria.

En cuanto al objeto, la distinción de estos conceptos es clave para destacar el tipo de dominio que adquiere el superficiario. La transmisión no otorga el tradicional dominio pleno sobre la propiedad, pero tampoco se trata de un derecho de usufructo: la ley reconoce una disposición material y jurídica en la propiedad superficiaria que, si no mediare pacto en contrario, otorga extensas facultades al superficiario para que pueda por ejemplo enajenar su título, constituir gravámenes o transmitirlo por causa de muerte. El superficiario o sus herederos son titulares de un dominio imperfecto y atípico, y en calidad de tal tienen poder sobre una cosa propia supeditado al plazo, condición o cargo que dure la superficie para cumplir con los fines convenidos.

Finalmente, destacamos el emprendimiento con miras a la construcción. Dentro del marco sugerido, las construcciones tendientes al mantenimiento edilicio las asumirá el desarrollador o los administradores que contrate para no trasladar esa carga a una persona que simplemente desea habitar el inmueble. No obstante, la elección de esta modalidad es beneficiosa para el residente del *cohousing* porque le permite poder realizar cualquier mejora o mantenimiento de la propiedad, sea para uso propio o de los restantes comuneros, y realizar cuanto proyecto considere necesario para una lograr vida digna.

Ahora bien, ¿qué le permite hacer este derecho a las partes?

3. Facultades de las partes

Las facultades de las partes son extensas en la medida que la superficie otorga un poder material y jurídico atípico sobre un inmueble o construcciones existentes, sumado a que la ley permite una amplitud de cuestiones estar sometidas a la autonomía de la voluntad (contractual) de las partes. Esta combinación proporciona

un marco cuyo techo serán las disposiciones que estipulen las partes en contratos o precontratos que no vulneren el orden público.

En primer lugar, observemos las facultades del superficiario. El Código Civil y Comercial, en su artículo 2.114, otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo.

Por un lado, el superficiario tiene facultades materiales, es decir, una potestad para utilizar y poder realizar, en nuestro caso, construcciones con miras al desarrollo inmobiliario sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno o sobre construcciones ya existentes que el superficiario hace propias. En consecuencia, podría constituirse sobre unidades privativas de propiedad horizontal que estarán construidas o en proceso de construcción, posibilidad admitida en los conjuntos inmobiliarios conforme al artículo 2077, y que el adquirente podrá continuar, concluir o modificar su edificación de no estar prohibido. Sin embargo, en estos contratos previsionales sería ideal que dicha finalidad recaiga en un administrador que sea el encargado del mantenimiento edilicio, tanto para beneficio de los adultos mayores como para el propietario del inmueble que el día de mañana recibirá las construcciones y podrá volver a constituir un nuevo derecho de superficie sobre ellas.

Asimismo, quien sea que asuma la obra contará con la particularidad de las facultades conexas o preparatorias que proporciona la superficie en la medida que la extensión del inmueble afectado puede ser incluso mayor que la necesaria para la construcción si es útil para su aprovechamiento²⁶. Por ejemplo, si el superficiario decidiera edificar, podría destinar una parte del terreno que no fue afectada a superficie para transportar y depositar materiales, hacer pasar obreros, trabajar el suelo para que sea apto, o destinar la parte sin construir para que sea funcional al desarrollo de la obra, a saber, destinándolo un lugar para estacionamiento²⁷.

Por otro lado, destacamos sus facultades jurídicas en cuanto son numerosas: puede usar, gozar, disponer o gravar el derecho de superficie o propiedad superficiaria (términos que el Código utiliza indistintamente) libremente, incluso pudiendo constituir derechos personales (por ejemplo, una locación) o de disfrute en la medida

²⁶ Artículo 2116. Código Civil y Comercial.

²⁷ Kiper, C. ob. Cit. "Tratado de Derechos Reales" (nota 22)

que no contraríen el ejercicio del superficiario como se ha discutido en las XXV Jornadas Nacionales del Derecho Civil²⁸; puede afectar a propiedad horizontal; e incluso exigir el cese de la turbación que pudiera causar el nudo propietario.

Es imperativo mencionar que toda afectación que haga el superficiario, sea un derecho real, por ejemplo, la afectación a propiedad horizontal o una hipoteca, está sujeta al plazo de vigencia y condiciones del derecho de superficie, trayendo a colación el famoso principio "*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*" (nadie puede transferir a otro más derecho que el que él mismo tenga)²⁹.

Insistimos que el derecho que se transmite o se grava no puede ser mayor del que el superficiario haya pactado con el superficiario, y quien asuma esa posición deberá aceptarla en las mismas condiciones que se constituyó; de esta manera se entiende que al extinguirse la superficie se "purga" de las afectaciones. Los actos de disposición del superficiario se extinguen conjuntamente con su derecho por vencimiento del plazo pactado, y su renuncia no lo libera de las obligaciones que hubiere asumido.

La pluralidad de beneficios enunciados (y omitidos) generan la impresión que se produce un negocio desfavorable para el dueño del suelo, pero tanto la naturaleza de este derecho así como la ley le proporcionan ciertas ventajas para asegurar el ejercicio de este instituto. Ante todo, hay que tener siempre presente el artículo 2115 *in fine* cuando establece que el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo. Además, el propietario conserva la disposición material y jurídica, siempre y cuando al ejercerla no turbe el derecho del superficiario³⁰.

La ley identifica al legitimado para constituir el derecho real de superficie (y devenir nudo propietario) al titular del derecho real de dominio y condominio sobre inmuebles, y al titular de propiedad horizontal de las partes privativas y comunes del inmueble propio afectado a propiedad horizontal. En los casos de los condóminos, será necesario requerir la conformidad de cada uno de ellos³¹ y en la propiedad horizontal la aprobación de todos los consorcistas para afectar partes comunes de la

²⁸ "XXV Jornadas Nacionales del Derecho Civil". Bahía Blanca, Argentina. 2015. Conclusiones comisión número 11 - Derecho Romano.

²⁹ Ulpiano. "*Digesto*". Libro 50, 17, 54

³⁰ Artículo 2121. Código Civil y Comercial.

³¹ Artículo 1.990. Código Civil y Comercial.

propiedad superficiaria³², por lo cual en el caso de los contratos previsionales para adultos mayores se deberá contemplar en el reglamento de propiedad horizontal la facultad de constituir el derecho superficie sobre las partes comunes y privativas para la eficacia querida, junto con los servicios adicionales esenciales para la especial finalidad, que por el artículo 2038 *in fine* integra el título de cada unidad privativa por más que no lo consienta de modo expreso cada futuro adquirente en su título.

Si bien el texto legal se refiere al titular del derecho real de propiedad horizontal, entendemos que tal legitimación también se debe extender a los titulares del derecho real de conjunto inmobiliario por constituir una especie de propiedad horizontal, dado que el artículo 2.075 establece que todos los conjuntos inmobiliarios se someten a la normativa de derecho de propiedad horizontal establecida en el Código, con la finalidad de constituir una propiedad horizontal especial y determinar los cosas y espacios privativos y comunes, facultades y obligaciones de cada propietario, límites y restricciones, gastos y contribuciones, en el reglamento de propiedad horizontal. Este criterio se encuentra en línea con el XVIII Congreso Nacional De Derecho Registral de 2015 en la ciudad Rosario, según se entendió en el tema segundo que “la legitimación para constituir derecho real de superficie, prevista en el artículo 2118 del CC y C, se extiende a los conjuntos inmobiliarios en virtud de la remisión normativa del artículo 2075 del CC y C.”; e incluso se encuentra plasmado en normas registrales como en Provincia de Buenos Aires, cuyo Registro de la Propiedad Inmueble habilita expresamente al titular del conjunto inmobiliario para afectar un bien al derecho real de superficie³³.

En consecuencia, no todos tienen las mismas libertades para constituir el derecho de superficie, pero el Código es contundente al requerir que el constituyente sea titular del derecho el cual, al tratarse sobre bienes inmuebles que deben inscribirse en el Registro Público, exige la concurrencia de título y el modo del propietario del

³² 40 Jornada Notarial Bonaerense. Necochea, 2017. Tema 1, despacho 7.2.

³³ Artículo 1, inciso a. Disposición Técnico Registral 26/2016. Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires. Cita: “Artículo 1º: En la registración de las escrituras públicas de constitución de derecho real de Superficie se deberán cumplir con los siguientes recaudos: a) Ser constituido por la totalidad de los titulares de dominio, de propiedad horizontal o de conjunto inmobiliario (art. 2118 CCCN)”.

inmueble en el acto de adquisición, razón por la que el estudio de títulos cobra gran importancia en la actividad notarial al comprobar la existencia de estos supuestos.

Debemos mencionar que existen situaciones de hecho que no se encuentran reflejadas en la vida jurídica, y que esta realidad paralela que se comprueba más allá del título papel o digital nos hace tener en cuenta al mero poseedor de hecho, a la persona que ocupa un terreno con ánimo de dueño para disponer de él o con miras a adquirirlo por la vía de la prescripción adquisitiva, y cuestionamos si la posesión es suficiente para constituir una superficie: ¿Puede existir una superficie sin la intervención del titular registral en el acto? Entendemos que no es posible. Todo acuerdo que hagan las partes en principio sería válido entre ellas, pero el problema para la operatividad del derecho surge de la falta de anotación. La carencia de publicidad y oponibilidad frente a terceros que adolecerá el acto que no se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble desvirtúa y priva al superficiario de determinadas acciones que caracterizan la superficie y que podrían interesarle al beneficiario del derecho como, por ejemplo, la posibilidad de constituir gravámenes sobre el inmueble para financiar su obra.

En esa línea, el titular registral es la persona que conservará un dominio imperfecto y mantendrá como dueño del suelo, lo cual genera consecuencias en la relación con su contratante. Todo derecho que constituya el superficiario se extinguirá al concluirse el derecho de superficie, y toda afectación que haga sobre él no será exigible ni oponible al nudo propietario, excepto si diera su expreso consentimiento³⁴. De tratarse de un derecho de superficie sobre construcciones de una unidad privativa sometida a propiedad horizontal debe tenerse presente la recomendación de incluir las finalidades del contrato previsional y superficie en el reglamento de propiedad horizontal que integra el título de la unidad gravada y que no podrá desconocer el acreedor, aún cuando no haya prestado expreso consentimiento; y en caso de ser constituidas por el propietario del suelo o condóminos deberá constar en el propio título la determinación de la parte material afectada a superficie, la división

³⁴ Kiper, C. *“Manual de Derechos Reales”*. Santa Fe. Editorial Rubinzal-Culzoni. 2018. Segunda edición revisada. Página 447: “El nudo propietario no está obligado por las obligaciones que son accesorias de un derecho real de superficie sólo afectan al que las haya acordado y a sus herederos, partiendo del principio de que no hay obligaciones que sigan a los derechos reales de manera tal que, antes de otorgarla, exija la asunción de las referidas obligaciones por el adquirente, es decir, el acreedor hipotecario”.

del uso y goce de ellas, las facultades y obligaciones personales; en ambos casos, sin perjuicio de la publicidad registral.

Al nudo propietario quizá no le resulte indiferente la persona del superficiario, al contrario, pudo haber tenido especialmente en cuenta las cualidades de aquel con quien terminó contratando. En este punto es donde el desarrollador adquiere mayor interés en la redacción de los contratos preparatorios y previsionales que nos ocupan, los cuales deben incluir una redacción clara y precisa en cuanto a las calidades del superficiario, plazo o condiciones a las que esté sujeto el derecho de superficie a los efectos de hacer esas convenciones oponibles a los interesados, y prevenir daños y perjuicios como los supuestos que ya ha sentado nuestra jurisprudencia en relación al desarrollo de los *senior living*³⁵.

4. Transmisibilidad y extinción del derecho real de superficie

Un tema que cobra importancia es la transmisión del derecho real de superficie, que opera mediante actos entre vivos o transmisión por causa de muerte.

El ordenamiento jurídico admite que el superficiario pueda transmitir la propiedad superficiaria cuya disposición siempre se encontrará limitada a las condiciones que haya pactado con el propietario del suelo. Esta limitación obliga al notario o cualquier otro profesional que participe durante el iter contractual a prestar especial atención a los derechos y restricciones que se pactan en el contrato marco cuyas convenciones determinarán las adquisiciones sucesivas del derecho real que operen en el futuro.

En ese orden, hacemos hincapié en el carácter transmisible de la superficie y la necesidad de una expresa estipulación de la condición resolutoria, es decir, el fallecimiento del causante como causa de extinción del derecho, elemento crucial del contrato, ya que su omisión permitiría la transmisión del derecho del causante a sus herederos, tornando abstracto o deficiente este tipo de negocio jurídico.

³⁵ "M. M. C. c/ Antasel SRL s/ nulidad c. Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Bs. As. Expte. 1100/ 16 y otro s/ recurso directo a cámara" Expte. 1100/16 y otro s/ recurso directo a cámara • 12/07/2018. "El fiduciario debe abstenerse de dictar cláusulas en el reglamento interno que impongan cualquier restricción futura que disponga que la unidad puede ser ocupada exclusivamente por personas de la tercera edad, dado que no fue previsto en el boleto de compraventa y por lo tanto afectaría intereses contractuales que integran el derecho de propiedad; a lo que se suma que de las conductas previas llevadas a cabo por el accionado se probaron los presupuestos de antijuridicidad, amenaza de daño y relación de causalidad probable."

Corolario a ello, el ordenamiento jurídico nada dice sobre la disposición que pueda hacer el superficiario por la vía testamentaria sobre este derecho. Hacemos propias las palabras de Claudio Kiper cuando dice que a pesar de que el artículo 5 de la ley 25.509 establece que solo se adquiere por contrato, la doctrina sugirió esta modalidad porque se trata también de una adquisición derivada, aunque esta posibilidad se oponga a lo establecido en las normas de orden público que revisten las disposiciones de la ley; y lo cierto es que el Código admite expresamente la posibilidad de los actos de última voluntad, con lo que se concluye la discusión³⁶. Si bien existe doctrina que no admite la constitución de este derecho real por medio de actos de última voluntad³⁷, entendemos que se trata de una interpretación restrictiva, entre los motivos citados, contrario al principio constitucional que ningún habitante de la nación será privado de lo que la ley no prohíbe³⁸. En consecuencia, la superficie puede ser constituida por testamento.

En el marco del emprendimiento *cohousing* que proponemos, la adquisición del derecho será transmitido prominentemente por vía contractual. Sin embargo, no es menor destacar que esta práctica puede ser dejada de lado por las partes y constituir o transmitir el derecho por medio de actos de última voluntad, respetando los acuerdos que hayan pactado entre ellas en la medida que la ley se los permita.

Finalmente, la extinción de este derecho se puede dar de manera voluntaria por renuncia expresa, cumplimiento del plazo, de condición resolutoria o no uso.

La extinción por el cumplimiento del plazo o condición de este derecho provoca que el titular del bien hace suyas las construcciones libres de los derechos reales y personales impuestos por el beneficiario, y deberá indemnizar al superficiario por las construcciones que haya realizado, salvo pacto en contrario.

En los contratos previsionales objeto de este estudio lo más usual será que el adulto mayor ya no se involucre en la construcción ni las levante, sino que el prestador del servicio asumirá el mantenimiento de ellas, motivo por el cual se podrá establecer que no deba indemnización alguna al momento de su extinción. El artículo 2.126 prevé que la indemnización se puede establecer en el contrato de superficie en acuerdo posterior, lo que permite que si en el futuro acordasen que el superficiario

³⁶ Kiper, C. ob. cit. “*Tratado de Derechos Reales*” (nota 22).

³⁷ Abreut de Begher, L. ob. cit. “*Comentarios sobre el derecho real de superficie*” (nota 24).

³⁸ Artículo 19. Constitucional Nacional de la República Argentina.

haga ampliaciones ellas le sean pagadas a él o sus herederos al extinguirse la superficie.

También será posible que el adulto mayor invierta y solvante las construcciones, situación prevista en el citado artículo, y se deberá establecer en el contrato la indemnización por su valor, o las pautas de determinación a futuro, pero también podrá no establecerse pago alguno por descontarse la inversión en construcciones del precio de la superficie. En ese sentido, la 32 Jornada Notarial Argentina³⁹ concluyó que “La indemnización al superficiario (Art. 2126 C.C.C.) es renunciable, no constituyendo dicha renuncia un acto a título gratuito por estar previsto el pacto en contrario. Puede compensarse con la transmisión de parte del terreno o unidades funcionales luego de cumplirse con la readquisición de dominio del dueño perfecto.”

5. Coexistencia con otros derechos reales

El derecho de superficie tal como ha sido planteado en este trabajo se asemeja en parte a un dominio desmembrado mediante el cual el dueño del suelo mantiene la libre disposición material y jurídica sobre la cosa sin perjuicio de los derechos acordados a favor del superficiario. No obstante, cabe considerar si la modalidad del *cohousing* es susceptible de ser regulada por medio de otras modalidades.

La respuesta es afirmativa. El derecho real de superficie no es una opción excluyente, sino una alternativa a lo que podría ser la utilización de otros derechos reales tales como el usufructo para emplazar esta clase de proyectos, en la medida que ambos habilitan el uso y goce de la propiedad durante la vida de la persona mayor de edad y le otorga facultades de administración y disposición como la posibilidad de transmitir el derecho por actos entre vivos o introducir mejoras al inmueble, mientras que el desarrollador inmobiliario mantiene la nuda propiedad sobre el inmueble. Sin embargo, como veremos a continuación su aplicación no es indistinta en cuanto ambas importan diferentes clases de beneficios.

6. Los derechos reales de superficie y el usufructo

Hacemos una especial consideración sobre este supuesto, porque la constitución de usufructo es una modalidad que actualmente se encuentra en uso en Argentina⁴⁰.

³⁹ 32 Jornada Notarial Argentina. CABA. 2016. Punto 3 del Tema IV.

⁴⁰ Israel, M. ob. Cit. “Hay lista de espera. Ganan adeptos los modelos de viviendas para mayores que priorizan los vínculos, el confort y el disfrute.” (nota 17)

Para comenzar, el destino principal del *cohousing* es proporcionar una vivienda comunitaria, un espacio para que la persona pueda desarrollar y llevar adelante su particular proyecto de vida que en parte es común con los demás cotitulares del derecho real atribuido, y recae en la disposición del inmueble afectado donde empiezan a importar los efectos jurídicos que se le otorguen. El titular del derecho siempre va a poder usar y gozar de la cosa, pero en una propiedad superficiaria con el objeto de construir, la persona puede introducir construcciones sobre un inmueble que pertenece a otro y otros e incluso alterar la sustancia de la cosa⁴¹, máxime haciendo uso de la extensión del terreno no afectado para realizar construcciones si es útil para su aprovechamiento. En pocas palabras, el superficiario tiene una disposición material más amplia que el derecho de usufructo puede otorgar.

Corolario a ello, la ley también otorga una mayor libertad en cuanto facultades jurídicas del superficiario: puede afectar a propiedad horizontal y transmitir las unidades funcionales sin consentimiento del dueño del suelo, puede constituir un derecho de usufructo, puede gravar la cosa; un abanico de posibilidades que puede otorgarse a una empresa constructora para ejecutar la obra o mismo a los futuros residentes del *cohousing* para realizar construcciones en su futuro hogar o comunidad tendientes a concretar el proyecto de vida en común y que por demás exceden las facultades del usufructuario.

En simultáneo, recordamos que el dueño del suelo tiene un dominio elástico: el derecho que adquiere el superficiario es temporario y destinado a extinguirse, mientras que el derecho del dueño del suelo es perpetuo y con proyección a expandirse y hacer suyo lo plantado, forestado o construido en estos complejos⁴²; por lo tanto, el nudo propietario puede tener especial consideración en atribuir este derecho en cuanto toda mejora que haga el superficiario o quien lo reemplace en su posición tendrá la finalidad inmediata de mejorar a las prestaciones para los habitantes del *cohousing* (en principio esta será función de los administradores que se designen y no del superficiario), y como finalidad mediata beneficiar al dueño del suelo al largo plazo. Además, la adquisición del derecho se hará en su aspecto más cotidiano en el marco de un contrato que estará regido por la autonomía de la voluntad de las partes, dentro del cual podrán pactar las condiciones que consideren

⁴¹ Artículo 2129. Código Civil y Comercial de la Nación: “[...] Hay alteración de la sustancia, si es una cosa, cuando se modifica su materia, forma o destino, y si se trata de un derecho, cuando se lo menoscaba”

⁴² Kiper, C. ob. Cit. “Tratado de Derechos Reales” (nota 22).

necesarias para el desenvolvimiento del emprendimiento y que deberán ser respetadas por quien se incorpore al contrato.

A pesar de las ventajas expuestas, sería ingenuo no mencionar que la afectación al derecho de superficie trae aparejada cargas onerosas que el derecho de usufructo no presenta, tal como la obligación de confeccionar croquis o planos para generar matrículas y partidas inmobiliarias independientes del inmueble de origen, un proceso de registración más complejo, o que la transmisión del derecho real de superficie en un eventual acto escriturario estaría gravada con impuestos que deberán ser retenidos al momento del otorgamiento.

No obstante, el desarrollador del *cohousing* deberá meritarse qué perspectiva tiene de ese emprendimiento, y si está dispuesto a incurrir en dichos gastos podrá brindar la posibilidad de dar un título de propiedad, un aspecto que nuestra sociedad da gran importancia – este representado en su versión analógica o digital – puesto que es un título a nombre propio y exclusivo a favor de una persona, y no un título ligado a la propiedad de otro titular como acaece con el usufructo. Además, el dueño del suelo podría trasladar los gastos que genere el impuesto inmobiliario al nuevo titular (superficiario) en relación a su respectiva partida. Sin duda, son supuestos que deberán ser atendidos en caso particular.

7. La superficie como modelo comercial y los fideicomisos de construcción

A primera vista nos encontramos ante dos institutos completamente diferentes, en la medida que una superficie implica incorporar al patrimonio, considerado un atributo de la personalidad, un derecho de contenido patrimonial, mientras que el fideicomiso implica romper ese nexo y generar un patrimonio de afectación sin la creación de una nueva persona, para que la disposición que se haga con esos bienes repercuta sobre los problemas personales del fiduciante.

No obstante, como hemos anticipado, existen modelos de *cohousing* basados en modelos especulativos⁴³, es decir, emprendimientos donde superficiante y superficiario son desarrolladores con miras a construir el complejo que luego será introducido en el mercado inmobiliario. En ese aspecto, la superficie emplazada bajo esa modalidad opera como una especie de fideicomiso destinado a la construcción,

⁴³ Mayra, A.V.G.; y otros, ob. Cit. “*Cohousing: una alternativa comunitaria a la propiedad privada*”. (nota 12)

es decir, como una herramienta financiera que permite al dueño del suelo poder explotar una propiedad en casos que el propietario careciera de capital o su inversión no resultare suficiente para desarrollar su industria. Se trata de un negocio base diferente al planteado hasta ahora en este trabajo.

Son similares en cuanto ambas figuras no crean una personalidad diferenciada (como sucede en la creación de sociedades) sino que se delega en otra persona o personas la disposición del inmueble con los distintos matices que estén contemplados en el contrato de constitución (por ejemplo, la limitación al fiduciario o superficiario de no disponer la cosa sin consentimiento del fiduciante o nudo propietario) y con la finalidad contractual expresa de construir, en nuestro caso, una edificación o complejo que operará como *cohousing*.

Además, evidenciamos en un aspecto preliminar que el cumplimiento del plazo o condición previsto produce la transmisión del bien afectado, pero la extensión y adjudicación de la plena propiedad tienen grandes diferencias: el fideicomiso no puede durar más de treinta años desde la celebración del contrato, excepto disposición legal en contrario; y la transmisión que se produzca por su cumplimiento operará a favor de los beneficiarios y fideicomisarios. En cambio, la superficie cuenta con plazos temporales más extensos, excepto pacto en contrario, que otorga una posesión prolongada al superficiario para que pueda desarrollar la obra. Ahora, no sería correcto hablar de una transmisión ya que el dueño del suelo como propietario de la cosa nunca se desprendió de su titularidad, por lo que sería correcto diferenciarlo en cuanto no hay una transmisión propiamente; pero a los efectos prácticos de esta comparación, podemos decir que operaría una suerte de adquisición de las construcciones que haya hecho el superficiario al extinguirse su derecho.

Por último, ambos se encuentran gravados (excepto la transmisión de dominio fiduciario al fiduciario) y requieren de su anotación en el Registro Público.

Las mayores diferencias entre la superficie y el fideicomiso se dan nuevamente en la ruptura en el axioma del patrimonio y en qué calidad será responsable el fiduciario y el superficiario. La superficie es un bien del patrimonio, no un patrimonio afectado a una finalidad específica. En ese sentido, el fiduciante puede tener especial interés en la creación de un patrimonio diferenciado no solo por su libertad para incorporar

nuevas partes al fideicomiso, sino también para contar con diferentes seguridades jurídicas en cuanto a las facultades y limitaciones que la ley impone al fiduciario, las cuales deben ser suplidas por una técnica contractual clara, precisa y expresa en el caso de la superficie.

Un gran interés del dueño del suelo puede ser qué tan libremente puede actuar la persona con la que contrata. El fiduciario no puede hacerlo libremente, en la medida que debe adecuarse a disposiciones legales y contractuales que no están contempladas en la superficie como, por ejemplo, la obligación de rendir cuentas⁴⁴, y habilita su solicitud tanto para fiduciantes como beneficiarios y fideicomisarios; máxime que el fiduciario no puede ser dispensado de esta obligación en el contrato.

Por otro lado, nos encontramos con ventajas que trascienden a la ley de fondo y aseguran un giro comercial más sencillo y célere en relación a determinados trámites. Por ejemplo, la superficie no genera la obligación de tramitar una CUIT ante la AFIP como en el caso de los fideicomisos, condición que facilita su emplazamiento y registración en el Registro de la Propiedad Inmueble.

8. Instrumentación del *cohousing* a través del derecho real de superficie

Habiendo analizado los elementos básicos del derecho real de superficie, las facultades de las partes y la comparación con otras herramientas jurídicas, adelantando entre tanto una manera de emplazar este derecho en la escribanía.

En el notariado latino, el escribano público cumple una función importante en la medida que no es un mero certificante o relator de la voluntad de los contratantes, si no que se trata de un técnico legal que asesorará e intervendrá en múltiples aspectos de las negociaciones entre las partes. Su función y finalidad es revestir al acto de la confianza necesaria para garantizar la seguridad jurídica en nuestra sociedad.

En ese sentido el escribano resulta un agente para dotar de plena eficacia y validez al acto jurídico, que deberá respetar y resguardar la protección de los principios que garantizan la dignidad y capacidad de la persona mayor a lo largo de su actuación, que han sido receptados en nuestro ordenamiento jurídico⁴⁵. Esto resulta de especial

⁴⁴ Artículo 1675. Código Civil y Comercial.

⁴⁵ Artículo 31, inciso a. Código Civil y Comercial; y la Convención Interamericana Sobre La Protección De Los Derechos Humanos De Las Personas Mayores, aprobada mediante Ley 27.360.

importancia en el contexto donde nos encontramos con más requirentes de avanzada edad con las dificultades que trae aparejada la longevidad, las cuales no deben tener para nosotros ningún tipo de incidencia sobre el juicio de capacidad y cuyo análisis deberá realizarse con la rigurosidad que ordena nuestro plexo constitucional.

En el marco del *cohousing*, los emprendimientos inmobiliarios que se adaptaran a las necesidades de los adultos mayores, podrá recurrirse al derecho real de superficie como un medio para titularizar a favor del adulto mayor, utilizando la temporalidad del derecho como elemento clave para la reducción en el costo de la inversión.

La superficie adoptará la forma de un contrato bilateral, formal y solemne, entre toda persona física o jurídica con capacidad suficiente para celebrar el acto; y la forma será la escritura pública, en la medida que se trata de un contrato que tiene por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles⁴⁶, bienes que en el *cohousing* se encuentran representados en los lotes o edificaciones construidas de la manera que hoy concebimos como la propiedad horizontal o los conjuntos inmobiliarios. Sin embargo, ello no obsta a la celebración de contratos preparatorios por instrumentos privados donde la adquisición del derecho y eficacia estará supeditado al otorgamiento del instrumento público.

Por un lado, deberá comparecer al acto el propietario del bien afectado, es decir, el desarrollador inmobiliario, y por otro el adulto mayor que adquirirá el derecho real de superficie con miras a la construcción a título oneroso. La aplicación de esta modalidad permitirá la transmisión de una propiedad (superficial) que tendrá un costo menor en comparación a la adquisición de un dominio pleno. Recordamos que la implementación de la superficie significa la optimización en el corto plazo en las condiciones a la accesibilidad social a la vivienda como consecuencia de no incluir el costo del suelo entre los componentes del precio⁴⁷.

Esta modalidad asegura la obtención de una vivienda donde se le otorga a un sector vulnerable de nuestra sociedad facultades para que pueda usar y gozar de las cosas propias y comunes a cambio de una contraprestación onerosa, que será un pago en

⁴⁶ Artículo 1017, inciso a. Código Civil y Comercial de la Nación.

⁴⁷ Gallo, V. A.; Lamothe, H. L. “*Extinción del Derecho Real de Superficie*”. Ponencia presentada en las “XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil”. Bahía Blanca, Argentina. 2015. Comisión número 11 - Derecho Romano.

dinero o especie y las eventuales expensas previstas en los reglamentos internos. Nuevamente, consideramos que el mantenimiento edilicio lo deberá llevar adelante el desarrollador por sí o por medio de terceros que administren y mantengan el complejo, pero no obsta a que la persona mayor de edad pueda hacer construcciones (por ejemplo, elevar una o más plantas o construir un balcón) por contar con esta posibilidad en la medida que no esté prohibido por la ley o acuerdo entre partes.

La cláusula determinante del contrato es la fijación del plazo a la vida del superficiario, de manera que permita el libre aprovechamiento del inmueble del adulto mayor durante su vida, y al producirse su fallecimiento, se evita la transmisión *mortis causa* que admite de manera supletoria nuestro ordenamiento. El establecimiento de la condición resolutoria implica que el bien no pasará por un juicio sucesorio y el derecho se extinguirá al producirse el hecho⁴⁸, permitiendo que el bien vuelva al poder del nudo propietario y el mismo pueda mantener el inmueble dentro del comercio en miras de favorecer a otra persona que busque las comodidades que ofrece el *cohousing*.

No será extraño que se generen copropiedades entre los integrantes de un matrimonio o unión convivencial, supuesto donde el plazo del derecho real será el del que fallezca en último término, y entre ellos deberán prever dos legados de ese derecho real de superficie a favor del otro, para permitir la vivienda del supérstite.

Por último, el escribano deberá retener los impuestos que correspondan al momento de autorizar la escritura pública o asesorar a las partes a que así lo hagan, en caso de que el contrato preparatorio genere el hecho imponible⁴⁹.

9. Conclusiones

A modo de conclusión, destacamos el derecho real de superficie como un mecanismo útil para incorporar en la planificación familiar y sucesoria, entendiendo a la temporalidad del derecho como una ventaja que permite al superficiario disfrutar

⁴⁸ Art. 5. DTR 1/2016. Registro de la Propiedad Inmueble, Provincia de Neuquen.

⁴⁹ Entendemos que este tipo de transmisiones se encuentran gravadas por el Impuesto a las Ganancias, en la medida que el hecho imponible recae sobre la transmisión de la propiedad superficiaria entendida como una actividad habitual que desarrollaría el propietario del inmueble afectado (Art. 2. Ley 20.628).

del derecho durante su vida, con la posibilidad de realizar una inversión menor en comparación con un derecho perpetuo.

La sujeción del plazo a la vida del superficiario permite, asimismo, la posibilidad de una rápida reincorporación del bien al comercio, sin mayores gastos. De esta manera, se genera la alternativa de viviendas con menores costos operativos asociados, permitiendo al adulto mayor una mayor libertad para adquirir una propiedad.

Como mencionamos al principio de este trabajo, la economía plateada se encuentra en auge en todo el mundo, por lo que es natural que nos encontremos cada vez más seguido con este tipo de consultas. La sociedad del futuro valorará cada vez más el acceso a una vivienda económica que además cuenta con espacios verdes, servicios médicos, y prestaciones comunitarias, razón por la que debemos estar preparados para asesorar y dar la contención necesaria a nuestros requirentes en ese momento.

El *cohousing* es hoy un fenómeno maleable del ámbito económico, y nuestra labor como técnicos legales es darle un encuadramiento jurídico. Con la alternativa que ofrece el derecho real de superficie, tenemos una herramienta adicional para asesorar a los requirentes sobre las ventajas y características de este derecho que les permite cumplir con las finalidades que persiguen y obtener un título que sea propio.

Ponencias

- 1) El derecho real de superficie sobre construcciones de inmuebles destinados a viviendas múltiples integradas entre sí, se presenta como una alternativa jurídica idónea para la titularización en los contratos vinculados con la protección de la vida digna de adultos mayores, al otorgarles un derecho temporal a la cosa ajena y a la vez de propiedad superficiaria, con la consecuente menor inversión económica que la adquisición del dominio pleno.
- 2) La propiedad superficiaria de unidades privativas de inmuebles afectados a propiedad horizontal o conjuntos inmobiliarios o de partes materiales de un inmueble, permite el desarrollo de emprendimientos comerciales, asociativos o mutualista en el marco del concepto económico de *cohousing* o *senior living*, mediante la prestación de servicios adicionales del bien o bienes de propiedad superficiaria orientados al desarrollo digno en esta etapa de la vida de la persona humana, en directa relación social con otros habitantes con similar proyecto de vida (esparcimiento, recreación, atención de salud primaria, pautas arquitectónicas y de convivencia, etc.), y bajo una administración especializada a estas prestaciones adicionales esenciales para el contrato previsional, ya sea mediante un sistema de autogestión o delegada a terceros.
- 3) El titular del derecho real de superficie puede adquirir por acuerdo de partes un derecho temporal por lo que dure su vida, permitiéndole gozar de la última etapa de su existencia a menores costos y dentro de un marco social adaptado a sus necesidades psicofísicas, donde no quede aislado o apartado de la sociedad, y previniendo la generación de cargas sucesorias al acaecer su fallecimiento por supeditar su derecho a una condición resolutoria.
- 4) El titular del derecho real de conjunto inmobiliario, en tanto lo es de una propiedad horizontal especial, debe interpretarse que está legitimado para constituir derecho real superficie, y comprendido en la expresión titular de propiedad horizontal del artículo 2118 del Código Civil y Comercial de la Nación.

5) La transmisión del derecho real por parte del superficiario se puede hacer por actos entre vivos o vía testamentaria en la medida que la ley no prohíbe esta posibilidad y no mediare pacto en contrario de las partes en el contrato marco.

BIBLIOGRAFÍA

- *VI Congreso Internacional de Derecho Registral* en Madrid, España, de 1984.
- *X Jornada Nacional de Derecho Civil* celebrada en la Ciudad de Corrientes, Argentina, de 1985.
- *XXV Jornadas Nacionales del Derecho Civil*. Bahía Blanca, Argentina. 2015. Conclusiones comisión número 11 - Derecho Romano.
- 32 Jornada Notarial Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2016. Tema IV.
- *40 Jornada Notarial Bonaerense*. Necochea. 2017. Tema 1, despacho 7.2.
- Abreut de Begher, L.: “*Comentarios sobre el derecho real de superficie*”. SAIJ. Id SAIJ: NV9229. 14/10/2014. Última fecha de consulta: 17/10/2023. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/comentarios-sobre-derecho-real-superficie-aborda-diferentes-enfoques-sobre-derecho-real-superficie-codigo-civil-nv9229-2014-10-14/123456789-0abc-d92-29ti-lpssedadevon?&o=2080&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%E1tica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=9128>.
- Banco Mundial
- Borka, N. y otros. “*Herramientas notariales para la protección de los colectivos vulnerables*”. Revista Notarial número 994 del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. 2022. Última fecha de consulta: 1/10/2023. Disponible en: <https://www.colescba.org.ar/portal/?revista=herramientas-notariales-para-la-proteccion-de-los-colectivos-vulnerables>
- Cain, S.L. “*Cohousing communities: What they are and what to consider*”. 27/09/2022. Bankrate – Bienes Raíces. Última fecha de consulta: 8/10/2023: <https://www.bankrate.com/real-estate/cohousing/#cost>.
- CENSO año 2022. Republica Argentina.
- Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Sancionada el 1/10/2014. Promulgada el 7/10/2014.

- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEALC), “*Ageing in Latin American and the Caribbean. Inclusion and rights of older persons. Report of Latin American and the Caribbean for the fourth review and appraisal of the Madrid International Plan of Action on Ageing*”. Publicación de las Naciones Unidas, Santiago. 2022. Disponible en: <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/703b8179-ba9d-4838-8ec1-61405dbcbd18/content>.
- Comisión Europea. Reporte: “*Silver Economy Study: How to stimulate the economy by hundreds of millions of Euros per year*”. 3/8/2018. Unión Europea. Biblioteca de la Comisión Europea. Última fecha de consulta: 8/10/2023: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/silver-economy-study-how-stimulate-economy-hundreds-millions-euros-year>
- Comisión Europea. “*The Silver Economy*”. Reporte preparado para la Comisión Europea por Technopolis Group y Oxford Economics. 2018. Unión Europea. Nota 2. Última fecha de consulta: 8/10/2023: http://publications.europa.eu/resource/cellar/2dca9276-3ec5-11e8-b5fe-01aa75ed71a1.0002.01/DOC_1
- Constitucional Nacional de la República Argentina. Ley 24.430. Sancionada el 15/12/1994. Promulgada el 3/1/1995.
- Convención Interamericana Sobre La Protección De Los Derechos Humanos De Las Personas Mayores. Ley 27.360. Sancionada el 9/5/2017. Promulgada el 31/5/2017.
- Daly, M. “*Practicing sustainability: Lessons from a sustainable cohousing community*”. Enero, 2015. Última fecha de consulta: 8/10/2023. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/301543817_Practicing_sustainability_Lessons_from_a_sustainable_cohousing_community#pf3.
- Dodda, Z. A. “*Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*”, en Clusellas, E. G. (dir.), Editorial Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015. Tomo 7, primera edición. P. 284.
- INDEC. Estimaciones y proyecciones de población. Total del país. 2010-2040. (<https://www.indec.gov.ar/indec/web/Nivel4-Tema-2-24-84>).
- Israel, M. “*Hay lista de espera. Ganan adeptos los modelos de viviendas para mayores que priorizan los vínculos, el confort y el disfrute.*”. Diario La Nación.

20/11/2022. Última fecha de consulta: 30/9/2023. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/hay-lista-de-espera-ganan-adeptos-los-modelos-de-viviendas-para-mayores-que-priorizan-los-vinculos-nid20112022/>.

- Gallo, V. A.; y otro. “*Extinción del Derecho Real de Superficie*”. Ponencia presentada en las “XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil”. Bahía Blanca, Argentina. 2015. Comisión número 11 - Derecho Romano.
- Kiper, C. “*Tratado de Derechos Reales*”. Editorial Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2017. Tomo II. Segunda edición revisada.
- Kiper, C. “*Manual de Derechos Reales*”. Santa Fe. Editorial Rubinzal-Culzoni. 2018. Segunda edición revisada.
- Ley 20.628. Sancionada el 27 de diciembre de 1973. Promulgada el 29 de diciembre de 1973.
- Ley 27.700. Sancionada el 9/11/2022. Promulgada el 30/11/2022.
- Mariani de Vidal, “*Derecho real de superficie forestal. Ley 25.509*”. LL, 2002. F-1415.
- Mayra, A.V.G.; y otros, “*Cohousing: una alternativa comunitaria a la propiedad privada*”. 15/12/2018. Cuadernos Latinoamericanos de Administración. Volumen 14 (27). Disponible en: <https://revistas.unbosque.edu.co/index.php/cuaderlam/article/view/2653>
- Mccamant, K. M.; y otros. “*Cohousing: A Contemporary Approach to Housing Ourselves*”. Editorial Ten Speed Press. Estados Unidos de América. 1994. Edición segunda.
- Ministerio de Desarrollo Territorial y Hábitat de la Nación. República Argentina; 2021 – “*Programa Casa Activa*” Subprograma en desarrollo con PAMI en 23 provincias y 40 municipios de Buenos Aires. Última fecha de consulta: 4/10/2023. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/habitat/casapropia/casa-activa>.
- “*M. M. C. c/ Antasel SRL s/ nulidad c. Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Bs. As. Expte. 1100/ 16 y otro s/ recurso directo a cámara*” Expte. 1100/16 y otro s/ recurso directo a cámara. Fecha: 12/07/2018.

- Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Disposición Técnico Registral 15/2016
- Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires. Disposición Técnico Registral 26/2016.
- Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Neuquén. Disposición Técnico Registral 1/2016.
- Ulpiano. “*Digesto*”. Libro 50, 17, 54.
- Vidalinda – El Cohousing ubicado en el barrio de Belgrano. Pagina web: <https://vidalinda.com.ar/>
- Vélez Sarsfield, D. “*Código Civil*”. Ley 340 (derogada)