

“CONSTITUCIÓN DEL DERECHO REAL DE USUFRUCTO POR EL SUPERFICIARIO”

Autor: Jorge Raúl CAUSSE*

Resumen:

- A.) El superficiario no está limitado a constituir derechos reales de garantía (Art. 2120 CCCN), tornándose opinable que pueda otorgar el de anticresis cuando no existe propiedad superficiaria..*
- B.) El superficiario está legitimado para constituir derecho real de usufructo sobre la propiedad superficiaria (Art. 2131 CCCN). Esto es una, excepción a lo que dispone el Art. 2120.*
- C.) La constitución de usufructo por el titular del derecho real de superficie sin que exista propiedad superficiaria, debería calificarse como transmisión del derecho conforme lo previsto en la primera parte del Art. 2123 CCCN.*
- D.) El Art. 2134 CCCN no contempla el supuesto en que el derecho real de usufructo lo constituya un superficiario, lo que se cobijaría en el tono potencial del texto de la norma.*

1. Introducción:

Nos referimos, sucesivamente, a la primera parte del artículo 2120: **“Facultades del superficiario: El titular del derecho de superficie está facultado para constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria, limitados, en ambos casos, al plazo de duración del derecho de superficie. (...).”**; y al artículo 2131: **“Legitimación: Sólo están legitimados para constituir usufructo el dueño, el titular de un derecho de propiedad horizontal, el superficiario y los comuneros del objeto sobre el que puede recaer.”**

2. Consideraciones preliminares.

El examen de la legitimación que el artículo 2131 le confiere al superficiario facultándolo a constituir el derecho real de usufructo, servirá para establecer, por un lado, el alcance de la limitación contenida en el Art. 2120 y por otro fijar las circunstancias y condiciones en la que se debe encontrar el superficiario para constituirlo.

Para estos fines hacemos pie en los objetos sobre los que se puede constituir el usufructo, abarcando la totalidad o una parte indivisa de los que menciona el Art. 2130

* Docente en el “Seminario IV Derechos Reales” del “Doctorado en Derecho en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales.”

interesando solamente los dos primeros: *a.) una cosa no fungible (Ver Art. 232 a contrario); y b.) un derecho en los casos en que la ley lo prevea.* En lo que respecta al objeto del derecho de superficie *el Art. 2114 lo ciñe a una cosa inmueble sobre la que el superficiario tiene la facultad de usar, gozar y disponer del derecho de plantar, forestar o construir o sobre lo plantado, forestado o construido en el suelo, el vuelo o el subsuelo.*

Se debe tener en cuenta, además, que la legitimación que confiere el Art. 2131 abarca al titular de un derecho de propiedad horizontal, situación comprendida en el Art. 2116 referida al supuesto en que se constituya el derecho de superficie sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen horizontal.

El corolario en este juego de objetos y sujetos conlleva establecer, a priori, que el superficiario tiene legitimación para constituir el derecho real de usufructo sobre el ***derecho de superficie que se le haya conferido*** a los efectos de alcanzar cualquiera de los objetivos previstos (plantar, forestar o construir), o sobre la propiedad superficiaria que podrá estar afectada al régimen horizontal (Título V del Libro Cuarto) o afectar a ese régimen lo que aquél haya construido.

Desde esta perspectiva se puede afirmar que si bien una primera lectura de lo que establece el Art. 2120 admite calificar su contenido como una limitación, la legitimación que el Art. 2131 le otorga al superficiario puede ser considerada como una excepción a lo que dispone el mentado 2120.

Si en el criterio del legislador hubiera estado presente facultar al superficiario a constituir, además, los derechos reales de usufructo, uso o habitación, hubiera sido otra la redacción del artículo 2120, que sólo lo legitima para constituir los derechos reales de garantía: hipoteca y anticresis. Este último en razón de que en el Art. 2213 se incluye entre los legitimados para constituirlo al superficiario, ello así debido a la innovación que introduce el CCCN en orden a que los ***derechos*** pueden ser objeto de gravamen. La apertura que se concreta en el CCCN¹ no permite conjugar el ejercicio del ***derecho*** que se le confiere al superficiario con los que se le conceden al acreedor anticresista, que recibe la posesión del inmueble y se lo autoriza a percibir los frutos para aplicarlos a una deuda. El contraste se evidencia al advertir que, cuando el superficiario es titular ***del derecho de plantar, forestar o construir***, ingresa en una etapa previa a la generación de la propiedad superficiaria que dificulta concebir que el acreedor anticresista, en cuyo favor se constituya este derecho de garantía, perciba frutos inexistentes.

3. Sobre las limitaciones y el orden de su aplicación.

Desde la visión que dejamos expuesta es forzado razonar que en la etapa previa a la generación de la propiedad superficiaria, esto es cuando se le confiere el ***derecho al superficiario***, existe una similitud tal con el derecho real de usufructo que por ello, precisamente, el Art. 2127 declara aplicables supletoriamente las normas de este último.²

¹ Se lee en los fundamentos: “ (...) *Se innova respecto del Código Civil actual en el que la temática se circunscribe a las cosas, por lo cual se encuentra ubicada en el Libro de los derechos reales, como elemento del derecho real y no de todo derecho como lo es en realidad, más aun cuando este Anteproyecto no trata sólo de las cosas sino de los bienes de percepción y cunido más amplio, que excede largamente el criterio patrimonialista.*”

² GURFINKEL de WENDY Lilian, en “**CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO**”. Dir. Rivera Coord. Medina. Tomo V Arts. 1763/2276, ps. 699 y 708. Ed. FEDYE.

En realidad esta norma predica algo distinto, menos abarcativo, que torna opinable la sugerida aplicación, porque en su texto se lee que *“Son de aplicación supletoria las normas relativas a las limitaciones del uso y goce en el derecho de usufructo, sin perjuicio de lo que las partes hayan pactado al respecto en el acto constitutivo.”*

Dentro de esas limitaciones la primera que se debe observar es la del Art. 2129 **NO ALTERAR LA SUSTANCIA DEL BIEN AJENO** sobre el que se constituye el derecho la que consiste, *“(…) si es una cosa, cuando se modifica su materia, forma o destino y si se trata de un derecho, cuando se lo menoscaba.”*

De manera que, al tiempo de constituirse el derecho de superficie sin que exista propiedad superficiaria, es imposible atribuirle similitud alguna con el de usufructo, porque el despliegue de la actividad que pondrá en ejercicio el superficiario para alcanzar los objetos previstos (plantación, forestación o construcción), provocará alteraciones significativas en el inmueble ajeno que le sirve de sustento físico para llevar a cabo las operaciones necesarias.

Nos referimos puntualmente a toda la referida actividad preparatoria sobre el suelo, tanto para contener las construcciones que se edifiquen como para que fructifiquen las plantas que se siembren o las masas arbóreas que se implanten.

Está claro que, hasta principiar las tareas conducentes a lograr la propiedad superficiaria, es ilusoria la efectiva aplicación de limitaciones extrañas a las del derecho de superficie. Si el superficiario incursionara en actividades extrañas respecto del objetivo final que debe alcanzar, supuesto en el que serán de aplicación las estipulaciones limitativas que las partes hayan previsto al constituirse el derecho a favor de este último. Es ostensible la prioridad de las limitaciones concernientes al ejercicio del derecho de superficie lo que, razonablemente, estará pactado en el acto constitutivo (doct. Art. 2717 in fine).

Apreciamos que en el caso de encararse la constitución del derecho real de usufructo por un superficiario a quien se le otorgó el derecho de superficie para alcanzar alguno de los objetivos previstos en el Art. 2114, el acto jurídico deberá calificarse como transmisión del derecho en los términos previstos en la primera parte del Art. 2123 descartándose virtualidad legal alguna a la pretendida constitución del usufructo.

Puestos a determinar si existen diferencias, en orden a la constitución del derecho real de usufructo por el superficiario, entre el supuesto que se examinó (atribución del derecho) y el caso en que la constitución del derecho de superficie se otorgara sobre plantaciones, forestaciones o construcciones existentes o que las haya producido el superficiario en el inmueble (aludiendo a las dos modalidades que admite el Art. 2115), por tratarse de casos en los que lo existente o producido le pertenecen al superficiario, el usufructuario podrá ejercer las facultades de usar, gozar y disponer jurídicamente de tales objetos, observando la limitación temporal que tipifica al derecho de superficie y obliga a la devolución del inmueble que constituyó su elemento esencial.

En definitiva, las aproximaciones o similitudes que se proponen no son estrictamente sustentables; del mismo modo que el esfuerzo por enrolar -con excesivo rigor- al derecho de superficie en la órbita de los derechos reales desmembrados con la finalidad de sostener que se le aplican a aquel las limitaciones que padecen estos últimos.

Sin negar que la constitución del derecho de superficie provoca una desmembración en el dominio del titular del inmueble, ni caer en la arbitrariedad de rechazar la aplicación de lo que dispone el Art. 2127, advertimos que es la medida de la supletoriedad que está en su texto la que debe ajustarse o adecuarse a las limitaciones que se le hayan impuesto

al superficiario. Le asignamos a estas últimas un protagonismo a tal punto decisivo que las pertinentes del derecho real de usufructo padecen una sensible pérdida de relevancia.

Se trata de las establecidas en el acto constitutivo, cuya determinación es esencial en función del objetivo que persiga y porque prevalecen sobre cualquier otra que se pretenda aplicar. La imprevisión o imprecisión en la conveniente y necesaria determinación será el motivo que permitirá apelar a la aplicación supletoria prevista en el mencionado Art. 2127, lo que deberá ocurrir sin desvirtuar el derecho de superficie constituido, recordando que la principal y más comprometida limitación del derecho real de usufructo es la mencionada no alteración de la sustancia.

4. Los objetos que se pueden afectar con el derecho real de superficie.

Para la individualización de estos objetos partimos de lo que establece el Art. 2114, continente del concepto del derecho real de superficie que puede ser examinado de manera secuencial.³ En efecto, además de la calificación de temporario, aplicable a todos los supuestos que se aceptan: en un primer plano admite la constitución del derecho teniendo como objeto el inmueble de otro, generándolo sobre cosa ajena y, en un segundo plano, cuando la propiedad superficiaria haya sido producida por el superficiario, asistimos a un derecho real sobre cosa propia. Esa propiedad superficiaria puede preexistir a la constitución del derecho de superficie y ser su objeto.⁴ En el concepto del Art. 2114, y esto lo confirma el artículo siguiente, se admite que el derecho de superficie se constituya sobre plantaciones, forestaciones y construcciones que ya existen en el predio y que, con arreglo a la parte final del segundo párrafo del Art. 2115, le sean atribuidas en propiedad al superficiario.

La redacción dada al Art. 2114 nos aproxima al concepto legal del derecho español, contenido en el artículo 40.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008 (TRLRSL 2008) en el que se dispone que *“El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo”*

Encontramos evidentes similitudes entre ambos conceptos del derecho real de superficie dejando a salvo que en el del decreto español no se contempla la facultad de plantar. Respecto de esta ausencia Cossari señala con acierto, citando a Bianca, que la *“inclusión de las plantaciones, cada vez más frecuente, puede considerarse, en consecuencia, una tendencia firmemente arraigada en el derecho moderno.”* Con este miraje menciona lo previsto en el Art. 1524 del Código Portugués; en el Libro cinco,

³ Apelamos a la terminología empleada en los “Fundamentos del Proyecto de Código Civil” elaborado por la Comisión de Juristas designada por Decreto del PEN n° 685/95, por considerarla adecuada para la ejemplificación secuencial que proponemos.

⁴ A la división en planos también se refiere COSSARI, Nelson G. A. en su aporte publicado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, bajo el título **“EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE: LAS REGULACIONES LEGALES DEL SIGLO XXI EN CATALUÑA, BRASIL Y ARGENTINA.”**

artículo 101 apartado 1 del Código patrimonial Neerlandés; y, en igual sentido, los artículos 1115 y 1116 del Código Civil de Québec.”⁵

Con la perspectiva que dejamos planteada sobre la identidad entre ambos conceptos legales del derecho real de superficie, se destacan algunos de sus aspectos en los que coinciden: el efecto de desmembramiento del dominio del titular del inmueble –no obstante la calificación de carga o gravamen legal que le atribuye el Art. 1888 del Código Civil y Comercial de la Nación-⁶, porque se le asigna al superficiario una propiedad separada de la de aquel titular, aun cuando sujeta a un tiempo de vigencia, por las variedades de objetivos que el superficiario puede llevar a cabo haciéndose propietario de lo que haya producido o adquirir lo que ya está sobre el predio.

Las aptitudes modales que asumen ambos regímenes legales torna posible que se incluyan objetivos con importante valor agregado y de particular significación económica, no tradicionales en el ámbito local, entre los que se podrían citar, por caso, el emplazamiento de parques de producción de energía eólica o de centrales eléctricas. Se agregan a los mencionados: la posibilidad de gravar el derecho de superficie en cualquiera de sus modalidades, la de afectar al régimen horizontal las construcciones llevadas a cabo, con separación del suelo y la de disponer o gravar las unidades funcionales que compongan lo edificado sin consentimiento del propietario del suelo.

Finalmente y con arreglo a lo que disponen el Art. 2119 del CCCN y el Art. 40.3 del Texto Refundido de la Ley de Suelo 2008 (TRLS 2008), la adquisición del derecho se podrá producir mediante su constitución a título oneroso o gratuito, lo que posibilita que las partes puedan pactar, en el caso que el derecho de superficie se transfiera a título oneroso, diferentes fórmulas de amortización del precio convenido, tal por ejemplo: a través del pago de sumas periódicas por tiempo determinado o mediante la compensación con entrega en propiedad al dueño del suelo de lo que el superficiario haya producido en él.

Con el respaldo de las reflexiones precedentes confirmamos que los objetos que sustentan el derecho real de superficie son: el terreno ajeno –suelo o rasante, el que permitirá que se desarrolle una entidad con vida propia: la propiedad superficiaria, el segundo de los objetos. Es dable esperar que la nueva estructura dada por el CCCN a este derecho se despliegue penetrando convenientemente en la iniciativa privada contando para ello, de ser necesario, con un adecuado tratamiento tanto administrativo como tributario.

5. La limitación de no alterar la sustancia en el derecho real de usufructo⁷. Su alcance respecto a la facultad del superficiario de constituir este derecho. las repercusiones en cuanto al usufructuario.

Desde el CCCN, a partir el 1º de agosto, se instaló en nuestro derecho una concepción del derecho real de usufructo que difiere en su contenido con respecto a lo que establecía el Art. 2807 del Código Velezano. En efecto, siguiendo lo previsto en el Art.

⁵ Op y loc cit en nota anterior.

⁶ Cuestión que continúa opinable: v. GURFINKEL de WENDY, Lilian, ob cit en nota 1, pág. 224, donde se lee este texto: “*Las cargas reales son los derechos reales sobre cosa ajena, vistos desde el lado de quien los soporta, esto es: el nudo propietario en el caso del usufructo, uso, habitación y servidumbres y el titular de dominio en el caso de los derechos reales de garantía (hipoteca, prenda y anticresis).*”

⁷ La fuente en la que apoyamos la redacción de esta parte de nuestro ensayo es la obra de Guillermo L. ALLENDE. “Derechos reales. TRATADO DE LAS SERVIDUMBRES”, pág. 67 y ss., Abeledo – Perrot. B. A. 1963

2031 del Proyecto 98⁸, en el Art. 2129 se agrega, a la facultad de usar y gozar, la de disponer jurídicamente de un bien ajeno y, en cuanto a la limitación de no alterar la sustancia, la determinación de cuándo va a ocurrir estableciendo que, si es una cosa, lo será al modificarse su materia, forma o destino y si es un derecho cuando se lo menoscaba.

La facultad de disponer jurídicamente del bien ajeno que se establece en el concepto legal de este derecho, tiene que ser comprendida dentro de la amplitud de su contenido, dado que puede servirse del bien ajeno obteniendo todos los frutos que pueda producir, pero no podrá enajenarlo. Su conservación está ínsita en las obligaciones del usufructuario para que se la restituya al nudo propietario cuando se extinga su derecho.

Como lo sostiene la doctrina⁹ el principio de conservación de la sustancia y la fórmula que lo contiene nos viene intocado desde el derecho romano, presuntamente instaurado por Paulo porque existen vestigios indicativos en el Digesto. La lectura final de los textos contenidos en la Instituta dejó en claro que no condicionaba la vigencia del usufructo a la subsistencia de la cosa, sino que este derecho está condenado a extinguirse si desaparece el que es su objeto.

El Dr. Guillermo L. Allende, en su repaso de la suerte corrida por el “*salva rerum substantia*” en la codificación, recuerda al Código Francés en el que, estableciendo que el mantenimiento de la sustancia es un cargo para el usufructuario, mantiene la fórmula del derecho romano; menciona a Freitas que lo establece respecto del usufructo perfecto; alude al Código de Chile el que distingue según la cosa que se faculta gozar, porque si no es fungible el usufructuario debe conservar su forma y sustancia, en tanto que, si lo es, el cargo consiste en devolver igual cantidad y calidad del mismo género o de pagar su valor y, finalmente, advierte que el Codificador mencionó entre sus fuentes al Código de Luisiana pero no siguió su texto en el que se admite que el usufructuario obtenga de la cosa –que le pertenece a un tercero- todo el provecho, utilidad y beneficio que pueda producir sin alterar su sustancia, siendo que esto último sólo tiene lugar en caso de usufructo perfecto. Luego, calificando con reservas la definición del Art. 2807 por no haberlo referido al usufructo perfecto, al que considera verdadero, remite al texto de su segundo y tercer párrafo de la nota (con reproducción de las palabras de Charles Demolombe en el tomo X de su Curso del Código Napoleón).¹⁰

Examinando las expresiones de la nota y las del propio autor francés nuestro jurista señala que la frase “(...) *no debe traer el consumo inmediato de ella*” tiene que ser comprendida dentro del contexto legal del derecho real de usufructo porque “(...) *al menos en principio, no debe ocasionar nunca el consumo de la cosa.*” No obstante, el deterioro gradual está previsto en el Art. 2872 del Código Velezano, situación que no aparece contemplada en el CCCN porque elimina el cuasiusufructo. Si, además, la destrucción de la cosa no está prevista entre los medios especiales del Art. 2152 del CCCN, el usufructo que el superficiario está legitimado a constituir, coloca al usufructuario en la obligación de devolver la misma cosa con el agravante que, de haberse excedido en el uso o de comprobarse judicialmente que la sustancia ha sido alterada, podría estar incurso en el supuesto de extinción especial previsto en el inciso d) del Art. 2152 del CCCN.

⁸ Nos referimos al que redactó la Comisión de Juristas designada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional n° 685/95

⁹ BRAIDOT, Eliana Verónica en “*CÓDIGO CIVIL COMENTADO*” Dir. Rivera-Medina, Tomo V, pág. 713. Edit FEDYE. La Ley B. A. 2014

¹⁰ Op cit en nota 6 pág. 72/3.

Esta situación nos remite al objetivo que debe perseguir el superficiario (plantar, forestar o construir), el que consideramos esencial para conocer o establecer cuáles podrían ser las conductas posibles del usufructuario en ejercicio de su derecho, las que se tendrán en cuenta para fijarle a este último las limitaciones necesarias y, de pronto, lograr un perfil posible para la constitución de usufructo por el superficiario. Para este propósito nos posicionamos en un acto constitutivo del derecho de superficie y, desde su contenido, individualizamos el objeto, su pertenencia y el destino al que se lo aplicará. Esta verificación y desde los rasgos que caracterizan el principio de preservación de la sustancia: “la materia” “forma del objeto” y “el destino”, se podrá determinar si es procedente o no el acto constitutivo que nos ocupa.

En el derecho de superficie hay un objeto primario: “el inmueble”, porción de territorio que se afecta con este derecho, que le pertenece a un tercero y sobre cuya rasante, vuelo o subsuelo el superficiario desarrollará la actividad que le permita alcanzar el destino previsto al constituirse su derecho. Este derecho, que podrá gravar con alguno de los de garantía, habilita a su titular a constituir el de usufructo por lo que prescribe el inciso b) del Art. 2130 y por la legitimación conferida por el Art. 2131.¹¹

Bajo estas condiciones legales, la constitución del derecho real de usufructo por el superficiario implica -además del cumplimiento de lo articulado sobre el inventario (2137) y sobre la garantía suficiente (2139) sin descuidar lo previsto en el Art. 2138 sobre el inventario presunto-, que el acto sea calificado como transferencia de su derecho por el superficiario habilitada por el Art. 2123. En los casos en que sea admisible la constitución del derecho real de usufructo se deberán considerar las disposiciones de Art. 2141, a fin de establecer lo que le puede pertenecer al usufructuario calificando, a tales efectos, el alcance que se le haya atribuido al superficiario cuando se le confirió el derecho.

Esta transmisión, onerosa o gratuita según lo hayan convenido las partes, coloca al usufructuario en la obligación ineludible de ajustarse a los términos establecidos al constituirse el derecho real de superficie (verificarlo con el Concepto del Art. 2114), esto así por lo que prevé el aludido Art. 2123 al disponer que la transmisión del derecho comprende las obligaciones del superficiario.

Si el usufructuario produjera mejoras en el inmueble sobre el que ejerce su derecho (que le pertenecerían al superficiario como cosa propia si él las hubiere generado), también le

¹¹ Se le deben reconocer al derecho real de superficie estructurado por el CCCN matices que la doctrina enfoca con diferentes ópticas. Messineo (citado por Cossari en op y loc de nota 3) refiriéndose a la facultad de edificar que se le confiere al superficiario separa el poder del que éste goza (prácticamente sin incidencia específica en el esquema de este derecho real), de la obra que finalmente llevará a cabo, elemento que constituye la propiedad superficiaria. En esta línea de pensamiento se enrola Gurfinkel de Wendy (su participación en op y loc citada en nota 1) afirmando que, en tanto no se haya producido la construcción no habrá objeto directo sobre el que se ejercerá el derecho real de superficie. Verificada su existencia, se agrega, la construcción será el objeto inmediato de ese derecho. Admitimos el desdoblamiento propuesto por Kemmelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón (citadas por Gurfinkel de Wendy) pero descartamos que la aplicación del derecho ocurra recién con la aparición del objeto que el superficiario haya producido sobre la rasante (desde el CCCN sean plantaciones, masas arbóreas o construcciones), porque equivale a negar que el ejercicio del poder que se le atribuye al superficiario principia con las actividades que desarrolla sobre el suelo, objeto primario para nosotros, para alcanzar ese segundo objeto que le pertenecerá como cosa propia. Allende (citado por G. de Wendy) sostiene que, “(...) dado el carácter mixto del derecho real de superficie forestal, una vez finalizada la etapa de forestación se adquiere la propiedad superficiaria” por conversión del derecho de forestar.”, criterio que compartimos.

pertenecerán a aquél como cosa propia y de ella podrá disponer libremente sujetándose esta pertenencia a la temporalidad inevitable del derecho de superficie.

Un aspecto de resolución previa al perfeccionamiento del usufructo concierne a la constitución de derechos reales de garantía, admitido para el de superficie (Art. 2120 primer párrafo) pero limitada para el de usufructo por el Art. 2142, situación que se podría superar si la garantía la constituye antes el superficiario.

Todo este accionar estará sujeto al plazo establecido en el acto constitutivo del derecho de superficie (Art. 2117, considerando en particular la prórroga que admite), porque de su vigencia depende que subsistan sus efectos, especialmente los que conciernen a la extinción del derecho (Art. 2125 en cualquiera de sus dos variantes).

Si esa extinción se produce por el vencimiento del plazo convenido, en tal caso se prevé que el dueño del suelo lo reciba libre de los derechos reales impuestos por el superficiario (primer párrafo del Art. 2125). La restitución del inmueble al dueño del suelo debe quedar a cargo del superficiario quien, previamente, hubo de haberlo recibido del usufructuario a los efectos de extinguir este derecho.

5. Nota final.

Aun permaneciendo muy lejos de haber agotado los temas vinculados con la problemática planteada, preferimos concluir nuestra ponencia haciendo hincapié en una cuestión que pudo ser preliminar. Nos referimos a lo dispuesto por el Art. 2134 en el que se indican los modos de constitución del derecho real de usufructo entre los que no encontramos un supuesto que comprenda el caso del que nos hemos ocupado, lo que quedaría amparado por el tono potencial con el que se encara su texto.

Por último sugerir la recalificación de disposiciones del Código Velezano que se deroga, tales como la de los artículos 2.872 y 2873, para utilizar sus contenidos en la aplicación del nuevo régimen legal del derecho de superficie y por consecuencia en el derecho real de usufructo.

6. Epílogo

A.) No debe verse una contradicción terminal entre lo que disponen los artículos 2120 y 2131 del CCCN., en tanto el primero sólo habilita al superficiario a constituir derechos reales de garantía sobre su derecho o sobre la propiedad superficiaria, mientras que el segundo lo legitima a constituir el derecho real de usufructo derecho que, en los términos de su concepto legal (Art. 2129), permite usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno.

B.) La legitimación que el Art. 2131 le otorga al superficiario puede ser considerada como una excepción a lo que dispone el aludido 2120. Si en el criterio del legislador hubiera estado presente facultar al superficiario a constituir, además, los derechos reales de usufructo, uso o habitación, hubiera sido otra la redacción del artículo 2120.

C.) La titularidad del derecho que se le concede al superficiario para que plante, foreste o construya lo coloca en el preludio de actividades tendientes a generar la propiedad superficiaria; situación que torna opinable que el superficiario pueda constituir el derecho real de anticresis a favor de un acreedor que recibe la posesión del inmueble con autorización para percibir frutos inexistentes que aplicaría a una deuda.

D.) Siendo ostensible que el otorgamiento del derecho de superficie sin que exista propiedad superficiaria alguna –supuesto en el que la prioridad de las limitaciones aplicables son las concernientes al ejercicio de aquél derecho, según lo pactado en el acto constitutivo-, limita funcionalmente la constitución del derecho real de usufructo; en las modalidades que admite el Art. 2115 se potencia constituirlo y en tal caso el usufructuario podrá ejercer las facultades de usar, gozar y disponer jurídicamente de tales objetos, observando la limitación temporal que tipifica al derecho de superficie y obliga a la devolución del inmueble que constituyó su elemento esencial.

E.) En el caso de encararse la constitución del derecho real de usufructo por un superficiario a quien se le otorgó el de superficie para alcanzar alguno de los objetivos previstos en el Art. 2114, el acto jurídico deberá calificarse como transmisión del derecho en los términos previstos en la primera parte del Art. 2123 descartándose virtualidad legal alguna a la pretendida constitución del usufructo.

F.) A todo evento, la constitución del derecho real de usufructo por el superficiario implica –además del cumplimiento de lo articulado sobre el inventario (2137) y sobre la garantía suficiente (2139) sin descuidar lo previsto en el Art. 2138 sobre el inventario presunto-, que el acto sea calificado como transferencia de su derecho por el superficiario habilitada por el Art. 2123. En los casos en que sea admisible la constitución del derecho real de usufructo se deberán considerar las disposiciones de Art. 2141, a fin de establecer lo que le puede pertenecer al usufructuario calificando, a tales efectos, el alcance que se le haya atribuido al superficiario cuando se le confirió el derecho.

G.) El vencimiento del plazo convenido para la duración del derecho real de usufructo –subordinado al que se le fijó al de superficie (Art. 2120 por extensión)-, se prevé que el dueño del suelo lo reciba libre de los derechos reales impuestos por el superficiario (primer párrafo del Art. 2125). La restitución del inmueble al dueño del suelo debe quedar a cargo del superficiario quien, previamente, hubo de haberlo recibido del usufructuario a los efectos de extinguir este derecho.

H.) En el Art. 2134, donde se indican los modos de constitución del derecho real de usufructo no encontramos un supuesto que comprenda el caso en el que lo constituya el superficiario, lo que quedaría amparado por el tono potencial con el que se encara su texto.