

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Registral

**Derecho de sobrelevación en el Decreto Legislativo
1568. Crítica legislativa al concepto de aires, el derecho
de sobrelevación y comparación con derechos
similares en la legislación extranjera**

Trabajo académico para optar el título de Segunda
Especialidad en Derecho Registral

Autor:

Gerardo Gabriel Falcón Rodríguez

Asesor:

Félix Roberto Jiménez Murillo


Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, FELIX ROBERTO JIMENEZ MURILLO docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado **“Derecho de sobreelevación en el Decreto Legislativo 1568. Crítica legislativa al concepto de aires, el derecho de sobreelevación y comparación con derechos similares en la legislación extranjera”**, del autor FALCÓN RODRÍGUEZ, GERARDO GABRIEL, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 15%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 05 de diciembre del 2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 22 de febrero del 2024

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: FELIX ROBERTO JIMENEZ MURILLO	
DNI:	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9051-1098	

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo determinar la utilidad y eficiencia del marco normativo planteado por el Decreto Legislativo 1568 en cuanto a la regulación del derecho de sobreelevación en comparación con los aires presentes en la práctica inmobiliaria y el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. Para ello, en primer lugar, se repasa el marco normativo aplicable a cada uno y analizan las características que los definen. En segundo lugar, se compara el derecho de sobreelevación con el derecho de vuelo (España) y el derecho a sobreelevar (Argentina) en miras de identificar similitudes y aspectos que pudieron o pueden tomarse en cuenta para el ordenamiento peruano de la materia. En tercer lugar, se determina la utilidad del derecho de sobreelevación mediante la revisión de los errores conceptuales de los aires, el mejor aprovechamiento del espacio urbano, la situación de los aires bajo la nueva normativa y el análisis del caso del Centro Comercial Polvos Azules. Finalmente se concluye que el cambio planteado por el Decreto Legislativo 1568 resulta positivo al introducirse un derecho que sí se encuentra definido en sus alcances y en su ámbito de aplicación por la misma norma que lo acoge. Además, este derecho deja de lado los problemas conceptuales y prácticos que arrastran los aires y resulta eficiente para el aprovechamiento del espacio urbano donde ya existen edificaciones.

Palabras Clave

Derecho de sobreelevación - Propiedad horizontal - Sobreedificación - Derecho de vuelo
- Derecho a sobreelevar

ABSTRACT

The objective of this paper is to determine the utility and efficiency of the regulatory framework that proposed by the Legislative Decree 1568 in relation with the regulation of the right of elevation in comparison with the "aires" present in real estate practice and the "Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios". In order to achieve this, first of all, the regulatory framework applicable to each one and the characteristics that define them are reviewed. In second place, the right of elevation is compared with the right of flight (Spain) and the right to elevate (Argentina) in order to identify similarities and

aspects that could or can be taken as a reference for the Peruvian regulation of the matter. In the third place, the utility of the right of elevation is determined by reviewing the conceptual mistakes of the “aires”, the better use of urban space, the situation of the “aires” under the new regulation and the analysis of the case of Polvos Azules Shopping Center. Finally, its concluded the change proposed by Legislative Decree 1568 is positive by introducing a right that is actually defined and its characteristics are determined by the same instrument that introduces it to the Peruvian legal system. Furthermore, this right leaves aside the conceptual and practical problems that the “aires” carries and is efficient in order for the use of urban space where buildings already exist.

Keywords

Right of elevation - Horizontal Property - Overbuilding - Right of flight - Right to elevate



ÍNDICE

Introducción	1
1. Aires y derecho de sobreelevación ¿Nueva nomenclatura o nuevo derecho?	2
1.1. Aires. Distintas normas, ninguna ley	2
1.2. Derecho de sobreelevación y el Decreto Legislativo 1568.....	7
1.3. Compatibilidad entre ambos derechos en el Registro	12
2. La sobreelevación / sobreedificación en otros ordenamientos	13
2.1. Derecho de vuelo en el ordenamiento español	14
2.2. Derecho a sobreelevar en el ordenamiento argentino (y la superficie).....	20
2.2.1. Derecho de superficie	25
2.3. ¿Qué aspectos pueden o pudieron tomarse en cuenta para nuestra norma? ..	27
3. Eficiencia y claridad del nuevo marco normativo	30
3.1. Errores conceptuales de los aires y las falencias del Tribunal Registral	31
3.2. La sobreelevación y el aprovechamiento del espacio urbano.....	36
3.3. La situación de los aires	38
3.4. El caso del Centro Comercial Polvos Azules	40
Conclusiones	44
Bibliografía.....	47

Introducción

Una situación evidente para cualquier ciudadano que reside en una ciudad peruana, especialmente en su capital Lima, es la constante expansión de esta. No se trata de un fenómeno aislado de la capital, a pesar de ser la ciudad que ha crecido de la manera más drástica en las últimas décadas. Ya José Luis Rénique identificó este fenómeno también en Puno (2016). En este caso, la superficie urbana en Juliaca “pasó de 1613 hectáreas en 1986 a 3424 en el 2004”, así como las provincias de San Antonio de Putina y Carabaya “crecieron en el mismo periodo a una tasa promedio aún mayor de 4.1% y 3.3% [anualmente]” (Rénique, 2016, p. 487-488).

Dejando de lado las causas que Rénique exploya a lo largo de su estudio, queda claro que el crecimiento urbano es un fenómeno no exclusivo de la capital. De hecho, la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1568 – Decreto Legislativo del Régimen de la Propiedad Horizontal (en adelante “DL 1568”) reconoce este contexto de crecimiento progresivo de las ciudades de la mano con un incremento poblacional.

Estos dos elementos plantean un reto: satisfacer la necesidad de vivienda creciente de la población y que se ve demostrado en el informe publicado el 2022 por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) titulado Encuesta Nacional de Programas Presupuestales 2011-2021. El capítulo XIII titulado Déficit habitacional aborda el problema partiendo de definir dos componentes de este déficit: uno cuantitativo y uno cualitativo. El primero resulta en la existencia de viviendas aptas para cubrir la necesidad de vivienda de las familias, mientras que el segundo resulta en la deficiencia en la calidad de la vivienda en lo material y el espacio habitable (2022, p. 187). A partir de ello, se verifica que en el área urbana un 2.8% de hogares presentan un déficit cuantitativo de vivienda, mientras que un 7.2% de hogares presentan un déficit cualitativo de vivienda (p. 187-189). Esto deja a un 10% de familias en situación de déficit de vivienda a lo largo del país en el ámbito urbano (en el ámbito rural esta cifra alcanza al 15,6% (INEI, 2022, p. 189).

En este contexto, donde 1.7 millones de familias en el país se encuentran en situación de déficit habitacional (APOYO, 2023), resulta urgente la creación de nuevos espacios de vivienda. La exposición de motivos del DL 1568 recogió esta problemática y plantea la “necesidad de crear un sistema de edificaciones que ahorre espacio”. No se trata solo de expandir las ciudades, sino de hacerlas crecer en el espacio ya tomado a través de

construcción de nuevas unidades inmobiliarias o de edificios bajo el régimen de propiedad horizontal.

Una de las herramientas que el DL1568 otorga a los ciudadanos es la posibilidad de constituir el derecho de sobreelevación a favor de un particular en el régimen de la propiedad horizontal y aprovechar el potencial edificatorio. Sin embargo, ¿esto en serio resulta de utilidad cuando la práctica inmobiliaria ha empleado por años los llamados aires? El presente trabajo busca demostrar, mediante una crítica legislativa, que el cambio planteado por el DL 1568 resulta positivo e implica una mejora respecto de la situación anterior donde se empleaba a los aires.

Para demostrar esta premisa, se determinará qué implican los aires y cómo se diferencia del derecho de sobreelevación creado por el DL 1568. Asimismo, será necesario realizar un análisis acerca de lo propuesto en otros ordenamientos respecto de la materia para identificar qué puede tomarse como referencia en la normativa peruana; en este caso, se analizará el derecho de vuelo del ordenamiento español, así como el derecho a sobreelevar existente en Argentina. Finalmente, se desarrollará la eficiencia y claridad del marco normativo propuesto por el DL 1568 a través de la identificación de los errores conceptuales de los aires y su empleo por el Tribunal Registral, la importancia del aprovechamiento del espacio urbano, la situación de los aires a partir de la modificación del nuevo marco normativo, y el análisis del caso del Centro Comercial Polvos Azules.

1. Aires y derecho de sobreelevación ¿Nueva nomenclatura o nuevo derecho?

Para criticar algo uno debe darse el trabajo de conocerlo. Si se desea criticar la figura de aires existentes con anterioridad al DL 1568 hemos de revisar qué normas le dan sentido y cuáles son esos puntos que marcan la diferencia (o tal vez no) con el derecho de sobreelevación. A partir de ello debería ser posible responder al finalizar esta sección si es que en realidad son diferenciables estos derechos o no.

1.1. Aires. Distintas normas, ninguna ley

Partiendo desde el marco normativo preexistente, tenemos una interesante situación que ilustra el subtítulo de esta subsección: no existe una ley que regule a los aires. Para

ser un derecho ciertamente relevante y aplicable a las situaciones del día a día en este contexto de crecimiento de las ciudades, resulta una primera decepción percatarse de este detalle. De hecho, esta situación no es nueva, pues Antonio Guarniz ya identificaba en 1996 que el Decreto Ley 22112, norma que reguló la propiedad horizontal en el Perú hasta 1999, no contemplaba con claridad la posibilidad de enajenar aires (p. 173). A esta situación añadamos el hecho de que para la época los aires no era una propuesta teórica nueva por parte del autor. Guarniz reconoce desde un primer momento que “el término aires no es, en absoluto, jurídico”; este surgió de la práctica mercantil relativamente reciente para el momento en que redactó su trabajo (1996, p. 171). De hecho, su empleo coloquial es algo que persiste y resulta comprobable si uno realiza una búsqueda en su navegador web de preferencia empleando las palabras “comprar aires”.

El autor detalla que “coloquialmente suele entenderse a los aires como un derecho a construir” y puntualiza una característica necesaria para que tenga sentido para un tercero adquirente: “es necesario agregarle a este derecho a construir algún tipo de titularidad sobre lo construido en favor del adquirente de los aires” (Guarniz, 1996, pp. 171-172). Esta premisa resulta importante para juzgar a los aires (y luego al derecho de sobreelevación), pues es un precepto básico para que sea útil y viable su existencia. Si una persona tiene el derecho a construir, pero no puede ser propietaria del resultado, ¿qué motivo tendría para hacerlo?

Lo cierto es que la Ley 27157 (Ley de Regularización de edificaciones, del procedimiento para la declaratoria de fábrica y del régimen de unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva y de propiedad común), a pesar de regular la propiedad horizontal en su Título III, no hace mención alguna sobre los aires a lo largo de todo su texto, ya sea con ese nombre o regulando una institución similar en su fundamento. Es recién en su Reglamento (Decreto Supremo 008-2000-MTC) que se aprecia su existencia en una norma jurídica. El artículo 2.3 (Precisiones) define a las Unidades Inmobiliarias indicando que:

“Son los terrenos sin edificar, las edificaciones, los aires o las secciones de cualquiera de ellos que sean factibles de independizar, y cuyos derechos sean susceptible de inscripción en el Registro Público respectivo.”

Tenemos entonces que los aires pueden configurarse como unidades inmobiliarias de acuerdo al Reglamento de la Ley 27157; sin embargo, queda pendiente un detalle:

¿dónde se encuentran definidos estos “aires”? Resulta preocupante que el Reglamento usara un término coloquial (como lo identificó en su momento Guarniz) para definir un término de carácter jurídico y no se tenga presente una definición que lo sustente.

En el resto del Reglamento no se encuentra otra mención a los aires. Por lo que toca preguntar, dónde se encuentra entonces el sustento jurídico que delimite a los aires y permita eventualmente inscribir este derecho en el Registro. Es en ese panorama que mediante Resolución de Superintendencia 340-2008-SUNARP-SN se aprobó la Directiva 009-2008-SUNARP/SN denominada “Directiva sobre el Régimen de Propiedad Exclusiva y Común”. En la primera sección de esta Directiva denominada “Antecedentes y consideraciones” se desarrolla en el numeral 4 a los aires, indicando que “el término “aires” alude a la facultad que se concede a una persona a fin de sobreelevar una edificación, es decir, construir plantas adicionales a las ya existentes”. Se tiene aquí la primera definición de aires presente en una norma jurídica.

La Directiva estableció en su sección 5, numeral 5.5 una única forma de configurar a los aires: la independización de estos como unidades inmobiliarias de dominio exclusivo asignándoles un porcentaje de participación sobre los bienes comunes. Asimismo, indicó que es posible establecer una “reserva de aires” sin independización, contando esto en un asiento específico de la partida matriz o de otra partida vinculada. Esta última mención ha de entenderse como la posibilidad de inscribir la mencionada reserva en la partida de una unidad inmobiliaria, sin embargo, esto no constituye un derecho de aires pues esto solo es posible mediante la independización respectiva.

Un último detalle curioso es lo mencionado por el numeral 5.7 respecto de la condición jurídica de los aires. Supuestamente esos resultan “zonas comunes” de acuerdo al artículo 40, inciso h) de la Ley 27157, esto es un error. En primer lugar, el artículo traído a colación trata sobre los “bienes de propiedad común” en una situación de propiedad horizontal, por lo que resulta un error hablar directamente de una “zona común”; más aún cuando la característica intrínseca de una zona común es la posibilidad de uso o aprovechamiento por la totalidad de los propietarios, a diferencia de los “bienes comunes” que pueden ser o uno susceptibles de uso, como es el caso de los cimientos, elementos estructurales, entre otros (Falcón, 2023, p. 18). En segundo lugar, el inciso h) que mencionó la directiva no hace referencia a los aires. La redacción en concreto es la siguiente:

h) Los sótanos y azoteas, salvo que en los títulos de propiedad de las secciones aparezcan cláusulas en contrario

Esta confusión entre azotea y aires para tomarlos como conceptos equivalentes es algo permanente a nivel del Tribunal Registral y, al parecer, en la Superintendencia Nacional que elaboró la Directiva, lo que deriva en un error conceptual que incluso produjo la aprobación de un Acuerdo Plenario en el Pleno CXLIX (Falcón, 2023). En realidad, no hay sustento legal para otorgar por defecto esta categoría de zona/bien común a los aires, sin perjuicio de que esto sí pueda ser determinado por el Reglamento Interno (Falcón, 2023, p. 18). No es tarea de una Directiva de SUNARP el establecer estas categorías, al implicar la asignación de titularidades sobre bienes, esto resulta en la competencia de una norma de rango de ley como mencionó en su momento Martín Mejorada (2015, p. 56).

Pese al error anterior, lo cierto es que esta Directiva fue el primer instrumento regulatorio respecto de la situación jurídica de los aires y sirvió como elemento para el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios vigente aprobado mediante Resolución de Superintendencia 097-2013-SUNARP-SN. Es el artículo 63 - Independización de unidades inmobiliarias sujetas a los regímenes establecidos en la Ley 27157- el que se encarga de delimitar cómo se configuran los aires como derecho en el Registro de Predios dejando, en consecuencia, inaplicables las disposiciones de la Directiva al respecto. Los dos últimos párrafos regulan la materia indicando lo siguiente:

Cuando el Reglamento Interno establezca la reserva de aires de la edificación, esta podrá independizarse como sección de dominio exclusivo, siempre que se le asigne porcentaje de participación de los bienes comunes. En este caso la independización procederá siempre que se cuente con área proyectada de acceso.

El Reglamento Interno puede establecer reserva de aires sin independización, en cuyo caso esta circunstancia consta en asiento específico correspondiente a la partida registral del predio matriz o de otra partida vinculada.

Nuevamente aparecen tanto la reserva como la independización de los aires, siendo únicamente este último el derecho a sobreedificar y hacerse de la propiedad de lo edificado. En este caso se ha omitido la posibilidad de inscribir una reserva de aires en una partida distinta a la matriz como ocurría en la Directiva. ¿Y por qué debería entenderse que existirá propiedad sobre lo edificado? Por el hecho de que el

Reglamento de Inscripciones indica que obligatoriamente ha de asignarse un porcentaje de participación sobre los bienes comunes, lo que implica que en ese “espacio” (área delimitada por el plano que muestre el área proyectada de acceso) podrá edificarse una o más unidades inmobiliarias nuevas que serán de propiedad del titular de este derecho. De hecho, esto también implica que desde un inicio existe propiedad (y, por lo tanto, derechos reales) sobre los bienes comunes aun cuando no existiera la nueva unidad inmobiliaria que pudiera edificarse.

Falcón (2023) precisamente elabora un concepto de aires que se tomará como base para su comprensión en este trabajo. En ese sentido, realiza una diferencia importante entre los aires independizados y la reserva de aires siendo que el primero es un derecho de naturaleza real en contraste a la reserva de aires que es un derecho personal (2023, pp. 22-23). La reserva de aires no tiene una partida registral propia ni tiene participación alguna sobre los bienes comunes, es solo un derecho personal a ser el titular de los aires una vez que estos sean independizados; precisamente siendo esta la única manera en que se pueden configurar los aires en el Registro y la única forma en que un particular puede tener la facultad de edificar sobre lo preexistente y hacer de su propiedad todo lo edificado (Falcón, 2023, pp. 23-24).

Como otra característica esencial de los aires, el autor hace énfasis en el carácter subordinado de este derecho. Por un lado, para existir debe haberse inscrito previamente una fábrica, por otro lado, la construcción debe tener un techo sobre el cual edificar las nuevas unidades inmobiliarias y debe contarse con autorización de la Junta de Propietarios tanto para definir si será un bien común o de titularidad exclusiva como para iniciar las obras sobre el último nivel de edificación (Falcón, 2023, p. 22-24).

A partir del repaso normativo lo anterior, es posible advertir que los aires no fueron nunca contemplados en la Ley 27157, que precisamente regulaba la propiedad horizontal, y su reglamento apenas hace mención de ellos. Ha sido la misma SUNARP que mediante el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios y previamente la Directiva 009-2008-SUNARP/SN optó por dar forma a este derecho. Como dice el título de esta sección, son 3 normas las que mencionan a los aires, dos lo regulan y ninguna es la Ley a la que debería pertenecer.

Si bien es factible que este derecho llegue al Registro, no deja de ser incorrecta la forma en que se ha regulado la materia. Una Directiva no debe surgir para complementar al Reglamento de una norma de rango de Ley ni mucho menos para complementar a esta

última; de igual manera, el Reglamento de Inscripciones no es el instrumento normativo adecuado para regular un derecho que no aparece en la Ley. Si no hay siquiera una norma de rango legal, una norma matriz, que defina y regule la materia de forma específica, queda en manos de los operadores jurídicos el cómo entender a este derecho y, lamentablemente, no ha sido la mejor si tomamos en cuenta lo desarrollado por Falcón (2023) y la confusión que ha existido entre este derecho y el concepto de azotea (un concepto meramente técnico) por ejemplo.

1.2. Derecho de sobreelevación y el Decreto Legislativo 1568

El 28 de mayo de 2023 fue publicado en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Legislativo 1568 – Decreto Legislativo del Régimen de la Propiedad Horizontal. Este Decreto Legislativo entrará en vigencia a los 180 días calendarios siguientes de la publicación de su Reglamento de acuerdo a la Primera Disposición Complementaria Final y derogará el artículo 13, el Título III y la Tercera Disposición Final de la Ley 27157 de acuerdo a su única Disposición Complementaria Derogatoria. Es decir, la Ley 27157 dejará de regular a la Propiedad Horizontal y tratará únicamente lo referente a la regularización de edificaciones y el procedimiento de declaratoria de fábrica.

Para este trabajo, el más relevante de los cambios generados a partir de la entrada en vigencia de la norma será la inclusión del derecho de sobreelevación al ordenamiento peruano (y en esta ocasión) desde una norma de rango de ley. El Capítulo IV del Decreto Legislativo inicia con el artículo 16 que expresamente indica en su inciso 16.1 que:

El derecho de sobreelevación es el derecho a sobreedificar o subedificar uno o más pisos por encima o por debajo de las construcciones ya existentes de un predio edificado total o parcialmente, correspondiendo la titularidad de lo edificado al titular del referido derecho.

A diferencia de los aires, tenemos desde el punto de inicio una definición concreta acerca de qué es el derecho del que se va a tratar. No se trata solo de describir cómo se ha de inscribir el derecho (como ocurre con los aires), se trata de definirlo adecuadamente para facilitar su empleo por los operadores jurídicos. En ese sentido, este primer inciso acierta en especificar de manera adecuada cuáles son los límites del derecho a sobreelevar: el titular de este derecho está facultado a sobreedificar o a subedificar (dependiendo las condiciones bajo las que se hubiese otorgado este

derecho), algo que no ocurría con los aires. Estos últimos solo estaban reducidos a la posibilidad de edificar “hacia arriba”, de ahí la denominación coloquial de “aires”.

La exposición de motivos del DL 1568 detalla lo anterior, en su sección 15, explicando que la facultad de subedificar esta referida a la posibilidad de que el titular del derecho de sobreelevación pueda construir plantas adicionales incluso en el subsuelo de la edificación bajo el régimen de propiedad horizontal. Es decir, el derecho de sobreelevación se distancia del esquema previo de aires y establece desde un inicio que puede constituirse para construir por encima o por debajo. Incluso, como se verá en la siguiente subsección, pueden ser otorgadas estas facultades a titulares distintos; algo impensado bajo el “régimen” de los aires.

A todo lo anterior haría bien agregar un detalle que menciona la exposición de motivos citada pero no se especifica a lo largo del artículo 16 del DL 1568. La exposición de motivos recoge que el derecho de sobreelevación “puede estar incluido en una sección constituida por un patio, jardines, azotea, techo, tendal, departamento y otras unidades sujetas al régimen de la propiedad horizontal”. Reiterando que esto no se encuentra de manera explícita en el Decreto Legislativo, resulta interesante esta interpretación de parte de los miembros de la Comisión. En ese sentido, si se respetan las disposiciones propias de constitución de este derecho y se siguen los lineamientos del DL 1568 no habría problema en alguno en tomar como válida esta interpretación. El inciso 16.1 indica que puede sobreedificarse o subedificarse en un predio edificado total o parcialmente; por lo tanto, de existir, por ejemplo, un patio libre utilizado como zona común y cuya extensión sea la suficiente para que resulte de utilidad para una futura edificación, este podría desafectarse de su condición de bien común y mediante el otorgamiento del derecho de sobreelevación a un tercero construirse nuevas unidades inmobiliarias en el área disponible.

Prosiguiendo con el artículo 16, el inciso 16.2 delimita este potencial edificatorio a partir de cuatro elementos:

- La estructura de la edificación existente
- La no contravención de los parámetros urbanísticos edificatorios
- La seguridad y funcionamiento de la edificación
- La afectación de derechos de los demás propietarios o terceros

El primer y tercer elemento van de la mano al ser fundamentales para la permanencia en el tiempo de la edificación. Si los cimientos de una edificación no están diseñados para más de cinco pisos, por ejemplo, no será posible construir más de un piso si se adquiere un derecho de sobreelevación en una edificación que ya cuenta con cuatro. De igual manera, la no afectación a los derechos de los demás propietarios resulta también un elemento fundamental para el ejercicio de este derecho en un régimen de propiedad que implica la convivencia de muchas personas en una misma edificación.

El elemento de no contravención a los parámetros urbanísticos edificatorios deja en claro algo que en los aires se sobreentendía, pero no resulta dañino repetirlo. El derecho a edificar (en este caso a sobreedificar) se encuentra “generado, regulado y limitado por la normativa urbanística y edificatoria” de acuerdo al artículo 16 de la Ley 31313 - Ley de Desarrollo Urbano Sostenible. De esta manera, el potencial edificatorio de quien adquiere un derecho de sobreelevación no solo se ve limitado por las características físicas de la edificación, sino que ha de restringir su derecho a lo establecido por la normativa urbanística edificatoria, incluso aun cuando el DL 1568 hubiese optado por no mencionarlo.

El inciso 16.3, por su parte, determina que el derecho de sobreelevación y las independizaciones o modificaciones de independización requerirán de la modificación del Reglamento Interno y su inscripción. De igual manera, si se modifican los porcentajes de participación se requerirá de la aprobación de la Junta de Propietarios (75% o más de los porcentajes de participación sobre bienes comunes). Este inciso no hace más que dejar en claro lo que advierte Falcón: el Reglamento Interno es el negocio jurídico fuente de los derechos existentes en un régimen de propiedad horizontal; de igual manera, que determina su existencia, determina sus alcances (2023, p. 28). En ese sentido, el Reglamento Interno delimitará los niveles a edificar por parte del titular del derecho de sobreelevación o las características de las unidades inmobiliarias (por ejemplo). Finalmente, el inciso 16.4 remite al Reglamento (todavía en proceso de elaboración por una Comisión encargada) para las demás disposiciones respecto de la sobreelevación.

A lo largo del artículo 17 se trata una muy importante materia. ¿Dónde se inscribe este derecho? El inciso 17.1 repite la idea del párrafo anterior: el derecho de sobreelevación debe constar en el reglamento interno o en una modificación posterior bajo las reglas del inciso 16.3 (con voto a favor del 75% del porcentaje de participación). Complementando lo anterior, el inciso 17.2 indica que el derecho de sobreelevación

puede formar parte de una unidad inmobiliaria de propiedad exclusiva o puede tener una partida registral exclusiva vinculada a la matriz en la que se indique el futuro acceso proyectado.

Este inciso plantea una diferencia fundamental con los aires, pues permite que el derecho conste en la partida registral de una unidad inmobiliaria vinculando ambos y ya no necesariamente con un individuo en concreto. Es decir, sería posible transferir la propiedad de la unidad inmobiliaria y con ella el derecho de sobreelevación; aunque no queda descartada la posibilidad de que se opte por asignar la titularidad del derecho de sobreelevación a una persona individual, todo depende de cómo se configure el derecho en el reglamento interno. Añadido a lo anterior, la creación de una partida registral para este derecho no implica la asignación de un porcentaje de participación sobre los bienes comunes, como sí ocurría con los aires. Sumado a los dos escenarios anteriores, también es verificable que no hay mención alguna a la reserva de aires o un derecho similar; el Decreto Legislativo determina que o se otorga el derecho de sobreelevación o no se otorga. No hay puntos medios como una reserva, se tienen las opciones de asignar el derecho a una unidad inmobiliaria o asignarlo a un individuo en específico.

La regla para la toma de decisión respecto del derecho de sobreelevación del inciso 17.1 se entiende a partir de la revisión del artículo 12 de este mismo Decreto Legislativo. El literal i) expresa de manera literal que dentro de los bienes comunes se encuentran “los sótanos, semisótano y azoteas, incluyendo el derecho de sobreelevación, salvo disposición contraria en el Reglamento Interno”. La norma ha optado ahora por considerar al derecho de sobreelevación como un bien común, sin embargo, reitera el error advertido por Falcón (2023) de confundir el poseer un derecho exclusivo sobre la azotea con el derecho sobreedificar considerándolos equivalentes y ligados por defecto. Más allá de este defecto, lo cierto es que la sobreelevación ahora está incluida por defecto dentro del grupo de bienes comunes evitando un vacío innecesario como ocurrió con la Ley 27157 que omitió a los aires.

A pesar de lo interesante que resultan los artículos anteriores, el artículo 18 se remite a la condición de azoteas y aires. En concreto este artículo plantea 3 cuestiones:

18.1 Las azoteas y aires son bienes comunes salvo disposición contraria del reglamento interno

18.2 La modificación de la condición de bien común de azotea y aires genera una unidad inmobiliaria de propiedad exclusiva y con porcentaje de participación sobre los bienes comunes. Se requiere del voto 75% de participación sobre bienes comunes

18.3 El reconocimiento y rectificación de la condición de bien común de la azotea los aires a unidad exclusiva necesitan del acuerdo unánime de todos los propietarios.

(Redacción propia de las disposiciones del artículo 18)

Viene a la mente la pregunta de por qué se hace referencia a los aires nuevamente si resulta, como se ha visto en la anterior sección, en un término sin una definición cierta por el ordenamiento (más allá de la Directiva mencionada que no tiene la capacidad de regular un derecho por sí misma). Resulta también curioso que la exposición de motivos no hace mayor justificación sobre el por qué consideró necesario la inclusión de este artículo. La única mención al respecto indica que:

“Estas formas de variar la condición de común de la azotea, han sido recogidas en el presente proyecto normativo, a fin de sanear situaciones que en la práctica suelen ocurrir cuando existen bienes de propiedad exclusiva y propiedad común, máxime si aquellos pertenecen a diferentes titulares”.

No se responde a la pregunta de por qué se incluyen nuevamente los aires. Si se trata de sanear las situaciones donde puedan existir titulares distintos de aires y azotea, no resulta necesario retomar este derecho en el nuevo marco normativo. El derecho de sobreelevación puede suplir a los aires y las azoteas podían ser exclusivas desde la Ley 27157. En el caso del inciso 18.1 se repite la mención a la azotea como un bien común, así como a la facultad de sobreedificar (en términos genéricos). El inciso 18.2 repite las disposiciones del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, pero ahora las trae en una norma de rango de ley; el inciso 18.3 sigue la misma lógica. Entonces, no resulta del todo claro si comprender a los aires como paralelos al derecho de sobreelevación a partir de una primera lectura; sin embargo, esto será revisado más adelante en este trabajo, por lo que no se tocará más a profundidad de momento.

A partir de lo visto, haber añadido este artículo no resulta de utilidad. Pueden solucionarse los problemas de titularidades mencionados por la exposición de motivos en base a la aplicación de las normas de desafectación de bienes comunes y evitar una confusión mayor en el operador al trasladar disposiciones que, como se verán más adelante, resultan imprecisas y conceptualmente erróneas.

Cuando se trató a los aires se le definió como un derecho de naturaleza real, por lo que es preciso hacer la misma pregunta en el caso del derecho de sobreelevación. Este es un derecho de naturaleza personal pues, a diferencia de los aires, el titular del derecho no cuenta con participación sobre los bienes comunes ni tiene bien alguno sobre el que ejercer dominio. El titular del derecho de sobreelevación tiene la facultad de sobreedificar o subedificar, pero si decide nunca hacerlo efectivo no se generarán derechos reales (no tendrá una edificación que hacer suya). El derecho se mantendrá como personal hasta que se haga efectiva la edificación de alguna nueva unidad inmobiliaria que hará de su propiedad y sobre la que pueda ejercer eventualmente los atributos de la propiedad.

Un último detalle a tratar es lo manifestado por el artículo 19 del DL 1568 en su inciso 19.1. Este determina que para la ejecución de obras sobre las áreas en las que recae el derecho de sobreelevación se requerirá de la aprobación de la junta de propietarios antes de solicitar la licencia de edificación. Esta situación es similar a la de los aires, dado que se afecta el volumen de la edificación es necesario del visto bueno de la junta de propietarios, por lo que también nos encontraríamos ante un derecho subordinado para motivos de hacerse efectivo por parte de un tercero titular. Aunque esta subordinación también se ve en la posibilidad de que el derecho de sobreelevación mismo exista, pues al ser un bien común por defecto, la omisión en el Reglamento Interno original requerirá del acuerdo de la junta de propietarios para que pueda ser asignado a un titular exclusivo de este derecho.

1.3. Compatibilidad entre ambos derechos en el Registro

El derecho de sobreelevación y los aires son compatibles entre sí en el Registro. Cuando el derecho de sobreelevación sea otorgado a su titular limitándose a la posibilidad de subedificar, será factible que ambos derechos coexistan en una misma edificación e incluso bajo un mismo titular. Cada uno irá inscrito en su respectivo asiento de su respectiva partida registral (la partida de aires independizados y la partida de una unidad inmobiliaria o la partida individual del derecho de sobreelevación). Además, dado que el derecho de sobreelevación puede constituirse sobre otras áreas distintas al techo de la última unidad inmobiliaria o la azotea (un patio trasero por ejemplo), resultan compatibles los aires sobre la última unidad inmobiliaria con el derecho de sobreelevación sobre un área distinta.

Es necesario recordar que, si bien ambos derechos son distintos, comparten ciertos elementos que les dan sentido. Además, a pesar de la eventual derogatoria del Título III de la Ley 27157, el DL 1568 ha recogido nuevamente a los aires (aunque ya no a la reserva de aires). Si bien ambos derechos tienen naturaleza distinta, los aires es un derecho de naturaleza real, mientras que el derecho de sobreelevación es un derecho personal, es necesario contemplar dos casos específicos en que esta compatibilidad en el Registro se rompe.

En el primer caso, dado que, tanto los aires como el derecho de sobreelevación tienen en común que su titular tiene la facultad de sobreedificar, de haberse asignado los aires a un titular exclusivo sería ilógico que pudiese existir un titular de un derecho de sobreelevación para sobreedificar que accediese con posterioridad al Registro. De haberse otorgado tanto un derecho de sobreelevación como aires sobre la posibilidad de sobreedificar, el primero que accediese al Registro excluirá al segundo cuando se hubiesen otorgado sobre la misma área.

En el segundo caso, el derecho de sobreelevación excluirá totalmente a los aires cuando este ha sido configurado en el reglamento interno como otorgante de la facultad de sobreedificar y subedificar a su titular. No será posible generar una partida de aires pues existe un derecho incompatible con él ya inscrito.

A modo de cierre de esta primera sección, toca reiterar que ambos derechos tienen similitudes, pero no deben ser considerados equivalentes cuando su principal elemento diferenciador es la naturaleza de cada uno. Aun cuando el DL 1568 haya optado por mencionar nuevamente a los aires, lo cierto es que ni siquiera en esta norma llegan a ser equivalentes o generar las mismas consecuencias. Se trata de derechos distintos y no simplemente de una variación en la nomenclatura del derecho.

2. La sobreelevación / sobreedificación en otros ordenamientos

En la sección anterior se pudo verificar que parte esencial del derecho de sobreelevación o los aires es la facultad que tiene su titular de edificar sobre una construcción preexistente y que se ve de cierta manera ampliado en el derecho de sobreelevación al admitir también su constitución para subedificar. De la misma manera, otros ordenamientos contemplan derechos similares y cuyo análisis resulta de utilidad. Para este trabajo se tratará específicamente los ordenamientos legales argentino y

español para determinar la afinidad del derecho de sobreelevación del DL 1568 con los derechos que estos ordenamientos contemplan, así como identificar si algún elemento de ellos pudo haberse tomado en cuenta para el Decreto Legislativo o podrá tomarse en cuenta para el Reglamento pendiente de aprobación y publicación si resulta de utilidad.

2.1. Derecho de vuelo en el ordenamiento español

Para introducirse a la materia es necesario partir de diferenciar el derecho de vuelo del vuelo “en solitario”. Este último es un término empleado en distintas normas a lo largo de la legislación para referirse a la extensión de la propiedad. Como ejemplo de ello se tiene al artículo 12 del Real Decreto Legislativo 7/2015 que aprobó el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. Esta norma tiene como objetivo regular “las condiciones básicas que garantizan: a) La igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con el suelo. b) Un desarrollo sostenible, competitivo y eficiente del medio urbano, (...)”. El mencionado artículo es el siguiente:

Artículo 12. *Contenido del derecho de propiedad del suelo: facultades.*

1. (...)

2. **Las facultades del propietario alcanzan al vuelo y al subsuelo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística**, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público.

(El resaltado es propio)

Así como el Código Civil peruano tiene al artículo 954 que indica como extensión de la propiedad de un predio al subsuelo y sobresuelo, de igual manera el ordenamiento español contempla en este Real Decreto Legislativo la extensión de las facultades del propietario de un predio al subsuelo y al sobresuelo refiriéndose a este último como vuelo. De igual manera, el inciso 1 del artículo 26 de la misma norma define dos conceptos muy importantes para el derecho registral en general y que, de igual manera, contemplan al elemento del vuelo:

Artículo 26. *Formación de fincas y parcelas, relación entre ellas y complejos inmobiliarios.*

1. Constituye:

a) Finca: la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en proindiviso, **que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo**. Cuando, conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral.

b) Parcela: la unidad de suelo, **tanto en la rasante como en el vuelo o el subsuelo**, que tenga atribuida edificabilidad y uso o sólo uso urbanístico independiente.

(El resaltado es propio)

Se repite la idea antes mencionada, el vuelo por sí mismo resulta en la extensión del predio hacia arriba; es decir, el sobresuelo tal cual se tiene entendido en el ordenamiento peruano. Si bien son más las normas las que hacen mención del vuelo, las menciones desarrolladas ilustran de manera eficiente a qué se refiere el ordenamiento español con este término. Llega entonces el momento de aterrizar en la materia de este segmento: el derecho de vuelo.

La norma que recoge a este derecho es el Reglamento Hipotecario. Para empezar, es menester detallar que la Ley Hipotecaria entró en vigor el 20 de marzo de 1946; de igual manera, el Reglamento Hipotecario entró en vigor el 6 de mayo de 1947. Ambas son normas bastante longevas pero han perdurado mediante modificaciones diversas a lo largo de su vigencia. Es en específico el artículo 16.2 el que regula la materia:

Artículo 16.

1. **(Anulado)**

2. El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del apartado 3º. del artículo 8 de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar:

a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento.

b) **(Anulada)**

c) **(Anulada)**

d) Las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción.

La primera característica que se advierte de la simple lectura es que este derecho, al igual que lo expresado por el derecho de sobreelevación, puede constituirse para otorgar a su titular la facultad de sobreedificar o subedificar. Una clara diferencia a lo que implican los aires, ya que no contempla esta posibilidad.

La segunda característica resaltante es que es fue introducido al ordenamiento por el Reglamento Hipotecario, la Ley Hipotecaria no hace mención de él y solo es mencionado por el Código Civil en su artículo 396 “cuando incluye el vuelo entre los elementos de un edificio sobre los que el titular de la propiedad separada de un piso o local ostenta un derecho de copropiedad” (Zurita, 2002). Esto implica que en los casos de propiedad horizontal el vuelo resulta un elemento común sobre el que existe copropiedad. A diferencia del ordenamiento peruano, no existe confusión o mención alguna a la azotea como sí ocurre en el DL 1568 donde el derecho de sobreelevación viene de la mano con la titularidad sobre la azotea en el artículo 12 literal i).

Una tercera característica es la falta de denominación del derecho. Isabel Zurita Martín advierte que cuando este derecho ingresó al ordenamiento español (en una modificación del Reglamento Hipotecario en el año 1959) “no lo hizo bajo una calificación específica, sin que se refirió a él como el derecho a elevar una o más plantas o el de realizar construcciones bajo su suelo, configurando lo que, a primera vista, se podría denominar, siguiendo esta línea, derecho de sobreelevación” (2002). La autora explica de manera breve que la denominación bien podría ser debatible; sin embargo, por motivos de practicidad, prosigue su análisis con la denominación “derecho de vuelo” al ser la denominación más utilizada por la doctrina y no existir razón para confusiones al respecto⁽¹⁾. Dado que este trabajo implica únicamente un desarrollo superficial de este derecho con el objetivo de identificar posibles similitudes con el derecho de sobreelevación del DL1568, se seguirá esta sugerencia de la autora.

Por último, al hacerse mención a la necesaria constancia de “las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento”, queda claro que este derecho es aplicable a la propiedad

(1) La autora explica brevemente que existen posiciones doctrinarias que proponen otras denominaciones o indican la posibilidad de confundir el derecho de vuelo del artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario con el vuelo sobre fincas rústicas del artículo 30 del mismo Reglamento.

horizontal. Así como el DL 1568 ha determinado que el derecho de sobreelevación se restringe al ámbito de la propiedad horizontal, el Reglamento Hipotecario ha determinado como ámbito de aplicación a la propiedad horizontal.

Respecto de la naturaleza jurídica de este derecho, Zurita expone las dos corrientes existentes sobre la materia:

- a) El derecho de vuelo es un derecho real limitativo del dominio.
- b) De acuerdo a Soto Biquet, el derecho de vuelo es un “verdadero derecho de propiedad, un auténtico dominio sobre el espacio aéreo de una finca perteneciente a otros” (Zurita, 2002)

Para la autora no resulta sencillo interpretar que el legislador pretendiese crear un derecho de propiedad sobre el espacio aéreo desde el momento en que la redacción del artículo 16.2 habla de un derecho a elevar una o más plantas, “aludiendo así al carácter limitado de este derecho” (Zurita, 2002). Es por ello que concluye que el derecho de vuelo se trata de un “derecho real limitativo del dominio, cuyo ejercicio provoca, al mismo tiempo su extinción”; es decir, el derecho existe para otorgar la facultad de edificar sobre un edificio o bajo su suelo. Una vez realizada la construcción, el derecho se extingue y surge el derecho de propiedad sobre lo edificado para su titular. En base a todo lo anterior, Zurita coincide con la primera corriente, a la cual este trabajo también se adhiere.

Es necesario agregar, también, que para la inscripción del derecho de vuelo en el Registro debe contemplarse las cuotas que corresponderían a las nuevas plantas, sin necesidad de que estas de por sí ya cuenten con una partida registral (o un nuevo folio real si así se prefiere llamarlo) o con la cuota de participación desde que se constituye el derecho. Las nuevas plantas tendrán su respectiva cuota una vez sean construidas y se aperturen sus respectivos folios. Es así que el derecho de vuelo se inscribirá en el folio de la edificación y no generará un nuevo folio o partida. Esto es algo claramente opuesto a lo que manifestaron en su momento los aires pero que es en parte similar a lo que dispuesto por el DL 1568 al no contemplar un porcentaje de participación sobre los bienes comunes al titular del derecho (aun cuando en este caso se pueda aperturar una partida registral propia para el derecho).

Respecto de su constitución, Zurita extrae de la redacción del artículo 16.2 dos formas de constitución de este derecho. Esto ocurre “por reserva del propietario en caso de

enajenación de todo o parte de la finca, o por transmisión a un tercero” (2002). En el primer caso, se trata del propietario único de una finca que se reserva el derecho de vuelo al transferir una edificación sometida al régimen de propiedad horizontal, ya sea que esté construida o por construir (Zurita, 2002). En el segundo caso, si se trata de un edificio ya construido con sus respectivos propietarios de cada unidad inmobiliaria, será necesario la existencia previa del acuerdo de la Junta de Propietarios de manera unánime dado que se trata de la disposición de un elemento común (Zurita, 2002).

Un detalle interesante que es advertido por Cervantes (2021, p. 5) y también fue desarrollado por Zurita es la inexistencia de un plazo para su ejercicio. Como se puede advertir de la lectura del artículo 16.2, existía antes un requisito c) para generar la inscripción del derecho de vuelo. Este se trataba de un plazo de 10 años para el ejercicio del derecho, lo que implicaba su posterior extinción. El Tribunal Supremo en sentencia del 24 de febrero de 2000 anuló este párrafo c) al considerar que el establecimiento de limitaciones al derecho contradice el artículo 1 de la Ley Hipotecaria que no establece limitaciones para que los derechos reales ingresen al Registro (Zurita, 2002). En ese sentido, la limitación debió de realizarse en la misma Ley Hipotecaria y no mediante su Reglamento.

A lo anterior, Zurita agrega que, si bien esta limitación no regulaba el derecho de vuelo, sino que señalaba los requisitos para que el derecho acceda al Registro, lo cierto es que al limitar su acceso altera y afecta “su alcance y eficacia frente a terceros” (2002). La autora destaca que, bajo el antiguo requisito, el derecho de vuelo pactado con un plazo de ejercicio mayor a 10 años no sería susceptible de publicidad registral y los titulares de estos derechos podrían verse afectados. Si bien la inscripción de este derecho no es un requisito de validez, la inscripción otorga inoponibilidad a lo no inscrito y el no acceso al Registro resulta en un exceso perjudicial para sus titulares.

Un aspecto que resulta interesante de la normativa española es la posibilidad de que se constituya derecho de superficie sobre el vuelo. El mencionado Real Decreto Legislativo 7-2015 en su artículo 53 inciso 1 detalla que:

1. **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.

(El resaltado es propio)

A diferencia del artículo 1030 del Código Civil Peruano, el derecho de superficie no se limita a la “propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo”, sino que puede constituirse sobre elementos preexistentes y habilitar a su titular la sobreedificación. Sin embargo, esta no se registrará bajo los mismos parámetros que el derecho de vuelo.

Si bien podría pensarse que este derecho de superficie absorbería al derecho de vuelo ya descrito, o que lo ha dejado inaplicable, lo cierto es que son derechos claramente diferenciables. La superficie implica titularidad temporal sobre lo edificado, mientras que el derecho de vuelo se extingue con su efectivización y se adquiere la propiedad perpetua sobre lo edificado. De igual manera, Luis Miguel López Fernández destaca que en el marco de la propiedad horizontal podría constituirse derecho de superficie sobre o bajo las edificaciones preexistentes sin perjuicio de que se constituya también derecho real de vuelo (2016, p. 790). Esto implica que en el Registro podrían convivir ambos derechos, aunque dependerá si uno de ellos afecta al vuelo mientras que el otro al subsuelo para que sean compatibles (caso similar a los aires y el derecho de sobreelevación). Lo contrario sería inaceptable al ya haberse dispuesto de alguno de esos elementos de la propiedad.

Para reforzar lo anterior podríamos citar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 5 de febrero de 1986 recogida por Mocholí (2017, p.1731) donde se confirmó un auto de la Audiencia Territorial de Barcelona. En su razonamiento expone lo siguiente:

*“Considerando que el derecho contemplado en la escritura calificada **no puede estimarse que carece de trascendencia real, pues se trata de un derecho de vuelo o sobrevaloración, es decir, un derecho de construir plantas en fincas edificadas ajenas, figura nítidamente diferenciada del derecho de superficie, no solo por la distinta base física sobre la que se constituye, sino por la perpetuidad de la propiedad que origina el derecho de sobreelevar frente a la temporalidad de la propiedad superficiaria**”*

(El resaltado es propio)

Podría cerrarse esta sub sección reiterando que el derecho de vuelo es un “derecho real limitativo del dominio, cuyo ejercicio provoca, al mismo tiempo su extinción” (Zurita, 2002). Este derecho otorga a su titular la facultad la sobreedificar o subedificar, es aplicable al Régimen de la Propiedad Horizontal y resulta compatible su existencia en el Registro con el derecho de superficie mientras que cada uno haya dispuesto de un elemento distinto (vuelo o subsuelo). Asimismo, su inscripción es de carácter declarativo al no tratarse de un requisito de validez y podrá pactarse el plazo para su ejercicio que se prefiera sin necesidad de atender a un criterio temporal que condicione su ingreso al Registro.

2.2. Derecho a sobreelevar en el ordenamiento argentino (y la superficie)

El caso del derecho de sobreelevación es bastante curioso. La doctrina argentina no niega su existencia ni cuestiona la posibilidad de constituirlo y que tenga eventuales efectos en el Registro; sin embargo, este derecho no tiene un sustento normativo. Leandro Posteraro y María Celeste realizan un correcto repaso a lo que viene a ser el derecho a sobreelevar y cómo se articulaba con el ordenamiento en ese entonces vigente (2003). Será tarea de este trabajo recoger los elementos teóricos de este derecho planteados por los autores y relacionarlos con el ordenamiento jurídico vigente cuando sea necesario.

Posteraro y Celeste parten describiendo si el derecho a sobreelevar o el espacio aéreo resultan semejantes y elementos comunes en un caso de propiedad horizontal. Haciendo memoria del artículo 2518 del Código de Vélez Sarsfield (en adelante Código de Vélez), los autores determinan que, al extenderse la propiedad a “toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares”, el espacio aéreo implica un elemento propio del predio, mientras que el derecho a sobreelevar es el “derecho a utilizar el espacio aéreo para elevar la edificación” (2003, p. 46-47). Si bien es cierto que el Código mencionado ya no se encuentra vigente al haber entrado en vigor el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante “Código Civil”), esta disposición tiene su contraparte en el artículo 1945 de este último al indicar que la “cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo en la medida que su aprovechamiento sea posible”. Ha de entenderse entonces al espacio aéreo como un símil del subsuelo en Perú o del vuelo en España. A partir de ello, es posible concluir que para otorgar derecho a sobreelevar será necesario ser titular del espacio aéreo. En un régimen de propiedad horizontal esto implica que, al ser todos copropietarios del

terreno, todos pasan a ser copropietarios del espacio aéreo, siendo este un bien común de la edificación.

En cuanto a la naturaleza jurídica del derecho, los autores recogen, de entre las dos posturas existentes, que el derecho a sobreelevar es un derecho personal y no uno real al no ser posible que el espacio aéreo sea “objeto de propiedad en forma independiente del inmueble al cual accede (2003, p. 47). A ello habría que añadir que, en el ordenamiento jurídico argentino, los derechos reales se rigen por un sistema de *númerus clausus*, siendo los derechos reales existentes aquellos que se contemplan en el Código Civil (artículo 1887) y en las leyes especiales. Siguiendo ese razonamiento, los autores detallan que al tratarse de una facultad de construir una unidad inmobiliaria y esta no existir como tal, no existe objeto sobre el cual ejercer propiedad, por lo tanto no nace el derecho real (2003, p. 48).

Una vez establecida la naturaleza jurídica, Posteraro y Celeste plantean dos cuestiones: ¿Quién puede ser titular del derecho a sobreelevar? ¿Cómo se puede adquirir el derecho? La primera pregunta es respondida de manera sencilla enumerando 4 casos:

- El propietario del último piso o propietario de cualquier unidad
- El propietario original del edificio
- Terceros ajenos al edificio (no propietarios de alguna unidad)
- El conjunto de propietarios (al tratarse de disposición del espacio aéreo siendo este un bien común)

(Posteraro y Celeste.2003. 49-51)

La segunda pregunta tiene como respuesta dos partes. Primero, los autores distinguen la reserva de la cesión del derecho, partiendo del hecho de que “solo el titular de un derecho puede reservárselo para sí” (2003, p. 50). En ese sentido, esto solo ocurre cuando el propietario original de la edificación constituye reserva de este derecho para sí mismo en el reglamento interno del régimen de propiedad horizontal (2003, p. 50). Siguiendo ese razonamiento, “si el reglamento se expresa que se reserva el derecho para un tercero para quien resulte ser titular de una o más unidades determinadas, en este caso no hay reserva del mismo sino cesión, porque el derecho no queda en cabeza de su titular originario” (2003, p. 50).

Como segunda parte de la respuesta tenemos que el derecho puede transmitirse por acto entre vivos o por acto *mortis causa*. En el caso de los actos entre vivos se tiene el

caso en que se reserva el derecho en el reglamento interno, mientras que, en el caso de la cesión del derecho, esto se hace posterior al otorgamiento del reglamento interno original y se requerirá del acuerdo favorable de todos los propietarios (Posteraro y Celeste, 2003, p. 51-52). En el caso del acto *mortis causa*, al tratarse de un derecho de carácter patrimonial, puede ser materia de transmisión hereditaria u objeto de legado (Posteraro y Celeste, 2003, p. 53)

Para la constitución de este derecho, los autores se remiten al artículo 1184 del Código de Vélez indicando que es la forma exigida por su inciso 1⁽²⁾. En este caso sí es posible encontrar una norma que cumple la misma manera en el Código Civil, siendo este el artículo 1017 literal a).

Artículo 1017. Escritura Pública

Deben ser otorgados por escritura pública:

- a) los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Quedan exceptuados los casos en que el acto es realizado

En el Código de Vélez se encuentra el supuesto dentro de los contratos que representan obligaciones sobre un bien inmueble, mientras que en el Código Civil el supuesto vendría a ser la modificación de derechos reales sobre inmuebles. ¿Por qué? Resulta que una vez pactado el derecho a sobreelevar, al ejercerse se producirá una modificación en los títulos de dominio de cada una de las unidades de la edificación al disminuir su cuota sobre los elementos comunes. El titular del derecho incluso podría contar con poderes para realizar la respectiva modificación del reglamento interno de manera unilateral, donde deberán constar las nuevas unidades (Posteraro y Celeste, 2003, p. 53-54). Dado que el ejercicio de este derecho personal implica una eventual modificación de derechos reales en la propiedad horizontal, será necesario el empleo de escritura pública.

Como uno de los aspectos finales de este derecho se tiene a la incógnita de cómo se adquiere el dominio de lo edificado. La premisa de la que parte este análisis es que este derecho no ha surgido de una norma, es parte de la práctica y hasta el día de hoy no tiene soporte normativo en el Código Civil (que regula la propiedad horizontal) ni en una norma de carácter especial. Posteraro y Celeste parten de un punto base: “no basta con

(2) “... los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles (...) o alguna obligación o gravamen sobre los mismos...”

finalizar la construcción para ser propietario de lo edificado mediante una reserva o cesión del derecho de sobreelevar” (2003, p. 56-57). La adjudicación de propiedad no opera de manera automática al no existir norma jurídica que lo ordene.

Una vez se culminaron las obras se requiere consignar las nuevas unidades en el registro y asignar su titularidad al constructor (Posteraro y Celeste, 2003, p. 57). A partir de ello se plantea ciertos elementos necesarios para su existencia en el registro, siendo uno de los más relevantes (aparte de la información técnica que pudiese requerirse), la necesaria modificación del reglamento interno. Esto debido a se trata de la fuente de los derechos reales en el régimen de propiedad horizontal al delimitar los derechos de los distintos propietarios. Añadido a ello, los autores recuerdan que la unanimidad para modificar el reglamento puede venir incluida en la reserva del derecho por el propietario original o en el otorgamiento del derecho a sobreelevar por parte de los propietarios mediante los poderes especiales irrevocables para modificar unilateralmente el reglamento que se mencionaron con anterioridad (2003, p. 57).

Como punto final respecto de la adquisición del dominio de las nuevas unidades, una vez inscritas, el título que genera la inscripción a favor del constructor es el “contrato de sobreelevación o contrato de construcción, y no por el mero hecho de terminar la construcción” (Posteraro y Celeste, 2003, p. 58). Como se indicó, no hay norma que asigne la titularidad de forma automática, por lo que se requiere de este contrato como título. Con esto resuelto toca responder a una pregunta adicional: ¿Cómo se extingue este derecho? Los autores plantean 7 causales que presentaremos rápidamente.

- a) Por su ejercicio, quedando únicamente el derecho de propiedad sobre las nuevas plantas
- b) Por el transcurso del plazo, si se fijó uno para el ejercicio del derecho. Cabe la posibilidad de acordar ampliación del plazo.
- c) Por destrucción de la cosa, pues no existe superficie sobre la cual se pueda ejercer el derecho.
- d) Por vetustez del edificio al ser causal en la antigua Ley 13.512 para que los propietarios optaran por la demolición y extinción de la propiedad horizontal.
- e) Por autoridad de la ley, cuando una norma impide edificar sobre el inmueble
- f) Por confusión, cuando el titular del derecho a sobreelevar adquiere la propiedad de todas las unidades inmobiliarias del edificio.
- g) Por prescripción: al cumplirse el plazo legal establecido para los derechos personales si no se pactó plazo distinto.

(Posteraro y Celeste, 2003, p. 58-59)

Cabe destacar que, salvo el literal d), las causales expuestas por los autores obedecen a cuestiones lógicas. Si es imposible el ejercicio de un derecho este se extingue, si se cumplen los plazos de vigencia de un derecho también se extingue, si se ejerce un derecho limitado a determinadas estipulaciones y atendiendo a todas ellas, el derecho se consume. Incluso el literal d) podría tratarse de una consecuencia lógica desprendida de la imposibilidad de construir sobre un edificio ruinoso y la futura inexistencia de este producto de su demolición.

Como último aspecto relevante queda explicar si este derecho es susceptible de ingresar al Registro tomando en cuenta que su constitución se genera mediante escritura pública y no existe norma de rango legal que la regule o establezca determinadas directrices para ello. Lo cierto es que Posteraro y Celeste logran identificar ya en ese momento que al derecho de sobreelevar, a pesar de ser un derecho personal, dadas sus “connotaciones reales y económicas le han abierto las puertas de los registros inmobiliarios” (p. 59). Eso debido a que “la publicidad de un derecho de sobreelevar puede incidir sobre la adquisición o enajenación de las unidades que forman parte del inmueble sometido a P.H. [propiedad horizontal]” (2003, p. 59). Es por este motivo que recogen cinco normas que evidencian la posibilidad de inscribir un derecho a sobreelevar en el registro; en este trabajo mencionaremos específicamente una que consideramos la más explícita al respecto: la Disposición Técnico Registral 4/1984 Pcia. Bs. As.⁽³⁾:

Artículo 1°: Será inscribible en el folio real, y dentro del rubro destinado a la descripción del inmueble, la existencia de ‘unidades a construir’ o ‘derecho de construir’ o ‘sobreelevar’ o como le hubiere denominado el fundador o sus sucesores al momento de expresar la manifestación de voluntad afectatoria del dominio al régimen de la ley 13.512.

Se tiene entonces que el derecho a sobreelevar, al menos para la provincia de Buenos Aires en ese momento, resulta inscribible. La DTR es específica que es “inscribible” y no de obligatoria inscripción, dado que no existe norma alguna que tenga como obligatoria la inscripción de este derecho para que sea válido, aun cuando se hubiese otorgado dentro de un régimen de propiedad horizontal (Posteraro y Celeste, 2003, p. 59-60). Pese a ello, todavía no ha sido zanjada la cuestión, pues las Disposiciones

(3) Ya son casi 40 años en que este derecho fue tomado en cuenta para su eventual ingreso al registro. Sin embargo, no se posee una norma de rango legal que la acoja.

Técnicos Registrales de alcance nacional no se han pronunciado al respecto; por lo que su inscripción en el registro no es un hecho garantizado.

Puede entonces concluirse de esta subsección que el derecho a sobreelevar no es acogido por el ordenamiento argentino. Si bien tiene respaldo doctrinario e incluso a opinión de una Disposición Técnico Registral resultaría inscribible, no es contemplado por norma de rango legal o reglamentario alguna. Este es un derecho personal que permite a su titular sobreedificar en un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal. Resulta de utilidad para la práctica y debe constar en escritura pública (en caso de ser otorgado por la totalidad de la junta de propietarios); asimismo, no dependerá de su inscripción para ser válido o ser eventualmente ejercido por su titular.

2.2.1. Derecho de superficie

El lector atento se habrá preguntado por qué se da por hecho que el derecho a sobreelevar solo puede producirse en el ámbito de la propiedad horizontal. Más allá del obvio componente doctrinario y de la práctica ya identificados, resulta que pensar en un derecho a sobreelevar sobre un predio “común y corriente” era imposible dado que se trataría entonces de un derecho real de superficie (Posteraro y Celeste, 2003, p. 49) que se encontraba prohibido hasta el 2015 por el ordenamiento jurídico argentino.

Luana Alberdi realiza una breve reseña histórica al respecto, partiendo del origen romano del derecho de superficie y aterrizando en la legislación civil argentina, donde el Código de Vélez prohibió el derecho de superficie explícitamente debido a las complicaciones que generaba tener “multiplicidad de derechos reales sobre una misma cosa” según el codificador (Alberdi, 2019, p. 119).

Es la Ley de Bosques del año 2002 y la Ley 25509 la que da un primer vistazo a este derecho a través de la posibilidad de constituir un derecho real de superficie forestal con un objetivo orientado a la forestación (Alberdi, 2019, p. 119). Es doce años después de este primer paso que el Código Civil pasó a regular el derecho de superficie de manera sumamente amplia.

Artículo 2114. Concepto

El derecho 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.

Al igual que en el ordenamiento español, el Código Civil argentino plantea la posibilidad de constituir un derecho de superficie sobre una edificación preexistente. Incluso el artículo 2116 complejiza más la cuestión al indicar explícitamente que “el derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, (...), o sobre construcciones ya existentes aún dentro del régimen de propiedad horizontal” (el subrayado es propio).

Si bien se trata de un derecho diferente (tanto en contenido como en su naturaleza real), la superficie también ha de constituirse mediante un acuerdo de todos los propietarios al tratarse de la disposición de un elemento común como lo es el espacio aéreo. Se produce, entonces, un escenario similar a lo ocurrido con el derecho de vuelo y la superficie en España; podría existir una disposición del espacio aéreo mediante la cesión del derecho a sobreelevar o a través un derecho de superficie. Esto puede generar situaciones problemáticas si tomamos en cuenta que la sobreelevación puede no ingresar al registro y ser de difícil conocimiento para los terceros que buscasen constituir un derecho sobre el espacio aéreo de una edificación bajo el régimen de propiedad horizontal.

María Adriana Garay, producto de la revisión de la normativa del Código Civil respecto de la superficie, ilustra casos donde este derecho puede ser de utilidad siendo uno de ellos la posibilidad de generar superficies para la construcción de cocheras (2020, p. 43). Plantea entonces la interrogante de si resulta posible la constitución de un derecho de superficie para la construcción de cocheras en un sótano y la constitución de otro para la construcción de un centro de comercial sobre el suelo. Al igual que en el caso español, no habría problema de que este derecho sea constituido más de una vez en un mismo predio, incluso en el caso de una propiedad horizontal donde podría constituirse superficie para elevar y constituirse una para la construcción en el subsuelo a titulares distintos (Garay, 2021, p. 43). Si ese es el caso, resultaría también compatible la cesión del derecho a sobreelevar a un particular mediante la respectiva escritura pública y una constitución de un derecho de superficie sobre el subsuelo; esto aun y cuando el derecho a sobreelevar no ingresase al Registro.

Si bien ambos derechos tienen como objeto el espacio aéreo (llamado vuelo en el Código Civil), se diferencian en un punto fundamental. El derecho a sobreelevar implica

la apropiación de lo edificado de forma perpetua, mientras que la superficie implica una propiedad temporal (sujeta a plazo) y revertirá lo construido a favor del otorgante del derecho una vez vencido el plazo. Además, otra diferencia fundamental es la predisposición de que la superficie ingrese al Registro, mientras que el derecho de sobreelevar puede quedar en el ámbito extraregistro y no generar conocimiento general.

2.3. ¿Qué aspectos pueden o pudieron tomarse en cuenta para nuestra norma?

Por un tema de estructura, el derecho de vuelo del artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario resulta mucho más atractivo para comparar al derecho de sobreelevación del DL 1568. Esto debido a que el derecho a sobreelevar resulta en una construcción doctrinaria y producto de la práctica antes que producto de una regulación. Sobre esto último, resulta mucho más eficiente colocar en una sola norma que regule la propiedad horizontal tanto la condición del subsuelo/aires/vuelo como los derechos que se pueden constituir sobre él. Por un lado, el Reglamento Hipotecario, a pesar de ser claro resulta necesario compararlo con otras normas legales para comprender a totalidad el derecho de vuelo; por otro lado, el Código Civil argentino no ha contemplado el derecho a sobreelevar, ni tampoco alguna otra norma de rango de ley, lo que genera problemas para su oponibilidad y publicidad.

Resulta positivo para el ordenamiento español que se tenga por sentado desde un inicio que el derecho de vuelo es un derecho real y que esto resulte respaldado por los pronunciamientos de la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública). Esto lamentablemente no ha ocurrido en el Perú, donde el Tribunal Registral mantiene una postura conceptualmente errada acerca de los aires e incluso lo ha manifestado en Acuerdos Plenarios como se verá en la siguiente sección. Lo mismo para el derecho de sobreelevación argentino, no es contemplado en norma alguna. Esperemos que el Reglamento del Decreto Legislativo resulte esclarecedor en esta materia y evite dar un margen interpretativo demasiado amplio al operador, quien lamentablemente no ha realizado un buen trabajo.

Algo que pudo tomarse en cuenta para el caso del derecho de sobreelvación es colocarlo por sí mismo como un bien común de la edificación (y no subordinado a la azotea). O en todo caso realizar la misma declaración del ordenamiento español al determinar como elemento común el vuelo y declarar que el subsuelo de una edificación

bajo el régimen de propiedad horizontal es un bien común que puede verse en todo caso afectado por un derecho de sobreelevación.

Resulta común la premisa de que el derecho de sobreelevación / derecho de vuelo / derecho a sobreelevar ha de ser constituido en un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, aunque la legislación peruana hizo bien en dejarlo en claro al incluir el derecho de sobreelevación en el Decreto Legislativo que regula la Propiedad Horizontal. El Reglamento Hipotecario hizo lo propio al detallar los requisitos para su inscripción, mientras que el derecho a sobreelevar, al ser una construcción de la práctica jurídica, solo se ve limitada por el hecho de que la superficie resulta aplicable a los demás supuestos donde él no lo es. Sin embargo, algo interesante que podría tomarse en cuenta de ambos ordenamientos extranjero es la posibilidad de constituir superficie sobre edificaciones preexistentes. Podría facilitar algunas operaciones donde se desea aprovechar el potencial edificatorio para realizar actividad comercial al no necesitar de aprobación por parte de la Junta de Propietarios para cada acto como podría ocurrir con el derecho de sobreelevación (a menos, claro, que existiera una cláusula autoritativa en el otorgamiento del derecho).

Otro rasgo común de estos tres derechos es que pueden ser otorgados por parte del conjunto de propietarios o ser consignados desde el inicio del régimen de propiedad horizontal por su propietario. Es un elemento fundamental definir quién puede constituir los derechos, así como donde han de estar consignados: el reglamento interno. En ese sentido, el derecho a sobreelevar resulta curioso pues el reglamento interno podría contener disposiciones respecto a este derecho y quién es su titular, pero no es algo claro que este derecho pueda ingresar por sí mismo al Registro o pueda generar un asiento registral propio

Para finalizar y responder a la pregunta de esta sub sección, se deberá tomar en cuenta dos elementos:

- Claridad similar a la del Reglamento Hipotecario en el Reglamento del Decreto Legislativo 1568 (pendiente a la fecha de realización de este trabajo) para detallar cómo ha de inscribirse el derecho de sobreelevación.
- Determinar al sobresuelo o al derecho de sobreelevación (el elemento podrá variar de acuerdo al criterio del legislador) como elemento/bien común por defecto e independiente de la azotea en un régimen de propiedad horizontal.

Si bien existen elementos comunes entre los tres derechos, lo cierto es que el derecho de sobreelevación del ordenamiento peruano resulta preferible estructuralmente a un derecho amparado solo en doctrina y la práctica (derecho a sobreelevar) o un derecho que requiere de mayor revisión normativa para comprender sus alcances (derecho de vuelo). Añadido a ello, adquiere su propia identidad al encontrarse dentro del Decreto Legislativo que regirá la propiedad horizontal, ámbito donde es aplicable y que (al menos de momento) solo dependerá de sí misma y su reglamento para ser entendida.

A modo de cierre de esta sección se agrega un cuadro comparativo detallando las principales características de los derechos desarrollados y comprender de mejor manera los derechos involucrados en la materia.

	Norma que lo contiene	Naturaleza del derecho	Régimen de la propiedad donde es aplicable	Ingreso al Registro	Facultades del titular
Derecho de sobreelevación	Decreto Legislativo 1568	Personal	Propiedad Horizontal	<u>Sí</u> Partida propia o contenido en una unidad inmobiliaria	Sobreedificar o subedificar
Aires	Reglamento de Incripciones del Registro de Predios - Resolución de Superintendencia N° 097-2013-SUNARP-SN	Real	Propiedad Horizontal	<u>Sí</u> Partida propia y porcentaje de participación sobre bienes comunes	Sobreedificar
Derecho de vuelo	Reglamento Hipotecario – Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario	Real	Propiedad Horizontal	<u>Sí</u> Inscripción en folio de la edificación	Sobreedificar o subedificar
Derecho a sobreelevar	No tiene – Producto de la práctica contractual	Personal	Propiedad Horizontal	Supeditado a decisión de operadores jurídicos	Sobreedificar

3. Eficiencia y claridad del nuevo marco normativo

La exposición de motivos del DL 1568 identifica como problema público los “altos niveles de conflictividad en la convivencia entre propietarios y/o poseedores de unidades inmobiliarias que comparten bienes y/o servicios comunes”. Es así que este documento reduce las causas principales del problema a 3 puntos:

- Incumplimiento de obligaciones por parte de los propietarios
- Ejercicio arbitrario de sus facultades por parte de la Junta de Propietarios
- Desconocimiento de los derechos y deberes por parte de los propietarios

Moisés Arata considera que esta problemática no justifica por sí sola la necesidad de una nueva Ley sobre la Propiedad Horizontal (2023, p. 11). Es así que él recoge siete situaciones de especial complejidad que se producen durante los actuales procesos edificatorios:

1. Complejidad de cuantitativa y cualitativa de las edificaciones actuales
2. Proliferación de edificaciones con usos mixtos
3. Densificación de edificaciones: máxima altura, mínima área de las unidades inmobiliarias
4. Desarrollo de procesos simultáneos y por etapas de habilitación de tierras y edificación.
5. Necesidad de organizar una respuesta registral eficiente para los proyectos integrales con presencia de áreas reservadas para desarrollo de futuras etapas constructivas, garantizando los derechos registrados de los adquirientes en etapas iniciales.
6. Tendencia de aprovechar todo espacio edificable, dando lugar a fraccionamientos del futuro volumen edificatorio (derecho de sobreelevación)
7. Mayor presencia de los condominios rurales que no han podido ingresar a Registro como propiedad horizontal

(Arata, 2023, p. 11-12)

Estas situaciones presentadas por el autor permiten comprender de manera más extensa que la propiedad horizontal tiene distintos aspectos relevantes además de la conflictividad mencionada y son estos los que justifican la emisión de una norma nueva al respecto; siendo el punto sexto planteado por Arata el que resulta de especial análisis

en este segmento del trabajo. Ello no demerita las tres causas señaladas por la exposición de motivos, pues el documento en cuestión recoge diversos trabajos que identifican la presencia de las situaciones mencionadas.

Resulta necesario comprender si el nuevo marco regulatorio resulta eficiente para responder a esta específica complejidad presente en el desarrollo inmobiliario. A través de la revisión de los defectos teóricos presentes tanto en el marco regulatorio anterior (aires) como en la manera en que el Tribunal Registral ha comprendido la materia, podrá determinarse si lo planteado por el DL1568 resulta más eficiente para atender esa necesidad. De igual manera, resulta importante revisar si los aires, bajo lo planteado por el Tribunal Registral y el Decreto Legislativo, todavía persisten en el ordenamiento peruano. Como último apartado de esta sección, se revisará el caso del Centro Comercial Polvos Azules y cómo pudieron haber transcurrido los hechos de estar vigente en la época el régimen de propiedad horizontal del DL 1568.

3.1. Errores conceptuales de los aires y las falencias del Tribunal Registral

Se revisó en la primera sección de este trabajo que, si bien los aires es un derecho, han sido contemplados por el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios como una unidad inmobiliaria con su propia partida registral y con un porcentaje de participación sobre los bienes comunes. Esto quiere decir que es considerado un inmueble, sin embargo, ¿resulta esto posible?

Si uno se remite al Código Civil y revisase el artículo 885 que describe los bienes inmuebles y llegaría eventualmente al inciso diez (10) que funciona de ventana para que este derecho pueda ser considerado un inmueble. Los aires se tratarían de un derecho sobre un inmueble y, por lo tanto, resultaría factible su inscripción en el registro de predios como tal. Pese a ello, no deja de ser conflictivo este escenario. Incluso cuando se quisiera tomar en cuenta el inciso 11 de este mismo artículo, este no resultaría aplicable ya que no ha sido una norma de rango legal la que ha determinado su existencia, sino un Reglamento de Inscripciones aprobado mediante Resolución de Superintendencia, por lo que no podría otorgársele esa calidad.

Como se mencionó, este se trata de un derecho de naturaleza real al otorgar, desde su constitución, propiedad sobre los bienes comunes; sin embargo, esta premisa entra en conflicto con lo dispuesto en el artículo 881 del Código Civil al indicar que “son derechos reales los regulados en este Libro y otras leyes”. Esto quiere decir que nos encontramos

ante un quiebre en el orden normativo, pues mediante una Resolución de Superintendencia se creó un derecho real (aun cuando esta no lo mencione expresamente).

A ello toca sumar una obvia pero necesaria observación. Los bienes inmuebles suelen ser cosas tangibles, con excepción de lo que disponga alguna norma de rango legal (concesiones, derechos sobre inmuebles, entre otros). Si los aires se tratan de un derecho y no de un inmueble físico palpable, ¿cómo es que su constitución le asigna a su titular un porcentaje de participación sobre los bienes comunes? Las unidades inmobiliarias en un régimen de propiedad horizontal se corresponden con una realidad física y ello les permite obtener un porcentaje de participación sobre los bienes comunes en base a determinados criterios, siendo por lo general el área ocupada el utilizado. No resulta claro cuál es el “área ocupada” de un derecho a sobreedificar, ya que (remitiéndose a la literalidad de la palabra) el “aire” es un espacio vacío en el cual no existe edificación alguna de momento. Si bien el Reglamento de Inscripciones exige que se determine el área ocupada por los aires para que este se inscriba este derecho (y para otorgar el porcentaje de participación correspondiente), esto no quiere decir que, en efecto, se esté ejerciendo propiedad sobre este espacio.

De la mano con la observación anterior, al no tratarse de un espacio físico, aun cuando el Reglamento determine que tiene un área ocupada y un porcentaje de participación en los bienes comunes, no es posible ejercer posesión sobre él. En ese sentido, no cabría ejercer el uso de la propiedad que según el Reglamento de Inscripciones existe. Si se trata de una edificación donde solo se tiene un techo correspondiente al último nivel, y asumiendo que existiera una escalera que permitiera el acceso, no sería posible realizar un uso exclusivo de la unidad inmobiliaria de aires pues el techo es (de acuerdo al artículo 40 de la Ley 27157) un bien de propiedad común. De igual manera, si el último nivel de edificación se tratara de una azotea, con mayor razón sería imposible el uso exclusivo del titular de los aires sobre la unidad inmobiliaria que supuestamente existe.

Estas dos últimas situaciones mencionadas han sido en parte discutidas por el Tribunal Registral en el Pleno CXLIX, que derivó en un Acuerdo Plenario y demostró que este órgano tampoco tuvo en claro (o tiene si se considera que el Acuerdo sigue vigente) el concepto de aires y qué verdaderamente implica. Peor aún, generó una equivalencia de errónea de los dos conceptos mencionados: aires y azotea. El Acuerdo Plenario del Pleno CXLIX determina:

“En la legislación peruana son conceptos equivalentes azotea o aires, sin perjuicio de lo que al respecto señale el Reglamento Interno”

Esto resulta en dos consecuencias. Primero, se establece una “equivalencia” errónea de dos conceptos de naturaleza distinta, siendo la azotea un término técnico definido por el Reglamento Nacional de Edificaciones respecto del último nivel de edificación distinto a un piso, mientras que los aires (como ya se mencionó) es un derecho de naturaleza real (Falcón, 2023). Equipararlos es un error conceptual básico; no puede equipararse la descripción de un nivel de edificación con un derecho.

Como segunda consecuencia, este Acuerdo crea una norma supletoria en el régimen de la propiedad horizontal, pues de no haber sido contemplada la condición de bien común de los aires en el Reglamento Interno, los propietarios de azoteas de propiedad exclusiva pasarán a ser titulares de los aires (Falcón, 2023, 30). Dado que ambos términos resultan equivalentes para el Tribunal Registral, los propietarios de azoteas tendrán también titularidad sobre los aires, siempre y cuando su solicitud de inscripción llegue a la segunda instancia registral⁽⁴⁾. Como indica Mejorada, la Ley es la única que puede asignar titularidades sin limitar el derecho de propiedad (2015, p. 56). En este caso, se trataría del derecho de los demás propietarios respecto de los aires. Este Acuerdo crea una norma que vulnera este principio.

Como un último, pero todavía más complejo, problema creado por el Tribunal Registral respecto de los aires, se tiene el Acuerdo Plenario del Pleno CCXLIII que dicta lo siguiente:

Independización de aires sobre aires

Procede la independización de aires sobre aires siempre que se proyecte un área de acceso independiente y se asigne un porcentaje de participación a cada unidad a independizar.

(4) Véase Resolución 2484-2022-SUNARP-TR. En esta resolución, la solicitud de adjudicación de los aires a los propietarios de depósitos en el nivel azotea fue denegada por el registrador al no haber sido independizados los aires. El Tribunal Registral se remite al Pleno CXLIX para resolver que “resulta innecesaria aclarar la adjudicación de los aires libres en el 4to piso, pues tratándose de un régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, en el que los depósitos (secciones de propiedad exclusiva) están ubicados en la azotea, ello implica que también le correspondan los aires dentro del área ocupada de la sección sobre la que se proyecta”.

El reglamento interno y los planos deben contener las medidas proyectadas de cada unidad, incluyendo su altura.

Esto quiere decir que, para el Tribunal Registral, es factible que existan unidades inmobiliarias “fantasmas” una sobre otra. Podrán existir “x” cantidad de unidades inmobiliarias hasta donde lo permitan los parámetros urbanísticos edificatorios aun cuando estas no tengan correspondencia con la realidad. Si se ha visto que es cuestionable considerar a los aires “solos” como una unidad inmobiliaria con un porcentaje de participación al tratarse en realidad de un derecho, resulta todavía más cuestionable que puedan existir múltiples aires sobre el mismo espacio y solo individualizados unos de otros por medio de un plano y la imaginación de aquel que decide constituirlos. Si en los aires no es posible ejercer posesión, ¿cómo lo haría el propietario de los aires del piso 5^{to} cuando solo existen dos pisos edificados en la realidad? Es en este escenario que Brenda Clemente Inga (2022) identificó tres principales argumentos expuestos por el Tribunal Registral para adoptar el mencionado acuerdo.

- Al existir la preindependización, predeclaratoria de fábrica y prereglamento interno, se puede abrir la puerta a nuevas regulaciones para satisfacer las necesidades sociales.
- Atendiendo a estas necesidades se modificaría los alcances del derecho de propiedad y la posibilidad de acoger en el Registro derechos de propiedad sin soporte físico.
- A partir del artículo 58 del Reglamento de Inscripciones se desprende que para una independización de unidad inmobiliaria no se requiere de la existencia de edificación.

(Clemente, 2022, p. 5)

Basta revisar el primer argumento para comprender que se confunden nuevamente conceptos y se buscan establecer relaciones entre instituciones que no las tienen. En el primer argumento, debe tenerse en claro que los tres actos mencionados no corresponden a un intento de generar unidades inmobiliarias o un régimen de propiedad horizontal sin la existencia de una construcción. Son un paso previo opcional para la eventual inscripción definitiva de las unidades inmobiliarias, existen porque eventualmente se llegará a una correspondencia entre el Registro y la realidad (partida de inmueble con el inmueble físico). Es más, de no concluirse con el proyecto dentro del plazo establecido, estas partidas serán cerradas. En los aires sobre aires se trata de la creación de unidades inmobiliarias con todas las implicancias propias de una inscripción de independización definitiva, pese a que no exista construcción alguna o exista el soporte material para su efectivización (techo de la última unidad inmobiliaria).

En el segundo argumento, resulta un quebrantamiento claro del ordenamiento jurídico mencionar que es factible modificar los alcances del derecho de propiedad o de crear un nuevo tipo de bien inmueble mediante un Acuerdo Plenario. Si se ha criticado que la creación un derecho de naturaleza real mediante una Resolución de Superintendencia en el caso de los aires, es mucho más cuestionable (por no decir absurdo) que se puedan crear por acuerdo tipos nuevos de inmuebles.

El tercer argumento resulta endeble partiendo del mismo artículo 58, pues este hace referencia a la falta de edificación para la independización de terrenos, al mismo tiempo que diferencia esta posibilidad de las edificaciones sujetas al régimen de propiedad horizontal. En el régimen general de la propiedad es factible la existencia de predios que solo consten de terreno sin edificar; en el régimen de propiedad horizontal, toda unidad inmobiliaria corresponde con un espacio físico en la edificación. Crear múltiples unidades individuales que solo existan en planos no es factible por más que se trate de asemejar esta situación con la de la preindependización. Este acto está orientado a generar una inscripción definitiva una vez construida la unidad inmobiliaria, mientras que los aires sobre aires son en sí mismos unidades inmobiliarias que puede que nunca tengan una materialidad a la cual hacer referencia, el “propietario” no está obligado a llevar a cabo obra alguna.

La decisión del Tribunal Registral de permitir estas inscripciones puede generar escenarios verdaderamente absurdos. Un ejemplo de ellos sería una edificación que tenga solo cuatro plantas construidas y quince unidades inmobiliarias constituidas como aires sobre aires. En el Registro se tendría diecinueve pisos con una unidad inmobiliaria en cada planta, pero cuando una persona asista al lugar verá que solo existen cuatro pisos construidos. Lo que es aún peor, al tener cada propietario de estos aires sobre aires un porcentaje de participación sobre los bienes comunes, la mayoría de miembros de la Junta podría tomar decisiones sobre el edificio y ni siquiera haber pisado nunca sus instalaciones.

A modo de cierre, queda claro que el marco legal que regula los aires presenta deficiencias conceptuales. No resulta teóricamente correcto el haber generado unidades inmobiliarias que no son factibles de ser aprovechadas cuando en realidad se trata de un derecho a sobreedificar. Además, no fue normativamente correcto el crear un derecho de naturaleza real a través del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. De igual manera, el Tribunal Registral ha manejado un criterio errado respecto de los aires, al considerarlo equivalente a la azotea (Acuerdo del Pleno CXLIX)

ignorando que se trata de términos de naturaleza distinta; asimismo, ha creado la posibilidad de independizar unidades inmobiliarias “en el aire” sin correspondencia con una materialidad o la obligatoriedad de que eventualmente se lleve a cabo su edificación (Acuerdo del Pleno CCXLIII).

Este escenario revela que el marco regulatorio anterior al Decreto Legislativo no resulta eficiente para su empleo, pues los operadores jurídicos no han tomado las decisiones teóricamente correctas al respecto e incluso han creado un nuevo tipo de propiedad cuya permanencia en el tiempo de momento es una incógnita (aunque este tema será visto más adelante). En comparación, el derecho de sobreelevación resulta definido desde su concepción en el DL 1568 y no repite el error que cometió el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios de asignar un porcentaje de participación a la partida registral del derecho. En ese sentido, no se trata de una unidad inmobiliaria y no resulta posible generar partidas de “aires sobre aires” o derechos de sobreelevación superpuestos en una misma edificación (o al menos el Tribunal Registral todavía no lo ha permitido).

3.2. La sobreelevación y el aprovechamiento del espacio urbano

La exposición de motivos del DL 1568 reconoce dos situaciones sumamente relevantes para la existencia del derecho de sobreelevación así como a la necesidad de tener una norma que recoja de la manera más adecuada e integral posible los aspectos relevantes mínimos para que las edificaciones sujetas al régimen de propiedad horizontal funcionen adecuadamente y eviten los conflictos. Estos son dos antecedentes de la norma relacionados íntimamente el uno con el otro: el crecimiento poblacional en el periodo 1995-2020 y la expansión de las ciudades.

El documento recoge que la población nacional pasó de ser de 24 242 600 personas en 1995 a proyectarse a 32 625 948 en 2020⁽⁵⁾. Esto representa un incremento de más de 8 millones de personas, las cuales necesitan de vivienda, lo que deriva en la expansión del suelo urbano. En ese sentido, Álvaro Espinoza y Ricardo Fort detallan que las ciudades del Perú se han expandido en cerca del 50% y un 90% de esta expansión urbana es informal (2020, p. 30). Asimismo, los autores revelan que entre 2001 y 2018

(5) Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI. (2019, octubre). *PERÚ: Estimaciones y Proyecciones de la Población por Departamento, 1995 – 2030* [Boletín de Análisis Demográfico No 39].

se generaron 68.000 hectáreas de suelo urbano, en el que habitan 3.5 millones de personas en 940.000 viviendas (2020, p. 7). Este aumento considerable de suelo urbano, sin embargo, no resulta suficiente para satisfacer la demanda de la población, pues se necesita aproximadamente 100.000 nuevas viviendas formales al año para que se logre solucionar el déficit habitacional (EFE, 2023).

Se tiene entonces un panorama donde la gran mayoría de nuevas unidades inmobiliarias se generan de manera informal ante un déficit habitacional que expande cada vez más las ciudades, alejando así a los nuevos habitantes de los centros económicos más desarrollados de la ciudad. Este trabajo no pretende mostrar la panacea a este problema, pues sus causas son muchas y sus posibles soluciones tal vez aún más; sin embargo, es necesario advertir (como lo hace la exposición de motivos) que como respuesta a la explosión demográfica los agentes privados del mercado inmobiliario han optado por un crecimiento vertical de la ciudad mediante la construcción de edificios de departamentos.

En consecuencia, la posibilidad de aprovechar el potencial edificable de los predios resulta de suma importancia y es visible a lo largo de la ciudad donde antiguas casas o construcciones de uno a dos pisos vienen siendo adquiridas por empresas del sector inmobiliario para construir sobre su área un edificio que maximiza el aprovechamiento vertical del predio tanto hacia arriba (máxima cantidad de pisos permitida por los parámetros urbanísticos edificatorios) como hacia abajo (edificios con 6 niveles de sótanos o incluso más). ¿Es entonces el derecho de sobreelevación una herramienta útil para este fin? La respuesta es afirmativa.

El derecho de sobreelevación permite tanto la sobreedificación como la subedificación en el contexto de una edificación preexistente. Si el propietario o los propietarios no cuentan con los medios económicos para generar más unidades inmobiliarias que pudiesen servir a atender esta necesidad de vivienda (que quede claro que tampoco es su obligación hacerlo), pueden otorgar el derecho de sobreelevación a favor de un tercero y este puede ejecutar las obras necesarias para tener una unidad inmobiliaria propia en el edificio preexistente. De esta manera se armoniza la necesidad de vivienda de un tercero, como una eventual expectativa de económica de los propietarios anteriores respecto de los bienes comunes (recordar que el derecho de sobreelevación es considerado un bien común por el DL 1568).

A todo lo anterior es necesario agregar que esto solo será aplicable a edificaciones menores o de pocas unidades inmobiliarias. Esto no se debe a que sea normativamente imposible aplicarlo a grandes conjuntos habitacionales. Sucede que en los grandes proyectos habitacionales las empresas del sector inmobiliario agotan el máximo potencial edificable hacia arriba con el objetivo de maximizar el provecho económico fruto de la venta de las unidades inmobiliarias. De igual manera, lo normal es que el subsuelo sea aprovechado de tal manera que todas las unidades inmobiliarias puedan tener un respectivo estacionamiento. Lo más probable es que este derecho sea otorgado en pequeños edificios cuyo potencial edificable máximo no haya sido alcanzado y cuyos cimientos o estructuras hayan sido diseñados para soportar más unidades inmobiliarias. Resulta necesario recordar que el artículo 16.2 del DL 1568 determina que el número de pisos que se fuera a edificar a partir del otorgamiento del derecho no debe afectar la estructura o seguridad de la edificación. En ese sentido, si las estructuras originales de la edificación fueron diseñadas para soportar únicamente la construcción actual, será posible otorgar el derecho de sobreelevación, pero no podrá ser efectivizado hasta que se solucionen los inconvenientes técnicos; lo mismo puede ocurrir en los casos de edificios producto de la autoconstrucción (construcciones realizadas por los mismo propietarios y con conocimiento empírico antes que técnico). Este derecho será de una aplicación más sencilla en construcciones formales y con estructuras dispuestas para soportar un mayor potencial edificable de lo construido hasta la fecha.

Finalmente queda dejar nuevamente en claro que el derecho de sobreelevación no es considerado por este trabajo como una panacea a la problemática expuesta, si embargo, es un instrumento que permitirá aprovechar en mayor medida el potencial edificable de los predios. Podría incluso ser constituido por motivos tan mundanos como el deseo de obtener un ingreso adicional, sin embargo, resulta en la posibilidad de que una persona o grupo familiar vea satisfecha su necesidad de vivienda sin necesidad de afectar a quienes fueron propietarios originales en la edificación y con mucho mejor determinación de los derechos que se generarán que el caso de los aires.

3.3. La situación de los aires

Los aires, si bien son mencionados por el Reglamento de la Ley 27157 al definir a la unidad inmobiliaria, no han tenido mayor desarrollo normativo antes de la Directiva 009-2008-SUNARP/SN y el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. Como se mencionó en la primera sección de este trabajo, el DL 1568 no contiene disposición

alguna que niegue la existencia de los aires; es más, los considera un bien común de acuerdo su artículo 18.1; además, el artículo 18.2 repite la fórmula del Reglamento de Inscripciones respecto de la creación de una unidad inmobiliaria de propiedad exclusiva con porcentaje de participación. En ese sentido, mientras que el Reglamento del Decreto Legislativo no haga una mención al respecto o disponga algo contrario al Reglamento de Inscripciones (complicado, por no decir imposible al implicar la negación de lo dispuesto por el Decreto Legislativo), debemos entender que los aires podrán ingresar todavía al Registro.

A partir de los defectos evidenciados en el primer segmento de esta sección, resulta contraproducente mantener un derecho que: i) no es definido en ninguna norma anterior y tampoco en la nueva; ii) los operadores jurídicos equiparan a un nivel de edificación (la azotea); iii) ha producido la creación de unidades inmobiliarias sin correspondencia física (aires sobre aires). Todo ello implicaría arrastrar problemas conceptuales que en principio parecían haber sido dejados atrás con la creación del derecho de sobreelevación. Si bien la exposición de motivos menciona explícitamente que “en el caso de la sobreedificación, el derecho de sobreelevación también es denominado aires, reserva de aires o azotea”, se advierten dos problemas con esta afirmación:

- Se repite el error del Pleno CXLIX al considerar a la azotea y los aires como equivalentes. Una equivocación que se vio reflejada en el artículo 12 literal i) del DL 1568.
- Si se considerara que los aires y derecho de sobreelevación son lo mismo para el DL 1568 ¿qué sentido tendría la existencia del artículo 18 si ya se menciona al derecho de sobreelevación como bien común el artículo 12 literal j)? Más allá de lo que menciona la exposición de motivos, la misma forma en que se ha legislado plantea que se trata de derechos distintos y la primera sección de este trabajo ya lo ha comprobado.

Además de la posibilidad de existencia de los aires con la norma de rango legal actual, toca preguntar a su vez si es que las unidades inmobiliarias de aires sobre aires seguirán siendo factibles de generar inscripciones en el Registro y qué sucederá con las ya existentes. En el primer caso, al no haberse estipulado algo en contra de lo dispuesto por el Reglamento de Inscripciones y seguir vigente el Acuerdo del Pleno CCXLIII, todavía será posible inscribir nuevas unidades inmobiliarias de aires sobre aires en el Registro. Incluso será factible su existencia en el registro a la par del otorgamiento del derecho de sobreelevación tal cual se mencionó en la primera sección. Por ejemplo,

podría existir un derecho de sobreelevación para sobreedificar sobre el piso 18 de aires en un edificio que solo cuenta con 4 plantas construidas. ¿Cómo se haría efectivo este derecho? Tendrían que edificarse primero los 14 pisos de aires existentes en el Registro para recién poder iniciar la construcción de las nuevas unidades inmobiliarias que tuviera permitido construir. Situación algo risible pero posible bajo lo planteado por el Tribunal Registral.

Respecto del segundo caso, las unidades inmobiliarias de aires seguirán existiendo y desplegando sus efectos propios de un derecho inscrito sin generar mutación alguna. Si bien el Decreto Legislativo ha dispuesto en su disposición complementaria final que las unidades inmobiliarias y edificaciones existentes transferidas con anterioridad a la vigencia de la norma han de adecuarse a sus disposiciones en lo que resulte aplicable, esto no implica la transformación de los aires sobre aires en derechos de sobreelevación. Como se ha indicado, esta nueva norma contempla la existencia de derecho de sobreelevación y aires de manera paralela, no resulta el primero el reemplazo del segundo; en ese sentido, perdurarán los aires sobre aires bajo esa misma denominación y no se alterará la configuración de los derechos inscritos.

Lamentablemente el Decreto Legislativo no optó por reemplazar completamente a los aires con el derecho de sobreelevación en la búsqueda de otorgar a los particulares un derecho a sobreedificar definido claramente por el ordenamiento y conceptualmente coherente. Los aires persisten y será cuestión del Reglamento determinar cómo se armonizará su existencia con el derecho de sobreelevación más allá de lo expuesto por este trabajo. La exposición de motivos tampoco resulta clara en este aspecto ni justifica la existencia de este artículo 18 más de allá de describir la posibilidad de cambiar la condición de los aires o la azotea de bien común a bien de titularidad exclusiva.

3.4. El caso del Centro Comercial Polvos Azules

Un caso sumamente complejo que inició en el año 1996 es el de la venta de los aires del Centro Comercial Polvos Azules. Este caso llegó hasta la Corte Suprema y tuvo su desenlace en julio del año 2020. Resulta un ejemplo interesante de por qué se necesita de normas claras en cuanto a la configuración de los derechos. Por ello, en un primer momento se describirá el caso y se planteará si la disposición de los aires habría sido posible bajo el marco legal vigente a la fecha de ocurridos los hechos. En un segundo momento, se analizará esta disposición bajo el marco jurídico actual, considerando también al DL 1568 (no vigente a la fecha a falta de su Reglamento).

El caso inicia el 23 de octubre de 1996 cuando en Asamblea General Extraordinaria realizada por la Asociación de Vendedores Comerciantes del Campo Ferial Polvos Azules se acordó la compra del terreno para construir el actual centro comercial. Se eligió la opción presentada por Construcciones Villasol Sociedad Anónima sobre venta de terreno y construcción del centro comercial; además, se autorizó a los representantes legales negociar, firmar contratos de compra venta de terrenos, contratos de créditos, contratos de elaboración de proyectos y ejecución de obras a nombre de la Asociación. Es preciso recordar que en este momento solo se trataba de la Asociación de Comerciantes y no de una Junta de Propietarios al no existir todavía la edificación actual con todos sus locales comerciales independizados.

El 19 de diciembre de 1996 se celebró un contrato de obra civil entre la Asociación y Construcciones Villasol Sociedad Anónima por un costo de 9'891'046.56 dólares (nueve millones ochocientos noventa y un mil cuarenta y seis dólares con cincuenta y seis centavos). A partir de ello, la constructora envió las propuestas A y B sobre cómo realizar la construcción (cantidad de tiendas y estacionamientos), constando en la opción B una opción de comprar los aires por parte de la constructora, la que asumiría la suma de 4 millones de dólares, de los cuales se pagaría un millón a la Asociación y el resto se dirigiría a cubrir los costos de construcción. En Asamblea General Ordinaria de la Asociación, el 21 de abril de 1997, se aprobó la opción B.

Debido a que, de acuerdo al entonces presidente de la Asociación, existía un déficit de más de cuatro millones de dólares, se adoptó la decisión de vender los aires mediante un contrato de compra venta a favor de Promotora Delsol Sociedad Anónima y no con Construcciones Villasol Sociedad Anónima, quien había realizado la propuesta original de comprar los aires. Es así que el 29 de diciembre de 1997 se suscribió la segunda Adenda del Contrato de Construcción celebrado entre la Asociación de Propietarios del Centro Comercial Polvos Azules (que reemplazó a la Asociación de Vendedores al constituirse esta nueva persona jurídica) y Promotora Delsol Sociedad Anónima en la cual se transfieren a esta los aires del segundo, tercer y cuarto nivel para la construcción de los locales e indicando que en la azotea se ubicará el quinto nivel para uso de estacionamiento. El contrato se elevó a escritura pública el 8 de enero de 1998.

En este intervalo se producen distintas modificaciones en el contrato, hasta llegar, finalmente, al 5 de mayo de 1999 donde mediante escritura pública de modificación parcial del Contrato de compraventa de aires se determina que Promotora Delsol

Sociedad Anónima transfirió a la empresa Recursos Naturales Sociedad Anónima el 50% de los aires que adquirió de la Asociación de Propietarios. Este fue el último acto en referido al tema pues, a pesar que se generaron otros actos contractuales también cuestionados, estos no afectan a los aires. El caso llegó a instancias judiciales el 21 de diciembre de 2009 al solicitar la Asociación de Propietarios la Nulidad de distintos actos jurídicos. Entre ellos se encontraron los que fueron mencionados en este breve resumen y que implicaban la disposición de los aires; en este trabajo, no se profundizará esta discusión pues no es el objeto de análisis.

Si se toma en cuenta el intervalo en que transcurrieron los hechos, se advierte que no resultaba aplicable el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios actual, ni tampoco la Directiva respecto del régimen de propiedad horizontal. Ninguna de estas normas existía, por lo que solo quedaba remitirse a lo que disponga el Código Civil. En ese sentido, resulta cuestionable la mención a la venta de aires de distintos niveles, pues los aires es un derecho a sobreedificar (Guarniz en 1996 ya lo había identificado de esa manera) y no constaba la posibilidad de considerarlo una unidad inmobiliaria en sí mismo. Podría considerarse entonces como un contrato donde se otorga un derecho a sobreedificar limitado a edificar el eventual segundo, tercer o cuarto nivel en cuestión; lo cual implicaría que la posibilidad de verse efectivizados se vea supeditada a la existencia del nivel inmediatamente inferior. Al no existir regulación respecto de los aires, no se contradecía ninguna disposición y esta interpretación podría salvar la operación. Sin embargo, de llegar a una instancia judicial cuestionando la imposibilidad de la prestación y no la nulidad del acto no podría asegurarse que el juez asumiera la misma postura. Pese a la posibilidad de esta interpretación, no dejaría de ser cuestionable la superposición de aires, más aún si se considera que no existía el Acuerdo del Tribunal Registral al respecto.

Ahora, se ha partido el párrafo anterior planteando que era posible constituir aires sobre un predio sin edificación. Si se plantea que un derecho de sobreedificación solo puede constituirse en propiedad horizontal, lo anterior no habría sido posible; sin embargo, al no existir regulación podría haberse tratado como un contrato atípico que no encuentra impedimentos en el ordenamiento para su existencia. Todo lo anterior se plantea en la medida de “salvar” estas transferencias más allá de los cuestionamientos a su validez en los términos de la demanda (nulidad de acto jurídico). Adicionalmente, es preciso mencionar que estos derechos no podrían haber ingresado al Registro, aun cuando su constitución constara en escritura pública. El Registro tiene un número determinado de actos inscribibles y la posibilidad de inscribir derechos sobre los aires no había sido

contemplada por el ordenamiento a esa fecha. Esto se ve reforzado si se considera que los aires, en este contexto, vendrían a ser un derecho personal a edificar un nuevo nivel y hacer de su propiedad aquello que se construyó, no un derecho real.

¿Podría tratarse tal vez de una compraventa de un bien futuro? La respuesta es no, pues el bien futuro eventualmente existirá y será en ese momento en que se perfeccionará la venta. En este caso, el “aire” como unidad inmaterial ya existiría, aunque no es susceptible de transferencia al no ser un bien inmueble por el artículo 885 del Código Civil o alguna otra norma, ni siquiera como un derecho sobre inmuebles (inciso 10) al no ser posible su ingreso al Registro (no existía al Reglamento de Inscripciones que lo permitió).

Si se parte el análisis de lo ocurrido a partir del marco regulatorio actual (incluido el DL 1568), el “salvavidas” empleado en el anterior análisis no es factible de ser utilizado aquí. El DL 1568 incluye en su texto a los aires y los considera un bien común en una edificación, por lo que su constitución estaría supeditada a la existencia de un edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal; no cabría transferir aires de una futura edificación. Incluso el Acuerdo del Pleno CCXLIII que plantea algo tan cuestionable como los aires sobre aires no considera en ninguna parte de la discusión la posibilidad de preindependizar los aires (habría sido una posición en extremo exagerada). En ese sentido, tanto el transferir aires sobre aires como constituir aires o un derecho de sobreelevación no resultan posibles al no existir la edificación inscrita de la mano con el reglamento interno y la independización de las distintas unidades inmobiliarias. Solo será posible constituir estos derechos bajo el régimen de propiedad horizontal.

Si se tratara de “encajar” esta transferencia en algún otro tipo de derecho o contrato como se hizo en el caso del ordenamiento vigente a la fecha de los hechos, podría recurrirse a la mencionada compra venta de bienes futuros. Atendiendo a lo dispuesto por el Tribunal Registral en el ya comentado Pleno CCXLIII, podría haberse considerado como parte del contrato las cláusulas respectivas que indiquen que estas unidades inmobiliarias de aires sobre aires respecto de cada piso serían debidamente independizadas en sus respectivas partidas registrales. De esta manera los bienes futuros como unidades inmobiliarias de aires sobre aires del segundo, tercer y cuarto nivel llegarían eventualmente a existir y se perfeccionaría las transferencias. Las cláusulas mencionadas, por supuesto no existieron al encontrarse bajo un ordenamiento vigente distinto. Pese a lo anterior, esta opción no queda exenta de crítica al tratarse de una compraventa sobre bienes que solo existirían en el Registro, pero no en la realidad

donde solo habrá un espacio vacío sobre el que el comprador no podría ejercer nunca posesión.

El análisis realizado respecto del ordenamiento jurídico actual aplicable al caso muestra lo importante que resulta regular la materia de la sobreelevación y que esta resulte coherente y conceptualmente acertada. De haber existido una norma de rango legal que determine cómo se configuran los derechos sobre el espacio aéreo y la existencia de un derecho de sobreelevación (o aires si se desea) podría haberse evitado el conflicto. En el caso en controversia se cuestionó, entre otras cosas, la adulteración del estatuto respecto de las facultades de los directivos de la Asociación y el haber realizado la transferencia de los aires sin conocimiento de los asociados. Ambas situaciones no habrían ocurrido bajo el DL 1568 por tres motivos:

- La constitución del derecho de sobreelevación o aires estaría limitada al régimen de propiedad horizontal.
- Las decisiones respecto de los bienes comunes y su desafectación no habrían sido tomadas por una sola persona, sino por la Junta de Propietarios.
- Al no existir edificación no habría existido tampoco régimen de propiedad horizontal que permitiera constituir derechos de sobreelevación o aires.

Se habría cumplido entonces con la finalidad que expone el DL 1568 y su exposición de motivos: fomentar la adecuada convivencia entre los propietarios y contribuir a una mejor gestión y aprovechamiento de la edificación. Queda esperar al Reglamento para mayor desarrollo de lo dispuesto por el DL 1568 y verificar los aspectos que quedan pendientes de mayor claridad. Con un ordenamiento de disposiciones coherentes y claras se puede evitar grandes conflictos como el que se suscitó en este caso y que requirió de casi diez años de procedimientos judiciales para que las cosas retornen a su estado original.

Conclusiones

A partir de lo desarrollado a través de las tres secciones de este trabajo, se pueden extraer tres conclusiones que juntas apoyan a la confirmación del planteamiento inicial: el derecho de sobreelevación resulta más eficiente que los aires existentes bajo el RIRP y conceptualmente coherente consigo mismo.

Como se identificó en la primera sección, el derecho de sobreelevación resulta distinto a los aires. No se trata de un mero cambio en la nomenclatura, sino que tiene características propias que lo distinguen. Los aires resultan en un derecho de naturaleza real que se encuentra regulado en el RIRP mediante Resolución de Superintendencia y que otorga a su titular la facultad de sobreedificar y hacer suyo lo edificado automáticamente. Asimismo, este derecho resulta inscribible en una parta independiente vinculada a la matriz y se le asigna un porcentaje de participación sobre los bienes comunes. Por su parte, el derecho de sobreelevación es un derecho de naturaleza personal que se encuentra en el DL 1568 y otorga a su titular la facultad de sobreedificar o subedificar y de hacer también de su propiedad lo edificado. Este derecho también resulta inscribible, aunque en este caso puede asignársele una partida independiente vinculada a la matriz sin porcentaje de participación sobre los bienes comunes o puede ser inscrito en la partida de alguna unidad inmobiliaria preexistente. Adicionalmente, estos derechos resultan compatibles entre sí en el Registro debido a que pueden ser constituidos para otorgar una facultad distinta cada uno: aires para sobreedificar y derecho de sobreelevación para subedificar.

El derecho de sobreelevación se distingue del derecho de vuelo del ordenamiento español y del derecho a sobreelevar existente en la práctica argentina, tiene una identidad propia pese a la característica común de otorgar la facultad de sobreedificar. El derecho de vuelo se encuentra regulado en el Reglamento Hipotecario y es considerado por los operadores jurídicos de manera uniforme como un derecho real que otorga a su titular la facultad de sobreedificar o subedificar y hacer de lo construido propiedad del titular del derecho. El Registro admite su ingreso y se inscribe en el folio de la edificación. El derecho a sobreelevar, en cambio, no tiene sustento normativo, es producto de la práctica y su acceso al registro está supeditado a lo que decidan los operadores jurídicos de las instancias registrales (algunos lo han admitido de manera explícita, mientras que otros no se han pronunciado al respecto). Este es un derecho personal en la medida que no se efectivice y se genere la propiedad sobre lo edificado; y, aun así, la propiedad no se adquiere de manera automática, sino que requiere de modificar el reglamento interno y solicitar la adjudicación a partir del contrato que dio origen al derecho. Un elemento adicional común a estos dos ordenamientos es la existencia de la posibilidad de constituir derecho de superficie respecto del sobresuelo sobre una edificación preexistente (algo no existente en el ordenamiento peruano), incluso cuando esta edificación se encuentra bajo el régimen de propiedad horizontal.

La eficiencia y claridad del derecho de sobreelevación presente en el DL 1568 resulta cierta al identificar la coherencia conceptual existente en sus características a diferencia de los errores conceptuales que acarrea los aires. Esto último se manifiesta en el quiebre del ordenamiento al crear derechos reales mediante Resoluciones de Superintendencia, así como tipos nuevos de inmuebles mediante Acuerdo Plenario. Asimismo, la existencia por sí misma de los aires como una unidad inmobiliaria, con todos los derechos y deberes que eso implica, resulta en un error al no existir materia física sobre la cual ejercer los atributos de la propiedad. A ello se le ha sumado la confusión presente en el Tribunal Registral, pues este órgano, mediante Acuerdos Plenarios, ha creado los aires sobre aires (unidades inmobiliarias existentes únicamente en el Registro) y la regla de asignar la titularidad sobre los aires al propietario de una unidad inmobiliaria en el nivel azotea. Pese a lo anterior, el panorama bajo el DL 1568 continúa siendo complejo, dado que trajo consigo de nuevo a los aires, lo que mantiene vigente un derecho no definido por la norma y cuyo entendimiento por los operadores no ha sido el correcto.

Como conclusión de todo lo expuesto, se tiene que el cambio planteado por el DL 1568 a partir de la introducción del derecho de sobreelevación resulta positivo al tratarse de un derecho que sí se encuentra definido tanto en sus alcances como en su ámbito de aplicación por la misma norma que lo regula. Asimismo, el derecho de sobreelevación no posee los problemas conceptuales que tenía los aires al tratarse únicamente de un derecho y no una unidad inmobiliaria. A todo ello, se le agrega su contribución al aprovechamiento del espacio urbano al permitir explotar el potencial edificable en espacios con construcciones ya existentes.

Resulta una tarea pendiente del Reglamento detallar cómo se constituirá el derecho (formalidades) y cómo accederá al registro (requisitos) a partir de lo dispuesto en el DL 1568. Queda la esperanza, además, de que pueda solucionarse la persistencia de los aires en el régimen y pueda pasarse a una nueva etapa que no recurra a un derecho tan mal empleado por el Tribunal Registral. Requerirá de un cambio en el DL 1568 pero resultaría en una norma todavía más eficiente al desterrar definitivamente aquello que tantos problemas conceptuales y prácticos trae consigo.

Bibliografía

Agencia EFE. (2023, 20 de abril). *Perú necesita 100.000 viviendas al año para cubrir su déficit habitacional*. Swissinfo. Consultado el 2 de noviembre de 2023. https://www.swissinfo.ch/spa/per%C3%BA-vivienda_per%C3%BA-necesita-100.000-viviendas-al-a%C3%B1o-para-cubrir-su-d%C3%A9ficit-habitacional/48451902

Alberdi Imas, L. (2019). Derecho Real de superficie: una mirada registral aplicada. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, (49), 117-138.

APOYO Consultoría. (2023, 26 de enero). *Alrededor de 1,7 millones de familias peruanas sin poder acceder a una vivienda digna; en busca de soluciones*. El Comercio. <https://elcomercio.pe/economia/peru/alrededor-de-17-millones-de-familias-peruanas-sin-poder-acceder-a-una-vivienda-digna-en-busca-de-soluciones-mivivienda-ministerio-de-vivienda-construccion-y-saneamiento-familias-casa-propia-noticia/>

Arata, M. (2023). Apuntes sobre la restitución del régimen de la propiedad horizontal (Decreto Legislativo N° 1568). *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (121), 9-18.

Cervantes Velásquez, L. (2021). La posibilidad de integrar el derecho al vuelo como derecho real en el Perú. [Trabajo académico para optar por el título de Segunda Especialidad en Derecho Registral, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Institucional PUCP. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/21974?show=full>

Clemente Inga, B. (2022). *¿Aires sobre aires creados por el Tribunal Registral?* [Trabajo académico para optar por el título de Segunda Especialidad en Derecho Registral, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Institucional PUCP. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/24471>

Espinoza, A y Fort, R. (2020). *Mapeo y tipología de la expansión urbana en el Perú*. Asociación de Desarrolladores Inmobiliarios del Perú (ADI Perú). <https://www.grade.org.pe/publicaciones/mapeo-y-tipologia-de-la-expansion-urbana-en-el-peru/>

Falcón Rodríguez, G. (2023). *Informe Jurídico sobre la Resolución 2484-2022-SUNARP-TR: Una equivalencia errónea y sus efectos sobre los principios registrales*

[Trabajo de Suficiencia Profesional para optar por el Título de Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Institucional PUCP.

<https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/25490>

Garay, M. A. (2021). El derecho de superficie en el Código Civil y Comercial de la Nación y su implicancia notario registral. *Revista De Derecho Notarial Y Registral | Universidad Blas Pascal*, (7 (2020), 31-44.

[https://doi.org/10.37767/2362-3845\(2020\)002](https://doi.org/10.37767/2362-3845(2020)002)

Guarniz Izquierdo, A. (1996). ¿Dueño del aire? El problema de la propiedad predial del sobresuelo. *IUS ET VERITAS*, 7(12), 171-177.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15546>

Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). (2022, julio). *Encuesta Nacional de Programas Presupuestales 2011-2021*.

https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1855/libro.pdf

López Fernández, L. (2016). El inadecuado régimen urbanístico del derecho de superficie. *Anuario de Derecho Civil*, (LXIX-III), 781-864.

Mejorada Chauca, M. (2015). La transferencia de bienes comunes en el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común. En Cárdenas, Luis y otros. *La nueva propiedad horizontal: problemas derivados del régimen inmobiliario de propiedad exclusiva y propiedad común*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Mocholi Ferrándiz, E. (2017). Beneficios del negocio de cesión de solar a cambio de obra. Protección del cedente. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (762), 1725-1742.

Pasco, A. (2023). Lo viejo, lo novedoso y lo pendiente en el nuevo régimen de propiedad horizontal. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (121), 19-38.

Posteraro, L. y Celeste, M. (2003). Derecho a sobreelevar. *Revista Notarial*, (944), 45-63

https://www.colescba.org.ar/ics-wpd/revista/Textos/RN944-2003-doc-sanchez_yacopino.pdf

Réneque, J. (2016). *La batalla por Puno. Conflicto agrario y nación en los Andes peruanos 1866-1995* (2.^a ed.). La siniestra ensayos.

Zurita Martín, I. (2002). El derecho de vuelo y los principios de especialidad y jerarquía normativa (A propósito de la STS de 24 de febrero de 2000, que anula el art. 16.2 c) del reglamento hipotecario). En M. Clemente Meoro (coord.), *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al Profesor Celestino Cano Tello* (pp. 453-480). Tirant lo Blanch

