

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Registral

Título: La posibilidad de integrar el derecho al vuelo como
derecho real en el Perú

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

Autor:

Luis Adrian Cervantes Velasquez

Asesor(es):

Jorge Luis Gonzales Loli

Lima, 2021

RESUMEN

El presente trabajo versa sobre la integración del derecho al vuelo como derecho real, teniendo en cuenta las normativas actuales, acuerdos plenarios y doctrina extranjera. La finalidad del presente trabajo es incentivar a la búsqueda de posibles soluciones respecto a tres puntos claves, el primer punto sobre el artículo 881 del código civil peruano y el principio "numerus clausus" como primera barrera para la integración como derecho real del derecho al vuelo, en segundo lugar establecer una posición legalista de cómo debería integrarse en nuestro ordenamiento y en tercer lugar visualizar el panorama práctico de los alcances que está teniendo la facultad de construcción en nuestro ordenamiento en base a la normativas que se vienen dictando como el último acuerdo plenario sobre la independización de aires sobre aires.

ABSTRACT

The purpose of the present paper deals with the integration of the right to flight as real right, taking into consideration the current regulations, plenary agreements and foreign doctrine. The purpose of this work is to encourage the investigation for possible solutions regarding three key points, the first point based on article 881 of the Peruvian civil code and the principle "numerus clausus" as the first barrier to integration as a real right of the right to flight , secondly, to establish a legalistic position of how it should be integrated into our ordinance and thirdly to visualize the practical panorama of the scope that the construction faculty is having in our ordinance based on the regulations that have been dictated as the last plenary agreement based on the independence of aires on aires.

ÍNDICE

1.-INTRODUCCIÓN	1
2.- ¿QUÉ ES EL DERECHO AL VUELO?	1
2.1 La Naturaleza Jurídica del derecho al vuelo	2
2.2 La conexión entre la propiedad horizontal y el derecho al vuelo	3
2.3 ¿Está regulado el derecho al vuelo en el Perú?	7
2.4 El derecho al vuelo en España	8
3.- CRITERIOS ADOPTADOS POR EL TRIBUNAL REGISTRAL	9
3.1 CXLIX PLENO REGISTRAL: Acuerdo Plenario sobre Aires	9
3.2 A propósito del acuerdo plenario CCXLIII ¿Es viable independización de aires sobre aires?	12
4.- EL DERECHO AL VUELO COMO DERECHO REAL EN EL ORDENAMIENTO PERUANO	19
5.- CONCLUSIONES	22
6.- RECOMENDACIONES	26
7.- BIBLIOGRAFÍA	27

1.- INTRODUCCION

El presente artículo busca introducir a nuestro ordenamiento el derecho al levante el cual está mal regulado en el Perú y poco se ha escrito al respecto; sin embargo, respecto a este punto a lo largo de la investigación vamos a descubrir que el derecho al levante no es un descubrimiento nuevo que fue introducido en la directiva 009-2008-SUNARP-SN¹, siendo este concepto equipado a los aires, sino es fruto de lo que está regulado en España.

Además, en el Perú el término aires esta equiparado al derecho al vuelo como aquella facultad que se desprende de la propiedad, mas no como un derecho real como sucede en España.

Por lo tanto, consideramos que debería de replantearse un cambio normativo ya sea para integrarlo al anteproyecto del código civil como un derecho real nuevo o bajo los artículos pertinentes que nuestro actual código civil permite.

Por lo tanto, analizaremos la problemática que existe respecto al artículo 881 del código civil, en el que nuestra normativa optó por tener un candado para la introducción de nuevos derechos reales, por lo que sería necesario preguntarnos, ¿hay alguna forma de introducir el derecho al vuelo como un derecho real a nuestro ordenamiento o debemos encontrar otra manera de introducir el derecho al vuelo en nuestro ordenamiento?

La importancia de dicha integración permitiría tener un mejor entendimiento de lo que contiene ese derecho, además en el extranjero se decanta por el derecho al vuelo, es por eso que al no existir una definición en concreto de lo que abarca y es, puede prestarse a errores y confundirlo por ejemplo con el derecho a la superficie, lo cual es erróneo ya que ambos derechos reales son distintos.

2.- ¿QUÉ ES EL DERECHO AL VUELO?

El derecho al levante (derecho de elevación o derecho al vuelo) es un derecho real que recae sobre cosa ajena, la cual tiene vocación de dominio y del mismo modo otorga a su titular la facultad de elevar una o más plantas, es decir, la facultad de edificación sobre o por debajo de un terreno o estructura, adquiriendo lo construido como propio.

¹ 2014 Resolución N° 027-2009-SUNARP-TR-L. Tribunal Registral de la Superintendencia de los Registros Públicos

La presente definición nos debe situar en dos situaciones diferentes, la primera es el hecho de que el titular tiene el derecho a construir una nueva planta (s), y, en segundo lugar, la situación en la que se vuelve propietario de la planta (s) que se edifica(n).

Es importante separar dos momentos del derecho al vuelo, no debemos confundir derecho al vuelo y propiedad como sinónimos. Aquí debemos mencionar que en un primer momento hay un derecho al vuelo, es decir, un derecho limitado a construir (sobredificar) sobre bien ajeno, y recién considerarlo como una propiedad con la construcción de la unidad inmobiliaria, es decir, cuando ya se edificó.

2.1 Naturaleza jurídica del derecho al vuelo

Existen tres formas diversas sobre la naturaleza del derecho al vuelo:

a) El derecho al vuelo como derecho de propiedad

Bajo el presente supuesto se entiende que el derecho al vuelo es un derecho de propiedad el cuál recae sobre un espacio aéreo de una finca. Fijémonos que este concepto o noción está ligado a “la propiedad del espacio aéreo”, por lo tanto, su naturaleza presupone que el derecho al vuelo tenga como objeto una cosa “inmaterial”.

Se debe criticar lo siguiente, ¿realmente es posible aplicar el concepto de propiedad respecto del volumen de aire sobre una edificación?, es cierto que existen derecho de propiedad intelectual e industrial, los cuales permitirían que objetos inmateriales tengan un valor patrimonial, sin embargo, estos no son el tipo de derecho el cual estamos analizando.

Otro problema que surge es que el derecho al vuelo no tiene fases, posee más bien un carácter indefinido, cuya existencia está basada al momento de su constitución, siendo este utilizado por el titular cuando lo desee; el problema está que al ser esta la situación no sería posible fijar una plazo para edificar, porque al no haber una primera fase, entonces, no se puede fijar un plazo para la misma².

b) El derecho al vuelo como derecho real que limita o grava el dominio

Desde este tipo de noción, el hecho de equiparar el derecho al vuelo como un derecho real limitado puede generar confusiones con figuras ya establecida. Por ejemplo, con el

² DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco. 2003 “Instituciones de derecho privado”. Tomo II. Volumen 2. Madrid – España.

derecho de servidumbre en donde se realiza un aprovechamiento del predio sirviente en donde se materializa la facultad para construir sobre la parte superior de un edificio sirviente.

Por otro lado, bajo este precepto hay que distinguir entre lo que es el derecho al vuelo con el derecho de superficie, ambas figuras son diferentes, en primer lugar, el derecho al vuelo se concretiza con la construcción de una o más plantas, cuyo titular adquiere el dominio de ellas de manera perpetua, en cambio en el derecho de superficie el superficiario solo tiene la propiedad del edificio de manera temporal.

Además, en el derecho de superficie existe una disociación de la propiedad, entre el suelo y lo edificado, es decir que estamos frente a dos objetos jurídicos distintos, el suelo y el edificio, cuya propiedad les corresponde a personas distintas.

Este aspecto lo diferencia del derecho al vuelo debido a que no existe una titularidad separada entre el suelo y lo edificado, por lo tanto, el titular del vuelo es propietario del suelo y de la edificación.

c) El derecho al vuelo como derecho real con vocación de dominio

La presente noción, abarca tanto la primera como la segunda mencionadas en los párrafos precedentes, es decir, que el derecho al vuelo posee dos partes, la primera respecto a ser considerado un derecho real sobre la cosa ajena, y la segunda fase, el derecho de propiedad sobre la cosa como consecuencia del ejercicio del derecho.

En conclusión, bajo el presente precepto el derecho al vuelo es un derecho real, pero con vocación de dominio.

2.2 La conexión entre la propiedad horizontal y el derecho al vuelo

El ejercicio del derecho al vuelo parte del hecho que se van a construir una o más plantas, el presente derecho real está regulado en el art.16.2 del reglamento hipotecario español, el cual dice lo siguiente:

Art.16³.-

2. El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones

³ REGLAMENTO HIPOTECARIO – LEY HIPOTECARIA ESPAÑOLA 2015“Reglamento Hipotecario”. Fecha de revisión: 10 de mayo del 2021. <<https://www.notariosyregistradores.com/web/normas/reglamento-hipotecario-titulos-i-y-ii/#art16>>

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:

(el subrayado es nuestro)

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.

Como podemos observar, el presente reglamento hipotecario español nos dice que el derecho al vuelo se genera necesariamente sobre una propiedad horizontal, es decir que el titular de lo edificado es cotitular de los elementos comunes que surgen a partir de la propiedad horizontal, para ser claro, el suelo.

Por lo tanto, bajo el régimen español, la propiedad horizontal permite la configuración del derecho al vuelo, esto debido a que la propiedad horizontal evita la disociación entre la propiedad del suelo y la planta nueva que se ha construido generando el espacio idóneo para la aplicación derecho al vuelo.

Hay un aspecto en cual debemos tener cuidado, un problema que ha sucedido en España respecto al derecho al vuelo, siendo específicos, al artículo 16.2 del reglamento hipotecario español. En España se ha discutido que el derecho al vuelo está regulado de modo insuficiente, en primero lugar, respecto al reglamento hipotecario español debido a que en virtud del RD 1867/1998 se realizaron cambios debido a cuestionamientos con respecto a su validez y legitimidad.

En primer lugar, el artículo 16 del reglamento hipotecario, ahora en adelante RH, introducía la regulación respecto a los derecho de vuelo y superficie, siendo esta una **norma reglamentaria y netamente registral**, (no olvidemos este presupuesto que ocurre en España, más adelante veremos que la situación ocurre también en el Perú).

Por otro lado, teniendo en cuenta el punto anterior, el artículo 16.2 RH no tendría eficacia jurídica e inclusive habría una infracción al principio de jerarquía normativa, esto debido a que se opone con lo señalado en el artículo 396 del código civil español, el cual nos dice

que el vuelo es un elemento común del edificio en propiedad horizontal, mientras que en el RH en su artículo 16.2 nos dice que no es posible que el promotor (es decir el propietario de todo el edificio) se pueda reservar el vuelo con carácter privativo para edificar en su propio beneficio. Respecto del código civil español, este no regula el vuelo, aspecto que también no debemos dejar de lado, ya que también sucede en nuestro ámbito normativo peruano, es más, ni siquiera se menciona o hay referencia alguna con excepción de la doctrina.

Otro aspecto importante es sobre el plazo que se tiene sobre el derecho al vuelo para su ejercicio, el art. 16 RH contenía un plazo el cual era de 10 años, pero este fue derogado, la razón fue que si bien es cierto la LH fija los requisitos para la inscripción, este no puede sobrepasarse y plantearse exigencias que no tengan un apoyo en el texto legal.

Desde nuestro punto de vista, el plazo sí debería ser fijado, pero por las partes (y especificarlo en el reglamento interno), ya que es un aspecto importante, debido a que de esta forma se evitará derechos de vuelo inconclusos dando así solución al problema que puede acarrear derecho de aires sobre aires en nuestro sistema peruano, pero este es un aspecto que se trabajará adelante, en España se ha optado no establecer un tiempo y dejarlo al ámbito privado dicha decisión.

Por otro lado, si dentro del plazo establecido por las partes no se concretiza el derecho al vuelo, este se extingue y nos referimos precisamente a la extinción de la acción y consumación del mismo, y no sobre el derecho al vuelo, ya que este puede ser pactado en otra oportunidad.

Por otro lado, en Argentina el derecho al vuelo engloba a la construcción de una o más plantas en el espacio aéreo de un inmueble, el cual se encuentra sometido a un régimen de propiedad horizontal y al mismo tiempo permite adquirir el dominio de lo edificado⁴.

Es importante recalcar que para Vélez Sarfield, el espacio aéreo era un aspecto importante para el ejercicio de dominio sobre los inmuebles, es por ese motivo se estableció el art. 2518 del código civil de Argentina en donde "... El propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo donde se puede extender en él construcciones...". De lo mencionado podríamos concluir que en un inicio el código civil de Vélez Sarfield partía de la premisa

⁴ POSTERARO SANCHEZ, Leandro y CELESTE YACOPINO, María 2003 "Derecho a sobreelevar". Fecha de revisión: 20 de setiembre del 2021.
<<http://www.escribaniaposteraro.com.ar/premios/9-Primer%20Premio%20Encuentro%20Not%20Novel%20Tandil%202003.pdf>>

que no podía existir un terreno sin un espacio aéreo; lo mismo se afirmaba en el sistema de propiedad horizontal de Argentina⁵. Por otro lado, cabe resaltar que el espacio aéreo y el derecho de sobreelevar no eran considerados de la misma forma.

En Argentina el espacio aéreo es considerado como un elemento del edificio, por lo tanto, de propiedad común, por ejemplo, las escaleras u zonas de estacionamiento, los cuales solo algunos podían ser reservados para uso particular.

Por otro lado, el derecho a sobreelevar, era considerado como aquel derecho para utilizar el espacio aéreo con la finalidad de elevar una edificación, cabe resaltar que, bajo esta normativa, el derecho a la sobreelevación es un derecho comunal, es decir común inherente a los copropietarios y que solo puede ser ejercido por acuerdo unánime de la junta de propietarios.

Además, desde un punto de vista de la doctrina argentina se decía que el espacio aéreo podía ser considerado como “una cosa”, ya que estaba sujeto a una valoración económica, cuyo pago de suma de dinero por esa “cosa” suponía el acceso del derecho a sobreelevar u alquiler, como por ejemplo la construcción de paneles publicitarios. Por lo tanto, como conclusión podríamos decir que al espacio aéreo se le reconoce el carácter de cosa, mientras que, en el régimen de propiedad horizontal, se le atribuye como una “cosa” que no puede ser autónomo del edificio en donde se encuentra situado, por lo que bajo esta premisa no podría ser considerado como un derecho real.

Actualmente, el código civil de Vélez Sarfield ha sido derogado y ha dado lugar al nuevo código civil y comercial de la nación, en el cual la propiedad horizontal ha sido introducida como un derecho real, en su artículo 1887 inciso “c”. En este aspecto debemos hacer una aclaración, ya que, en el anterior código civil, se había prohibido la división entre varios titulares de un mismo edificio, por lo tanto, ahora se permite el ejercicio de un derecho real autónomo sobre cosa parcial propia (art.1888) en el que se ejerce la posesión (art.1891).

A modo de conclusión los juristas argentinos optaron por convertirlo en un derecho real el cual se ejerce sobre un inmueble propio, el cual a su vez otorga al titular facultades de uso, goce y disposición ya sea materia o jurídica, sobre las partes consideradas privadas

⁵ Ibidem

y comunes de un edificio, sin embargo, lo estipulado respecto al espacio aéreo continúa teniendo la misma configuración⁶.

2.3 ¿Está regulado el derecho al vuelo en el Perú?

En nuestro caso, cuando la Directiva N°009-2008-SUNARP/SN, sobre el régimen de propiedad exclusiva y común nos menciona en su numeral cuatro que el derecho al vuelo se conoce con el término aires, la cual alude a la facultad concedida a una persona a fin de sobreelevar una edificación, es decir la construcción de más plantas.

La presente directiva es utilizada en nuestro ordenamiento en compañía con la ley N° 27157⁷ que regula el régimen de propiedad exclusiva y común y su TUO, por lo que este término está ligado a casos en los que se opta por el régimen de propiedad exclusiva y común.

Por lo tanto, cuando hablamos de aires aludimos a la facultad de construcción, mas no hacemos alusión a un espacio aéreo como sucede en argentina, a pesar que el termino aires engloba a un espacio aéreo. Por lo tanto, preliminarmente podríamos decir que los “aires”, término mal acuñado en Perú, introdujo el derecho al vuelo – sobreelevación.

En nuestra ordenamiento se nos permite inscribir los aires en registros públicos pactando ya sea una reserva de aires en la cual se reserven hasta una posible ampliación de edificación sin que se independicen los aires, estipulándose lo prescrito en la partida matriz o un reserva de aires con independización mediante la cual la persona se reserva un derecho de sobreelevación y a solicitar que este se consigne en un nueva partida registral convirtiéndose en una unidad inmobiliaria independiente siempre y cuando se cumplan algunos requisitos como la asignación al titular de esos aires de un porcentaje de participación en la zonas comunes. Por lo tanto, estamos antes dos modalidades, una mediante la cual se reservan los aires, pero no se independizan y la segunda en donde se independizan los aires.

Antes de pasar al siguiente tema, es necesario mencionar que la directiva 009-2008-SUNARP/SN está introduciendo el concepto jurídico de sobreelevación (entiéndase

⁶ ibidem

⁷ Aprueban el Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley N° 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 – Decreto supremo N° 035-2006-VIVIENDA

derecho al vuelo) al sistema peruano, ¿una directiva netamente registral puede hacerlo?, por otro lado, ¿Qué está introduciendo un derecho real o un bien inmueble?

2.4 El derecho al vuelo en España

En primer lugar, el derecho al vuelo en España está regulado en el reglamento hipotecario español, artículo 16 inciso 2 nos dice:

Art.16⁸.-

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: **(el subrayado es nuestro).**

- 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.

Sin lugar a dudas en España el derecho al vuelo es considerado como un derecho real y son 4 los presupuestos bajo los cuales se constituye el presente derecho.

En primer lugar, se parte de la autonomía privada, ese decir que parte de la voluntad de las personas acceder a dicho derecho real. En segundo lugar, dado que el tráfico inmobiliario es un modo de obtener capital en la mayoría del mundo, hay una clara necesidad del tráfico de dicho derecho real por lo que este no puede dejarse sin normativa, en tanto, promueve el proceso de urbanización en las sociedades.

En tercer lugar, si tomamos como ejemplo y revisamos el artículo 4 del código civil de Argentina, encontramos que:

⁸ REGLAMENTO HIPOTECARIO – LEY HIPOTECARIA ESPAÑOLA 2015“Reglamento Hipotecario”. Fecha de revisión: 10 de mayo del 2021. <<https://www.notariosyregistradores.com/web/normas/reglamento-hipotecario-titulos-i-y-ii/#art16>>

Artículo 4⁹.-

Procederá la aplicación analógica de las normas cuando estas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.

Esta es una de las razones bajo las cuales el derecho al vuelo es considerado un derecho real, sin embargo, hay otra importante que va a ser materia de análisis más adelante, y es el hecho que el código civil español lleva un sistema de “numerus apertus” en materia de derechos reales, como lo estipula en su artículo IV de su código civil:

Artículo IV¹⁰ del título preliminar del Código Civil de Argentina

La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogías.

3.- CRITERIOS ADOPTADOS POR EL TRIBUNAL REGISTRAL

Antes de continuar, debo precisar que respecto de ambos acuerdos plenarios vamos a plantear una posición cuestionando las falencias que desde nuestro punto de vista consideramos que tienen ambos acuerdos plenarios los cuales desarrollaremos a continuación.

3.1 CXLIX PLENO REGISTRAL: Acuerdo Plenario sobre Aires

Respecto del pleno registral CXLIX¹¹: se determinó que son conceptos equivalentes aires y azotea.

Respecto a la azotea: Si nosotros buscamos el concepto de azotea, lo podemos encontrar en el reglamento nacional de edificaciones, en su norma técnica G.040¹², en donde es definida como aquel nivel habitable situado sobre el techo en el último piso de la edificación, el cual puede ser de uso privado o común para desarrollar ya sea actividades recreativas u complementarias, que tiene una forma de acceso que es mediante una escalera principal o interna; además puede corresponderle un área techada de hasta 50% de su área ocupada.

⁹ CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN 2015: “Ley 26.994 – Código civil y comercian de la nación”. Última revisión 24 de setiembre del 2021. <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/textact.htm#26>>

¹⁰ Ibidem

¹¹ CXLIX Pleno. Sesión extraordinaria modalidad no presencial. Lugar, lima 2 de mayo del 2016.

¹² Ministerio de vivienda, construcción y Saneamiento – Resolución Ministerial N°029-2021-VIVIENDA, Modificación de la norma técnica G.040, definiciones del reglamento nacional de edificaciones.

Por otro lado, si revisamos la ley 27157, encontramos que en su artículo 40 inciso h establece que los bienes de propiedad común pueden ser según sea el caso, las azoteas salvo cláusula en contrario.

Respecto al caso de los Aires: Si revisamos la directiva de propiedad exclusiva y común, la directiva 009-2008-SUNARP-SN, nos dice que el termino aires alude a la facultad que tiene la persona a fin de sobreelevar la edificación. Es decir que abre la posibilidad de construir más pisos a los que ya preexisten de la edificación.

Cabe resaltar que, en la presente directiva, solo se hace mención del término “aires” y no se emplea en ningún lugar la palabra azotea.

El problema jurídico que encontramos, es que el tribunal registral utiliza la directiva sobre aires, para el concepto de azotea generando un problema conceptual entre ambos términos, y a continuación pasare a explicar mi postura sobre el tema.

Habiendo contextualizado la normativa vigente, pasaremos a definir que es una azotea. Desde nuestro punto vista y apoyándonos en la definición de la norma técnica G.040 del reglamento nacional de edificaciones. Definimos que azotea es aquel nivel situado sobre el techo en el último piso de la edificación y que puede tener un área techada de hasta un 50%. La azotea puede ser de un uso privado o común y debe tener una forma de acceso.

Ahora pasaremos a definir que son los aires. En primer lugar, considero que la directiva 009-2008-SUNARP-SN no define correctamente los aires, por lo cual citare la definición de aires que se infiere en el concepto de techo en la resolución del tribunal registral número 770-2015-SUNARP-TR-L¹³, el cual dice que:

“Los aires constituyen un elemento gaseoso y en estricto se encuentran sobre el techo y si no existe alguna otra referencia en el reglamento interno que los vincule, no podría concluirse que techo y aires son sinónimos”

A este concepto que acabamos de mencionar, le agregaríamos lo siguiente: que en ese elemento gaseoso es en donde se va a realizar el derecho al vuelo, por consiguiente, la definición queda de la siguiente manera:

“Definimos a los aires como aquel espacio vacío, etéreo o gaseoso situados por encima del techo del último piso edificado, en donde se va a desarrollar el derecho al vuelo y que

¹³ 2015 “Resolución N° 770-2015-SUNARP-TR-L. Tribunal Registral de la Superintendencia de los Registros Públicos”

podrá constituir una nueva unidad inmobiliaria, ya sea que este destinada al uso de vivienda o como azotea”

Por lo tanto, teniendo como propuesta la definición de aires cabría preguntarnos, entonces, ¿Cuál es el término que deberíamos utilizar, si aires es un espacio vacío gaseoso en donde se va construir una sobreedificación?

Es aquí en donde entra nuestra propuesta respecto a la cual el término adecuado para sobreedificar en los aires y me refiero precisamente al derecho de vuelo y nos basamos en lo siguiente:

En primer lugar, en el Reglamento Hipotecario español encontramos que el derecho de elevar está contemplado como un derecho real, el cual permite elevar una o más plantas sobre un edificio, siendo las edificaciones resultantes propias de quien tiene ese derecho.

En segundo lugar, el código civil de Cataluña en su artículo 567-1¹⁴, define al vuelo como un derecho real sobre un edificio en donde se le otorga la posibilidad de construir una o más plantas sobre el inmueble.

Artículo 567-1. Concepto¹⁵.

1. **El vuelo es el derecho real sobre un edificio o un solar edificable que atribuye a alguien la facultad de construir una o más plantas sobre el inmueble gravado y hacer suya la propiedad de las nuevas construcciones.** Los preceptos del presente capítulo son de aplicación al **derecho de subedificación.**

2. El ejercicio del derecho de vuelo comporta la legitimación para hacer construcciones, de acuerdo con el título de constitución y el planeamiento urbanístico.

(El subrayado es nuestro)

Fijémonos que tanto el reglamento hipotecario español como en el código civil de Cataluña, no equiparan el concepto jurídico de aires y el derecho al vuelo, es más ni siquiera mencionan a los aires, ambos ordenamiento se centran en el derecho al vuelo.

¹⁴ AGENCIA ESTATAL BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO – BOE

2021 “Código de leyes civiles de Cataluña”. Fecha de revisión 18 de mayo del 2021. < <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-1113>

Tomando en cuenta lo regulado en España y Cataluña nuestra propuesta es la siguiente: En el Perú no deberíamos hablar de aires como aquella facultad para sobreelevar, sino más bien cambiar de concepto jurídico que contempla la directiva sobre aires y decir que, el derecho al vuelo es aquel derecho que permite a una persona sobreelevar (es decir construir) una planta por encima del último techo edificado.

3.2 A propósito del acuerdo plenario CCXLIII ¿Es viable independización de aires sobre aires?

Respecto al acuerdo plenario CCXLIII, se determinó que “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. El reglamento interno y los planos deben contener las medidas proyectada de cada unidad, incluyendo su altura.”¹⁶

Debemos partir del presente supuesto, en primer lugar, no hay un criterio en específico que regule la independización de aires sobre aires, y si tomamos en consideración el reciente acuerdo plenario, desde nuestro punto de vista opinamos que aún carece de regulación específica.

Lo único cierto es que si está regulada la independización de aires en la directiva N°009-2008, que como ya lo hemos mencionado anteriormente se establece bajo dos modalidades.

Sin embargo, debemos acotar lo siguiente, la independización de aires sobre aires como se acordó en el presente acuerdo plenario no tuvo en consideración el avance jurídico que ha tenido la figura jurídica de la preindependización, aspecto importante ya que como veremos podría ser considerado como la solución a los problemas que actualmente son discutidos en sede del tribunal registral.

El presente acuerdo plenario nos ha otorgado la posibilidad de independizar los aires sobre los aires, es decir, de ahora en adelante podríamos independizar las unidades inmobiliarias sin existencia física con tan solo presenta una memoria descriptiva, el reglamento interno y los planos de independización los cuales solo deben contener las medidas de proyección de cada unidad incluida la altura, aspecto diferente a lo que sucede a la prehorizontalidad, en donde el proceso se basa en anotaciones preventivas y están

¹⁶ CCXLIII Pleno. Sesión extraordinaria modalidad no presencial. Lugar, lima 26 de abril del 2021.

supeditadas a la aprobación de los proyectos edificatorios por la entidad competente e inclusive a la emisión de la licencia de edificación.

El problema surge cuando nos preguntamos, ¿es posible dividir el espacio aéreo en unidades?, pues desde nuestro punto de vista sí puede ser posible, pero no bajo el acuerdo plenario de los “aires sobre aires”, sí es posible solo en el supuesto en donde exista un proyecto con licencia de edificación, teniendo en cuenta que no nos encontramos en una inscripción definitiva de la misma, sino más bien en un sistema de prehorizontalidad sujeta a que las obras y el procedimiento administrativo concluyan.

Pero, ¿Qué sucede cuando el usuario desea entrar a un régimen de propiedad horizontal mas no a un régimen de prehorizontalidad?, el problema ahí es distinto, la normativa actual no permite que se delimiten unidades inmobiliarias que sean independizadas de manera definitiva.

Según el actual contexto social lo que el usuario desea es una inscripción definitiva y no una simple anotación preventiva, ya que la primera le da acceso a transferencia de dominio con partida registral, y no está sujeto a anotación preventiva como lo que sucede en la prehorizontalidad, en donde se anotaría el contrato de compra y venta del bien, sujeto a que la predeclaratoria de fábrica y prereglamento interno y en conjunto el proyecto se realice y concluya.

Sin embargo, si ponderamos la seguridad y el tráfico jurídico de los bienes inmuebles versus la simplicidad que se quiere plantear para solucionar este tipo de problemas, pues creemos que los primeros deberían de primar, ¿se imaginan poder hipotecar una bien inmueble de un quinto piso cuyo cuarto piso no está edificado y solo consta la estructura de tres pisos construidos?, claro un banco o una empresa de las que se dedican a hacer préstamos hipotecarios podrían negarse, pero ¿y si la hipoteca se hace entre privados?, ahí podría cambiar el problema. ¿Cómo exigiría la ejecución del mismo?, ¿quién compraría un bien con partida registral pero que no podrá construirla hasta que el propietario del cuarto piso haga las bases de su estructura?, ¿los nuevos titulares del cuarto y quinto piso están obligados a pagar el mantenimiento?, ¿pero si no pueden usar físicamente los bienes, por qué deberían de pagar?, ¿son realmente propietarios del bien?

Es cierto que el régimen de la prehorizontalidad está fijado para promotores inmobiliarios es decir proyectos de mayor envergadura, sin embargo, su aplicación puede ser aplicable en los casos en los donde no hay promotores inmobiliarios, desde nuestro punto de vista

no vemos ningún problema al respecto, es más creemos que es más seguro realizar anotaciones preventivas, aspecto que a continuación vamos a explicar, ¿Cómo surge o que es la prehorizontalidad?, y como esta es la solución al problema que se planteó en el acuerdo plenario presente.

La prehorizontalidad es aquella posibilidad que nos permite publicitar de manera temporal en el registro de predios la existencia de la licencia de edificación, es decir, el permiso para edificar, la cual va a dar lugar a una construcción a futuro sometida al régimen de propiedad horizontal. El simple hecho que este anotado preventivamente hace que se genera la cognoscibilidad sobre las características de las futuras unidades inmobiliarias y el contenido del reglamento interno.

En primer lugar, hay dos aspecto muy importantes que se deben tomar en cuenta en la prehorizontalidad, nos referimos al título autoritativo, el cual es la licencia de edificación, la cual permite al propietario ejecutar un proyecto edificatorio por la obtención de la licencia.

Este primer aspecto es importante ya que presupone un análisis administrativo sobre el proyecto, es decir, la viabilidad del mismo, respetando los parámetros edificatorios que deben ser aplicados.

En segundo lugar, referido a la existencia del título de propiedad el cual se encontrará supeditada a la realización del proyecto conforme al título autoritativo. Una vez emitida la licencia de edificación, los titulares del bien pueden solicitar la anotación preventiva de la predeclaratoria de fábrica de la edificación, lo cual está regulado en el artículo 29 de la ley N° 29090 y cuya definición está en la ley N° 27157, la cual es considerada como una anotación preventiva de un futuro proyecto de declaratoria de fabrica a partir de los planos de las obras y de las especificaciones técnicas pertinentes.

Por otro lado, si revisamos el artículo 29.1 del Texto único y Ordenado de la ley N°29090¹⁷, se determina que la predeclaratoria se anota preventivamente teniendo el plazo de un año, situándonos en el contexto de la propiedad exclusiva y común las preindependizaciones y el prereglamento interno también pueden ser anotados. Estos aspectos nos dan a entender que, expedida la licencia de edificación, la prehorizontalidad podrá acceder al registro.

¹⁷ Texto Único Ordenado de la Ley N° 29090, Ley de Regularización de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones

Respecto a la anotación preventiva, tenemos que deberá contener la distribución de los ambientes, la norma autoritativa en la cual figure su plazo de vigencia y extensión, entre otros aspectos técnicos.

Cabe resaltar que, al ser la anotación preventiva, es decir, un asiento provisional y transitorio cuya finalidad es reservar la prioridad y advertir a los usuarios sobre la posibilidad de un posible u eventual cambio del acto o derecho inscrito, dichos aspectos se verán regulados en la preindependización, prereglamento interno y predeclaratoria de fábrica, por lo tanto, genera cognoscibilidad.

Como ya se ha mencionado la licencia de edificación, es el presupuesto para solicitar la anotación de la predeclaratoria de edificación, sin lugar a dudas nos encontramos bajo un acto administrativo el cual autoriza al propietario a edificar, y dado que es otorgado por un órgano competente se entiende que ese órgano o comisión ha desarrollado una evaluación pertinente respecto de las normas urbanísticas y edificatorias de la zona para determinar la viabilidad del proyecto que se quiere realizar, en este caso registrador no debería calificar dicha parte, ya que se entiende que fue un órgano estatal quien realizó el estudio previo, por lo tanto, los parámetros de área, las alturas máximas de edificación, áreas libres retiros, entre otros no se verían vulnerados¹⁸.

Como podemos observar, hasta el momento hay una mayor seguridad con la prehorizontalidad; la predeclaratoria de fábrica la cual entra a registro como una anotación preventiva, permite dar a conocer los planos de obra y las especificaciones técnicas que cuenta con la aprobación municipal, en el caso que la predeclaratoria de edificación tome como referencia a una unidad inmobiliaria sujeta al régimen de propiedad exclusiva y común, y el titular de dominio desee una partida independiente por cada unidad inmobiliaria, pues se podrá solicitar de manera simultánea la anotación preventiva de las preindependizaciones y del prereglamento interno.

El registrador en este caso solo podrá calificar el título que contiene la predeclaratoria de edificación, mas no podrá confrontar la adecuación del proyecto edificatorio con las normas urbanísticas.

¹⁸ PORRAS ALEGRE, Daniel y CAMPOS FERNANDEZ, Sonia "¿El cielo es el límite? La independización de aires sobre aires. Gaceta civil & procesal civil | N° 97 julio 2021.

Respecto a la preindependización, solo se deberá considerar en las instancias registrales el proyecto aprobado, es decir, lo correspondiente a las características de las unidades de propiedad exclusiva y común, en tanto solo se calificará los planos de preindependización confrontándolo con la memoria descriptiva, planos de distribución y las características de los mismos, es decir que el registrador solo queda supeditado a la concordancia de los datos y lo que se ha graficado en los planos de independización, memoria descriptiva¹⁹.

Cabe resaltar, (muy importante tomarlo en cuenta ya que es una buena herramienta para prorrogar los actos que se desean inscribir), que la predeclaratoria de edificación, las preindependizaciones de las unidades exclusivas, así como el prereglamento interno, al extenderse como anotaciones preventivas en el registro, están sujetas a un año de vigencia, el cual puede ser prorrogable.

Y, ¿Qué sucede si el titular de dominio decide vender una unidad inmobiliaria?, ¿se podría?, por supuesto que sí, si las anotaciones preventivas de las unidades de propiedad exclusiva proyectadas están anotadas preventivamente, pues la compra venta u otros posibles actos realizados por el propietario donde se obligue a transferir al propiedad de las futuras secciones de propiedad exclusiva podrán ser también anotadas preventivamente, es decir que el cambio de titularidad de dominio se dará en tanto y cuando se termine el proyecto edificatorio y se construya la edificación que fue anotada preventivamente. En otras palabras, la compra venta está sujeta a que el proyecto inmobiliario se construya.

En resumen, la prehorizontalidad permite el acceso al registro a través de anotaciones preventivas, en contra posición a lo que se establece en el acuerdo plenario sobre la independización de aires sobre aires, si bien es cierto que la prehorizontalidad no es obligatoria, consideramos que esta debió haber sido la oportunidad para que tome protagonismo y sea la herramienta jurídica idónea para el problema que se plantea el tribunal registral. Es inaudito que con la independización de aires sobre aires se abran partidas registrales sin que exista una declaratoria de fábrica, es un grave error, sin embargo, dicho error se vería solucionado por la prehorizontalidad.

El siguiente punto es esencial, ya que desde nuestro punto de vista el tribunal registral comete una omisión cuando en el artículo 72 del Reglamento de Inscripciones del

¹⁹ MENESES GOMEZ, Alberto "El reciente acuerdo del tribunal registral sobre la independización de aires sobre aires". Gaceta civil & procesal civil | N° 97 julio 2021

Registro de Predios una de los requisitos que pide el registrador para anotar la preindependización son los correspondientes al área de distribución de los ambientes, el área techada por cada piso, el nombre del profesional a cargo y el área libre.

Si bien nuestro ordenamiento no ha establecido que las preindependizaciones no tengan un carácter definitivo, sí es necesario acotar que la presente figura jurídica ayuda a esclarecer los problemas prácticos que fueron materia de discusión, la posible implementación en el presente acuerdo plenario de la prehorizontalidad, es en realidad la solución, desde nuestro punto de vista al problema, salvaguarda el tráfico jurídico y económico de la propiedad inmueble.

Es necesario realizar un análisis crítico de la adopción del presente acuerdo, ya que el primer problema que intuimos es que se va a materializar en la realidad el hecho que se estaría permitiendo ya no una preindependización sino un inscripción definitiva; entonces bajo esta lógica, se abriría una nueva partida de la partida matriz en donde se le atribuiría porcentajes de participación sobre las zonas de dominio común tomando en cuenta que la titularidad de esa unidad inmobiliaria independizada no cuenta con una edificación.

Además, creemos que hay aspecto que es válido cuestionar y que debería ser motivo de discusión, y es el hecho que si el nuevo titular de la unidad inmobiliaria la cual no tiene edificación, ¿el registrador con tan solo solicitar las medidas proyectadas de aquella unidad independiza considerada como pieza única, fundamental y suficiente para aceptar la independización de aires sobre aires?

Otro aspecto fundamental es el cambio en el reglamento interno producto de una independización de aires sobre aires, lo cual no ha sido previsto u avisado por el tribunal registral, es decir, si tenemos nuevas partidas registrales, por ende, nuevas propiedades exclusivas, sin embargo, ¿en qué momento se disgregan los porcentajes de participación?, ¿no es necesario el cambio del reglamento internos para este tipo de casos?, ¿y el quorum para tomar decisiones? Imaginemos por un momento que se sobreentienda que la modificación debe ser realizada por temas de formalidad para adoptar decisiones con respecto a la junta de propietarios, ¿siendo Perú un país muy informal, dejarles esa potestad a los copropietarios de realizarlo o no, es viable?

¿Cuál sería la naturaleza jurídica de este bien?, pues es una pregunta complicada de responder, ya que estaríamos frente a un bien que no existe en la realidad física, pero que obtiene un reconocimiento jurídico, entonces entraríamos en otro problema no solo legal

sino también físico, aquella persona que cuente con la titularidad de esa unidad inmobiliaria carente de corporeidad pero con reconocimiento jurídico ¿de qué manera podría exigir u obligar al titular del bien del nivel inferior que construya su nivel edificatorio correspondiente para que recién pueda construir su unidad inmobiliaria?

Podríamos decir que la solución a esta última pregunta sería la adopción de un plazo de tiempo determinado para que esta pueda ser ejercido y de no hacerlo podría surgir una obligación de hacer, de esta manera salvaguardaríamos el estado de indefensión que se está promoviendo bajo la presente figura de la independización de aires sobre aires, pero ¿no se supone que las normas deben solucionar problemas mas no crearlos o deberíamos de ser más precisos a la hora de regularlos?, no olvidemos que la preindependización calza perfectamente, ¿para qué derogar lo que ya está regulado y que precisamente podría ser la solución?.

Cabe resaltar que existen dos momentos claves en el derecho al vuelo, y que estarían siendo vulnerados con el presente acuerdo plenario y que nivel de doctrina están claramente separados, en primera fase tenemos que el derecho al vuelo es un derecho real que recae sobre cosa ajena, es decir, que recae sobre la edificación, mientras que la segunda fase es el ejercicio de tal facultad, es decir la construcción de las plantas y es en ese preciso momento donde surge el derecho de propiedad.

A modo de resumen de lo desarrollado, algunas diferencias entre:

AIRES	AZOTEA
1.- Es un espacio vacío o gaseoso	1.- Es un nivel de la edificación, por lo general está en el último piso.
2.- No es un objeto físico.	2.- Es un objeto físico

AIRES	Derecho de Sobreedificación
1.- No es una facultad, es un espacio vacío o gaseoso	1.- Es aquella facultad que permite la construcción de un nivel por encima de lo que ya está edificado.
2.- No es un objeto físico.	2.- Es un objeto físico

Y consecuencias con respecto a:

La Independización de aires sobre aires	
Positivas	Negativas

1.- Posibilidad de acceder al registro de manera rápida	1.- Inseguridad jurídica respecto a bienes que no se saben si van o pueden llegar a existir.
2.- Ejercicio de los derechos de propiedad sobre el bien	2.- Derogación de la prehorizontalidad
3.- Disponibilidad jurídica inmediata del bien	3.- Indisponibilidad física del bien
4.- Oponibilidad	4.- Inseguridad en el tráfico económico de los bienes
	5.- No hay una normativa que regule como se realice el tramite

4.- EL DERECHO AL VUELO COMO DERECHO REAL EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

Los aires están regulados en la directiva 009-2008-SUNARP/SN y es equiparado con el derecho al vuelo en España, pero debemos preguntarnos lo siguiente, ¿Cuál es el sustento legal para los aires como institución jurídica pueda existir?, ¿Cuál es la base legal que se ha utilizado para crear la institución de los aires a nivel registral y que implicancias tiene en el código civil peruano?, ¿los aires son bienes? Y si lo son ¿Qué clase de bienes son considerados?

En primer lugar, es necesario precisar si realmente los aires en el Perú pueden ser equiparados con el concepto del derecho al vuelo, encontramos que el derecho al vuelo es un derecho real introducido como ya hemos visto en el RH español; en el Perú, por el contrario, los aires se encuentran delimitados en una directiva de origen técnica registral. Partiendo de este punto, ya observamos una similitud (dicho sea de paso es problemática, antijurídica, e inconstitucional), en España como se ha visto, el RH contravenía lo que decía el código civil español y dando origen varios cuestionamiento sobre la ineficacia e invalidez de la norma reglamentaria, por otro lado en Perú, tenemos una creación la cual no tiene sustento legal ya que en nuestro código civil no se menciona absolutamente nada sobre los “aires” e inclusive en la ley 27157, tampoco se hace mención de los mismos, partiendo de este tema, comparte una similitud infractora.

En segundo lugar, el derecho al vuelo en España es un derecho real, el cual ha sido introducido gracias al sistema de numerus apertus que acoge su sistema. En cambio, en el Perú no tenemos un sistema numerus apertus sino es un sistema numerus clausus, este problema imposibilita la introducción de los aires como derecho real, entonces, bajo

razonamiento doctrinario, los aires son considerados como derechos que recaen sobre un inmueble el cual es plausible de inscripción en registros, tomando en cuenta entonces que es un bien inmaterial, como podemos observar

Partiendo desde este razonamiento mientras que en el derecho al vuelo el derecho recae sobre una cosa ajena, en el Perú observamos que los aires recaen sobre un bien inmaterial.

El derecho al vuelo en España tiene dos fases la primera es que cae sobre cosa ajena y la segunda es la titularidad de lo edificado como consecuencia del ejercicio del derecho al vuelo. En cambio, en el Perú no hay dos fases, hay solo una, bajo la cual los aires son considerados como un derecho de propiedad, ya que como hemos visto recae sobre un cosa inmaterial, ya que se hace alusión al espacio aéreo, recordemos que al inicio explicamos las naturaleza jurídica del derecho al vuelo, pues en España se adopta la tercera noción mientras que, en el Perú, se adopta la primera noción, este es otra diferencia entre ambas.

Los aires, desde nuestro punto de vista no deberían ser considerados como cosas inmateriales, es más bien un espacio vacío, etéreo gaseoso en donde se ejerce la facultad para edificar, por lo tanto, la aplicación por analogía del artículo 885 inciso 10, no es plausible por ese aspecto estructural.

Por otro lado, si observamos el artículo 923 de nuestro código civil observamos que:

Art. 923

La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

Parecería que los aires podrían calzar bajo ese presupuesto en el que es propiedad de una o más personas según sea el caso, sin embargo, volvemos al mismo problema, ¿una directiva dictada por SUNARP puede introducir y crear un concepto jurídico que sea considerado un derecho real?, pues no es posible, la introducción del concepto de aires no está siendo bien aplicada ni como institución jurídica (ya que no les corresponde) ni como derecho real ya que no puede introducirse un nuevo derecho real bajo lo normado en nuestro artículo 881 de nuestro código civil.

¿Cuál es la solución?, pues es necesario un cambio en nuestro código civil, la directiva 009-2008-SUNARP/SN carece de base jurídica para crear una institución tan grande

como el derecho al vuelo bajo otro nombre “aires”, debido a que no tiene la competencia para hacerlo. Cabe recordar que España ha habido problemas respecto al RH y la introducción del derecho al vuelo, en cambio aquí en el Perú hasta el momento no se cuestionan dichos problemas, y es tratado más que todo bajo un tema doctrinario.

Nuestra postura es la siguiente, el termino aires no debe ser utilizado, sino más bien el derecho al vuelo, esto como punto de partida, lo segundo la introducción de este derecho real debe estar en nuestro código civil, por lo tanto es necesario realizar una reforma al mismo, y las características que debe tener deben ser las que se mencionaron al inicio del presente artículo, en primer lugar, debe ser un derecho que recaee sobre una cosa ajena, es decir, sobre lo que ya está edificado, y debe tener un carácter con vocación de dominio, es decir, que lo edificado sea propio del titular, del mismo modo debemos hacer hincapié, que solo podrá ejercerse el presente derecho bajo la modalidad de propiedad horizontal, y que el ejercicio del mismo tenga un plazo pactado por las partes.

Por otro lado, de no hacer efectivo dicho derecho este se extingue, es decir, la facultad para accionar mas no el derecho al vuelo, el cual puede ser pactado nuevamente. Del mismo modo, no creemos lógico el hecho de que el derecho al vuelo tenga la misma cantidad de plazo que tiene la superficie, es decir, 99 años; del mismo modo no nos parece lógico que el plazo sea de 10 años por prescripción.

Queremos precisar que hay otra forma la cual puede ser utilizada para la integración del derecho al vuelo en nuestro sistema jurídico, y no precisamente como derecho real, (esto no quiere decir que estemos de acuerdo con ella), y es la posibilidad de interpretar de manera abierta el art. 955 de nuestro código civil.

Art. 955.-

El subsuelo o el sobresuelo pueden pertenecer total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo.

Si bien traemos a acotación el presente artículo debemos precisar que fue este el detonador para la independización de aires sobre aires, creemos que fue una interpretación muy extremista, al considerar que se pueden delimitar espacios cúbicos.

Si bien el articulo nos permitiría introducir el derecho al vuelo en el Perú, consideramos que, al existir un listado cerrado de derechos reales, “números clausus” en nuestro sistema, este decae, y, aun así, imaginemos por un momento que nuestro sistema sea

numerus apertus como sucede en España, introducirlo en base a una directiva de SUNARP, ¿sería lo correcto?; no, pues entraríamos de nuevo en otro error, una directiva de SUNARP no puede crear o introducir modificaciones al código civil, y no solamente nos referimos al rango de la jerarquía que una simple directiva podría tener; todos sabemos que los cambios deberían ser introducido por ley, sino además porque es una directiva que regula netamente procedimientos registrales.

Pero, ¿y si la modificación la hacemos en base a la interpretación extensiva del art. 955 de nuestro código civil?, si bien la interpretación del art. 955 no sería tan extremista como el de la independización de aires sobre aires, en la cual se permite la división cúbica del volumen de las áreas sujetas a las independizaciones, ya de por si es una interpretación abierta de la misma, y realizar otro tipo de interpretación del mismo artículo mesurado, desde nuestro punto de vista no parece un poco peligroso.

Es peligro debido a que podría dar lugar a futuro a que se introduzcan nuevas figuras jurídicas que no necesariamente sean compatibles en nuestro sistema y generen problemas o de pie y sustento a que la independización de aires sobre aires siga siendo vigente, aun así, introduciendo el derecho al vuelo.

Por lo tanto, en aras de salvaguardar nuestro sistema registral y tráfico jurídico y económico de los bienes inmuebles sujetos al régimen de propiedad horizontal, la interpretación del art. 955 debe ser realizada con forme a lo que dicta y no estar sujetos a interpretaciones. Sin embargo, esta posibilidad de introducir el derecho al vuelo en una ley como por ejemplo la 27157 teniendo como fundamento una interpretación mesurable del art. 955 de nuestro código civil, es una posibilidad la cuál no compartimos pero que debe ser analizada, tomada en cuenta y debatida, teniendo en cuenta que actualmente el anteproyecto del código civil no ha tomado en consideración estos tipos de problemas.

5.- CONCLUSIONES

En primer lugar, consideramos que el derecho al vuelo es un bien sobre el cual recaen derechos de propiedad la cual está ligada a la figura jurídica de la propiedad horizontal.

Como segunda conclusión debemos señalar que no es posible la implementación del derecho al vuelo como derecho real bajo nuestro actual código civil peruano, nuestro sistema como lo hemos visto es un “numerus clausus”, por lo que la integración del derecho al vuelo de manera analógica no es viable.

En tercer lugar, el derecho al vuelo no es una figura jurídica nueva, ni mucho menos inventada en nuestro ordenamiento jurídico, como hemos podido observar a lo largo del presente trabajo, encontramos que el derecho al vuelo ha tenido apoyo en la jurisprudencia española y argentina (también en otros códigos civiles de España como el de Navarra y en México); lo que si puede ser considerado como invento es el término aires, el cual ha sido mal acuñado en nuestro ordenamiento.

No debemos olvidar otro aspecto, y es el hecho de haber incluido el término “aires” equiparándolo al derecho al vuelo español, lugar donde es considerado un derecho real, sin tener en cuenta que en nuestro ordenamiento tenemos un “numerus clausus”, el cual no nos permite integrar nuevos derechos reales, en contra posición a lo que sucede en España donde tienen un sistema “numerus apertus”.

Cabría preguntarnos, exactamente ¿Qué es lo que está introduciendo la directiva 009-2008-SUNARP-SN bajo el término “aires” ?, ¿es un derecho real?, ¿un bien inmueble?, consideremos que son válidas las preguntas aquí generadas, pero antes de contestarlas hay una pregunta que debe ser resuelta primero, ya que consideramos es el primer paso para descubrir que introduce la presente directiva y es la siguiente, ¿una directiva de SUNARP puede introducir, modificar o cambiar figuras jurídicas en el código civil?, desde nuestro punto de vista, no es posible, por lo tanto la directiva introduce una figura jurídica sin base jurídica.

En cuarto lugar, la independización de aires sobre aires no es viable, ya que puede generar problemas, en primer lugar, construir una figura jurídica partiendo de un acuerdo plenario en donde equipara conceptos entre azotea y aires sin tener claro la diferencia que existe entre ellos; en segundo lugar, introducir una figura jurídica en base a una directiva de SUNARP sin tener en cuenta lo que dice nuestro código civil, en tercer lugar, utilizar las bases expuestas en el presente párrafo y crear la figura jurídica de la independización de aires sobre aires para crear una partida registral nueva e independizada en el registro sin edificación, y sin tomar en cuenta la posibilidad de construcción en dicho espacio, esto nos parece muy peligroso ya que atenta contra la seguridad jurídica en el registro, el tráfico jurídico y económico de los bienes inmuebles, y los derecho de propiedad de las personas.

En quinto lugar, la preindependización es la figura jurídica factible que debió ser tomada en cuenta para solucionar los problemas que se están generando en sede del tribunal

registral respecto a la independización de aires sobre aires; la preindependización permite, el acceso de forma provisional mediante anotaciones preventivas actos de modificación y fraccionamiento del predio, sino que además permite la tan “ansiada” publicidad que entendemos que el usuario desea tener, y no solo de aquellos actos ya mencionados, sino también de los actos traslativos de dominio, que como ya lo hemos mencionado, estos también entrar al registro de forma provisional mediante anotación preventiva, generando protección sobre los bienes cuyo titulares están sujetos al cumplimiento e incepción del proyecto edificatorio que se va a realizar.

En sexto lugar, el sistema de *numerus clausus* implementado en nuestro actual código civil no permite la integración del derecho al vuelo como derecho real o los “aires” como ha sido denominado en nuestro contexto jurídico, por lo tanto, es necesaria buscar otra forma de integración del presente derecho a nuestro ordenamiento.

En séptimo lugar, ¿Cuál es la diferencia entre aires y azotea?, pues la diferencia es simple, los aires son un espacio aéreo o gaseoso, el cual no debería de ser considerado como facultad para sobredificar ni mucho menos tomarlo como un espacio cubico materia de posibles derechos reales (como ocurre en el acuerdo plenario de aires sobre aires) más bien desde nuestro punto de vista, los aires son aquel espacio vacío, gaseoso donde se ejerce el derecho al vuelo, mientras que la azotea, es como bien lo dice su norma técnica G.040 del RNE, es un bien (por lo general construido o a veces no), pero que tiene un nivel de acceso y cuya construcción puede abarcar hasta un 50% de área techada. Cabría preguntarnos, ¿y que sucede con el titular dominal de la azotea en caso este tenga una reserva?, pues esto dependerá de lo que se haya pactado en el reglamento interno de la junta de propietarios. Es decir, si se ha reservado los “aires” entonces será titular de la azotea y los aires que subsisten de ella, o por el contrario, si habiéndose reservado los aires, pero advirtiendo que los aires que subsisten después de la azotea se computan comunes, solo podrá ejercer la posibilidad de la sobreelevación con respecto a lo correspondiente a la unidad inmobiliaria denominada azotea.

En octavo lugar, respecto a aires y derecho a sobreedificación la directiva 009-2008-SUNARP/SN parecería decir que ambos términos son lo mismo, sin embargo, no lo son, el derecho a sobreedificación es aquella faculta que tiene el titular del derecho al vuelo a edificar sobre lo que ya está edificado, por ello el término “sobreedificación”, y, por otro lado, aires, como bien lo hemos denominado, es aquel espacio gaseoso y vacío en donde se va a ejercer la sobreedificación.

En noveno lugar, la independización de aires sobre aires ha traído un grave problema e incluso nos animaríamos a decir que ha derogado a la prehorizontalidad, ya que contradice y sustituye con menores requisitos a esta, la cual pedía una licencia, seguido un trámite municipal, además del manejo de esta figura en base a anotaciones preventivas, es decir, sin una inscripción definitiva en registro, cambiándolo y derogándolo, por un sistema en donde se podría solicitar a SUNARP la independización directa de las unidades inmobiliarias sin que exista una declaratoria de fábrica y con la sola presentación del reglamento interno adjuntando planos con las medidas proyectadas de cada unidad inmobiliaria incluyendo su altura. Este tema es peligroso y podría afectar el tráfico jurídico de los bienes.

En décimo lugar, creemos que es necesario distinguir el derecho al vuelo como un derecho limitado sobre bien ajeno mientras no se ejerza la facultad de sobreedificación y recién considerarlo como una verdadera propiedad cuando este se edifica, es decir, una vez construida la edificación recién nace el derecho de propiedad, son las dos fases que a lo largo del trabajo hemos mencionado, con respecto a la naturaleza del derecho al vuelo.

Y en último lugar, creemos que es necesaria una reforma en nuestro código civil para introducir el derecho al vuelo en nuestro ordenamiento, no hay otra forma desde nuestro punto de vista, nuestro actual código civil no nos permite la integración, si bien hay puntos de vistas distintos, creemos que la interpretación del art. 955 de nuestro código civil ya introdujo figuras como la independización de aires sobre aires debido a una interpretación liberal o mejor dicho extremista, por lo tanto, en aras de no realizar este tipo de interpretaciones a futuro, es mejor no interpretarlo a los extremos y limitar su interpretación a lo que dicta su apartado.

No queremos dejar de lado mencionar que a partir de una interpretación medible o medible del artículo 955 del CC, podría calzar el hecho de introducir una ley (entiéndase por ejemplo la 27157) en donde se introduzca el derecho al vuelo a nuestro ordenamiento, y a decir verdad, es una idea excelente, hasta nos atreveríamos a decir que es una solución plausible, sin embargo, creemos que la mejor forma es que el derecho al vuelo tenga su propio apartado en nuestro código civil como derecho real en aras de que a futuro otras personas no intenten regular otros tipos de figuras jurídicas que puedan ocasionar problemas jurídicos en base a interpretaciones que no sería, como en este caso, medibles.

Llámesse derecho al vuelo o “aires” (término mal asignado pero adoptado en nuestro ordenamiento), no debemos olvidarnos que su introducción mediante la directiva 009-2008-SUNARP/SN, ha sido realizado de manera incorrecta.

6.- RECOMENDACIONES

Es necesario replantear los conceptos de aires y azotea, ya que como hemos visto son dos conceptos distintos, teniendo los conceptos claros y una correcta delimitación de sus alcances, se deberá plantear una nueva normativa o en su defecto un precedente de observancia obligatoria, no podemos pasar a cosas tan abstractas sin tener los fundamentos básicos correctamente definidos.

Respecto a la independización de aires sobre aires, pues creemos que no es la adecuada, consideramos que estos temas son muy importantes y deberían ser abordados en cursos y conversatorios, no podemos darle prioridad a la simplicidad cuando nuestro ordenamiento nos puede dar la solución, como la prehorizontalidad que se da en grande proyectos y que incluso es poca usada debido a que no hay los incentivos necesarios para que sea aplicada, sin embargo está regulada; lo ideal sería que a futuro en una nueva discusión en sede registral sobre el tema tenga especial importancia, ya que es una figura útil pero que se está dejando de lado, por lo tanto, los incentivos para su aplicación deben ser redimensionado.

Una directiva de SUNARP no puede bajo ningún motivo modificar o crear nuevas figuras jurídicas, por ejemplo, los aires que después de estos surja la independización de aires sobre aires. Esto debe ser replanteado buscar una forma de integrarlo a nuestro ordenamiento.

La única forma viable para integrar el derecho al vuelo, mal llamado aires en nuestro ordenamiento, es bajo una modificación a nuestro código civil, dándole la categoría de un derecho real, recién en ese momento la directiva podrá gozar de legalidad, pero no olvidemos que “aires” no es el termino adecuado.

Para finalizar, la interpretación mesurable del artículo 955 es plausible y debe estar sujeto a estudios, y a pesar que creemos que no debería ser esta la forma para introducir el derecho al vuelo, ante la inamovilidad de los conceptos trabajados en el presente informe en el anteproyecto de nuestro código, esta interpretación podría ser nuestro salvavidas.

7.- BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA ESTATAL BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO – BOE

2021 “Código de leyes civiles de Cataluña”. Fecha de revisión 18 de mayo del 2021.

<<https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=150&modo=1¬a=0&tab=2>>

AGENCIA ESTATAL BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO – BOE

2021 “Código de leyes civiles de Cataluña”. Fecha de revisión 18 de mayo del 2021.

<<https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=150&modo=1¬a=0&tab=2>>

CXLIX Pleno. Sesión extraordinaria modalidad no presencial. Lugar, lima 2 de mayo del 2016.

CCXLIII Pleno. Sesión extraordinaria modalidad no presencial. Lugar, lima 26 de abril del 2021.

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

2015 “Ley 26.994 – Código civil y comercian de la nación”. Ultima revisión 24 de setiembre del 2021.

<<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm#26>>

COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

“La cláusula de reserva del espacio aéreo y la ley de propiedad horizontal”.
Fecha de revisión: 24 de setiembre del 2021.

<<http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/09/RNCba-46-1983-03-Doctrina.pdf>>

COSSARI G.A, Nelson y LLUVERA, Miguel Ángel

2005 “Propiedad horizontal: Techo edificable y tráfico inmobiliario”. Universitas S.R.L – Revista del notariado – Año CVIII.

<<http://www.saij.gob.ar/nelson-cossari-propiedad-horizontal-techo-edificable-trafico-inmobiliario-dacf060030-2005/123456789-0abc-defg0300-60fcanirtcod>>

DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco

2003 “Instituciones de derecho privado”. Tomo II. Volumen 2. Madrid – España.

FAUS, Manuel

“Reglas generales del derecho de vuelo. Concepto y naturaleza jurídica.

< <https://vlex.es/vid/reglas-generales-derecho-vuelo-760182433> >

JARAMILLO MUNAYCO, Iván

2021 “Independización de aires sobre aires”. El reflejo de una nueva necesidad. Gaceta civil & procesal civil | N° 97 julio 2021.

LIDIA SESSA, Rita

2015 “Cuadro comparativo entre la ley de propiedad horizontal 13512 y el nuevo código civil.

“<https://ligadelconsorcista.org/cuadro-comparativo-ley-13512-y-nuevo-codigo-civil>”

MARTINEZ CHIALVO, Nory Beatriz

2016 “El derecho real de propiedad horizontal en el nuevo código civil y comercial de la nación. Fecha de revisión: 24 de setiembre del 2021.

<<http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho-privado/chialvo.pdf>>

MENESES GOMEZ, Alberto

2021 “El reciente acuerdo del tribunal registral sobre la independización de aires sobre aires”. Gaceta civil & procesal civil | N° 97 julio 2021.

Ministerio de vivienda, construcción y Saneamiento

2021 “Resolución Ministerial N°029-2021-VIVIENDA, Modificación de la norma técnica G.040, definiciones del reglamento nacional de edificaciones”

PORRAS ALEGRE, Daniel y CAMPOS FERNANDEZ, Sonia

2021 “¿El cielo es el límite?. La independización de aires sobre aires. Gaceta civil & procesal civil | N° 97 julio 2021.

POSTERARO SANCHEZ, Leandro y CELESTE YACOPINO, María

2003 “Derecho a sobreelevar”. Fecha de revisión: 20 de setiembre del 2021.

<<http://www.escribaniaposteraro.com.ar/premios/9-Primer%20Premio%20Encuentro%20Not%20Novel%20Tandil%202003.pdf>>

REGLAMENTO HIPOTECARIO – LEY HIPOTECARIA ESPAÑOLA

2015 “Reglamento Hipotecario”. Fecha de revisión: 10 de mayo del 2021.

<<https://www.notariosyregistradores.com/web/normas/reglamento-hipotecario-titulos-i-y-ii/#art16>>

2006 “Aprueban el Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley N° 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” – Decreto supremo N° 035-2006-VIVIENDA.

2008 “Directiva N° 009-2008-SUNARP/SN, Directiva sobre el Régimen de Propiedad Exclusiva y Común”

2015 “Resolución N° 770-2015-SUNARP-TR-L. Tribunal Registral de la Superintendencia de los Registros Públicos”

1889 “Real Decreto. Código Civil español, 24 de Julio de 1889.

<<https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-civil/>>

1960 “Ley de propiedad horizontal, Ley 49/1960 del 23 de julio de 1960, dada por el departamento de Jefatura del Estado.”

<<https://www.boe.es/eli/es/l/1960/07/21/49/con>>