

¿Dueño del aire?

El problema de la propiedad predial del sobresuelo (*)

Antonio Guarniz Izquierdo

Alumno de octavo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. INTRODUCCIÓN.

El término **aires** no es, en absoluto, jurídico.

Se trata de un término aplicado por el mercado y relativamente reciente. Este hecho permite comprender una de las razones por las que no existen muchas definiciones jurídicas de él.

En mi opinión, la razón principal por la que el concepto de los aires no está definido en términos jurídicos, es que el tema de su enajenación no ha merecido (o, por lo menos, aún no ha tenido tiempo de merecer) una gran atención de la doctrina. Y es que el concepto de los aires sólo tiene relevancia a efectos de su enajenación puesto que su utilidad consiste en la designación de un nuevo bien a enajenarse o cuya enajenación se niega: el concepto de aires nació porque la gente empezó a celebrar actos jurídicos respecto de ese espacio físico que estaba sobre una construcción y que terminó siendo designado con el nombre de **aires**.

Lo extraño es que ni aun en los contratos en los que se dispone de ellos (menos en los escasos trabajos que, como ya se dijo, hay sobre el tema) suele definírseles, y ello no se debe a que este término carezca de contenido sino quizás, a todo lo contrario, a que es una de esas palabras primitivas con las que nos topamos a diario, una de esas palabras que forman las cláusulas de estilo aparentemente inocuas en casi todos los contratos

inmobiliarios. Nadie se ha molestado en definir el término **aires** porque todos sabían o creían saber de qué se hablaba cuando él era mencionado.

Sin embargo, el análisis de la doctrina que sí se ocupa del tema, permite caer en la cuenta de que no es tan cierto que todos estemos de acuerdo en aquello a lo que nos referimos cuando hablamos de **aires** y lo que es más grave, como se verá, cada concepto llevará a una interpretación distinta de lo que su enajenación implica.

En este trabajo me ocuparé de la enajenación de los aires desde un punto de vista netamente teórico, procurando analizar todas las posibilidades de interpretación que sobre ella se manejan y haciendo una propuesta personal. A lo largo del mismo, saldrán numerosas cuestiones relativas a diversas instituciones con las que se halla indudablemente vinculado –principalmente a la propiedad horizontal– y que en la mayoría de los casos no tendré posibilidad de tratar íntegramente debido a la extensión de este trabajo pero que, sin embargo, deben tenerse presentes como puntos aparte de este artículo que constituye sólo una primera reflexión sobre el tema.

II. EL DERECHO A CONSTRUIR.

Coloquialmente suele entenderse a los aires

(*) Agradezco la colaboración de Raúl Ravina Sánchez, Juan Pulgar Vidal De Rojas y Leonardo Caparrós Gamarra, amigos y compañeros del grupo de jefes de práctica de Derechos Reales y, de manera especial, a Martín Mejorada, pues sin el apoyo y los valiosos comentarios de todos ellos no hubiera sido posible la elaboración de este artículo.

como un derecho a construir. Ésta es una «acepción» que parece estar recogida por Lucrecia Maisch quien, comentando el artículo 954 del Código Civil, dedica unas líneas a definir el término **aires**: «...los aires son el derecho a elevar la construcción, aumentando la propiedad en área o dándole cualquier otra utilidad como terrazas, avisos para publicidad, etc.»⁽¹⁾.

El concepto de aires como derecho a construir, por no haber merecido mayor reflexión de la doctrina, se encuentra poco desarrollado y presenta múltiples debilidades. Podrá observarse que el derecho a elevar la construcción no tiene sentido para un tercero adquirente ya que por accesión la elevación formaría parte del edificio preexistente. Resulta claro que es necesario agregarle a este derecho a construir algún tipo de titularidad sobre lo construido en favor del adquirente de los aires.

El hecho de que no se mencione ni se justifique de qué titularidad se trata, es un grave problema de esta definición. Debería entenderse por el uso del mercado que esta titularidad es la propiedad pero no necesariamente sería ella. Podría sustentarse, por ejemplo, que se trata de un derecho de superficie: en ambos casos (propiedad y superficie) el adquirente de los **aires** tendría el dominio de lo que ha construido, pero en un caso sería perpetuo y en el otro no. Quedaría además, la posibilidad de sustentar la existencia de otras titularidades que no importen dominio.

El derecho a construir, por otro lado, es una posibilidad que intenta sustraer a la edificación del régimen de la propiedad horizontal. En otras palabras, el adquirente de los aires (al no estar dentro del régimen de propiedad horizontal) tiene sólo un derecho a construir que se muestra débil ante la destrucción de la edificación, pues el derecho a construir no incluye ninguno sobre el suelo. El adquirente se nos muestra como un auténtico adquirente de aire, en el sentido menos jurídico del término.

Así presentada, la disposición de los aires no importa la obtención de propiedad predial para el adquirente puesto que no se le otorga el dominio de un predio sino un derecho (a construir) sobre el ya existente.

Dos críticas importantes pueden hacerse a este concepto de **aires**.

La primera, que el adquirente de los aires no debe estar necesariamente interesado en construir, con lo cual, el definir a los aires como un derecho a construir mutila las amplias facultades y posibilidades de aprovechamiento que un propietario cualquiera puede dar a sus bienes. El adquirente de los aires podría estar interesado en utilizarlos tanto para construir como para el paso de cables, para asegurarse de que no se elevará la edificación ya existente (es decir, adquirir los aires justamente para no construir), etc.

La segunda, que la denominación coloquial de **aires** (que, sin embargo, mantendré a lo largo de este trabajo en un afán de usar un lenguaje homogéneo) parece ser fuente de confusiones puesto que no se tiene en cuenta que su enajenación es un acto de disposición de una parte de la propiedad predial.

En efecto, la enajenación de los aires no es otra cosa que un acto de disposición del sobresuelo. Así, la propiedad predial que comprende además del suelo, el subsuelo y el sobresuelo limitados hasta donde haya utilidad para el propietario, por la enajenación de los aires se convierte en una propiedad predial que comprende el suelo y el subsuelo hasta el límite ya mencionado, pero que transmite el dominio respecto de parte del sobresuelo para dar lugar a otro predio.

En consecuencia, lo que nace de la enajenación de aires no es un derecho sobre predio ajeno, sino el dominio sobre un nuevo predio que sólo se haya constituido por el sobresuelo que se extiende desde determinada altura (que normalmente será señalada por el **techo colindante**⁽²⁾ hasta, nuevamente, donde sea útil para el propietario.

Como puede apreciarse entonces, la teoría de los aires como un derecho a construir, por el momento, no puede traernos otra cosa que una gran cantidad de preguntas sin respuesta, no resultando satisfactoria para explicar los actos de disposición del sobresuelo.

III. LA SERVIDUMBRE.

Otra de las posibilidades que suele manejarse para la interpretación del fenómeno de la enajenación de aires, es la de entender a este acto como constitutivo de una servidumbre⁽³⁾. Como veremos más adelante, la

(1) MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. «Exposición de motivos y comentarios del libro de Derechos Reales del Código Civil». En: REVOREDO MARSANO, Delia (compiladora). Código Civil. Exposición de motivos y comentarios. Tomo V, Lima, 1985, pág. 189.

(2) En adelante, sólo por razones de claridad expositiva, llamaré **techo colindante** al techo del propietario que enajena sus aires y que, a la vez, servirá de suelo al adquirente en caso de edificar.

(3) Alejandro Falla Jara, profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú, aun cuando desafortunadamente no ha escrito sobre el tema, sustentaba esta teoría denominando a esta servidumbre como **servidumbre de apoyo**.

teoría de la servidumbre tiene antecedentes históricos en el Código Civil francés de 1804.

Un gran avance de esta teoría en relación a la anterior es que, al ser la servidumbre un derecho que sólo tiene lugar respecto de dos predios, implica el reconocimiento de una división del predio original a partir del acto de disposición del sobresuelo.

Mediante la interpretación de la enajenación de aires como una servidumbre, además, no se presenta al adquirente de los aires como titular de un derecho tan frágil puesto que, si bien no le otorga derechos respecto del suelo, en aplicación de las normas generales sobre servidumbres, su derecho es perpetuo al punto de revivir en caso de reedificación si es que se extinguió por destrucción del predio sirviente.

Sin embargo, el adquirente de los aires no es sólo titular de un derecho de servidumbre. Como mencioné más arriba, la servidumbre es un derecho eminentemente predial y no halla justificación en un titular sin consideración a un predio dominante. El derecho del adquirente de los aires primero debe recaer sobre el predio dominante para luego poder ser alegado respecto del sirviente.

Así, el presupuesto para que la teoría del derecho de servidumbre pueda resultar adecuada es la titularidad del adquirente sobre el nuevo predio constituido por el sobresuelo y, de reconocerse que la ostenta, la servidumbre mencionada pasará a ser sólo un accesorio de ese derecho principal que sería la propiedad respecto del sobresuelo.

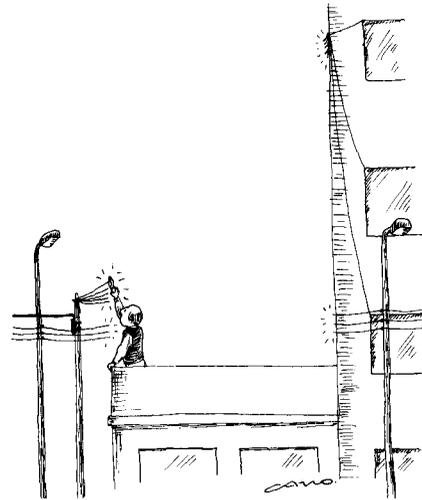
Por otro lado, si el objeto de la enajenación de los aires no es la creación de una servidumbre sino la transmisión de propiedad, y tampoco se trata de una servidumbre legal, el origen del gravamen cuya existencia se aduce no está justificado. La posibilidad de su existencia radicaría, más bien, en que se considere este pacto como implícito en una enajenación de aires, cosa que es bastante discutible.

Es por ello que, si bien no puede calificarse de imposible la interpretación de la enajenación de aires como una servidumbre, esta explicación es incompleta: por sí misma no abarca todo el problema aunque puede ser compatible con alguna otra que explique la titularidad del adquirente de los aires sobre el predio supuestamente dominante. Sin embargo, ésta, como todas las demás teorías que pretendan ensayarse, tiene en el régimen obligatorio de la propiedad horizontal su mayor reparo.

IV. LA PROPIEDAD HORIZONTAL.

El tema central en lo referente a la enajenación de los aires se halla, sin duda, en determinar si ella da lugar o no a un régimen de propiedad horizontal, al que la ley otorga carácter obligatorio para **toda edificación o conjunto de edificaciones integrados [sic] por secciones de dominio exclusivo pertenecientes a diferentes propietarios y además por bienes de dominio común y por servicios comunes**⁽⁴⁾, pues su obligatoriedad afecta a cualquier otra construcción jurídica que pretenda hacerse a fin de explicarla.

La inclusión de las enajenaciones de aires en el régimen de propiedad horizontal es una posibilidad nada clara en virtud de un deficiente diseño de nuestra norma. En efecto, según el Decreto Ley No. 22112 que regula la propiedad horizontal en el Perú, se requiere de tres elementos para la aplicación del mencionado régimen. Ellos son: propiedad exclusiva, propiedad común y servicios comunes.



Sin embargo, al depender de estos requisitos la inclusión en el régimen de propiedad horizontal, bastará con que las partes, al contratar, no se asignen ninguna zona común para que no se hallen dentro de él. El problema está en que la presencia o ausencia de los elementos que determinarán la aplicación del régimen de propiedad horizontal debe verificarse en los títulos de propiedad y ello hace que puedan sustraerse del mismo determinadas situaciones en las que la ley parece considerar necesario que sea obligatorio.

(4) Artículo 1 del Decreto Ley No. 22112.

Así, si un propietario enajena sus aires y pacta expresamente que no se incluye en la enajenación ningún derecho sobre el terreno ni sobre el techo colindante, no habría dado lugar a la propiedad horizontal al no existir ninguna zona de dominio común; aun más, siguiendo este razonamiento, si el propietario de un edificio enajena los departamentos estipulando que no otorga a los adquirentes derecho alguno sobre los pasadizos, escaleras, ascensor, terreno, etc. tampoco se hallará dentro del régimen de la propiedad horizontal por la misma razón⁽⁵⁾.

Sin duda, para algunos, este último caso parecerá exagerado y se sostendrá que aquellos pactos serían fraudulentos de la ley, pero conforme vaya atenuándose el ejemplo se hará menos claro en qué casos debemos admitir y en qué casos rechazar estos acuerdos. Por otro lado, si se sostiene en todos los casos la validez de los mismos es claro que la enajenación de aires, por sí misma, no dará lugar a un régimen de propiedad horizontal.

La posibilidad de este tipo de pactos hace bastante cuestionable el carácter obligatorio del régimen de propiedad horizontal y, sin embargo, se apoya en una interpretación formalmente válida de la norma. Y es que ella (la norma) ha tratado de definir el supuesto de hecho que determina la aplicación del régimen de la propiedad horizontal en base a las consecuencias de la adopción del mismo. En otras palabras, la propiedad de zonas como el terreno, la fachada, las escaleras y demás mencionadas por el artículo 3 del Decreto Supremo No. 019-78-VC, Reglamento de la Ley de Propiedad Horizontal, es común a todos los propietarios como consecuencia del régimen de Propiedad Horizontal y no debe considerarse como un requisito para hallarse en él.

Personalmente creo que si la intención del legislador fue hacer un régimen realmente obligatorio que no permitiera pactos como los señalados y en el que los bienes y servicios comunes fueran los señalados por la ley, debió consagrarse a la propiedad horizontal como régimen obligatorio para todo predio en el que la propiedad del suelo se halle, total o parcialmente, dividida de la del subsuelo o el sobresuelo entre dos o más titulares de manera permanente. Donde cabría aclarar que la propiedad debe estar dividida, es decir, la sola existencia de múltiples titulares en un predio no da lugar al régimen de propiedad horizontal mientras éste

se halle indiviso pues en ese caso sólo se trataría de una copropiedad; y por otro lado, que la propiedad debe hallarse en cabeza de dos o más titulares en forma permanente, pues el derecho de superficie también implica una propiedad del superficiario respecto de la edificación (y también se sostiene que del sobresuelo), mas ésta es temporal y no debe dar lugar al régimen de propiedad horizontal que es más bien perpetuo.

Ahora bien, más allá de los defectos de nuestra norma en particular, es preciso estudiar la posibilidad de que la propiedad horizontal, como institución, pueda resultar adecuada a la enajenación de aires. Para ello, es interesante analizar lo que Laje comenta a propósito del régimen de la propiedad horizontal en Argentina: «101. La posibilidad de que el suelo pertenezca al dominio exclusivo de una persona no se considera, en los países que la admiten, según la opinión de algunos autores, contraria a los principios. Puede además justificarse en presencia de algunas formas de creación de la propiedad especial. Así, por ejemplo, **si el dueño de un edificio constituido por un solo piso permite que se levanten nuevas plantas sobre él, los dueños de éstas no podrían pretender, salvo disposición convencional que lo estableciera, que el primer propietario les había cedido también la copropiedad del suelo**»⁽⁶⁾ (subrayado agregado).

Este fragmento es revelador respecto de la enajenación de aires. Según lo mencionado por el autor, en los países en que se admite que la propiedad del suelo no sea común dentro del régimen de propiedad horizontal, la enajenación de aires puede considerarse como una forma de creación de la propiedad especial, es decir, la enajenación de aires da lugar al régimen de propiedad horizontal.

Sin embargo, ¿qué ocurre con la enajenación de aires en los países que, como el nuestro, no admiten que el suelo sea de propiedad exclusiva dentro del régimen de propiedad horizontal? La respuesta parece restringirse a dos posibilidades: que la enajenación de aires, en estas legislaciones, no da lugar a un régimen de propiedad horizontal pues en esta última el suelo necesariamente debe ser común mientras que en la primera no lo es; o, sencillamente, que la enajenación de los aires da lugar al régimen de propiedad horizontal y en virtud de éste el enajenante pierde parte de sus derechos sobre el suelo, la fachada, etc. aun sin haber dispuesto de ellos en forma expresa.

(5) En la práctica no se ha dado este problema porque en los Registros Públicos no se ha admitido la inscripción de la fábrica de un edificio, aún cuando perteneciera a un solo propietario, si es que no se adjuntaba el reglamento interno del mismo, fijándose los porcentajes de participación en las áreas comunes que debían ser todas las señaladas por la Ley de Propiedad Horizontal.

(6) LAJE, Eduardo Jorge. La propiedad horizontal en la legislación argentina. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1957, pág. 72.

Esta última posibilidad, la de entender que la enajenación de aires da lugar a un régimen de propiedad horizontal con todas las consecuencias que ello implica (una de ellas, la copropiedad del terreno), es contradictoria como veremos a continuación.

En primer lugar, según lo establecido por el artículo 955 del Código Civil, el sobresuelo puede pertenecer total o parcialmente a un propietario distinto que el dueño del suelo. Si esto es así, ¿cómo puede sostenerse que la enajenación de los aires (que es enajenación del sobresuelo) lleva implícita en sí la transmisión de derechos de propiedad respecto del suelo a consecuencia del régimen de propiedad horizontal? Creo justificado rechazar tal posibilidad puesto que en la interpretación jurídica debe buscarse la coherencia entre las normas y, sin duda, el artículo citado carecería de sentido si se entendiera la enajenación de aires de ese modo pues la propiedad del sobresuelo implicaría, por lo menos, una copropiedad del suelo⁽⁷⁾.

En segundo lugar, siendo que en la propiedad horizontal la participación en la copropiedad de las zonas comunes es proporcional a la edificación, existiría el mismo problema que en el derecho a construir pues tampoco aquí la situación es clara si el adquirente decide no edificar. ¿Acaso se sostendrá que existe un régimen de propiedad horizontal aun cuando el adquirente de los aires haga de ellos un uso que no implique edificación? Esta posibilidad debe tomarse en cuenta si ha de sostenerse que la enajenación de los aires da lugar a un régimen de propiedad horizontal.

Por lo demás, existen problemas operativos: la votación en la junta de propietarios, la participación en los gastos de mantenimiento de las zonas comunes y demás, es proporcional al área construida de la sección de dominio exclusivo que no puede establecerse con la simple adquisición de los aires—más aun si el adquirente no edifica—. Estos hechos permiten deducir válidamente que la propiedad horizontal no está pensada para este tipo de situaciones.

En el Perú, el problema de la aplicabilidad o no de la Ley de Propiedad Horizontal a los supuestos de enajenación de aires ha sido «resuelto» a nivel registral considerándose que dicha norma sí es aplicable a aquellos casos. Esta interpretación, sin embargo, ha acusado los problemas operativos que he mencionado y que han tratado de ser solucionados exigiendo como requisito para la independización de los aires una predeclaratoria de fábrica(¿?) mediante una, por decir lo menos, curiosa interpretación del artículo 954 del Código Civil⁽⁸⁾.

Queda claro entonces que, aun sin descartar por completo la posibilidad de la propiedad horizontal, también existen serios inconvenientes para considerar a la enajenación de aires dentro de este régimen.

V. LA MEDIANERÍA: UNA POSIBILIDAD.

En mi opinión, es quizás mediante la medianería que puede explicarse de manera adecuada la situación que se presenta en una enajenación de aires evitando, al mismo tiempo, la complejidad de un régimen de propiedad horizontal en determinados casos que no lo justifican.

En los ejemplos ya mencionados del propietario de un predio que adquiere los aires del predio vecino para ampliar su segundo piso, o para asegurarse de que permanecerán sin construir porque quiere disfrutar de la vista y no tiene una servidumbre, o para el paso de cables, etc., no sólo no es clara sino que, además, es de dudosa conveniencia la aplicación de un régimen de propiedad horizontal.

La medianería es una institución concebida respecto de paredes, zanjas o cercos situados entre dos predios de modo tal que puedan servir como un límite entre ambos. En estos casos, la ley presume la existencia de copropiedad y, cuando no la hay, otorga al colindante no propietario la facultad de obtenerla haciendo de aquélla una pared medianera⁽⁹⁾ aun contra la voluntad de su vecino.

(7) Puede hacerse además una interpretación sistemática. El Código Civil, que no regula la propiedad horizontal remitiendo para ello a normas especiales, sí regula el caso de la disposición del sobresuelo, aun cuando sólo sea a través del mencionado artículo 955, de lo que puede inferirse que la enajenación de aires no da lugar a la propiedad horizontal.

(8) Cfr. RIVERA BUSTAMANTE, Raúl. «Acercas de la independización de aires». En: El Peruano. 23 de setiembre de 1992, pág. B-5. En efecto, el autor (que era, a esa fecha, funcionario de la entonces Oficina Nacional de los Registros Públicos) considera que sin una predeclaratoria de fábrica el predio es ilimitado. No estoy de acuerdo con esta posición. El predio no es más ilimitado que un terreno cualquiera construido o no. Finalmente, entre los datos del predio que es imprescindible registrar no está su elevación (ningún predio debe estar necesariamente construido) sino su área, y el área de los aires puede ser determinada aun cuando no se construya nada.

(9) Aun cuando la presunción de copropiedad opera respecto de paredes, zanjas o cercos situados entre dos predios, la facultad de obtenerla cuando ésta no existe sólo se otorga respecto de las paredes y no en los otros dos casos: el artículo 955 sólo se refiere a la pared y no puede interpretarse extensivamente ni aplicarse por analogía al caso de zanjas y cercos pues se trata de una norma restrictiva de derechos (del propietario). Por otro lado, este hecho tiene una razón histórica (aunque es discutible su conveniencia práctica) ya que en el *Code* (Código napoleónico de 1804), que consagraba la misma regulación para la medianería, existía una norma expresa que negaba la facultad de obtener la medianería tratándose de zanjas o cercos aunque la admitía para el caso de las paredes.

En el caso de la enajenación de los aires existe una situación idéntica. El techo colindante no es otra cosa que el signo exterior situado entre dos predios que permitirá delimitarlos y, por lo tanto, respecto de él cabe la presunción de copropiedad contenida en el artículo 994 del Código Civil. Pese a que la norma citada se refiere a paredes, cercos o zanjas, esta lista es meramente enunciativa puesto que lo relevante para la medianería no es que se trate de este tipo de elementos sino que ellos cumplan la función de limitar físicamente los predios colindantes.

Sin embargo, de los dos efectos de la medianería: la presunción y la facultad de obtener la copropiedad cuando ella no existe, es este segundo el más relevante para efectos de la protección del adquirente de los aires.

“ En mi opinión, es quizás mediante la medianería que puede explicarse de manera adecuada la situación que se presenta en una enajenación de aires evitando, al mismo tiempo, la complejidad de un régimen de propiedad horizontal ”

La adecuada protección del adquirente de los aires para estos casos en los que no se justifica un sistema de propiedad horizontal puede alcanzarse, en mi opinión, con sólo otorgarle la posibilidad de la medianería. Con ella, en caso de edificar, el adquirente podrá obtener un derecho de copropiedad forzosa sobre aquel techo que servirá de apoyo a su edificación evitando la destrucción arbitraria del mismo por parte de su vecino quien, por otro lado, conservará la propiedad exclusiva del suelo.

Es muy discutible, pese a ello, la posibilidad de obtención de la medianería por parte del adquirente de los aires. La norma del artículo 955 se refiere a la pared medianera y, en este caso, se trata de un techo. No puede aplicarse respecto de esta norma el criterio ex-

puesto para admitir la presunción: la norma del artículo 955 es restrictiva de derechos y no puede aplicarse por analogía (Cfr. *ut supra* No. 10). Debe reconocerse, sin embargo, que no sólo la *ratio legis* (mediante la cual se hace interpretación –método lógico– y no integración) es la misma en ambos casos, sino que materialmente una pared y un techo sólo se diferencian por ser una vertical y la otra horizontal.

Esta idea de la medianería de un techo es antigua y corresponde a una de las interpretaciones que se daba a la propiedad horizontal antes de que ésta tuviera regulación positiva. En el *Code* (Código Civil francés de 1804), la medianería estaba concebida como una servidumbre legal⁽¹⁰⁾ y entre sus normas se hallaba regulada la propiedad por pisos pues ella era vista como un caso de medianería.

Como es obvio, la aplicación de las normas de medianería a la propiedad horizontal en nuestro país, no es posible ni deseable dado que esta última institución tiene un grado de desarrollo mucho más importante que la primera. Sin embargo, me parece considerable la posibilidad de regular por la vía de la medianería esas otras situaciones de las que se ha hablado y ante las cuales la aplicación de la propiedad horizontal no resulta clara y, quizás, ni siquiera conveniente. Así, mientras que existen situaciones que pueden regularse sin recurrir a la propiedad horizontal, también ocurrirá lo contrario, es decir, existirán otras situaciones que habiéndose regulado por la vía de la medianería lleguen a complicarse hasta requerir un régimen de propiedad horizontal.

Por último, es necesario aclarar que al existir medianería, pese a que el bien medianero es de dominio común y reunido con los servicios que ese mismo bien requiere (servicios comunes) y las zonas de propiedad exclusiva configuran los supuestos del régimen de propiedad horizontal, ésta no es de aplicación por ser las normas de medianería especiales para la regulación de ese tipo de bienes comunes.

En efecto, las normas de propiedad horizontal hallan su razón de ser en el régimen que debe darse a los bienes comunes en esa situación determinada (las normas de propiedad horizontal referidas a zonas de dominio exclusivo son mínimas y fácilmente asimilables a las limitaciones por razón de vecindad y otras). Si el único bien común existente, tiene una regulación propia, que por el principio de especialidad desplazará a las normas de propiedad horizontal, ésta no es aplicable a esa situación.

(10) En el Perú, hasta que entró en vigencia el Código Civil de 1936, también se entendió a la medianería como una servidumbre legal.

VI. CONCLUSIÓN.

Como podrá apreciarse, el tema fundamental respecto de la enajenación de aires es el diseño y los inconvenientes que pueda tener el régimen de la propiedad horizontal. Todas las teorías y posibilidades de interpretación que se han señalado tratan de ser una alternativa a la adopción de este régimen y quizás el tema de fondo sea si es que acaso es necesario o simplemente posible tener opciones frente a la propiedad horizontal.

Sin embargo, el lector habrá advertido que también existe un fuerte contenido de interpretación del acto jurídico que no ha podido ser manejado en este trabajo por limitarse a un trato teórico del tema. Es fundamental conocer la voluntad de las partes para poder darle forma jurídica. Sería arbitrario sostener, desde un trabajo teórico, que determinado acto jurídico debe implicar tal o cual cosa prescindiendo de lo que las partes han querido estipular.

Ahora bien, respecto de la propiedad horizontal, debe tenerse en cuenta que la regulación basada en propiedad exclusiva y propiedad común no es la única manera de entenderla. En efecto, al referirme a la posi-

bilidad de que la enajenación de aires se regule por la medianería no he tocado el tema de las escaleras, el ascensor, los pasadizos y otras zonas que nos hacen pensar, a veces, en la impostergable necesidad de un régimen de propiedad horizontal. Sin embargo, esto no es así. Si el adquirente de los aires no tiene la copropiedad de una escalera, un ascensor o un pasadizo, tendrá una servidumbre legal de paso pues su predio no tiene, en ese caso, salida a caminos públicos.

Finalmente, el fundamento de que la copropiedad del suelo, entre otras zonas, sea obligatoria en la propiedad horizontal obedece a una suerte de protección que pretende darse a los propietarios de las zonas de propiedad exclusiva. Sin embargo, no es impensable, en la práctica, que todas las zonas que la ley consagra como propiedad común sean de propiedad exclusiva, lo que sí es impensable es que los propietarios de zonas exclusivas terminen siendo desprotegidos en caso de no tener copropiedad sobre aquellas zonas.

La conclusión más importante del presente trabajo es, quizás, que hay necesidad de revisar la opción de la obligatoriedad del régimen de propiedad horizontal y redefinir sus supuestos. ㉞