

EL CONTRATO DE TRASMISIÓN DE VUELO EDIFICATORIO EN CUBA. EL EUFEMÍSTICO TÉRMINO CESIÓN DE USO DE AZOTEA EN DUELO TÉCNICO CON EL DERECHO REAL DE VUELO

The building flight transmission contract in Cuba. The euphemistic term assignment of roof use in technical duel with the real right of flight

Dra. Marta FERNÁNDEZ MARTÍNEZ

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de La Habana (Cuba)

Notaria

<https://orcid.org/0000-0002-1872-9823>

marthafernandez1972@gmail.com

Resumen

En Cuba, el derecho al vuelo ha sido mal llamado, desde la legislación especial de la vivienda en el año 84, Cesión de uso de azotea. Sin duda, no responde el *nomen* ni el contenido y efectos a la naturaleza jurídica del derecho real de uso. La cesión gratuita u onerosa de una azotea, no es más que la transmisión de la propiedad del vuelo edificatorio como derecho real tipo, pues lo construido deviene titularidad real en propiedad de quien lo ejercita. Este derecho real atípico por nombre, pero típico por contenido en Cuba, implica dos momentos o fases: nace de un contrato que genera un *ius edificandi* y al mismo tiempo se extingue edificando y describiendo lo edificado en pleno dominio. Cada fase implica una actuación notarial que perfile coherentemente el contenido de la relación y los derechos inmobiliarios que se generan.

Palabras claves: cesión de uso de azotea; derecho real de vuelo.

Abstract

In Cuba, the Right to Fly has been misnamed since the special housing legislation in 1984, Transfer of Use of Rooftop. Without a doubt, the *nomen* or the content and effects do not respond to the legal nature of the real right of use. The free or onerous transfer of a roof terrace is nothing more than the transfer of ownership

El contrato de transmisión de vuelo edificatorio en Cuba. El eufemístico término cesión de uso de azotea en duelo técnico con el derecho real de vuelo

of the building flight as a typical real right, since what is built becomes the real property of the person who exercises it. This real right, atypical by name, but typical by content in Cuba, involves two moments or phases: it arises from a contract that generates a *ius edificandi* and at the same time it is extinguished by building and describing what was built in full ownership. Each phase involves a notarial action that coherently outlines the content of the relationship and the real estate rights that are generated

Key words: Transfer of use of roof terrace; real right of flight.

Sumario

Recuerdos de inicio. 1. Derecho al vuelo. 2. Tratamiento legislativo en España del derecho al vuelo. 2.1. En el Código civil. 2.2. En la Ley sobre régimen del suelo y Ordenación urbana de 12 de mayo de 1956. 2.3. En el Reglamento hipotecario, después de la reforma de 17 de marzo de 1959. 2.4. En la Ley de Propiedad horizontal de 21 de julio de 1960. 3. Cuba, des-configuración jurídica, contrato atípico, visión crítica a la regulación, retos para un cambio. 4. A modo de conclusión y recomendación de cambio legislativo. **Referencias bibliográficas.**

RECUERDOS DE INICIO

He escogido, para homenajear a una de mis profesoras, un tema que la identifica a ella, la finada OJEDA RODRÍGUEZ. Seleccionando y escribiendo me vienen a la mente 3 pasajes que están tatuados en mí. Uno en materia de vivienda, porque recuerdo cuando en mis inicios como docente de Derecho sobre bienes me brindó sus apuntes y de su mano tuve la primera Ley general de la vivienda de 1984, con sus anotaciones personales, que aún conservo. Dos, un tema polémico (como ella misma) y con patologías de una configuración cuestionada y desestructurada: el mal llamado uso de azotea. Tres, un tema contractual, donde sobran las explicaciones, pues dedicó su vida académica a transmitir la verdadera esencia de un acuerdo de voluntades.

La figura del derecho de vuelo ha sufrido variantes legislativas, habiéndose consolidado en la doctrina y jurisprudencia como un derecho real de importancia en el ámbito de la sobreedificación y la subedificación. Para Cuba es hoy visto aun en una perspectiva diferente que cambiará por el influjo de los tiempos y por la recuperación de la naturaleza y denominación de las instituciones jurídicas de siempre.

Esta figura encuentra su fundamento e importancia en la necesidad de viviendas que impone la construcción de nuevas plantas en edificios ya existentes y, además, que –como ya hemos dicho en otra parte– suele ser un negocio que el propietario puede acometer de dos modos: uno, directo, realizando él, por sí mismo, la construcción, y otro, indirecto, que consiste en ceder a un tercero el derecho a elevar nuevas plantas y no en la construcción exegética abstracta de un derecho real nuevo. Y también es posible fundamentarlo en el supuesto último en el que el propietario, en trance de enajenar el edificio, y ante la eventualidad de que en el futuro sea posible o conveniente levantar nuevas plantas, se pueda reservar también este derecho con fines económicos.

1. DERECHO AL VUELO

El derecho de vuelo, es un derecho real sobre cosa ajena, con vocación de dominio, por el que su titular tiene la facultad de elevar una o varias plantas (derecho de sobreedificación) o de realizar construcciones bajo el suelo (derecho de subedificación), adquiriendo, una vez ejercitado, la propiedad de lo construido. Con la edificación se genera un derecho real.

Se conoce como derecho de elevación o vuelo, a aquel que implica un derecho sobre el espacio aéreo, no es un derecho cosmonáutico, es el espacio aéreo o subterráneo de una finca construida, proyectada o no, perteneciente en parte o no a persona distinta del titular.

Para ROCA SASTRE¹ es un derecho real inmobiliario, tanto si recae sobre el vuelo como sobre el subsuelo, ajeno, total o parcial.

Obsérvese la existencia dos fases: a) la primera es aquella en la que el titular tiene el derecho de elevar una o más plantas o de realizar construcciones bajo el suelo; y b) la segunda es aquella en la que, hecha la construcción, deviene propietario definitivo de lo construido.

No admite discusión que el derecho al espacio le corresponde al propietario en principio desde la concepción romanista de la propiedad ilimitada. El espacio no es un bien, por lo que parecería imposible hablar en estricta técnica de una propiedad, pero la fórmula de que la misma propiedad nos indica que el titular dominico tiene el derecho de accionar ante la acción de un tercero sin su autorización, es un tema de límites. En esa misma línea se encontraría el

¹ ROCA SASTRE, R. M., *Suplemento al Derecho Hipotecario*, p. 28.

derecho del propietario al subsuelo, este con límites más precisos, el interés potencial del patrimonio del Estado.

Este derecho es una excepción al principio de la accesión inmobiliaria, pues lo edificado no le corresponderá al titular del suelo o de la azotea. Son titularidades distintas al *dominus soli*.

Este carácter definitivo de la propiedad de lo construido es la diferencia más importante entre el derecho de vuelo y el derecho de superficie, pues este es necesariamente temporal; además, son diferencias entre ambos derechos:

En el derecho de superficie se produce una propiedad separada (la del dueño del suelo y la del superficiario, auténtica excepción a la regla general de la accesión); en cambio, en el derecho de vuelo, una vez ejercitado, la nueva construcción se integrará en una propiedad horizontal, de forma que el titular del derecho de vuelo al adquirir la propiedad de lo edificado será titular también del solar en que radica la edificación.

El derecho de vuelo tiene siempre carácter urbano, pues si están autorizadas edificaciones en suelo rústico, el edificio siempre es urbano; en cambio, el derecho de superficie puede ser urbano (edificio a construir) o rústico propiamente dicho, siendo este el llamado derecho de plantación, que se trata en el tema derecho de superficie en suelo rústico.

Dejando de lado diversas teorías (que si es un derecho de propiedad sobre el espacio aéreo o el subsuelo, que si es simplemente un derecho limitativo del dominio, o si es un derecho real *sui generis*), lo cierto es que tanto la doctrina, de forma casi unánime, y la jurisprudencia² consideran que tiene los caracteres siguientes:

² Ver jurisprudencia española. La Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala Primera, de lo Civil, de 23 de junio de 1998, "al estudiar el derecho de propiedad se ha reconocido, desde siempre, que su extensión –en caso de inmueble– no se limita al suelo propiamente dicho, sino que alcanza al vuelo –lo que está encima– y al subsuelo –lo que está debajo– siendo muy conocida, aunque no es aplicable absolutamente hoy en día (el poder del propietario, según la concepción actual, se extiende hasta donde llegue su interés) aquella locución procedente de la doctrina romanista medieval de que el poder del propietario se extiende *usque ad sidera et usque ad inferos*. El derecho sobre el vuelo puede entenderse como una parte del derecho de propiedad, como hace la Sentencia de 9 de julio de 1988 (la Sentencia de 11 de noviembre de 1919 dijo que del art. 350 se deduce que el propietario del suelo lo es también del vuelo) o como un derecho real que recae en cosa ajena, como hace la de 24 de diciembre de 1991. En todo caso, el derecho de propiedad se extiende al vuelo y si éste

Es un derecho independiente que grava el dominio ajeno, por dejar de ser el propietario del inmueble el titular dominico de la integridad de su volumen, perteneciéndole la columna de aire sobre o bajo al titular del vuelo.

En muchos ordenamientos es atípico. En otros aparece regulado, por ejemplo, en la Comunidad autónoma de Navarra.

Recae sobre un inmueble de naturaleza urbana, ya que la conexión y materialización del derecho tiene como finalidad la edificación, por lo que su conexión con el derecho urbanístico y sus normativas es esencial.

Es un derecho inmobiliario. Se requiere un soporte material, edificado o no. Sin importar el tipo de edificación, con el único límite del urbanismo establecido.

Su ejercicio y constitución generan una conexión vital con la propiedad horizontal y su régimen. De él se derivan elementos comunes que requieren de una ordenación armónica y coherente.

Se trata de una fusión entre el derecho a edificar y el derecho a lo edificado en propiedad absoluta. El primero es el vehículo para la adquisición del segundo, por lo que al ejercitarse el derecho real de vuelo se funda un derecho superior con su extinción, nace como consecuencia una extinción que genera una propiedad de lo construido. Por lo que al inscribir la nueva propiedad resultante, automáticamente se extingue el derecho de vuelo que la generó.

está desgajado del anterior, el vuelo queda configurado como derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad, como dice la citada Sentencia de 9 de julio de 1988”.

Por otro lado, la jurisprudencia (desde las SSTS de 14 de octubre de 1991, 10 de febrero de 1992, y 23 de febrero de 1993) ha venido considerando de forma continuada como elemento común, las terrazas o azoteas, aun cuando puedan ser utilizadas en exclusiva por uno de los comuneros –derecho de goce no absoluto–, sin que por ello pierdan su condición de elemento común. En el supuesto de no encontrarse edificado, debe asimilarse al suelo, de forma que habrá de considerarse necesariamente como elemento común. Así lo entienden, entre otras, las SSTS de 3 de febrero de 1987, 13 de julio de 1995, o 16 de junio de 1998; la famosa STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de mayo de 1999, que consideró que la reserva del derecho de vuelo a favor del promotor supone la constitución de un derecho real sobre cosa ajena, lo que está vetado por el ordenamiento jurídico. Por otro lado, según el Tribunal Supremo, el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario se opone frontalmente al artículo 396 del CC, por ser el vuelo un elemento común de los contemplados en este artículo. De forma que cuando la legislación Inmueble | 34 hipotecaria permite la inscripción del derecho de vuelo, está sustrayendo de la copropiedad uno de los elementos comunes cual es la terraza, e infringiendo el referido artículo 396 del CC, que es de carácter imperativo, y en el que se contempla expresamente la condición de elemento común del vuelo. Revisado por BALBUENA PÉREZ, F. E., *El derecho de vuelo*.

Es un derecho que tiene dos fases, como se ha dicho: en la primera fase, el titular tiene derecho a construir una o más plantas dentro de las limitaciones urbanísticas. En la segunda fase, el titular adquiere la propiedad de lo construido y no hay duda de que este es un derecho perpetuo.

Es importante la delimitación especial del derecho. Cuando el propietario realiza por sí mismo la construcción, no hay derecho de vuelo, sino ejercicio de una facultad ínsita en el dominio y que no tendrá otras limitaciones que las propias de la extensión del dominio en sentido vertical –hasta donde alcance su interés– y de las disposiciones de carácter administrativo como general, y ordenanzas municipales, en particular; aparte, las leyes de Minas, Aguas, Navegación aérea, etcétera).

La extinción del derecho real de vuelo deberá constar en escritura pública, al igual que la constitución, para su necesaria protección y seguridad registral, lo que se producirá tácitamente en el momento de formalizar la escritura de declaración de obra nueva y división de la propiedad horizontal, una vez concluida la edificación resultante, es decir, cuando se ejercita el derecho de vuelo, lo que en definitiva supone su ejercicio y consumación, inaugurándose la segunda fase de la propiedad de las nuevas plantas.

Pudiera pensarse que el derecho se extingue cuando se levanta la construcción, aunque cabe entender que la extinción opera al otorgarse la escritura de declaración de obra nueva y no antes, a pesar de que la obra esté materialmente finalizada. El elemento temporal es el más decisivo a la hora de poder declarar a un derecho de vuelo por extinguido. El tema aquí radica en la determinación de si la escritura de declaración de obra es meramente declarativa de la propiedad o es constitutiva del derecho real, posturas discutibles.

La pérdida de la cosa es una causa general de extinción de un derecho real, pues debe ser total y no parcial, ya que esta sólo supone una modificación objetiva del derecho real, donde es indiferente que la pérdida haya sido dolosa, fortuita o negligente. Sin embargo, el perecimiento del edificio, en teoría no extingue los derechos de vuelo y subsuelo que pesaban sobre este, conservando sus titulares tales derechos en el edificio futuro que se construyera. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 567-6, punto 2, del CC catalán. Con todo, la teoría sobre la posible extinción del derecho de vuelo en caso de destrucción del edificio se fundamenta en la aplicación del artículo 23.2 (antes 21.1) de la LPH, a cuyo tenor el régimen de propiedad horizontal se extingue por la destrucción del edificio, salvo pacto en contrario. También se pudiera

pensar que, en supuesto de ruina de un edificio, declarando que en caso de pérdida parcial, lo que hay es una modificación del objeto del derecho real, por lo que se produce una transformación del derecho de vuelo en una copropiedad sobre el suelo a la hora de efectuar una nueva edificación, pasando a ostentar el titular un derecho de sobreelevación en la parte que le corresponda de su titularidad en la edificación que en su día se levante. En suma, el derecho de vuelo no se extingue al derruirse el edificio, sino que se modifica, pasando a ser un derecho proporcional de levante sobre el solar.

Otra causa de extinción radica en las limitaciones administrativas que impidan al titular del derecho de vuelo su ejercicio, total o parcialmente, impidiéndole ejecutar las plantas previstas en el título, sino solo el máximo que permita la normativa urbanística. La expropiación forzosa de la finca, sea un solar o un edificio, es también causa de extinción del derecho de vuelo. En tal caso, el titular del derecho tendrá participación en la correspondiente indemnización a abonar al titular de la finca expropiada, en proporción con valor del derecho.

El derecho de vuelo y subsuelo también quedará extinguido por abandono, dado que es renunciable por su titular. Finalmente, también cabe que se produzca la extinción del derecho de vuelo por la anulación o rescisión del contrato en virtud del cual se hubiera constituido dicho derecho real, y por el mutuo acuerdo entre concedente y titular del derecho concedido. También por la consolidación como causa de extinción del derecho real de vuelo, pues al ser este un derecho real a construir en finca ajena, si su titular accede en cualquier momento a la propiedad de la finca, sea esta el solar o el edificio base sobre o bajo el cual se ejercitará el derecho, el *ius in re aliena* se transforma en un derecho a construir en finca propia, lo cual es una facultad ínsita en el dominio del titular del inmueble. Por tanto, se produce así una confusión o consolidación de los derechos reales, que se configura como causa de extinción de los derechos de vuelo y subsuelo, ya que nadie puede ostentar un derecho real en cosa propia. No obstante, la consolidación como causa extintiva sólo operará cuando se produzca la coincidencia en la misma persona de la titularidad del derecho real de vuelo y la titularidad completa y absoluta del suelo donde se ejercitará aquel, ya que si sólo es parcial, no ha lugar a tal confusión como causa extintiva del derecho.

Dejando de lado diversas teorías (que si es un derecho de propiedad sobre el espacio aéreo o el subsuelo, que si es simplemente un derecho limitativo del dominio, o que si es un derecho real *sui generis*); es un derecho real sobre cosa ajena con vocación de dominio: es fundamental en este derecho esta llamada

a la propiedad definitiva a favor de quien en uso del derecho sobreedifica o subedifica.³

Si, según la Exposición de motivos del Decreto de reforma del Reglamento hipotecario, No. 395/1959, de 17 de marzo, al dar cauce en él, por primera vez en nuestro Derecho positivo, al derecho de vuelo, se ha tenido muy en cuenta en esta materia, “además del Derecho comparado y de las aportaciones de la doctrina, la experiencia de quienes autorizan y califican documentos con estipulaciones o pactos de tal especie”, he de confesar paladinamente que el primer extremo no lo he tenido en cuenta.

2. TRATAMIENTO LEGISLATIVO EN ESPAÑA DEL DERECHO AL VUELO

Es preciso tener en cuenta las normas siguientes:

2.1. EN EL CÓDIGO CIVIL

Artículo 350. *“El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvar las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las Leyes sobre Minas y Aguas y en los Reglamentos de Policía”.*

Artículo 592. *“Si las ramas de algunos árboles se extendieran sobre una heredad, jardines o patios vecinos, tendrá el dueño de éstos derecho a reclamar que se corten en cuanto se extiendan sobre su propiedad, y si fueran las raíces de los árboles vecinos las que se extendieran en suelo de otro, el dueño del suelo en que se introduzcan podrá cortarlas por sí mismo dentro de su heredad”.*

El término “superficie” del artículo 350 ha sido interpretado alguna vez en el sentido de referirse no a la corteza terrestre –que ya se incluye en el término “terreno” que emplea antes–, sino de conformidad con su significación estrictamente etimológica *super facies*, a lo que está encima de esta, es decir, al vuelo. Pero con independencia de ello, en uno y otro artículo del Código civil se ha basado la doctrina en la extensión vertical del derecho de dominio y sus limitaciones. Distinguiendo entre aire y espacio aéreo, se entiende que aquel es propio de la comunidad o del Estado, mientras que este puede individualizarse

³ Vid. BALBUENA PÉREZ, F. E., *El derecho de vuelo*, cit.

intelectualmente y pertenece al propietario, quien puede utilizarlo o no, limitarlo –recordemos la *serviis altius non tollendi*– y cederlo.⁴

2.2. EN LA LEY SOBRE RÉGIMEN DEL SUELO Y ORDENACIÓN URBANA DE 12 DE MAYO DE 1956

El artículo 78 establece: *“Serán indivisibles: a) Las parcelas determinadas como mínimas en el Plan parcial a fin de constituir fincas independientes, b) Las parcelas cuyas dimensiones sean iguales o menores a las determinadas como mínimas en el Plan, salvo si los lotes resultantes se adquieren simultáneamente por los propietarios de terrenos colindantes con el fin de agruparlos y formar una nueva finca, c) Las parcelas cuyas dimensiones sean menores que el doble de la superficie determinada como mínimas en el Plan, salvo que el exceso sobre dicho mínimo pueda segregarse con el fin indicado en el apartado anterior, d) Las parcelas edificables en una proporción de volumen en relación con su área cuando se construya el correspondiente a toda la superficie, o, en el supuesto de que se edifique en proporción menor, la porción de exceso, con las salvedades indicadas en el apartado anterior”*. El artículo contempla la segregación de parte de parcela y su enajenación con el volumen de edificabilidad que le corresponda.

Con más actualidad, en la Ley de suelo y rehabilitación urbana, Real Decreto Legislativo de 30 de octubre de 2015 se establece como una modalidad del derecho real de superficie, en su artículo 53; sin embargo, se pudiera interpretar un derecho independiente del postulado 12.2 de la propia normativa.

2.3. EN EL REGLAMENTO HIPOTECARIO, DESPUÉS DE LA REFORMA DE 17 DE MARZO DE 1959

Artículo 16, 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 número 3° del artículo 8. de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar: a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas que se establezcan para su determinación, b) Las normas de régimen de comunidad, si se establecieren, para el caso de hacerse la construcción”*.

⁴ *Ibidem.*

De este artículo se ha de hablar mucho. Prescindo, por tanto, ahora, de todo comentario.

Artículo 30, 3. *“El derecho real de vuelo sobre fincas rústicas ajenas se inscribirá en el folio de aquella sobre la que se construya; en la inscripción se hará constar: su duración, la plantación o siembra en que consista, así como el destino de éstas y el de las mejoras en el momento de la extinción del derecho; los convenios y prestaciones estipulados y, si las hubiere, las garantías pactadas con carácter real. Iguales circunstancias deberán constar en las inscripciones de consorcios a favor de la Administración forestal o de los particulares”.*

Ya he apuntado antes, y puntualizo ahora, que, en mi opinión, no hay derecho real de vuelo sobre finca rústica, diga lo que diga el Reglamento hipotecario. Sobre finca rústica lo que puede haber es derecho de superficie, en el que se mantienen separadas la propiedad del suelo y la del vuelo, pero no verdadero y propio derecho real de vuelo, en que tal separación no se produce. Desde luego, según mi concepción, y como consecuencia lógica de todo lo que luego se dice.

2.4. EN LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL DE 21 DE JULIO DE 1960

El vuelo, a menos de pacto en contrario, es un elemento común del régimen claramente establecido en el artículo 396 del Código civil y de la lectura de las escrituras de constitución del régimen. Es un derecho que si afecta a un edificio en régimen de propiedad horizontal, su ejercicio comporta necesariamente una modificación del título constitutivo, que:

- a) Podrá llevar a término por sí solo el titular de tal derecho si se le atribuye al constituirse este, sin que sea necesario el concurso del resto de los propietarios del inmueble, tanto para ejercitarlo como para reflejar, documentalmente, las modificaciones que el ejercicio de tal derecho necesariamente ha de comportar en el título constitutivo, siempre que se realice dentro de los límites legalmente establecidos.
- b) Si hay varios titulares de departamentos privativos y ahora se desea constituir un derecho de vuelo, como es un elemento común, para poder ser desafectado, como ocurre con cualquier alteración del régimen de los elementos comunes del edificio, al ser una materia que compete a la comunidad de propietarios, se exige unanimidad en tanto que modifica el título constitutivo de la propiedad horizontal.

Es un derecho real en cosa ajena con vocación de ser un derecho perpetuo, que nace limitado para convertirse en una cotitularidad dominical. Su origen es una comunidad inicial que culmina necesariamente en un régimen de propiedad horizontal.

Es un derecho que no puede pertenecer al propietario del suelo, de lo contrario nos encontraríamos con una simple facultad del dominio. Por tanto, el derecho de vuelo sólo puede nacer por transmisión a un tercero o por reserva al tiempo de enajenar el edificio o parte de él.

3. CUBA, DESCONFIGURACIÓN JURÍDICA, CONTRATO ATÍPICO, VISIÓN CRÍTICA A LA REGULACIÓN, RETOS PARA UN CAMBIO

Cuando en el ordenamiento jurídico cubano se evoca el vuelo como derecho, pareciera algo extraño y atípico, sin embargo, uno de los supuestos jurídico-prácticos más comunes en el ejercicio del *ius edificandi* es precisamente la construcción sobre inmuebles ya edificados de distinto titular; dejando sentada claramente la norma especial que la construcción como ampliación, no implica un derecho distinto y requiere los permisos administrativos correspondientes.⁵ En la actualidad, en Cuba la configuración o desconfiguración legislativa del derecho real en comento nace de la letra y práctica de los siguientes artículos de la Ley General de la Vivienda y de otras resoluciones que la complementan. A saber, en la Ley General de la Vivienda se establece en:

⁵ Artículo 15 de la Ley General de la Vivienda (modificado). *“Las construcciones, remodelaciones y ampliaciones de viviendas individuales o en edificios múltiples, por esfuerzo propio de sus propietarios, deben ser autorizadas mediante licencia de construcción, expedida por la Dirección Municipal de la Vivienda correspondiente. Las normas que establezca el Instituto Nacional de la Vivienda con vista a la concesión de licencia de construcción y ampliación de viviendas deben contener disposiciones que garanticen el máximo aprovechamiento de los terrenos disponibles, la licitud de los materiales a utilizar, el cumplimiento de las regulaciones urbanísticas y que en cada caso las dimensiones del inmueble estén justificadas por las necesidades de la familia que vaya a ocuparlo, incluida una previsión razonable del crecimiento del núcleo familiar. Las obras de conservación, salvo las que impliquen una reconstrucción estructural, no requerirán licencia ni permiso alguno. Las direcciones municipales de Planificación Física están facultadas para autorizar las solicitudes para el uso del suelo y establecer las regulaciones urbanísticas correspondientes, con el objetivo de velar por el correcto aprovechamiento de los terrenos y que se cumplan los Planes de Ordenamiento Territorial y de Urbanismo”*. Este artículo resultó modificado y redactado de la manera que se expone por el Decreto-Ley No. 211, de fecha 19 de julio de 2000, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 5, de fecha 24 de julio de 2000.

Artículo 26. *“La cesión de la azotea a los efectos de una fabricación de una vivienda podrá hacerse de su área total o sólo de parte de ésta.*

“En este último caso, la parte no cedida de la azotea se considerará elemento común y de condominio de los propietarios de las viviendas de la edificación, incluyendo el de la nueva construcción si se tratase de un edificio multifamiliar.

“Si fuera una vivienda unifamiliar, la parte no cedida de la azotea seguirá perteneciendo al o los cedentes”.

Artículo 27. *“La cesión de uso de una azotea para edificar una vivienda incluirá también los siguientes derechos:*

A edificar una escalera hacia la azotea⁶, ocupando parte del terreno de la edificación del nivel inferior o parte de dicha edificación, según se pacte en la escritura pública de cesión de ese derecho;

Al tránsito hacia la escalera a través de jardines o portales;

A entroncar los servicios de acueducto y alcantarillado de la nueva vivienda con la del nivel inferior, asegurando la posibilidad de la medición independiente del consumo cuando proceda”.

Comencemos el análisis exegético de la normativa. En primer lugar, hay un concepto desechado: el derecho al vuelo, este transmutó a “Cesión de uso”; lo cual nos remite en segundo lugar a otro derecho real en cosa ajena, desechado de la normativa común desde 1987 con la promulgación del Código civil cubano: el derecho real de uso, que en nada tiene que ver con los efectos de la regulación, ni siquiera si entendemos que el uso es edificatorio.

La norma especial nació bajo este criterio que no comparto, pues está en contra de la naturaleza del derecho en su contenido. Así, DÁVALOS FERNÁNDEZ refiere: “... El llamado derecho de azotea no comprende la posibilidad de

⁶ Artículo 28. *“Si la escalera a construir fuera sólo la continuación de una escalera anterior, los tramos inferiores de la escalera se considerarán elementos comunes y de condominio de los propietarios de las viviendas de nivel inferior y del propietario de la nueva vivienda.*

“Si ya existiera una escalera hacia la azotea, al transmitirse el derecho a fabricar en ésta, el que fabrique estará obligado, salvo pacto en contrario, a construir una escalera hasta la nueva azotea o cubierta llana de la vivienda que fabrique. En tal caso dicha azotea será considerado como elemento común y de condominio de los propietarios de todas las viviendas de la edificación”.

vender, donar y mucho menos permutar la azotea, sino que se trata de un conjunto de regulaciones que tienen por objeto normar la cesión de uso de la azotea, o sea, el derecho a construir una vivienda en la azotea cedida exclusivamente a ese efecto [...]”⁷ Y pregunto, ¿deriva o no deriva propietario de lo construido el que construyó?

El derecho real de uso es un derecho temporal, por naturaleza vitalicio (si no se establece lo contrario limitándolo a un cierto tiempo); se ejerce sobre cosas ajenas; el usuario debe respetar siempre la forma y sustancia de la cosa, con mayor razón que en el usufructo, dada la limitación para aprovecharse de esta, consistente simplemente en el uso, es decir, en una forma permanente y constante de utilizar la cosa, que no altere la sustancia de esta. Solo transmite el propietario la facultad de uso.

El uso como derecho real no deriva el ejercicio del *ius edificandi*, ni se deriva al momento de la extinción una propiedad independiente de lo usado, tiene la obligación de devolver la misma cosa entregada.

Por ello he sostenido por décadas que la cesión de uso de azotea no es un derecho real de uso, es un derecho real de vuelo; el empleo de los términos jurídicos correctos evita interpretaciones ajenas al contenido del derecho transmitido. Esa cesión es una transmisión en propiedad del espacio aéreo, no le demos más vueltas. Ello ha traído innumerables problemas, pues se ha cedido uso para gimnasios, fiestas, criaderos de aves de corral y otras distorsiones, alejadas de la configuración del derecho en cuestión. Por eso muchos han buscado que se pronuncien⁸ sobre una interpretación estricta de que el uso es

⁷ En este tipo de acto jurídico, donde se otorga el derecho de uso de una azotea, no se encuentra establecido en la norma la obligación del cesionario de iniciar la construcción de la vivienda en un término dado, lo que lógicamente queda un tanto a su voluntad, por tratarse la cesión de uso en este caso de un acto jurídico entre particulares donde solo ha mediado la autorización administrativa; por consiguiente, en estos casos la azotea continuará siendo de propiedad del primero, aunque en la escritura pública sobre cesión de uso de una azotea para edificar una vivienda podrá pactarse una fecha de inicio de las labores constructivas y cualquier otra circunstancia que compulse al cesionario a una construcción adecuada y en un tiempo igualmente adecuado. DÁVALOS FERNÁNDEZ, R., *La Nueva Ley General de la Vivienda*, p. 72

⁸ Ver algunos pronunciamientos judiciales de interés en ESPINOSA JIMÉNEZ, M. M y Rebeca H. M., *Ley General de la Vivienda*. Sentencia dictada en 1993 por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular, la cual valora “[...] que la litis que versa sobre la determinación de si el área discutida constituye techos de las viviendas de los bajos o terraza de la edificada en los altos, inequívocamente entraña diferendo relacionado con los confines de dichos inmuebles que trasciende

y por tanto incide en sus respectivos títulos de propiedad, y siendo así no cabe dudar que su conocimiento y decisión le viene atribuido a las Direcciones Municipales de la Vivienda a tenor de lo establecido en el inciso c) del artículo 122 de la Ley número 65 [...]”. La Sentencia No. 8, de 26 de febrero de 1999, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular, valora que “[...] no puede tener éxito la acción ejercitada interesando le sea reconocido el derecho a disponer libremente del ‘techo’ de su vivienda, basando su petición en el hecho de que dice ser el titular del mencionado espacio, sin embargo se ha corroborado en autos no ha ostentado este en momento alguno la posesión de la discutida área, al no apreciarse en el Título de Propiedad aportado al proceso, forma parte aquel de su vivienda, lo que hace caer por su base el sostenimiento del pretendido derecho, al no reunir el requisito de titularidad que de manera inexorable exige el artículo 170 del C.C., amén de que el reconocimiento o concesión del presunto derecho subjetivo, en todo caso ha de tramitarse ante el órgano competente, todo lo cual fuerza a la desestimación de la demanda, sin que exista mérito para acoger las excepciones perentorias de Falta de Derecho Subjetivo y Prescripción de la Acción que alegara la parte demandada, en el primer caso por la indebida forma en que fue planteada y el segundo dada la forma en que se resuelve la presente [...]”. La Sentencia No. 857, de fecha 29 de diciembre de 1999, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular, refiere que “[...] el extremo relativo a mantener y reforzar la Legalidad Socialista que el apartado a) del Artículo 4 de la Ley No. 82 de 1997, como objetivo fundamental le asigna a la actividad de los Tribunales, inequívocamente comprende la de pronunciarse en asuntos comprendidos en el ámbito de su jurisdicción, lo cual no se observa en el caso que nos ocupa, tal y como la demandada interesó antes de contestar la demanda como excepción dilatoria, y si bien es cierto que en esa oportunidad aún no se tenían razones suficientes para resolver la esencia de la litis, en el desarrollo del proceso, e incluso antes de recibirlo a prueba si era posible, tal es así que el Tribunal pronunció su fallo en base a determinar que la azotea en cuestión pertenece al dominio de la parte no recurrente, y obvio resulta que para tal declaración carece de jurisdicción, y como quiera que ello no fue advertido oportunamente por la Sala de instancia, con grave quebranto de la pureza del procedimiento, y sin que sea necesario el examen de los motivos del recurso, al amparo del Artículo 4 de la Ley de trámites, de oficio, se declara la Nulidad de todo lo actuado desde la providencia de fecha 30.12.98 y en su lugar declara la Falta de Jurisdicción de dicha Sala para ventilar la pretensión deducida [...]”. Importante determinación es que para conceder el derecho real de vuelo hay que ostentar la propiedad o la superficie.

La Sentencia No. 341, de fecha 28 de abril de 2006, dictada por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular, considera que “[...] al fundamentar la recurrente las infracciones que denuncia hace abstracción de que el Apartado Sexto de la Resolución trescientos quince de dieciocho de junio del dos mil tres, dictada por el Instituto Nacional de la Vivienda, faculta a la Unidad Municipal Inversionista de la Vivienda para determinar si una construcción por esfuerzo propio de la población cumple con los requisitos de habitabilidad; además que las cuestiones esenciales para resolver un asunto de la naturaleza del que nos ocupa no son otras que: las obras de ampliación o construcción para obtener una vivienda individualizada o edificada en azotea, estuvieran a cargo de la persona que interesa la legalización y que dichas obras fueron consentidas de forma tácita por el propietario de la vivienda principal; supuestos, que en este caso, quedaron claramente establecidos en la interpelada sentencia [...]”. Artículo 25. “Se entenderá por vivienda edificada en una azotea la que se construya sobre la cubierta de una edificación destinada a vivienda para residencia permanente, incluyendo los edificios multifamiliares; importante solo en viviendas de propiedad personal de residencia permanente”.

Sentencia Civil No. 259, de fecha 28 de abril de 2006, dictada por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular, la cual valora que “[...] la Sala a quo para adoptar la decisión que se recurre toma como fundamento legal el artículo 27 de la LGV, precepto que además de no constar dentro de los relacionados por la parte actora en su demanda,

corresponde a jurisdicción distinta a la del asunto que se está conociendo, resultando oportuno dejar sentado que el asunto ya fue de conocimiento de la jurisdicción administrativa en la que se reconoció el derecho al recurrente sobre el terreno donde se pretende erigir una escalera, no obstante en mérito de dejar esclarecido conceptos debe estimarse que en ningún caso podía aplicarse el artículo citado, por cuanto el mismo en todo contiene la obligación del que cede a otro su azotea, para que aquel edifique una vivienda independiente a permitir la construcción de la escalera como vía de acceso a la nueva construcción, lo cual en el caso aconteció en su momento, en virtud de lo cual se construyó la escalera que desde entonces ha existido, pretendiéndose en la actualidad la construcción de una segunda escalera producto de la dicotomía que se pretende de la vivienda edificada en planta alta, resultando por tanto improcedente pretender gravar al inmueble de los bajos con la carga referida, por cuanto si ciertamente esa resulta ser la única solución en el orden constructivo para realizar la mencionada división, entonces habría que admitir que ello no resulta posible, pero nunca puede condenarse a un tercero por lo que en todo caso es cuestión que no le compete, no encontrando amparo la situación de hecho narrada en ninguno de los preceptos a que se contrae el Libro segundo, Título II, Capítulo IV del Código Civil relacionado con las relaciones de vecindad [...]". Artículo 28. "Si la escalera a construir fuera sólo la continuación de una escalera anterior, los tramos inferiores de la escalera se considerarán elementos comunes y de condominio de los propietarios de las viviendas de nivel inferior y del propietario de la nueva vivienda. Si ya existiera una escalera hacia la azotea, al transmitirse el derecho a fabricar en esta, el que fabrique estará obligado, salvo pacto en contrario, a construir una escalera hasta la nueva azotea o cubierta llana de la vivienda que fabrique. En tal caso dicha azotea será considerado como elemento común y de condominio de los propietarios de todas las viviendas de la edificación". Vid. PÉREZ GALLARDO, L. B.; M. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ y Z. RODRÍGUEZ REINA, *Ley General de la Vivienda*, p. 219.

Sentencia No. 31, de fecha 31 de enero de 2005, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular, la cual valora que "[...] acreditado se encuentra que fue el actor quien, en vigencia de su ahora disuelto matrimonio y contando con la anuencia de su suegra y madre de la esposa, propietaria del inmueble de los bajos, procedió a edificar una nueva vivienda totalmente independiente en la azotea de aquella, la que pende de legalización; y en consecuencia, al comparecer ante notario la propietaria y declarar la ampliación como suya, adjudicándose de tal forma la totalidad del inmueble, no cabe dudar que realizó un acto nulo de pleno derecho, en virtud de lo establecido en el artículo 67, letras ch) y f) del Código Civil, ajeno a la realidad y defraudando a quien con su verdadero esfuerzo construyó la nueva vivienda; encubriendo así la cesión de azotea que en realidad a favor de este había realizado y en contra de una prescripción legal, contenidas en el artículo 118 de la LGV, según quedó modificado por el DL No. 185, de 28 de mayo de 1988, de cuyo texto claramente se infiere que son los autores de las nuevas construcciones quienes han de comparecer ante notario para la correspondiente declaración de tales eventos en escritura pública, previo a su inscripción en el Registro de la Propiedad; acto que no puede ser convalidado y es impugnabile en todo momento por parte interesada como sin dudas lo es quien demanda, a tenor de lo que regula el artículo 68-1) del Código Civil [...]". Sentencia No. 901, de fecha 31 de octubre de 2006, dictada por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular, la cual considera "[...] que establecido por la sentencia recurrida como hecho demostrado en las actuaciones con trascendencia a su fallo, que el impugnante tuvo a su cargo, en los años dos mil tres y dos mil cuatro, la realización de las actividades constructivas necesarias para la edificación en altos de inmueble independiente al de su contraria en el proceso, obvio resulta que ello corporifica la situación fáctica que contempla la Resolución número cuatrocientos doce de dos mil cuatro, del Instituto Nacional de la Vivienda, referida expresamente tanto a eliminar el cierre del período que enmarcó la Resolución número trescientos quince de dos mil tres del propio organismo, con relación al tiempo de ejecución de la obra ilegal, como al término regulado para concluir el proceso de convalidación al año

de entrar en vigor dicha norma, tal como se explica en el cuarto por cuanto de la aludida Resolución número cuatrocientos doce y se esclarece por la institución que la produjo en respuesta de doce de mayo del corriente año al evacuar consulta y, en tal virtud, es forzoso concluir que ciertamente la Sala de instancia interpretó con error las precitadas disposiciones legales y por ende incurrió en la infracción que se acusa, lo que conduce a que se acoja el recurso, anulando la sentencia interpelada [...]. Sentencia No. 902, de fecha 31 de octubre del 2006, dictada por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular, la cual valora que “[...] se estima que en realidad la Sala de instancia ha interpretado con error las disposiciones contenidas en la Resolución trescientos quince del dos mil tres del Instituto Nacional de la Vivienda, pues con solo partir de la situación de hecho que quedó perfectamente establecida en la sentencia que guarda relación directa con el material probatorio del proceso, se constata en primer orden que el recurrente F.B. es el titular dominico de la azotea en que se erige una edificación respaldada por licencia de obra que autoriza su realización expedida por el órgano facultado para ello, y siendo así y comoquiera que es obligación del Tribunal subsumir la situación de hecho en la norma jurídica aplicable al caso, es visto que en el presente se interpretó con desacierto el apartado primero de la mencionada norma, que refrenda la legalización de obras constructivas acometidas por particulares sin cumplir las formalidades legales vigentes, y en cuanto a la interpretación que hace la Sala del apartado duodécimo 44 de la mencionada Resolución, resulta desacertada, pues obviamente el precepto se refiere a las construcciones que se realizan en la azotea con autorización del propietario, entiéndase el de la vivienda de planta baja que no ha dejado de serlo de su azotea, y que autoriza que otro edifique en la misma, en el que es objeto del debate la azotea pertenece a quien se autorizó la construcción, por otra parte y en relación con el caso cualquier acuerdo que el propietario de la azotea extra ley hubiere establecido con el no recurrente, carece de eficacia, no pudiéndose utilizar el proceso de convalidación para oficializar una negociación que no tiene sustento legal alguno, razón por la cual han de acogerse los motivos analizados disponiéndose la nulidad de la sentencia recurrida [...]”. Sentencia No. 458, de fecha 31 de agosto de 2007, dictada por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular, la cual considera que “[...] el segundo motivo del recurso sustentado por razón de fondo en el supuesto primero del artículo seiscientos treinta de la Ley de tramite debe acogerse, pues se aprecia que la Sala de instancia erró al estimar la excepción perentoria de falta de legitimación activa de la actora para el ejercicio de la acción que en su momento estableció, opuesta en su momento por uno de los demandados del proceso, pues encaminada la demanda a que se estimara la ineficacia de los múltiples actos jurídicos contenido en un mismo instrumento público la legitimidad para el ejercicio de esa acción no puede ser otra, que la que al efecto queda expresamente establecida en el inciso uno del artículo sesenta y ocho del Código Civil, en cuanto a que el acto jurídico es impugnabile en todo momento, por parte interesada o por el Fiscal, y siendo así de las actuaciones consta suficientemente probado que la recurrente es parte interesada, interés que está sobradamente justificado, no solo por la existencia de un amplio material probatorio aportado por la misma en el proceso, sino porque además adquiere connotación especial la sentencia dictada en ese propio Tribunal en proceso administrativo anterior promovido por la propia recurrente, ratificada luego en casación en el que si bien tuvo un resultado adverso para la misma, se reconoció expresamente que en efecto ‘los esposos DM y NA, construyeron con sus esfuerzos propios en el año dos mil el inmueble existente en altos al número ciento setenta y ocho de la calle GM en la ciudad de SS, lo que hace que no se atempere a la verdad el contenido en parte del instrumento notarial número 175/02 sobre Remodelación, Ampliación División y donación de vivienda urbana, pero el referido instrumento no podía ser invalidado desde esa esfera de la jurisdicción...’” SEGUNDA SENTENCIA: Que en virtud de las consideraciones de la sentencia de casación que se dan por reproducidas en cuanto resulten pertinentes, ha quedado suficientemente demostrado que en efecto, la edificación en planta alta descrita como ampliación en el instrumento público que contiene los actos jurídicos cuya

edificatorio, lo cual también es un error, pues realmente es una venta o cesión gratuita de vuelo, que genera una propiedad a favor del sujeto que ejercita el *ius edificandi*.

Por otra parte, la lectura de estos preceptos nos conduce a otro análisis:

Artículo 29. *“El precio por el que se cederá el uso de la azotea para edificar una vivienda será convenido libremente por las partes”.*

Artículo 30. *“Cuando se ceda el uso de una azotea, o de parte de esta, de un edificio multifamiliar, se considerarán como cedentes de este derecho, y por lo tanto, con derecho a percibir una parte del precio acordado, en cantidades iguales, a los propietarios de todas las viviendas de la edificación. Se exceptúa de este derecho al ocupante a título gratuito”.*

La fuente del derecho real de vuelo es el contrato, acuerdo de voluntades entre el titular dominico de la azotea y el que edificará. Aquí nacen muchas preguntas: ¿sólo lo puede conceder el propietario?, ¿podría el superficiario conceder el derecho real de vuelo?, ¿puede ser gratuito?, ¿parcial o total?, ¿qué

nulidad se viene interesando, fue realizada por el matrimonio que conformaban en el año dos mil la actora y el demandado N.A.L.A., quien incluso reconoció tal particular ante la Administración, mostrando entonces su conformidad con que la misma fungiera junto a él como propietaria de tal espacio, cuya declaración obra en gubernativo unido a las presentes actuaciones, aun y cuando ahora en el presente proceso este paradójicamente se hubiere opuesto a los hechos que entonces libremente admitió, quedando en definitiva la referida obra descrita en la citada escritura por la propietaria de la vivienda de los bajos como ampliación acometida por ella, de donde obvio resulta que en efecto el referido instrumento público contiene actos viciados de nulidad de conformidad con el artículo ch) del artículo sesenta y siete del Código Civil, y por tanto como 45 quiera que la nulidad es absoluta la ineficacia, de este acto trasciende a los restantes que como consecuencia del mismo aparecen contenidos en dicho instrumento notarial [...]”.

Más actual, pero en la misma cuerda, *“Aunque la contraparte, hoy recurrente, lo que ostente sea un derecho expectante sobre la edificación cuya azotea constituye la terraza en litis y este deba precisarse a través de su ulterior legalización, no existe ninguna prueba en el proceso que demuestre derecho de titularidad de la contraparte sobre esa construcción, elemento que indiscutiblemente les hubiera legitimado para satisfacer su pretensión con respecto al área de azotea. Tampoco pueden considerarse irrefutables los argumentos enfocados en el uso consentido de dicho espacio, ya que no puede confundirse el hecho de que se consienta cierto uso, con la voluntad de que se reconozca titularidad, la que entraña otras facultades jurídicas. En consonancia con este razonamiento debe agregarse el inadecuado proceder de la Dirección Municipal de Ordenamiento Territorial y Urbanístico de Marianao al reconocer el área expresamente mediante una nueva resolución, la 1272 de 2022, basado en una omisión involuntaria y por ende con el objeto de la subsanación de la resolución 986 de 2022, que no contemplaba dicho espacio, la que sí fue notificada a todas las partes, siendo trascendental el referido reconocimiento expreso del área por haberse enfocado en ella la controversia”.* Sentencia No. 68-2023-1438-3327. En La Habana, a 9 de noviembre de 2023. Tribunal Provincial Popular de La Habana.

condiciones tiene que tener el inmueble para que se pueda ceder la azotea para edificar?

La transmisión del vuelo es en propiedad, por lo que lo podrá transmitir el propietario o los cotitulares todos; los superficiarios, en correspondencia con su legitimación (solo los sujetos que pueden otorgar derecho de superficie: el Estado y las cooperativas) y (o) los que se hayan reservado desde el inicio de la edificación el derecho al vuelo (supuesto poco común en Cuba).

Puede ser gratuito u oneroso. En correspondencia con lo que se ha pactado, y total o parcial, por ello es tan importante que rece en el contrato la superficie del vuelo que se cede; hablamos de superficie total, no de construcción o útil, pues en virtud de ello surgen los derechos de propiedad y las situaciones de comunidad que este deriva.

Uno de los elementos más interesantes y conflictuales está dado en que para poder edificar en la azotea de un inmueble, este debe tener características constructivas que soporten dicha edificación. Por ello es muy común en la práctica forense que sea muy favorable y beneficioso y hasta constituya el pago del precio de la cesión de azotea, la reparación del inmueble del posterior titular del derecho real de vuelo. ¿Pero cómo se protege el pretense titular del *ius* edificatorio si repara y después el propietario no cede el vuelo?

Ha sido común en nuestro contexto, la autorización de las escrituras de contrato atípico de ejecución de obra,⁹ a cambio de promesa de cesión de azotea para construcción de vivienda:

⁹ También se han generado otros contratos atípicos y vinculados al fenómeno edificatorio, a saber: la locación de obra. Por ejemplo:

“Contrato por objeto la reparación del inmueble propiedad del locatario a cambio de un precio determinado; acompañando minuta a tal fin, para que el fedatario actuante acomode sus indicaciones a la legislación civil vigente, a las particularidades de dicho contrato y a las características del presente documento público, con las modificaciones que sean precisas y con los pactos y cláusulas que mejor resulten a sus intereses. Además, es intención de estos que a partir de la firma de la presente escritura, el actuar de las partes quede regido por las estipulaciones contenidas en ella.

“Que por medio del presente contrato el locador o contratista se obliga a:

“Ejecutar los trabajos que contiene la presente escritura de acuerdo con las normas técnicas previstas en la República de Cuba, cumplimentar el cronograma de ejecución pactado en este contrato y cumplir diligentemente las instrucciones e indicaciones recibidas por el locatario o su representante, que se inscriban dentro de los límites y alcance del presente contrato. Proponer al locatario o a su representante para su aprobación las modificaciones que se consideren necesarias al proyecto en beneficio de la ejecución de la obra. Ejecutar los cortes mensuales de producción en la obra todas las semanas, citar al locatario o a su

representante, por vía telefónica, por escrito o personalmente, con 72 horas de antelación para su participación en estos y emitir las certificaciones correspondientes dentro de los 2 días naturales siguientes. Si el locatario o a su representante, habiendo sido informado, no asiste a las mediciones de las cantidades de unidades mínimas de control ejecutadas, el locador o contratista las realizará y el locatario o su representante estará obligado a aprobarlas; ajustándose cualquier discrepancia en las mediciones del siguiente mes. Elaborar al término de cada mes y basado en las mediciones de las cantidades de unidades mínimas de control realmente ejecutadas y aprobadas por el locatario o su representante, la certificación de obra y la factura correspondiente, la cual se someterá al locatario o a su representante para su aprobación y pago. Garantizar el buen uso, cuidado y custodia de la documentación técnica y recursos asignados a la obra. Nombrar a su representante en la obra. El contratista debe mantener al frente de la obra a su jefe de obra, quien ejerce las funciones como su representante ante el locatario. Tal designación deberá informarla por escrito a este último. Habilitar y mantener actualizado el LIBRO DE OBRA, en el cual se anotará todas las incidencias de la obra. Elaborar el cronograma de ejecución, así como el de los suministros que se requieren para la obra. Proporcionar todos los insumos directos, cualquiera que sea su origen, contratar la mano de obra calificada y no calificada, el equipamiento de construcción, talleres, herramientas, instrumentos y facilidades de cualquier tipo, requeridas para el cumplimiento de sus obligaciones relacionadas con el objeto del presente contrato. Responsabilizarse con el uso y custodia de la documentación de proyectos y especificaciones técnicas utilizadas para la ejecución de la construcción y el montaje objeto del presente contrato, de la actualización de dicha documentación con motivo de modificaciones aprobadas y ejecutadas, así como de la entrega de la documentación completa (incluyendo dichas modificaciones) al locatario o su representante una vez culminada la ejecución de la obra y cumplido el plazo de garantía. Responsabilizarse con el uso y custodia de los suministros nacionales y externos aprobados y comprados por el locatario o su representante para la ejecución de la construcción y el montaje objeto del presente contrato, así como de su conservación y mantenimiento hasta la firma del certificado de terminación de montaje y de obra. Asegurarse de que los equipos de construcción, obras provisionales y los materiales destinados a la obra, estén disponibles en el momento del inicio y hasta la finalización de la tarea para la cual fueron asignados de acuerdo con el cronograma de ejecución de la obra. Notificar por escrito con no menos de 72 horas de antelación al locatario o a su representante, cuando la planificación o el ritmo de la obra vaya a ser retardado o interrumpido por la falta de alguna documentación técnica o suministro, a menos que los mismos sean entregados por el locatario o su representante en un plazo que le permita al contratista realizar acciones al respecto. Así mismo el contratista deberá indicar en dicha notificación los detalles del por qué se requiere, para cuando se requiere, y cuales consecuencias podrá provocar el atraso de la entrega de la documentación o suministro faltante. Responder por la ejecución del objeto del contrato con la calidad pactada, incluyendo la idoneidad, estabilidad y seguridad de todas las operaciones y métodos constructivos aplicados o desarrollados en la obra. Así mismo por el diseño y especificación de cualquier obra o instalación provisional que requiera ejecutar para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Responder por la coordinación de las obras entre ellas, para permitir el buen desarrollo de las interacciones entre los diferentes objetos de obras y actividades constructivas. Firmar, dentro de las condiciones que se establecen en el presente contrato y previo acuerdo en relación al precio, cuantos suplementos se requieran, debido a modificaciones, adiciones o cualquier otra acción, aunque éstas no sean de su responsabilidad, y decida presentar el locatario o su representante con respecto a la construcción y el montaje objeto del presente contrato. Ejecutar y mantener las obras en estricta concordancia con los términos del contrato a entera satisfacción del locatario o su representante

y atenerse y cumplir diligentemente las instrucciones e indicaciones recibidas por locatario o su representante. Garantizar que el entorno de la obra no sufra daños causados por incumplimiento, negligencia o irresponsabilidad del contratista o sus subcontratados, además de garantizar el buen estado de los accesos inmediatos a la obra. Velar por la seguridad de las personas autorizadas a estar en la obra y tomar todas las medidas necesarias para proteger el medio ambiente de cualquier daño que pueda causar o que cause la ejecución de la obra. Asegurar, aportar y mantener permanentemente, durante toda la ejecución de la obra, la dirección facultativa de la misma, el personal idóneo para la dirección técnica, control de calidad, programación y control de la obra y toda la supervisión que debe realizar en virtud de las obligaciones que adquiere por el presente contrato. Responder objetivamente ante cualquier incumplimiento de las obligaciones contractuales, y de los incumplimientos y daños ocasionados por los terceros contratados por él con vistas a obtener el resultado previsto en el presente contrato; sin perjuicio de la posibilidad de repetir posteriormente contra ellos. Rectificar a su costa y a satisfacción del locatario o su representante cualquier error que se detectara en relación con la posición, los niveles, las dimensiones o la alineación de la obra o de alguna parte de ésta, siempre que dicho error no sea debido a errores en la documentación de proyecto entregada, el alcance de los trabajos o instrucciones del locatario o su representante. No será responsabilidad del contratista cualquier rotura o destrucción que se produzca durante la ejecución de los trabajos objeto del presente contrato de las redes técnicas soterradas existentes en el área de emplazamiento de la obra, a menos que el locatario o su representante hayan entregado antes del inicio de los trabajos, la documentación técnica correspondiente donde estén ubicadas dichas redes incluyendo los niveles. Si el locatario o su representante no han entregado la documentación técnica y se producen roturas, los trabajos que sea necesario realizar por el contratista para la reparación o reposición de las mismas serán consideradas como trabajos adicionales y se incluirán como un suplemento al contrato. Mantener durante la ejecución de la obra toda el área libre de obstrucción innecesaria y eliminar o almacenar convenientemente los equipos o material sobrante. También deberá remover y trasladar a un lugar conveniente fuera del área de la obra todos los escombros, basuras y obras provisionales que no se necesiten de inmediato de forma tal que, antes de la firma del Certificado de Terminación de la obra, ésta quede en un estado de limpieza tal que satisfaga los requerimientos del locatario. Entregar los trabajos pactados (la Obra) al locatario o a su representante una vez concluido mediante Acta de Entrega firmada por ambas partes.

“Que el locatario o comitente se obliga a: Entregar el área de trabajo, según las etapas previstas, totalmente liberadas física y legalmente de forma que permita el inicio y ejecución de la obra. Entregar la documentación de proyecto, especificaciones técnicas y tareas técnicas necesarias para la ejecución de la obra. Nombrar su representante en la obra, el cual con vista al control estará en la obligación de reflejar sus criterios en el Libro de Obra en presencia del contratista o su representante. Entregar por anticipado en pesos cubanos convertibles, hasta un 25 % del valor del contrato, para este fin el contratista presentará la factura correspondiente dentro de los 2 días siguientes a la entrada en vigor del contrato y por una sola vez. Esta suma de dinero que se entrega por anticipado será descontada mensualmente en la misma proporción en que fue pagada, en cada una de las certificaciones semanales o mensuales que emita el contratista, hasta su descuento final. Responsabilizarse con la custodia nocturna de la obra en toda su totalidad, de todos los recursos materiales necesarios para la ejecución de los trabajos que se encuentren en la misma, así como de la totalidad de los insumos que demande la obra, luego de la terminación de la jornada laboral. Todos los suministros de la industria de materiales de la construcción, como parte de la construcción y montaje serán obtenidos, tramitados y transportados hacia el área de la obra por el locatario. Los suministros y equipos nacionales o externos a entregar por el contratista

deberán corresponder en todos los órdenes, incluyendo la calidad, con las especificaciones de los proyectos y de la documentación técnica de los fabricantes y con las normas y regulaciones cubanas. Los gastos y demora en que incurra el contratista por deficiencias en la calidad de los suministros que debe situar en la obra el locatario o su representante, que afecten la secuencia lógica de los trabajos o que impidan ejecutar el programa de ejecución de la obra; el locatario o su representante estarán obligados a conceder una prórroga al contratista, la que será negociada entre ambos según el cronograma acordado y que será sumada a los plazos parciales o totales de entrega pactados en este contrato. El locatario o su representante tendrán atribuciones para tomar decisiones o emitir instrucciones mediante documentos firmados por él y entregados al contratista para el cumplimiento del objeto del presente contrato, las cuales deberán ser aceptadas diligentemente por el contratista. Controlar el ritmo de ejecución de los trabajos de construcción, realizar la supervisión técnica de las obras, ensayar y examinar la calidad y cantidad de los materiales utilizados en la ejecución por el contratista, evaluar el uso y la calidad del personal y equipos utilizados por el contratista, para lo cual éste debe brindar todas las facilidades e informaciones necesarias. Aprobar junto con el contratista al término o cierre de cada semana las mediciones del total acumulado de las unidades de obra realmente ejecutadas, de acuerdo con las mediciones por Unidades Mínimas de Control. Ordenar la paralización de los trabajos de construcción y montaje que se estén ejecutando por el contratista y violen la documentación de proyecto, las especificaciones técnicas, las recomendaciones de la asistencia técnica, el alcance de los trabajos o las normas cubanas de calidad. Rechazar el uso de materiales que no cumplan con las especificaciones técnicas o las normas de calidad vigentes nacionalmente y expresar sus objeciones con respecto al uso de personal o equipo inadecuado en la ejecución de la construcción y el montaje, exigiendo la realización por el contratista de los ensayos y pruebas necesarias para determinar si una obra acabada o parcialmente acabada corresponde o no a los requerimientos del proyecto. Ordenar previa información y fundamentación al contratista, la demolición y reconstrucción de cualquier trabajo que considere no conforme con la calidad, la documentación técnica y de proyecto, o que no haya sido aprobado por el locatario o su representante. Recibir las observaciones y solicitudes que formule por escrito el contratista en relación con la ejecución de la obra, e indicarle las instrucciones o soluciones que estime convenientes dentro de los plazos previstos en el contrato o con la celeridad que demande la naturaleza de la petición. Informar por escrito al contratista las modificaciones que considere necesario introducir en las obras y que puedan afectar la marcha de los trabajos de la construcción y el montaje, entregándole a estos fines la documentación de proyecto o realizando a la ya entregada las modificaciones necesarias. La misma debe incluir los listados de cantidades y de suministros, y el nuevo precio de mano de obra a ejecutar. Suministrar durante el curso de los trabajos de construcción y montaje aquella documentación, especificación o instrucción adicional, o alcance de los trabajos, necesaria para la debida y adecuada ejecución de la construcción y montaje. Participar en los cortes físicos de las unidades de obras, semanalmente. Revisar, conciliar y aprobar las certificaciones de obra. Firmar suplementos por modificaciones al contrato que sean requeridas para el cumplimiento del objeto del presente contrato. Gestionar y tener a su disposición los fondos financieros necesarios para pagar las certificaciones presentadas por el contratista y aprobadas por el locatario o su representante. Mantener, en virtud del presente contrato y a su costo, toda la iluminación, cercas, guardas y vigilancia que se necesite y sean pactados con el contratista, para la protección de las obras y de las pertenencias y facilidades, equipos y herramientas, instrumentos de cualquier tipo, y suministros de origen nacional o importado, propiedad o bajo la custodia del locatario o su representante, y relacionados con el objeto del presente contrato. Elaborar, firmar y tramitar las actas de paralización, reinicio de los

"El promitente se obliga a: facilitar el acceso del ejecutor o contratista y de las personas por él contratadas a los efectos de realizar las obras necesarias para la definitiva reparación de la vivienda propiedad de la promitente. Tramitar ante la autoridad competente la cesión de la azotea a favor del cesionario, una vez que se concluya la reparación de la misma. Permitir al ejecutor la edificación de una nueva vivienda sobre la suya. Gestionar la legalización a favor del ejecutor del inmueble que resulte edificado sobre el suyo, siempre que se haya concluido la reparación de la vivienda de la que es titular.

"El ejecutor o contratista se obliga a: Realizar la reparación de la vivienda de la promitente, sufragando todos los gastos que dicha obra genere. Tras la autorización de la cesión a su favor, edificar, su propia vivienda sobre la vivienda de la promitente. Sufragar los gastos que se deriven de la tramitación de la cesión de azotea, así como la de los actos legalmente exigidos para la legalización de la vivienda que sobre la de la promitente se realice.

"Que ambas partes acuerdan que: De no autorizarse la CESIÓN DE AZOTEA, la promitente deberá reembolsar al ejecutor o contratista los gastos en que ha incurrido, previa tasación legal de los mismos. La denegación de la cesión detiene el resto de las obligaciones que para el cesionario se deriva de los acápite 2 y 3 de la cláusula precedente. La promitente se obliga a no transmitir el derecho de propiedad sobre el citado inmueble a persona alguna hasta tanto no se dé cumplimiento a lo previsto en el presente contrato. Este contrato es válido y eficaz para las partes hasta que se concluya la legalización de la vivienda que edifique el ejecutor sobre el inmueble de la promitente, o hasta que se concluya el reembolso al que se refiere el numeral primero de la cláusula cuarta de esta escritura o hasta nuevo acuerdo de las partes que resuelva el presente".

Todo ello es muy válido y protector y precautorio a la autorización de la Escritura de Cesión de Azotea, me resisto a denominarle cesión de uso de azotea por ser un término legal incorrecto.

trabajos y prórrogas del período de ejecución de la obra, conjuntamente con el jefe de obra y el contratista. Elaborar y firmar el acta de recepción provisional y de terminación de la obra o sus partes conjuntamente con el jefe de obra y el contratista.

"Las partes acordaran los plazos de ejecución; así como la cuantía a la que se obliga el locatario y los plazos de pago, las garantías de la obra certificadas (pruebas de puesta en marcha de redes hidráulicas, eléctricas, entre otras), la certificación correspondiente de su calidad, las consecuencias de los incumplimientos, determinación de foro para dirimir controversias".

Artículo 31. *“La cesión de uso de una azotea para edificar una vivienda se realizará mediante escritura pública que expresará las circunstancias siguientes:¹⁰*

a) Descripción del terreno y edificio, con expresión de sus áreas respectivas y características técnico-constructivas; b) descripción de la azotea y del área a ceder, sea esta total o parcial; Escritura pública: modalidad del instrumento público notarial en el que se hacen constar negocios y actos jurídicos. En materia inmobiliaria es uno de los títulos formales, acreditativos del derecho de propiedad sobre la vivienda. Goza de fe pública notarial y con ello de credibilidad y seguridad en el tráfico jurídico. c) descripción de los que serán elementos comunes, como el tramo de escalera y el derecho de paso a través de jardines y portales; ch) derecho del cesionario, que va a construir, a entroncar los servicios de acueducto y alcantarillado; d) una memoria descriptiva de la vivienda que se prevé edificar en la azotea o de las obras de ampliación; e) precio de la cesión o constancia de que esta es gratuita; f) cualquier otra circunstancia o pacto que contribuya a facilitar las relaciones entre los propietarios de las viviendas en los distintos niveles.”

El artículo en comento *supra* es claro y descriptivo del contenido de la escritura pública de cesión de azotea, es decir, de constitución del derecho real de vuelo. Solo cabe comentar que es importantísimo la determinación de la

¹⁰ Previamente, en virtud de las Resoluciones 54 y 55 de 26 de agosto de 2014, del extinto Instituto de Planificación física; mínimamente modificada por la Ley de Ordenamiento Territorial y Urbanismo y Gestión del Suelo, Ley 145 de 2022, en su artículo 33 la Resolución 54 establece: *“Los interesados en ceder el uso de la azotea para la construcción de viviendas, presentan escrito de solicitud a la Dirección Municipal de Planificación Física correspondiente, que debe reflejar: a) Generales de las partes; b) definición del acto mediante el cual pretende transmitir el uso de la azotea; c) dirección donde esté ubicada la vivienda; y d) especificar si se cede todo o una parte. Si es parte, definir el área a ceder. [...] 9. Artículo 34.- Al escrito de solicitud se acompañan los documentos siguientes: a) Dictamen técnico que exprese que el inmueble resiste la nueva construcción, emitido por la entidad facultada para ello; y croquis que refleje los datos contemplados en el inciso d) del artículo anterior; b) título acreditativo de la propiedad de la vivienda; y c) sello de timbre correspondiente. Artículo 35.- La Dirección Municipal de Planificación Física verifica que la azotea objeto del trámite efectivamente está disponible para construir y certifica que no existen regulaciones territoriales y urbanas que impidan la construcción de la vivienda en la azotea. Con todos los documentos y constancia de las diligencias realizadas se conforma el expediente, que se eleva a la Dirección Provincial de Planificación Física, refiriendo si existen circunstancias que aconsejen el ejercicio del derecho de tanteo. La Dirección Provincial de Planificación Física comprueba los particulares que estime. De todas las diligencias que se practiquen se deja constancia en el expediente, resuelve y notifica mediante Resolución lo que corresponda, pronunciándose sobre el ejercicio, o no, del derecho de tanteo. Artículo 36.- En los edificios multifamiliares se deben cumplir, además de los requisitos anteriores, los que se derivan de la aplicación de las regulaciones jurídicas vigentes. Artículo 37.- Los expedientes de cesiones de la propiedad de azoteas y solares yermos son recepcionados por la Dirección Municipal de Planificación Física, que tras sustanciarlos los eleva, dentro del término de treinta (30) días hábiles de radicado, a la Dirección Provincial de Planificación Física que debe darles solución en un término de treinta (30) días hábiles, a partir de recibirlos.”*

superficie cedida, pues ella incide en la extensión del derecho de propiedad. La determinación de los elementos comunes que se derivarán y el carácter de común o no de la azotea resultante o de otro elemento nacido de la transformación edificatoria.

Que la escritura contenga *“una memoria descriptiva de la vivienda que se prevé edificar en la azotea o de las obras de ampliación”* no creo que sea necesario ni procedente, ello no es un documento público, es un documento que forma parte del proyecto de arquitectura de la obra, que nos informa la solución constructiva elegida, nos da una idea sobre el funcionamiento, los materiales a emplear, el coste aproximado, las causas por la que se ha escogido esa solución..., forma parte del expediente técnico de la obra: a mi juicio no incide en el derecho que se trasmite con el contrato instrumentado en la escritura. A lo mejor lo que se debiera hacer es una reseña de la Licencia de Obra aprobada y ello es discutible también. El contenido y respeto de la Licencia de Obra, que sí es un documento técnico-jurídico público emanado de una autoridad administrativa, sería habilitante y definitivo para la descripción de obra futura, no en este momento. Cuando compro un terreno, no tengo que demostrar lo que edificaré, solo comprar del titular y pagar un precio, *mutatis mutandis*, es lo mismo. El concedente del derecho de vuelo no debe temer; la administración, en virtud del ejercicio de su fe pública y en cumplimiento de la legalidad, no permitirá ni autorizará una obra que lo afecte. Si desea protegerse en extremo en dicho contrato, pudiera pactar que se le muestre y apruebe también lo que se pretende edificar. Pero en buena técnica, al vender el vuelo se desliga automáticamente de dichos actos.

Finalmente, el artículo 32 de la Ley General de la Vivienda cierra con broche de oro para destruir cualquier concepto ajeno a que lo que se configura es un derecho real de vuelo: *“La vivienda construida en la azotea será de la propiedad personal del que la construya y podrá ser transferida en la forma que establece la presente Ley”*. Se adquiere lo edificado en propiedad y es transmitido libremente, nada más que argumentar para sostener mi postura: la Cesión de Uso de Azotea no es otra cosa que un contrato gratuito u oneroso, convirtiéndose en la causa que genera la constitución del derecho real de vuelo, no de un derecho real de uso.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN DE CAMBIO LEGISLATIVO

Abogados como estamos a un cambio legislativo en materia inmobiliaria, esta como otras instituciones jurídicas merecen un repaso a tono con la buena técnica

legislativa. La configuración correcta del derecho al vuelo o el derecho de propiedad sobre la superficie en vuelo o subsuelo, sin ser derecho de uso o de superficie, tiene que perfilarse educadamente. En estas líneas dejo mis criterios, con la mirada siempre en el respeto a la doctrina jurídica ya consolidada y a la seguridad de los derechos de los titulares reales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Fuentes doctrinales

- BALBUENA PÉREZ, F. E., *El Derecho de Vuelo*, disponible en <https://www.fabiobalbuena.abogado> [consultado 31 de enero de 2024].
- DÁVALOS FERNÁNDEZ, R., *La nueva Ley General de la Vivienda*, Ciencias Sociales, La Habana, 1990.
- DÍEZ-PICASSO, L. y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1983.
- ESPINOSA JIMÉNEZ, M. M. y R. HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *Ley General de la Vivienda*, Ediciones ONBC, La Habana, 2009.
- ROCA SASTRE, R. M., *Suplemento al Derecho Hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1960.

Fuentes legales

- Constitución de la República de Cuba de 10 de abril de 2019, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 5, de 10 de abril de 2019.
- Código civil de Cataluña, Ley del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, disponible en www.boe.es [consultado el 9 de junio de 2022].
- Código civil español, Real Decreto de 24 de julio de 1889, publicado en *Gaceta de Madrid*, No. 206, 25 de julio de 1889, BOE-A 1889-4763.
- Ley sobre régimen del suelo y Ordenación urbana de 12 de mayo de 1956, BOE-A 1956-7013.
- Ley de suelo y Rehabilitación Urbana, Real Decreto Legislativo de 7 de 30 de octubre de 2015, BOE-A 2015-11723.
- Reglamento hipotecario, después de la reforma de 17 de marzo de 1959 Español, BOE-A 1959-4292
- Ley de Propiedad Horizontal de España, Ley 49 de 21 de julio de 1960, BOE-A 1960-10906.

El contrato de transmisión de vuelo edificatorio en Cuba. El eufemístico término cesión de uso de azotea en duelo técnico con el derecho real de vuelo

Decreto-Ley No. 288, modificativo de la Ley No. 65, de 23 de diciembre de 1988, Ley General de la Vivienda, de 28 de octubre de 2011, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 35, de 2 de noviembre de 2011.

Resoluciones 54 y 55 de 26 de agosto de 2014, del extinto Instituto de Planificación física de Cuba, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 40, de 5 de septiembre de 2014.

Ley de Ordenamiento Territorial y Urbanismo y Gestión del Suelo, Ley No. 145 de 2022, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 116, de 24 de noviembre de 2022.

Recibido: 14/2/2024

Aprobado: 7/3/2024