

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Registral

**TITULO: LA TRANSFERENCIA DE AIRES EN EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD
EXCLUSIVA Y PROPIEDAD COMÚN: PREMISAS NORMATIVAS Y
PROBLEMÁTICA REGISTRAL**

**Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho
Registral**

Autor: Pía Stephanía Calle Cabrera

Asesor: Héctor Augusto Campos García

Código de alumno: 20100256

2018

RESUMEN

El presente artículo recoge nociones desde el marco normativo aplicable, doctrina y resoluciones del Tribunal Registral emitidas acerca de la transferencia de aires en el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común. A partir de dichas fuentes, buscamos dar una aproximación respecto al procedimiento a seguir para lograr la inscripción en Registros Públicos de dicho acto sin mayores inconvenientes



LA TRANSFERENCIA DE AIRES EN EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD EXCLUSIVA Y PROPIEDAD COMÚN: PREMISAS NORMATIVAS Y PROBLEMÁTICA REGISTRAL

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo busca abordar la transferencia de aires en el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común a través de un análisis de las disposiciones normativas aplicables como Ley de Regularización de Edificaciones del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común, su Reglamento, la Directiva sobre el Régimen de Propiedad Exclusiva y Común emitida por el Superintendente Nacional de los Registros Públicos, entre otros. Asimismo, se revisará la interpretación en la doctrina al respecto y, por último, se atenderán resoluciones recientes emitidas por el Tribunal Registral con el fin de plantear algunas premisas respecto al acceso al Registro de la transferencia de aires.

II. EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD EXCLUSIVA Y PROPIEDAD COMÚN

2.1 APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

El Régimen de Propiedad Exclusiva y Propiedad Común se encuentra regulado por la Ley 27157, Ley de Regularización de Edificaciones del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común (en adelante, “la Ley”), su Reglamento, el Decreto Supremo 035-2006-VIVIENDA (en adelante, “el Reglamento”), el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN (en adelante, “el RIRP”) y la Directiva 009-2008-SUNARP/SN, Directiva sobre el Régimen de Propiedad Exclusiva y Común (en adelante, “la Directiva”).

Al respecto, el Reglamento define en su artículo 129 el régimen de propiedad exclusiva y común como “el régimen jurídico que supone la existencia de una edificación o conjunto de edificaciones integradas por

secciones inmobiliarias de dominio exclusivo, pertenecientes a distintos propietarios, y bienes y servicios de dominio común. Cuentan con un Reglamento Interno y una Junta de Propietarios.”

En ese sentido, Juan Carlos ESQUIVEL¹ afirma que los presupuestos necesarios para la existencia de dicho régimen serían: 1) una edificación en la que coexistan bienes exclusivos y bienes comunes, 2) reglamento interno y 3) junta de propietarios.

Guillermo GARCÍA MONTUFAR y Fredy SILVA² resaltan que de conformidad con los artículos 37 y 38 de la Ley “en el caso de edificaciones constituidas por edificios de departamentos, quintas, casas en copropiedad, centros y galerías comerciales o campos feriales, y otras unidades inmobiliarias con bienes comunes, cuando pertenezcan a bienes de distintos propietarios” éstas podrán optar por los regímenes: a) Propiedad exclusiva y propiedad común; o, b) Independización y copropiedad.” Así, dependerá del tipo de construcción así como de la decisión del o los propietarios optar por un régimen en específico.

Sin embargo, no se debe perder de vista que el numeral 5.1 de la Directiva especifica que “el régimen de propiedad exclusiva y común es obligatorio en todos los casos en que existan unidades inmobiliarias superpuestas en el plano vertical.”

En esa línea, GARCÍA y SILVA³ afirman que el régimen de independización y copropiedad está restringido a determinado tipo de edificaciones de acuerdo al artículo 128 del Reglamento: “edificaciones constituidas por quintas, casas en copropiedad, centros y galerías comerciales o campos feriales y otras unidades inmobiliarias con bienes comunes, siempre que estén conformadas por secciones de un solo piso o que, en el caso de contar con más de un piso, los pisos superiores se

¹ ESQUIVEL, Juan Carlos

2012 *Problemas inmobiliarios y administrativos derivados de la convivencia en edificios. Enfoque legal y jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., pp. 11-12.

² GARCÍA MONTUFAR, Guillermo y Fredy SILVA

2014 “Modificación del reglamento interno en edificaciones sujetas al régimen de propiedad exclusiva y propiedad común”. *Estudios críticos sobre el Código Civil. Análisis crítico y actual de sus bases dogmáticas y de su aplicación práctica*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., pp. 573-589.

³ *Ibidem*.

proyecten verticalmente sobre el terreno de propiedad exclusiva y, además, pertenezcan al mismo propietario.”

Mientras que el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común es aplicable a todo tipo de edificaciones, sean las denominadas edificaciones en altura en que su aplicación es obligatoria, como a las demás edificaciones en las que coexistan secciones de propiedad exclusiva y bienes o servicios comunes⁴.

A continuación, se desarrollará los elementos que forman parte del régimen de propiedad exclusiva y común: el reglamento interno y la junta de propietarios.

2.2 EL REGLAMENTO INTERNO

El Tribunal Registral ha definido al reglamento interno como “el acto jurídico otorgado por los propietarios de una edificación para efectos de la constitución del régimen de propiedad exclusiva y propiedad común o independización y copropiedad el que incluye entre otros, los derechos y obligaciones de los propietarios sobre las secciones de dominio exclusivo y bienes y servicios comunes. Contendrá asimismo, las disposiciones relacionadas a los porcentajes de participación, usos, reglas de convivencia, y otros asuntos análogos.”⁵

El artículo 39 de la Ley expresa que las edificaciones sujetas al régimen de propiedad exclusiva y propiedad común deben contar necesariamente con un reglamento interno “elaborado o aprobado por el promotor o constructor o, en su caso, por los propietarios con el voto favorable de más del 50% (cincuenta por ciento) de los porcentajes de participación.”

Asimismo, los artículos 42 de la Ley y 153 del Reglamento han establecido cuál debe ser el contenido del reglamento interno:

“Artículo 42.- Del contenido

El Reglamento Interno debe contener, obligatoriamente, lo siguiente:

⁴ Ibídem.

⁵ Resolución 1221-2014-SUNARP-TR-L del 30 de junio de 2014.

- a) *La descripción de las secciones, con indicación del área construida de las mismas y destino o uso al que deben estar dedicadas (vivienda, comercio, industria, oficina, cochera u otros);*
- b) *Los bienes de propiedad común y los servicios comunes;*
- c) *Los derechos y obligaciones de los propietarios;*
- d) *Los porcentajes que a cada propietario corresponden en la propiedad de los bienes comunes, de acuerdo al criterio adoptado por el Reglamento Interno, a fin de atender los gastos que demanden los servicios comunes, la conservación, mantenimiento y administración de la edificación, y en las votaciones para adoptar acuerdos en las Juntas de Propietarios;*
- e) *Todo lo relativo a las sesiones ordinarias y extraordinarias, quórum, votaciones, acuerdos, funciones y demás, de las Juntas de Propietarios.”*

“Artículo 153.- Contenido

El Reglamento Interno deberá contener, obligatoriamente, lo siguiente:

- a) *La determinación de la unidad inmobiliaria matriz y la relación de las secciones de propiedad exclusiva, señalando sus áreas, numeración y el uso al que deberá estar destinada cada una de ellas (vivienda, comercio, industria, oficina, estacionamiento u otros; así como de los bienes comunes que la conforman, precisando, de ser el caso, los que se califiquen como intransferibles,*
- b) *Los derechos y obligaciones de los propietarios.*
- c) *Las limitaciones y disposiciones que se acuerden sobre los usos y destinos de los bienes comunes, y sobre el uso de las secciones de propiedad exclusiva.*
- d) *Los reglamentos especiales referidos a obras, usos, propaganda u otros, de ser el caso.*

- e) *La relación de los servicios comunes.*
- f) *Los porcentajes de participación que corresponden a cada propietario en los bienes comunes, de acuerdo con el criterio adoptado por los propietarios o por el propietario promotor.*
- g) *Los porcentajes de participación que corresponden a cada propietario en los gastos comunes, los cuales serán iguales a los de participación en la propiedad de los bienes comunes, salvo que se adopte un criterio distinto.*
- h) *El régimen de la Junta de Propietarios, sus órganos de administración y las facultades, responsabilidades y atribuciones que se les confiere.*
- i) *Todo lo relativo a las sesiones ordinarias y extraordinarias, quórum, votaciones, acuerdos, funciones y demás, de la Junta de Propietarios*
- j) *Cualquier otro acuerdo o pacto lícito que sus otorgantes deseen incluir.”*

El numeral 5.3 de la Directiva afirma que el reglamento interno se modifica por acuerdo de la junta de propietarios que cuente con más del 50% (cincuenta por ciento) de participación de los propietarios de las secciones exclusivas.

El mismo numeral se remite al artículo 135 del Reglamento el cual declara que “la transferencia, gravamen, cesión en uso o la celebración de cualquier otro acto o contrato que importe disposición o limitación de uso de los bienes comunes susceptibles de ser transferidos, deberá ser autorizada por la Junta de Propietarios mediante acuerdo adoptado con el voto conforme de cuando menos las dos terceras partes de los propietarios de las secciones de propiedad exclusiva.”

La Directiva agrega que la comunicación por conducto notarial que corresponde enviar a los propietarios debidamente citados, pero que no hubiesen asistido a la junta, así como el transcurso de los veinte días

útiles que éstos tienen de plazo para manifestar su discrepancia con los acuerdos adoptados podrá acreditarse mediante una declaración jurada otorgada por el presidente de la junta de propietarios.

2.3 LA JUNTA DE PROPIETARIOS

El artículo 47 de la Ley expresa que la junta de propietarios está constituida por todos los propietarios de las secciones y tendrá la representación conjunta de éstos, la cual contará con un presidente que goza de las facultades generales y especiales de representación señaladas en los artículos 74 y 75 del Código Procesal Civil, según el numeral 48.1 de la Ley.

Al respecto, el artículo 49 de la Ley ha regulado la condición de propietario hábil:

“Artículo 49.- De los propietarios hábiles

49.1 Se entenderá por propietario hábil al que esté en condición de ejercer su derecho a voto en las sesiones de las Juntas de Propietarios por haber cumplido con el pago de todas las cuotas establecidas por la Junta de Propietarios.

49.2 La Directiva de la Junta de Propietarios declara la inhabilitación de los propietarios que hayan incumplido con pagar 3 (tres) o más cuotas ordinarias o al menos 1 (una) extraordinaria al momento de la convocatoria.

49.3 Para tales efectos la Directiva de la Junta de Propietarios envía una comunicación al propietario moroso comunicándole su calidad de inhabilitado. Dicha calidad cesará al momento de cancelarse la deuda pendiente.

49.4 Los propietarios inhabilitados pueden asistir a las sesiones sólo con derecho a voz y no se les considera para el cómputo del quórum.

49.5 Sólo podrán impugnar los acuerdos de la Junta de Propietarios aquéllos que no se encuentren inhabilitados.”

Juan ESPINOZA⁶ destaca que el artículo 145 del Reglamento expresa que la junta de propietarios no se inscribe en el Registro de Personas Jurídicas, sino en el Registro de la Propiedad Inmueble:

“La Junta de Propietarios está constituida por todos los propietarios de las secciones de Propiedad Exclusiva de la edificación y tiene la representación conjunta de éstos.

La Junta de Propietarios, se constituye plenamente al otorgamiento del Reglamento Interno, el cual contendrá obligatoriamente la nominación del Presidente si existiera pluralidad de propietarios al momento de registrar el Reglamento. Su inscripción se efectúa en el Registro de Propiedad Inmueble, en la partida registral del predio matriz o en la que corresponde a los bienes comunes.

La renuncia de uno o más propietarios no impedirá la constitución de la Junta y su admisión en el seno de ésta siempre estará expedita. Esta renuncia no libera al propietario de las obligaciones comunes ni del cumplimiento de los acuerdos de la Junta. Si sólo quedará un propietario hábil, este asumirá las funciones de la Junta, en todo cuanto le sea aplicable.

La Junta de Propietarios estará presidida por uno de sus miembros que tendrá la calidad de Presidente, quien ejercerá la representación legal de la misma, asumiendo las funciones y responsabilidades que este reglamento señala. El reglamento interno podrá disponer la constitución de una Directiva cuando lo estime conveniente, señalando su composición y funciones.”

⁶ ESPINOZA, Juan

2014 *Derecho de las Personas. Personas jurídicas y organizaciones de personas no inscritas. Séptima Edición.* Lima: Instituto Pacífico S.A.C., pp. 365-370.

El artículo 146 del Reglamento agrega que, salvo disposición distinta del reglamento interno, corresponde que la junta de propietarios sea convocada a sesión por el presidente de la misma con una anticipación no menor de cinco días naturales “mediante aviso contenido en carta, esquila, facsímil, correo electrónico o cualquier otro medio que permita dejar constancia de su entrega o recepción, y carteles publicados en las vitrinas o pizarras que al efecto debe mantener la administración en uno o varios sitios visibles de la edificación.”

Cualquiera sea el medio de comunicación deberá indicarse el día, hora y lugar de la reunión y las materias a tratarse. En el caso de que la sesión no se llegara a celebrar en la fecha prevista, la junta deberá ser convocada de la misma forma dentro de los tres días naturales siguientes a la fecha en la que debió celebrarse la junta. Cabe resaltar que la norma también ha dispuesto que las sesiones de la junta de propietarios deban celebrarse necesariamente en el predio.

Respecto a la naturaleza de la junta de propietarios, Juan ESPINOZA⁷ indica que ésta tendría la calidad de sujeto de derecho de acuerdo a las siguientes consideraciones efectuadas por Registros Públicos en la Directiva:

*“La comunidad de intereses que existe entre los propietarios de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal aconseja la existencia de una organización de gestión y administración de dichos intereses. (...) la junta de propietarios es el ente no personificado que agrupa a los titulares de secciones de dominio exclusivo correspondientes a un edificio o conjunto de edificios, según su reglamento interno; y cuyo objeto es conservar y mantener los elementos o bienes comunes que les permita un adecuado disfrute de cada una de sus secciones privativas. En el caso peruano la solución es clara: **LA LEY NO LE HA CONCEDIDO PERSONERÍA JURÍDICA**, sin perjuicio de*

⁷ Ibídem.

reconocerle una relativa subjetividad, en forma análoga a lo que sucede con las asociaciones no-inscritas o las sociedades irregulares.

El grupo de propietarios, aunque no constituya una persona jurídica, sí cuenta con una relativa subjetividad que le permite actuar en forma unitaria en el tráfico contractual y judicial. Así pues, el Presidente tiene la atribución de representar al conjunto de propietarios para las actividades propias al cuidado y mantenimiento del edificio. Por lo tanto, en ningún caso se necesita la autorización de todos los propietarios para celebrar un contrato o instar una demanda judicial. Empero, el legislador no ha contemplado la posibilidad que las juntas de propietarios puedan adquirir bienes, incluso registrados, en virtud de los siguientes fundamentos:

- a) El fenómeno de los entes no personificados o con subjetividad relativa (también denominados “personas jurídicas con capacidad mínima o capacidad general”) se impone en todo el Derecho comparado. La razón es simple: los ordenamientos nacionales no pueden ignorar la situación producida por un grupo de personas que actúan como un conjunto unitario en el tráfico, y al que hay que regular en sus relaciones jurídicas y en sus actos de atribución frente a terceros. La solución generalizada es admitir que pueden actuar como unidad, pero normalmente sin autonomía patrimonial, con responsabilidad solidaria de sus partícipes y con el beneficio a los terceros de invocar solo los pactos y acuerdos favorables a ellos. La conclusión evidente, por tanto, es que pueden adquirir bienes.*
- b) La misma solución ya se encuentra en otros entes no personificados regulados en nuestro propio ordenamiento, como es el caso de las asociaciones no-inscritas y las*

sociedades irregulares. En todas esas hipótesis es posible la adquisición y disposición de bienes.

- c) *La junta de propietarios es una entidad instituida por ley para los casos en que existan edificaciones con secciones exclusivas y bienes comunes, cuya función es administrar y gestionar el conjunto inmobiliario a efectos de la conservación de las zonas comunes, así como de asegurar el funcionamiento correcto de los servicios para lograr una adecuada convivencia. En tal sentido, una administración de este tipo exige el recaudo de los fondos, su custodia, la inversión y gasto en el mantenimiento y conservación del edificio, todo lo cual implica necesariamente la celebración de contratos o la adquisición de bienes.*

Si bien es cierto que las juntas de propietarios están sujetas a una capacidad restringida y eventualmente pueden celebrar un acto en contravención o en exceso a su objeto (actos ultra vires); sin embargo, esa posibilidad debe analizarse caso por caso, en forma individual, ya que no es posible establecer de manera previa cuál será el propósito concreto que pretende realizar la junta a través de la adquisición del inmueble. Por lo demás, el análisis de la existencia de un acto ultra vires o no, escapa sin dudas a la función registral, pues la cuestión de propósitos y subjetividades está excluida definitivamente de los alcances de la calificación, por lo cual la denuncia de un acto ultra vires corresponderá a los mismos propietarios, quienes deberán instar la correspondiente acción de impugnación del acuerdo de junta. (...)" (El subrayado es nuestro)

Hasta el momento el presente artículo ha buscado únicamente proporcionar un marco conceptual acerca de lo que es el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, así como sus elementos más importantes. En el siguiente punto, se busca profundizar propiamente en

los aires y los presupuestos para su transferencia en el régimen bajo estudio.

III. LA TRANSFERENCIA DE AIRES EN EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD EXCLUSIVA Y PROPIEDAD COMÚN

3.1 AIRES: CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

La Directiva afirma que los “aires” aluden a la facultad que se concede a una persona con el fin de construir plantas adicionales a las que ya existen en una edificación. Al respecto, se pueden citar algunas resoluciones emitidas por el Tribunal Registral:

“(…) los “aires” no son sino el derecho o facultad que se reconoce a una persona a fin de sobreelevar una edificación, es decir, construir plantas adicionales a las ya existentes, sobre el suelo de un terreno sin construir, sea que el dueño del terreno sea la misma persona u otra diferente. De manera ordinaria y para ejemplificar, sería el derecho que tiene el propietario de un lote de terreno sin construir para edificar, si lo quiere, dentro de los límites del perímetro superficial de su predio, o el derecho del propietario de una casa de un piso para seguir edificando, si lo desea, un segundo o tercer piso y así de modo indefinido respetando claro está, los parámetros urbanísticos y edificatorios respectivos.”⁸ (El subrayado es nuestro)

“la Ley N° 27157(…) establece que los bienes de propiedad común, los sótanos y azoteas (aires), salvo que en los títulos de propiedad de las secciones aparezcan cláusulas en contrario (artículo 40, inciso h).

En buena cuenta, en esta ley especial se ha regulado la condición jurídica de los aires, cuando se trata del régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, refiriendo que ellos serán de propiedad común salvo que en los títulos de propiedad de las secciones de propiedad exclusiva aparezcan cláusulas en contrario.”⁹ (El subrayado es nuestro)

⁸ Resolución 244-2016-SUNARP-TR-L del 04 de febrero de 2016.

⁹ Resolución 1430-2015-SUNARP-TR-L del 21 de julio de 2015.

Es importante destacar el acuerdo 1 del Pleno CXLIX¹⁰, mediante el cual el Tribunal Registral se ha pronunciado acerca de los términos de aires y azotea que han venido usando en las resoluciones del Tribunal:

“1. AZOTEA O AIRES

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

Gilberto MENDOZA resalta ciertos problemas de concepto que traería dicha propuesta:

“(…) i) Limita dicha identificación a la legislación peruana, con lo cual reconoce que puede existir diferente concepción. ii) Que, si bien para la legislación peruana pueden ser conceptos equivalentes, por un acto de autonomía privada pueden tener diferente naturaleza. iii) La identificación no es absoluta, dado que conceptos equivalentes no es lo mismo que conceptos iguales.”

MENDOZA¹¹ refiere que usualmente se confunde el concepto del bien con las facultades que se tienen sobre el mismo: “si una persona adquiere un terreno, el objeto es este, y la facultad será construir sobre el mismo. Para el autor, “los aires son el espacio que existe por encima de la azotea, y el derecho de construir es derecho sobre el mismo. La azotea en cambio es el último nivel de edificación donde normalmente existe espacio de lavandería, tendido de ropa, entre otras.”

¹⁰ CXLIX Pleno. Sesión extraordinaria modalidad no presencial realizada los días 02 y 03 de mayo de 2016.

¹¹ MENDOZA, Gilberto

2017 “¿Aires o azotea?”. Enfoque Derecho, el Portal de Actualidad Jurídica de la Asociación Civil Themis. Lima. Consulta: 27 de octubre de 2017.

<http://www.enfoquederecho.com/2017/01/13/aires-o-azotea/>

El autor se basa en la distinción que también realiza el Tribunal Registral en la Resolución 532-2015-SUNARP-TR-T del 30 de octubre de 2015 en la cual establece que “La azotea solo corresponde al último nivel de techado, por lo que la sola independización de esta no implica que el titular pueda sobreedificar más allá del nivel que le corresponde. Sin embargo, el acuerdo de la junta de propietarios en regularizar la fábrica de los niveles subsiguientes que le corresponden al titular de la antigua azotea implica un reconocimiento de la propiedad preexistente de los aires.”

El autor¹² añade debido a que puede distinguirse entre azotea y aires la titularidad puede ser distinta: “La azotea puede ser exclusiva y los aires comunes –y viceversa-, o tener la misma titularidad, ya sea exclusiva o común. En el caso de azotea exclusiva y aires comunes, si la junta desea construir no es un requisito que el titular de la azotea brinde su asentimiento dado que existe una afectación vertical entre bienes que el titular de la azotea debe tolerar.”

Respecto a la naturaleza de los aires, Ley en su artículo 40, literal h) presume que las azoteas son bienes de propiedad común salvo cláusula en contrario. El numeral 5.7 de la Directiva reitera dicho enunciado, agregando que dicha “cláusula en contrario” deberá constar en el reglamento interno, en el caso que ello se haya omitido, se podrá aclarar mediante el voto favorable de los dos tercios (2/3) de los porcentajes de participación.

Respecto de la presunción de los aires como bien común, Martín MEJORADA¹³ critica que la normatividad no puede asignar titularidades, decir qué bien es común, debido a que ello constituiría una limitación al derecho de propiedad. Para el autor, los propietarios tendrán que ponerse de acuerdo sobre qué bienes constituirán bienes comunes, sin embargo, desde su perspectiva el reglamento interno no puede restringir la facultad de disposición de los propietarios de los bienes comunes.

3.2 RESERVA DE AIRES CON O SIN INDEPENDIZACIÓN

El numeral 5.5 de la Directiva ha contemplado la posibilidad de que en el reglamento interno se pueda declarar la reserva de aires de la edificación, es decir, los aires pueden independizarse como sección de dominio exclusivo, siempre que se le asigne un porcentaje de participación en los bienes comunes.

¹² *Ibíd.*

¹³ MEJORADA, Martín

2015 “La transferencia de bienes comunes en el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común”. En CÁRDENAS, Luis y otros. *La nueva propiedad horizontal: problemas derivados del régimen inmobiliario de propiedad exclusiva y propiedad común*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., pp. 51-59.

De igual forma, el reglamento interno podrá establecer la reserva de aires sin independización, en dicho supuesto, ello deberá constar en un asiento específico correspondiente a la partida registral del predio matriz o de otra partida vinculada.

El cuarto considerando de la Directiva ha desarrollado el sentido de la reserva de aires de la siguiente forma:

*“En mérito a la autonomía de la voluntad el propietario- constructor puede atribuir el derecho de sobreelevación a favor de algún titular exclusivo, o incluso de él mismo, en virtud de dos modalidades clásicas: Primero, la cláusula de **“reserva de aires”** hasta una futura ampliación de edificación; con lo que el Registro se limita a inscribir el reglamento interno (con la cláusula incluida), sin independizar en ninguna partida **“los aires”**. La estipulación, por tanto, se incorpora en la partida matriz del edificio, aun cuando debe señalarse que muchas veces esa inscripción se omite por lo que la presente directiva trata de salvar esos errores. Segundo, la cláusula de **“independización de aires”** cumple un doble efecto: reservar un derecho de sobreelevación, y solicitar, además, que éste se consigne en una nueva partida registral segregada de la matriz. Para acceder a esta inscripción, el Registro exige que se asigne a los **“aires”** un porcentaje de participación en las zonas comunes, ya que de acuerdo a las bases institucionales de la propiedad horizontal, el titular de una sección de dominio exclusivo también es necesariamente copropietario de las zonas comunes.*

Otro punto que genera dudas es el caso recurrente por el cual un reglamento interno omite mencionar el estatuto jurídico de los aires, por lo que se reputa común, pero que luego pretende ser aclarado por un acuerdo de la junta de propietarios por la que se modifica el reglamento interno y se indica, por ejemplo, que los aires se reservan a favor del propietario-constructor.”

Según el punto de vista de María José OLAVARRÍA¹⁴, la Directiva claramente estaría haciendo referencia a dos situaciones:

- A) El propietario – constructor puede reservar los aires a su favor o a favor de algún titular exclusivo; o
- B) La junta de propietarios está facultada para reservar los aires a favor del propietario constructor.

La autora interpreta, en ese sentido, que la norma da la posibilidad de que la reserva de aires la efectúe tanto el propietario-constructor como la junta de propietarios a través de la inscripción del reglamento interno o en sus posteriores modificaciones, ya sea a favor de cualquier titular exclusivo o a favor del propietario constructor. OLAVARRÍA¹⁵ añade que con relación a este tema se han dado observaciones que “señalan que interpretando la Directiva (...) la reserva solo puede efectuarse a favor del propietario-constructor o que solo este puede efectuar la reserva de aires, olvidando que debe existir una interpretación sistemática de toda la directiva y sobre todo, que la misma directiva señala “luego pretende ser aclarado por un acuerdo de la junta de propietarios por la que se modifica el reglamento interno y se indica, por ejemplo, que los aires se reservan a favor del propietario constructor”. Es decir, la reserva a favor del propietario- constructor es un ejemplo de reserva de aires pero no el único supuesto, así como que expresamente se señala que la junta de propietarios puede aclarar la situación de los aires mediante una modificación del reglamento interno.”

Por último, la autora deja claro que en el caso de la reserva de aires, la normativa no ha establecido que la reserva de aires deba ser efectuada por alguna persona en específico o que solo pueda efectuarse a favor de alguna persona o personas en particular, por lo que existiría libertad en dicho sentido.

3.3 ¿CUÁL ES EL PROCEDIMIENTO QUE SE DEBE SEGUIR PARA TRANSFERIR LOS AIRES?

¹⁴ OLAVARRÍA, María José

2015 “Algunas situaciones controvertidas en casos de propiedad exclusiva y propiedad común”. En CÁRDENAS, Luis y otros. *La nueva propiedad horizontal: problemas derivados del régimen inmobiliario de propiedad exclusiva y propiedad común*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., pp. 61-74, pp. 67-68

¹⁵ *Ibíd.*

El procedimiento que se deberá llevar a cabo para transferir los aires dentro del régimen de propiedad exclusiva y propiedad común dependerá de la condición jurídica que se les haya asignado en el reglamento interno o sucesivas aclaraciones, así como si éstos fueron reservados y/o independizados. Gilberto MENDOZA¹⁶ realiza algunas precisiones:

- Si consta en el reglamento interno la reserva de aires: procede la transferencia de éstos sin autorización de la junta de propietarios.
- Si los aires se encuentran reservados para el propietario constructor: no se requerirá la transferencia de aires y, por tanto, no se exigirá su independización necesariamente.

A continuación, desarrollaremos los pasos a seguir en el supuesto de que los aires constituyan un bien común dentro del régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, según como se ha visto, presume la Ley.

5.3.1 DESAFECTACIÓN Y TRANSFERENCIA DE LOS AIRES

La normativa aplicable al régimen de propiedad exclusiva y propiedad común permite la transferencia de los aires y otros bienes comunes cuando exista acuerdo de la junta de propietarios. Gunther GONZÁLES¹⁷ enfatiza que dicho acuerdo “significa en realidad **desafectar** los bienes comunes, modificarles la categoría, convirtiéndolos en secciones de dominio exclusivo que pueden ser objeto de disposición separada.”

El autor¹⁸ explica que “(...) La sola transferencia de los elementos comunales ya significa la desafectación (...) Por ello, la transferencia de bienes de propiedad común (rectius: **desafectación**) sin cumplir con las formalidades de Ley **es nula de pleno derecho** (...)”

Gilberto MENDOZA¹⁹ reitera que el acuerdo de desafectación deberá de adoptarse por junta de propietarios, asimismo, éste

¹⁶ MENDOZA, Gilberto. Óp cit. El autor expresa los criterios asumidos en los Resoluciones 564-2014-SUNARP-TR-L de 20 de marzo de 2014 y 283-2015-SUNARP-TR-L de 06 de febrero de 2015.

¹⁷ GONZÁLES, Gunther

2009 “Análisis de jurisprudencia registral sobre transferencia de zonas comunes”. *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, número 130, pp. 313-325, pp. 319.

¹⁸ GONZÁLES, Gunther. Óp cit., pp. 319.

¹⁹ MENDOZA, Gilberto

deberá contener el acto de su transferencia a favor de los titulares de la sección creada, así como la presentación del instrumento público de transferencia a favor de los titulares en las secciones creadas.

El autor agrega que si bien el Tribunal Registral ha venido exigiendo los requisitos expresados, es decir, “a) La desafectación o cambio de naturaleza del bien de dominio común, el cual, a consecuencia del acuerdo adoptado por la Junta de Propietarios, se convertirá en un bien de dominio exclusivo, y b) La transferencia de la zona desafectada que para pasa a formar parte de las secciones de dominio privado que requerirá de escritura pública”, otras resoluciones emitidas por el mismo Tribunal no han considerado necesario el pronunciamiento expreso por parte de la junta de propietarios de la conversión del bien de dominio común en zona exclusiva.

Revisemos el artículo 43 de la Ley:

“Artículo 43.- De la transferencia de bienes de propiedad común

La transferencia de bienes de propiedad común debe aprobarse por los dos tercios de los votos de la Junta de Propietarios. Los propietarios que debidamente citados, no hubiesen asistido a la Junta, son notificados por conducto notarial y si en el plazo de 20 (veinte) días útiles, contados a partir de dicha notificación, no manifiestan por escrito notarial su discrepancia, se entenderán vinculados al acuerdo, que no será ejecutado hasta que transcurra tal plazo. Cualquier transferencia realizada sin contar con la votación antes dispuesta es nula de pleno derecho.” (El subrayado es nuestro)

2017 “La autonomía privada y la regulación de bienes exclusivos y comunes en el Régimen de propiedad Horizontal”. Enfoque Derecho, el Portal de Actualidad Jurídica de la Asociación Civil Themis. Lima. Consulta: 18 de noviembre de 2017.
<http://www.enfoquederecho.com/2017/02/03/la-autonomia-privada-y-la-regulacion-de-bienes-exclusivos-y-comunes-en-el-regimen-de-propiedad-horizontal/>

GONZÁLES²⁰ realiza una interpretación del artículo citado junto con el artículo 148 del Reglamento (primer párrafo) para expresar que los dos tercios (2/3) de los votos de la junta de propietarios (mayoría calificada según el Reglamento) que se exigen para la transferencia incluyen los porcentajes de quienes renunciaron a la junta, dicho artículo establece que sólo podrán participar en la votación los propietarios hábiles de las secciones aun cuando no integren la junta. Según el artículo 135 del Reglamento, el acuerdo de la junta de propietarios está condicionado a que no se contravenga “los parámetros urbanísticos y edificatorios, y las normas de edificación vigentes, ni se perjudique las condiciones de seguridad y funcionalidad de la edificación, ni se afecte los derechos de las secciones de propiedad exclusiva o de terceros.”

El artículo 43 de la Ley también dispone la obligatoriedad de notificar a los propietarios que no hubieran asistido a la junta mediante carta notarial y si en el plazo de veinte días hábiles no expresaran su discrepancia, se considerarán vinculados al acuerdo. Gunther GONZÁLES²¹ comenta que la notificación a los propietarios no asistentes tiene como finalidad que éstos se adhieran “mediante conocimiento presunto” al acuerdo adoptado, **“pero el acuerdo ya debe haber sido obtenido con la mayoría calificada;** es decir, los inasistentes (con su conocimiento presunto) **nunca** podrán ayudar a formar el acuerdo (...)”. En ese sentido, “o el acuerdo existe con mayoría calificada, o no existe, y los ausentes no pueden formar mayoría.”

Los propietarios que hayan manifestado su oposición al acuerdo de transferencia, podrán ejercer su derecho en vía judicial o arbitral, siempre que no se encuentren inhabilitados de acuerdo al numeral 49.5 de la Ley. “En cambio, los propietarios que votaron a favor del acuerdo, o asistieron a la sesión sin manifestar expresamente su oposición, o finalmente aquellos a quien vincula

²⁰ GONZÁLES, Gunther. Óp cit., pp. 320.

²¹ GONZÁLES, Gunther. Óp cit., pp. 321.

el acuerdo por consentimiento presunto, no podrán en ningún caso impugnarlo.”²²

Habiendo repasado hasta el momento el procedimiento necesario para llevar adelante la desinfectación y transferencia de los aires, a continuación analizaremos, los criterios más relevantes recogidos en las resoluciones del Tribunal Registral.

5.3.2 LA INSCRIPCIÓN DE LA TRANSFERENCIA DE AIRES: ANÁLISIS A PARTIR DE RESOLUCIONES EMITIDAS POR EL TRIBUNAL REGISTRAL

Habiendo repasado lo regulado en la normativa pertinente acerca de la transferencia de aires, así como las posiciones doctrinarias, en ésta última parte del análisis, buscamos resaltar cuáles han sido los criterios seguidos por el Tribunal Registral en este tema:

- **Resolución 1896-2014-SUNARP-TR-L**²³: Se solicita la inscripción de compraventa de aires reservados, su independización, así como la modificación del reglamento interno respecto de un predio inscrito en el Registro de Predios de la Oficina Registral de Lima.

El registrador observa el título debido a que se había transferido la totalidad de secciones exclusivas que conforman el predio, no obstante, no se había modificado el reglamento interno, indicando los porcentajes de participación que le corresponderían a la totalidad de propietarios de las secciones exclusivas. Por tanto, correspondía presentar, según el registrador, un documento privado con legalización de firmas o escritura pública junto con la copia certificada del acta de junta de propietarios donde se acuerde la modificación del reglamento interno observando los requisitos del numeral 5.3 de la Directiva. La observación agregaba que el parte notarial presentado no contenía el acta de junta de propietarios correspondiente.

²² *Ibíd.*

²³ La Resolución fue emitida por el Tribunal Registral con fecha 07 de octubre de 2017.

De acuerdo a lo descrito, el Tribunal Registral (en adelante, “el Tribunal”) dispuso que su examen buscaría determinar **cuáles son los requisitos para que proceda la inscripción de la transferencia de aires de una edificación.**

Construyendo un marco conceptual general, el Tribunal llama la atención en que la Directiva regula dos situaciones: “Primero, la posibilidad de independizar los aires, es decir, abrir una partida registral independiente para la inscripción de esos aires que serán objeto de derecho singulares; y segundo, la reserva de aires que implica que los aires no se independizan.”

Más adelante, comenta acerca de la independización de los aires:

“Cuando los aires serán objeto de independización, estos aires se convierten en una unidad de propiedad exclusiva, y por tanto, debe corresponderle un porcentaje de participación en los bienes comunes, de conformidad con el artículo 130 del Reglamento de la Ley 27157 (...) Asimismo, al igual que lo establecido en el último párrafo del artículo 63 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (...) la independización de los aires procederá siempre que cuente por lo menos con un área proyectada de acceso directo a dicha unidad inmobiliaria. Ello en la medida que por tratarse de una unidad inmobiliaria de propiedad exclusiva debe tener acceso que permita el ingreso directo e independiente de las demás unidades inmobiliarias.” (El subrayado es nuestro)

Asimismo, acerca de la naturaleza jurídica de los aires se reitera:

“(…) la directiva en mención precisa que “los aires” sí pueden ser objeto de transferencias, debiendo tenerse en cuenta para ello su condición jurídica de zonas comunes o de secciones de propiedad exclusiva. Con tal fin, la misma directiva establece que “los aires” se reputan zonas comunes, salvo que lo contrario se desprenda de los títulos de propiedad exclusiva o que ello conste en el reglamento interno o en una modificación posterior de éste.”(El subrayado es nuestro)

Respecto a la transferencia de aires, se expresan ciertos requisitos:

“(…) el numeral 5.6 de la directiva sobre el Régimen de Propiedad Exclusiva y Común, ha dispuesta expresamente que cualquier acto de transferencia de aires se inscribirá siempre que se adjunten planos de independización y memoria descriptiva.” (El subrayado es nuestro)

Junto con la independización de los aires y la presentación de los planos correspondientes y memoria descriptiva se exige:

“(…) para que pueda inscribirse la transferencia de los aires reservados, se requiere que previamente se abra una partida de independización de los aires, para lo cual – además de planos y memoria descriptiva-, se requiere que se asigne a dichos aires un porcentaje de participación en los bienes comunes.” (El subrayado es nuestro)

En este caso, el Tribunal concluyó que si bien se presentó el parte notarial de la escritura pública de independización de los aires y modificación del reglamento interno del 14 de octubre de 1985, de los antecedentes registrales se

desprende que ya se había adecuado el reglamento interno con fecha posterior: 14 de noviembre de 2017.

En esa línea, el Tribunal determinó que ambos actos son incompatibles puesto que las modificaciones al reglamento interno se efectuaron dentro del marco legal derogado, asimismo, fundamentan su argumento en el artículo 2017 del Código Civil que ha dispuesto que no puede inscribirse un título incompatible con otro, aunque sea de fecha anterior. Por tanto, se confirma la observación.

- **Resolución 2614-2015-SUNARP-TR-L**²⁴: En este caso, se plantea la siguiente cuestión es discusión: ¿Cuál es el acto previo necesario para inscribir la transferencia de dominio por herencia de una sección de propiedad exclusiva (azotea) que no ha sido independizada en el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común? Como en el caso anterior se solicitó inscribir la transferencia de aires, observando la registradora que se requería “la independización con la consecuente adecuación del reglamento interno a la Ley N° 27157”.

Antes de resolver la controversia, el Tribunal se refirió a los aires como cuestión preliminar:

“(…) el término “aires” como tal no se encuentra definido en el Código Civil; sin embargo, de la interpretación de los artículos 954 y 955, referidos el primero de ellos a que la propiedad del predio se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho, y, el segundo a que el subsuelo o el sobresuelo pueden pertenecer, total o parcialmente, a propietario

²⁴ La Resolución fue emitida por el Tribunal Registral con fecha 21 de diciembre de 2017.

distinto que el dueño del suelo, se hace posible extraer su significado.”

Respecto a la condición jurídica de los aires, el Tribunal interpreta el numeral 5.7 de la Directiva de la siguiente forma:

“La (...) norma registral distingue dos supuestos:

- a) El primer supuesto, se encuentra referido al caso en que la condición jurídica de los aires se ha consignado u omitido en el reglamento interno inicial. En este supuesto la cláusula en contrario que atribuye la condición de sección de propiedad exclusiva debe constar en el reglamento interno inicial o en una modificación posterior en la que se apruebe el acto de reconocimiento de la propiedad existente de los aires, debiéndose contar con la votación favorable de 2/3 del porcentaje de participación de los propietarios.*
- b) En el segundo supuesto, se encuentra referido al caso en que la condición jurídica de los aires como zona común fue atribuida expresamente en el reglamento interno. Para ello se requiere cumplir con los requerimientos de la transferencia de bienes comunes que conforme al artículo 135 del D.S. N° 035-2006-VIVIENDA exige la aprobación de 2/3 de los propietarios (previa desafectación de los bienes comunes) salvo que se obtenga el acuerdo adoptado por la unanimidad de los propietarios respecto al reconocimiento de la propiedad exclusiva.*

Cabe resaltar que para el reconocimiento de propiedad exclusiva (...) no será necesaria la desafectación de los aires, puesto que dicho acto

deriva de la omisión o error en las declaraciones contenidas en el reglamento interno, motivo por el cual bastaría la modificación del reglamento interno en ese sentido o el acuerdo unánime de la junta de propietarios, según corresponda.” (El subrayado es nuestro)

En el caso bajo comentario, el Tribunal observa que todas “las secciones de propiedad exclusiva que figuraban descritas en el reglamento interno de propiedad horizontal fueron independizadas con la sola excepción de las construcciones situadas en el azotea del edificio.” Se agrega también:

“En este caso se determina una situación similar a la prevista en el último párrafo del art. 63 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios: “El Reglamento Interno puede establecer reserva de aires sin independización, en cuyo caso esta circunstancia consta en asiento específico correspondiente a la partida registral del predio matriz, o de otra partida vinculada.””

En esa línea, el Tribunal expresa que para que proceda la inscripción de la transferencia de aires sin independización como acto previo debía efectuarse la independización y, como consecuencia, adecuar el reglamento interno a la Ley N° 27157.

- **Resolución 1182-2017-SUNARP-TR-L**²⁵: Revisemos, por último, esta resolución emitida recientemente en la que se aborda también cuáles son los requisitos que se requiere reunir para inscribir la transferencia de aires. En este caso, la registradora denegó el acceso al Registro del acto señalando que debía inscribirse previamente la independización de los aires.

²⁵ La Resolución fue emitida por el Tribunal Registral con fecha 31 de mayo de 2017.

El apelante argumenta que efectivamente los aires no se encontraban independizados a la fecha de la transferencia, pero se adquirieron junto con dos unidades inmobiliarias, cuya independización y transferencia consta inscrita en el Registro.

Con relación al tema puntual de la transferencia de los aires, el Tribunal reitera los enunciados conceptuales ya señalados en las resoluciones líneas arriba, concluyendo que para que proceda la inscripción de la transferencia de los aires reservados, se requiere “que previamente se abra una partida de independización de los aires, para lo cual- además de los planos y memoria descriptiva-, se requiere que se asigne a dichos aires un porcentaje de participación en los bienes comunes.”

El Tribunal decidió que en el caso no se cumplían los requisitos para la transferencia de los aires: en el caso de que constituyan un bien de uso común corresponde la independización de los aires (considerando un área proyectada de acceso directo), así como la asignación de un porcentaje de participación en los bienes comunes en el reglamento interno.

Como conclusión, según lo dispuesto por el Tribunal para transferir los aires dentro del régimen de propiedad exclusiva y propiedad común se requiere del voto favorable de 2/3 de participación de la junta de propietarios en la que se acuerde que el bien común pasará a ser una sección de dominio exclusivo más (desafectación), asignándole un porcentaje de participación sobre los bienes comunes e independizándose, para ello, deberá contar con un área de acceso. Dichas modificaciones deberán constar en el reglamento interno del régimen de propiedad exclusiva y propiedad común el cual se encuentra inscrito en la partida matriz de la edificación.

IV. CONCLUSIONES

La normativa aplicable al régimen de propiedad exclusiva y propiedad común ha establecido una presunción que considera a los aires un bien común, salvo que se exprese lo contrario en el reglamento interno. En ese sentido, para efectuar su transferencia se requiere el voto favorable de 2/3 del porcentaje de participación de los propietarios en el que se acuerde su desafectación y la correspondiente independización como unidad de uso exclusivo, como consecuencia, los aires tendrán un porcentaje de participación en los bienes comunes, debiendo constar todo ello en el reglamento interno.

V. BIBLIOGRAFÍA

ESPINOZA, Juan

2014 *Derecho de las Personas. Personas jurídicas y organizaciones de personas no inscritas*. Séptima Edición. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.

ESQUIVEL, Juan Carlos

2012 *Problemas inmobiliarios y administrativos derivados de la convivencia en edificios. Enfoque legal y jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica SA.

GARCÍA MONTUFAR, Guillermo y Fredy SILVA

2014 “Modificación del reglamento interno en edificaciones sujetas al régimen de propiedad exclusiva y propiedad común”. *Estudios críticos sobre el Código Civil. Análisis crítico y actual de sus bases dogmáticas y de su aplicación práctica*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., pp. 573-589.

GONZÁLES, Gunther

2009 “Análisis de Jurisprudencia Registral sobre Transferencia de Zonas Comunes”. *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, número 130, pp. 313-325.

MEJORADA, Martín

2015 “La transferencia de bienes comunes en el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común”. En CÁRDENAS, Luis y otros. *La nueva propiedad horizontal: problemas derivados del régimen inmobiliario de propiedad exclusiva y propiedad común*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., pp. 51-59.

MENDOZA, Gilberto

2017 “¿Aires o azotea?”. Enfoque Derecho, el Portal de Actualidad Jurídica de la Asociación Civil Themis. Lima. Consulta: 27 de octubre de 2017.

<http://www.enfoquederecho.com/2017/01/13/aires-o-azotea/>

MENDOZA, Gilberto

2017 “La autonomía privada y la regulación de bienes exclusivos y comunes en el Régimen de propiedad Horizontal”. Enfoque Derecho, el Portal de Actualidad Jurídica de la Asociación Civil Themis. Lima. Consulta: 18 de noviembre de 2017.

<http://www.enfoquederecho.com/2017/02/03/la-autonomia-privada-y-la-regulacion-de-bienes-exclusivos-y-comunes-en-el-regimen-de-propiedad-horizontal/>

OLAVARRÍA, María José

2015 “Algunas situaciones controvertidas en casos de propiedad exclusiva y propiedad común”. En CÁRDENAS, Luis y otros. *La nueva propiedad horizontal: problemas derivados del régimen inmobiliario de propiedad exclusiva y propiedad común*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., pp. 61-74.