

Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad de Derecho



**Independización de aires sobre aires: Análisis de la Resolución N° 200-
2020-SUNARP-TR-T**

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el Título de Abogada

Autora

Brenda Camila Clemente Inga

Revisor

Jorge Luis Gonzales Loli

Lima, 2021

Resumen

El presente trabajo versa respecto al análisis de las implicancias tanto jurídicas como prácticas del acuerdo adoptado en el Pleno CCXLIII, según el cual sí procedería la independización de aires sobre aires siempre que se hayan asignado porcentajes de participación para las secciones exclusivas futuras y se presente un plano de las áreas y su altura. Es preciso un análisis respecto al mencionado acuerdo, pero también en relación a un acuerdo adoptado en el Pleno CXLIX, según el cual, el Tribunal considera que, según la legislación peruana, aires y azotea son conceptos equivalentes.

En ese sentido, el análisis de las premisas anteriormente expuestas, se realizan en función a la Resolución N° 200-2020-SUNARP-TR-T, en donde lo que se solicita la inscripción de la independización de 3 secciones proyectadas sobre encima de la azotea que, a entender del Tribunal Registral, sería los aires de la edificación. Al finalizar el presente trabajo, se expondrá la situación jurídica incierta y la falta de garantías que genera la nueva figura registral instaurada a través del mencionado acuerdo de independización de aires sobre aires, ya que se estaría generando un nuevo bien sobre el cual se estaría con la posibilidad de ejercer derechos, situación que no encuentra asidero de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico.

Abstract

The purpose of the present paper is to analyze the significance of the legal and practical consequences of the agreement reached by the Pleno CCXLIII. By which it has been said that the independence of air above air is possible as long as the participation percentage has been assigned for future exclusive sections and a plan of the areas and their height has been presented. It is fundamental to analyze this agreement, but also in relation to the agreement adopted by the Pleno CXLIX, in which the Tribunal considers that aires and rooftops are equivalent concepts, in line with the Peruvian legislation.

In this line, the analysis of the previously mentioned premises is carried out according to the Resolución No. 200-2020-SUNARP-TR-T, the registration of the independence of three projected sections above the rooftop was asked. To the understanding of the Tribunal Registral, this would be the building's aires. By the end of this academic work, the uncertainty of the legal situation will be exposed along with the lack of guarantees generated by the new registry figure established by the Sala Plena through the agreement of independence of aires on aires. As this would be creating a new asset, over which one could exercise legal rights. This situation does not find a legal basis to stand on in our current legal system.

Palabras clave

Pleno CCXLIII – Aires de la edificación– Acuerdo plenario – Independización de aires sobre aires

Keywords

Pleno CCXLIII – Building's aires – The agreement – Independence of aires on aires

Agradecimientos

A Dios, por guiar mi camino.

A mis padres Ángel y María, mi abuelito Nico por todo su sacrificio.

A mi hermano Miguel Ángel, Giannina y mi sobrino Angel Mathías.

A mis angelitos en el cielo: mis abuelitas Carmen y Emilia, mi papito y tío Gerónimo.

A mi maestro y amigo Gilberto Mendoza del Maestro.

A Flavio Portugal, Giusse Solis e Indira Rodríguez.



ÍNDICE DE CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA RESOLUCIÓN.....	1
III. RELACIÓN DE HECHOS DE LA RESOLUCIÓN A ANALIZAR.....	3
III.1. ANTECEDENTES REGISTRALES.....	3
III.2. RELACIÓN DE LOS HECHOS.....	3
III.3. ROGATORIA.....	4
III.4. PRIMERA ESQUELA DE OBSERVACIÓN.....	4
III.5. SEGUNDA ESQUELA DE OBSERVACIÓN.....	6
III.6. PRESENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN.....	6
III.7. PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL REGISTRAL	8
IV. RELACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS.....	12
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.....	12
V.1. ALCANCES DOCTRINARIOS Y NORMATIVOS.....	12
V.1.1. Naturaleza jurídica de los aires como derecho a edificar y la azotea: ¿son figuras iguales?.....	13
V.1.1.1. Aires como derecho a edificar.....	13
V.1.1.2. Conceptualización de la azotea y su regulación.....	18
V.1.2. Sobre el régimen de la propiedad exclusiva y propiedad común aplicable a los edificios multifamiliares.....	21
V.1.2.1. Características del régimen de propiedad exclusiva y propiedad común.....	23
V.1.2.2. Diferencias con el régimen de independización y copropiedad...	28
V.1.3. Proceso de construcción de un edificio.....	29
V.1.3.1. Declaratoria de Fábrica.....	30
V.1.3.2. Reglamento Interno.....	33
V.1.3.3. Junta de Propietarios.....	36
V.1.4. Principales alcances de la independización.....	38
V.2. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES ADOPTADOS POR EL TRIBUNAL REGISTRAL	39
V.2.1. CXLIX PLENO REGISTRAL: Acuerdo Plenario sobre Aires.....	40
V.2.2. CCXLIII PLENO REGISTRAL: Acuerdo Plenario sobre Independización de aires sobre aires.....	41

V.3.ARGUMENTOS QUE SUSTENTAN LA POSICIÓN	43
V.3.1. ¿Aires y azotea deben ser términos equivalentes?.....	43
V.3.2. Independización de aires sobre aires.....	47
V.3.2.1. Independización de aires.....	47
V.3.2.2. Avance legislativo registral con las figuras de la predeclaratoria de fábrica, prereglamento interno y preindependización.....	48
V.3.2.3. Implicancias del Acuerdo Plenario sobre Independización de aires sobre aires.....	49
VI. CONCLUSIONES	51
VII.BIBLIOGRAFÍA	52



I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo realizar un análisis del principal problema identificado, el cual es respecto a la procedencia de la inscripción de aires sobre aires. Para ello, se realizará un relato de los hechos extraídos del caso para justificar la importancia de dicho problema jurídico, cuyo análisis será inicialmente abarcado desde alcances doctrinarios y normativos para luego hacer referencia a dos criterios adoptados por la Sala Plena del Tribunal Registral. Frente a lo cual, brindaremos los principales alcances e implicancias que traería en nuestro ordenamiento jurídico.

II. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN

Una de las principales razones por las cuales se analizará la presente resolución es la falta de regulación existente en nuestro ordenamiento jurídico respecto al concepto de aires y sus implicancias, tal como se presenta en el caso en análisis como la configuración de “aires sobre aires”.

Tenemos entonces que, el punto de partida es lo que nuestro Código Civil establece o menciona respecto a lo que implica el concepto de “aires” y, realizando una revisión en primer plano, encontramos que no existe mención alguna sobre dicha terminología.

De esta manera, lo que es posible encontrar en el marco normativo es la denominación de “sobresuelo” tanto en el artículo 885¹, perteneciente al Título I sobre Clases de Bienes; y, en los artículos 954 y 955 respecto a las extensiones de la propiedad.

Así, como bien lo menciona Antonio GUARNIZ (1996, 172) de acuerdo a lo señalado por Lucrecia Maisch en la exposición de motivos del Código Civil del artículo 954, asociar la concepción de aires a solo el derecho a construir² puede generar diversas confusiones en relación al otorgamiento de facultades o enajenación de los mismos para

¹ Artículo 885.- Son inmuebles:

- 1.- El suelo, el subsuelo y el sobresuelo.
- 2.- El mar, los lagos, los ríos, los manantiales, las corrientes de agua y las aguas vivas o estanciales.
- 3.- Las minas, canteras y depósitos de hidrocarburos.
- 4.- Las naves y embarcaciones.
- 5.- Los diques y muelles. (...)

lo cual es necesario que se analice dicho concepto en función de varios ejes temáticos tales como la servidumbre, el régimen de propiedad exclusiva y común, entre otros.

Además de ello, debe considerarse que pues, de acuerdo a lo que menciona Guarniz, en la oportunidad en la que fue legislado nuestro vigente Código Civil, doctrinariamente no se había analizado la relevancia que dicho concepto tendría en los últimos años, sobre todo los temas referidos a su enajenación y las implicancias que podrían derivar de ella como las que han sido consideradas en el párrafo anterior.

Asimismo, es importante considerar que, inicialmente en Lima, se está elaborando un Plan urbano denominado Plan MET Lima al 2040, en cuyo análisis físico espacial (INSTITUTO METROPOLITANO DE PLANIFICACIÓN, 2021) se ha logrado identificar que en Lima al 2040 se encuentra una proyección de contar con 67,652.36 Ha en área urbana, 42,157.07 Ha en área no urbanizable y con 151,481.57 Ha en área sin clasificación y, agregado a ello, se aproxima tener como población urbana 9'154,332 habitantes y con una densidad urbana de 135.31 habitantes por hectárea.

Lo anteriormente mencionado es necesario considerarlo ya que nuestra ciudad metropolitana ha ido creciendo no solo en cuanto extensión de las áreas urbanas, sino que también en cuanto a la cantidad de habitantes que albergaría, el cual no es un número poco considerable. Ello es importante debido al trasfondo principal, el cual encuentra fundamento en el derecho a una vivienda de calidad, que cuente con los servicios públicos mínimos y necesarios para lograr tener un nivel de vida que nos permita desarrollarnos plenamente.

Frente a ello, es evidente la vinculación con la realización de proyectos que busquen implementar una planificación metropolitana eficiente y así, alcanzar en un futuro no muy lejano, lograr aumentar la oferta de viviendas de buena calidad y satisfacer las necesidades de los ciudadanos en general, por lo menos iniciando por Lima.

Además, es importante añadir que, para lograr ese objetivo, el régimen de propiedad exclusiva y común representaría una gran oportunidad para facilitar esa expansión planificada ya que, como se pretenderá explicar en el presente trabajo, la ciudad ha ido creciendo de forma exponencial hacia los lados, sin considerar espacios abiertos, entre otros puntos importantes y, en el régimen de propiedad exclusiva y común puede brindarnos la oportunidad de crecer hacia arriba, hacia los aires.

Es por ello la importancia de abarcar y llevar este tema a discusión ya que, como se ha mencionado inicialmente, de una interpretación extensiva de la figura de sobresuelo se le brinda contenido a la figura de los aires, que es un tema importante de analizar en el presente trabajo ya que, como se verá, al finalizar el presente trabajo llegaremos a la conclusión del por qué si o por que no debería o no permitirse la independización de aires sobre aires asignándose porcentajes de participación, analizando en conjunto con ello la posible inseguridad jurídica que arguye el Tribunal al momento de determinar acceder a la inscripción.

III. SOBRE LA RESOLUCIÓN DE TRIBUNAL REGISTRAL A ANALIZAR

III.1. ANTECEDENTES REGISTRALES DEL CASO

Las partidas registrales directamente vinculadas al título bajo análisis son las n.º611714360 (matriz), 11945121 y 11945122 del Registro de Predios de Lima.

En el presente caso, nos encontramos frente a una edificación de dos pisos y una azotea ubicada en el último piso, dicha edificación se encuentra sujeta al régimen de propiedad exclusiva y común, en tanto que cada piso se encuentra independizado y cada uno tiene un titular diferente.

III.2. RELACIÓN DE HECHOS RELEVANTES DEL CASO

Con la finalidad de presentar los hechos de forma gráfica, a continuación, se presenta una línea de tiempo que facilitará la comprensión de los hechos que involucran el caso:



III.3. Rogatoria

El día 16 de agosto del 2019, solicitan la inscripción y modificación de independización y de reglamento interno del predio matriz inscrito con P.E. N° 11714360, presentando los siguientes documentos:

- Convocatoria a asamblea general extraordinaria de propietarios suscrita por el recurrente.
- Copia certificada del acta de junta de propietarios del 19.5.2019 por la notaria de Lima Mercedes Cabrera Zaldívar el 15.8.2019.
- Formulario registral n.º 2 — Ley 27157 suscrito por Crisbeth Cary Cervantes, Neil Remy Córdova Cruz, Juan José Salazar Delgado (en representación de Carlos Antonio Salazar Delgado y Emilia Agustina Bardales Aliaga) y el Arq. Annibal Ramírez Saldaña, con sus firmas certificadas por la notaria de Lima Mercedes Cabrera Zaldívar el 13.8.2019.
- Parte notarial de la escritura pública n.º 900 del 31.7.2019 extendida por el notario de Lima Jesús Edgardo Vega Vega.
- Certificado de parámetros urbanísticos y edificatorios n.º 0729-2018- SGOP-GDU/MDSMP del 23.7.2018 otorgado por la Municipalidad Distrital de San Martín de Porres.
- Informe técnico de verificación suscrito por el Arq. Annibal Ramírez Saldaña, con su firma certificada por la notaria de Lima Mercedes Cabrera Zaldívar el 13.8.2019.
- Planos de ubicación-localización, distribución e independización suscritos por el Arq. Annibal Ramírez Saldaña, con su firma certificada por la notaria de Lima Mercedes Cabrera Zaldívar el 13.8.2019.

III.4. Primera Esquela de Observación

Fue emitida el 18 de setiembre de 2019 en donde se establece lo siguiente respecto al acta de junta de propietarios del 19 de mayo de 2019:

1. Sobre la nueva sección 3 (segundo piso) se advierte que su área ocupada comprende el pozo de luz N° 1 conforme la independización inscrita; sin embargo, **de los acuerdos no hay constancia de la desafectación de dicha zona común** para convertirse en zona exclusiva ni tampoco que haya sido materia de adjudicación.

2. Se procede a desafectar las áreas comunes del piso 3, 4, 5 y azotea, conformando las nuevas secciones 4, 5, 6 y 7, sobre ello **NO PROCEDE la independización de las secciones 5, 6 y 7 ya que constituyen aires sobre aires, SOLO PROCEDERÍA la independización de la sección 4 por ser el piso inmediato superior al último nivel construido.** Criterio establecido la resolución N° 1551-2011-SUNARP-TR.
3. Sobre la desafectación de los aires de la sección 4 **no se describe en la sesión de junta el área materia de desafectación ya que no comprende todo el nivel debido a que existen áreas comunes, dicha descripción no consta tampoco en la escritura pública** de adjudicación del 31/07/2019.
4. Del plano de independización se advierte que la denominación de la zona común inscrita como pozo de luz N° 2 ha sido cambiada a Ducto N° 1, lo cual no ha sido descrito en el acta.
5. Se ha adjuntado por documento privado el reglamento interno y memoria descriptiva con firmas certificadas, pero no se pueden calificar porque el contenido **no ha sido aprobado previamente por la sesión de junta del 19/05/2019 ni por la EP del 31/07/2019**, dado que se trataría de una modificación del reglamento interno y no de uno nuevo. Debe subsanarse para calificar.
6. De la Escritura Pública de adjudicación se visualiza que la cláusula segunda sobre el objeto del contrato no se consta la adjudicación de las zonas comunes desafectadas: zona común 1 (2.62m2 primer piso) y zona común 1 (16.62m2 segundo piso).

Posteriormente a ello, con el reingreso de fecha **8 de noviembre de 2019** se adjuntaron los siguientes documentos:

- Anexo n.º 4— Ley 27157 suscrito por el Arq. Annibal Ramírez Saldaña.
- Cuatro convocatorias a asamblea general extraordinaria de propietarios suscrita por el recurrente.

- Copia certificada de la **reapertura de acta de junta de propietarios del 19.10.2019** por la notaria de Lima Mercedes Cabrera Zaldívar el 6.11.2019.
- Parte notarial de la **escritura pública aclaratoria n.º 1398 del 7.11.2019** extendida por el notario de Lima Jesús Edgardo Vega Vega.

III.5. Segunda Esquela de Observación

Fue emitida el día **12 de noviembre de 2019**, indicando lo siguiente:

1. De la revisión del Módulo de Notarios de la SUNARP no se ha verificado que haya habido autorización del presentante para la presentación de la copia certificada de reapertura del acta de JP del 19.10.2019.
2. Persiste la observación anterior ya que las áreas que constituyen “aires sobre aires” se **está solicitando su independización de las unidades sección 5, 6 y 7, lo cual no sería procedente. No resulta aplicable la resolución citada en el reingreso del tribunal registral 751-2019** sobre reserva de aires ya que no implica independización alguna. Que, en su **caso deberá reformular la solicitud incorporando en el reglamento interno -la el/instila reserva de aires.**
3. Sobre el punto 3 de la observación anterior, se reitera que la desafectación de los aires de la sección 4 (ahora 3er piso) no comprende todo el nivel ya que también comprenden zonas comunes, por lo **que deberá acordar mediante junta el área que se desafecta**, lo cual no consta en el acta de reapertura del 19.10.19.
4. Subsiste el punto 5 porque en la reapertura del 19.10.19 no se ha incorporado el contenido del reglamento interno y memoria descriptiva.
5. Se pide aclarar el contenido de la cláusula segunda de la EP de adjudicación referida al objeto del contrato, lo cual fue hecho incluyendo la cláusula 1.4, lo cual genera confusión.

III.6. Presentación de Recurso de Apelación

El recurso de apelación fue presentado con fecha **18 de noviembre de 2019** bajo los siguientes argumentos:

1. Sobre la primera observación, la notaria Mercedes Cabrera si realizó la acreditación del Sr. Juan José Salazar para la presentación de la copia certificada del libro de actas de junta de propietarios.
2. Sobre la segunda observación, de acuerdo al criterio de la Resolución N° 751-2019-SUNARP-TR-L, los aires constituyen el derecho que se le concede a la persona para sobreelevar pisos adicionales, por lo que si resultaría procedente la inscripción de la cláusula de reserva de aires sobre aires. Esto quiere decir, dividir aires en secciones o espacios superpuestos a otros, lo cual concuerda con el 954 del Código Civil (extensión del derecho de propiedad).

Debe considerarse lo establecido en el inciso h del art. 40 de la Ley 27517; el numeral 5.7 de la Directiva N° 009-2008-SUNARP/SN; y, el art. 135 del DS N° 035-2006-VIVIENDA.

De lo cual puede entenderse que si se puede reservar los aires (con o sin independización) por el constructor, lo cual debe constar en el reglamento interno inscrito.

3. Sobre la tercera observación, se debe considera el cuadro inserto en el acta de reapertura del 19.10.2019 y en la EP aclaratoria del 7.11.19, es decir, como resultado de la modificación de fábrica, modificación de la independización y reglamento interno, se deberá realizar la desafectación de área común y la adjudicación de zonas de dominio exclusivo. Entonces se precisa que el área ocupada a desafectar es de 137.04 m² que correspondería a la proyección de aires (las nuevas unidades 4, 5, 6 y 7).
4. Sobre la cuarta observación, fue un error material y los asistentes del 19.10.2019 ratificaron y manifestaron que tienen completo conocimiento del contenido el reglamento interno y de la memoria descriptiva.
5. Sobre la quinta observación, la ampliación de una nueva cláusula corresponde a la 2.4 de la EP del 31.07.2019.

III.7. PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL REGISTRAL

De todo lo expuesto, el Tribunal realiza el análisis de los **puntos controvertidos** que considera existen en el caso, siendo éstos los siguientes:

3.7.1. Si debe incorporarse en el módulo de notarios el presente título

El Registrador da cuenta que la notaria Mercedes Cabrera no ha consignado los nombres completos ni documento de identidad de quien presenta el título en el módulo Sistema Notario, respecto de la copia certificada del acta de reapertura del 19.10.2019.

La presentación de esos documentos con intervención del notario se encuentra regulado en el Decreto Legislativo N° 1049, modificado por Decreto Legislativo N° 1232 en donde, en su séptima disposición complementaria transitoria final se establece que, para la presentación excepcional de copias certificadas al registro por persona distinta del notario y sus dependientes, se requiere autorización expresa por el notario, la cual debe constar tanto en la copia certificada como en el módulo Sistema Notario que aquel administra.

Del caso se da cuenta que la notaria si consigno en la copia certificada del acta de reapertura 19.10.2019 los nombres completos y D.N.I. del señor Juan Jose Salazar, pero se verificó que no ha incorporado en el módulo los datos del presentante de aquella acta. Solo constan registradas en dicho sistema al que tienen acceso ellos, las actas de junta de fecha 14.04.2019 y del 19.05.2019 y otro que no registra referencia solo fecha 07.11.2019.

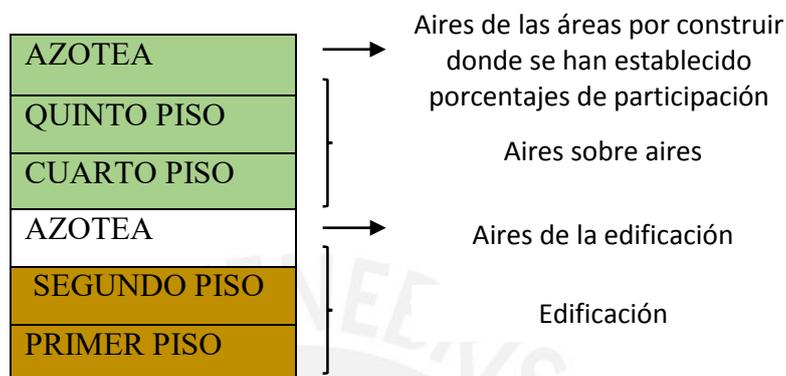
Entonces no cumpliéndose con incorporar en el módulo de notarios al presentante del título sobre la copia certificada del acta de reapertura 19.10.2019 o alguna referencia del acta, se CONFIRMA la primera observación.

3.7.2. Si procede la independización de aires sobre aires como secciones exclusivas (esclarecer que es pronunciamiento del TR)

El registrador se apoya en la Resolución 1551-2011-SUNARP-TR-L (en adelante, la “Resolución 1551-2011”) para señalar que no procede la independización de aires sobre aires de las secciones 5, 6 y 7, siendo solo procedente la independización sobre la sección 4 por ser piso inmediato. Por otro lado, el apelante se apoya en la Resolución 751-2019-SUNARP-TR-L (en adelante, la “Resolución 751-2019”),

indicando que sí resulta procedente la inscripción de la cláusula de reserva de aires sobre aires, con o sin independización.

Para un mejor entendimiento, la Sala reproduce en planos gráficos el bien inmueble, concluyendo que el mismo se compone de dos pisos y una azotea, entendiéndose ello de la siguiente manera:



LEYENDA	
	POR CONSTRUIR (AIRES SOBRE AIRES)
	ÁREA CONSTRUIDA

Esta azotea sería el tercer piso, es decir, los aires de la edificación compuesta por dos pisos. Asimismo, se tiene que se ha proyectado la construcción de los pisos 4 y 5 añadiendo una azotea (6to piso), las cuales se denomina como secciones 5, 6 y 7, siendo objeto de reserva e independización y sobre las cuales ya se ha determinado los porcentajes de participación.

El Tribunal concluye que en cuanto a la Resolución 1551-2011, de los documentos adjuntos al título se observa la existencia de aires reservados sin independización y sin porcentajes de participación y que, además, lo que se pretendió en ese caso fue reservar los aires que están sobre la azotea para dos departamentos, es decir, una reserva de aires sobre aires, en cuyo caso se concluyó que la reserva de aires sobre aires no puede ser materia de reserva.

En ese sentido, el Tribunal analiza y da cuenta que la mención por parte del Registrador de la Resolución 1551-2011 no es relevante ni mucho menos aplicable al presente caso ya que **en este caso se está haciendo una solicitud de reserva de aires sobre aires con independización y con porcentajes de participación**; sin embargo, **en el caso que amerita la Resolución 1551-2011, se está frente a un caso de**

reserva de aires sobre aires sí, pero sin independización ni asignación de porcentajes de participación.

En cuanto a la Resolución 751-2019, en dicho caso lo que se estaba solicitando era la inscripción de aires sobre aires que también, al igual que el caso anterior, la reserva solicitada es sin independización y sin porcentajes de participación; sin embargo, en ese caso se procedió con la inscripción, pero respecto de la cláusula de reserva de aires sobre aires.

De igual manera que en la Resolución 1551-2011, el Tribunal se percató que en el caso de la Resolución 751-2019 se está frente a un supuesto distinto al del caso materia de evaluación ya que, de la misma forma, se trata de una reserva de aires, pero sin independización y sin porcentajes de participación asignados como si lo es en el caso en concreto.

Entonces, luego de un análisis en conjunto tanto de las normas técnicas como de las reglamentarias aplicables al régimen de aires y a la posibilidad de su inscripción en el Registro de Predios, el Tribunal concluye en el presente caso que la sección 4, es decir, el tercer piso que se tiene como azotea, constituye un área libre, sin edificación, razón por la cual en el plano de independización consta proyectada su futura construcción.

Lo último mencionado, habilita al titular de dicha sección para que pueda edificar en la azotea, es decir, en el tercer piso denominado sección 4, siempre que los parámetros urbanísticos aplicables a dicha zona se lo permitan. Sin embargo, el Tribunal considera que **en tanto no se efectúe tal ampliación de edificación será siempre nada, un vacío que se extiende desde el plano exterior del techo del cuarto piso ad infinitum.**

Siendo ello así, para el Tribunal, ese vacío en la medida que no tiene contenido físico, no es factible de ser dividido en planos superpuestos, como se pretende en el caso con la solicitud de las independizaciones de las secciones 5 (piso 4), 6 (piso 5) y 7 (piso 6 o azotea, principalmente porque no existe un elemento objetivo, real, físico, concreto, que pueda delimitar el vacío existente en planos horizontales y, además, que a nivel normativo se exige que el régimen de secciones superpuestas unas a otras, se fundamente siempre en una edificación cierta, existente, actual.

Por todo ello, **para el Tribunal constituye un prerequisite o condición la existencia de una fabricación y su correspondiente inscripción de declaratoria de fábrica, para poder independizarla**, es decir, dividirla, en secciones de propiedad exclusiva y común superpuestas en planos horizontales, a excepción del último nivel.

El Tribunal basa su argumentación en que si se toleraría dicho supuesto sin considerar esas condiciones se estaría vaciando de contenido lo regulado en el artículo 83 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, lo cual conduciría a un extremo absurdo de tener que acceder a la inscripción de regímenes de propiedad exclusiva y propiedad común sin que previamente exista inscrita declaración de fábrica alguna o proyecto de edificación aprobado por autoridad municipal competente anotado preventivamente a nivel de predeclaratoria de fábrica, lo cual constituiría un despropósito que, a juicio del Tribunal, vulneraría la seguridad jurídica.

Además, para el Tribunal, de acuerdo a lo establecido por la Directiva 009-2008-SUNARP/SN, la inscripción de las unidades de propiedad exclusiva se extiende al área techada y al espacio vacío que corresponda a la planta que encuentre, por lo que no podría aceptarse como área integrante o reservada del predio al espacio vacío superior y mucho menos que se pretenda su independización.

Por último, el Tribunal considera necesario dejar constancia que el caso analizado no se trata de una cláusula de reserva de aires sobre aires, sino de una independización de aires sobre aires, ello a pesar de que en la cláusula de reservas de aires sobre aires (se entiende que sin independización) podría en un futuro independizarse; sin embargo, como se ha expuesto anteriormente, el criterio del Tribunal e que para que ello ocurra es necesario que previamente exista o se amplíe la edificación y su correspondiente inscripción de declaratoria de fábrica.

Por lo tanto, el Tribunal concluye que no puede admitirse que las secciones 5, 6 y 7 ubicadas en los pisos 4, 5 y 6 proyectados puedan independizarse ya que ello implicaría independizar aires sobre aires, CONFIRMANDO dicha observación.

3.7.3. Si en la Reapertura Acta de Junta de Propietarios del 19.10.2019 consta el acuerdo de desafectación de los aires de la sección 4

En su oportunidad el Registrador observó que en la Reapertura Acta de Junta de Propietarios del 19.10.2019 no consta el acuerdo de desafectación de los aires de la sección 4 ya que esta no comprende todo el nivel (piso 3). Por otro lado, el recurrente que se debe considerar el cuadro anexo a dicha reapertura del acta y a la escritura pública aclaratoria a fin de que proceda la desafectación.

Respecto a este punto el Tribunal, al constatar lo señalado por el recurrente decide REVOCAR el numeral 3 de la denegatoria de la inscripción solicitada.

3.7.4. Si el reglamento interno y memoria descriptiva han sido ratificados por junta en la reapertura del 19.10.2019

Respecto a este punto para el Tribunal fue sencillo verificar que la ratificación consta en la cláusula 2.1. de la escritura pública aclaratoria de fecha 07.11.2019, razón por la cual considera que con dicha ratificación la junta de propietario tiene conocimiento expreso del contenido tanto del reglamento interno como de la memoria descriptiva, por tanto, el Tribunal REVOCA el numeral 4 de la denegatoria de inscripción.

3.7.5. Si corresponde que la cláusula segunda la escritura aclaratoria sea aclarada

Sobre este punto, para el Tribunal también fue sencillo interpretar que la numeración de la cláusula señalada como 1.4 dentro de la cláusula segunda de la escritura pública aclaratoria, cuyo contenido corresponde a una ampliación del objeto del contrato. Por lo demás, constituye claramente un error material que no invalida el contenido de la referida cláusula 2.4.

Por tanto, no existe ninguna confusión que merezca aclaración alguna, razón por la cual el Tribunal REVOCA el numeral 5 de la denegatoria de inscripción.

IV. RELACIÓN DE PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS

Como ya ha sido expuesto, de los hechos el principal problema jurídico es analizar si es posible que se efectúe la inscripción de los aires sobre aires, sin embargo, para ello, es preciso también analizar como problema jurídico previo, si los aires y la azotea tienen el mismo contenido jurídico de acuerdo con nuestra legislación.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

V.I. ALCANCES DOCTRINARIOS Y NORMATIVOS

De acuerdo a lo desarrollado en los hechos del caso, podemos identificar como problema principal, realizar un análisis de la regulación del supuesto de independización de aires sobre aires en las normas de carácter registral, así como también, es necesario analizar las implicancias de la inscripción de dicha figura. Asimismo, consideramos que, para poder analizar el problema principal, es necesario que, previamente se realice un análisis de la figura de los aires y, sobre todo, de los “aires sobre aires”.

En ese sentido, habiendo identificado dichos problemas, consideramos necesario que, con la finalidad de realizar un análisis adecuado de los mismos, es necesario que previamente se describa y desarrolle alcances normativos y doctrinarios respecto a algunas instituciones jurídicas relevantes, para que, posteriormente se haga mención a algunos criterios adoptados por el Tribunal Registral sobre los mismos.

5.1.1. Naturaleza jurídica de los aires como derecho a edificar y la azotea: ¿son figuras iguales?

De una revisión preliminar de los preceptos normativos contenidos en nuestro Código Civil para verificar si se regula la figura de aires o azotea bajo esos términos, puede evidenciarse lo mencionado inicialmente, esto es, la falta de regulación de estas instituciones jurídicas en principio en nuestro Código Civil.

5.1.1.1. Los aires entendidos como derecho a edificar

Por un lado, independientemente de lo anteriormente señalado, tratando de poder entender los términos usados por el legislador al momento de elaborar el contenido del referido cuerpo normativo, podemos identificar lo establecido en los artículos 885, 954 y 955 como una aproximación a las figuras de las que buscamos hacer un desarrollo, veamos:

“Artículo 885.- Son inmuebles:

1.- El suelo, el subsuelo y el sobresuelo.

(...)”

“Artículo 954.- 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. La propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales.”

“Artículo 955.- El subsuelo o el sobresuelo pueden pertenecer, total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo.”

De la revisión conjunta de los artículos antes expuestos podemos identificar que se hace referencia a la denominación del término “sobresuelo”, por lo que puede interpretarse que se está haciendo alusión a la denominación de “aires”.

De acuerdo a Raúl Rivera Bustamante, en el artículo 954 podemos observar la influencia de la corriente romanista en nuestro sistema jurídico, ya que, para ellos la propiedad se encontraba reflejada en un concepto de tradicional verticalidad, es decir, el dueño del suelo era a su vez dueño ilimitado del sobresuelo y subsuelo, lo cual tiene fundamento en la frase antigua “usque ad coelum el usque ad íferos” que significa en su traducción literal “desde el cielo hasta el infierno”³.

En ese sentido, de acuerdo a lo referido por el mismo autor, dentro de la denominada teoría o escuela romanista, se entendía que existía un dominio ilimitado de los aires y del subsuelo, cuya premisa ha ido evolucionando pasando a surgir un contenido social del dominio, el cual sin desconocer la propiedad, la limita y la hace coherente con el interés de la comunidad⁴.

Por su parte, la Sociedad Peruana de Bienes Raíces realizan la siguiente aproximación de la figura del sobresuelo haciendo una interpretación de los artículos 954 y 955, definiendo como “aires” al “sobresuelo”, el cual consistiría en la propiedad del espacio aéreo que se proyecta a partir de la propiedad del suelo, reconociendo la facultad que tiene el propietario de construir edificaciones hasta los límites máximos que la legislación lo permita, así como también la posibilidad de que, en función a dicho reconocimiento de facultades, el propietario pueda también solicitar la demolición de las obras de quien invada sus aires, esto es, el vecino⁵.

³ RIVERA, Raúl. Código Civil Comentado. En Gaceta Jurídica, pag. 326.

⁴ RIVERA, Raúl. Código Civil Comentado. En Gaceta Jurídica, pag. 327.

⁵ Artículo en blog. Sociedad Peruana de Bienes Raíces 17 de diciembre de 2020.

<https://bienessaicess.com/blogs/conoce-los-3-elementos-de-la-propiedad-predial/#:~:text=El%20ordenamiento%20jur%C3%ADdico%20establece%20que,distinto%20del%20due%C3%B1o%20del%20suelo.>

Cabe resaltar que, de acuerdo a lo señalado por el artículo 885, el sobresuelo tiene la calidad de bien inmueble al igual que el suelo y el subsuelo y, además, se reconoce a través del artículo 954 que quien es propietario del suelo, puede serlo también tanto del sobresuelo como del subsuelo; sin embargo, en el artículo 955 se establece que también es posible que haya un propietario distinto tanto en el caso del sobresuelo como del suelo.

Además, por otro lado, Raúl Rivera Bustamante también realiza una importante diferenciación entre el aire y el espacio aéreo. Entonces, de acuerdo a sus comentarios, en primer lugar, el define al término aire per sé como un elemento un elemento gaseoso, móvil, renovable y, por tanto, tiene un carácter inapropiable, lo que, según él, los romanos denominaban como res comunes onmium, es decir, que las personas podían usarlo libremente⁶.

Asimismo, continúa Raúl Rivera Bustamante mencionando que, en segundo lugar, el espacio aéreo en cambio se constituye la prolongación vertical hacia la atmósfera de la porción del suelo o superficie correspondiente de una edificación. En ese sentido, dicha prolongación se realiza dentro de los planos verticales del perímetro superficial y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho, de acuerdo a lo mencionado líneas atrás sobre el contenido social de la propiedad y su limitación de acuerdo al interés de la comunidad⁷.

Respecto a esto último, respecto al interés de la comunidad y la limitación que tiene la propiedad sobre el sobresuelo, consideramos importante mencionar un ejemplo de Saúl José Coca Guzmán, que puede graficar dicho límite (COCA 2020):

Supongamos la existencia de una propiedad cualquiera, cercana a un aeródromo. Al propietario le interesa construir una torre, en función de la actividad industrial que realiza en la superficie. Pero por otra parte no puede prohibir ni impedir el vuelo de los aviones por encima de su suelo, ni su despegue y aterrizaje. Surge entonces un conflicto de intereses opuestos: el del propietario y el de la comunidad, para la cual el transporte aéreo es fundamental⁸.

⁶ RIVERA, Raúl. Código Civil Comentado. En Gaceta Jurídica, pag. 327.

⁷ RIVERA, Raúl. Código Civil Comentado. En Gaceta Jurídica, pag. 328.

⁸ COCA, Saúl 2020 Extensión de la propiedad: subsuelo, sobresuelo y espacio aéreo (artículo 954 del Código Civil.

<https://lpderecho.pe/extension-propiedad-subsuelo-sobresuelo-espacio-aereo/>

Cabe mención aquí, respecto al carácter no absoluto que tienen los derechos reconocidos constitucionalmente, como es el caso de la propiedad, la cual también se encuentra sujeta a los límites interpuestos por las leyes vigentes, tales como en el ejemplo expuesto, la Ley N° 24882, Ley de Aeronáutica Civil, la cual en su artículo 13 establece que nadie podrá oponerse al vuelo de una aeronave en razón de su derecho de propiedad, también deben responder a los límites de los parámetros urbanísticos establecidos y aplicables en cada distrito, la expropiación, la zonificación, entre otros.

De acuerdo a lo señalado por los autores mencionados, podríamos concluir inicialmente que en tanto que nuestro Código Civil no ha establecido una regulación literal sobre el término de aires entendiéndolo como el espacio aéreo, ello no implica que no se encuentra regulado ya que la mención al “sobresuelo” debería entenderse como al espacio aéreo, de acuerdo a varias fuentes doctrinarias.

Aunado a ello, es importante mencionar que, en lo que respecta al espacio aéreo se ha hecho referencia a la facultad del propietario de extender verticalmente su propiedad hacia los aires, lo cual entendemos también que se estaría refiriendo al derecho a sobreelevar, el cual es posible de deducir del contenido del artículo 954.

Al respecto, Raúl Rivera Bustamante, menciona el propietario del suelo puede hacer ejercicio de su atributo de goce, en razón del cual tiene el derecho de edificar o sobreelevar una edificación sobre el suelo del que es propietario, cuyo origen es inherente a su sola condición de propietario del suelo⁹.

Además, es necesario recalcar, de acuerdo a Ramón Mil Roca Sastre y Luis Roca Sastre Muncunill citados por Raúl Rivera Bustamante, la utilidad práctica y la principal razón de la importancia que tiene la figura del sobresuelo o de los aires, lo cual se debe al constante crecimiento de la población en las ciudades generando así la necesidad imponente de buscar el máximo provecho del área superior de los suelos, es decir, los aires, siempre dentro de los límites mencionados anteriormente¹⁰.

Por otro lado, de la revisión de la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 340-2008-SUNARP-SN, el cual aprueba la Directiva N° 009-2008-SUNARP/SN, sobre el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común (en

⁹ RIVERA, Raúl. Código Civil Comentado. En Gaceta Jurídica, pag. 328.

¹⁰ RIVERA, Raúl. Código Civil Comentado. En Gaceta Jurídica, pag. 328.

adelante, la “**Directiva N° 009-2008**”), podemos constatar lo postulado en las anteriores líneas, ya que, dentro de las consideraciones del superintendente, en el numeral 4 respecto al “Caso específico de los aires”, señala lo siguiente:

“El término “aires” alude a la facultad que se concede a una persona a fin de sobreelevar una edificación, es decir, construir plantas adicionales a las ya existentes. Esta figura se conoce también en doctrina como derecho de vuelo o levante, y se encuentra regulado -por ejemplo- en el artículo 16-2 del Reglamento Hipotecario Español, cuya doctrina ha ido perfilando los contornos jurídicos de la institución.”

No obstante ello, en su artículo 5.5, 5.6 y 5.7 se regula tanto la inscripción de los aires, su transferencia y, sobre todo, su condición jurídica, estableciendo lo siguiente:

“5.5. INSCRIPCIÓN DE LOS AIRES. -

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

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

“5.6. TRANSFERENCIA DE AIRES.-

La venta o cualquier acto de transferencia de aires de la unidad superior se inscriben siempre que se constituya reglamento interno y se adjunten planos de independización y memoria descriptiva autorizada por ingeniero o arquitecto colegiado.”

“5.7. CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS AIRES.-

De conformidad con el artículo 40, inciso h), de la ley 27157 los aires se reputan zonas comunes, salvo que en los títulos de propiedad de las secciones aparezcan cláusulas en contrario por las cuales se les atribuya la condición de sección de propiedad exclusiva.

Para efectos registrales la cláusula en contrario consta en el reglamento interno, o en una modificación posterior en el que se apruebe el acto de reconocimiento de la propiedad preexistente de los aires, y que había sido omitida en la declaración inicial del reglamento interno. Para ello se requiere la votación favorable de 2/3 del porcentaje de participación de los propietarios.

Si el reglamento interno atribuye expresamente la condición de zona común a los aires será aplicable el artículo 135 del Decreto Supremo N° 035-2006-VIVIENDA, salvo que el reconocimiento de la propiedad preexistente se realice por unanimidad de los propietarios.”

De la citada norma, es posible denotar del contenido del artículo 5.7 de la Directiva N° 009-2008, el superintendente relaciona la figura de los aires con la de la azotea a la que se hace referencia en el inciso h del artículo 40 de la Ley N° 27157; lo cual podría parecer contrario a lo arribado en los párrafos anteriores, en donde entendimos a los aires como la facultad de edificar sobre el suelo del que se es propietario, en principio, o en caso de tener un derecho de edificación sobre el mismo distinto a la propiedad del suelo.

Por último cabe mencionar que, de acuerdo a lo señalado también por una parte de la doctrina, asemejar el concepto de aires como la facultad que se tiene en virtud del derecho de propiedad que habilita a su titular a construir sobre el suelo, y que, de acuerdo a Gilberto Mendoza, no podría compartirse ese enfoque ya que se confunde el concepto del bien con las facultades que sobre él se tienen¹¹, considerando que quien adquiere un terreno, el objeto del acto jurídico que se celebra es sobre éste y la facultad de edificar será sobre el mismo.

5.1.1.2. El concepto de azotea

Ahora bien, habiendo desarrollado en el apartado anterior, la naturaleza jurídica de los aires entendidos estos como la facultad que tiene el propietario del suelo de sobreelevar una edificación sobre el mismo, considerando también algunas salvedades, es necesario desarrollar en el presente apartado algunos alcances sobre

¹¹ MENDOZA, Gilberto (2017). ¿Aires o azotea? En Enfoque Derecho, THEMIS. <https://www.enfoquederecho.com/2017/01/13/aires-o-azotea/>

la regulación de la azotea para que, al finalizar este primer punto podamos llegar a la conclusión de si son o no figuras jurídicas similares.

De acuerdo a lo señalado en el apartado anterior, si bien existe un derecho a edificar varios pisos sobre el suelo hacia los aires, implica también la posibilidad de construir un edificio que puede ser entendido como una vivienda multifamiliar, cuyo régimen legal aplicable sería la Ley N° 27157, Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común (en adelante, “Ley N° 27157”), ello de acuerdo a lo señalado en su artículo 1¹², en donde se hace referencia a las unidades inmobiliarias en las que coexisten bienes de propiedad exclusiva y de propiedad común, tales como el caso de los departamentos en edificios, quintas, casas en copropiedad, entre otros.

Entonces, realizando la revisión de dicho cuerpo normativo, solo es posible encontrar una referencia respecto al término azotea, en el inciso h del artículo 40, en donde se establece un listado de los bienes que pueden ser considerados de propiedad común, veamos:

“Artículo 40.- De los bienes de propiedad común

Los bienes de propiedad común pueden ser, según sea el caso:

(...)

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

(...)”

En ese sentido, de lo establecido en dicho artículo, puede entenderse que, en principio, las azoteas pueden ser bienes de propiedad común, ya que en caso existan

¹² Artículo 1.- Del objeto de la Ley

La presente Ley establece los procedimientos para el saneamiento de la titulación y de unidades inmobiliarias en las que coexisten bienes de propiedad exclusiva y de propiedad común, tales como departamentos en edificios, quintas, casas en copropiedad, centros y galerías comerciales o campos feriales, otras unidades inmobiliarias con bienes comunes y construcciones de inmuebles de propiedad exclusiva, así como el procedimiento para la tramitación de la declaratoria de fábrica y el régimen legal de las unidades inmobiliarias que comprenden bienes de propiedad exclusiva y de propiedad común.

títulos de propiedad de las secciones que conforman el edificio aparezcan cláusulas que figuren dentro del Reglamento Interno que establezcan lo contrario.

En seguida, correspondería realizar la revisión del Decreto Supremo N° 035-2006-VIVIENDA, el cual contiene el Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley 27157 (en adelante, el “TUO del Reglamento de la Ley N° 27157”), al cual haremos referencia más adelante; sin embargo, habiéndolo hecho no se ha podido encontrar referencia alguna a ello, ya que, en la mayoría del texto de dicho reglamento se hace mayor desarrollo a los procedimientos de regularización de los diferentes regímenes de propiedad.

Además, corresponde también hacer revisión de la Directiva N° 009-2008, pero como ya lo hemos mencionado en la última parte del apartado anterior, el superintendente asemeja en la presente directiva las figuras de aires y de azotea, lo cual verificaremos si es así en la realidad.

Asimismo, es necesario realizar la revisión de lo establecido en el Decreto Supremo N° 011-2006-VIVIENDA, el cual aprueba el Reglamento Nacional de Edificaciones, específicamente es importante revisar la Norma G.040, en donde se establecen las definiciones ya que, en dicho cuerpo normativo, sí hemos encontrado una definición de azotea, veamos:

“(…)

Azotea: Es el nivel accesible encima del techo del último nivel techado. La azotea puede ser libre o tener construcciones de acuerdo con lo que establecen los planes urbanos.

(…)”

No obstante ello, a inicios del presente año 2021, mediante Resolución Ministerial 029-2021-VIVIENDA, se modificó la definición anteriormente citada de la Norma G.040 del Reglamento Nacional de Edificaciones, de la siguiente manera:

Azotea: Nivel habitable sobre el techo del último piso de una edificación, ***de uso privado, común o mixto***, para el desarrollo de las actividades recreativas y complementarias, al cual se puede acceder por la escalera principal o por escalera interna desde la última unidad inmobiliaria del edificio, según corresponda. Puede contar con un área techada de hasta el 50% de su área ocupada, mientras que el

área libre puede tener coberturas ligeras, con materiales transparentes y/o traslucidos.

En ese sentido, si bien podemos haber arribado en conceptos distintos en cuanto a la regulación técnica y normativa de ambas figuras, en el ámbito jurisprudencial registral se ha adoptado la posición de asemejar ambas figuras en el ámbito del régimen de propiedad exclusiva y común, lo cual mencionaremos con mayor desarrollo en el apartado referido a los criterios adoptados por el Tribunal Registral sobre aires y azotea.

5.1.2. Sobre el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común aplicable a los edificios multifamiliares

Como ya ha sido mencionado, la Ley N° 27157 regula el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, estableciendo cuales son los supuestos sobre los cuales es posible optar por dicho régimen de propiedad.

De la lectura de algunos artículos tanto de la Ley N° 27157, como del TUO del Reglamento de la Ley N° 27157, de acuerdo a lo señalado por Jorge Avendaño y Francisco Avendaño, puede verificarse que efectivamente en el caso de los edificios optar por el régimen de propiedad exclusiva y común es de carácter obligatorio¹³, como observaremos en las líneas siguientes.

En primer lugar, encontramos que en el artículo 38 de la Ley N° 27157, se reconoce la posibilidad que manejan los propietarios en general para elegir entre el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común o el de independización y copropiedad.

No obstante ello, en el artículo 37 del mismo cuerpo normativo, se menciona lo siguiente:

“Artículo 37.- De la definición

Los edificios de departamentos; quintas; casas en copropiedad; centros y galerías comerciales o campos feriales; y otras **unidades inmobiliarias con bienes comunes, cuando pertenezcan a propietarios distintos, están sujetos al régimen al que se refiere el presente Título.**” (el resaltado es nuestro)

¹³ AVENDAÑO, Jorge y AVENDAÑO, Francisco (2017). Derechos Reales, PUCP, pp. 113.

De una primera lectura de dicho artículo, no es posible aseverar que existe tal obligación de que en caso de encontrarnos viviendo bajo un edificio debamos de forma obligatoria elegir el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común.

Frente a ello, es necesario mencionar que, sobre el régimen de independización y copropiedad, el artículo 128 del TUO del Reglamento de la Ley N° 27157, ha establecido lo siguiente:

“Artículo 128.- Concepto

El régimen de Independización y Copropiedad supone la existencia de unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva susceptibles de ser independizadas y bienes de uso común, sujetas al régimen de copropiedad regulado en el Código Civil. **Las unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva comprenden necesariamente el terreno que ocupa cada una.**

Sólo se puede optar por este régimen en el caso de las Unidades Inmobiliarias mencionadas en los incisos b), c), d) y e) del Art. 126 de este Reglamento, siempre que estén conformadas por secciones de un solo piso o que, de contar con más de un piso, pertenezcan a un mismo propietario y los pisos superiores se proyecten verticalmente sobre el terreno de propiedad exclusiva de la sección.

Esta opción debe constar en el F.U.O.” (el resaltado es nuestro)

De dicho artículo, es posible identificar que, en efecto, se establece una limitación para la aplicación de dicho régimen, señalando los supuestos haciendo referencia al artículo 126, razón por la cual es necesario revisar el contenido del mismo:

“Artículo 126.- Unidades inmobiliarias reguladas por este Reglamento

Las unidades inmobiliarias que comprenden bienes de propiedad exclusiva y de propiedad común, reguladas por el presente Reglamento, son:

- a) Edificios de departamentos de uso residencial, comercial, industrial o mixto.
- b) Quintas.**
- c) Casas en copropiedad.**
- d) Centros y galerías comerciales o campos feriales.**
- e) Otras unidades inmobiliarias con bienes comunes.”** (el resaltado es nuestro)

Entonces, considero preciso lo mencionado por Jorge Avendaño y Francisco Avendaño, cuando analizan dicha norma y señalan que dicho artículo ha precisado que solo se puede optar por el régimen de independización y copropiedad en dichos literales resaltados, pero siempre que estén conformadas por secciones de un solo piso o que, de contar con más de un piso, pertenezcan a un mismo propietario.

Asimismo, mencionan ellos que, en el caso de las quintas, casas en copropiedad o centros y galerías comerciales o campos feriales, el régimen es facultativo, por lo que, los propietarios de aquellas unidades inmobiliarias pueden elegir entre un régimen y otro, concluyendo así que, **los edificios de departamentos de uso residencial, comercial, industrial o mixto solo pueden elegir por el régimen de propiedad exclusiva y común**¹⁴.

Ahora bien, habiendo identificado que en el caso de los edificios de departamentos – situación de la que partimos por el caso a analizar -, es preciso brindar algunos alcances principales de dicho régimen.

5.1.2.1. Características del régimen de propiedad exclusiva y propiedad común

Es necesario mencionar que, en el artículo 958 del Código Civil, se reconoce a la propiedad horizontal y se establece de forma que la misma se registrará por la legislación de la materia.

Es conocido que anterior a la vigencia de la Ley N° 27157 y su respectivo reglamento, éste régimen se asociaba al término de “propiedad horizontal”, el cual fue cambiado con la referida legislación hoy vigente.

El cambio de denominación, a comentario de Carmen García, es explicado en la exposición de motivos de la Ley N° 27157, donde se señala reiteradamente que la denominación de “propiedad horizontal” es errónea por cuanto no en todos los casos se produce división de unidades inmobiliarias en líneas horizontales y que, además, aquella denominación era considerada por el legislador como muy limitada apoyándose en lo mencionado por Gunther Gonzales, para quien el nombre utilizado también es equívoco pues coloca en el mismo plano de importancia la propiedad

¹⁴ AVENDAÑO, Jorge y AVENDAÑO, Francisco (2017). Derechos Reales, Fondo Editorial PUCP, pp. 113.

exclusiva de departamentos o tiendas, con la propiedad común de pasajes, escaleras o zonas de acceso¹⁵.

Ahora bien, de acuerdo al artículo 129 del TUO del Reglamento de la Ley N° 27157, se define al régimen de propiedad exclusiva y propiedad común como aquel que supone la existencia de una edificación o un conjunto de edificaciones que se encuentran integradas por secciones de dominio exclusivo pertenecientes a distintos propietarios, así como también supone la existencia de bienes y servicios de dominio común. Además, se establece que deben contar con un Reglamento Interno y una Junta de Propietarios.

Concordando con lo señalado por Francisco Avendaño, en función de lo establecido por la norma, la definición que le correspondería al régimen de la propiedad horizontal es el referido a una modalidad de propiedad en la que coexisten bienes de dominio exclusivo y bienes comunes, en donde el titular de cada sección independiente goza de un derecho de propiedad individual, con las características propias de la propiedad reguladas en el Código Civil.

Aunado a ello, cabe resaltar la distinción que realiza el mencionado autor, entre la propiedad regulada en el Código Civil per sé y sobre la modalidad de propiedad mencionada: la distinción radica principalmente en la extensión del derecho sobre el bien, en el sentido en el que, la propiedad de los predios se extiende al subsuelo y sobresuelo de forma ilimitada hasta donde le sea útil al propietario – artículo 954 del Código Civil -; en cambio, en el caso de la propiedad horizontal, el dominio exclusivo se extiende hasta el límite de las secciones de arriba y de abajo¹⁶.

Asimismo, de acuerdo al artículo I -sobre los antecedentes y consideraciones- de la Directiva N° 009-2008, se establece que, frente a la definición establecida en el artículo anterior, es posible advertir del referido régimen lo siguiente:

“a) Edificación o conjunto de edificaciones integradas por secciones de dominio exclusivo.

¹⁵ GARCÍA, Carmen (2019). Artículo 84. Ámbito de aplicación de la propiedad exclusiva y propiedad común. En Comentarios al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. SUNARP, Lima, pp. 257-258.

¹⁶ AVENDAÑO, Francisco. Artículo 958: Propiedad Horizontal. En Código Civil Comentado. Tomo V, Derecho Reales, pp. 344.

- b) Coexistencia en la mencionada edificación o conjunto de edificaciones de bienes de dominio común y servicios comunes.
- c) Pertenencia, o vocación de pertenencia, a distintos propietarios de las secciones de dominio exclusivo.”

De acuerdo a Aníbal Torres, son elementos de la propiedad horizontal – régimen de propiedad exclusiva y propiedad común –: la unidad inmobiliaria o edificación matriz, la división en varias secciones inmobiliarias, la pertenencia de dichas secciones inmobiliarias a propietarios distintos, el reglamento interno y la junta de propietarios¹⁷.

Asimismo, el doctor Aníbal Torres desarrolla algunos de la siguiente manera se – en los siguientes apartados se abordarán los elementos referidos al reglamento interno y a la junta de propietarios-:

a. Unidad inmobiliaria o edificación matriz:

El autor señala que la propiedad horizontal supone la existencia de una edificación matriz –unidad inmobiliaria- integrada por un edificio de construcción vertical, dividido horizontalmente en piso de uno o más departamentos; o por un conjunto de edificios; o de varias viviendas unifamiliares independientes, o conjuntos inmobiliarios; siempre que exista partes privadas y, por lo menos, algún elemento común que los vincule.

b. Unidad inmobiliaria dividida en varias secciones inmobiliarias:

El autor señala que para que exista la propiedad horizontal, es necesario que la unidad inmobiliaria esté dividida en dos o más secciones inmobiliarias integradas por bienes de propiedad exclusiva y bienes y servicios comunes.

c. Las secciones inmobiliarias deben pertenecer a propietarios distintos:

De acuerdo al autor, nada impediría que una sola persona sea propietaria de dos o más secciones inmobiliarias, pero no podría serlo de todas, ya que para que pueda aplicarse el régimen de propiedad horizontal, los dueños deberían

¹⁷ TORRES, Aníbal (2016). Propiedad Horizontal. En Revista Jurídica “Docentia et Investigatio”. Facultad de Derechos y Ciencia Política – UNMSM, Lima, Vol. 18, pp. 55.

ser por lo menos dos, aunque uno de ellos sea propietario de la mayoría de secciones y el otro solamente de una.

Cabe mencionar que, según el autor, la constitución de derechos reales o personales sobre una sección inmobiliaria comprende la propiedad exclusiva y la cuota de participación en los bienes comunes.

Por otro lado, Francisco Avendaño, al parecer llega a la misma conclusión al mencionar que el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común supone la existencia de una edificación o conjunto de edificaciones integradas por: (i) secciones exclusivas, pertenecientes a diferentes propietarios, (ii) bienes comunes y (iii) servicios comunes, que cuentan con (iv) un reglamento interno y una (v) junta de propietarios¹⁸, haciendo un alcance sobre alguno de ellos:

- a. Para Avendaño, sobre el primer elemento que menciona de las secciones exclusivas, estas están sometidas al régimen de la propiedad establecido en el Código Civil, razón por la cual el titular puede usar, disfrutar y disponer de su sección como lo haría cualquier propietario, salvo que, con respecto al uso, el reglamento interno establezca limitaciones.
- b. Con respecto al segundo elemento que identifica Avendaño, para él los bienes comunes son los que están destinados al uso y disfrute de todos los propietarios de las secciones exclusivas o aquellos respecto de los cuales depende la existencia de la edificación, tales como, los pasadizos y escaleras de acceso de un edificio o los cimientos y otros elementos estructurales del mismo¹⁹.

Además, menciona que, estos bienes comunes tienen una relación accesoria con las secciones exclusivas ya que a cada propietario de dichas secciones le corresponde un porcentaje de participación sobre los bienes comunes, el cual debe estar determinado en el reglamento interno atendiendo a criterios

¹⁸ AVENDAÑO, Francisco. Artículo 958: Propiedad Horizontal. En Código Civil Comentado. Tomo V, Derecho Reales, pp. 345.

¹⁹ AVENDAÑO, Francisco. Artículo 958: Propiedad Horizontal. En Código Civil Comentado. Tomo V, Derecho Reales, pp. 345.

razonables, como el área ocupada de las secciones, la ubicación de estas, los usos a los que están destinadas, entre otros.

Si bien, para el autor, se puede distinguir entre bienes comunes por naturaleza y bienes comunes por destino, la Ley N° 27157 y su reglamento no establece distinción entre ellas, más bien, en el artículo 40 de la ley se establece que los bienes de propiedad común “pueden ser” y da un listado de ejemplos.

Sin embargo, al parecer del autor, la palabra "pueden" significa que los bienes que enumera la Ley N° 27157 son comunes por destino, es decir, los propietarios de las secciones pueden establecer qué bienes son comunes y cuáles no. Además, en la misma línea, el doctor Avendaño, realiza una observación relevante cuando hace lectura del artículo 40 señalando que debe ser leída y analizada en conjunto con el artículo 43²⁰, el artículo 134²¹ y 135 del TUO del Reglamento de la Ley N° 27157 ya que, estas normas permitirían interpretar que no todos los bienes comunes lo son por destino, interpretación contraria a lo dispuesto en la Ley N° 27157²².

- c. Respecto a los servicios comunes, el doctor Avendaño brinda algunos ejemplos que serían considerados como tales los de guardianía, portería, jardinería, la limpieza, conservación, mantenimiento de las áreas y ambientes, la eliminación de basura, la vigilancia y seguridad de la edificación, la administración de la edificación, instalaciones sanitarias y eléctricas de uso común y otros servicios comunes²³.

Los demás servicios son obligatorios siempre que sean establecidos por acuerdo de la junta de propietarios, así como el pago de los servicios comunes y el de cualquier gasto extraordinario adoptado por la junta de propietarios.

²⁰ El cual permite la transferencia de bienes comunes, siempre que la aprueben propietarios que representen dos tercios de los votos de la junta de propietarios.

²¹ El cual contiene una enumeración de bienes comunes, pero señala que ellos "son bienes comunes intransferibles, salvo pacto en contrario establecido en el reglamento interno.

²² AVENDAÑO, Francisco. Artículo 958: Propiedad Horizontal. En Código Civil Comentado. Tomo V, Derecho Reales, pp. 346.

²³ AVENDAÑO, Francisco. Artículo 958: Propiedad Horizontal. En Código Civil Comentado. Tomo V, Derecho Reales, pp. 347.

5.1.2.2. **Diferencias entre el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común y el régimen de independización y copropiedad**

Ahora bien, considero necesario también mencionar los aspectos que diferencian al régimen de propiedad exclusiva y propiedad común del régimen de independización y copropiedad propiamente dicho.

Uno de los aspectos diferenciadores, ya fue mencionado en el desarrollo del presente apartado, en tanto que se mencionó que, de acuerdo a lo señalado por el doctor Francisco Avendaño, la propiedad horizontal, es decir, la propiedad que se tiene sobre las secciones exclusivas en dicho régimen, en la realidad no tiene el mismo alcance que la regulada en el artículo 954 del Código Civil, sino que se encuentra limitada hasta los alcances en su propiedad exclusiva, debiendo respetar las secciones sobrepuestas.

Otro de los aspectos diferenciadores, Carmen García señala que, en el régimen de Independización y Copropiedad se dispone que las secciones exclusivas deben ser de un solo piso o si son de varios que pertenezcan a un solo propietario y que estos sean proyectados verticalmente sobre este terreno. En cambio, en el Régimen de Propiedad Exclusiva y Propiedad Común, las secciones exclusivas no se van a proyectar verticalmente salvo en los duplex o triplex, de ser el caso²⁴.

Asimismo, otra diferencia que señala Carmen García es respecto al tratamiento de los bienes comunes existentes en ambos regímenes, en tanto que, mientras que en el caso del régimen de propiedad exclusiva y común existe una copropiedad especial, inseparabilidad y de permanencia, lo cual discrepa en caso del régimen de independización y copropiedad, donde existe una copropiedad ordinaria regida por las normas del Código Civil²⁵.

Por su parte, Jorge Avendaño y Francisco Avendaño realizan un análisis sobre la copropiedad como un punto que complementaría lo mencionado por Carmen García sobre el tratamiento de los bienes comunes como un elemento diferenciador entre ambos regímenes, en tanto que, como lo mencionan los autores, la copropiedad no tiene vocación de permanencia, más bien es transitoria y está destinada a terminar dado que para ello se

²⁴ GARCÍA, Carmen (2019). Artículo 84. Ámbito de aplicación de la propiedad exclusiva y propiedad común. En Comentarios al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. SUNARP, Lima, pp. 260.

²⁵ GARCÍA, Carmen (2019). Artículo 84. Ámbito de aplicación de la propiedad exclusiva y propiedad común. En Comentarios al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. SUNARP, Lima, pp. 260.

cuenta con la partición como la acción que busca acabar con la figura de copropiedad y que, tiene como característica resaltante su imprescriptibilidad²⁶.

En ese sentido, los autores señalan que es aquí donde radica la diferencia con el derecho que tienen los propietarios de las secciones de dominio exclusivo respecto de los bienes comunes de una edificación o conjunto de edificaciones, lo cual es la principal razón por la cual ni la Ley N° 27157 ni su reglamento se refieren al tratamiento de los bienes comunes, sino que hacen referencia a una comunidad de bienes, sobre los cuales no caben derechos singulares²⁷.

5.1.3. Proceso de construcción de un edificio

Ahora bien, es necesario que se entienda cual es el procedimiento previo al momento en el que las unidades inmobiliarias deberán elegir entre uno u otro régimen de propiedad, aunque, como ya ha sido mencionado anteriormente, en el caso que nos atañe se ha establecido que en los edificios solo podrá ser aplicable el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, en función del artículo 128 del TUO del Reglamento de la Ley N° 27157.

Con esa finalidad, Jorge Avendaño y Francisco Avendaño, explican el proceso de construcción de la siguiente manera:

1. Inicio del trámite y construcción del edificio: el propietario del terreno tiene que solicitar a la municipalidad distrital competente la autorización respectiva para la construcción del edificio.

Una vez cumplidos los requisitos que establecen las normas pertinentes la municipalidad emite la licencia de edificación, es decir, la autorización para iniciar con la construcción del edificio.

2. Certificación municipal: terminada la edificación, el propietario obtiene la certificación municipal mediante la cual ésta constata que la obra cumple con los parámetros urbanísticos y edificatorios y que la misma se ejecutó conforme al

²⁶ AVENDAÑO, Jorge y AVENDAÑO, Francisco (2017). Derechos Reales, Fondo Editorial PUCP, pp. 124.

²⁷ AVENDAÑO, Jorge y AVENDAÑO, Francisco (2017). Derechos Reales, Fondo Editorial PUCP, pp. 123.

proyecto aprobado previamente, aunque ello no implica que no haya posibilidad a modificaciones o adecuaciones del mismo.

Asimismo, la municipalidad emite un Certificado de Finalización de Obra y de zonificación, lo cual permite que el propietario obtenga la declaratoria de fábrica, documento que reconoce legalmente la existencia de la edificación.

3. Inscripción registral: la declaratoria de fábrica se inscribe en la partida registral del inmueble, el cual ahora se conforma no solo por el terreno sino también por la edificación. Posteriormente, se registra el reglamento interno y, después, las independizaciones de los departamentos del edificio y de las demás secciones exclusivas.

Cabe mencionar que, para la inscripción del reglamento interno debe estar inscrita previamente la declaratoria de fábrica y que, inscrito el reglamento interno, luego se independizan las secciones exclusivas²⁸.

5.1.3.1. Sobre la declaratoria de fábrica

Una vez situados y estando claros los actos que se realizan en el proceso de construcción de un edificio, es preciso señalar cuales son los actos inscribibles para poder tenerlos en consideración más adelante cuando se realice el análisis jurídico.

Como se ha evidenciado, posteriormente a la finalización de la edificación de la obra, es decir, cuando ya se cuenta con el edificio terminado y ya cuenta con las certificaciones emitidas por la municipalidad, en las cuales se constata que todo se ha realizado conforme a las disposiciones normativas aplicables, es que se realiza la declaratoria de fábrica.

En principio, en el artículo 20 de la Ley N° 27157, se reconoce el carácter inscribible de la declaratoria de fábrica de la siguiente manera:

“Artículo 20.- De las inscripciones

20.1. Con la presentación del Formulario Registral al Registro correspondiente se puede inmatricular el terreno **e inscribirse la fábrica.**

²⁸ AVENDAÑO, Jorge y AVENDAÑO, Francisco (2017). Derechos Reales, Fondo Editorial PUCP, pp. 116.

(...)”. (el resaltado es nuestro)

Asimismo, el artículo 2.3 del TUO del Reglamento de la Ley N° 27157, establece la precisión del significado de dicha figura de la siguiente manera:

“(…)

- Declaratoria de fábrica: Es el **reconocimiento legal de la existencia de cualquier tipo de obra** sujeta a este Reglamento. Se realiza mediante una declaración del propietario, que cumple las formalidades y trámites establecidos por la Ley. Se formaliza a través del FUO o por escritura pública, según sea el caso.

(…)”.

Por su parte, Carmen García lo define como el acto administrativo a través del cual se declara la construcción compactamente asentada sobre el suelo de carácter permanente, considerada como la etapa culminante de un procedimiento administrativo complejo, el cual se inicia con la autorización del proyecto de construcción (otorgamiento de la licencia de obra otorgada por la municipalidad, continúa con la declaración administrativa de conformidad de obra, que significa la equivalencia entre la construcción con el proyecto, y concluye con la formalización del documento idóneo para su inscripción registral, esto es el Formulario Único Oficial (FUO) con sello y firma del funcionario municipal acompañado de los planos de localización y ubicación y de arquitectura²⁹.

Asimismo, Carmen García menciona que es mejor llamada como la “Declaratoria de Edificaciones” y, considerando ello así, realizando una revisión normativa al respecto, encontramos que en el numeral 10 del artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 29090, Ley de Regularización de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones (en adelante, el “TUO de la Ley N° 27157”), entiende como:

“(…)

10. Conformidad de Obra y Declaratoria de Edificación

Procedimiento por el cual se **determina que la obra o las obras pendientes de ejecución, se han concluido conforme a los planos aprobados**. Para viviendas multifamiliares, comercio y oficinas, la conformidad de obra se puede otorgar a nivel de casco habitable; puede tramitarse con o sin variaciones.

²⁹ GARCÍA, Carmen (2019). Artículo 83. Inscripción de acto previo al reglamento interno. En Comentarios al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. SUNARP, Lima, pp. 254.

(...)” (el resaltado es nuestro)

Asimismo, en el artículo 78 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, se establece el carácter inscribible de la declaratoria de fábrica y, en su artículo 79 se regula el contenido del asiento, señalando lo siguiente:

“Artículo 79.- Contenido del asiento de declaratoria de fábrica

El asiento de inscripción **debe contener la distribución de ambientes, el área techada por cada piso, el área libre del primer piso, la fecha de finalización de la obra, la valorización, el nombre del profesional que interviene en la declaratoria** y demás datos relevantes. Si en el instrumento que da mérito a la inscripción de la declaratoria de fábrica se hubiera omitido la fecha de finalización de la obra, para subsanar dicha omisión podrá presentarse declaración jurada del propietario, con firma certificada notarialmente.
(...)”

Por otro lado, en el artículo 83 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios se regula la inscripción de acto previo al reglamento interno:

“Artículo 83.- Inscripción de acto previo al reglamento interno

Para la inscripción del Reglamento Interno deberá inscribirse previamente la respectiva declaratoria de fábrica, salvo disposición expresa en contrario.”

Ahora bien, es preciso cuestionarnos respecto al qué responde la inscripción de la declaratoria de fábrica como acto previo y necesario para proceder la inscripción del reglamento interno y, para responder dicho cuestionamiento, Carmen García hace referencia a la Resolución N° 601-2011-SUNARP-TR-A³⁰, donde se establece que:

“Para inscribir el reglamento interno de una edificación debe constar previamente inscrita la fábrica respectiva”.

En ese sentido, Carmen García menciona que el Tribunal Registral señala en su fundamento 4 que, como consecuencia de la inscripción del reglamento interno, va a producirse la independización de las secciones de propiedad exclusiva conformantes de la edificación y para que el registro pueda cumplir con abrir dichas partidas registrales

³⁰ Resolución del Tribunal Registral de fecha 23 de septiembre del 2011.

será necesario que se cuente con la descripción de la unidad inmobiliaria a los efectos de extender la inscripción prevista en el rubro correspondiente (descripción del predio)³¹.

Entonces, de acuerdo a lo señalado por la autora, una vez que ya se encuentre inscrito la declaratoria de fábrica del inmueble, a partir del cual se pueda visualizar en el asiento de inscripción la distribución de ambientes, el área techada por cada piso, el área libre del primer piso, la fecha de finalización de la obra, la valorización, el nombre del profesional que interviene en la declaratoria y demás datos relevantes; se puede inscribir el reglamento interno que haya sido aprobado por el promotor o constructor de la obra (propietario) o por el acuerdo de más del 50% de los propietarios que conforman la edificación³².

Por último, es necesario recalcar que del artículo 83 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios se desprende una salvedad, que oportunamente la autora también nos ejemplifica como es el caso de las habilitaciones especiales para el uso de viviendas tipo club, tomando como referencia la Resolución N° 264-2013-SUNARP-TR-T³³.

5.1.3.2. Alcances sobre el Reglamento Interno

Habiendo realizado una aproximación necesaria de los actos previos tanto en el proceso de construcción del edificio sujeto al régimen de propiedad exclusiva y propiedad común y de las características y elementos que son necesarios para dicho régimen, abordamos algunos alcances al reglamento interno a continuación.

En principio, el carácter inscribible del reglamento interno lo encontramos en el numeral 20.2 de la Ley N° 27157:

“Artículo 20.- De las inscripciones

(...)

20.2. **También es susceptible de inscripción**, de ser el caso, las secciones de propiedad exclusiva, las secciones de propiedad común, la independización, **el Reglamento Interno** y la junta de propietarios.” (resaltado nuestro)

³¹ GARCÍA, Carmen (2019). Artículo 83. Inscripción de acto previo al reglamento interno. En Comentarios al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. SUNARP, Lima, pp. 255.

³² GARCÍA, Carmen (2019). Artículo 83. Inscripción de acto previo al reglamento interno. En Comentarios al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. SUNARP, Lima, pp. 256.

³³ Resolución del Tribunal Registral de fecha 21 de junio del 2013.

Aunado a ello, en el artículo 129 del TUO del Reglamento de la Ley N° 27157 - mencionado con anterioridad- se establece que el régimen jurídico de propiedad exclusiva y propiedad común cuentan con un reglamento interno.

Asimismo, su importancia radica en el contenido mínimo obligatorio establecido por el anterior cuerpo normativo, el cual se encuentra establecido en el artículo 153 de la siguiente manera:

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.”

Doctrinariamente, en palabras de Francisco AVENDAÑO (S/F, pág. 347), se define el reglamento interno como el conjunto de disposiciones que regulan la propiedad exclusiva y común, cuyo contenido debe tener de forma obligatoria la determinación de la unidad inmobiliaria matriz y de los bienes de propiedad exclusiva y propiedad común; los derechos y obligaciones de los propietarios; la relación de servicios comunes; los porcentajes de participación que correspondan a cada propietario en los bienes comunes y en los gastos comunes; el régimen de la junta de propietarios, sus órganos de administración y sus facultades y responsabilidades; el quórum, votaciones, acuerdos y funciones de la junta de propietarios; así como cualquier otro pacto lícito³⁴.

Por su parte, el doctor Aníbal Torres considera al reglamento interno como el título constitutivo de la propiedad horizontal, el acto jurídico constitutivo de la propiedad horizontal, determinando la unidad inmobiliaria, las partes exclusivas y comunes en que se divide y estableciendo los derechos y obligaciones de los propietarios de las diversas secciones inmobiliarias³⁵.

En la misma línea, encontramos en la Directiva 009-2008, lo siguiente:

“2. REGLAMENTO INTERNO

El acto constitutivo de propiedad horizontal es aquel negocio jurídico destinado a proclamar que el edificio se halla en situación de propiedad exclusiva y propiedad común, o que está en trance de convertirse en ello. A tal fin el título contendrá aquellos datos configuradores de la propiedad horizontal, sirviendo además para la incorporación convencional de determinadas reglas de organización y conducta de los propietarios. (...)”

De lo anteriormente mencionado, podemos entender al Reglamento Interno como aquel consolidado de acuerdos sobre el cual se establecen las “reglas del juego” que los diferentes propietarios de las secciones exclusivas van a tener que cumplir a cabalidad y, de acuerdo a lo señalado por Maritha Escobar, con la finalidad de poder garantizar una convivencia adecuada³⁶, previendo soluciones frente a posibles futuras situaciones que podrían generar algún tipo de conflicto.

³⁴ AVENDAÑO, Francisco. Artículo 958: Propiedad Horizontal. En Código Civil Comentado. Tomo V, Derecho Reales, pp. 347.

³⁵ TORRES, Aníbal (2016). Propiedad Horizontal. En Revista Jurídica “Docencia et Investigatio”. Facultad de Derechos y Ciencia Política – UNMSM, Lima, Vol. 18, pp. 55.

³⁶ ESCOBAR, Maritha. (2019). Artículo 87. Inscripción de junta de propietarios. En Comentarios al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. SUNARP, Lima, pp. 268.

Frente a este reglamento, es importante el marco de actuación y de injerencia que la normativa les ha brindado a los titulares de las secciones exclusivas de dicho régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, ya que son ellos quienes al final tienen esa facultad brindada por ley para autorregular sus intereses tanto comunes como individuales.

5.1.3.3. Alcances respecto a la Junta de Propietarios

Ahora bien, habiendo mencionado la importancia del Reglamento Interno, es preciso resaltar también la importancia que tiene la Junta de Propietarios, de quienes depende el establecimiento de las disposiciones que conforman el contenido del referido reglamento.

Normativamente, encontramos en el artículo 145 del TUO del Reglamento, que la Junta de Propietarios se encuentra constituida por todos los propietarios de las secciones de propiedad exclusiva de la edificación y, por tanto, tiene la representación conjunta de éstos.

Además, en dicho artículo, se hace mención al momento de la constitución de la junta, estableciendo que ésta alcanza su constitución de forma plena con el otorgamiento del Reglamento Interno.

Por su parte, conforme a lo mencionado en el referido artículo, Francisco Avendaño resalta la representación conjunta que la junta tiene de todos los propietarios de las secciones que la constituyen, haciendo la siguiente salvedad totalmente necesaria: La junta de propietarios no tiene personalidad jurídica³⁷.

Respecto a ello, de acuerdo a los artículos 146, 147, 148, 149 y 150 del TUO del Reglamento, se evidencia características similares de las personas jurídicas, respecto a la forma de convocatoria, toma de acuerdos, formalidades del acta de la sesión y el nombramiento de una persona que la presida para que, además, tenga representación procesal en función a lo establecido en los artículos 74 y 75 del Código Procesal Civil

³⁷ AVENDAÑO, Francisco. Artículo 958: Propiedad Horizontal. En Código Civil Comentado. Tomo V, Derecho Reales, pp. 347.

Por otro lado, Aníbal Torres conceptualiza a la junta de propietarios como la “comunidad de propietarios”, señalando, al igual que Francisco Avendaño, la carencia de personería jurídica, resaltando que, a pesar de ello, cuentan con subjetividad³⁸.

De forma complementaria, encontramos en la Directiva 009-2008, la definición y características que le han sido reconocidas a la junta de propietarios:

“6. ADQUISICIÓN DE BIENES POR LA JUNTA DE PROPIETARIOS

(...) En consecuencia, 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 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. (...)” (el resaltado es nuestro)

Cabe resaltar que, de acuerdo al artículo 87 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, se establecen como actos inscribibles en la partida matriz de la edificación los referidos al acto constitutivo de la junta de propietarios, la designación del presidente de la misma y la junta directiva, en función del Reglamento Interno.

En ese sentido, podemos concluir respecto a la junta de propietarios que ésta es una comunidad de propietarios, un ente que carece de personería jurídica, pero que, cuenta es pasible de que le sean reconocidos derechos y obligaciones, cuya representación recae en quien sea elegido como presidente de la misma, quienes mediante sus acuerdos se encargarán de desarrollar discusiones y tomar acuerdos que brinden de contenido o complementen las disposiciones ya establecidas en el Reglamento Interno.

³⁸ TORRES, Aníbal (2016). Propiedad Horizontal. En Revista Jurídica “Docentia et Investigatio”. Facultad de Derechos y Ciencia Política – UNMSM, Lima, Vol. 18, pp. 56.

5.1.4. Principales alcances de la independización

En principio, realizando una primera revisión de los cuerpos normativos que venimos analizando, encontramos que, en el artículo 20 de la Ley N° 27157, se reconoce e carácter inscribible de las independizaciones.

Así, de acuerdo al artículo 58 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, se define a la independización como “el acto que consiste en abrir una partida registral para cada unidad inmobiliaria resultante de una desmembración de terreno, con edificación o sin ella; o, como consecuencia de la inscripción de una edificación sujeta al régimen de unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva y de propiedad común o régimen de independización y copropiedad.”.

Asimismo, en el artículo 59 del mismo cuerpo normativo se establece como requisito que debe contener el título que solicita la inscripción de la independización: la descripción del área de cada uno de los predios que se desmembra de la partida matriz.

Dado que, el presente trabajo se enfoca en el análisis de la independización dentro del marco de una edificación que se encuentra sujeta al régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, resulta aplicable las exigencias que son establecidas en el artículo 63 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, siendo éstos documentos los siguientes:

- i) el Reglamento Interno;
- ii) el documento privado suscrito por el propietario en el que debe describirse el área, linderos y medidas perimétricas de las secciones de dominio exclusivo y bienes comunes, el cual debe tener firma certificada; y,
- iii) El plano de independización que grafique las unidades de dominio exclusivo y las zonas comunes, el cual debe estar firmado por un profesional competente y dicha firma debe ser certificada por notario.

Ahora bien, es preciso señalar que las secciones que sean independizadas del predio matriz, pueden a su vez, independizar áreas dentro de su sección exclusiva, es decir, que existe la posibilidad de que, en cada piso independizado, se puede realizar una independización de espacios, generando así que existan varios departamentos por piso, que pertenecen a diferentes propietarios.

Frente a ese escenario, se debe considerar que, de acuerdo al artículo 142 del TUO del Reglamento de la Ley N° 27157, en caso nos encontremos ante el supuesto descrito en el anterior párrafo o en caso de acumulación o división, se debería realizar la recomposición de los porcentajes de participación sobre los bienes comunes, lo cual implicaría una modificación al Reglamento Interno ya que, como hemos mencionado anteriormente, es en dicho reglamento en donde se establecen los porcentajes de participación de cada uno de los titulares de las secciones de dominio exclusivo sobre los bienes comunes, en este supuesto, del edificio.

Si bien en el artículo 124 del TUO del Reglamento de la Ley N° 27157, de acuerdo al artículo 3 de la Directiva 009-2008, no se especifica qué tipo de mayoría se requiere para adoptar el acuerdo de modificación del reglamento interno y que, en el caso del número de votos requeridos para la aprobación de las cuotas de participación establecidas en el reglamento interno bastaría el criterio establecido de la mayoría calificada, es decir, contar con el 2/3 de la totalidad de votos, ello tiene como fundamento una aplicación analógica apoyándose en el artículo 148 del mismo cuerpo normativo, considerando el siguiente razonamiento: si para actos de tanta importancia como vender, gravar, ceder en uso o afectar bienes o zonas comunes de la edificación, se requiere el 2/3, entonces, para la modificación del reglamento interno también sería aplicable.

V.II. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES ADOPTADOS POR EL TRIBUNAL REGISTRAL RESPECTO A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS

De lo expuesto, sobre la base de los hechos del caso a analizar y del primer análisis doctrinario y normativo, es importante analizar los siguientes criterios jurisprudenciales adoptados por el Tribunal Registral para poder sentar una posición respecto a la procedencia de inscripción o no de lo solicitado en la rogatoria del caso analizado.

Al respecto, cabe señalar que, de acuerdo a lo establecido en el literal c) del artículo 26 de la Ley N° 26366, Ley de Creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y de la Superintendencia de los Registros Públicos (en adelante, la “Ley N° 26366” o “Ley SUNARP”), el Tribunal Registral tiene como una de sus funciones la aprobación de precedentes de observancia obligatoria y, a su vez, debe verificar el cumplimiento de los mismos y de las normas legales y reglamentarias que tienen que seguir los registradores.

Asimismo, por su parte Gilberto Mendoza resalta la naturaleza jurídica de los precedentes de observancia obligatoria aprobados por el Tribunal Registral en tanto que, de acuerdo

a lo establecido en el artículo V del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, el TUO de la LPAG”), forman parte de las fuentes del procedimiento administrativo las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales en donde establecen criterios interpretativos de alcance general y son publicadas, siendo que, además, esas decisiones generan precedente administrativo.

Ahora bien, respecto a los problemas jurídicos, realizando una revisión de los criterios adoptados por el Tribunal Registral, ha sido posible identificar dos acuerdos plenarios, los cuales, a diferencia de los precedentes de observancia obligatoria que tienen una vocación expansiva (MENDOZA 2016)³⁹, los acuerdos solo vinculan a los vocales del Tribunal Registral, ello tal y como es posible de identificar del acuerdo adoptado en el IV PLENO, en la sesión ordinaria realizada los días 6 y 7 de junio de 2003.

En ese sentido, dado el carácter vinculante que por lo menos tienen los acuerdos sobre los miembros de la Sala Plena del Tribunal Registral, a continuación, haremos mención a los principales argumentos sobre los cuales cada uno de los acuerdos fueron adoptados.

5.2.1. CXLIX PLENO: AIRES O AZOTEA

En el referido pleno, realizado los días 02 y 03 de mayo de 2016, se adoptó por medio del acuerdo 1 lo siguiente:

ACUERDO CXLIX.1.- AIRES O AZOTEA
“En la legislación peruana son conceptos equivalentes azotea o aires, sin perjuicio de lo que al respecto señale el Reglamento Interno.”

Dentro de la discusión suscitada en ese momento, los principales argumentos de algunos de los vocales que se encontraban a favor de la propuesta que fue finalmente elegida, se basaban en términos simples en los siguientes puntos:

- i. En la práctica ambas figuras son lo mismo y, finalmente, será lo que aparezca establecido en el reglamento interno lo que va a importar sin que sea necesaria la discusión sobre si son o no conceptos distintos.

³⁹ https://www.parthenon.pe/columnas/efemerides-registrales/precedentes-y-acuerdos-del-tribunal-registral/#_ftnref5

- ii. Hacer la distinción implicaría un problema respecto a que el derecho a sobre elevar queda supeditado a que el propietario de la azotea construya en ella.
- iii. Ambas figuras han sido consideradas sinónimas en la jurisprudencia emitida desde la vigencia de la Ley N° 27157.
- iv. La distinción no tiene alcance jurídico y hacerla en ese momento implicaría cambiar criterios de interpretación sustanciales que ya se habían superado con la emisión de la Directiva N° 009-2008 y la Ley N° 27157.
- v. El legislador emitió la referida directiva en el año 2008 cuando el Tribunal Registral ya había emitido jurisprudencia desde el año 2001 sobre la materia de discusión. En caso fueran conceptos distintos, hubiesen sido establecidos en la directiva, cuya oportunidad le fue conferida al legislador, pero habiendo podido hacerlo, no lo hizo.

5.2.2. CCXLIII: INDEPENDIZACIÓN DE AIRES SOBRE AIRES⁴⁰

Con fecha 26 y 27 de abril del 2021, la Sala Plena se reunió y adoptó el siguiente acuerdo:

INDEPENDIZACIÓN DE AIRES SOBRE AIRES

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

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

Para la adopción del acuerdo, ha sido posible identificar los siguientes argumentos considerados para la adopción del acuerdo, los cuales fueron expuestos tanto en las ponencias de los animus curiales como en las consultas de algunos vocales:

⁴⁰ A la fecha de la elaboración del presente documento, no se ha logrado acceder al documento oficial, se tuvo acceso del contenido de la sesión a través de la siguiente página:

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1888809/CCXLIII-PLENO-TR-SUNARP.pdf>

- i. En la presentación del tema a ser discutido, se considera como argumento a favor de la procedencia de la inscripción las regulaciones de las figuras de la pre declaratoria de fábrica, pre independización y el pre reglamento interno, postura que comparte el Dr. Alan Pasco.
- ii. En dicho momento, también se hizo mención a que la modificación de los alcances del derecho de propiedad en cuanto a su configuración y delimitación debido a las necesidades sociales, sobre lo cual se debe considerar que los derechos de propiedad sin soporte físico tienen acogida registral, tales como los lotes de urbanización sin edificación, estacionamientos, tendales, derechos de superficie, un nivel de aire, etc.
- iii. El Dr. José Carlos Fernández considera que la idea es ser abiertos a ese tipo de inscripciones, pero lo mínimo que le pediría a un administrado al momento de solicitar su inscripción sería la delimitación de aquello que es la propiedad que se está delimitando.
- iv. El Dr. Alan Pasco, durante su exposición hace énfasis en el artículo 58 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, respecto a que la independización consiste en abrir una nueva partida registral para cada unidad inmobiliaria resultante de una desmembración de terreno, que cuente con una edificación o sin ella.
- v. En la misma línea, el Dr. Alan Pasco resalta la definición que la Ley N° 27157 en su artículo 2 realiza sobre las unidades inmobiliarias ya que en el referido artículo se señala que éstas son los terrenos sin edificar, las edificaciones, los aires o secciones que sean factibles de independizar.
- vi. Además, el Dr. Pasco hace mención al artículo 72 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, el cual regula el contenido del asiento de anotación preventiva de la predeclaratoria de fábrica, el cual debe tener establecido la distribución de ambientes, área techada y libre de cada piso, así como el carácter preventivo del asiento, la norma que autoriza su vigencia y

el nombre del profesional que interviene en el proyecto de declaratoria de fábrica.

- vii. Continuando con lo mencionado anteriormente, el mismo expositor alude al artículo 73 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios y artículo 100 del TUO del Reglamento de la Ley N° 27157, los cuales hacen referencia, por un lado, a la anotación v del prereglamento interno y preindependizaciones; y por otro, a la pre independización respectivamente.
- viii. En ese sentido, el Dr. Pasco concluye que existe base legal para sostener que los aires son distintos a azotea, que son bienes y que pueden independizarse sin soporte material, considerando la idea de es que los presupuestos ordinarios de la propiedad horizontal es que las normas estén dirigidas a un sistema de organización convivencial de derechos.

V.III. ARGUMENTOS QUE SUSTENTAN LA POSTURA

5.3.1. ¿Aires y azotea deben ser términos equivalentes?

Consideramos relevante dilucidar previamente el presente cuestionamiento respecto a si azotea y aires tienen la misma concepción y, además, si en el marco normativo el legislador ha determinado su diferenciación o no para que, posteriormente, podamos centrarnos en el tema principal referido a la independización de aires sobre aires.

En principio, respecto a la figura de los aires, hemos podido verificar que en nuestra legislación no se ha dotado de contenido su concepción y ni si quiera se hace referencia a aires tal cual en nuestro Código Civil de 1984, ya que, de la revisión realizada en la sección referida al desarrollo normativo y doctrinario del presente trabajo, encontramos en sus artículos 885, 954 y 955, que se señala el término sobresuelo y algunas características del dicha figura en torno al derecho de propiedad, más no su contenido.

Por su parte, la doctrina en reiteradas oportunidades a asemejado a la figura de los aires con la facultad de edificar o elevar sobre el último nivel construido de la edificación, la razón de ello podría tener una influencia del derecho comparado, considerando la visión comparada de la figura en el derecho civil español respecto a la regulación del derecho al vuelo en el marco del régimen de propiedad horizontal, que en nuestra legislación

correspondería a lo que actualmente tenemos como el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común.

Al respecto, de acuerdo al artículo 567-1 regulado en la ley del libro quinto del Código Civil de Cataluña relativo a los derechos reales, el legislador español establece como concepto de derecho de vuelo el siguiente⁴¹:

“Artículo 567-1. Concepto

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

2. El ejercicio del derecho de vuelo **comporta la legitimación para hacer construcciones**, de acuerdo con el título de constitución y el planeamiento urbanístico.” (El resaltado es propio)

Por su parte, dentro de la doctrina española, a partir de la inclusión del derecho de vuelo en el Código Civil de Cataluña, algunos autores postularon algunos alcances respecto a ese derecho de vuelo que es reconocido por la legislación de España como derecho real con la finalidad de diferenciarlo con el derecho real de superficie, uno de ellos Roca Sastre, quien establecía que el derecho de vuelo contenía dos fases (ROCA SASTRE, 1960, pág.28), siendo una de ellas la “Fase de final”, que consiste en el derecho de tener una edificación en propiedad separada horizontalmente, no de tipo superficiario, sino en plena coexistencia con otras de la misma naturaleza, integrantes todas de la unidad orgánica de una finca edificada, pues cada una de ellas tiene como anejo inseparable una participación indivisa en los elementos comunes de la propia finca global, que supone la adquisición de un derecho de propiedad sobre las nuevas plantas construidas.

En ese sentido, se puede entender de mejor manera la corriente doctrinaria en nuestro país que ha concluido de manera común que los aires implican el derecho de edificar o sobreelevar sobre el último piso edificado.

⁴¹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-11130>

No obstante ello, en la citada Directiva N° 009-2008, el Superintendente, en atribución de sus competencias, vio conveniente emitir dicha directiva que – de acuerdo a lo revisado anteriormente – sería la primera incorporación del término aires en nuestro ordenamiento, considerando que en la referida directiva ya se establece que los aires son la facultad que se le concede a una persona para que pueda edificar, asimilando la figura con el derecho de vuelo al que se hace mención en la doctrina y legislación española como ya se ha visto.

Por otro lado, tenemos la figura de azotea que, de acuerdo a lo señalado en el desarrollo normativo doctrinario, se ha evidenciado que no hay vacío legal respecto a la regulación expresa de dicha figura dado que, por un lado, tenemos el literal h del artículo 40 de la Ley N° 27157, en donde se regula el carácter de bien común que tendría tanto la azotea como los sótanos siempre que en los títulos de propiedad de las secciones no figure cláusulas que señalen lo contrario.

Aunado a ello, tenemos que en la Norma G.040 del Reglamento Nacional de Edificaciones se establecen la definición de azotea, definición sobre la cual hubo una modificación el presente año estableciendo que la azotea es el nivel habitable sobre el techo del último piso el cual presenta las siguientes características:

- i) Se puede acceder por la escalera principal o por escalera complementarias desde la última unidad inmobiliaria del edificio.
- ii) Puede ser de uso privado, común o mixto.
- iii) Puede contar con un área techada de hasta el 50% de su área ocupada.
- iv) De contar con áreas libres, estas pueden tener coberturas ligeras, con materiales transparentes y/o traslucidos.

De lo expuesto hasta el momento, es posible entender que el criterio adoptado por el Tribunal en el Acuerdo I del CXLIX PLENO, sobre que legislación azotea y aires son conceptos equivalentes según nuestra legislación, es incorrecto.

En primer lugar, consideramos que el criterio en cuestión es erróneo debido a que, de nuestra legislación, es posible identificar que para una figura hay una regulación técnica, que dota de contenido dicha figura y, no sería posible que vía interpretación analógica se consideren dos figuras como equivalentes, tal vez si, como figuras que cuentan con una característica similar: ambas se presumen comunes si no media alguna estipulación que establezca lo contrario.

¿Elo es suficiente para determinar que ambas figuras tienen concepción equivalente? No, pero es probable que, de acuerdo a lo señalado por el en ese entonces vocal Walter Morgan Plaza en el considerando 5 (PLENO REGISTRAL, 2016, pág. 3), se haya generado una confusión por la alusión que se hace al literal h del artículo 40 de la Ley N° 27157 en la Directiva N° 009-2008, ya que, puede entenderse que el Superintendente equivalió ambas figuras en el artículo 5.7. referido a la condición jurídica de aires.

En segundo lugar, la doctrina ha sido bastante amplia sobre la definición de aires como ya hemos visto previamente, pero respecto a aires no cabe mayor interpretación que la que se desprende de la norma técnica que define esa figura. En esa misma línea, consideramos oportuno, la referencia realizada por Walter Morgan, cuando cita a Gunther Gonzáles, con la finalidad de diferenciar ambas figuras, en tanto que Gunther Gonzáles establece respecto a la azotea que vendría a ser un sistema de cobertura del edificio análogo al techo que cubre cada uno de los pisos y que le reconoce que sobre ella tendría que haber un acceso ya que los diferentes propietarios acceden a esa zona con la finalidad de satisfacer algunas necesidades de interés común, razón por la cual la ley presume su carácter común.

En tercer lugar, en palabras de Gilberto MENDOZA (2016) dicho criterio traería algunos problemas de concepto ya que:

- i) Limita dicha identificación a la legislación peruana, con lo cual se estaría reconociendo que puede existir diferente concepción.
- ii) 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 significa que sean conceptos iguales.

Por último, de la discusión previa a la toma de acuerdos, es posible evidenciar que algunos vocales mencionaban que habría sido responsabilidad del legislador haber determinado en su oportunidad la diferenciación entre ambas figuras, haciendo alusión a la elaboración de la Directiva N° 009-2008, pero que no les correspondería realizar la distinción porque irían en contra de la jurisprudencia que ha venido dándose durante todos estos años desde la emisión de la Ley N° 27157.

Frente a ello, tenemos que, en función a lo señalado en la parte previa a la descripción de algunos alcances ambos acuerdos plenarios, el Tribunal tiene la facultad de adoptar acuerdos que sean vinculantes, es decir, precedentes administrativos, sobre cuestiones de relevancia jurídica sobre las cuales sea determinante adoptar un criterio, ello tanto para el ejercicio de sus funciones, así como las de los registradores, pero sobre todo, para el ejercicio de los derechos de los administrados, ya que, en función del principio de predictibilidad regulado en el numeral 1.15 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, donde se señala que la función de la autoridad administrativa es brindar a los administrados información veraz, completa y confiable, de forma que, el administrado pueda tener una comprensión clara sobre los requisitos, trámites y resultados probables que podrían obtener.

De manera que, la Sala Plena al adoptar dicho criterio genera una confusión que, para quienes no tienen el conocimiento mínimo en temas jurídicos y de interpretación, podría asimilar ambos conceptos de la misma manera que ellos, confiando en que su criterio es el adecuado y, en función de ello, apelar en caso en el que el registrador que les haya tocado les observe algún punto referido a este tema, ya que, este criterio tiene un alcance vinculante solo al Tribunal Registral, lo cual implica que no tienen el alcance expansivo que se hizo referencia anteriormente.

5.3.2. Independización de aires sobre aires

Ahora bien, respecto al problema principal identificado, es preciso señalar que no hay regulación ni criterio jurisprudencial que regule dicho acto, salvo el criterio recientemente adoptado por el Pleno Registral en el mes de abril del presente año.

5.3.2.1. Independización de aires

Lo que si cuenta con una regulación establecida es la independización de aires, en el segundo párrafo del artículo 4 de la Directiva N° 009-2008, en donde se establece que, la independización de aires procede de una previa estipulación de una reserva de aires.

Se debe considerar que, conforme al mencionado artículo de la directiva, el derecho de sobreelevación puede establecerse a favor de algún titular exclusivo de dos formas, es decir, establecer la reserva de aires:

- i) Por medio de una cláusula de reserva de aires hasta una futura ampliación de edificación, lo cual no implica una independización. Dicha estipulación se establece en el predio matriz del edificio.
- ii) Por medio de una cláusula de independización de aires, el cual cumple dos efectos, el primero, se reserva el derecho de sobreelevación y, el segundo efecto, se solicita la apertura de una nueva partida registral que se segrega del predio matriz.

Respecto a ello, en el segundo y tercer párrafo del artículo 63 del Registro de Inscripciones del Registro de Predios, establece los requisitos para la procedencia de la inscripción de la reserva de aires con o sin independización, de la siguiente manera:

Artículo 63.- Independización de unidades inmobiliarias sujetas a los regímenes establecidos en la Ley N° 27157

(...)

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

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

En palabras de Martha ESCOBAR (2018, pág. 204), debe considerarse que, de acuerdo a lo establecido en la citada norma, no se exige que ya exista un acceso, sino que es suficiente con que en el plano de independización se grafique el área del futuro acceso a dichos aires, es decir el área en la cual en el futuro se construirá la escalera que dará acceso a dichos aires.

5.3.2.2. Avance legislativo registral con las figuras de la predeclaratoria de fábrica, prereglamento interno y preindependización.

Ahora bien, de lo que se ha podido observar respecto a los argumentos sobre los cuales se ha adoptado el acuerdo plenario sobre la procedencia de la inscripción de independización de aires sobre aires, en el presente apartado se explicará la postura crítica

sobre dicho acuerdo sobre la base de los argumentos expuestos por el Dr. Alan Pasco sobre la referencia a los diferentes artículos que regulan la independización de aires y respecto al avance que ha habido en la regulación de las figuras de la pre declaratoria de fábrica, pre independización y el pre reglamento interno, punto en el cual coincide el Dr. José Carlos Fernández cuando señala que se debe estar abiertos a este tipo de inscripciones.

Respecto a ello tenemos que, la predeclaratoria de fábrica se define en la Ley N° 27157 como la anotación preventiva de un proyecto de declaratoria de fábrica a partir de los planos de obra y de especificaciones técnicas.

Como bien lo ha señalado el Dr. Alan Pasco, de acuerdo al artículo 29.1 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 29090, se reitera que dicha figura se anota preventivamente, tiene un año como plazo de vigencia y, dado que, nos encontramos ante un régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, debe anotarse también la preindependización y el prereglamento.

En ese sentido, del artículo 72 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, el registrador deberá solicitar que dicha pre declaratoria de fábrica cuente con la distribución de ambientes, el área techada por cada piso, el área libre del primer piso y con el nombre del profesional que interviene en el proyecto de declaratoria de fábrica.

Es necesario señalar, que la legislación no ha establecido que dichas pre independizaciones tengan un carácter definitivo.

5.3.2.4. Implicancias del Acuerdo Plenario sobre Independización de aires sobre aires

Frente al criterio adoptado por el pleno, es necesario considerar las implicancias que dicho acuerdo tendría en nuestra legislación y en los casos en general:

En primer lugar, ya no nos encontramos ante el supuesto de una preindependización sino que, nos encontramos frente a una inscripción definitiva, pero ¿de qué?, pues queda claro que, con la inscripción se estaría abriendo una nueva partida disgregada del predio matriz, donde se debería, al igual que sucede en la independización de aires, establecer porcentajes de participación sobre esas nuevas zonas de dominio exclusivo que no cuentan con una edificación.

En segundo lugar, se estaría reconociendo un derecho a favor de quien sería el titular de la nueva unidad inmobiliaria sin edificación, pero, de acuerdo al criterio del Tribunal, por lo menos se contaría con medidas proyectadas de aquella unidad. Frente a ello, es necesario preguntarnos: ¿es suficiente dicho requerimiento?

En tercer lugar, se deberá de realizar un recalcu en las participaciones de las secciones de propiedad común, lo cual implicaría una modificación en el reglamento interno, ello de acuerdo a lo establecido en el TUO del Reglamento de la Ley N° 27157.

No obstante, es necesario considerar también la naturaleza jurídica que tendría ese bien, ya que, para el Dr. Fernández, estaríamos ya no frente a un bien futuro cuya existencia física no hay en la realidad actual, sino que, la independización implicaría que dicho bien que aún no existe, tenga reconocimiento jurídico y para él, si exista ese bien futuro para el derecho.

Por último, un detalle importante que considero que no ha sido pensado para la adopción de dicho acuerdo, es que si bien, se estaría reconociendo un derecho jurídicamente hablando, en la realidad, la persona que tenga la titularidad de la unidad inmobiliaria sin edificación reconocida legalmente, no podría ejercer su derecho a edificar ese nivel si es que previamente no se haya realizado una edificación del piso inferior inmediato. Frente a ello, cabe preguntarnos ¿cómo se podría exigir al titular del nivel inferior inmediato que construya su nivel edificatorio? ¿no estaríamos hablando sobre un derecho sujeto a una condición, la cual sería que haya una construcción debajo?.

Es necesario recalcar que, nuestra legislación no permitiría dicha figura jurídica, ya que no tenemos las herramientas jurídicas para que ello suceda, caso contrario es el del derecho civil español, en cuyo numeral 1 del artículo 567-2 del Código de Cataluña, menciona los requisitos para la constitución del derecho de vuelo, veamos:

“1. El derecho de vuelo debe constar necesariamente en escritura pública, que debe contener, al menos, los siguientes datos:

a) El número máximo de plantas, edificios, si procede, y elementos privativos que pueden construirse, de acuerdo con la normativa urbanística y de la propiedad horizontal vigentes en el momento de constituirse el derecho.

b) Los criterios que deben aplicarse en la determinación de las cuotas de participación que corresponden a los elementos privativos situados en las plantas o edificios nuevos y las que corresponden a los situados en las plantas o edificios preexistentes, que deben garantizar la proporcionalidad adecuada entre todas.

c) El plazo para ejercerlo, que no puede superar en ningún caso, sumándole las prórrogas, los treinta años.

d) El precio o contraprestación que, si procede, debe satisfacer la persona que adquiere el derecho, o bien la forma en que se valora este si se reserva. (...)” (el resaltado es propio)

Como puede verse, en la legislación española si se ha reconocido imperativamente que a quien se le ha reconocido un derecho de vuelo tiene como plazo máximo para realizar la construcción, situación que no encontramos en nuestro régimen legal, ya que imperativamente nuestra legislación sobre la materia no ha estipulado ningún mecanismo de exigencia a favor del titular de la unidad inmobiliaria superior, con la finalidad de que pueda ésta hacerle frente al titular de la unidad inmobiliaria inferior.

VI. CONCLUSIONES

En ese sentido, podemos concluir que nuestra postura es acorde con lo resuelto por el Tribunal Registral en la resolución de análisis y, por ende, estamos en contra de los criterios adoptados en ambos acuerdos plenarios. Respecto al acuerdo plenario referido a la independización de aires sobre aires recientemente adoptado, la crítica va sustentada sobre todo en el ámbito de las implicancias que atraería ello en nuestro sistema jurídico.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AVENDAÑO, Jorge y AVENDAÑO, Francisco (2017). Derechos Reales, PUCP.

AVENDAÑO, Francisco. Artículo 958: Propiedad Horizontal. En Código Civil Comentado. Tomo V, Derecho Reales.

COCA, Saúl 2020 Extensión de la propiedad: subsuelo, sobresuelo y espacio aéreo (artículo 954 del Código Civil). <https://lpderecho.pe/extension-propiedad-subsuelo-sobresuelo-espacio-aereo/>

ESCOBAR, Maritha. (2019). Artículo 87. Inscripción de junta de propietarios. En Comentarios al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. SUNARP, Lima, pp. 268.

GARCÍA, Carmen (2019). Artículo 84. Ámbito de aplicación de la propiedad exclusiva y propiedad común. En Comentarios al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. SUNARP, Lima.

GARCÍA, Carmen (2019). Artículo 83. Inscripción de acto previo al reglamento interno. En Comentarios al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. SUNARP, Lima.

GUARNIZ ISQUIERDO, A. (1996). ¿Dueño del aire? El problema de la propiedad predial del sobresuelo”. En *Ius Et Veritas*. Lima, N° 12, pág. 172.

MENDOZA, Gilberto (2017). ¿Aires o azotea? En Enfoque Derecho, THEMIS. <https://www.enfoquederecho.com/2017/01/13/aires-o-azotea/>

MENDOZA, Gilberto (2016) Precedentes y acuerdo del tribunal registral. Recuperado de https://www.parthenon.pe/columnas/efemerides-registrales/precedentes-y-acuerdos-del-tribunal-registral/#_ftnref5

Parlamento de Cataluña (2006). Ley 05/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a derechos reales. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-11130>

Resolución del Tribunal Registral de fecha 23 de septiembre del 2011.

Resolución del Tribunal Registral de fecha 21 de junio del 2013.

RIVERA, Raúl. Código Civil Comentado. En Gaceta Jurídica, pag. 326.

SALA PLENA DEL TRIBUNAL REGISTRAL (2021) <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1888809/CCXLIII-PLENO-TR-SUNARP.pdf>

TORRES, Aníbal (2016). Propiedad Horizontal. En Revista Jurídica “Docencia et Investigatio”. Facultad de Derechos y Ciencia Política – UNMSM, Lima, Vol. 18.



PERÚ

Ministerio
de Justicia

Superintendencia Nacional de Registros Públicos
SUNARP

TRIBUNAL REGISTRAL

RESOLUCIÓN N.º 200-2020-SUNARP-TR-T

Trujillo, 18 de febrero de dos mil veinte.

APELANTE : **JUAN JOSÉ SALAZAR DELGADO**
TÍTULO : **1944123 – 2019 del 16.8.2019**
INGRESO : **H.T. 09 07 – 2019 – 001845 del 18.11.2019**
PROCEDENCIA : **ZONA REGISTRAL N.º IX – SEDE LIMA**
REGISTRO : **DE PREDIOS DE LIMA**
ACTO(S) : **MODIFICACIÓN DE INDEPENDIZACIÓN,
 AMPLIACIÓN DE FÁBRICA Y DE REGLAMENTO INTERNO**

SUMILLA(S) :
Independización de aires sobre aires

Es improcedente la solicitud de inscripción de independización de aires sobre aires.

1. ACTO CUYA INSCRIPCIÓN SE SOLICITA Y DOCUMENTACIÓN PRESENTADA:

Mediante el título venido en grado de apelación se solicita la inscripción de la modificación de independización y de reglamento interno respecto del predio matiz inscrito en la partida electrónica 11714360 del Registro de Predios de Lima. Para tal efecto se adjuntaron los siguientes documentos¹:

- Convocatoria a asamblea general extraordinaria de propietarios suscrita por el recurrente.
- Copia certificada del acta de junta de propietarios del 19.5.2019 por la notaria de Lima Mercedes Cabrera Zaldívar el 15.8.2019.
- Formulario registral n.º 2 – Ley 27157 suscrito por Crisbeth Cary Cervantes, Neil Remy Córdova Cruz, Juan José Salazar Delgado (en representación de Carlos Antonio Salazar Delgado y Emilia Agustina Bardales Aliaga) y el Arq. Annibal Ramírez Saldaña, con sus firmas certificadas por la notaria de Lima Mercedes Cabrera Zaldívar el

¹ También se ha acompañado dos juegos de copias simples.

RESOLUCIÓN N.º 200-2020-SUNARP-TR-T

13.8.2019.

- Parte notarial de la escritura pública n.º 900 del 31.7.2019 extendida por el notario de Lima Jesús Edgardo Vega Vega.
 - Certificado de parámetros urbanísticos y edificatorios n.º 0729-2018-SGOP-GDU/MDSMP del 23.7.2018 otorgado por la Municipalidad Distrital de San Martín de Porres.
 - Informe técnico de verificación suscrito por el Arq. Annibal Ramírez Saldaña, con su firma certificada por la notaria de Lima Mercedes Cabrera Zaldívar el 13.8.2019.
 - Planos de ubicación-localización, distribución e independización suscritos por el Arq. Annibal Ramírez Saldaña, con su firma certificada por la notaria de Lima Mercedes Cabrera Zaldívar el 13.8.2019.
- Con el reingreso de fecha 8.11.2019 se adjuntaron²:
- Anexo n.º 4 – Ley 27157 suscrito por el Arq. Annibal Ramírez Saldaña.
 - Cuatro convocatorias a asamblea general extraordinaria de propietarios suscrita por el recurrente.
 - Copia certificada de la reapertura de acta de junta de propietarios del 19.10.2019 por la notaria de Lima Mercedes Cabrera Zaldívar el 6.11.2019.
 - Parte notarial de la escritura pública aclaratoria n.º 1398 del 7.11.2019 extendida por el notario de Lima Jesús Edgardo Vega Vega.

II. DECISIÓN IMPUGNADA:

El título fue observado en dos oportunidades. Con fecha 12.11.2019 el registrador Remigio Aparicio Rojas Espinoza emitió la segunda esquila materia del presente recurso, bajo los fundamentos que se reproducen cabalmente a continuación:

MODIFICACIÓN DE INDEPENDIZACIÓN Y DE REGLAMENTO INTERNO

Viso el reingreso es preciso señalar lo siguiente:

1.- Revisado el Módulo de Notarios de la SUNARP se advierte que no consta incorporada la autorización del presentante Juan Jose Salazar Delgado para la presentación de la copia certificada de la Reapertura de Acta del 19/10/2019 adjuntada. Lo expuesto de conformidad con la Séptima Disposición Complementaria Transitoria y Final del Decreto Legislativo N° 1232. Sin perjuicio de lo señalado se deja constancia de los siguientes defectos:

2.- Subsiste el punto 2 de la observación formulada toda vez que respecto a las áreas que constituyen "aires sobre aires" se está solicitando la independización de las unidades sección N° 5, sección N° 6, sección N° 7 lo cual no resulta procedente. Cabe precisar que la resolución del Tribunal Registral N° 751-2019 a la que se hace referencia al reingreso trata sobre "reserva de aires" que no implica independización alguna. En su caso deberá reformular solicitud incorporando en el reglamento interno la cláusula reserva de aires, esto es el derecho que se le reconoce a una persona para sobreelevar o

² También se ha acompañado dos juegos de copias simples. Adicionalmente se adjuntó otro parte original de la escritura pública aclaratoria n.º 1398 del 7.11.2019.

RESOLUCIÓN N.º 200-2020-SUNARP-TR-T

construir en una edificación.

" 2.- Por otro lado, se acuerda desafectar el área común del 3er, 4to, 5to piso y azotea las cuales constituirían nuevas unidades Sección N° 4, sección N° 5, sección N° 6, sección N° 7 respectivamente, al respecto se debe precisar que no procede la independización de la sección N° 5, sección N° 6, sección N° 7 por cuanto constituyen consituyen aires sobre aires, siendo procedente únicamente la independización del piso inmediato superior al último nivel construido, esto es la sección 4 ubicado en la azotea. Criterio establecido mediante Resolución del Tribunal Registral N° 1551-2011-SUNARP-TR. Sirvase aclarar al respecto".

3.- Respecto al punto 3 se reitera que la desafectación de los aires de la sección 4 (ahora tercer piso) no comprende todo el nivel ya que también comprenden zonas comunes conforme al plano, por lo que deberá acordar la junta de propietarios el área que se desafecta lo cual no consta en la reapertura de acta del 19/10/2019 adjuntado.

" 3.- Sin perjuicio de lo señalado, en cuanto a la desafectación de los aires de la sección 4 (azotea) no se describe en la sesión de junta de propietarios el área materia de desafectación toda vez que no comprende todo el nivel ya que existen zonas comunes, dicha descripción tampoco consta en la escritura pública de adjudicación del 31/07/2019, sirvase subsanar".

4.- Así también, subsiste el punto 5 toda vez que en la reapertura de acta del 19/10/2019 no se ha incorporado el contenido del reglamento interno y memoria descriptiva que la junta estaría aprobando:

"5.- Se adjunta documento privado de reglamento interno y memoria descriptiva con firmas certificadas notarialmente, sin embargo no han sido materia de calificación por cuanto su contenido no ha sido previamente aprobado por la junta de propietarios en la sesión del 19/05/2019 ni en la escritura pública del 31/07/2019, cabe precisar que se trataría de una modificación de reglamento interno inscrito y no de uno nuevo. Lo expuesto de conformidad con el artículo 86 del Reglamento de Inscripciones del Registro e Predios. Sirvase subsanar a fin de proceder con la calificación integral del presente título".

5.- En cuanto al punto 6 de la observación formulada, corresponde que aclare el contenido de la clausula segunda sobre objeto del contrato sin embargo se aclara incluyendo la clausula 1.4 lo cual ocasiona confusión toda vez que en la escritura pública primigenia ésta forma parte de la clausula primera sobre antecedentes. Sirvase aclarar y en su caso consignar la numeración correcta a la clausula aclaratoria.

* Se deja constancia que toda modificación y/o subsanación deberá realizarse con la misma formalidad con la que fue otorgado el documento original (Art.1413 del Código Civil).

Base legal: Art 2011 C.C.; Numeral V del Título preliminar y Arts. 7, 8, 31 y 32 del Reglamento General de los Registros Públicos; T.U.O. del Reglamento de la Ley 27157; Arts. 153 y 201 de la Ley de Procedimientos Administrativos General, Ley 27444. La liquidación es sujeto de variación según reintegro.

Derechos Pendientes de Pago S/ 0.00
Lima, 12 de Noviembre de 2019.

III. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN:

El señor Salazar interpuso recurso de apelación presentado el 18.11.2019 por la Oficina Registral de Lima, bajo los argumentos que se resumen a continuación:

- Respecto a la primera observación cabe señalar que la notaria Mercedes Cabrera Zaldívar sí realizó la acreditación del Sr. Juan José Salazar

RESOLUCIÓN N.º 200-2020-SUNARP-TR-T

Delgado para la presentación de la copia certificada de libro denominado actas de la junta de propietarios del edificio ubicado en el lote 11, manzana N, jirón Sánchez Cerro, urbanización Mesa Redonda, distrito de San Martín de Porres, Lima.

- Respecto a la segunda observación, conforme el criterio expuesto en la resolución n.º 751-2019-SUNARP-TR-L, los aires constituyen «*el derecho que se reconoce a una persona de sobreelevar una edificación, es decir, construir plantas adicionales a las ya existentes o sobre el suelo de un terreno sin construir...*»; en ese sentido, sí resultaría procedente la inscripción de la cláusula de reserva de aires sobre aires. Es decir, dividir los aires en secciones o espacios superpuestos unos a otros. Criterio que concuerda con el artículo 954 del Código Civil, referente a la extensión del derecho de propiedad. De igual manera, debe tenerse en cuenta el inciso h) del artículo 40 de la Ley 27157, el numeral 5.7 de la Directiva n.º 009-2008-SUNARP/SN y el artículo 135 del D.S n.º 035-2006-VIVIENDA. Siendo así, los aires pueden haber sido reservados (con o sin independización) por el constructor, lo que debe constar en el reglamento interno inscrito.
- Respecto a la tercera observación se deberá tomar en consideración el cuadro inserto en la reapertura de acta del 19.10.2019 y en la escritura pública aclaratoria del 7.11.2019. Es decir, como resultado de la modificación de fábrica y consiguiente modificación de la independización y el reglamento interno, se deberá realizar la desafectación de área común y adjudicación de zonas de dominio exclusivo; en ese sentido, se precisa que el área ocupada a desafectar es de 137.04 m² que correspondería a la proyección de aires, es decir, las nuevas unidades de sección n.º 4, sección n.º 5, sección n.º 6 y sección n.º 7.
- Respecto a la cuarta observación hacemos la aclaración que se trata de un error material en el acta de junta de propietarios, por no haberse señalado en su redacción que se proporcionó a los asistentes y se dio lectura del contenido del reglamento interno y la memoria descriptiva. Los asistentes a la sesión del 19.10.2019 ratificaron y manifestaron que tienen pleno conocimiento del contenido del reglamento interno y memoria descriptiva presentados, habiéndose procedido a firmar y certificar las firmas de los asistentes notarialmente en señal de conformidad.
- Respecto a la quinta observación se aclara que la ampliación de una nueva cláusula del objeto del contrato correspondería a la cláusula 2.4 de la escritura pública del 31.7.2019.

IV. ANTECEDENTE REGISTRAL:

RESOLUCIÓN N.º 200-2020-SUNARP-TR-T

Las partidas registrales directamente vinculadas al título bajo análisis son las n.ºs 11714360 (matriz), 11945121 y 11945122 del Registro de Predios de Lima.

V. PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES:

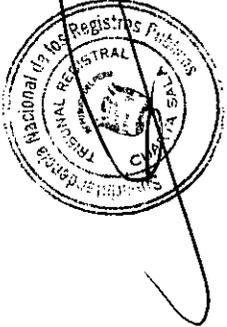
Interviene como ponente la vocal (s) Yovana del Rosario Fernández Mendoza

El registrador Rojas rechazó la inscripción del título alzado por las siguientes razones: **i)** no consta incorporado en el módulo de notarios al presentante Juan José Salazar Delgado; **ii)** no procede la independización de las secciones 5, 6 y 7 porque constituyen aires sobre aires, según el criterio establecido en la resolución n.º 1551-2011-SUNARP-TR-L; **iii)** no consta en la reapertura de acta del 19.10.2019 el acuerdo de desafectación de los aires de la sección 4; **iv)** el reglamento interno y la memoria descriptiva no han sido aprobados por la junta de propietarios en la reapertura de acta del 19.10.2019; y, **v)** se aclare el contenido de la cláusula segunda de la escritura aclaratoria.

El recurrente, por su parte, ha cuestionado todas las observaciones antedichas argumentando lo siguiente: **i)** se ha cumplido con lo señalado para la presentación de copias certificadas por persona distinta; **ii)** conforme a la resolución n.º 751-2019-SUNARP-TR-L, sí procede la reserva de aires sobre aires, con o sin independización; **iii)** sobre la desafectación de la sección 4 se deberá tener en cuenta el cuadro inserto en la reapertura de acta y la escritura pública aclaratoria; **iv)** el reglamento interno y la memoria descriptiva sí han sido ratificados por la junta de propietarios en la reapertura de acta del 19.10.2019; y, **v)** se ha aclarado el contenido de la cláusula segunda de la escritura aclaratoria.

De lo expuesto y del análisis del caso, a criterio de esta Sala las cuestiones a determinar en el presente título son las siguientes:

1. Si debe incorporarse en el módulo de notarios al presentante del título bajo análisis.
2. Si procede la independización de aires sobre aires como secciones exclusivas.
3. Si en la reapertura de acta del 19.10.2019 consta el acuerdo de desafectación de los aires de la sección 4.
4. Si el reglamento interno y la memoria descriptiva han sido ratificados por la junta de propietarios en la reapertura de acta del 19.10.2019.
5. Si corresponde que la cláusula segunda de la escritura aclaratoria sea aclarada.



RESOLUCIÓN N.º 200-2020-SUNARP-TR-T**VI. ANÁLISIS:**

1. En lo que respecta a la primera cuestión controvertida, el registrador Rojas observa que la notaria de Lima, Mercedes Cabrera Zaldívar, no ha consignado en el módulo «Sistema Notario» el nombre completo y número de documento de identidad del presentante de este título, Juan José Salazar Delgado, respecto de la copia certificada del acta de reapertura de fecha 19.10.2019.
2. El tema de la presentación cautiva de documentos otorgados con intervención del notario, como son las copias certificadas, se encuentra regulado en la séptima disposición complementaria, transitoria y final del Decreto Legislativo n.º 1049, modificado por el Decreto Legislativo n.º 1232, de la siguiente manera:

«Sétima. - La presentación de partes notariales y **copias certificadas** en los distintos registros del Sistema Nacional de los Registros Públicos, según corresponda, deberá ser efectuada por el notario o por sus dependientes acreditados ante la SUNARP.

Luego de la presentación, el notario podrá entregar la solicitud de inscripción del título al interesado para que éste continúe la tramitación del procedimiento, bajo su responsabilidad.

Excepcionalmente, a solicitud y bajo responsabilidad del interesado, los partes notariales y las **copias certificadas** podrán ser presentados y tramitados por persona distinta al notario o sus dependientes. El notario al expedir el parte o la copia certificada deberá consignar en estos instrumentos el nombre completo y número de documento de identidad de la persona que se encargará de la presentación y tramitación.

Para la presentación de los instrumentos ante el Registro, el notario acreditará a su dependiente a través del módulo “Sistema Notario” que administra la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP. **Tratándose de la excepción prevista en el párrafo precedente, el notario incorporará en el Módulo “Sistema Notario” los datos de la persona distinta que presentará el parte notarial o la copia certificada.**

Las oficinas registrales no admitirán, bajo responsabilidad, la presentación de testimonios o boletas notariales.» (El resaltado es nuestro)

De acuerdo al precepto antes acotado, para la presentación excepcional de copias certificadas al Registro por parte de persona distinta del notario y sus dependientes, se requiere la autorización expresa por el notario, que debe constar tanto en la copia certificada como en el módulo «Sistema Notario» que aquel administra.
3. En el presente caso, se advierte que la notaria Mercedes Cabrera Zaldívar sí ha consignado en la copia certificada del acta de reapertura de fecha 19.10.2019 el nombre completo y número de documento de identidad del señor Juan José Salazar Delgado, encargado de la

RESOLUCIÓN N.º 200-2020-SUNARP-TR-T

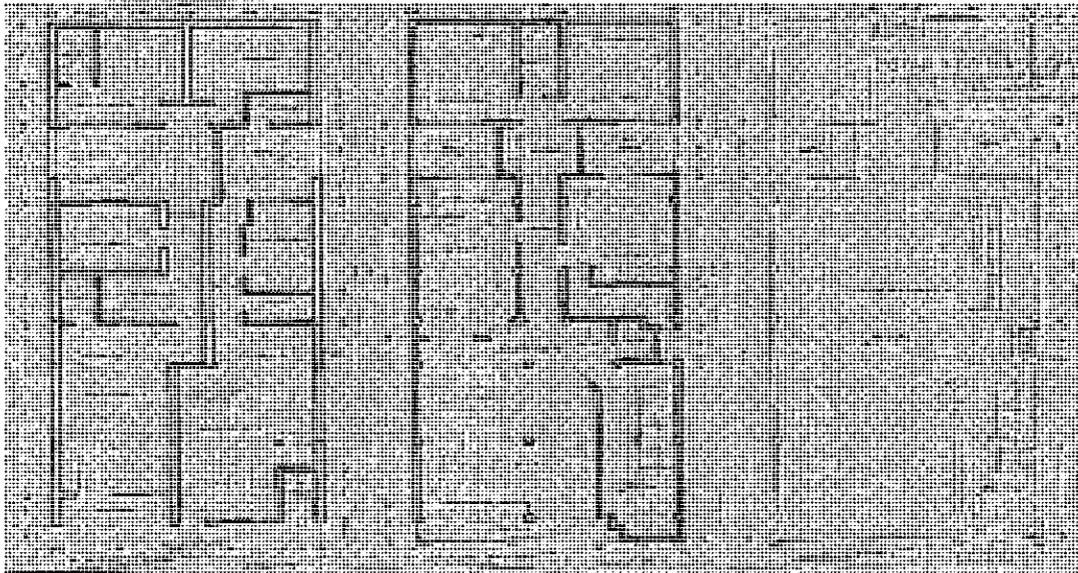
presentación y tramitación del título bajo análisis; sin embargo, no se verifica que haya incorporado en el módulo «Sistema Notario» que administrada dicha notaria los datos del referido presentante con relación a la copia certificada del acta de reapertura de junta de propietarios de fecha 19.10.2019. Únicamente constan registradas en dicho sistema, con relación al inmueble *submateria*, las actas de junta de propietarios de fechas 14.4.2019 y 19.5.2019, y otro registro sin referencia a ningún documento (solo se observa la fecha de alta el 7.11.2019). En consecuencia, al no haberse cumplido con incorporar en el módulo de notarios al presentante de este título con relación a la copia certificada del acta de reapertura de fecha 19.10.2019, o, por lo menos, no figura alguna referencia a esta acta, corresponde **confirmar el numeral 1** de la esquila de observación de la primera instancia.

4. La segunda controversia planteada consiste en determinar si procede la independización de aires sobre aires como secciones exclusivas. El Registrador, sustentándose en el criterio establecido en la resolución n.º 1551-2011-SUNARP-TR-L, señala que no procede la independización de las unidades inmobiliarias signadas como sección n.º 5, sección n.º 6 y sección n.º 7, por cuanto constituyen aires sobre aires, siendo únicamente procedente la independización del piso inmediato superior al último nivel construido, esto es la sección n.º 4 ubicada en la azotea. El recurrente, por el contrario, sustentándose en el criterio expuesto en la resolución n.º 751-2019-SUNARP-TR-L, argumentó que sí resulta procedente la inscripción de la cláusula de reserva de aires sobre aires, con o sin independización.

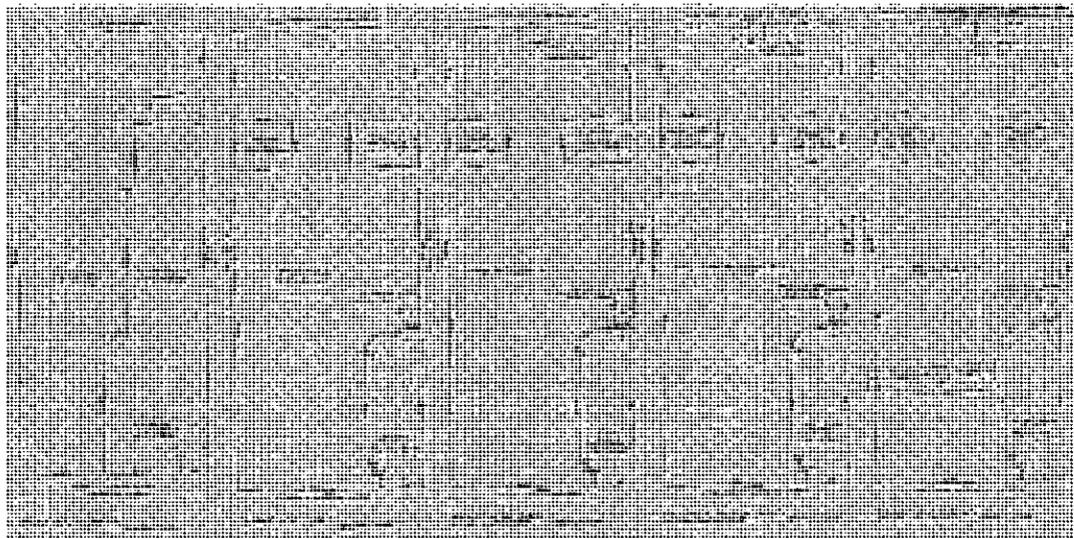
5. Para entender claramente el caso bajo análisis y determinar si les resultan aplicables los criterios de esta instancia expuestos en las resoluciones señaladas tanto por el Registrador como por el recurrente, reproducimos a continuación los gráficos de los planos de distribución (lámina A-01) y de independización (lámina I-01) presentados:

Plano de distribución (lámina A-01)

RESOLUCIÓN N.º 200-2020-SUNARP-TR-T



Plano de independización (lámina I-01)



6. De la lectura de los planos antes reproducidos se tiene que la construcción del inmueble ubicado en el lote 11, manzana N, jirón Sánchez Cerro, urbanización Mesa Redonda, distrito de San Martín de Porres, provincia y departamento de Lima, se compone de dos pisos y una azotea. Esta azotea, que sería el tercer piso, son los «aires» de la edificación (compuesta por los dos pisos). Luego tenemos que se han proyectado para futura construcción los pisos 4º y 5º más una azotea (que sería el 6º piso), correspondiente a las unidades inmobiliarias denominadas secciones 5, 6 y 7, respectivamente. Estos pisos 4º y 5º más la azotea (6º piso) vendrían a ser los aires de los aires, es decir, los aires de la azotea ubicada en el tercer piso. Bajo el presente título se solicita independizar dichos aires de los aires constituidos por las secciones 5, 6 y 7, ubicadas, en ese orden, en los pisos 4º, 5º y azotea (6º piso), a cada una de las cuales se les ha asignado porcentaje de

RESOLUCIÓN N.º 200-2020-SUNARP-TR-T

participación³. Para el Registrador la independización de dichas secciones no es posible según el criterio establecido en la resolución n.º 1551-2011-SUNARP-TR-L, mientras que para el recurrente sí, según el criterio expuesto en la resolución n.º 751-2019-SUNARP-TR-L. Veamos si las citadas resoluciones resuelven títulos con las mismas características que el título alzado, a fin de determinar si procede o no, una u otra, aplicarla al caso bajo examen.

7. En la resolución n.º 1551-2011-SUNARP-TR-L la rogatoria consistió en la inscripción de la declaratoria de fábrica, reglamento interno e independización. Según el considerando 5 de su análisis, de los planos y reglamento interno se advierte de la existencia de *aires reservados sin independización y sin porcentaje de participación*, es decir, el usuario pretendió reservar para los departamentos 701 y 602 los aires que están sobre la azotea. Es decir, *reserva de aires sobre aires (azotea)*. El Tribunal concluyó que la reserva de aires sobre aires no puede ser materia de reserva.

8. Como se ve, el caso planteado en la citada resolución n.º 1551-2011 no tiene las mismas características que el caso bajo examen, pues mientras que en aquella se trata de una *reserva de aires sobre aires sin independización y sin porcentaje de participación*, en este estamos ante una *independización de aires sobre aires y con porcentajes de participación*. En tal sentido, no teniendo ambos títulos las mismas características, no puede dárseles el mismo trato, por lo que no resulta aplicable al caso bajo análisis.

9. En la resolución n.º 751-2019-SUNARP-TR-L la rogatoria consistió en la demolición parcial, ampliación de fábrica, modificación de reglamento interno, independización y otros actos. Según su considerando 18, en el reglamento interno se pactó la siguiente cláusula: *«los aires ubicados en el 5º piso, 6º piso, quedan reservados para futura construcción, a favor de la sección 2, sección 6 y sección 7, en proyección de sus áreas ocupadas del 4º piso, que tengan su derecho, en un área de 186.00 m2 y en proyección de sus linderos y medidas perimétricas, respetando las áreas comunes...»*, es decir, el usuario pretendió reservar para las secciones 2, 6 y 7 (ubicadas en el tercer piso) los aires que están proyectados sobre los pisos 5º y 6º. Es decir, también *reserva de aires sobre aires*. Se entiende que dicha *reserva es sin independización y sin asignación de porcentaje*, por cuanto se ha señalado de forma expresa «reserva de

³ Según el artículo 6 del reglamento interno, los porcentajes asignados a dichas secciones son: Aires Sección 5: 16.25 %; Aires Sección 6: 16.25 %; Aires Sección 7: 16.25 %.

RESOLUCIÓN N.º 200-2020-SUNARP-TR-T

aires». El Tribunal concluyó, en este caso, que sí procede la inscripción pero de la cláusula de reserva de aires sobre aires..

10. Como se ve, el caso planteado en la citada resolución n.º 751-2019 tampoco tiene las mismas características que el caso bajo examen, pues –del mismo modo– mientras que en aquella se trata de una *reserva de aires sobre aires sin independización y sin porcentaje de participación*, en el caso materia de análisis estamos ante una *independización de aires sobre aires y con porcentajes de participación*. En tal sentido, no teniendo ambos títulos las mismas características, no puede dárseles el mismo tratamiento, por lo que las resoluciones citadas, no resultan aplicables al caso bajo análisis.
11. En reiterada jurisprudencia emitida por esta instancia⁴ se ha señalado que el término «aires», como tal, no se encuentra definido normativamente; sin embargo, de la interpretación de los artículos 954⁵ y 955⁶ del Código Civil, 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 distinto que el dueño del suelo, se hace posible extraer su significado.
12. Sobre la base de dichas normas es posible afirmar que 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. De manera ordinaria y para ejemplificar, sería el derecho que tiene el propietario de una casa de un piso para seguir edificando, si lo desea, un segundo o tercer piso y así de modo indefinido dentro de los límites del perímetro superficial de su predio, respetando, claro está, los parámetros urbanísticos y edificatorios respectivos.
13. Con esa misma orientación se promulgó la Ley n.º 27157, Ley de Regularización de Edificaciones del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y Propiedad Común, publicada en el diario oficial «El Peruano» el 20.7.1999, al establecer que son bienes de propiedad común, los sótanos

⁴ Véase por todas las resoluciones n.º 028-2007-SUNARP-TR-L del 12.1.2007 y n.º 366-2009-SUNARP-TR-A del 23.10.2009.

⁵ «Artículo 954.- 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. La propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales».

⁶ «Artículo 955.- El subsuelo o el sobresuelo pueden pertenecer, total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo».

RESOLUCIÓN N.º 200-2020-SUNARP-TR-T

y azoteas, salvo que en los títulos de propiedad de las secciones aparezcan cláusulas en contrario (artículo 40, literal 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.

14. Ahora bien, es aceptado, tanto a nivel de doctrina como a nivel de derecho positivo, que el presupuesto de orden objetivo para la constitución del denominado régimen de propiedad horizontal (denominado en la Ley 27157 régimen de propiedad exclusiva y propiedad común), es **la existencia de una edificación** dividida en secciones, tanto exclusivas como comunes; ello se pone de manifiesto en lo normado en el artículo 83 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios en donde se prevé que «(p)ara la inscripción del Reglamento Interno **deberá inscribirse previamente la respectiva declaratoria de fábrica, salvo disposición expresa en contrario**». Como es de entenderse, esta norma se fundamenta en una exigencia de orden lógico: si se quiere dividir una unidad inmobiliaria, es preciso que el inmueble tenga una entidad física, sólida, que exista; de manera que sobre la base de dicho contenido físico se pueda determinar en concreto los límites y cabida de cada sección exclusiva y común.⁷

15. Por su parte, en la Directiva N.º 009-2008-SUNARP/SN aprobada por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N.º 340-2008-SUNARP/SN, se establecen criterios para la calificación e inscripción del régimen de propiedad exclusiva y común, señalando lo siguiente, en cuanto a la *reserva de aires*:

«5.5. Inscripción de los aires

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

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

Similar disposición la encontramos en los dos últimos párrafos del artículo 63 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios.⁸

⁷ Así se ha señalado en la resolución n.º 187-2012-SUNARP-TR-A del 20.4.2012.

⁸ «Artículo 63.- Independización de unidades inmobiliarias sujetas a los regímenes establecidos en la Ley N° 27157

RESOLUCIÓN N.º 200-2020-SUNARP-TR-T

De lo establecido en las normativas especial y reglamentaria, se tiene que la reserva de aires puede efectuarse de dos formas: a) reserva de aires con independización; y, b) reserva de aires sin independización. Si se opta por independizar los aires deberá asignarse un porcentaje de participación en los bienes comunes, así como debe contarse con un área proyectada de acceso. Si se opta por no independizar, se dejará constancia de la reserva de los aires en asiento específico de la partida registral del predio matriz o de otra partida vinculada.

16. Adicionalmente, en el CXLIX Pleno del Tribunal Registral, realizado en sesión extraordinaria modalidad no presencial los días 2 y 3 de mayo de 2016 se aprobó el siguiente acuerdo plenario:

«Azotea o aires

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

17. En el caso que nos ocupa, el propietario pretende independizar los aires sobre los aires que son las secciones 5, 6 y 7, ubicadas, en ese orden, en los pisos 4º, 5º y azotea (6º piso) proyectados, a cada una de las cuales se les ha asignado porcentaje de participación. Dichos aires que son equivalentes a azotea se ubican en el tercer piso. Como se puede advertir, el usuario pretende independizar los aires que están encima de la sección 4 (ubicado en el tercer piso o azotea) que actualmente no existe, ya que como queda claro de los planos de distribución e independización presentados, la edificación consta de dos pisos o niveles más una azotea (donde se ubica la sección 4).

18. En la Norma G.040 del Reglamento Nacional de Edificaciones se conceptúa que azotea *«(e)s el nivel accesible encima del techo del último nivel techado. La azotea puede ser libre o tener construcciones de acuerdo con lo que establecen los planes urbanos»*. A partir del concepto desarrollado en dicha norma, podemos inferir que en el caso que nos ocupa, la azotea del edificio (tercera planta), al no contener edificación alguna (pues se ha proyectado para futura ampliación), está constituida por una zona libre, que conforme consta en los planos presentados y en el reglamento interno comprende los «aires sección 4» y áreas comunes.

[...]

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

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

RESOLUCIÓN N.º 200-2020-SUNARP-TR-T

19. Lo cierto y concreto es que actualmente dicha sección 4 constituye un área libre, sin edificación, por ello es que en el plano de independización consta proyectada para futura construcción. Esta circunstancia ciertamente habilita al titular de dicha sección –siempre que los parámetros urbanísticos y edificatorios y las normas de edificación vigentes lo permitan– para que pueda edificar en la azotea (tercer piso), es decir, sobreelevar la edificación construyendo nuevos pisos o niveles a los ya existentes.

Sin embargo, en tanto no se efectúe tal ampliación de edificación, lo que existirá encima del último nivel techado, será siempre nada, es decir, un vacío que se extiende desde el plano exterior del techo del cuarto piso *ad infinitum*. Este vacío, en la medida que no tiene contenido físico, no es factible ser dividido en planos superpuestos, como lo pretende el usuario con las independizaciones de las secciones 5 (4º piso), 6 (5º piso) y 7 (6º piso o azotea), por la misma razón tanto de orden lógico como de orden normativo ya indicada: no existe un elemento objetivo, real, físico, concreto, que pueda delimitar el vacío existente en planos horizontales; y, por cuanto se exige, a nivel normativo, que el régimen de secciones superpuestas unas a otras, se fundamente siempre en una edificación cierta, existente, actual.

De esta manera, para este Tribunal queda claro que **constituye un prerequisite o condición la existencia de una edificación y su correspondiente inscripción de declaratoria de fábrica, para poder dividirla (independizar) en secciones de propiedad exclusiva y propiedad común superpuestas en planos horizontales, salvo el último nivel.**

Adicionalmente, no se puede admitir dividir los aires en secciones o espacios superpuestos unos a otros, por cuanto, de tolerar tal circunstancia, se vaciaría de contenido la disposición del artículo 83 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios ya citada, lo cual nos conduciría al extremo absurdo de tener que acceder a la inscripción de regímenes de propiedad exclusiva y propiedad común sin que previamente exista inscrita declaración de fábrica alguna, o proyecto de edificación aprobado por autoridad municipal competente, anotado preventivamente a nivel de predeclaratoria de fábrica –incluso para terrenos llanos– lo cual constituiría un despropósito que vulneraría la seguridad jurídica que es la razón de ser de la institución registral.⁹

⁹ Bajo similar criterio se ha resuelto en la resolución n.º 187-2012-SUNARP-TR-A del 20.4.2012.

RESOLUCIÓN N.º 200-2020-SUNARP-TR-T

20. Por lo demás, abona a nuestro argumento lo dispuesto en el numeral 5.9 de la Directiva n.º 009-2008-SUNARP/SN, respecto a la extensión de las unidades de propiedad exclusiva, del modo siguiente:

«La inscripción de las unidades de propiedad exclusiva puede extenderse al **área techada y al espacio vacío que corresponda a la planta que se encuentre**, según la proyección vertical y hasta los límites del perímetro. La extensión y ámbito de la propiedad privada se adquiere y transfiere con independencia de los límites impuestos por la zonificación.

El muro circundante de la edificación o el suelo se considera zona común esencial, sin que sobre ella proceda la desafectación». (El resaltado es nuestro)

De lo desarrollado en dicho precepto este Tribunal concluye que la inscripción de las unidades de propiedad exclusiva se extiende al área techada (área encerrada por el perímetro de la proyección de los techos *con cualquier tipo de cobertura*, sobre el plano del piso) y al espacio vacío que corresponda a la planta que se encuentre, por lo que no podría aceptarse como área integrante o área reservada del predio al espacio vacío superior, menos que se pretenda su independización, como ocurre en el presente caso.

21. En cuanto a las nomas citadas por el apelante (artículo 40, inciso h, de la Ley 27157¹⁰ y numeral 5.7 de la Directiva n.º 009-2008-SUNARP/SN¹¹) no hacen sino disponer que los aires se reputan zonas comunes, salvo que el reglamento interno establezca que tienen la condición de sección de propiedad exclusiva, no pudiendo inferirse de dichos preceptos que sea factible independizar aires sobre aires. Y, en lo que respecta a la invocada resolución n.º 751-2019-SUNARP-TR-L, hemos dicho en el considerando 10 de la presente resolución que por no tener las mismas características que el caso bajo examen, no le resulta aplicable.

22. Cabe dejar constancia –como ya se ha indicado en los considerandos anteriores– que el caso bajo examen no se trata de una cláusula de reserva de aires sobre aires, sino de una independización de aires sobre

¹⁰ «Artículo 40.- De los bienes de propiedad común

Los bienes de propiedad común pueden ser, según sea el caso:

[...]

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

[...].»

¹¹ «5.7. Condición jurídica de los aires

De conformidad con el artículo 40, inciso h), de la ley 27157 los aires se reputan zonas comunes, salvo que en los títulos de propiedad de las secciones aparezcan cláusulas en contrario por las cuales se les atribuya la condición de sección de propiedad exclusiva.

Para efectos registrales la cláusula en contrario consta en el reglamento interno, o en una modificación posterior en el que se apruebe el acto de reconocimiento de la propiedad preexistente de los aires, y que había sido omitida en la declaración inicial del reglamento interno. Para ello se requiere la votación favorable de 2/3 del porcentaje de participación de los propietarios.

Si el reglamento interno atribuye expresamente la condición de zona común a los aires será aplicable el artículo 135 del Decreto Supremo N° 035-2006-VIVIENDA, salvo que el reconocimiento de la propiedad preexistente se realice por unanimidad de los propietarios.»

RESOLUCIÓN N.º 200-2020-SUNARP-TR-T

aires. Si bien la cláusula de reserva de aires sobre aires (entiéndase sin independización) podría en un futuro independizarse, lo cierto es que esta Sala estima que para que ello ocurra previamente debe ampliarse la edificación, es decir, es un prerequisite o condición la existencia de una edificación y su correspondiente inscripción de declaratoria de fábrica. Entonces, se concluye que no puede admitirse que las secciones 5, 6 y 7, ubicadas (sin edificación alguna), respectivamente, en los pisos 4º, 5º y azotea (6º piso) proyectados, puedan independizarse, por cuanto ello implicaría independizar aires sobre aires.

Por lo expuesto, este Colegiado estima que **debe confirmarse el numeral 2** de la denegatoria de la inscripción decretada.

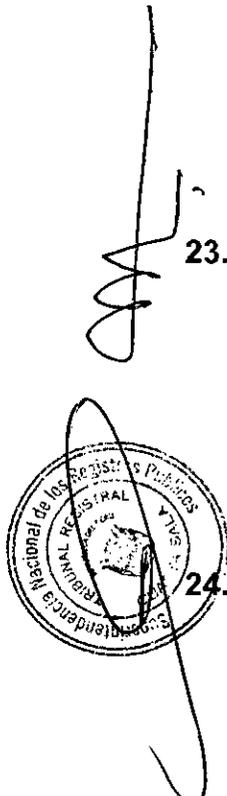
23. En lo que respecta a la tercera controversia, el Registrador observó que no consta en la reapertura de acta de junta de propietarios del 19.10.2019 el acuerdo de desafectación de los aires de la sección 4, toda vez que esta no comprende todo el nivel (tercer piso). El recurrente, por su parte, sugiere que se deberá tener en cuenta el cuadro inserto en dicha reapertura de acta y la escritura pública aclaratoria, a fin de que proceda la desafectación.

24. Al respecto, tenemos en la reapertura de acta de junta de propietarios del 19.10.2019 y en la escritura pública aclaratoria de fecha 7.11.2019 graficada en el siguiente cuadro la sección 4, ubicada en el tercer piso de la edificación (azotea):

Planta 3º piso	Sección N° 4 (aires)		Aires Zona común N° 1	
	Área Ocupada	137.04 m ²	Área Ocupada	16.26 m ²
	Área Techada	0.00 m ²	Área Techada	0.00 m ²
			Aires Pozo de luz N° 1	
			Área	5.10 m ²
			Aires Pozo de luz N° 2	
			Área	5.90 m ²
			Aires Ducto N° 1	
			Área	1.20 m ²
			Aires Ducto N° 2	
			Área	0.90 m ²

De igual modo, en la cláusula 2.1 de la escritura pública aclaratoria de fecha 7.11.2019 tenemos la siguiente referencia: «*Entiéndase, que teniendo los aires no independizados la tratativa de zonas comunes, el área materia de desafectación de los aires de la sección N° 4 (azotea) y sus proyecciones (sección N° 5, sección N° 6 y sección N° 7) **corresponde únicamente al área ocupada por los mismos***» (la negrita es nuestra).

25. Como vemos, claramente consta que la junta de propietarios de la edificación del predio *submateria* acordó únicamente desafectar el área ocupada de la sección N° 4 (azotea), en este caso 137.04 m², mas no las áreas comunes (zona común 1, pozos de luz 1 y 2, y ductos 1 y 2) que en



RESOLUCIÓN N.º 200-2020-SUNARP-TR-T

el piso 3 se grafican. En consecuencia, **se revoca el numeral 3** de la denegatoria de la inscripción decretada.

26. En cuanto a la cuarta controversia, el Registrador ha cuestionado que el reglamento interno y la memoria descriptiva no hayan sido ratificados por la junta de propietarios en la reapertura de acta de fecha 19.10.2019. El recurrente afirma, por el contrario, que sí. Este Tribunal advierte que en la antedicha reapertura de acta (numeral 5) se transcribieron los términos de la observación de fecha 18.9.2019 del siguiente modo: *«(s)e adjunta documento privado de reglamento interno y memoria descriptiva con firmas certificadas notarialmente, sin embargo, no han sido materia de calificación por cuanto su contenido no ha sido previamente aprobado por la junta de propietarios en la sesión del 19/05/2019 ni en la escritura pública del 31/07/2019, cabe precisar que se trataría de una modificación de reglamento interno y no de uno nuevo (...)»*. A renglón seguido de la citada reapertura se da cuenta que esa falta de calificación se debió a una omisión por parte de la junta de propietarios en el acta de fecha 19.5.2019, por no haberse señalado en su redacción que se proporcionó y dio lectura a los asistentes el contenido del reglamento interno y la memoria descriptiva, por ello la junta se ratifica en esta nueva sesión en que tiene pleno conocimiento del contenido de dichos documentos. La referida ratificación consta, adicionalmente, en la cláusula 2.1 de la escritura pública aclaratoria de fecha 7.11.2019. En consecuencia, no cabe ninguna duda de que la junta de propietarios con la ratificación expuesta en la reapertura de acta de fecha 19.10.2019 tiene expreso conocimiento del contenido tanto del reglamento interno como de la memoria descriptiva; por tal motivo, **se revoca el numeral 4** de la denegatoria de la inscripción decretada.
27. Por último, el Registrador observa que la aclaración de la cláusula segunda sobre el objeto del contrato incluyendo la cláusula 1.4 de la escritura pública aclaratoria del 7.11.2019 genera confusión, pues esta cláusula (1.4) forma parte de la cláusula primera sobre antecedentes de la escritura pública primigenia. Al respecto, este Tribunal encuentra evidente que la numeración de la cláusula signada como «1.4» dentro de la cláusula segunda de la escritura pública aclaratoria está referida a la cláusula «2.4», cuyo contenido corresponde a una ampliación del objeto del contrato, tal y como consta en dicha escritura aclaratoria y según se ha señalado en el recurso de apelación. Por lo demás, constituye claramente un error material que no invalida en absoluto el contenido de la referida cláusula 2.4 (numeración correcta). En consecuencia, no existe ninguna confusión que merezca aclaración, como erróneamente lo afirma

RESOLUCIÓN N.º 200-2020-SUNARP-TR-T

el Registrador, por lo que **se revoca el numeral 5** de la denegatoria de la inscripción decretada.

Intervienen como vocales (s) José Arturo Mendoza Gutiérrez y Yovana del Rosario Fernández Mendoza, autorizados mediante la resolución n.º 269-2019-SUNARP/SN del 31.12.2019.

Por las consideraciones expuestas y por unanimidad se adoptó la siguiente decisión:

VII. RESOLUCIÓN:

PRIMERO: CONFIRMAR los numerales 1 y 2 de la observación de fecha 12.11.2019 dispuesta por la primera instancia.

SEGUNDO: REVOCAR los numerales 3, 4 y 5 de la observación de fecha 12.11.2019 dispuesta por la primera instancia, por los fundamentos desarrollados en la presente resolución.

Regístrese y comuníquese.



YOVANA DEL ROSARIO FERNÁNDEZ MENDOZA

Presidenta de la
Cuarta Sala del Tribunal Registral



WALTER E. MORGAN PLAZA

Vocal del Tribunal Registral



JOSÉ ARTURO MENDOZA GUTIÉRREZ

Vocal (s) del Tribunal Registral