

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**Facultad de Derecho**



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Registral

**Título: ¿Aires sobre aires creados por el Tribunal  
Registral?**

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

**Autora:**

*Brenda Camila Clemente Inga*

**Asesor:**

*Jorge Luis Gonzales Loli*

Lima, 2022

## **Resumen**

El presente trabajo es una continuación del trabajo académico anterior de la autora llamado “Análisis de la Resolución N° 200-2020-SUNARP-TR-T”, Pleno Registral CCXLIII en abril del 2021, en donde el Tribunal Registral determina que es procedente la independización de aires sobre aires siempre que se haya cumplido con asignar porcentajes de participación para las secciones exclusivas futuras, así como que se presente un plano de las áreas resultantes especificando su altura.

En ese sentido, se inicia analizando si es que el Tribunal Registral cuenta con las competencias necesarias para poder crear una nueva institución jurídica, para posteriormente realizar un análisis respecto a la naturaleza de esta nueva institución jurídica de aires sobre aires y así poder determinar finalmente si nuestro sistema jurídico se encuentra preparado para introducir la referida figura jurídica teniendo en cuenta que su sola creación no solo implica la vulneración a normas que se encuentran vigentes en la actualidad en el ámbito urbanístico sino que también involucra una vulneración a principios registrales teniendo como consecuencia generar un debilitamiento en el sistema registral peruano que ha venido avanzando con los años.

## **Abstract**

The present paper is a continuation of the author's previous academic paper called “Análisis de la Resolución N° 200-2020-SUNARP-TR-T”, being that the current paper focuses on analyzing both the legal and practical implications of the agreement adopted in the reached by the Pleno Registral CCXLIII in April 2021, where the Tribunal 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, as well as the plan of the areas and their height has been presented.

In this line, it begins by analyzing whether the Tribunal has the powers to create a new legal figure, to subsequently regarding the nature of this legal institution and thus finally be able to determine if our legal system is prepared to introduce new legal figures taking into account that its mere creation implies the violation of current regulations in the urban area and a violation of principles that regulate our registration system, resulting in a weakening of our system that has advanced during all these years.

## **Palabras clave**

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

## **Keywords**

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

## ÍNDICE ANALÍTICO

<b>I. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
<b>II. ANTECEDENTES DEL CCXLIII PLENO REGISTRAL.....</b>	<b>1</b>
II.1. Primer Acuerdo Plenario sobre Aires.....	1
II.2. La independización de aires sobre aires a criterio del Tribunal Registral.....	3
<b>III. ANÁLISIS DEL CCXLIII PLENO REGISTRAL.....</b>	<b>4</b>
III.1. Acuerdo Plenario sobre la Independización de Aires sobre Aires.....	4
III.2. Implicancias de la implementación de la figura de independización de aires sobre aires.....	5
III.2.1. ¿Puede el Tribunal Registral crear instituciones jurídicas que sean susceptibles de inscripción registral?.....	5
III.2.2. ¿Qué naturaleza jurídica tienen los “aires sobre aires” independizados? .....	10
III.2.3. La independización de aires sobre aires frente a las figuras de la preindependización y parámetros urbanísticos.....	16
III.2.4. Implicancias respecto a la constitución de la Junta de Propietarios.....	21
III.2.5. Aplicación del Acuerdo Plenario en primera y segunda instancia registral.....	24
<b>IV. CONCLUSIONES.....</b>	<b>25</b>
<b>V. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>27</b>

## **I. INTRODUCCIÓN**

Desde el 26 y 27 de abril del 2021, se adoptó como Acuerdo Plenario una postura bastante polémica para nuestro sistema jurídico, sobre todo cuando las consecuencias de su implementación devienen en implicancias que distorsionan algunas instituciones jurídicas y crean situaciones de incertidumbre para otras.

Estamos refiriéndonos específicamente al Acuerdo Plenario de Independización de Aires sobre Aires que fue adoptado en el CCXLIII Pleno Registral, en donde luego de una amplia discusión respecto a la naturaleza de los aires y azotea, del régimen de propiedad exclusiva y común, entre otros temas relacionados, se considera que nuestro sistema registral se encuentra preparado y listo para abrirse puertas a nuevas figuras jurídicas que tienen como principal fundamento el avance de nuestra sociedad.

Ello puede ser cierto en tanto que, como es posible identificar, nuestra ciudad se encuentra cada vez más reestructurándose de tal forma que podemos ver gran cantidad de edificios multifamiliares, condominios en donde se acostumbra constituir el antiguamente llamado régimen de propiedad horizontal. Sin embargo, ¿ello es suficiente sustento para poder instaurar dentro de nuestro sistema jurídico instituciones cuya naturaleza no es del todo clara? ¿ello no generaría mayor inseguridad jurídica y vulneraría nuestro sistema registral que tiene como finalidad todo lo contrario? Esperemos absolver esas preguntas al final del presente trabajo.

## **II. ANTECEDENTES DEL CCXLIII PLENO REGISTRAL**

### **II.1. Primer Acuerdo Plenario sobre Aires**

En primer lugar, preliminarmente en la jurisprudencia registral no se había adoptado una forma clara de interpretar lo que por “aires” se entendía y mucho menos se mencionaba la figura de “aires sobre aires”.

Previo al año 2016, la discusión entre los vocales respecto al tema de los aires se basaba en la confusión que existía entre lo que por aires y azotea se entendía, dicho eso teniendo en cuenta criterios que se adoptaban de forma contradictoria.

Es por ello que, a partir del año 2016, la jurisprudencia registral se estandariza estableciendo un criterio respecto al tema, el Acuerdo Plenario de “Aires o Azotea” en el Pleno 149, en donde se señala que la figura de aires y azotea son equivalentes en nuestro ordenamiento, salvo lo señalado en el reglamento interno.

En ese sentido, en el desarrollo del debate previo a la adopción del acuerdo, el vocal Morgan formulaba su posición señalando que la azotea y los aires eran distintos, considerando que la azotea es un nivel de la edificación y, por su parte, los aires consisten en la facultad concedida a una persona para edificar en función de lo establecido en la Directiva Sobre la Propiedad Exclusiva y Propiedad Común.

Asimismo, recalcó que la confusión nace debido a la referencia que la referida Directiva hace al señalar en su numeral 5.7 que los aires se reputan zonas comunes, de conformidad con lo señalado en el artículo 40 inciso h) de la Ley, considerando la excepción cuando en los títulos de propiedad de las secciones aparezcan cláusulas en contrario. En ese sentido, esa referencia ha generado la errada interpretación en el sentido de que la azotea y los aires son términos equivalentes. Sin embargo, en los considerandos de la Directiva es claro apreciar que se usó las normas de la azotea en aplicación analógica, ante la ausencia de regulación específica de los “aires” en la Ley (Pleno Registral, 2016).

Por otro lado, el argumento fundamental de la posición contraria era que, dado que anteriormente a la Directiva Sobre la Propiedad Exclusiva y Propiedad Común emitida en el año 2008, no había una regulación respecto a los aires, el tribunal ha venido emitiendo jurisprudencia asociando los términos de aires y azotea como equivalentes, teniendo en consideración aún más aquella referencia que se hace en la Directiva respecto a la presunción de bien común que tendrían los aires al igual que la azotea de acuerdo a la Ley N° 27157.

Al respecto, es preciso señalar que, si bien es cierto anteriormente no se había desarrollado la figura de aires en general en nuestra legislación, actualmente si contamos con los recursos necesarios para poder diferenciar dos términos que tiene regulación distinta en nuestra legislación, razón por la cual no resulta conveniente para nuestro sistema que se persista en la asociación de dos términos que pueden generar confusión en los mismos usuarios.

En específico, aquella confusión se deriva en que tantos pisos se puede construir o no dentro si una persona cuenta con la azotea como propiedad exclusiva, tal y como se ve en la Resolución N° 532-2015-SUNARP-TR-T, en donde por entender que aires y azotea son lo mismo, cabe la posibilidad de que una persona crea que al tener la azotea pueda sobreedificar sobre la misma, cuando los aires no han sido desafectados como bien común.

La situación descrita con anterioridad es el primer problema que aún persiste respecto a los aires en sí mismo, pero actualmente, tenemos otro problema que involucra no solo a los aires de forma general sino de forma divisible por así decirlo. Con ello me refiero a la posibilidad de subdividir espacios aéreos sobre los cuales se tendría la posibilidad de edificar de manera potencial y que respecto a estos espacios se cuente con la posibilidad de tener titulares distintos.

Sin haber solucionado del todo un problema que se generó de una confusión que no fue atendida en su momento por el Pleno del Tribunal Registral, ahora tenemos otro cuyas implicancias tampoco fueron debidamente atendidas por los mismos protagonistas.

## **II.2. La independización de aires sobre aires a criterio del Tribunal Registral**

Todo nace con la Resolución N° 200-2020-SUNARP-TR-T, en donde se pretende realizar una reserva de aires con independización, para lo cual los solicitantes han presentado una modificación al reglamento interno en donde hacen la redistribución de los porcentajes de las áreas comunes y le asignan el porcentaje a cada uno de los espacios aéreos proyectados (cuarto, quinto y sexto piso como azotea).

En ese sentido, parte de la argumentación para que proceda la inscripción se basa en que 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, teniendo como fundamento legal lo señalado en el artículo 954 del Código Civil, 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, concluyendo que es posible la reserva de los aires por el constructor siempre que conste en el

reglamento interno inscrito, pudiendo ser o no independizados (Tribunal Registral, 2020, pp. 4).

Ahora bien, frente a esa rogatoria, el Tribunal Registral de Trujillo en su momento consideró que no es posible la inscripción de la independización de aires sobre aires teniendo desarrollando cuatro ideas principales: i) en tanto que, en la azotea del tercer piso, donde se constituye un área libre pudiendo el titular construir sobre ese espacio, no se realice una ampliación de edificación, siempre será un vacío que se extiende hacia el infinito; ii) considerando que el cuarto, quinto y sexto piso proyectados, no es posible dividirlos en planos dado que no tienen contenido físico, no existiendo un elemento objetivo real que pueda delimitar el referido vacío; iii) es imprescindible que exista una fabricación y, en consecuencia, su correspondiente inscripción de declaratoria de fábrica previo a la división de esta en secciones exclusivas; y, iv) el supuesto vacío de contenido al artículo 83 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (en adelante, el “RIRP”), considerando la información requerida para la inscripción de la independización, generando así una vulneración de la seguridad jurídica (Tribunal Registral, 2020, pp. 13).

### **III. ANÁLISIS DEL CCXLIII PLENO REGISTRAL**

#### **III.1. Acuerdo Plenario sobre Independización de Aires sobre Aires**

En mérito de la Resolución anteriormente descrita es que se considera necesario que se discuta ello en el 243 Pleno Registral, en cuya oportunidad se consideró oportuno adoptar el siguiente Acuerdo Plenario que será materia de análisis en el presente ensayo:

#### **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. (Pleno Registral, 2021)

Los principales argumentos expuestos para adoptar el acuerdo plenario que serán materia de análisis fueron los siguientes:

- i) Considerando que se tiene las figuras como preindependización, predeclaratoria de fábrica y prereglamento interno, es posible abrir la puerta a nuevas regulaciones en mérito de las nuevas necesidades sociales (Pleno Registral, 2021, pp. 55).
- ii) Considerando precisamente dichas nuevas necesidades sociales se daría una modificación a los alcances del derecho de propiedad en cuanto a su configuración y su delimitación, generando así la posibilidad de considerar que los derechos de propiedad sin soporte físico tienen acogida registral (Pleno Registral, 2021, pp. 26).
- iii) En atención al artículo 58 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, se desprende que para independizar una unidad inmobiliaria resultante de una desmembración de terreno no es necesario que exista edificación (Pleno Registral, 2021, pp. 51).

Más allá de rebatir cada uno de los argumentos que fueron considerados para adoptar el acuerdo, consideramos necesario mencionar una crítica necesaria respecto a la discusión realizada ya que, en ningún momento fueron consideradas las implicancias de la adopción del acuerdo, las cuales serán desarrolladas a continuación.

### **III.2. Implicancias de la implementación de la figura de independización de aires sobre aires**

#### **III.2.1. ¿Puede el Tribunal Registral crear instituciones jurídicas que sean susceptibles de inscripción registral mediante un acuerdo plenario?**

En primer lugar, resulta necesario analizar la situación que se ha generado por parte del Pleno del Tribunal Registral, dado que, mediante la adopción del acuerdo de independización de aires sobre aires le ha dotado de carácter inscribible a una situación

que no se encontraba prevista dentro de las normas especiales que establecen disposiciones aplicables a la independización.

Por un lado, de una revisión preliminar del Reglamento General de Registros Públicos podemos deducir de donde nace el carácter inscribible de los actos que ingresan al registro, considerando lo regulado en su artículo 32:

“Artículo 32.- Alcances de la calificación El Registrador y el Tribunal Registral, en sus respectivas instancias, al calificar y evaluar los títulos ingresados para su inscripción, deberán:

[...]

d) **Comprobar que el acto o derecho inscribible**, así como los documentos que conforman el título, **se ajustan a las disposiciones legales sobre la materia y cumplen los requisitos establecidos en dichas normas;**[...]

(el resaltado es nuestro)

Como es de verse, el acto inscribible proviene siempre de disposiciones normativas, en donde se establecen incluso temas de formalidad que algunos actos deberán cumplir para su acceso al registro, lo cual es revisado por el registrador al momento en el que realiza la calificación del título.

Por otro lado, en jurisprudencia registral encontramos la Resolución No. 459-2015-SUNARP-TR-T, en la cual el Tribunal toma como referencia un pronunciamiento anterior recogido en la Resolución No. 328-2007-SUNARP-TR-T, respecto al análisis de los actos inscribibles:

**SEXTO:** Desde este contexto, deben acceder al Registro sólo los actos con vocación de oponibilidad. Todos aquellos actos o situaciones jurídicas cuyos efectos no trasciendan más allá de las partes celebrantes no son inscribibles. Angel Rojo, justificando el carácter restrictivo del registro en cuanto a la inscripción de actos, señala que *la limitación de los actos inscribibles es exigencia lógica de la propia finalidad del sistema registral mercantil. El Registro tiene por objeto publicitar frente a terceros hechos relevantes. Si se dejase abierto el Registro a actos no previstos por norma legal o reglamentaria no sólo se produciría gran incertidumbre acerca del contenido potencial de la hoja registral, sino que sería*

*inadmisible, por el grave daño que ocasionaría a terceros, dotas de oponibilidad a aquellos actos inscritos y publicados que hubieran accedido al registro por la mera decisión del interesado. [...] Este concepto no sólo es pertinente para el Registro Mercantil sino también para todos los registros en general, pues incide sobre una condición evaluable en sede registral que debe reunir el acto a inscribir: el carácter inscribible.* (Tribunal Registral, 2015) (el resaltado es nuestro)

Ahora bien, las referencias precedentes conllevan dos ideas principales dado que, en aquellos casos se cuestiona si el acto es o no es inscribible para luego determinar la vía por medio del cual se le brinda la característica de ser inscribible, concluyendo que ésta debe ser mediante una norma legal.

En el caso que nos ocupa, teniendo en consideración lo señalado en los párrafos precedentes, podría incluso esbozarse que la independización de aires sobre aires si podría constituirse como un acto que debe ser inscribible dado que son actos que modifican derechos que recaen sobre bienes inmuebles y, en consecuencia, resultaría necesario que sean oponibles frente a terceros.

Sin embargo, pese a ello es importante hacer ver los errores cometidos en ese acto, el lado formal de la situación, es decir, si el medio bajo el cual se le ha dotado de esa característica es el correcto conforme a las competencias que tiene el Tribunal Registral, sobre todo considerando que estamos frente a un Acuerdo Plenario que no tiene el mismo alcance que un Precedente de Observancia Obligatoria.

Es necesario analizar la forma debido a que, como bien el Tribunal Registral lo ha señalado, para nuestro sistema registral es de vital importancia el principio de tipicidad, tal como es señalado tanto en la Resolución No. 1353-2020-SUNARP-TR-L en su fundamento 2 en donde citan a Antonio Pau Pedrón:

2. Como ya ha señalado esta instancia de manera reiterada, la doctrina es partidaria del principio de tipicidad del contenido del Registro; así, **solo los actos o hechos que dispongan las leyes se considerarán como inscribibles, de tal modo que la tipicidad no queda al arbitrio de los particulares o del Registrador.** Es decir, **solo los actos o hechos que dispongan las leyes se consideran como**

**inscribibles.** Antonio Pau Pedrón señala dos argumentos fundamentales para acoger el principio de tipicidad: Así, son sus fundamentos principales:

- a) Si se inscribiesen actos no previstos en la Ley, los terceros no tendrían conocimiento de su registración, y por lo tanto no acudirían al Registro, lo cual privaría de efectos a esas inscripciones irregulares;
- b) se recargaría la hoja registral hasta que esta se convierta en inabarcable.

Además, no debemos perder de vista que son los terceros los interesados en saber de antemano y con precisión lo que puede acceder al Registro, de allí que la tipicidad no podría estar al arbitrio de los particulares o del Registrador, caso contrario no podría dársele al registro la eficacia de oponibilidad, pues los terceros, con desconocimiento de lo que puede acceder, no acudirían al Registro. (Tribunal Registral, 2020) (el resaltado es nuestro)

Por su parte, en la Resolución No. 1170-2021-SUNARP-TR, el Tribunal Registral hace mención a lo señalado por el autor Massineo en tanto que señala que «Los registros inmobiliarios pueden acoger la mención solamente de los actos que la ley prevé y de los cuales, además de ordenarla, autorice la transcripción. En este sentido, debe decirse que la lista de los actos a transcribir es taxativa» (2020).

Adicionalmente, es necesario recalcar el último precedente de observancia obligatoria adoptado en el CCXLVII Pleno, donde se establece que no constituye acto inscribible aquel que no ha sido establecido como tal por las normas (Pleno Registral, 2021).

A ello se agrega que, en el artículo 2 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, se señala textualmente que en el registro se inscriben los actos o derechos que recaen sobre predios según lo señalado en el artículo 2019 del Código Civil, normas administrativas y especiales (Superintendente Nacional de los Registros Públicos, 2013).

Respecto a esta última disposición, tenemos que se consolida más la posición de que los actos inscribibles son aquellos que sean establecidos ya sea por normas legales, administrativas o hasta normas especiales. Aunado a ello, Max Panay en los comentarios al referido artículo resalta que es la ley la que determina de forma taxativa los derechos subjetivos que deben ingresar al sistema registral, resaltando ello como la característica

de tipicidad legal de los actos inscribibles muy comúnmente determinado por la doctrina (2018, pp. 20).

Considerando todo lo anteriormente mencionado, encontramos como primer ejemplo de normas legales que expresamente determinan el carácter inscribible de determinados actos, el artículo 2019 de nuestro Código Civil, siendo éstos: actos y contratos que afecten los derechos reales sobre bienes inmuebles, restricciones en las facultades del titular del derecho, entre otros.

Frente a ello, podemos entender que es una lista taxativa los actos que se encuentran dotados con la característica de ser inscribibles, cuya emisión se desprende de normas imperativas, siendo una de ellas el caso del Decreto Legislativo No. 295 que regula nuestro Código Civil.

Ahora bien, analizando nuestro caso en concreto, lo que podemos encontrar como acto inscribible que provenga de alguna normativa que regule las figuras de independización en general o en específico la independización de aires, lo encontramos tanto en la Directiva sobre el Régimen de Propiedad Exclusiva y Común aprobada mediante Resolución No. 340-2008-SUNARP-SN como en el Reglamento de Inscripciones de Registro de Predios, en su artículo 63.

Sin embargo, la independización de aires sobre aires no tiene carácter inscribible que provenga por parte de una normativa legal o reglamentaria, sino proviene por una arbitrariedad del Pleno del Tribunal Registral en calidad de Acuerdo Plenario, lo cual en sí mismo configura un sin sentido.

En primer lugar, de acuerdo a lo establecido en el artículo 21 del Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, aprobado mediante Resolución No. 035-2022-SUNARP/SN, el Tribunal Registral tiene las siguientes competencias:

“Artículo 21.- Funciones del Tribunal Registral Son funciones del Tribunal Registral las siguientes:

- a) Conocer y resolver los recursos de apelación interpuestos contra las denegatorias de inscripción, así como contra las denegatorias y solicitudes de aclaración de publicidad registral formuladas por los/las Registradores y Abogados Certificadores, según corresponda.

b) Verificar, en el ejercicio de su función, el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias, así como de los precedentes de observancia obligatoria, por parte de los/las Registradores y Certificadores Registrales, dando cuenta de las irregularidades detectadas a la Superintendencia Nacional para los fines pertinentes.

**c) Aprobar precedentes de observancia obligatoria en los Plenos Registrales que para tal efecto se convoquen.**

d) Emitir opinión sobre los asuntos que la Superintendencia Nacional someta a su consideración. e) Sistematizar y difundir las resoluciones y precedentes de observancia obligatoria que emitan.

f) Las demás funciones que le asigne la Superintendencia Nacional en el marco de sus competencias, o aquellas que le sean dadas por normativa expresa.” (el resaltado es nuestro)

Frente a ello, obtiene especial relevancia la lista citada dado que, al revisarla podemos concluir que de todas ellas no se desprende en ningún supuesto la posibilidad de determinar actos inscribibles mediante acuerdos plenarios, cuando éstos no tienen la obligatoriedad extensiva que los precedentes de observancia si poseen.

En ese sentido, que el Tribunal Registral haya adoptado el referido acuerdo no solo dotando de la característica de inscribible a un acto sino que, además y peor aún, creando una figura jurídica que ni siquiera en las leyes especiales se ha considerado pertinente regular, contraviene abiertamente el principio de tipicidad y legalidad que regula no solo al sistema registral en sí sino al ordenamiento jurídico.

Por último, que puede quedar para una reflexión, en caso el Tribunal haya considerado totalmente necesaria la regulación de los aires sobre aires, estando totalmente satisfechos con los requisitos que consideraban necesarios para su inscripción, ¿por qué entonces sólo 03 de los 16 vocales presentes votaron para que sea precedente de observancia obligatoria? Es ahí de donde señalamos que proviene el sin sentido del actuar del Tribunal Registral al momento de adoptar el acuerdo.

### **III.2.2. ¿Qué naturaleza jurídica tienen los “aires sobre aires” independizados?**

Ahora bien, respecto a lo que vendría a ser los “aires sobre aires” que serán materia de independización, es necesario analizar la naturaleza jurídica de esta institución nueva que ha sido recientemente añadida a discrecionalidad del Pleno del Tribunal Registral nuestro ordenamiento jurídico dado que, como se verá posteriormente, lo que hasta tiempo previo a la adopción del acuerdo se encontraba regulado era sólo la independización de aires en sí, más no la independización de aires sobre aires.

En ese sentido, para poder entender la figura de los aires sobre aires, es necesario primero aterrizar en lo que son los aires de una edificación y qué es lo que se comprende como tal.

Como es posible determinar con una inmediata revisión de nuestro ordenamiento jurídico, ni en las normas legales generales de las instituciones de derecho civil que la conforman ni en las normas especiales que regulan el Régimen de Propiedad Exclusiva y Propiedad Común es posible hallar la expresión de aires como tal, sino que, como se ha venido haciendo tanto en jurisprudencia registral como en doctrina, se da por entendido que proviene del sobresuelo que si se encuentra reconocido en nuestro Código Civil.

Y es que, cuando se regula los tipos de bienes inmuebles que se encuentran reconocidos dentro de nuestro sistema jurídico, encontramos en el numeral 1 del artículo 885 el suelo, subsuelo y sobresuelo. Asimismo, en el artículo 954 se menciona que la propiedad sobre el predio se extiende hasta el subsuelo y sobresuelo y en el artículo 955 se admite la posibilidad de que puedan pertenecer a propietario distinto del suelo de forma total o parcial.

En ese sentido, podemos entender que los aires podrían encajar en lo que se regula como sobresuelo y que implican necesariamente la posibilidad que tiene el propietario del suelo de seguir edificando por encima de la edificación ya existente, lo cual se apoya con lo regulado en la Resolución del Superintendente Nacional de Registros Públicos No. 340-2008-SUNARP-SN, donde se aprobó la Directiva sobre el Régimen de Propiedad Exclusiva y Propiedad Común (en adelante, la “Directiva sobre Propiedad Exclusiva y Común), en donde se introduce la figura de los aires, su reserva e independización y, consecuentemente, encontramos en el artículo 63 del Reglamento de Inscripciones de Registro de Predios el carácter inscribible de la independización.

En la referida Directiva sobre Propiedad Exclusiva y Común, se define a los aires como la facultad que se le concede a una persona con la finalidad de sobreelevar una edificación. Sin embargo, el problema que surge es que jurisprudencialmente se ha considerado que los aires y la azotea deben entenderse iguales, ello en virtud de lo establecido en el CXLIX PLENO, del cual se hizo mención en la sección de antecedentes del presente artículo.

Dicho acuerdo ha propiciado a que genere un ambiente confuso respecto a si los aires son una facultad o implican un derecho a sobreelevar o es una parte de la edificación, azotea, etc.

Sin embargo, sin necesidad de ahondar más allá, es posible diferenciar ambos conceptos de forma clara, sobre todo cuando la azotea se encuentra regulada en una norma especial, precisamente en la Norma G.40 del Reglamento Nacional de Edificaciones aprobado mediante Decreto Supremo N° 011-2006-VIVIENDA, en donde se define esta como:

“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.” (Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, 2006).

En ese sentido, ya aterrizando en que los aires provendrían o implicarían un derecho o facultad a sobreelevar por encima de la última planta de la edificación, es preciso entender este derecho o facultad, que si bien sabemos se desprende del derecho de propiedad, no se ha ahondado mucho respecto a ello en nuestro país, salvo en algunos pronunciamientos del Tribunal Registral.

Ahora bien, es posible concluir hasta ahora que la naturaleza jurídica de los aires sobre aires involucra la calidad de derecho subjetivo que sobre la edificación recae. En ese sentido, de acuerdo a la clasificación establecida en el artículo 885 del Código Civil, en principio calificaría dentro del supuesto regulado del inciso 10, que señala como bien inmueble a los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro.

Entonces, tenemos que, en principio calificaría como un bien inmueble, ya que nos estamos refiriendo a un derecho de sobreelevar los aires sobre aires que tiene un titular distinto al titular que tiene derecho a sobreelevar los aires directos de la edificación, entendiéndose que son derechos que pertenecen a titulares distintos.

Siendo ello así, al ser considerados como bienes inmuebles en principio, sobre esos bienes podrían constituirse derechos, siendo que podría incluso ser materia de transferencia, donación, cesión, entre otros. Frente a esa situación, cabe preguntarse cómo es que se inscriben otros derechos como los derechos reales en asientos y/o partidas especiales, pero no llegan a constituirse en mérito de éstos derechos una partida independiente de forma definitiva.

Por ejemplo, en el caso del derecho de superficie, de acuerdo con lo establecido en el artículo 141 del Reglamento de Inscripciones de Registro de Predios, la inscripción de este derecho da lugar a la apertura de una partida especial pero dada la naturaleza de la superficie, esta partida especial tiene un plazo de duración y no constituye una partida independiente en sí misma.

Por otro lado, en el caso de los derechos de usufructo, servidumbre, derecho de uso, habitación, de acuerdo al artículo 133 del Reglamento de Inscripciones de Registro de Predios, son inscritos en la partida registral del bien inmueble, pero con la calidad de gravámenes o cargas y no se constituye una partida independiente.

La diferenciación entre esos derechos sobre el bien inmueble que tienen asidero normativo y la figura de los aires sobre aires, como un derecho a sobreelevar los aires sobre los aires, es nula, dado que, de acuerdo a lo preliminarmente concluido, estamos hablando de bienes inmuebles que son derechos que recaen sobre bienes inmuebles, en función a lo regulado en el inciso 10 del artículo 885 del Código Civil.

Ahora bien, atendiendo al tema de análisis podemos encontrar en el derecho comparado lo que se denomina como derecho a vuelo, que sería un equivalente a lo que se reconoce en la Directiva nuestro sistema jurídico como derecho a sobreelevar, el cual se encuentra regulado en el derecho español pero reconocido como un derecho real.

En ese sentido, el derecho al vuelo está regulado en el Reglamento Hipotecario Español en el numeral 2 del artículo 16 señalándose como:

“El derecho a elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir un derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero (...)”

Por su parte, José Manuel García García expone que el derecho al vuelo en la legislación española se caracteriza porque:

- A) Es un derecho real limitado, aunque a veces se ha pretendido considerar que se trata de un derecho de dominio sobre el espacio aéreo, ello no es así, pues hay que distinguir el espacio aéreo como parte integrante del dominio, cuando el suelo, vuelo o subsuelo pertenecen al propietario, y los derechos sobre el vuelo cuando correspondan a persona distinta del propietario, en que no cabe hablar de propiedad separada del vuelo, sino únicamente derecho real limitado sobre el espacio aéreo manteniéndose de momento la propiedad del vuelo atribuida al propietario del suelo, pero limitado por ese derecho real. (2017, p. 454)
- B) Cuando el titular del derecho de vuelo construye adquiere la propiedad de lo edificado en el vuelo, **su adquisición es por construcción derivada de su derecho de vuelo, es decir, que no se produce por adquisición derivativa ni por título ni por tradición, sino por construcción.** Es una forma similar a la accesión pero como modalización de ella en cuanto que deriva del derecho real de vuelo y no del derecho real de la propiedad. (2017, p. 455)
- C) Por eso, **no procede abrir folio independiente en el Registro al derecho real de vuelo ni a los espacios aéreos sobre los que se constituye,** ni tampoco tiene cuota en la propiedad horizontal. (2017, p. 457)
- D) **Tampoco se trata de una comunidad de derechos entre el titular del derecho al vuelo y el dominio,** pues la comunidad exige la cotitularidad como situación jurídica de titularidades múltiples cualitativamente iguales, lo que no ocurre entre el derecho al vuelo y el dominio. (2017, p. 458)

- E) Es un derecho real que requiere que se cumpla en cuanto a su contenido el principio de especialidad o determinación. (2017, p. 460)
- F) Es un derecho real limitado de goce en tanto en cuanto la facultad de construir es una de las facultades propias del disfrute de la cosa sobre la que recae el derecho. (2017, p. 461)

Frente a lo señalado por el autor respecto al derecho real de vuelo regulado en el derecho español, hay algunos puntos sobre los cuales es preciso realizar algunos comentarios.

En primer lugar, en su texto García García considera oportuno citar a ROCA SASTRE en cuanto éste explica las dos fases en la constitución del derecho de vuelo:

en la primera hay un derecho de construcción, sobre finca ajena, y en la segunda un derecho de tener y mantener una edificación en propiedad separada horizontalmente (...). Ahora bien, en relación con la opinión de este autor, aun siendo acertada, conviene puntualizar que sólo en la primera fase es en la que se puede hablar de derecho real de vuelo, pues en la segunda el derecho de vuelo se extingue y da lugar al nacimiento de un derecho de propiedad dentro de la propiedad horizontal. (2017, pp. 455-456)

Al respecto, consideramos preciso la diferenciación entre el derecho de dominio que se entiende deviene del derecho real de propiedad del derecho de sobreedificar que proviene del derecho real de vuelo.

En segundo lugar, consideramos muy preciso lo señalado por el autor cuando menciona que del derecho al vuelo no se desprende la posibilidad de aperturar una partida independiente dado que es necesario que este derecho se ejerza por el principio de especialidad, principio que también se encuentra reconocido dentro de nuestro sistema jurídico y registral, sobre todo.

Teniendo en cuenta la experiencia española, podríamos considerar que la naturaleza jurídica de los aires sobre aires podría caber dentro del supuesto regulado como derecho al vuelo anteriormente expuesto; sin embargo, como se puede observar, aun así, ni siquiera en el derecho español se ha considerado oportuno la procedencia de la inscripción registral de dicho derecho real.

Sin perjuicio de ello, considerando que nuestro ordenamiento jurídico no ha regulado la figura del derecho de vuelo como tal, no es posible identificar la naturaleza jurídica del derecho real al vuelo regulado en el derecho español con la figura identificada como aires sobre aires por parte del Pleno del Tribunal Registral, en tanto que no comparten las mismas características.

Por otro lado, si consideramos que es un bien inmueble de acuerdo a lo regulado en el inciso 10 del artículo 885 de nuestro Código Civil, tendríamos que entender que es un bien sobre el cual podría recaer el derecho de propiedad sin limitación alguna; sin embargo, aun así, no queda claro si es posible ejercer derechos en su totalidad.

Por lo que, de igual manera, por el momento no podríamos llegar a una clara conclusión respecto a la naturaleza jurídica de los aires sobre aires conforme a nuestro sistema jurídico actual.

### **III.2.3. La independización de aires sobre aires frente a las figuras de la preindependización y parámetros urbanísticos**

Ahora bien, es preciso recordar qué se entiende por la independización, para ello el artículo 58 del RIRP regula lo siguiente:

“Artículo 58.- Definición

Es 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.**

La independización **se rige por las disposiciones contenidas en el presente capítulo o, en su caso, por las disposiciones especiales establecidas para la inscripción de los actos** que dan lugar a la misma.

El Registrador, al independizar, señalará que el terreno independizado formó parte de otro inscrito anteriormente. Asimismo, dejará constancia en la partida matriz de la independización realizada. (...)” (el resaltado es nuestro)

Como vemos, el referido artículo hace mención a que la independización implica una apertura de una partida que proviene por dos causas: la primera, por una desmembración de terreno que puede tener o no edificación sobre ella y la segunda, por una edificación sujeta al régimen de la llamada propiedad horizontal.

Así, en la exposición de posiciones por parte de loa animus curiae y previo a la adopción del acuerdo, se hizo mención precisa a este artículo sobre todo a la posibilidad para independizar un bien que tenga o no edificación, que es la primera alternativa que hemos identificado en el párrafo anterior, con la finalidad de argumentar a favor de la postura de la procedencia de inscripción.

Sin embargo, no se ha considerado dentro del contexto sobre el cual se hacía referencia a ambas alternativas, es decir, la primera menciona expresamente que cuando se da “una desmembración de terreno que puede o no tener edificación”, pero ello se ubica claramente dentro de un procedimiento de habilitación urbana refiriéndose a la independización de lotes y no respecto a la independización de unidades inmobiliarias que forman parte de una edificación cuyo régimen es el de la propiedad horizontal. Ello es claro, ya que, de lo contrario, la figura no hubiese sido regulada de esa manera, por lo cual no correspondería realizar esa conjetura.

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 59 del RIRP, para que la inscripción de la independización proceda, el título debe contener: i) el área de cada uno de los predios que se subdividen y, dependiendo del caso, el área remanente; ii) precisar las medidas perimétricas y los linderos; y, iii) se presentan los documentos exigidos dependiendo el tipo de predio.

En ese sentido, de forma preliminar, podemos entender que para la independización es necesario que se presenten documentos donde constan el área de cada uno de los predios que se desmembran, señalando de forma precisa los linderos y medidas perimétricas.

Siendo ello así, podemos concluir que se está refiriendo claramente a predios que tienen de alguna forma una característica física, ya sean terrenos o lotes o secciones exclusivas cuya edificación ya existe.

No obstante, en el caso que nos ocupa nos encontramos frente a una independización de unidades inmobiliarias que se encuentran sujetas al régimen de propiedad horizontal, para lo cual se ha considerado otro tipo de exigencias aplicables a dicha situación:

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

Para la independización de unidades inmobiliarias sujetas al régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, o de independización y copropiedad, se presentarán los siguientes documentos:

- a) Reglamento interno con la formalidad prevista en el artículo 86;
- b) **Memoria descriptiva** suscrita por el propietario del predio, con firma certificada, en el que se detalle el área, linderos y medidas perimétricas de las secciones de dominio exclusivo y de los bienes comunes regulados por el Reglamento Interno;
- c) **Plano de independización que grafique las unidades de dominio exclusivo y las zonas comunes, autorizado por profesional competente con firma certificada por notario.**

Las unidades inmobiliarias a que se refiere este artículo se inscribirán en partida especial donde se señale el régimen al que están sujetas, relacionándolas con la partida matriz. (...)

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.” (el resaltado es nuestro)

Al respecto tenemos que más allá de poder independizar unidades inmobiliarias con contenido físico, se ha establecido la posibilidad de “independizar aires” o reservarlos sin la necesidad de independizarlos, es decir, que los aires de la edificación podrán ser destinados a un uso exclusivo de un propietario en particular, a quien también se le otorgará un porcentaje de participación sobre los bienes comunes.

Ahora bien, el acuerdo plenario adoptado para la independización de aires sobre aires solo ha considerado necesario que tanto en el reglamento interno y en los planos se deba señalar las medidas proyectadas de cada unidad, señalando también la altura de cada una, pero ¿ello es suficiente?

Consideramos que el Pleno del Tribunal Registral no ha tomado la importancia debida respecto a esta nueva figura de independización que están instaurando mediante el referido acuerdo, por las siguientes aristas que han faltado considerar para adoptar el acuerdo:

- i. Solo se les pide como requisitos planos sin ningún tipo de evaluación previa, respecto a la factibilidad edificatoria de los futuros departamentos.
- ii. Bajo esas condiciones establecidas en el acuerdo, los ciudadanos podrían hacer proyecciones de unidades inmobiliarias sin ningún límite adicional a los señalados.

Respecto a lo señalado anteriormente, cabe preguntarnos si existe alguna figura regulada que pueda brindar la solución frente a esos problemas identificados y realizando una búsqueda rápida en nuestro sistema jurídico vigente, encontramos la figura de la preindependización.

La preindependización, se encuentra regulada en el artículo 73 del RIRP y se encuentra vinculada principalmente a la predeclaratoria de fábrica y al prereglamento interno considerando que nos encontramos en el marco del régimen de propiedad horizontal.

Ahora bien, de acuerdo al artículo 71 del RIRP entendemos que la predeclaratoria de fábrica se da en mérito de un proyecto de edificación indistintamente de las modalidades que se encuentran reguladas dentro de la Ley N° 29090, Ley de Regulación de

Habilitaciones Urbanas y Edificaciones, sobre todo porque ya sea en las modalidades A, B, C y D, se requiere la copia o cargo del Formulario Único de Edificaciones, lo cual se vincula con un expediente que ya ha sido ingresado a la Municipalidad.

En esa misma línea, Alegre Porras y Campos Fernández advierten que existen dos aspectos relevantes en torno a la prehorizontalidad:

el primero, referido a la existencia de un título autoritativo, constituido por la licencia de edificación, que le permitirá al propietario ejecutar el proyecto edificatorio aprobado por dicha licencia, lo que supone la evaluación administrativa de si el proyecto se ajusta a los parámetros edificatorios que son aplicables al predio sobre el que se ejecutará la edificación; y el segundo referido a la existencia del derecho de propiedad o de hipoteca que estará supeditada a que el proyecto se ejecute conforme el título autoritativo y dentro del plazo de su vigencia conforme a la norma vigente. (2021, pp. 11)

Es decir, en mérito de la vigencia de un proyecto edificatorio que ha sido presentado por cualquier interesado, es la Municipalidad quien a través de sus Comisiones Técnicas y Verificadoras han aprobado la ejecución del proyecto considerando que cumplen con los requisitos mínimos para que pueda ser viable tanto en su edificación como en el respeto a los parámetros urbanísticos establecidos.

Asimismo, es importante mencionar lo que Alegre Porras y Campos Fernández señalan:

El vigente Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible, aprobado por Decreto Supremo N° 22-2016-VIVIENDA, luego de precisar que la zonificación constituye un instrumento técnico normativo de gestión urbana para la regulación de uso y la ocupación del suelo, cuya aprobación es de competencia de las municipalidades provinciales como parte del contenido de los Planes de Desarrollo Urbano, postula que su objeto es la regulación del ejercicio del derecho de propiedad predial en lo que respecta al uso y ocupación del suelo, subsuelo y sobresuelo urbano, concretándose en planos de zonificación urbana, reglamento de zonificación (parámetros urbanísticos y edificatorios para cada zona); y, en el índice de usos para la ubicación de actividades urbanas. (2021, pp.17)

Entendemos entonces que, en el marco de la prehorizontalidad, se ejerce el derecho de propiedad en concordancia con las normas especiales que limitan ese derecho, siendo éstas establecidas por las distintas municipalidades. Ello es importante, debido a que, se realiza la importancia de delimitar el ejercicio de la facultad de construir que involucraría la figura de aires en sí mismo; sin embargo, de acuerdo a lo establecido por el acuerdo plenario en análisis, se puede concluir que para efectos de los aires sobre aires ni si quiera es necesario presentar junto con el título los certificados de parámetros urbanísticos con la finalidad de respetar lo señalado en las normas que regulan la zonificación y parámetros edificatorios.

Frente a ello, tenemos la figura de la prehorizontalidad que, además, como si no fuera suficiente, cuenta con la característica principal de ser temporal ya que cuentan con el plazo de un año desde su anotación preventiva, plazo que si no se renueva caduca de pleno derecho y su renovación se da de acuerdo a la vigencia de la licencia de edificación que es de cuatro años.

En ese sentido, encontramos que, frente a la independización de aires sobre aires, la figura de la preindependización dota de las garantías mínimas que la otra figura no provee, razón por la cual nos podemos preguntar ¿qué necesidad hay de crear nuevas figuras que sin contar con estándares mínimos que respeten límites tanto edificatorios como urbanísticos que ponen en peligro y desvirtúan figuras existentes que si cuentan con las referidas garantías? Es una pregunta y análisis que el Pleno del Tribunal Registral no ha atendido al momento de adoptar el acuerdo plenario materia de análisis del presente trabajo ya que, todo lo contrario, a instaurar nuevas figuras lo que debió haberse priorizado es el fomento y refuerzo de figuras reguladas ya existentes.

#### **III.2.4. Implicancias respecto a la constitución de la Junta de Propietarios**

Ahora bien, es necesario considerar las implicancias prácticas de la procedencia de la inscripción respecto a la independización de aires los aires. En ese sentido, queda claro que una de las consecuencias directas es la apertura de una nueva partida registral independiente de la partida matriz en la cual se tendrá como única información las medidas proyectadas de cada unidad independizada, incluyendo su altura.

Además, el referido acuerdo plenario materia de análisis señala que la procedencia se sujeta a dos requisitos: la proyección de un área de acceso independiente y la asignación de un porcentaje de participación a cada unidad que será independizada, respecto a este último requisito es que ahondaremos en el presente subtítulo.

Para ello, es preciso referirnos al X Pleno del Tribunal Registral en donde se aprobó por unanimidad el siguiente Precedente de Observancia Obligatoria:

#### 10.17. . QUÓRUM DE SESIÓN DE JUNTA DE PROPIETARIOS

“Para la determinación del quórum de sesión de junta de propietarios, **deberá considerarse únicamente a los propietarios con dominio inscrito.**” (Pleno Registral, 2005) (resaltado es nuestro)

Entonces, en mérito de lo señalado en el acuerdo plenario, se entiende que los que figuren como titulares de dominio de las partidas independizadas de los aires sobre aires al tener derecho inscrito y son reconocidos como propietarios registralmente, formarán parte de la junta estando sujeta al régimen de propiedad horizontal, ello conforme a lo establecido en el artículo 47 de la Ley N° 27157, Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común (en adelante, la “Ley N° 27157”).

En ese sentido, se entendería que los propietarios de los aires sobre aires podrían hacer valer sus derechos como parte de la junta de propietarios en las siguientes situaciones preliminarmente identificadas en función de lo establecido en el Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley N° 27157 aprobado mediante Decreto Supremo N° 035-2006-VIVIENDA (en adelante, el “TUO del Reglamento de la Ley N° 27157”):

- a) Podrán tener participación sobre los bienes comunes, siendo éste un derecho accesorio a la unidad de sección exclusiva independizada, según lo establecido en el artículo 130 del TUO del Reglamento de la Ley N° 27157.
- b) Podrán hacer uso de los bienes comunes, siendo algunos de éstos, los patios, estacionamientos exigidos reglamentariamente y aquellos que se determinen en el Reglamento Interno, según lo establecido en el artículo 134 del TUO del Reglamento de la Ley N° 27157.

- c) Podrán participar dentro de las discusiones y adoptar acuerdos en las sesiones de junta de propietarios, para lo cual su porcentaje asignado deberá ser considerado tanto para el quorum de instalación como para lograr la mayoría simple o calificada en la adopción de acuerdos.
- d) Podrán gozar de los servicios comunes del edificio, por lo menos atendiendo al servicio de limpieza, conservación y mantenimiento de las áreas comunes, de acuerdo al artículo 137 del TUO del Reglamento de la Ley N° 27157.
- e) En relación con lo anterior, tendrán que pagar los gastos comunes que deriven de los servicios comunes establecidos en el Reglamento Interno, siendo por lo menos uno de ellos el del mantenimiento de los señalados en el párrafo anterior, adicionándose a ello las cargas o cualquier gasto que no sea susceptible de individualizar, de acuerdo al artículo 138 del TUO del Reglamento de la Ley N° 27157.

Frente a lo señalado, cabe preguntarse si es que en la práctica los derechos que éstos nuevos propietarios de unidades inmobiliarias que aún no han sido ni están en proyección a ser construidas, tienen el mismo peso y/o valor a comparación de los propietarios de las secciones exclusivas ya existentes.

La situación que se genera en caso uno de los titulares de los aires sobre aires pretenda ejercer algún derecho como parte de la junta de propietarios incluso podría entorpecer el normal desarrollo de ésta, considerando que para la adopción de acuerdos que involucren bienes y servicios comunes tendrán que contar con la participación de quienes en sí no tienen la necesidad de utilizarlos y mucho menos pagar por los gastos comunes que de éstos deriven.

Al respecto, es importante señalar lo que en el derecho comparado se ha considerado, como lo expone García García en el siguiente caso considerando que el derecho al vuelo no es inscribible en los registros:

La Resolución DGRN de 21 de noviembre de 2004 ya hemos visto que no permite que el derecho real de vuelo se inscriba en folio separado como una entidad más de la propiedad horizontal, siendo ésta la doctrina acertada, por tratarse de un derecho real limitado y no una división de dominios, ni tampoco de una comunidad con los demás propietarios.

En tal sentido, no es posible que el titular del derecho de vuelo contribuya a los gastos de comunidad con una cuota de participación en la propiedad horizontal como si fuera un dueño más, ni puede tampoco formar parte de la Junta de propietarios en cuanto a los acuerdos a adoptar, pues el contenido de su derecho deriva del título de constitución como derecho real limitado y no como un derecho más de propiedad. Otra cosa es que cuando se ejercite el derecho real de vuelo y se termine la construcción, se forme una entidad objeto de propiedad separada dentro de la propiedad horizontal, por haberse pasado a la segunda fase del derecho, en que se convierte en derecho de propiedad, en cuyo momento, el titular del objeto construido reúne todos los requisitos para su plena integración como propietario dentro de la propiedad horizontal. (2017, pp. 469)

Lo cual, reafirma nuestra postura respecto a que el reconocimiento de los propietarios como parte de la junta de propietarios, como consecuencia de la inscripción de la independización de aires sobre aires, no tendría mucho sentido en cuanto a su participación en la convocatoria, la adopción de acuerdos e incluso en el uso de los servicios comunes y el pago de los gastos comunes.

### **III.2.5. Aplicación del Acuerdo Plenario en primera y segunda instancia registral**

Finalmente, en cuanto a las consecuencias dentro del ámbito del procedimiento de inscripción registral, es preciso considerar que, como lo señala Ortiz Pasco:

Todos sabemos que la calificación registral se encuentra en primera instancia en manos del registrador público y luego (de ser el caso), en segunda instancia en el Tribunal Registral. También sabemos que la calificación registral en el Perú es obligatoria e inexcusable. Obligatoria porque se practica a todos los documentos que buscan ser inscritos e inexcusable, porque el registrador o el Tribunal Registral no pueden (salvo excepciones éticas) dejar de calificar un documento presentado al registro. (2021, pp. 34)

En ese sentido, tal y como se señaló al inicio del presente artículo, considerando lo señalado por Mendoza del Maestro, el artículo VI del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, señala en su numeral 2 que los precedentes administrativos

son los criterios interpretativos establecidos por las entidades y, ello es recogido por el Reglamento General de Registros Públicos en su artículo 158 que señala que los precedentes de observancia obligatoria son constituidos por los acuerdos adoptados por el Tribunal Registral en los Plenos Registrales, los cuales establecen criterios de interpretación de las normas que regulan los actos y derechos inscribibles. Asimismo, ello es ratificado en el artículo 32 del Reglamento del Tribunal Registral, en cuanto señala que los precedentes son interpretaciones que deben seguirse obligatoriamente por las instancias registrales (2016).

Considerando ello, tenemos que, los acuerdos plenarios no tienen este alcance general y obligatorio a las instancias registrales, considerando como tales a los registradores públicos y, en segunda instancia, el Tribunal Registral. Sin embargo, considerando el Acuerdo Plenario 1 de la Sala Plena del Tribunal Registral, los acuerdos plenarios solo son vinculantes a los miembros de la Sala Plena.

Siendo ello así, en el caso del título que fue tachado por el Tribunal Registral en la Resolución N° 200-2020-TR-T previo a la adopción del Acuerdo Plenario sobre Independización de aires sobre aires adoptado en el CCXLIII Pleno, podrían reingresar el título en el presente año y, dado que el registrador no se encuentra obligado cumplir con lo dispuesto en los acuerdos plenarios, éste puede observar o tachar el título; sin embargo, el administrado podría apelar la referida observación o tacha, elevándose el título a segunda instancia registral, teniendo el Tribunal Registral que resolver la calificación del referido título.

En ese supuesto, frente al análisis de legalidad y compatibilidad que sustentaría la observación o tacha realizada por el registrador en esa primera instancia, el Tribunal Registral tendría que adherirse al acuerdo plenario adoptado en abril del 2021, dado que, para todos sus miembros lo acordado si es de obligatorio cumplimiento. Por consiguiente, procedería la inscripción de la independización de aires sobre aires a pesar del sustento jurídico que se haya realizado en la instancia previa.

#### **IV. CONCLUSIONES**

En atención a todo lo expuesto a lo largo de lo desarrollado en el presente artículo, podemos concluir lo siguiente:

1. El Tribunal Registral no cuenta con las facultades necesarias para introducir en el ordenamiento jurídico la figura de los aires sobre aires ni mucho menos dotar el carácter inscribible a la independización de aires sobre aires, vulnerando así el principio de legalidad.
2. Analizando la figura de aires sobre aires no queda clara su naturaleza jurídica con lo actualmente regulado en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, desde una visión de derecho comparado, encontramos que presenta similitudes con el derecho al vuelo regulado en el derecho español, pero con la salvedad que éste no tiene carácter inscribible en ese ordenamiento.
3. Consideramos que el Tribunal Registral comete un error al fomentar la creación de una nueva figura jurídica que no reviste de las garantías necesarias para el ejercicio de los derechos de propiedad sobre éstos aires sobre aires. Lo cual no hace más que desvirtuar las figuras de la prehorizontalidad y preindependización reguladas y vigentes en nuestro ordenamiento, que se enmarcan dentro del procedimiento de otorgamiento de una licencia de construcción involucrando la revisión técnica del proyecto que atiende a las normas técnicas de los parámetros urbanísticos e edificatorios, fomentando así la informalidad e inseguridad jurídica.
4. Adicionalmente, el Tribunal Registral no ha considerado las consecuencias directas de la apertura de una partida registral involucra en el marco del régimen de propiedad exclusiva y común, dotando de reconocimiento registral a los “nuevos propietarios” de los aires sobre aires e incorporándolos a las juntas de propietarios correspondientes en cada edificio, con todo lo que ello implica (uso de bienes comunes, consideración para la convocatoria y adopción de acuerdos, entre otros).
5. En la práctica registral, actualmente podría ingresarse un título rogando que se inscriba la independización de aires sobre aires y, pese a que el registrador en primera instancia observe o tache el referido título, el Tribunal Registral en la apelación deberá acogerse al acuerdo plenario adoptado debido a que éste es vinculante para todos los miembros del Pleno del Tribunal Registral.

## V. BIBLIOGRAFIA

Alegre, D., Campos, S. (julio, 2021). ¿El cielo es el límite? La independización de aires sobre aires. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, (97), 9-24.

Decreto de 14 de febrero de 1947. Reglamento Hipotecario Español. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1947-3843>

Decreto Supremo N° 011-2006-VIVIENDA. Por medio del cual se aprueba el Reglamento Nacional de Edificaciones. Lunes 08 de mayo de 2006.

Decreto Supremo N° 035-2006-VIVIENDA. Por medio del cual se aprueba el Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley N° 27157, Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común.

García, J., (2017). *La propiedad horizontal en la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia* (Tomo I). Editorial Aranzadi, S.A.U.

García, C. (2019). Artículo 84. Ámbito de aplicación de la propiedad exclusiva y propiedad común. *Comentarios al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios*.

García, C. (2019). Artículo 83. Inscripción de acto previo al reglamento interno. *Comentarios al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios*.

Guarniz, I. (1996). ¿Dueño del aire? El problema de la propiedad predial del sobresuelo”. *Ius Et Veritas. Lima*, N° 12.

Jara, G. (2019). Artículo 58. Definición. *Comentarios al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios*.

Ley N° 29090. Por la cual se promulga la Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones. 25 de septiembre de 2007. El Peruano.

Ley N° 27157. Por la cual se promulga la 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. 20 de julio de 1999. El Peruano.

Mendoza, G. (14 de enero de 2017). Precedentes y Acuerdos del Tribunal Registral. *Foro Académico*.

<https://www.parthenon.pe/columnas/efemerides-registrales/precedentes-y-acuerdos-del-tribunal-registral/>

Ortiz, J. (2021). *La calificación registral de documentos judiciales, administrativos y arbitrales* (1ª ed.). Instituto Pacífico S.A.C.

Panay, M. (2018). Artículo 2 Del Registro de Predios. *Comentarios al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios*.  
<https://scr.sunarp.gob.pe/repositorio/publicaciones/compendios-registrales/libro%20comentarios.pdf>

Pleno del Tribunal Registral. (2005). *X Pleno Registral*. [Sesión del Pleno. Lima, Perú. “<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1398611/X-PLENO-TR-SUNARP.pdf>”

Pleno del Tribunal Registral. (2016). *CXLIX Pleno Registral*. [Sesión del Pleno. Lima, Perú. “<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1398773/CXLIX-PLENO-TR-SUNARP.pdf>”

Pleno del Tribunal Registral (2021). *CCXLIII Pleno Registral*. [Sesión del Pleno. Lima, Perú. “<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1888809/CCXLIII-PLENO-TR-SUNARP.pdf>”

Pleno del Tribunal Registral. (2021). *CCXLVII Pleno Registral*. [Sesión del Pleno. Lima, Perú. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2179685/CCXLVII-PLENO-TR-SUNARP.pdf>

Sala Plena del Tribunal Registral. (2022). *Acuerdos Plenarios*. Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.  
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3022591/Compendio%20de%20Acuerdos%20Plenarios%20actualizados%20al%20CCLXII%20Pleno.pdf>

Sala Plena del Tribunal Registral. (2022). *Precedentes de Observancia Obligatoria*. Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.  
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3022574/Precedentes%20de%20Observancia%20Obligatoria%20actualizados%20al%20CCLXII%20Pleno.pdf>

Resolución N° 340-2008-SUNARP-SN [Superintendente Nacional de los Registros Públicos]. Por la cual aprueban la Directiva sobre el régimen de propiedad exclusiva y común. 23 de diciembre de 2008.

Resolución N° 126-2012-SUNARP-SN [Superintendente Nacional de los Registros Públicos]. Por la cual aprueban el Reglamento General de los Registros Públicos. 18 de mayo de 2012.

Resolución N° 097-2013-SUNARP-SN [Superintendente Nacional de los Registros Públicos]. Por la cual aprueban el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. 04 de mayo de 2013.

Tribunal Registral (2015). Resolución No. 459-2015-SUNARP-TR-T. Recuperado el 15 de mayo de 2022, de [https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud\\_res2.asp](https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud_res2.asp).

Tribunal Registral (2015). Resolución N° 532-2015-SUNARP-TR-L. Recuperado el 20 de mayo de 2022, de [https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud\\_res2.asp](https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud_res2.asp)

Tribunal Registral (2016). Resolución N° 102-2016-SUNARP-TR-L. Recuperado el 20 de mayo de 2022, de [https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud\\_res2.asp](https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud_res2.asp)

Tribunal Registral (2016). Resolución N° 131-2016-SUNARP-TR-L. Recuperado el 20 de mayo de 2022, de [https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud\\_res2.asp](https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud_res2.asp)

Tribunal Registral (2016). Resolución N° 159-2016-SUNARP-TR-L. Recuperado el 20 de mayo de 2022, de [https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud\\_res2.asp](https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud_res2.asp)

Tribunal Registral (2020). Resolución No. 1353-2020-SUNARP-TR-L. Recuperado el 15 de mayo de 2022, de [https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud\\_res2.asp](https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud_res2.asp)

Tribunal Registral (2020). Resolución No. 200-2020-SUNARP-TR. Recuperado el 15 de mayo de 2022, de [https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud\\_res2.asp](https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud_res2.asp)

Tribunal Registral (2021). Resolución No. 1170-2021-SUNARP-TR. Recuperado el 15 de mayo de 2022, de [https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud\\_res2.asp](https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud_res2.asp).