

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



La hipoteca sujeta a modalidad: entorno a la hipoteca sobre
bienes inmuebles futuros

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de
Abogada que presenta:

Katherine Surella Fernández Rivera

ASESOR:

Jorge Antonio Martin Ortiz Pasco


Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, JORGE ANTONIO MARTÍN ORTIZ PASCO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado “**La hipoteca sujeta a modalidad: entorno a la hipoteca sobre bienes inmuebles futuros**”, de la autora KATHERINE SURELLA FERNÁNDEZ RIVERA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 26%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/12/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 13 de julio del 2023

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> JORGE ANTONIO MARTÍN ORTIZ PASCO	
DNI: 07919053	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3277-3898	

RESUMEN

La creciente tendencia del crédito hipotecario en el país y la acogida de la hipoteca como instituto jurídico de naturaleza real en nuestro ordenamiento son los principales elementos que justifican la propuesta académica analizada y brindada en el presente informe. A propósito de la Resolución 1719-2009-SUNARP-TR-L, en la cual el Tribunal Registral aplica el numeral 5.19 de la Directiva 009-2008, la misma que permite la ilegalidad y contrariedad de hipotecar bienes futuros. De ahí que el problema principal se basa en analizar si es viable considerar como acto inscribible en los Registros Públicos a la Hipoteca sujeta a modalidad en resguardo de obligaciones futuras de crédito garantizado, con el fin de brindar una alternativa para el flujo del crédito hipotecario en el mercado, pero acorde con nuestro ordenamiento. La respuesta de la pregunta principal se sustenta en las cuestiones secundarias que responden al desarrollo de la condición aplicable en la hipoteca sujeta a modalidad y su régimen de eficacia en los Registros Públicos, así como el requerimiento previo de la individualidad jurídica del bien inmueble para hacer viable dicha inscripción. Para ello, se analizará el concepto, régimen regulatorio y características de la hipoteca, en base al Código Civil y doctrina respecto al tema, así como el pronunciamiento del Tribunal Registral respecto a la condición suspensiva como acto inscribible, y, finalmente, a la “hipoteca de seguridad” como técnica jurídica en el análisis del régimen de eficacia de la hipoteca sujeta a modalidad.

Palabras clave

Hipoteca, Hipoteca sujeta a modalidad, Acto inscribible, Bienes futuros, Obligaciones futuras.

ABSTRACT

The growing trend of mortgage credit in the country and the acceptance of the mortgage as a legal institute of a real nature in our legal system are the main elements that justify the academic proposal analyzed and provided in this report. Regarding Resolution 1719-2009-SUNARP-TR-L, in which the Registry Court applies numeral 5.19 of Directive 009-2008, which allows the illegality and contravention of mortgaging future assets. Hence, the main problem is based on analyzing whether it is feasible to consider as an act registrable in the Public Registry the Mortgage subject to modality in safeguard of future obligations of secured credit, in order to provide an alternative for the flow of mortgage credit in the market, but in accordance with our legal system. The answer to the main question is based on the secondary issues that respond to the development of the condition applicable to the mortgage subject to modality and its effectiveness regime in the Public Registries, as well as the prior requirement of the legal individuality of the real estate property to make such registration viable. To this end, the concept, regulatory regime and characteristics of the mortgage will be analyzed, based on the Civil Code and doctrine on the subject, as well as the pronouncement of the Registry Court with respect to the suspensive condition as a registrable act, and, finally, the "security mortgage" as a legal technique in the analysis of the effectiveness regime of the mortgage subject to modality.

Keywords

Mortgage, future assets, future obligations, mortgage subject to mode, registrable act.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	2
I.1.	Justificación de la elección de la resolución.....	2
I.2.	Presentación del caso	2
II.	IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES.....	4
II.1.	Antecedentes.....	4
II.2.	Hechos relevantes del caso.....	5
III.	IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	7
III.1.	Problema principal.....	7
III.2.	Problemas secundarios	7
IV.	POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	7
IV.1.	Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios.....	7
IV.2.	Posición individual sobre el fallo de la resolución	8
V.	ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.....	9
V.1.	Problema principal.....	9
V.1.1.	Concepto de la Hipoteca	11
V.1.2.	Regulación de la Hipoteca:.....	14
V.1.3.	Naturaleza jurídica de la hipoteca:.....	16
V.2.	Problemas secundarios	20
V.2.1.	Modalidades del acto jurídico:	21
V.2.2.	Artículo 1105.- Hipoteca sujeta a modalidad.....	22
V.2.3.	Carácter inscribible de la hipoteca sujeta a modalidad de condición suspensiva	23
V.3.	¿Es posible armonizar la individualidad jurídica del bien inmueble y la inscripción de la hipoteca sujeta a modalidad de condición suspensiva?.....	26
V.3.1.	Régimen de eficacia en la hipoteca sujeta a modalidad de condición suspensiva:	27
V.3.2.	La persecutoriedad y preferencia en la hipoteca sujeta a modalidad de condición suspensiva.....	28
VI.	BIBLIOGRAFÍA.....	33

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	RESOLUCIÓN N°1719-2009-SUNARP-TR-L
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho Registral y Derechos Reales
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Resolución N°340-2008-SUNARP/SN / Directiva N°009-2008-SUNARP/SN
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Recurrente: Erick Adelmo Ruiz Escajadillo
DEMANDADO/DENUNCIADO	-
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.
TERCEROS	-
OTROS	-

I. INTRODUCCIÓN

I.1. Justificación de la elección de la resolución

La naturaleza jurídica y la legalidad de la Hipoteca recogidas en nuestro sistema normativo contraviene lo aplicado por la Resolución N°1719-2009-SUNARP-TR elegida, esto es, la Directiva N°009-2008-SUNARP/SN, en tanto no es posible, natural ni jurídicamente, hipotecar bienes futuros, no sucediendo lo mismo en la hipoteca sujeta a modalidad de condición suspensiva en respaldo de una obligación futura. En ese sentido, la elección de la resolución nos permite discernir el carácter futuro entre el bien inmueble (no siendo posible en este supuesto, ya que la naturaleza de la institución jurídica y regulación normativa de la hipoteca exige contar con un bien inmueble individualizado en su aspecto físico y jurídico), y, por otro lado, el carácter futuro en la obligación a partir de la lectura del artículo 1099 del Código Civil en concordancia con el artículo 1105 del Código Civil.

Esto nos permitirá responder a la pregunta principal que nos formulamos: ¿Es viable considerar como acto inscribible en los Registro Públicos a la Hipoteca sujeta a modalidad de condición suspensiva en los créditos garantizados? Adelantaremos la respuesta de forma preliminar, indicando que sí es viable, toda vez que previamente desarrollaremos la naturaleza de la hipoteca desde el enfoque conceptual de “hipoteca-acto” e “hipoteca-derecho” en relación a las normas de nuestro ordenamiento. Esto con el fin de explicar la viabilidad a nivel registral, aunque dentro de un régimen de eficacia diferido, la inscripción de la hipoteca sujeta a modalidad. Todo ello nos conllevará a estudiar la posibilidad del supuesto como acto inscribible, en cuanto al cumplimiento de la condición suspensiva y la condición en sí mismo, con fines publicitarios del cambio de la situación jurídica respecto del inmueble.

I.2. Presentación del caso

El protagonismo del crédito hipotecario en el país es innegable, tal es así que en enero del 2023 se registró un crecimiento de 7.8%, manteniendo la

tendencia dinámica respecto al período del año pasado según el Banco Central de la Reserva, siendo el préstamo hipotecario la modalidad con mayor incremento interanual. Esto se debe al desarrollo del mercado inmobiliario que ha ido generando e innovando en el flujo de las operaciones y transacciones en los que el crédito hipotecario ha permitido que más personas, constructoras y financieras sean parte del potencial económico en el sector (El Peruano: 2023).

En el marco socio-económico descrito, la Resolución N°1719-2009-SUNARP-TR trae a colación, primero, el análisis de los siguientes problemas jurídicos: primero, el problema principal de si es viable considerar como acto inscribible en los Registros Públicos a la Hipoteca sujeta a modalidad de condición suspensiva en respaldo de obligaciones futuras, exponiendo previamente que lo que se encuentra prohibido y contraviene la naturaleza jurídica de la hipoteca es hacer que esta verse sobre bienes futuros. En cuanto a los problemas secundarios, procederemos a desarrollar el carácter inscribible de la hipoteca sujeta a modalidad, en cuanto al cumplimiento de la condición y la condición en sí misma. Asimismo, respecto al segundo problema principal sobre si es posible armonizar el procedimiento administrativo que se requiere para contar con un bien inmueble individualizado física y jurídicamente con la posterior inscripción de la hipoteca sujeta a modalidad en los Registros Públicos, lo que nos permitirá analizar el régimen de eficacia de este supuesto y las consecuencias de la oponibilidad en ese estado.

En conclusión, la elección de la resolución mencionada nos brinda la oportunidad de desarrollar la siguiente alternativa: Si la finalidad es permitir el flujo de las transacciones con los créditos hipotecarios en el país requiriendo la perfección de la hipoteca con su inscripción, nosotros proponemos desarrollar la viabilidad de la hipoteca sujeta a modalidad de condición suspensiva en respaldo de obligación futura, sin contravenir el ordenamiento ni la naturaleza jurídica del instituto, permitiendo una alternativa para el continuo flujo comercial de los créditos hipotecarios.

II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES

II.1. Antecedentes

En el año 2008, mediante la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N°340-2008-SUNARP-SN, mediante la Directiva N°009-2008-SUNARP/SN, numeral 5.19, se dispuso que procede la inscripción de actos de disposición e hipotecas sobre unidades inmobiliarias proyectadas, siempre que se inscriba previa o simultáneamente el acto de pre declaratoria de fábrica, entendiéndose en relación a la Ley N°27157 Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común, precisamente respecto al último régimen mencionado. Al año de su vigencia, llegó ante el Tribunal Registral el presente caso en el que se solicita la inscripción de compraventa de tres unidades inmobiliarias futuras con garantía hipotecaria.

La hipoteca sujeta a modalidad, la prohibición de hipotecar bienes futuros, la garantía de obligación futura o eventual, y la compraventa de bienes futuros se encuentran recogidos en el Código Civil, con lo cual se involucran en el análisis de la resolución en cuestión. Por otro lado, la Ley N°27157 y la Ley N°29090, y sus reglamentos, recogen los requerimientos seguidos en el proceso municipal para el desarrollo del proyecto inmobiliario y proceder con la inscripción de la declaratoria de fábrica, esto en el marco del régimen de propiedad exclusiva y común.

En el presente caso, el recurrente solicita la inscripción de la compraventa de bien inmueble futuro y garantía hipotecaria, respecto del Departamento, Estacionamiento y Depósito, otorgada por Milenium Edificaciones S.A en mérito al parte notarial de la escritura pública del 19.3.2009 extendido ante Notaria de Lima Ricardo Fernandini Barreda, bajo el título N°585487 del 4.8.2009.

II.2. Hechos relevantes del caso

1. La Registradora Pública de predios de Lima, Teodocio Ayala, denegó la inscripción porque no constaban de los antecedentes de las partidas materia de calificación, ni de la matriz N°49081553 que las pre independizadas tengan el carácter definitivas (anotaciones de pre independización de las unidades inmobiliarias quedando registradas en las partidas N°12215627 el departamento 304, N°12215569 el estacionamiento 39, N°12215576 el depósito 15), por lo que esto deberá efectuarse previamente para proceder con la calificación de lo solicitado. Segundo, que en las partidas solo se registró la pre independización de los predios materia de transferencia y en aplicación del art. 50H del RIRP adecuado a la Ley N°29090 aprobado por Resolución N°339-2008-SUNARP/SN, no es posible la inscripción preventiva del acto de la hipoteca por tener carácter constitutivo.
2. El recurrente apela e indica que se afectó su derecho de propiedad de tutela constitucional según art. 2 de la Constitución Política del Perú ya que las unidades inmobiliarias le fueron transferidas y no se le estaría resguardando ante las ventas fraudulentas por parte de terceras personas e incumplimiento contractual de la constructora. Asimismo, modificó la rogatoria y solicitó la anotación preventiva del título por defecto subsanable.
3. El Tribunal Registral determina en el análisis si procede o no la inscripción de compraventa e hipoteca cuando las partidas registrales pre independizadas de los predios sobre los cuales recae el acto jurídico no caducaron.
4. Se determina que en la partida de la matriz N°49081553 se inscribieron los asientos B00003 en el que se anotó la pre declaratoria de fábrica, B00004 en el que se anotó la numeración de la unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva, en el asiento B00005 se anotó el pre reglamento interno de propiedad exclusiva y propiedad común y se extendieron las

anotaciones de pre independización de las unidades inmobiliarias quedando registradas en las partidas N°12215627 el departamento 304, N°12215569 el estacionamiento 39, N°12215576 el depósito 15, en el asiento B00006 se anotó la pre Junta de propietario y en el asiento B00007, la pre modificación de área luego de efectuadas las independizaciones respectivas.

5. Señala que con el nuevo Reglamento de inscripciones de predios aprobado mediante resolución N°248-2008-SUNARP-SN, art. 99., el plazo de vigencia de las anotaciones preventivas de la pre declaratoria de fábrica, pre reglamento interno y pre independización es de un (1) año, y que la extinción de la primera conlleva la extinción de la segunda y tercera, y la de los asientos extendidos en ella, debido al carácter de anotación preventiva. Sin embargo, reconoce que según la Directiva N°009-2008-SUNARP/SN, numeral 5.19, se generó un régimen de excepción, ya que aun cuando existe caducidad de las partidas pre independizadas, las inscripciones serán trasladadas a la partida matriz.
6. Determina que si bien la anotación preventiva de la pre declaratoria de fábrica tuvo fecha de presentación el 15.08.2008 sin prórroga y transcurrido más de un año desde la inscripción, sin renovación o conversión en definitiva, habría extinguido de pleno derecho a partir del 15.08.2009; sin embargo, en aplicación del Principio de Prioridad Preferente según el art. IX del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, procede la inscripción rogada, ya que a la fecha de presentación del título materia de apelación (04.08.2009), las partidas pre independizadas aún estaban vigentes. Asimismo, no considera como requisito para la inscripción la independización registrada en forma definitiva. De modo que debe realizarse el traslado a la matriz de las inscripciones a la que se refiere el título apelado en los porcentajes de participación según el Reglamento interno.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

III.1. Problema principal

1. ¿Es viable considerar como acto inscribible en los Registros Públicos a la Hipoteca sujeta a modalidad en las obligaciones futuras de crédito garantizado?

III.2. Problemas secundarios

1. ¿De qué manera debería desarrollarse la condición aplicable en la hipoteca sujeta a modalidad y su inscripción en los Registros Públicos?
2. ¿Es posible armonizar la individualidad jurídica del bien inmueble y la inscripción de la hipoteca sujeta a modalidad de condición suspensiva?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

IV.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

¿Es viable considerar como acto inscribible en los Registros Públicos a la Hipoteca sujeta a modalidad en las obligaciones futuras de crédito garantizado?

Consideramos que sí es viable y legal conforme al artículo 1105 del Código Civil, el cual indica que se puede constituir la hipoteca bajo condición o plazo. De esta forma, es posible contar con la inscripción de la hipoteca sujeta a modalidad de condición suspensiva en respaldo de una obligación futura, en lectura del art. 1099 del Código Civil. Para ello, partiremos con exponer la imposibilidad jurídica y natural de hipotecar bienes futuros según la prohibición expresa del artículo 1106 del Código Civil, aclarando, en cambio, que lo que nuestro ordenamiento sí posibilita es la inscripción de la hipoteca sujeta a modalidad para obligaciones futuras. Respecto a esto, partiremos del concepto

de la hipoteca, su regulación normativa en nuestro ordenamiento y su naturaleza en cuanto “hipoteca-acto” e “hipoteca-derecho”, haciendo dicha diferenciación que no es más que el *íter* configurativo de la hipoteca para ser constitutiva con su inscripción en los Registros Públicos. De esta manera, justificaremos que ante la alternativa brindada nos encontramos en un régimen de eficacia diferido.

¿De qué manera debería desarrollarse la condición aplicable en la hipoteca sujeta a modalidad y su inscripción en los Registros Públicos?

Consideramos que la hipoteca sujeta a modalidad es un acto inscribible, siendo inscribible el cumplimiento de la condición suspensiva como de la condición misma en los Registros Públicos, sustentando ello en la importancia de publicitar el cambio de la situación jurídica respecto del bien inmueble.

¿Es posible armonizar la individualidad jurídica del bien inmueble y la inscripción de la hipoteca sujeta a modalidad de condición suspensiva?

Consideramos que sí es posible y de hecho necesario ya que la individualidad jurídica y física es el paso previo para hacer viable la inscripción de la hipoteca sujeta a modalidad de condición suspensiva en resguardo de una obligación futura. Para ello, explicaremos el procedimiento administrativo que la norma indica para la obtención de la conformidad de obra, declaratoria de fábrica y la independización. De este modo, podrá ser posible referirnos al régimen de eficacia de la hipoteca sujeta a modalidad y sus atributos como derecho real diferido.

IV.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

Nos encontramos en desacuerdo con el fallo de la resolución toda vez que se fundamenta en numeral 5.19 de la Directiva N°009-2008-SUNARP/SN, la cual cuestionamos ya que permite hipotecar bienes futuros, lo cual contraviene el código civil y la misma naturaleza real de la hipoteca, omitiendo que contamos con la regulación de la hipoteca sujeta a modalidad en nuestro sistema, la que

nos brinda la oportunidad de analizarla en el marco de obligaciones futuras de créditos garantizados.

En ese sentido, el presente informe propone desarrollar por qué no es jurídicamente viable hipotecar bienes futuros y, en cambio, abordaremos el análisis de la hipoteca sujeta a modalidad, el tipo de modalidad adecuada en la inscripción de obligaciones futuras de créditos garantizados, su carácter inscribible y efectos.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

A continuación, se procederá con el análisis de los problemas jurídicos identificados.

V.1. Problema principal

¿Es viable considerar como acto inscribible en los Registro Públicos a la Hipoteca sujeta a modalidad en las obligaciones futuras de crédito garantizado?

De acuerdo a lo desarrollado, consideramos que el problema principal se desprende de la norma aplicada por el tribunal registral, esto es, el numeral 5.19 de la Directiva N°009-2008-SUNARP/SN, que permite la inscripción de la hipoteca sobre bienes futuros, por lo que el análisis abordará la imposibilidad e ilegalidad de hipotecar bienes futuros en nuestro ordenamiento y, por el contrario, desarrollaremos a propósito de lo anterior, la viabilidad de la hipoteca sujeta a modalidad como acto inscribible en los Registro Públicos para obligaciones futuras de crédito garantizado.

Para responder lo anterior, se desarrollará en forma secundaria, en primer lugar, las principales características y naturaleza real de la hipoteca para indicar que no es viable jurídicamente la hipoteca sobre bienes futuros, en segundo lugar, se analizará el tipo de modalidad a la que estaría sujeta la

hipoteca para obligaciones futuras de crédito garantizado y su inscripción en los Registros Públicos, a saber, la hipoteca sujeta a condición suspensiva.

Finalmente, daremos el alcance del proceso municipal requerido para identificar el inicio de la existencia del bien, a partir del cual es posible la inscripción secuencial de la hipoteca sujeta a condición suspensiva sobre obligación futura de crédito garantizado sobre un inmueble ya existente. Con el fin de abordar la respuesta a las preguntas formuladas, previamente desarrollaremos el concepto, regulación y naturaleza jurídica de la hipoteca como institución recogida en nuestro ordenamiento.

Es así que, respecto a la Directiva N°009-2008-SUNARP/SN aprobada por la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N°340-2008-SUNARP-SN, relativa al régimen de propiedad exclusiva y común, se requiere señalar previamente lo siguiente:

La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos tiene competencia para la regulación de la función registral, según consta del Reglamento de organización y funciones de la SUNARP según la Resolución Suprema N°139-2002-JUS. Asimismo, en cuanto a la naturaleza de la misma, la Ley 26366, Ley de creación del sistema nacional de los registros públicos y de la superintendencia de los registros públicos, indica que tiene por objeto dictar las políticas y normas técnico-administrativas de los Registros Públicos, dentro de las cuales puede normar la inscripción y publicidad de los actos y contratos en los Registros Públicos. Siendo que mediante Decreto Legislativo N°1451 que fortalece el funcionamiento de las entidades del gobierno nacional, del gobierno regional o del gobierno local, a través de precisiones de sus competencias, regulaciones y funciones, se modifica el segundo párrafo del artículo 10 de la referida Ley, en cuanto indica que la Superintendencia también está habilitada para regular procedimientos administrativos de inscripción registral y sus requisitos, incluyendo los plazos del procedimiento registral.

De lo dicho, se advierte que tanto de la naturaleza de la Superintendencia y su reglamentación en la organización y funciones, aquella no puede excederse en

sus competencias al generar normas sustantivas de naturaleza civil. La situación se agrava cuando el numeral 5.19 de la Directiva N°009-2008-SUNARP/SN contraviene la prohibición del artículo 1106 del Código Civil, pretendiendo generar un acto inscribible por la vía inadecuada al señalar que procede la inscripción de hipoteca sobre unidades proyectadas, lo que a su misma vez atenta contra la regulación del Código Civil, ya que este recoge el listado de actos inscribibles en el registro de propiedad inmueble.

En consideración de esta premisa y, aunque la intención ha sido favorecer el flujo del crédito hipotecario, debió haberse entendido de forma previa la naturaleza y regulación del instituto de la hipoteca en nuestro ordenamiento para proceder con una alternativa acorde al mismo, lo cual se realizará a continuación.

V.1.1. **Concepto de la Hipoteca:** “la hipoteca es un derecho real que surge con la inscripción en los registros públicos y que atribuye al acreedor el poder de expropiar, incluso en las relaciones con el tercer adquirente, los bienes individualizados que estén vinculados a la garantía del propio crédito y de ser satisfecho con preferencia sobre el precio obtenido de la expropiación.” (Gonzales Barrón, Gunther: 2007) (el subrayado es nuestro)

A nivel doctrinal, partimos del concepto brindado por el profesor Gonzales, con especial énfasis en el subrayado. En efecto, como desarrollaremos más adelante, no hay duda de que la inscripción de la hipoteca en los Registros Públicos produce el nacimiento del derecho real de hipoteca, permitiendo que se garantice el crédito a través de un bien individualizado, por lo que se requiere la concreción individual de un bien inmueble en la realidad y, por lo tanto, existente.

En cuanto a su regulación normativa conceptual podemos referir lo siguiente:

“Art. 1097.- Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero.

La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado” (Código Civil: 1984)

En el Código Civil de 1984 encontramos la definición de la hipoteca, la cual es precisa en indicar que la hipoteca afecta bienes inmuebles, siendo este el punto de partida para su definición. De dicho concepto, podemos referirnos a los alcances de la norma en cuanto a sus requisitos y características. El artículo 1097 señala que por la hipoteca se (i) afecta un inmueble, (ii) en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, y (iii) otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado.

En primer lugar, la afectación se refiere sobre el bien inmueble, lo cual refleja el carácter inmobiliario de la hipoteca según el art. 1100 del Código Civil, ya que recae sobre inmuebles específicamente determinados. De ello, podemos concluir que la especificidad y determinación del inmueble es requerido para la afectación de este por la hipoteca.

En segundo lugar, señala que la afectación es en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero, con lo cual la hipoteca puede garantizar el cumplimiento de una obligación futura en lectura del artículo 1099 del Código Civil, lo cual abordaremos más adelante.

En tercer lugar, respecto a los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado, el primero se refiere a la acción real que faculta al acreedor hipotecario el exigir al tercero que adquirió el bien, la ejecución del inmueble. Del mismo modo, que por la persecución el acreedor hipotecario puede exigir el pago de la deuda. En el caso de la preferencia, existe una prelación en el orden de cobranza de los acreedores del deudor, brindándole una preferencia al acreedor hipotecario, dentro de los límites de cobro preferencial que puedan indicar las normas, asimismo, en razón de la hipoteca, existe una preferencia sobre la hipoteca inscrita primero, es decir, de mayor antigüedad, con la posibilidad de ceder su rango. Finalmente, ante el incumplimiento de la obligación del deudor, el acreedor puede solicitar la venta

judicial para ejecutar el bien inmueble hipotecado o si no logra garantizar la obligación a satisfacción del acreedor hipotecario. (Avendaño, Jorge y Francisco Avendaño: 2017)

En cuanto a las características de la hipoteca, seguimos la línea del profesor Avendaño cuando señala que es accesoria al crédito garantizado, indivisible por la integridad del inmueble, inmobiliario por la calidad de ser un bien inmueble específicamente determinado y especial tanto en el crédito garantizado, como en el inmueble. A continuación, las características de los derechos que se desprenden de la hipoteca:

- **Accesorio:** la hipoteca garantiza la obligación, lo cual no significa que el crédito exista al momento de constituir la hipoteca. Lo que sí es correcto es que la hipoteca no puede subsistir sola por lo cual es accesoria a la obligación (Varsi Rospigliosi y Torres: 2019). En efecto, según los artículos 1099 y 1104 del Código Civil, es válido que la hipoteca garantice una obligación futura o eventual, con lo cual no es indispensable que exista el crédito al momento de constituir la hipoteca y esto no contradice su carácter accesorio.
- **Indivisible:** en referencia al art. 1102 del Código Civil, este nos brinda el alcance de la indivisibilidad de la hipoteca y su subsistencia total respecto de los bienes hipotecados. Siguiendo al autor en comentario, el total del crédito se encuentra garantizado por la integridad del bien sujeto a hipoteca, con lo cual la división o reducción del crédito no implica la división o extinción de la hipoteca, por el contrario, aquella se mantiene vigente garantizando el crédito fraccionado o aún adeudado (Avendaño, Jorge y Francisco Avendaño: 2017).
- **Inmobiliario:** El artículo 1097 del Código Civil que define la hipoteca determina su naturaleza inmobiliaria, al señalar que por la hipoteca se afecta un inmueble, asimismo, el art. 1100 menciona que la hipoteca recae sobre inmuebles específicamente determinados.

- Especial: la especialidad tiene dos vertientes, en cuanto al bien inmueble y el crédito. En cuanto al crédito, relacionado al carácter accesorio de la hipoteca, el inciso 2 del artículo 1099 y el art. 1104 del Código civil, la hipoteca respalda una obligación, pudiendo esta ser también futura o eventual, por lo que al momento de constituir la hipoteca es perfectamente posible que en el acto constitutivo se manifiesten los parámetros determinables de la obligación en caso no sea presente, dejando constancia que su efectividad estará sujeta a la existencia determinada de la obligación (Varsi Rospigliosi y Torres: 2019).

A propósito de la regulación de la hipoteca que procederemos a analizar, podemos indicar sobre el carácter de especialidad, el numeral 3 del artículo 1099 señala que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de propiedad inmueble, por lo cual el gravamen podría ser la cuantía máxima del crédito determinable pero que será determinado, hecho que podrá ser susceptible de ser inscrito en los Registros Públicos. De igual forma, la especialidad en cuanto al bien, el art. 1100 del Código civil indica los inmuebles sobre los que recae la hipoteca deben ser específicamente determinados y esto tiene sentido cuando en el artículo 1106 del Código Civil se prohíbe la constitución de la hipoteca sobre bienes futuros. En ese sentido, la individualización permite describir y determinar con exactitud al bien, lo que a su vez permite la inscripción de la hipoteca ya que esta requiere el registro de un inmueble sobre el cual consignar la garantía (Ortega Piana, Marco: 2013).

Desarrolladas las características de la hipoteca, podemos encontrar sus requisitos normativos a continuación.

V.1.2. **Regulación de la Hipoteca:** Dentro de los requisitos de la hipoteca, el art. 1099 del Código Civil señala lo siguiente:

1. “Que afecte el bien el propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley.
2. Que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable.

3. Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble”.

En el inciso 1, se señala que es requisito de validez que quien hipoteque el bien sea el propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme ley. Si bien la norma señala que se trata de un requisito de validez, seguimos la línea del profesor Avendaño en el sentido que, en cambio, se trata de un requisito de eficacia ya que si quien hipoteca no es el propietario, esto no significa que el acto jurídico sea inválido, sino ineficaz, con lo cual luego de celebrado el acto puede regularizarse la adquisición del bien por parte de quien constituyó la hipoteca.

Respecto del inciso 2, este tiene especial relación las características de accesoriedad y especialidad de la hipoteca. Es nula la hipoteca respecto de una obligación que no sea determinada o determinable. Esto significa que la misma puede ser una obligación eventual o futura, como señala la norma al referirse a la obligación determinable, que será determinada por la extensión, entidad y causa de la obligación que constará en el acto.

Finalmente, el inciso 3 indica que el gravamen debe ser de cantidad determinada o determinable. Es decir, debe haber constancia de su extensión para saber el monto máximo de la obligación. Adicionalmente, la norma señala que el gravamen se inscribe en el registro de propiedad inmueble y esto trae a colación el carácter constitutivo registral de la hipoteca, ya que según el artículo 1098 del Código Civil, esta se constituye por escritura pública (entiéndase la hipoteca-acto, el contrato de hipoteca es válido siempre que cuente con escritura pública), sin embargo, el derecho real de la hipoteca se genera con su inscripción registral, como indicamos anteriormente (art. 1099 inciso 3). Por ello, es importante distinguir entre el derecho real de la hipoteca y el contrato de la hipoteca ya que esto permite diferenciar que para constituir la hipoteca se requerirá contar con la escritura pública, y la inscripción en los Registros Públicos para hablar propiamente del derecho real de hipoteca, de lo contrario solo solo se tendrá una obligación personal y no real (Avendaño, Jorge y Francisco Avendaño: 2017).

Por tanto, de la obligación de que el gravamen se inscriba en el registro, se deriva que (i) debe existir previamente inscrito el bien inmueble individualizado y determinado sobre el cual recaerá la garantía y (ii) respecto del cual quedará registrado el gravamen que garantizará la obligación (futura o eventual) que podrá ser determinada o determinable. Ahondaremos este punto en los siguientes acápites sobre la alternativa propuesta en el presente informe, a saber, la hipoteca sujeta a modalidad.

En efecto, es sabido que la publicidad del acto jurídico la conseguimos a través de su inscripción y, por ello, la publicidad hipotecaria brinda seguridad en las operaciones comerciales donde se vea involucrada la hipoteca. De ahí que, se puede perseguir lo que es posible de ser conocido, pero además precisamos que no es completa la persecución con solo ser conocido si la inscripción no brindara la oponibilidad del acto, esto es, que efectivamente la sujeción del bien a la obligación del crédito configure una garantía que respalde al acreedor consignado en el acto constitutivo y en el registro. De ahí que, reafirmamos que el nacimiento del derecho real de la hipoteca es con su inscripción. Esto nos lleva al siguiente paso que es la identificación de la naturaleza jurídica de la hipoteca.

V.1.3. Naturaleza jurídica de la hipoteca: Las cualidades más importantes del derecho real se encuentran en la hipoteca, siendo innegable reconocer que, entonces, esta tiene naturaleza real. Sin perjuicio de ello, reiteramos la precisión hecha líneas atrás. La hipoteca como derecho real de garantía se genera con su inscripción en Registros Públicos¹.

Es así que el derecho real tiene dos cualidades: la inherencia y la exclusión. La inherencia se manifiesta en la relación entre el derecho y la cosa, habiendo una dependencia del derecho respecto a la existencia de la cosa. Las

¹Como señala Avendaño, Jorge y Francisco Avendaño (2017): *“La inscripción de la hipoteca es un elemento constitutivo del derecho real de hipoteca. No hay derecho real de hipoteca si no se inscribe. Sin inscripción no hay garantía hipotecaria.”*

consecuencias de la inherencia son la especialidad y la adherencia. Respecto a la especialidad, la cosa requiere ser determinado, actual y autónomo, es decir, concreto, presente e individualizado; y acerca de la adherencia, el derecho real se mantiene íntegro aun cuando la cosa se modifique, con lo cual el derecho se expande al bien modificado. Respecto a la exclusión, el titular del derecho real tiene la exclusividad de la cosa frente a terceros, manifestando su oponibilidad, persecución y preferencia (Gonzales Barrón, Gunther: 2015).

En ese sentido, si la premisa es que el derecho real de garantía, la hipoteca, nace con la inscripción, entonces se puede señalar que las cualidades (inherencia y exclusión) de los derechos reales sustentan la naturaleza real de la hipoteca porque aquellas se manifiestan desde la inscripción de esta. En efecto, en los Registros Públicos, el bien debe ser determinado, existente e individualizado si sobre este recaerá el derecho real de garantía, la hipoteca. En esa misma línea, si el bien (determinado, existente e individualizado) sufriera alguna transformación, constará en su registro la modificación y la expansión de la hipoteca de forma incólume. Finalmente, a través de la publicidad que otorga Registros Públicos, el titular del derecho real de hipoteca podrá hacerla oponible, perseguirla y exigir la preferencia de su garantía.

Se concluye del concepto, regulación, y naturaleza de la hipoteca que resulta contra natura e irregular sostener que aquella pueda pretender ser un derecho real que tiene poder jurídico inmediato sobre la cosa cuando la cosa es indeterminada y/o futura, rompiendo con la lógica normativa y dogmática de la hipoteca. Ante esto, cabe preguntarnos ¿Qué es el bien futuro y por qué no es posible la hipoteca sobre el mismo?

Ahora bien, para responder la pregunta debemos indicar previamente que la compraventa de bienes futuros no es un imposible jurídico. De hecho, en nuestro sistema jurídico y comercial es un contrato ampliamente reconocido, brindando la clasificación del tipo del bien y la modalidad del acto, los cuales abordaremos a continuación.

Siguiendo esta línea, desarrollaremos algunas de las modalidades de compraventa de bien futuro que regula el Código Civil.

“Artículo 1534.- Compra venta de bien futuro

En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia.”

Este es el supuesto de la *emptio rei speratae*, en el que la compraventa no es un contrato aleatorio, por el contrario, se encuentra sujeto a la condición suspensiva de la existencia plena del bien, por lo que el bien existirá con las características de calidad y cuantía que fueron determinadas en el contrato. Así, si el bien existe físicamente, pero no con la calidad y cuantía pactadas, no existe jurídicamente (Castillo Freyre, Mario: 2020)

Por su lado, la modalidad de la *emptio spei* la podemos encontrar en el art. 1536 que señala lo siguiente.

“Artículo 1536.- Compra-venta de esperanza incierta

En los casos de los artículos 1534 y 1535, si el comprador asume el riesgo de la existencia del bien, el vendedor tiene derecho a la totalidad del precio, aunque no llegue a existir” (Código Civil: 1984)

En efecto, refiriéndose al art. 1535 del Código Civil, existe una aleatoriedad respecto a la existencia del bien, incluye la cuantía y calidad pactadas, ya que, si el bien llega a existir, el contrato producirá desde ese momento todos sus efectos, cualquiera sea su cuantía y calidad, y el comprador debe pagar íntegramente el precio.

En estos casos, bajo la modalidad de la *emptio spei*, el comprador asume el riesgo a que el bien futuro no exista, ya que, si no existe, quedará obligado a cumplir el precio pactado. Por ello, la doctrina mayoritaria está de acuerdo en que esta es una modalidad excepcional. Respecto a la compraventa de bienes futuros que aquí tratamos, el supuesto se encuadra en la primera modalidad de la *emptio rei speratae*, porque el riesgo de que el bien no exista no corre a

cuenta del comprador y, por el contrario, es de alcance general que en los contratos de compraventa de bienes futuros se establezcan las condiciones del bien, en cuanto a sus características para cumplir con su determinación, sobre su cuantía y cualidad pactadas.

Desarrollados el concepto, regulación y naturaleza real de la hipoteca, así como la clasificación de los bienes y las modalidades de compraventa respecto al bien futuro, podemos abordar las siguientes conclusiones como respuesta a la pregunta planteada ¿Por qué no es posible hipotecar bienes futuros?

- a. La hipoteca-derecho (garantía): en efecto, como indicamos anteriormente, la hipoteca como derecho real de garantía se constituye con la inscripción, en la cual se tiene el objeto y efectos propios del derecho real (Gonzales Barrón, Gunther: 2007, p 98). En ese sentido, el bien es determinado, existente e individualizado para ser pasible de afectación del derecho real de garantía que se constituirá en los Registros Públicos. De ahí que exista la prohibición de hipotecar bienes futuros en el artículo 1106 del Código Civil y la necesidad de contar con inmueble específicamente determinado según el art. 1100 del Código Civil.
- b. La hipoteca-acto (título): sin perjuicio de lo afirmado en el apartado anterior, también es cierto que, tratándose exclusivamente del negocio jurídico, el objeto y los efectos versan sobre los actos y efectos obligacionales (Gonzales Barrón, Gunther: 2007, p101), con lo cual nada inválida que la hipoteca asegure el cumplimiento de una obligación futura (obligación determinable según el art. 1099 incisos 2 y 3 del Código Civil).
- c. De lo dicho, se puede concluir que estamos frente a dos momentos en la configuración de la hipoteca. Un primer momento referido al acto constitutivo de contenido obligacional, con lo cual puede versar sobre el cumplimiento de una obligación determinable, es decir, futura. Un segundo momento es cuando termina de configurarse la hipoteca,

deviniendo en derecho real de garantía (con a eficacia que conlleva) cuando se tiene el título válido del primer momento (hipoteca-acto), y un bien individualizado, determinado y existente debidamente registrado para ser afectado por la hipoteca, configurándose así el derecho real de la misma.

Así las cosas, reafirmamos la imposibilidad de hipotecar bienes futuros (además de la prohibición normativa expresa en nuestro ordenamiento), en cuanto la constitución de la garantía la obtenemos con la existencia plena del bien inmueble, que no es más que con su inscripción en los Registros Públicos. Este *íter* configurativo, también tiene sustento normativo en los artículos 1098, 1099-2 y 1099-3 del Código Civil, ya que se refieren a la hipoteca-acto (título) en el que esta es válida siguiendo la formalidad prescrita, pudiendo versar sobre una obligación futura (determinable) y a la hipoteca-derecho (garantía) en la que esta surte efectos plenos de derecho real en cuanto al gravamen (el mismo que también podrá ser determinable, así como la obligación futura, en el acto constitutivo de la hipoteca pero con el procedimiento y los parámetros para su determinación) se inscriba en el registro de propiedad inmueble, configurándose así las consecuencias sobrevenidas de los derechos reales y de los registros públicos, entre ellos, publicidad, oponibilidad, persecución y preferencia. Esto será desarrollado en el siguiente acápite a propósito de la hipoteca sujeta a modalidad.

V.2. Problemas secundarios

¿De qué manera debería desarrollarse la condición aplicable en la hipoteca sujeta a modalidad y su inscripción en los Registros Públicos?

Habiendo concluido en el apartado 5.1 la imposibilidad de hipotecar bienes futuros, no debemos concluir que es imposible generar una alternativa dogmática y normativamente correcta que relacione la hipoteca-acto y la hipoteca-derecho en los Registros Públicos para ser una garantía en respaldo de una obligación futura (determinable) de crédito. Previamente, para abordar la alternativa propuesta, esto es, la hipoteca sujeta a modalidad, abordaremos

los tipos de modalidades de los actos jurídicos regulados en nuestro ordenamiento, su carácter inscribible en los Registros Públicos y la modalidad que correspondería a la alternativa propuesta.

V.2.1. **Modalidades del acto jurídico:** los artículos 171 y 172 del Código Civil nos brinda la siguiente regulación.

“Artículo 171.- Invalidación del acto por condiciones impropias

La condición suspensiva ilícita y la física o jurídicamente imposible invalidan el acto. La condición resolutoria ilícita y la física o jurídicamente imposible se considera999n no puestas” (1984).

“Artículo 172.- Nulidad del acto jurídico sujeto a voluntad del deudor

Es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor” (1984).

En ambos artículos, las normas nos brindan un alcance a la definición de la condición suspensiva, sin perjuicio de ello, recurriendo a la doctrina podemos señalar que la condición suspensiva como modalidad del acto jurídico es incierta y futura, esto es, que no existe una certeza absoluta respecto a la realización del hecho condicionado, por lo que los efectos quedarán suspendidos hasta que aquel se cumpla o manifieste (Torres, Aníbal: 2011, p 326).

En cuanto a la nulidad del art. 172 del Código Civil, es lo que Torres Aníbal señala como nula la condición meramente potestativa, por la cual la dependencia de los efectos recae en la absoluta voluntad deudor, sus propios intereses y conveniencias y, en ese sentido, la condición suspensiva que es incierta y futura ya no lo sería como tal ya que será determinada por la sola voluntad de una de las partes (Torres, Aníbal: 2011, p 333).

De lo referido, podemos concluir que la condición suspensiva válida en nuestro ordenamiento es aquella que alude a un hecho incierto y futuro, cuyos efectos no pueden recaer en la absoluta voluntad del deudor. Asimismo, podemos

hablar de un régimen de eficacia diferido que será transversal a los actos sujetos a condición suspensiva y, bajo esta premisa, abordaremos la alternativa de la hipoteca sujeta a modalidad, a saber, suspensiva.

V.22. Artículo 1105.- Hipoteca sujeta a modalidad

La hipoteca puede ser constituida bajo condición o plazo.

El artículo 1105 nos indica que es admisible en nuestro ordenamiento la hipoteca sujeta a condición o plazo, y, en consecuencia, válida la hipoteca sujeta a condición suspensiva. Al respecto y en definitiva la norma tiene una utilidad práctica en cuanto a la posibilidad de publicitar la configuración de la hipoteca, en tanto hipoteca-acto e hipoteca-derecho, a través de su inscripción en los Registros Públicos, lo cual abordaremos a continuación.

Concluimos, a partir del apartado 5.1, que el *íter* configurativo de la hipoteca que deriva en el derecho real de garantía se refiere a que, en un primer momento, por la hipoteca como acto y garantía es posible asegurar el cumplimiento de una obligación futura (determinable), la cual es susceptible de ser inscrita en los Registros Públicos, así como su determinación y existencia, lo que quedará de igual manera registrado (siguiendo los incisos 2 y 3 del artículo 1099 del Código Civil). En ese sentido, consideramos que la hipoteca sujeta a modalidad que brinda el artículo 1105 del Código Civil es la figura jurídica adecuada para permitir que este *íter* configurativo de la hipoteca se inscriba en los Registros Públicos.

Ahora bien, respecto a la modalidad que brinda el Código Civil, esto es, condición o plazo, consideramos que el aseguramiento de la obligación futura (determinable) a través de los Registros Públicos y la posterior configuración como gravamen, es posible a través de la condición suspensiva, por la que se condicionará el nacimiento del derecho real de garantía al cumplimiento de la obligación que consta como futura (determinable). De esta forma, no se distorsiona la institución jurídica de la hipoteca concebida en nuestro ordenamiento.

En esa línea, se deriva la pregunta de si la modalidad de acto jurídico descrita es susceptible de ser inscrita en los Registros Públicos, la cual abordaremos a continuación.

V.23. Carácter inscribible de la hipoteca sujeta a modalidad de condición suspensiva

Es cierto que dentro de los actos inscribibles contenidos en el artículo 2019 del Código Civil no encontramos de manera específica que es inscribible el acto jurídico sujeto a condición suspensiva. También es cierto que en su numeral 4 es pasible de inscripción el cumplimiento total o parcial de la condición sobre el acto o contrato registrado, con lo cual se entendería que solo podría inscribirse el efecto que resulte del cumplimiento de la condición, mas no el acto que se encuentra bajo la modalidad.

Respecto a ello, el Tribunal Registral se pronunció mediante Acuerdo Plenario del Pleno 72, y señaló que los actos jurídicos bajo condición suspensiva son actos inscribibles (SUNARP 2011), y aunque esto no derivó en precedente de observancia obligatoria, consideramos que la posibilidad de ser inscritos en los registros se basan en la naturaleza de la condición suspensiva que explicamos en el acápite anterior (esto es, el régimen de eficacia diferido bajo el cual se encontrará el acto) y, respecto a la naturaleza del derecho real de garantía de la hipoteca (esto es, la eficacia del derecho mediante la publicidad registral y oponibilidad del mismo), toda vez que el cumplimiento de la condición suspensiva producirá un cambio en la situación jurídica real respecto del inmueble.

Según lo expuesto hasta este apartado, concluimos lo siguiente. Primero, que la condición suspensiva potestativa, la que condiciona el cumplimiento en la única voluntad de una las partes, es nula según el artículo 172 del Código Civil.

En segundo lugar, en cuanto a las características de accesoriedad y especialidad de la hipoteca podemos señalar que la hipoteca es accesorio a la obligación por lo que sirve para asegurar su cumplimiento. En ese sentido, la

obligación puede ser actual como también futura, con lo cual la obligación podría no existir al momento de constituir la hipoteca, sin perjuicio de la eficacia pendiente a la existencia de la obligación. Ahora bien, en relación al carácter de especialidad, dijimos que aplica al bien inmueble en el sentido de que este debe ser determinado, individualizado y actual, de ahí que existe expresa prohibición de hipotecar bienes futuros. Asimismo, también dijimos que la especialidad en cuanto al crédito se refiere que este sea individualizado y la cuantía determinada, y que según el artículo 1099, numerales 2 y 3 del Código Civil, la garantía asegura el cumplimiento de la obligación actual, futura o eventual, siendo inscribible esta y el gravamen determinado o determinable, lo que significa que para su validez constará en el acto constitutivo de hipoteca los parámetros para su determinación, en caso la obligación y/o el gravamen sea futura y/o determinable, respectivamente (Varsi Rospigliosi y Torres: 2019). Sobre este punto, volveremos más adelante con el fin de determinar el régimen de eficacia diferido en el supuesto descrito a nivel registral.

Al respecto debemos mencionar que la doctrina española nos brinda el alcance sobre la posibilidad de inscribir la hipoteca sujeta a modalidad de condición suspensiva en respaldo de obligaciones futuras. Es así que, tanto para la hipoteca en garantía de obligaciones futuras, obligaciones sujetas a condición suspensiva o resolutoria, la doctrina española encuadra tales modalidades bajo la denominación de la **hipoteca de seguridad**, que hace referencia a la técnica jurídica en la cual la obligación es determinable pero que se exige la determinación en la cuantía del crédito, cuya determinación obedece a factores extra hipotecarios. De esta forma, la hipoteca de seguridad en garantía de obligaciones futuras, en un primer momento, asegura la preferencia en el pago de la obligación (la que podrá o no surgir) y, en un segundo momento, el acreedor no goza de las garantías del sistema hasta que demuestre la existencia del crédito en términos hipotecarios (Chico y Ortiz, José María: 2000, pg.1543).

En nuestro ordenamiento, como desarrollamos, es posible que la hipoteca garantice la obligación futura y, sin perjuicio de ello, también es cierto que, en razón del carácter de especialidad, la obligación y el monto también pueden ser

determinables y, entonces, sería inválido pactar que la hipoteca garantiza cualquier obligación sin brindar los parámetros de su causa, entidad y extensión, atendiendo al principio de literalidad por el cual el gravamen se aplica según consta de forma expresa en el título constitutivo (Avendaño, Jorge y Francisco Avendaño: 2017).

En tercer lugar, lo anterior nos lleva a responder la pregunta del presente acápite, a saber, la posibilidad de relacionar la hipoteca-acto y la hipoteca-derecho en los Registros Públicos como garantía en respaldo de la obligación y/o el gravamen que sea futura y/o determinable, respectivamente. En efecto, consideramos que la respuesta la encontramos en el artículo 1105 del Código Civil, mediante el cual la hipoteca puede ser constituida bajo condición o plazo. Como indicamos, la condición suspensiva es un acto inscribible, con lo cual no hay impedimento para que en el acto constitutivo de la hipoteca se establezcan los parámetros o procedimiento para la determinación de la obligación y el gravamen, quedando suspendidos los efectos hasta la realización de la condición (y la obligación se convierta en actual con gravamen determinado), lo cual es susceptible de ser inscrito en los Registros Públicos, mediante la hipoteca sujeta a modalidad. En esa línea, no es nula la condición sobre la existencia de la obligación futura, ya que la realización de la misma no es una condición potestativa, es decir, no depende de la mera y exclusiva voluntad del deudor, de hecho, es incierta y futura y, por tanto, podría o no nacer.

Así las cosas, reafirmamos el supuesto de que es posible la inscripción de la hipoteca sujeta a modalidad de condición suspensiva en resguardo de una obligación futura. En atención a ello, también queda claro que, en razón de la naturaleza de la hipoteca desde los conceptos “hipoteca-acto” e “hipoteca-derecho” desarrollado anteriormente, si la obligación es futura e inexigible, por tanto, determinable, no podemos concluir que la inscripción de la **hipoteca sujeta a modalidad de condición suspensiva** genera el nacimiento del derecho real de garantía de la hipoteca y los efectos plenos que este último conlleva. Esto en base a que la inscripción de la hipoteca es constitutiva de la “hipoteca-derecho” o derecho real de garantía (Vivar Morales, Elena: 1994).

Esto conlleva a analizar el régimen de eficacia de la inscripción de la hipoteca sujeta a modalidad de condición suspensiva en los Registros Públicos en armonía con el proceso municipal requerido para considerar como existente el inmueble, siendo esto el punto de partida ya que no es propio hablar de la hipoteca si no se cuenta con un inmueble específico, determinado y existente.

V.3. ¿Es posible armonizar la individualidad jurídica del bien inmueble y la inscripción de la hipoteca sujeta a modalidad de condición suspensiva?

Como indicamos anteriormente, hipotecar bienes futuros contraviene nuestro ordenamiento y la naturaleza jurídica de la hipoteca y, por el contrario, sí es posible la inscripción de la hipoteca sujeta a modalidad de condición suspensiva en respaldo de obligaciones futuras/determinables que constará su existencia y determinación en los Registros Públicos. En ese sentido, para la viabilidad de este supuesto se requiere entonces contar con la individualidad jurídica del bien inmueble, es decir, cumplir con el procedimiento administrativo que la ley requiere para proceder con su apertura en los Registros Públicos a través de la partida registral correspondiente.

La Ley 29090 Ley de regularización de habilitaciones urbanas y de edificaciones brinda el procedimiento administrativo que se debe llevar a cabo para la obtención de la licencia de edificación y la conformidad de obra, y tratándose de proyectos inmobiliarios bajo el régimen de propiedad exclusiva y común según la Ley N°27157, se inscribirán la pre independización y el pre reglamento interno. Es así que para la edificación se debe seguir un primer procedimiento para contar con los derechos de construcción y desarrollo, en el marco del ordenamiento urbanístico; llevada a cabo la edificación, se procede a la obtención de la conformidad de obra que se otorga cuando se acredita que la edificación llevada a cabo se realizó cumpliendo con el proyecto aprobado y parámetros urbanísticos y edificatorios. Así, finalmente, se podrá solicitar la inscripción registral de la Declaratoria de Fábrica con la conformidad de obra con firma y sello de funcionario competente y, con ello, finalmente la

independización de los departamentos de la edificación (Montenegro Monteza: 2014).

En efecto, la individualización física y jurídica del bien inmueble es el punto de partida para hacer posible la inscripción de la hipoteca sujeta a modalidad de condición suspensiva en respaldo de una obligación futura y, con ello, permitir la publicidad del procedimiento del *íter* configurativo de la hipoteca-acto y la hipoteca-derecho. Habiendo, analizado lo anterior, corresponde averiguar cuál sería el régimen de eficacia conveniente y útil.

V.3.1. Régimen de eficacia en la hipoteca sujeta a modalidad de condición suspensiva:

En cuanto a la eficacia de la hipoteca que respalde la obligación futura en los Registros Públicos, aquella podría desplegarse bajo dos modalidades, a saber, régimen resolutorio y suspensivo. Por el régimen resolutorio, desde la inscripción de la hipoteca esta ya surte efectos, pero cesarán si no se deja constancia de que la obligación futura se convierte en actual. Esto quiere decir que antes del cumplimiento de la condición (que la obligación futura devenga en actual) se pretende brindar la persecución y preferencia respecto de la obligación futura y, por tanto, inexigible. Al respecto, también consideramos que no podríamos hablar de eficacia plena bajo este régimen, ya que realmente el acreedor se encuentra desprotegido al pretender exigir lo inexigible, más aún considerando que la hipoteca es accesorio, con lo cual se vería imposibilitado de acceder a la ejecución de la garantía (impropiamente dicha) (Ortega Piana, Marco: 2013).

En la doctrina española, hay una precisión en cuanto el régimen resolutorio y es que, en este caso, la obligación ya es efectiva, y el cumplimiento de la condición resolutoria hace que deje de existir y, en consecuencia, se cancele la hipoteca que ya surte efectos respecto a terceros. En ese sentido, la hipoteca se encuentra sujeta al cumplimiento de la condición que hará que la obligación se extinga, hecho que quedará constado en una nota marginal de la hipoteca inscrita (Chico y Ortiz, José María: 2000, pg.1547).

Por su parte, el régimen suspensivo permite que los efectos de la hipoteca queden suspendidos hasta que se cumpla la condición, esto es, la conversión de la obligación futura en actual. En ese sentido, se requerirá la constancia registral en razón de que el derecho real de garantía es constitutivo de los registros y de la publicidad que genera (Ortega Piana, Marco: 2013). Es así que, en la doctrina española, la hipoteca en garantía de obligaciones sujetas a condición suspensiva es equiparable al caso de la hipoteca en garantía de obligaciones futuras, respecto a los efectos que produce la constancia del cumplimiento de la condición, ya que brinda un puesto preferente en la serie hipotecaria (Chico y Ortiz, José María: 2000, pg.1546).

Al respecto y según lo señalado en el apartado 5.2.3, el cumplimiento de la condición respecto de la cual depende la eficacia es inscribible en la partida del bien inmueble, y también dijimos que además del cumplimiento también es inscribible la condición en mérito al título constitutivo de la hipoteca, siendo este último constado en la partida registral mediante la opción que nos brinda el Código Civil, esto es, la hipoteca sujeta a modalidad de condición suspensiva tratándose en resguardo de obligaciones futuras, con el fin de publicitar el cambio de la situación jurídica respecto del bien inmueble.

Así las cosas, corresponde volver al punto de partida, esto es, el concepto y regulación de la hipoteca ya que si nos referimos a que el derecho real de garantía (“hipoteca-derecho”) es constitutiva de su inscripción en los Registros Públicos, cabe preguntarnos si esto es congruente con la suspensión de los efectos de la hipoteca y el momento de su despliegue, en razón de su cualidad persecutoria y de preferencia.

V.3.2. La persecutoriedad y preferencia en la hipoteca sujeta a modalidad de condición suspensiva

Iniciamos el informe con el concepto doctrinal y normativo de que la hipoteca es un derecho real que nace con la inscripción en los Registros Públicos, requiriendo necesariamente contar con un bien inmueble individualizado física

y jurídicamente, mediante el cual garantiza el cumplimiento de la obligación que puede ser futura o actual, brindando al acreedor hipotecario el derecho de preferencia y persecución.

Al respecto reiteramos la precisión hecha en los acápites anteriores respecto de la lectura del art. 1099 del Código Civil y el carácter constitutivo de la hipoteca, en cuanto diferenciamos entre “la hipoteca-acto” y la “hipoteca-derecho”, en el sentido de que en la hipoteca-derecho como derecho real de garantía responde a la eficacia de la hipoteca a través de su inscripción en los Registros Públicos, por lo que **la hipoteca como derecho real surge con la inscripción**. Mientras que la constitución a la que refiere el art. 1098 del Código Civil es respecto a la validez del contrato de hipoteca, esto es, “la hipoteca-acto”.

A partir de ello, podemos referirnos a la persecución y preferencia en cuanto a la eficacia del derecho real de garantía. En primer lugar, es cierto que, como derecho real, la oponibilidad se presenta para dar en consecuencia la persecución del mismo respecto de quien puede exigir el cumplimiento de la obligación, de modo que si quien constituyó la hipoteca (esto es, el propietario del bien inmueble) decide transferir el bien, el acreedor hipotecario no pierde el derecho de persecución del bien inmueble, aunque ya no se encuentre en propiedad y poder del deudor hipotecario. De hecho, el carácter constitutivo del derecho real de garantía con la inscripción de este en los Registros Públicos es lo que permite que, a través de la oponibilidad, el acreedor hipotecario pueda, en consecuencia, hacerse del bien inmueble, facultado por la acción real. En segundo lugar, respecto al derecho de preferencia, el acreedor hipotecario se encuentra en una posición anterior frente a otros acreedores para exigir el pago del crédito, es decir, en el registro se consolida como de primer rango, de modo que si quien constituyó la hipoteca decide afectar el inmueble mediante otra hipoteca, el derecho de preferencia del primer acreedor hipotecario se mantiene (Avendaño Valdez y Avendaño Arana: 2007).

En ese sentido, si la hipoteca sujeta a modalidad de condición suspensiva en respaldo de una obligación futura tiene eficacia diferida, en el sentido de que

los efectos de la hipoteca se encuentran suspendidos hasta que conste el cumplimiento de la condición, ¿es posible hablar de derecho de persecución? Al respecto, según lo indicado en los párrafos anteriores, sí es posible en tanto con la inscripción registral de la hipoteca sujeta a modalidad, los terceros adquirentes pueden advertir su existencia y, por tanto, no podrán desconocerla (Chico y Ortiz, José María: 2000). En cuanto al derecho de preferencia, consideramos sí es posible considerar el derecho de preferencia durante se encuentre inscrita o, en su caso, anotada la hipoteca sujeta a modalidad.

Asimismo, no solo es posible hablar de los derechos que se generan en consecuencia de la hipoteca como derecho real de garantía, sino además de los principios registrales que encontramos en la hipoteca sujeta a modalidad. En razón del artículo 2012 del Código Civil es cierto que la publicidad del cambio de la situación jurídica sobre el inmueble ante el acontecimiento del cumplimiento de la condición suspensiva, respecto de la cual la obligación que dejó de ser futura para ser actual y exigible, resulta imprescindible para dar a conocer y prevenir al mismo tiempo los actos posteriores y simultáneos que pudieran versar en la partida registral del inmueble. Así mismo, y en razón del principio de legitimación del artículo 2013 del Código Civil, se podrá alegar que se presume como válido lo que constaba inscrito o, en su caso anotado, en la hipoteca sujeta a modalidad, con lo cual los terceros no podrán alegar desconocimiento de una hipoteca que constaba previamente en los Registros Públicos, aunque con suspensión de su eficacia plena hasta la conversión de la obligación futura en actual.

V.I. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

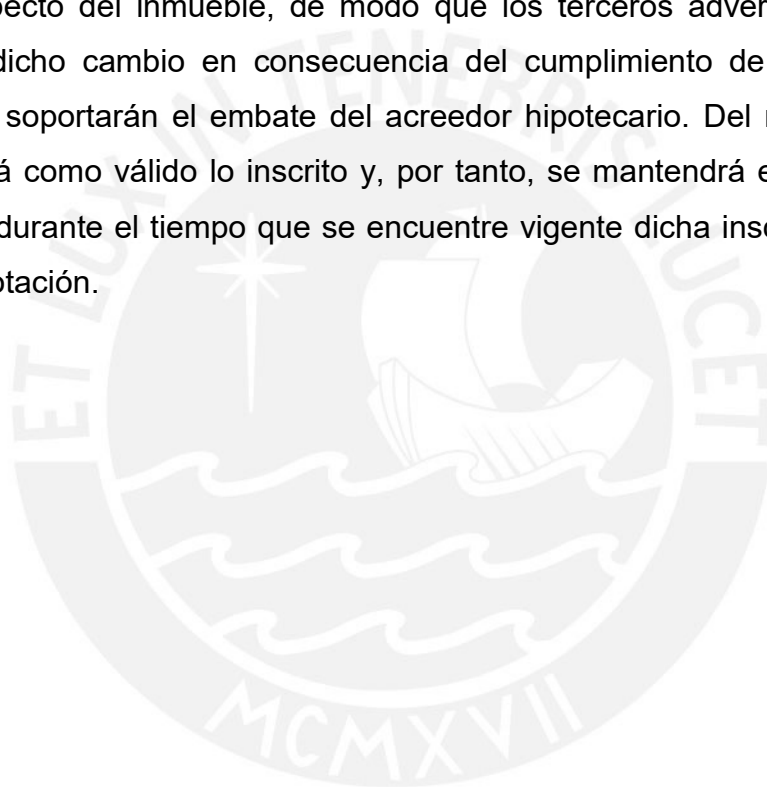
De acuerdo con lo desarrollado en el presente informe, en base a la naturaleza jurídica, concepto, regulación y características de la Hipoteca, resulta un imposible jurídico que esta verse sobre bienes inmuebles futuros, de modo que ese es el sustento del por qué existe una prohibición expresa en nuestro Código Civil que lo prohíbe, aunque el numeral 5.19 de la Directiva 009-2008, que es aplicada por el Tribunal Registral en la Resolución 1719-2009-SUNARP-TR-L, señale lo contrario. En mérito a la finalidad de permitir el flujo del crédito hipotecario en el mercado inmobiliario, se propone como alternativa, acorde con el ordenamiento normativo, a la hipoteca sujeta a modalidad en resguardo de la obligación futura de crédito garantizado.

Ahora bien, para considerar como viable la inscripción de esta en los Registros Públicos, primero se analiza la modalidad que brinda el Código Civil en cuanto a la hipoteca en respaldo de obligaciones futuras para lo cual se realiza una interpretación sistemática entre el artículo 1105 del Código Civil y el artículo 1099 del Código Civil, principalmente, los numerales 2 y 3 respecto a las obligaciones y gravamen determinables, así como el artículo 1104 del Código Civil sobre la hipoteca en respaldo de obligaciones futuras o eventuales. Así, se concluye que, en nuestro ordenamiento, la estructura y naturaleza de la hipoteca permite respaldar obligaciones futuras.

En segundo lugar, de ello se desprenden dos cuestiones secundarias respecto al carácter inscribible de la hipoteca sujeta a modalidad y el régimen de eficacia en los Registros Públicos. Respecto al carácter inscribible, se considera que si la modalidad de la hipoteca responde a una condición, esta podría ser suspensiva. En ese sentido, del Acuerdo Plenario del Pleno 72 y el numeral 4 del artículo 2019 del Código Civil, y sobre todo en la relevancia de publicitar el cambio de la situación jurídica respecto del inmueble, resulta viable la inscripción de la hipoteca sujeta a modalidad de condición suspensiva. La suspensión de los efectos se mantendrá hasta el cumplimiento de la condición que no es más que la conversión de la obligación futura en actual y, por tanto, exigible. Respecto al régimen de eficacia, como consecuencia de su

inscripción, este es diferido ya que los efectos no podrán ser pleno en cuanto no contamos con el acto definitivo inscrito.

De ahí que, y de forma semejante a lo que la doctrina española denomina las “hipotecas de seguridad” en respaldo de obligaciones futuras de crédito garantizado, es asimilable la relativización de los efectos y de los derechos generados por la hipoteca, esto es, el derecho de persecución y de preferencia. Finalmente, en base a los principios registrales de Publicidad y Legitimación, podemos concluir que se consigue la exposición del cambio de la situación jurídica respecto del inmueble, de modo que los terceros advertirán que, de producirse dicho cambio en consecuencia del cumplimiento de la condición suspensiva, soportarán el embate del acreedor hipotecario. Del mismo modo, se presumirá como válido lo inscrito y, por tanto, se mantendrá el derecho de preferencia durante el tiempo que se encuentre vigente dicha inscripción o, en su caso, anotación.



VI. BIBLIOGRAFÍA

EL PERUANO

2023 “Se expande el crédito hipotecario”. Editora Perú. Av. Alfonso Ugarte 873, Lima 1 Central, Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A. Consulta: 31 de enero de 2023.

<https://www.elperuano.pe/noticia/206547-se-expande-el-credito-hipotecario>

GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán

2007 “La hipoteca sobre bienes futuros”. Tesis de doctorado en Escuela de Graduado con mención en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho.

AVENDAÑO, Jorge y Francisco AVENDAÑO

2017 “Derechos reales” En: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Colección, Primera edición. Lima, 2017. Consulta: 8 de mayo de 2023.

<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170673/01%20Derechos%20reales%20con%20sello.pdf>

ORTEGA PIANA, Marco Antonio

2013 “El Principio de especialidad hipotecaria respecto del crédito garantizado. Problemática relativa a las obligaciones (actualmente) inexistentes”. En Revista Ius Et Veritas, N°46, Julio de 2013, ISSN 1995-2929. Lima, Perú. Consulta: 27 de abril de 2023.

[file:///C:/Users/User/Downloads/11966-Texto%20del%20art%C3%ADculo-47613-1-10-20150425%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/11966-Texto%20del%20art%C3%ADculo-47613-1-10-20150425%20(3).pdf)

GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán

2015 “Los derechos reales y su inscripción registral”. En Gaceta Jurídica, 2da Edición, Lima, Perú.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS

2008 Directiva N°009-2008-SUNARP/SN aprobada por la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N°340-2008-SUNARP/SN. Lima, 23 de diciembre de 2008. Consulta: 29 de marzo de 2023.

<http://200.60.145.200/backend/storage/app/public/legislacion/1545246742-Directiva.pdf>

CASTILLO FREYRE, Mario

2020 “El bien materia del contrato de compraventa”. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XIII. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, (2020). En: Comentarios al Código Civil, Gaceta Jurídica, Tomo VIII, Lima. Consulta: 02 de mayo de 2023.
<https://web-s-ebshost-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/ehost/ebookviewer/ebook/bmxlYmtfXzI2MDA4ODFfX0FO0?sid=c5dc0c29-bb81-45f4-b711-40f57078b15b@redis&vid=0&format=EK&rid=1>

TORRES, Aníbal

2011 código Civil: Comentarios y jurisprudencia. Lima: Editorial Moreno.

TRIBUNAL REGISTRAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS

2009 Resolución 1719-2009-SUNARP-TR-L. Lima, 20 de noviembre de 2009. Nro. de Título 535487. “Compraventa e Hipoteca de bien futuro”. Consulta: 29 de marzo de 2023.
[file:///C:/Users/User/Downloads/1719-2009-SUNARP-TR-L%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/1719-2009-SUNARP-TR-L%20(5).pdf)

TRIBUNAL REGISTRAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS

2011 Resolución LXXII – SUNARP - TR. Lima. “Es inscribible el acto modal sujeto a condición, siempre que el cumplimiento de ésta implique una modificación en la situación jurídico real del inmueble”.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

1999 Ley N°27157 Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común. Consulta: 29 de marzo de 2023.
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1795449/Ley%20N%C2%B0%2027157-1999.pdf?v=1663266289>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2007 Ley N°29090 Ley de Regularización de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones. Consulta: 29 de marzo de 2023.
<https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29090.pdf>

CÓDIGO CIVIL

1984 artículos: 171, 172, 1097, 1098, 1099, 1102, 1004, 1105, 1106, 1534, 1535, 1536. Lima, Perú.

CHICO Y ORTIZ, José María

2000 “Hipoteca en garantía de obligaciones futuras o sujetas a condición: naturaleza y efectos”. En Estudios sobre derecho hipotecario, Tomo II, 4ta. Edición actualizada. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Barcelona, Madrid. Consulta: 05 de junio de 2023.

<file:///C:/Users/User/Documents/PSE%202023/TRABAJO%20EXPEDIENTE%20PLAN%20DE%20INVESTIGACION/Lectura%20Jos%C3%A9%20Mar%C3%ADa%20Chico%20y%20Ortiz.%20Hipoteca%20en%20garant%C3%ADa%20de%20obligaciones%20futuras..pdf>

VARI ROSPIGLIOSI, Enrique & TORRES MALDONADO, Marco

2019 “Características de la hipoteca”. En Propiedad y Derechos Reales, Análisis Jurídicos. Gaceta Civil & Procesal Civil, 2019, N°67. Consulta: 02 de junio de 2023.

https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/7869/Varsi_Torres_hipoteca.pdf?sequence=2&isAllowed=y

VIVAR MORALES, Elena María

1994 “Naturaleza Jurídica de la Inscripción en el sistema Registral Peruano”. Derecho, 1994, n°48. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-NaturalezaJuridicaDeLaInscripcionEnElSistemaRegist-5084568.pdf>

MONTENEGRO MENDOZA, Favio

2014 “¿Cuándo existe el inmueble? Apuntes sobre la existencia del bien en un contrato inmobiliario de compraventa de bien futuro. Revista de Derecho Administrativo, N°14. Consulta: 07 de junio de 2023.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/articloe/view/13451/14078>

AVENDAÑO VALDEZ, J & Avendaño Arana, F.

2007 “Apuntes sobre la extensión objetiva de la hipoteca y la oponibilidad de los actos de disposición sobre el bien hipotecado.

Ius Et Veritas, 17, N°35. Consulta: 01 de junio de 2023.

[file:///C:/Users/User/Downloads/12283-Texto%20del%20art%C3%ADculo-48862-1-10-20150501%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/12283-Texto%20del%20art%C3%ADculo-48862-1-10-20150501%20(1).pdf)

MINISTERIO DE JUSTICIA

2002 Resolución Suprema N°139-2002-JUS. “Reglamento de Organización y Funciones – ROF de La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos”. Consulta: 05 de junio de 2023.

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1273782/Resolucio%CC%81n%20Suprema%20N%C2%BA%20135-2002-JUS.pdf?v=1598890932>

PODER EJECUTIVO – PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

2018 Decreto Legislativo 1451. “Decreto Legislativo que fortalece el funcionamiento de las entidades del Gobierno Nacional, del Gobierno Regional o del Gobierno Local, a través de precisiones de sus competencias, regulaciones y funciones”. Consulta: 05 de junio de 2023.

[file:///C:/Users/User/Downloads/Decreto%20Legislativo%201451%20SOLO%20articulo%2015%20%20Fortalece%20el%20funcionamiento%20de%20gobierno%20nacional,%20regional%20o%20local%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/Decreto%20Legislativo%201451%20SOLO%20articulo%2015%20%20Fortalece%20el%20funcionamiento%20de%20gobierno%20nacional,%20regional%20o%20local%20(2).pdf)

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

1994 Ley 26366. “Ley de creación del sistema nacional de los registros públicos y de la superintendencia de los registros públicos”. Consulta: 05 de junio de 2023.

<https://www.sunarp.gob.pe/TribunalRegistral/Documents/Ley-26366.pdf>



PERÚ

Ministerio
de Justicia

Superintendencia Nacional
de los Registros Públicos-SUNARP

TRIBUNAL REGISTRAL

RESOLUCIÓN No. 1719 - 2009 - SUNARP-TR-L

Lima, 20 Nov. 2009

APELANTE : RICARDO FERNANDINI BARREDA
TÍTULO : 535487 del 4.8.2009
RÉCURSO : H.T.D. N° 072915 del 26.10.2009.
REGISTRO : Predios de Lima.
ACTO(s) : COMPRAVENTA E HIPOTECA.
SUMILLA :

COMPRAVENTA E HIPOTECA DE BIEN FUTURO

"De conformidad con el numeral 5.15 de la Directiva N° 0019-2008-SUNARP/SN aprobada por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 340-2008-SUNARP-SI del 23.12.2008 es procedente inscribir actos de disposición e hipotecas sobre las unidades inmobiliarias proyectadas, siempre que se inscriba previa o simultáneamente el acto de predeclaratoria de fábrica".

I. ACTO CUYA INSCRIPCIÓN SE SOLICITA Y DOCUMENTACIÓN PRESENTADA

Con el presente título se solicita la inscripción de la compraventa de bien inmueble futuro y garantía hipotecaria otorgada por Milenum Edificaciones S.A. a favor de Erick Adelino Ruiz Escajadillo, con intervención del Banco Continental para el otorgamiento de la garantía hipotecaria, en mérito del parte notarial de la escritura pública del 19.3.2009 extendido ante el notario de Lima Ricardo Fernando Barreda.

Posteriormente, en vía de apelación, se ha modificado la rogatoria en el sentido de solicitar la anotación preventiva del título por defecto subscrito.

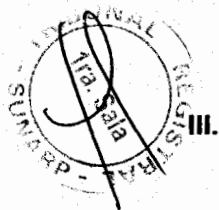
II. DECISIÓN IMPUGNADA

La Registradora Pública del Registro de Predios de Lima, Teodocia Ayala Rodríguez, denegó la inscripción formulando la siguiente observación:

- ✓ "No consta de los antecedentes de las partidas materia de calificación así como partida matriz 49081553 que las preindependizadas tengan el carácter de definitivas. En consecuencia, para proceder a lo solicitado (compraventa y constitución de hipoteca) previamente deberá efectuarse dicho acto previo.

Asimismo verificados los títulos 535483 - 2009 y 547223 -2009 no constan en ellos documentos que subsane lo advertido por mi despacho, además de ser la calificación registral autónoma conforme lo contempla la norma.

En consecuencia, subsiste en todos sus extremos la observación anterior la misma que lleva el siguiente tenor: "En las partidas N° 12215569, 12215576 y 12215627 se ha registrado solamente al pre-independización de los predios materia de transferencia, por lo que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 50H del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, adecuado a la Ley N° 29090 aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 339-2008-SUNARP/SN, solamente cabe la posibilidad de inscribir de manera preventiva, actos de disposición, tales como compraventas (no hipotecas, por el carácter constitutivo de su inscripción)".



FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

El recurrente señala lo siguiente:

- Se formula apelación contra el título N° 535487 del 2009 atendiendo a que ello está impidiendo poner a salvo mi derecho de propiedad, el cual tiene tutela constitucional conforme al inciso 16 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú en resguardo de futuras ventas fraudulentas por parte de terceras personas y ante el incumplimiento contractual de la constructora, propietaria registral del bien matriz y donde se han construido unidades inmobiliarias, parte de las cuales, al haber sido transferidas al recurrente, merecen ser publicitadas.
- Sin perjuicio de lo expuesto, de no ser posible la inscripción definitiva se solicita proceda a la anotación preventiva del título toda vez que contiene defecto subsanable.

MH

IV. ANTECEDENTE REGISTRAL

La solicitud de inscripción de compraventa de bienes futuros e hipoteca versa sobre los predios siguientes:

- Departamento N° 304 del tercero y cuarto piso - Calle Los Castaños N° 440 - Urbanización Country Club del distrito San Isidro, con un área de 130.18 m², que fue pre-independizado en la partida electrónica N° 12215627.
- Estacionamiento doble N° 39 - sótano- Calle Los Castaños N° 432 -Urbanización Country Club del distrito San Isidro, con un área de 4.48m² que fue pre-independizado en la partida electrónica N° 12215569.
- Depósito N° 15 - sótano - Calle Los Castaños N° 432 - Urbanización Country Club del distrito San Isidro, con un área de 4.72m² que fue pre-independizado en la partida electrónica N° 12215576.

2

V. PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES

Interviene como ponente el Vocal Luis Alberto Aliaga Huaripata.

RESOLUCIÓN No. - 1719 - 2009 - SUNARP TR-L

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

- Si procede la inscripción de compraventa e hipoteca cuando las partidas registrales preindependizadas de los predios sobre los que recae el acto jurídico ya caducaron.

VI. ANÁLISIS

1. Mediante el título venido en grado de apelación se solicita la inscripción de la compraventa de bien inmueble futuro y garantía hipotecaria otorgada por Milenium Edificaciones S.A. a favor de Erick Adelmo Ruiz Escarjadio, con intervención del Banco Continental para el otorgamiento de la garantía hipotecaria, en mérito del parte notarial de la escritura pública del 19.3.2009 extendido ante el notario de Lima Ricardo Fernandini Baneda.



En vía de apelación, se ha modificado la rogatoria en el sentido de solicitar la anotación preventiva del título por defecto subsanable, al haberse denegado la solicitud de inscripción antedicha, por cuanto según manifiesta la Registradora Pública se requiere como acto previo que las partidas materia de calificación se conviertan en definitivas ya que están referidas a preindependizaciones. Asimismo, expresa que solamente cabe la posibilidad de inscribir de manera preventiva, actos de disposición, tales como compraventas y no hipotecas por el carácter constitutivo de su inscripción.

2. Según consta en la cláusula segunda de la escritura pública correspondiente la vendedora es propietaria del predio ubicado en Calle Los Castaños N°s. 422, 434 y 438 de la Urbanización Country Club del distrito de San Isidro inscrito en la partida N° 49081553 del Registro de Predios, sobre el cual se ha iniciado la construcción de un edificio de siete pisos con un sótano y un semisótano.

Además en la cláusula cuarta se consigna que la vendedora da en venta real y enajenación perpetua a favor del comprador las unidades inmobiliarias futuras siguientes: departamento N° 304, estacionamiento doble N° 39 y depósito N° 15 que aparecen en los planos de distribución del edificio.

3. Revisada la partida electrónica N° 49081553 del registro de predios, se comprueba que en el asiento B00003 se encuentra anotada la predeclaratoria de fábrica de una edificación de siete pisos, planta cisterna, sótano y semisótano. En el asiento B00004 se ha efectuado la anotación de la numeración de las unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva. En el asiento B00005 se encuentra anotado el prereglamento interno de propiedad exclusiva y propiedad común y a continuación se han extendido las anotaciones de preindependización de las unidades inmobiliarias que conforman el inmueble matriz. En el asiento B00006 se encuentra anotada la preJunta de Propietarios, y finalmente, en el asiento B00007 se encuentra anotada la premodificación de área luego de efectuadas las independizaciones de las unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva.
4. Conforme se aprecia del asiento B0005 referido, los inmuebles materia de venta fueron preindependizados con arreglo al siguiente detalle: el Departamento N° 304 fue preindependizado en la partida electrónica N°

12215627, el Estacionamiento doble N° 39 – sótano fue pre-independizado en la partida electrónica N° 12215569 y el Depósito N° 15 - sótano - fue preindependizado en la partida electrónica N° 12215576.

Esta preindependización al igual que la predeclaratoria de fábrica, prereglamento interno, anotaciones de preindependizaciones, preJunta de Propietarios, premodificación de área así como la apertura de las partidas registrales correspondientes a las unidades inmobiliarias preindependizadas se han efectuado a mérito del título N° 537455 del 15.8.2008.



Al respecto, se debe señalar que la predeclaratoria de fábrica, conforme con la definición contenida en el numeral 2.2 del artículo 2° del 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 (Decreto Supremo N° 035-2006-VIVIENDA) constituye el proyecto de declaratoria de fábrica elaborada a partir de los planos de obra y especificaciones técnicas que cuentan con aprobación municipal, anotado preventivamente en el Registro¹. Al inscribir la anotación preventiva de la predeclaratoria de fábrica de un inmueble con secciones de propiedad exclusiva y propiedad común, se inscribe también el prereglamento interno, el cual dará lugar a la preindependización de las unidades inmobiliarias proyectadas como de dominio exclusivo.

6. Como los asientos de predeclaratoria de fábrica, de prereglamento interno y de las preindependizaciones tienen el carácter de anotaciones preventivas, su vigencia es temporalmente limitada, pues se encuentran sometidas a un plazo de caducidad, transcurrido el cual, sin haber sido renovadas, se extinguen de pleno derecho; efecto extintivo automático que es precisamente una de las características de la caducidad de asientos.
7. Al respecto, Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida señalan como notas principales de la caducidad de asientos, su efecto automático, esto es, operada la caducidad, el asiento deja de surtir efectos y queda jurídicamente extinguido aún cuando subsista su expresión material; y su independencia de la existencia del derecho, pues la caducidad no produce efecto alguno sobre ésta, ni depende de ella². La primera de dichas notas se encuentra expresamente prevista en el artículo 103 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos el cual prescribe: "Los asientos se entienden extinguidos de pleno derecho cuando opera la caducidad. Sin perjuicio de ello, el Registrador podrá, de oficio, extender los asientos de cancelación respectivos, salvo en los supuestos que por disposición especial se requiera solicitud de parte".
8. En el ámbito registral, el tema fue regulado por el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios aprobado mediante Resolución N° 540-2003-SUNARP-SN el cual establecía en su artículo 83 que si durante

¹ El numeral 29.1 del artículo 29° de la Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, Ley N° 29090, prescribe: "Los propietarios pueden solicitar al registro correspondiente la anotación preventiva de la predeclaratoria de fábrica, la misma que tendrá vigencia por un (1) año. Cuando se solicita la predeclaratoria de fábrica de una unidad inmobiliaria, con secciones de propiedad exclusiva y bienes comunes, debe inscribirse necesariamente, en el mismo acto, el respectivo reglamento interno".

² LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA Francisco. "Derecho Inmobiliario Registral" 2da. Edición refundida 1984, reimpresión 1991, Editor José María Bosch, Barcelona 1991, pág. 247.

RESOLUCIÓN No. 1719 - 2009 - SUNARP-TR-I.

la vigencia de las anotaciones preventivas de predeclaratoria de fábrica, prereglamento interno y preindependizaciones no se llegara a registrar su conversión en inscripción, las anotaciones caducarán de pleno derecho, no siendo necesaria la extensión de un asiento de cancelación. Asimismo, el segundo párrafo del artículo 84 establecía que las anotaciones preventivas de compraventa caducan de pleno derecho al caducar las anotaciones de las respectivas preindependizaciones. El Reglamento de Inscripciones antes citado estuvo vigente hasta el 29.9.2003, oportunidad en que entró en vigencia el nuevo Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios aprobado mediante Resolución N° 248-2008-SUNARP-SI.



El artículo 50G³ del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios vigente, concordado con la Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, al igual que el reglamento derogado, dispuso que el plazo de vigencia de las anotaciones preventivas de predeclaratoria de fábrica, prereglamento interno y preindependizaciones es de un año, prorrogable por el mismo plazo tantas veces sea necesario, en tanto se encuentre vigente la licencia de obra. En igual sentido, el artículo 99 del reglamento acotado prescribe: *"La anotación preventiva a la que se refiere el Art. 97⁴ de este Reglamento, tendrá una vigencia de un (1) año y podrá ser renovada antes de su vencimiento, por igual plazo, tantas veces como sea necesario mientras esté vigente la Licencia de Obra y no sea posible la inscripción de la declaratoria definitiva, previo pago de los derechos registrales correspondientes."*

10. La extinción del asiento de predeclaratoria de fábrica conleva la del prereglamento interno y la de las partidas preindependizadas; y, consecuentemente, la de los asientos extendidos en éstas, pues no debe olvidarse que, como regla general, el asiento de preindependización así como los asientos sucesivos extendidos en las partidas preindependizadas tienen el carácter de anotación preventiva, cuyo contenido se encuentra en pendencia a la espera que se consolide la fábrica proyectada, de manera que si ello no ocurre o no tiene correlato en el asiento, dichas anotaciones preventivas se extinguen. (El subrayado es agregado).

Sin embargo, en virtud de la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 340-2008-SUNARP-SN del 23.12.2008 se aprobó la Directiva N° 009-2008-SUNARP/SN, que estableció los criterios para la calificación e inscripción del régimen de propiedad exclusiva y común. Dicha directiva dispuso en el numeral 5.19 lo siguiente: *"Es procedente inscribir actos de disposición e hipotecas sobre las unidades inmobiliarias proyectadas, en tanto éstas tienen un correlato físico en el suelo del predio matriz, siempre que se inscriba previa o simultáneamente el acto de predeclaratoria de fábrica. Una vez culminada la edificación, la inscripción se convierte automáticamente en definitiva..."*

Así también, tal disposición estableció un régimen de excepción al criterio precicho, prescribiendo en el último párrafo del mismo numeral 5.19 que:

³ Este artículo integra el Capítulo incorporado por el Artículo 1 de la Resolución de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos N° 339-2008-SUNARP, publicada el 26 diciembre 2008.

⁴ 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 (DECRETO SUPLENTO N° 035-2006-VIVIENDA): Artículo 97.- Anotación preventiva. El propietario que cuente con Licencia de Obra aprobada, podrá solicitar la anotación preventiva de la declaratoria de fábrica a que se refiere el Art. 30 de la Ley, en el Registro correspondiente.

"En caso que no se culmine la edificación y se cancelen las partidas independizadas de las unidades proyectadas, las inscripciones efectuadas en éstas se trasladan a la partida del predio matriz, en el porcentaje que corresponda según la participación en las zonas comunes que se le había asignado. Este traslado se realiza en forma automática y simultáneamente con la asignación del citado porcentaje."

Como es de verse, esta regulación especial busca preservar la continuidad de las inscripciones que se efectúen con arreglo a la directiva referida, a pesar de que sobrevenga la caducidad de las partidas preindependizadas, en cuyo caso, no se producirá su extinción sino que las inscripciones serán trasladadas a la partida matriz.



11. En el caso *submateria*, de la evaluación los citados asientos se advierte que la solicitud de anotación preventiva de la predeclaratoria de fábrica fue presentada el 15 de agosto de 2008, no constando la prórroga, por lo que, a la fecha, al haber transcurrido más de un año desde su inscripción sin que haya sido renovada ni registrada la conversión en definitiva, dichas anotaciones preventivas se extinguieron de pleno derecho desde el 15 de agosto de 2009, efecto extintivo automático que, como ya se señaló, es precisamente una de las características de la caducidad de asientos.
12. En efecto, aún cuando subsista la expresión material de dichas anotaciones; es decir, aún cuando no se hayan extendido los asientos de cancelación respectivos ni se hayan cerrado las partidas preindependizadas, tales anotaciones no surten efecto alguno a partir de la fecha en que operó la caducidad.
13. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que por medio del título de alzada N° 535487 se solicitó la inscripción de la compraventa e hipoteca de los bienes futuros antes descritos y que la fecha de presentación del título que contiene dicha rogatoria es el 4 de agosto de 2009, es decir, anterior a la fecha de caducidad de las anotaciones preventivas de independización de los inmuebles materia de transferencia, a decir: departamento N° 304, el estacionamiento doble N° 39 y el depósito N° 15. Al respecto, es de señalarse que por el Principio de Prioridad Preferente contenido en el artículo IX del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos: *"Los efectos de los asientos registrales, así como la preferencia de los derechos que de estos emanan, se retrotraen a la fecha y hora del respectivo asiento de presentación, salvo disposición en contrario."*

Por tanto, dado que a la fecha de presentación del título venido en grado de apelación las partidas preindependizadas de los bienes objeto de transferencia y garantía hipotecaria se encontraban vigentes, corresponde que se proceda con la inscripción rogada, de acuerdo con la normatividad precitada, no siendo requisito para la inscripción de los actos rogados que la independización de los inmuebles se encuentre registrada en forma definitiva, como sostiene la Registradora en la observación formulada.

14. Ahora bien, luego de extenderse las inscripciones a que se refiere el título apelado en las partidas de preindependización; atendiendo a que, a la fecha, éstas ya han caducado al haber transcurrido un año desde su apertura y que no se ha efectuado la renovación de tales anotaciones preventivas, deberá efectuarse el traslado de dichas inscripciones a la partida matriz conforme lo regula la directiva N° 009-2008-SUNARP/SN, en los porcentajes de participación establecidos en el Reglamento Interno.

RESOLUCIÓN No. 1719 - 2009 - SUNARI-TR-I.

Por tanto, se debe **REVOCAR** la observación planteada.

15. De esta manera, se tiene que los derechos registrales para la inscripción del título venido en grado de apelación son de acuerdo al siguiente detalle:

<u>Descripción del Acto Registral</u>	<u>Calificación</u>	<u>Inscripción</u>	<u>Importe</u>
Compra venta simple (Dpto. 304)	29,00	00,00	29,00
Compra venta simple (Estac. 39)	29,00	00,00	29,00
Compra venta simple (Depos.15)	29,00	1600,34	1699,34
Hipoteca	29,00	0,00	29,00
Hipoteca	29,00	0,00	29,00
Hipoteca T.C S/2.96	29,00	398.22	427.22

TOTAL: S/ 2 242,56

(-) Fago a cuenta Recibo N° 2009-32-00023364 **2 083,51**

DIFERENCIA POR PAGAR: S/. 159,05

Estando a lo acordado por unanimidad.

VII. RESOLUCIÓN

REVOCAR la observación formulada por la Registraduría del Registro de Precios de Lima, y **DISPONER** la inscripción del título en la forma establecida en el numeral 4) de la presente resolución, previo pago de los derechos registrales pendientes de cancelación, por los fundamentos indicados en la presente resolución.

Regístrese y comuníquese.



ROSARIO DEL CARMEN GUERRA MACEDO
Presidenta de la Primera Sala
del Tribunal Registral

MARTHA DEL CARMEN SILVA DIAZ
Vocal del Tribunal Registral

LUIS ALBERTO ALAGA FUARIPATA
Vocal del Tribunal Registral

