
En este caso, el reglamento advierte que no constituye obstáculo para la inscripción de la compraventa, la edificación no inscrita del inmueble, a pesar de ser objeto de la transferencia misma.

Como es de verse, este mecanismo de inscripción constituye una posibilidad de acceso al registro, de todos los actos de enajenación que no cumplan con el requisito de declaratoria de fábrica del inmueble.

En este extremo cabe resaltar que este tipo de inscripción, procede en los casos que la transferencia de propiedad objeto del contrato ya haya surtido sus efectos, legitimando al adquirente como nuevo propietario.

4.3 La compraventa y el contrato de obra

Esta modalidad de adquisición, se constituye a través de dos tipos contractuales: i) La compraventa del terreno de acuerdo a lo regulado en el Art. 1529° del Código Civil, y ii) El contrato de obra para su edificación, de acuerdo al Art. 1771° del Código Civil.

Como vemos, esta modalidad corresponde a la posibilidad de adquirir un inmueble con las características esperadas a través de la compraventa de terreno y - posterior o simultáneamente, obtener la construcción del mismo a través del contrato de obra, para lo cual se debe tener presente lo siguiente:

- i) La compraventa de terreno, involucra no solamente la suscripción de respectivo contrato de compraventa, sino además el acto de transferencia de dominio por el adquirente, en estos casos hacemos referencia a la compraventa pura, sin condición alguna respecto a la transferencia de dominio, como es el caso del pacto con reserva de propiedad.

-
- ii) El contrato de obra, por el cual el contratista que podría ser el enajenante asume la obligación de edificar conforme a las características solicitadas por los adquirientes, en un plazo y por un precio determinado.

Como es de verse, nos encontramos ante dos figuras contractuales a través de las cuales el adquiriente logra la adquirir el bien terminado conforme a las características esperadas, resultado que igualmente se lograría a través del contrato de compraventa de bien futuro con categoría “conmutativa” reseñada en el punto 1.1; pero que de acuerdo a la modalidad que escoja asumirá derechos y obligaciones como propietario en momentos distintos, dependiendo si se encuentra en uno u otra.

Al respecto, es preciso señalar que existe cierta confusión respecto a cuándo nos encontramos ante un contrato de compraventa de bien futuro propiamente dicho, o una compra de bien presente con contrato de obra; y considero que las diferencias más resaltante corresponde al criterio de la causa, que a decir de Miguel Torres Méndez es el que mejor puede determinar ante qué tipo de contrato nos encontramos, cuando señala: *“El criterio de la causa del contrato consiste en considerar que el contrato es una compraventa de bien futuro cuando la finalidad del mismo es la transferencia de propiedad de un bien. Por el contrario, el contrato es un contrato de obra cuando la finalidad del mismo es la producción de una obra a través de la realización de una actividad productiva”*¹².

En mérito a lo anterior, y considerando en este caso que la voluntad de las partes se encuentra destinada a la adquisición de casas para uso y ocupación, ésta corresponde a un bien terminado en la modalidad de compraventa como bien futuro.

¹² TORRES MENDEZ, Miguel (2002). Estudios sobre el contrato de compraventa, Primera Edición (Parte II). Lima: Editora Jurídica Grijley. Pág. 234

V. ¿LA “CONDICIÓN” DE EXISTENCIA DEL BIEN OBJETO DEL CONTRATO?

En este punto, a efectos de determinar el momento de la existencia del bien objeto del contrato, y de acuerdo a las etapas de ejecución del proyecto que determinará la existencia al inmueble, se verifica las siguientes:

5.1 La independización: etapas de la habilitación urbana

De acuerdo a la regulación de lo que ya se conoce como derecho urbanístico, toda habilitación y/o construcción debe llevarse a cabo de acuerdo a las normas urbanísticas establecidas, en los planes de desarrollo urbano y/o acondicionamiento territorial y/o planeamiento integral¹³, ya sean establecidos por la municipalidad distrital o provincial, según su competencia.

Esto quiere decir que para poder ejercer el derecho a edificar se debe cumplir con los requisitos y procedimientos establecidos en la norma. Es así que la habilitación urbana se lleva a cabo en las siguientes etapas:

1. Licencia de habilitación con venta garantizada:

Toda persona natural o jurídica, pública o privada, propietario, usufructuario, superficiario, concesionario o titular de una servidumbre o afectación en uso o todo aquel titular que cuentan con derecho a

¹³ Ley N° 29090

Artículo 6.- Sujeción a planes urbanos Ninguna obra de habilitación urbana o de edificación podrá construirse sin sujetarse a las normas urbanísticas establecidas en los planes de desarrollo urbano y/o acondicionamiento territorial y/o planeamiento integral. Las normas urbanísticas constituyen documentos de interés público, cuya finalidad es la promoción del desarrollo ordenado de las ciudades. Las municipalidades dispondrán su difusión a través de su publicación en lugares y medios accesibles a la colectividad; asimismo facilitarán el acceso a reproducciones impresas de las normas urbanísticas, a sólo requerimiento del interesado. Las copias solicitadas serán de cargo del interesado, sin perjuicio de los derechos municipales que correspondan.

*habilitar y/o edificar*¹⁴ se encuentra obligada a solicitar autorización para edificar, para lo cual deberá presentar solicitud adjuntando los requisitos necesarios, acogiéndose a cualquiera de las modalidades establecidas en la norma.

De acuerdo al Art. 7°¹⁵ de la Ley, toda licencia de habilitación o edificación constituye autorización para la ejecución de obras y se otorga por un plazo de treinta y seis (36) meses, prorrogables por doce (12) meses calendario y por única vez, asumiendo la obligación de ejecutar la obra de acuerdo al proyecto aprobado; y que en su caso da mérito a la pre independización de las unidades inmobiliarias resultantes.

2. Recepción de obra:

Una vez concluida las obras de construcción, se solicita a la municipalidad la recepción de las mismas, y se efectuará una inspección de las obras ejecutadas respecto del proyecto; y una vez verificado por el municipio se suscribe y sella el formulario único, el mismo que constituye la recepción y posteriormente dará mérito a la independización de las unidades inmobiliarias.

Para la inscripción de la conformidad de obra el registrador público se sujeta a lo establecido en formulario y anexos firmados y sellados, y no debe requerir documentación adicional por tratarse de la inscripción de un acto administrativo y procede con la independización de todas las unidades inmobiliarias de la habilitación urbana.

¹⁴ Artículo 8.- Obligatoriedad

Están obligados a solicitar las licencias a que se refiere la presente Ley, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, propietarios, usufructuarios, superficiarios, concesionarios o titulares de una servidumbre o afectación en uso o todos aquellos titulares que cuentan con derecho a habilitar y/o edificar.

¹⁵ Artículo 7°.- Definición de licencias de habilitación y de edificación

Las licencias de habilitación y de edificación constituyen actos administrativos mediante los cuales las municipalidades otorgan autorización para la ejecución de obras de habilitación urbana o de edificación. Las licencias citadas podrán ser objeto de prórroga y modificación, así mismo de desistimiento de manera expresa y a solicitud del interesado.

5.2 La edificación: etapas de la construcción

1. La licencia de edificación:

Constituye un acto de autorización de la administración, por el cual en ejercicio de su derecho de edificación se autoriza la ejecución de obras sobre determinado predio, siempre que cumpla con los planes, límites y plazos establecidos en la norma.

2. Conformidad de obra:

Constituye igualmente un acto administrativo mediante el cual la municipalidad efectúa la revisión e inspección de las obras concluidas de acuerdo al proyecto aprobado, los parámetros urbanísticos y a la realidad física de la obra.

3. Declaratoria de fábrica:

Se constituye por el acto administrativo de competencia municipal que determina la legalidad urbanística y seguridad de la obra ejecutada, y que sirven de título para la inscripción de la edificación en el registro público.

Ahora bien, para efectos de la presente investigación resulta fundamental determinar en qué momento tales bienes tienen existencia.

Al respecto, si bien algunos autores sostienen que dicha existencia tiene lugar con la independización del bien en los registros públicos, o cuando la unidad inmobiliaria como tal tiene asignada un número de partida¹⁶, lo que en el caso de los bienes sujetos a independización y copropiedad tendría lugar con la inscripción de la declaratoria de fábrica en los registros públicos; en el presente artículo se considera que es imposible

que la inscripción registral pueda determinar la existencia debido a que en nuestro sistema, la inscripción registral tiene efectos declarativos, más no constitutivos salvo el casos específicos como la hipoteca.

Al contrario, considero más oportuna el aporte del autor Gunther Gonzales Barrón¹⁷, quién señala:

“El certificado de conformidad de obra no sólo tiene importancia administrativa, sino también en el ámbito del Derecho Privado, pues entre las relaciones jurídicas entre constructor y comprador, dicho acto administrativo comprueba de forma oficial el cumplimiento de la legalidad urbanística, por lo que el constructor demuestra así la debida ejecución de sus obligaciones contractuales”.

En ese sentido, después de haberse desarrollado las etapas de la habilitación y edificación, se considera que el bien objeto del contrato tiene existencia tanto real como legal en el momento de la conformidad de obra, ya que es el momento en el que acredita legalmente que la construcción ha sido concluida de acuerdo a los planes urbanísticos establecidos, el proyecto y/o licencia otorgada.

Por tanto, puedo señalar que la resolución de recepción de obras correspondiente a la construcción de la casa constituye el hito que determina la existencia del bien y como tal, desde ese momento podemos considerar que el denominado: bien futuro ha tomado existencia y con ello, automáticamente se produce la transferencia de propiedad establecida en el contrato.

¹⁷ GONZALES BARRÓN, Gunther. Derecho Urbanístico. Jurista Editores, 6° Edición 2011-Lima, Perú.

VI. ¿COMPRAVENTA E HIPOTECA DE BIENES FUTUROS?

Considerando que actualmente el negocio inmobiliario y compraventa sobre proyecto es una de las modalidades de adquisición de bienes más usada, el derecho se ha servido de diversos instrumentos y sobre todo criterios interpretativos para que lo que – en estricto - es denominado compraventa de bienes futuros pueda darse a través de un crédito hipotecario, sin considerarse ello como una hipoteca de bien futuro, debido a la prohibición expresa contenida en nuestro código civil.

Es respecto a dicha prohibición que el Dr. Martín Mejorada se pregunta cómo es eso posible, si precisamente el negocio con más actualidad y proyección en el mercado inmobiliario es la compraventa de bienes futuros y las garantías sobre los mismos para asegurar el financiamiento.¹⁸

6.1 La hipoteca: régimen general

De acuerdo a lo regulado en el Art. 1097¹⁹ del Código Civil, la hipoteca es un derecho real de garantía por el cual el obligado garantiza el cumplimiento de una obligación, otorgando a su acreedor derechos de persecución, preferencia y venta judicial del inmueble, en caso de su incumplimiento.

Marco Ortega Piana, reseña un mejor concepto al englobar lo referido a su formalidad cuando señala que: “La hipoteca es la garantía real por excelencia, configurándose como gravamen en la medida que la respectiva afectación haya sido inscrita, no admitiéndose generación

¹⁸ MEJORADA CHAUCA, Martín. “Hipoteca sobre bienes futuros”, Forseti Revista de Derecho N° 2, Asociació DERUP Editorios, 2014.pag. 61.

¹⁹ Noción de hipoteca

Artículo 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.

alterna a través de otro mecanismo de publicidad. No hay hipoteca sin inscripción registral, por lo que sin esta última el acreedor estará descubierto para fines de la recuperación de su crédito”²⁰.

Como sabemos, de acuerdo con la formalidad establecida en el Artículo 1098^{o21} y 1099^{o22} del Código Civil, la hipoteca tiene que cumplir con cierta formalidad y requisitos para su validez, siendo el principal aquel referido a su inscripción registral, lo que le otorga legitimación y oponibilidad del acreedor frente a terceros.

No obstante, el Dr. Gilberto Mendoza señala: “En el caso específico de la constitución de hipoteca consideramos que la inscripción no es un supuesto de validez sino uno de eficacia real del negocio jurídico de hipoteca. Entonces tendríamos que el negocio jurídico de garantía hipotecaria se constituiría mediante formalidad libre. Una vez constituido generará sólo efectos obligacionales”²³.

6.2 La hipoteca de bienes futuros

En materia de bienes futuros, cabe señalar que de acuerdo a lo regulado en el Art. 1106^{o24} del Código Civil, se encuentra expresamente prohibido la hipoteca sobre bienes futuros, debido a que no se cumple con los requisitos de validez de la hipoteca, tales como: i) que afecte al

²⁰ ORTEGA PIANA, Marco Antonio. “El principio de especialidad hipotecaria respecto del crédito garantizado, problemática relativa a las obligaciones (actualmente) inexistentes. Revista Ius Et Veritas N° 46, Julio 2013.

²¹ **Formalidad de la hipoteca**

Artículo 1098.- La hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley.

²² **Requisitos de validez de hipoteca**

Artículo 1099.- Son requisitos para la validez de la hipoteca:

- 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.

²³ MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto. La constitución del negocio jurídico hipotecario ¿Inscripción constitutiva? (Setiembre, 2015). Polémos, porta jurídico interdisciplinario. <http://polemos.pe/la-constitucion-del-negocio-juridico-hipotecario-inscripcion-constitutiva/>. Página visitada el 20/11/2015.

²⁴ **Prohibición de hipotecar bienes futuros**

Artículo 1106.- No se puede constituir la hipoteca sobre bienes futuros.

propietario, y ii) que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable.

No obstante, para el criterio de diversos autores existan teorías que explican por qué la compraventa sobre proyectos no genera una hipoteca sobre un bien futuro, pasando por señalar que corresponden a un inmueble que al tener características plenamente definidas no constituyen en estricto bienes futuros, o por tener un número de partida asignada en mérito a una pre independización tampoco son bienes inexistentes, hasta señalar que el conjunto de derechos y obligaciones sobre los que versa un contrato de compraventa de bien futuro lo convierte en una nueva categoría de bien - existente.

No obstante, en el orden de ideas del presente artículo, considero que a pesar que exista un lote de terreno independizado, lo cierto es que en el caso de la compraventa de viviendas terminadas dentro de un condominio, en base al interés de las partes, constituye una compraventa de bien futuro, en estricto.

6.3 Productos bancarios del mercado hipotecario-inmobiliario

Al efectuarse un análisis del financiamiento a través de créditos hipotecarios, tenemos que una de las principales entidades financieras que participan en su adquisición, como es el BBVA Continental viene financiando este tipo de operación, bajo la estructura siguiente:

Producto: “Hipotecario Flexible Construyo”

Objeto: Financiamiento de terreno más construcción Vivienda Unifamiliar

Según información proporcionada por la web oficial del banco²⁵, este producto se encuentra diseñado para el financiamiento de una construcción, remodelación o ampliación de vivienda unifamiliar, casa de playa o campo y será desembolsado mediante disposiciones parciales, previa conformidad del avance de obra.

El monto de financiamiento máximo corresponde al 90% del valor comercial o de tasación del inmueble (incluye terreno y obras a realizarse) y que será pagado como a continuación se detalla²⁶:

- **Primer desembolso**: del 40% pero en ningún caso debe exceder el 90% del valor del terreno, en caso tener una diferencia esta se abona en partes iguales en el segundo y tercer desembolso.
- **Segundo desembolso**: 30% del presupuesto de obra.
- **Tercer desembolso**: 20% del presupuesto de obra.
- **Cuarto desembolso**: 10% del presupuesto de obra solo se desembolsa contra la conformidad de obra de parte de la Municipalidad.

En todos los casos, los desembolsos se efectuarán según el avance de obra previamente validado por el perito tasador del banco. En caso el proyecto incluya la compra del terreno, se hace un primer desembolso para la compra del terreno y con el proyecto presentado se inicia el proceso de desembolsos parciales.

Como es de verse, este producto no corresponde al financiamiento de un bien futuro, sino al financiamiento de la compraventa de un lote y su construcción.

²⁵ BBVA Continental, Préstamo hipotecario construyo, en: <https://www.bbvacontinental.pe/personas/prestamos/credito-hipotecario/prestamo-hipotecario-construyo/> - BBVA Continental: Préstamo Hipotecario Construyo. Pagina visitada el: 18/05/2016.

²⁶ <https://www.bbvacontinental.pe/personas/prestamos/credito-hipotecario/prestamo-hipotecario-construyo/> - BBVA Continental: Préstamo Hipotecario Construyo. Pagina visitada el: 18/05/2016.

Asimismo, tal vez con menor incidencia y particularidades que el crédito hipotecario del Banco Continental, pero con los mismos efectos, tenemos el producto hipotecario otorgado por el Banco Interamericano de Finanzas - BANBIF, el mismo que de acuerdo a lo informado por la página web²⁷ de la entidad financiera, corresponde a un solo producto que se presenta en soles y dólares, para el financiamiento de la adquisición de vivienda, hasta el 90% del valor del inmueble.

Según el formulario contractual publicada en el portal web²⁸, el mismo que concuerda con aquellas minutas insertas en las escrituras públicas que dan mérito a la inscripción del gravamen, se aprecia que es objeto del contrato un préstamo dinerario para financiar la adquisición de inmuebles para uso de vivienda, constituyendo hipoteca sobre los mismos a favor del banco, y señalando que el desembolso estará sujeto a que BANBIF determine que toda la información y documentación sobre el cliente y la garantía se encuentren a satisfacción del banco.

6.4 ¿Existe hipoteca de bien futuro?

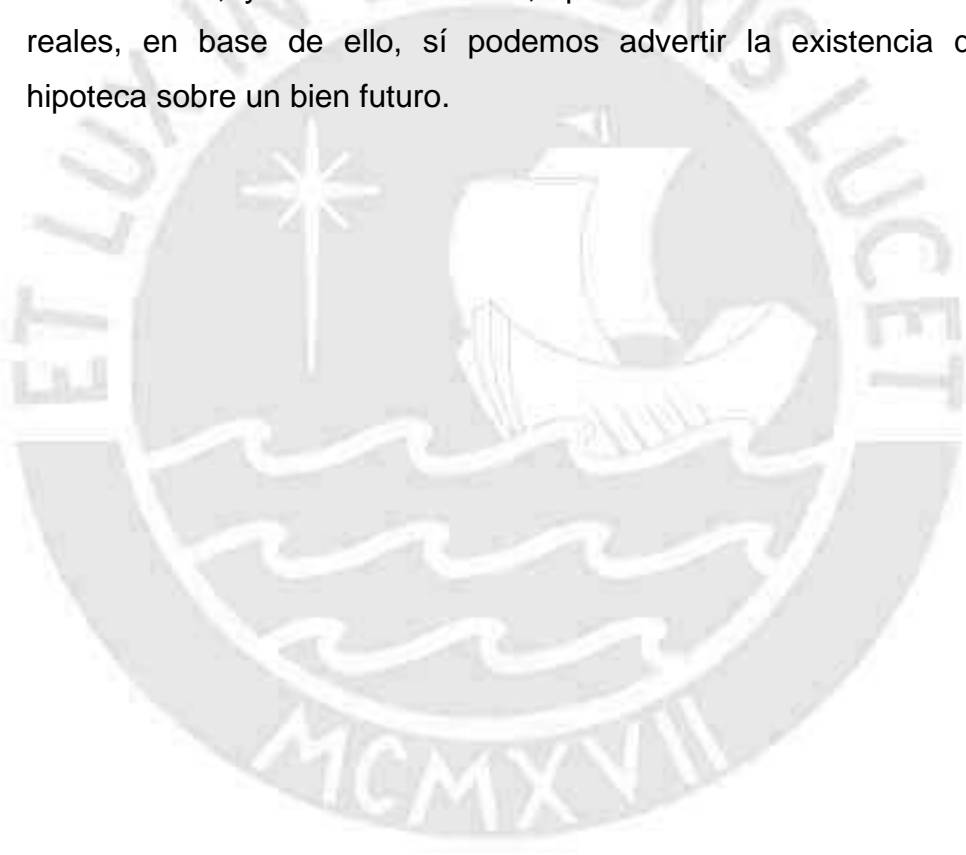
En este extremo, previo al pronunciamiento acerca de si en el caso propuesto existe una hipoteca sobre bien futuro, cabe hacer la precisión que en el caso de inmuebles sujetos al régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, la práctica inmobiliaria ha diseñado un procedimiento denominado garantía *stand by*, por el cual se suscribe la escritura pública del contrato de compraventa de bien futuro con garantía hipotecaria, en mérito del cual el adquirente inicia los pagos mensuales a la entidad bancaria por concepto de hipoteca suscrita, sin embargo la misma no se inscribe en el registro público sino hasta la independización de las unidades inmobiliarias resultantes.

²⁷ BANBIF, Préstamos hipotecarios en: https://www.banbif.com.pe/persona/prestamos_personales/prestamos_hipotecarios.aspx. Página visitada el 26/11/2016

²⁸ BANBIF, Formularios contractuales en: <https://www.banbif.com.pe/FormulariosContractuales.aspx>. Página visitada el 26/11/2016

Este procedimiento, en palabras de Marco Ortega ha sido denominado *“convenio hipotecario, cuya eficacia erga omnes estará sujeta a que el bien exista finalmente; que se genere el derecho de propiedad y, en ese orden de ideas, que las respectiva garantía pueda inscribirse registralmente”*²⁹.

No obstante, considerando que es materia del presente estudio el inmueble independizado y edificado, resulta que la compraventa e hipoteca es inscrita previa a que se cumpla la condición de existencia del inmueble; y en consecuencia, que el contrato surta sus efectos reales, en base de ello, sí podemos advertir la existencia de una hipoteca sobre un bien futuro.



²⁹ ORTEGA PIANA, Marco Antonio. "El principio de especialidad hipotecaria respecto del crédito garantizado, problemática relativa a las obligaciones (actualmente) inexistentes. Revista Ius Et Veritas N° 46, Julio 2013. Pág. 167.

VII. LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL

7.1 Compraventa en proyecto: ¿bien futuro o bien presente?

En este extremo, si bien de acuerdo al desarrollo del presente artículo las viviendas en condominio constituyen bienes futuros propiamente dichos, para los Registros Públicos dicha situación no es tal, conforme dichas operaciones han sido reguladas en la Directiva N° 009-2008-SUNARP/SN, que establece los criterios de calificación e inscripción del régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, donde señala lo siguiente:

“(...) el predio es un bien presente (art. 954° CC), con o sin construcciones, éstas son sólo un aprovechamiento más del bien que ya existe, pero su existencia o ausencia en nada modifican la naturaleza y presencia del bien, el cual de por sí ya se extiende en línea vertical hacia arriba y hacia abajo por todo su perímetro. Las construcciones futuras o proyectadas en nada obstan a que estemos ante un bien presente, ya existente, real, y no ante un bien futuro. (...)”

Entonces, es evidente que de acuerdo a los fundamentos de dicha directiva, las unidades proyectadas son bienes futuros, sin embargo reconocen la necesidad de acogerse a una interpretación que permita la hipoteca sobre este tipo de bienes ya que – de acuerdo a su criterio, la imposibilidad de hipotecar bienes futuros influye negativamente en el tráfico de inmuebles.

Efectivamente, al tratarse de bienes futuros propiamente dichos, su hipoteca se encuentra prohibida por norma legal³⁰, razón por la cual la única forma de poder adquirirlos sería a través de recursos propios o de libre disponibilidad, sin una garantía hipotecaria sobre el mismo bien.

No obstante, con la finalidad de dinamizar la economía con la colocación de créditos, la adquisición de inmuebles, la activación de la actividad constructiva, entre otros; se ha establecido el criterio de considerar a las unidades inmobiliarias en proyecto como bienes presentes, lo que efectivamente constituye una ficción jurídica creada con la finalidad de impulsar el denominado *boom* inmobiliario.

7.2 Impacto económico: ¿Ficción legal a favor del mercado inmobiliario?

El impacto económico que ha generado la adopción del tal criterio registral no es claro; sin embargo, según lo informado por la Asociación de Bancos del Perú - ASBANC³¹ respecto a la tendencia creciente de los créditos hipotecarios desde el 2010 al 2016 y Cámara Peruana de la Construcción - CAPECO³², en lo que refiere al crecimiento de la tasa porcentual de ventas de inmuebles en Lima Metropolitana se aprecia un crecimiento en la tasa de adquisición de inmuebles y la colocación de

³⁰ **Prohibición de hipotecar bienes futuros**

Artículo 1106.- No se puede constituir la hipoteca sobre bienes futuros.

³¹ **Asbanc,** Créditos hipotecarios muestran tendencia creciente, en: <http://peru21.pe/economia/asbanc-creditos-hipotecarios-muestran-tendencia-creciente-2221072>, página visitada el 29/10/2016.

³² **Zubiate, Andrés,** El boom inmobiliario y la supuesta burbuja inmobiliaria, en: <http://semanaeconomica.com/boominmobiliario/2015/05/20/el-boom-inmobiliario-y-la-supuesta-burbuja-inmobiliaria/>, página visitada el 29/10/2016

créditos hipotecarios otorgados a favor entidades financieras. Por tal razón no se podría aseverar que tal crecimiento responde al criterio legal adoptado por la SUNARP, pero tampoco podemos eludir que la inscripción registral ha otorgado seguridad jurídica a las entidades financieras, lo que alienta la inversión inmobiliaria.

VIII. CONTRADICCIONES Y SUS EFECTOS

Como hemos podido advertir, existe una discrepancia respecto a la calificación y consideración legal de los inmuebles adquiridos en proyecto, así para un gran sector éstos corresponden a un bien futuro propiamente dicho, y para los registros públicos, así como las diversas entidades financieras involucradas en su adquisición, éstos tienen la calidad de bienes presentes. Esta diferencia que se vincula con el momento de adquisición del derecho de propiedad por el adquirente, viene generando diversas contradicciones que además de desnaturalizar el contrato y las obligaciones que asumen las partes en virtud del mismo, complica los trámites para el otorgamiento de la escritura pública de compraventa con garantía hipotecaria, ya que para ello se viene requiriendo el pago del impuesto de alcabala que es afecto desde el momento de la transferencia de propiedad y que debe tener lugar cuando el inmueble exista.

Asimismo, en virtud a lo antes señalado se ha advertido requisitos adicionales en los trámites administrativos de declaratoria de fábrica que debe efectuar quien construye el inmueble en proyecto, quién para su inscripción requiere muchas veces la autorización del propietario inscrito.

En esa línea, la consideración de dichos inmuebles como bienes presentes, ha generado la existencia de diversas contracciones, entre las que, para los fines del presente artículo, se ha considerado las siguientes:

1. En materia del derecho civil:

En este aspecto, la cuestión a debatir respecto de la consideración como bien futuro o bien presente es ¿a partir de cuándo el comprador adquiere la calidad de propietario considerando que al corresponder a un bien “presente” se genera la inscripción del derecho y gravamen?

Esta interrogante generaría discusión al recordar que encontrándonos en un contrato de compraventa de bien futuro, la transferencia de propiedad opera con la declaración real y legal de existencia, correspondiente a la conformidad de obra, obtenida una vez finalizada la obra.

Es en este aspecto que resulta cuestionable que un inmueble en construcción, con contrato de compraventa de bien futuro vigente, cuyas condiciones para la transferencia de propiedad no han sido cumplidas, cuente con un comprador inscrito en calidad de propietario y un gravamen a favor de una entidad financiera.

Lo anterior corresponde sólo a un breve resumen respecto de la real magnitud de las contradicciones que viene generado tal situación; y que se manifiestan en las obligaciones que asume cada una de las partes del contrato de compraventa de un inmueble en proyecto.

Así, bajo la interrogante que abre el comentario en éste acápite, cabe hacer una reflexión respecto del escenario en que actuarán cada una de las partes del contrato de compraventa en proyecto: **i) El constructor**, quién de acuerdo a la naturaleza del contrato aún no transfiere la propiedad y, **ii) El comprador**, quién aún no recibe el inmueble pero

cuenta con derecho inscrito en la SUNARP, al momento de efectuar el trámite administrativo de conformidad de obras y declaratoria de fábrica, debido a que el titular de la licencia y quién figura como propietario es el constructor (vendedor), razón por la cual es necesario solicitar autorización del propietario inscrito (comprador) para su inscripción registral; así como al asumir los pago por gastos del inmueble, incluido el impuesto predial, arbitrios, mantenimiento y otros, ello no significaría implicancia relevante alguna sino fuera porque en inmuebles en proyecto el constructor está obligado a asumir esos gastos pero que debido a la inscripción registral del comprador, su condición de deducibles para determinar el pago de los impuestos correspondientes, devendría en cuestionable; otro caso relevante es lo referente a cuál de las partes debería soportar y asumir el riesgo en obras por eventos generados por caso fortuito o de fuerza mayor como un terremoto o tsunami que destruya lo edificado, ello considerando al inmueble en proyecto como un bien presente que cuenta con una transferencia de propiedad y gravamen inscrito; entre muchos otros efectos inherentes al ejercicio pleno del derecho de propiedad sobre un bien presente.

2. En materia de derecho tributario:

Bajo la línea de las contradicciones reseñadas anteriormente, la consideración de estos inmuebles en proyecto como bienes presentes, y la controversia generada respecto del momento en que opera la transferencia de propiedad, viene generando diversas contradicciones que producen perjuicios económicos al no poder acceder a ciertos beneficios tributarios y se traducen en una afectación directa a la capacidad contributiva de las partes de la operación comercial, como se detalla a continuación:

- Respecto del impuesto de Alcabala:

Sabemos que el impuesto a la alcabala³³ es aquél que grava la adquisición de propiedad, cuyo hecho generador es la transferencia misma y es de realización inmediata cualquiera sea la naturaleza del inmueble.

No obstante, respecto de la venta de bienes futuros en Lima Metropolitana, el Servicio de Administración Tributaria – SAT expidió la Directiva N° 001-006-00000012 del 06 de Junio de 2008, que establece los lineamientos para la aplicación del Impuesto de Alcabala y señala que en el caso de la venta de bienes futuros la obligación tributaria nace en la fecha del documento que acredite la existencia del bien³⁴, lo cual es claro y obvio de acuerdo a la naturaleza misma del impuesto; sin embargo fue expedido a fin de agilizar los trámites respectivos en materia de este tipo de contratos y así evitar la variación de criterios de los operadores a cargo de la liquidación respectiva.

Lamentablemente dicha circunstancia no es tal en provincias, donde no se cuenta con algún pronunciamiento al respecto, generando gran confusión en las municipalidades provinciales a cargo de su administración y recaudación, así como demás operadores jurídicos que intervienen en la transferencia de propiedad de inmuebles en proyectos.

Es así que en el caso de compraventa de este tipo de inmuebles en proyecto, se ha advertido que para elevar a escritura pública la compraventa de bien futuro con garantía hipotecaria, algunas notarías de provincia vienen solicitando el pago de impuesto de alcabala pese a que la transferencia de propiedad aún no se haya efectuado, y como

³³ **Artículo 21.-** El Impuesto de Alcabala es de realización inmediata y grava las transferencias de propiedad de bienes inmuebles urbanos o rústicos a título oneroso o gratuito, cualquiera sea su forma o modalidad, inclusive las ventas con reserva de dominio; de acuerdo a lo que establezca el reglamento.

³⁴ **5. Nacimiento de la obligación tributaria.** La obligación tributaria nace en la oportunidad en que se produce la transferencia o se pacta la reserva de propiedad. En el primer supuesto se considera realizada la transferencia, según el caso, en la siguiente oportunidad:

(...)

h) En la transferencia de bienes futuros, en la fecha del documento que acredite la existencia del bien.

(...)

consecuencia impiden la firma del instrumento público en tanto no se cumpla con requisito de pago de impuestos.

Debido al requerimiento notarial, para el pago del impuesto de alcabala – antes de la existencia del inmueble - la administración tributaria de las municipalidades ha pretendido el cobro del impuesto por el valor total de la transferencia, sin considerar que la normatividad aplicable establece que en el caso de primera venta de empresas constructoras³⁵, el valor del inmueble no se encuentra afecta a la alcabala, salvo en lo que corresponde al valor del lote. Esto como resultado del hecho que por no existir edificación alguna, no existe valor por deducir, ni el vendedor podría calificar como empresa constructora, cuestiones aparte del valor arancelario que se aplica en el caso de pago de alcabala en primera venta efectuada por empresas constructoras, frente al valor comercial que se aplica en cualquier otro caso y que determinarían una diferencia considerable.

No obstante, ese no es el único problema, sino que debido a que hasta el año 2015 algunas de estas operaciones se inscribieron en los Registros Públicos sin efectuar pago de alcabala, algunos funcionarios de la gerencia de administración tributaria de la Municipalidad de Cañete señalaron la existencia de prácticas evasivas en la adquisición de propiedad de este tipo de inmuebles por parte de las inmobiliarias que desempeñan sus actividades comerciales en el sur, y respecto de las cuales pretendían iniciar procedimientos sancionadores a los contribuyentes (compradores).

Como se puede apreciar, más allá del desconocimiento de la naturaleza de la compraventa de bienes futuros, se resalta la discrepancia que genera la inscripción de actos de transferencia y gravamen sobre inmuebles que aún no cumplen la condición de su existencia.

³⁵ **Artículo 22.-** La primera venta de inmuebles que realizan las empresas constructoras no se encuentra afecta al impuesto, salvo en la parte correspondiente al valor del terreno.

- **Respecto del impuesto general a las ventas:**

El impuesto general a las ventas, es aquel que grava la producción y venta de bienes y servicios, en el caso de transferencia de inmuebles se encuentra a cargo del vendedor; y en el caso de venta de bienes futuros, con la expedición del D.L. N° 1116 vigente desde el 1 de agosto del 2012 que entre otros, incorpora un segundo y tercer párrafo al numeral 1 del inc. a) del artículo 3°³⁶ de la Ley del Impuesto General a las ventas e Impuesto Selectivo al consumo y a la Ley que establece el Régimen de percepciones del impuesto, según la cual en las ventas sujetas a condición suspensiva, el IGV debe pagarse en función a la percepción del precio, emisión del comprobante de pago o entrega del bien, lo que ocurra primero.

Si bien antes de la modificación, existía discusión respecto del momento del pago del IGV, actualmente ya se encuentra establecido como nacimiento de la obligación tributaria la denominada “entrega del bien”, circunstancia que no ha sido debidamente definida por la administración tributaria y que conlleva predominantemente a considerar como tal a la transferencia de propiedad, por razones obvias.

Esta circunstancia constituye un peligro latente en cuanto la administración tributaria pretenda percibir la totalidad del impuesto al

³⁶ **Artículo 3°.- Definiciones**

Para los efectos de la aplicación del impuesto se entiende por:

a) **VENTA:**

Todo acto por el que se transfieren bienes a título oneroso, independientemente de la designación que se dé a los contratos o negociaciones que originen esa transferencia y de las condiciones pactadas por las partes.

Se encuentran comprendidas en el párrafo anterior las operaciones sujetas a condición suspensiva en las cuales el pago se produce con anterioridad a la existencia del bien.

También se considera venta las arras, depósito o garantía que superen el límite establecido en el reglamento.

(Segundo y tercer párrafos incorporados por el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1116, publicado el 7.7.2012, vigente desde el 1.8.2012.

(...)

verificar una transferencia de propiedad inscrita, pese a que la totalidad del precio aún no haya sido cancelada debido al pago por porcentaje – según avance de obra, que efectúan las entidades financieras que participan en su adquisición, de acuerdo al diseño del producto.

Como se puede apreciar, la discrepancia respecto del momento de la adquisición de propiedad sigue generando contradicciones, esta vez respecto del nacimiento y cumplimiento del pago del IGV correspondiente a la venta de bienes aún no existentes (es decir futuros), al ser considerados por el Registro Público como bienes presentes.

- **Respecto del impuesto predial:**

El impuesto predial, según el TUO de la Ley de Tributación Municipal³⁷ es el impuesto que grava el valor de los predios urbanos y rústicos, siendo sujetos obligados a cumplir con el pago, los propietarios de los inmuebles, de acuerdo a la situación jurídica existente al 1 de Enero de cada año, conforme lo señala el Art. 10^o³⁸ del TUO de la Ley.

Asimismo, respecto a la base imponible para la determinación del impuesto, la norma señala que se considera el valor total de los predios, sean estos terrenos o incluyan construcciones.

³⁷ **Artículo 9.-** Son sujetos pasivos en calidad de contribuyentes, las personas naturales o jurídicas propietarias de los predios, cualquiera sea su naturaleza. Excepcionalmente, se considerará como sujetos pasivos del impuesto a los titulares de concesiones otorgadas al amparo del Decreto Supremo Nº 059- 96-PCM, Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, sus normas modificatorias, ampliatorias y reglamentarias, respecto de los predios que se les hubiesen entregado en concesión, durante el tiempo de vigencia del contrato. Los predios sujetos a condominio se consideran como pertenecientes a un solo dueño, salvo que se comuniquen a la respectiva Municipalidad el nombre de los condóminos y la participación que a cada uno corresponda. Los condóminos son responsables solidarios del pago del impuesto que recaiga sobre el predio, pudiendo exigirse a cualquiera de ellos el pago total. Cuando la existencia del propietario no pudiera ser determinada, son sujetos obligados al pago del impuesto, en calidad de responsables, los poseedores o tenedores, a cualquier título, de los predios afectos, sin perjuicio de su derecho a reclamar el pago a los respectivos contribuyentes.

³⁸ **Artículo 10.-** El carácter de sujeto del impuesto se atribuirá con arreglo a la situación jurídica configurada al 1 de enero del año a que corresponde la obligación tributaria. Cuando se efectúe cualquier transferencia, el adquirente asumirá la condición de contribuyente a partir del 1 de enero del año siguiente de producido el hecho.

Bajo dicho marco legal, los propietarios de los inmuebles se encuentran obligados al pago del referido impuesto que se genera el 1 de enero de cada año, de acuerdo a la condición del inmueble, ya sea como terreno sin construir o incluyendo edificaciones.

En la práctica se ha advertido que diversos municipios vienen pretendiendo el cobro del impuesto predial por terreno y edificaciones de acuerdo al avance de obra e inclusive a partir de la expedición de licencia de edificación; sin embargo, cabe precisar que mediante precedente de observancia obligatoria, aprobada por Resolución del Tribunal Fiscal N° 01292-7-96 del 10 de febrero de 2016 y publicada en el diario El Peruano el 05 de marzo del 2016, se ha establecido lo siguiente:

“(...) el incremento de la base imponible del Impuesto Predial, y por ende, el del monto de éste como consecuencia de la habilitación urbana nueva o de la edificación, será exigible a partir de la recepción o de la conformidad de obras, respectivamente, por lo que no procede ningún incremento durante la ejecución de las obras por los avances de éstas salvo que habiendo vencido el plazo de vigencia de la licencia, la obra de edificación o de habilitación urbana no se hubiere concluido”.

Asimismo, respecto de la aplicación del aumento, señala:

“(...), si bien el artículo 31° de la ley N° 29090 señala que dicho incremento será exigible – a partir- de la recepción o de la conformidad de obras, debe entenderse que ello aplica a partir del 1 de enero del año siguiente en que se produzca la referida recepción o conformidad, según corresponda, pues conforme con lo anotado, lo dispuesto por dicha ley debe leerse en concordancia con la Ley de Tributación Municipal, la cual

establece que el hecho imponible del impuesto predial se configura el 1 de enero, aspecto que no ha sido materia de regulación especial o distinta por la Ley N° 29090”.

Es con tal pronunciamiento que actualmente ha quedado establecido cuando se genera el incremento de valor en habilitaciones urbanas y edificación de inmuebles, pudiendo incluir en ellos los inmuebles en proyecto que son materia del presente artículo.

En ese sentido, siguiendo la línea de las contradicciones advertidas y en base a lo reseñado en materia del impuesto predial, cabe dejar a discusión lo siguiente: si los inmuebles en proyecto sujetos al régimen de independización y copropiedad son bienes presentes por tener sustento en la porción de suelo que les corresponde, y como tal son posibles de transferir e hipotecar, así como inscribir dichos actos en la SUNARP, ¿quién es el propietario obligado a asumir el pago del impuesto predial correspondiente?.

Efectivamente, siguiendo las cláusulas contractuales (más allá que la ficción registral) quién debería asumir el pago del impuesto es el constructor, quien transfiere la propiedad una vez que el inmueble tenga existencia real y legal, lo que corresponde con la conformidad de obras de la edificación.

3. En materia del derecho notarial:

Por disposición legal y a fin de facilitar la calificación registral y el acceso al registro de las transferencia de propiedad, desde hace algunos años los Notarios Públicos se encuentran obligados a requerir se acredite el pago de los impuestos por transferencia de bienes gravados para el otorgamiento de Escritura Pública.

No obstante, para el caso de transferencia de bienes futuros, mediante directiva N° 007-2005-SUNARP/SN, referido a “Normas que regulan los criterios para acreditar ante registros públicos, el pago de los impuestos predial, de alcabala y al patrimonio vehicular, al solicitarse la inscripción de transferencias de bienes gravados”, en su num. 5.5 literal a)³⁹ se estableció que la acreditación se efectuará cuando se solicite la inscripción definitiva.

Pese a ello, es el caso que algunas notarías de provincia, como es el caso de la Notaria Itala Garrafa Peña en el distrito de San Vicente de Cañete, vienen solicitando como requisito para el otorgamiento de escritura pública del contrato de compraventa el pago del impuesto de alcabala, sin considerar que el inmueble materia de venta no existe como tal (según el objeto del contrato).

Debido a ello, se ha presentado el caso de compradores que han intentado efectuar el pago del impuesto de alcabala, generándose controversia en sede municipal respecto a la base imponible del impuesto, pues si las unidades inmobiliarias proyectadas son bienes presentes por la existencia del suelo, ¿respecto de que inmueble se debe acreditar el pago del impuesto de alcabala, sobre el valor del terreno o el inmueble edificado? y aun así, ¿cómo se podría pagar el impuesto sobre el terreno si la transferencia del mismo no ha sido objeto del contrato?, o aun peor, ¿cómo pagamos la alcabala del inmueble edificado si éste aún no existe?

Esta circunstancia ha generado gran discusión en sede notarial, debido a que no se advertía que nos encontramos ante un contrato de bien futuro y que por tanto no corresponde el pago de la alcabala hasta que

³⁹ **5.5 Otros aspectos vinculados a la exigencia de la acreditación del pago de impuestos municipales**

El Registrador, en la verificación de la acreditación del pago de los impuestos municipales, tomará en cuenta los siguientes aspectos:

a) En el caso de los contratos celebrados respecto a bienes futuros, que se encuentren sujetos a la condición suspensiva que el bien llegue a existir, la acreditación de los impuestos establecida por el artículo 7 del D. Leg. N° 776, modificado por el D. Leg. N° 952, se efectuará cuando se solicite la inscripción definitiva.

éste exista y como consecuencia produzca la transferencia de propiedad. Esta situación ha generado cuestionables soluciones y absurdos legales como es el otorgamiento de una declaración jurada de compromiso de pago de impuesto de alcabala inserto en una escritura pública, así como el pago de cuotas correspondientes a un crédito hipotecario sin que el banco haya efectuado desembolso alguno a favor del vendedor.

Lamentablemente, la situación que genera controversia corresponde a la naturaleza del crédito hipotecario y requerimiento del banco respecto de la inscripción de la transferencia de propiedad y gravamen de este tipo de inmuebles, dándole un trato diferenciado a los inmuebles en proyecto sujetos al régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, donde funcionan con la denominada “*garantía stand by*”, antes reseñada.

Es claro que existirán algunas otras contradicciones en materia del derecho de defensa y protección del consumidor, como consecuencia de los términos del contrato de crédito hipotecario aplicable; de derecho financiero, con respecto al cobro de las pólizas de seguro en caso de siniestro frente a la propiedad que ejerce el constructor y comprador inscrito; contratos bancarios, con respecto a la conveniencia de las garantías *stand by* en inmuebles sujetos al régimen de independización y copropiedad; y posiblemente más allá de lo que pueda advertir y que no son abordados en el presente artículo que ha pretendido ser elaborado bajo el marco del derecho registral, pero que puede ser materia de investigación y desarrollo posteriormente.

IX. CONCLUSIONES

- 9.1** La doctrina y el desarrollo normativo en materia del derecho civil ha reconocido que las unidades inmobiliarias en proyecto, constituidas por aquellos inmuebles cuya existencia será resultado de un proceso constructivo, son bienes futuros propiamente dichos, y como tal su comercialización se encuentra regulado dentro de lo que se ha denominado compraventa conmutativa o de cosa esperada.
- 9.2** De acuerdo al tipo de proyecto y forma de su existencia, ya sean construcción en edificios (pisos superpuestos corresponden a diversos propietarios) o casas en copropiedad (pisos superpuestos corresponden a un único propietario), el constructor debe optar por el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, obligatoria para la construcción en edificios; o régimen de independización y copropiedad, opcional para la construcción de casas en copropiedad.
- 9.3** En los proyectos inmobiliarios constituidos por casas en condominio, el procedimiento para la existencia del bien se divide

en dos etapas: a) Habilitación del terreno, que da lugar a la independización del lote; y b) La construcción, que da lugar a la conformidad de obras, cuya resolución constituye el hito que determina el cumplimiento de las obligaciones materia del contrato, y como consecuencia la transferencia de propiedad.

9.4 Sin embargo, a fin de fomentar la inversión inmobiliaria, resguardar la seguridad jurídica de los adquirientes y lograr la inscripción registral de los actos de disposición y gravamen sobre las unidades inmobiliarias en proyecto, en base a la Directiva N° 009-2008-SUNARP/SN los Registros Públicos las consideran bienes presentes en base a la existencia del suelo que sirve de base a la edificación.

9.5 Dicho criterio registral no ha sido sistematizado por las instancias administrativas que emiten pronunciamiento respecto del nacimiento de la obligación tributaria generada por la transferencia de bienes futuros, lo que viene generando confusión en compradores, vendedores, Notarias que bajo el marco de la modificación del Decreto Legislativo N° 1049, han asumido competencia en la transferencia y gravamen de bienes inmuebles; y autoridades municipales que recaudan y administran impuestos por transferencia de bienes gravados.

9.6 En consecuencia, el hecho que el registro público los considere bienes presentes; y, con ello permita la disposición y gravamen de unidades inmobiliarias en proyecto, ha generado una discusión respecto del momento en el cual opera la transferencia de propiedad, generando contradicciones principalmente en materia del derecho civil y tributario, y respecto de éste último dejando un camino abierto a malos entendidos respecto de prácticas evasivas por parte de compradores y vendedores de los denominados bienes futuros.

