

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO DE LA EMPRESA



LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD DE BIEN FUTURO.

**La inscripción de la hipoteca de bien futuro como fomento del crédito
inmobiliario**

Tesis para optar el Grado Académico de Magister en Derecho de la Empresa

AUTOR

MIGUEL MARIANO MENDIZABAL DIAZ

ASESOR

Dr. EDISON PAUL TABRA OCHOA

LIMA – PERÚ

2017

RESUMEN

Las políticas estatales destinadas a incentivar la formalización y acceso a la vivienda propia a nivel nacional, sumado a la creciente demanda de unidades inmobiliarias (departamentos, oficinas, condominios, etc.), determinaron que el mercado de la construcción haya significado un pilar importante en el desarrollo económico nacional de los últimos años.

Indiscutibles aliados de dicho crecimiento, fueron las instituciones financieras quienes, tanto en la adquisición como en el desarrollo de los proyectos inmobiliarios, modificaron su cartera de productos y los adaptaron para que se ajusten a las necesidades de este nuevo y altamente potencial mercado, facilitando así el acceso al crédito e incentivando aún más la compra y construcción de proyectos con fines habitacionales.

Lamentablemente, en dicho afán de crecimiento, la norma no fue de la mano con la necesidad de regular tal situación, por tanto, los principales actores de dicho mercado – las instituciones financieras – procuraron adaptar los hechos con las condiciones legales vigentes, generando así vacíos que determinaron su propia desprotección legal. Como respuesta a ello, estas últimas, crearon nuevas condiciones o requisitos necesarios para obtener financiamiento bancario, lo que inmediatamente se vio reflejado en el freno de dicho mercado.

El presente trabajo procura explicar desde un punto de vista didáctico y práctico, la forma regular de contratación en dichas operaciones y propone que la figura de la hipoteca de bien futuro, procure un incentivo al mercado, mediante la cual se logrará proteger los intereses de todos los participantes, sobre todo de las instituciones financieras y de los clientes finales.

| | | |
|-------|--|----|
| 1 | INTRODUCCIÓN | 5 |
| | ESTADO DEL ARTE Y MARCO TEÓRICO..... | 12 |
| 2 | Compra Venta en el Mercado Inmobiliario Financiero | 12 |
| 2.1 | Concepto..... | 12 |
| 2.2 | Características | 12 |
| 2.2.1 | La transferencia | 12 |
| 2.2.2 | El pago..... | 13 |
| 2.2.3 | El tipo de bien en el mercado inmobiliario y financiero..... | 14 |
| 3 | Compra venta de bien futuro..... | 15 |
| 3.1 | Concepto..... | 15 |
| 3.2 | Naturaleza..... | 17 |
| 4 | Existencia real de un bien inmueble en el mercado financiero inmobiliario | 18 |
| 4.1 | ¿Desde qué momento podemos hablar o entender a un bien inmueble de existencia futura, realmente existe? | 19 |
| 4.1.1 | Pasos previos a la inscripción | 19 |
| 4.1.2 | Inscripciones preventivas | 22 |
| 5 | Hipoteca de bien futuro desde la óptica inmobiliaria financiera | 24 |
| 5.1 | Concepto..... | 24 |
| 5.2 | Hipoteca de bien futuro en la legislación y su contraposición con el mercado inmobiliario actual | 26 |
| 5.2.1 | En contraposición con el propio código civil | 28 |
| 5.2.2 | En contraposición con la Ley de Garantías Mobiliarias | 29 |
| 5.2.3 | En contraposición con el propio criterio registral | 30 |
| 5.2.4 | En contraposición con el Decreto Supremo N° 011-2017-Vivienda..... | 30 |
| 6 | Contratación de los bienes futuros (actualidad) | 32 |
| 6.1.1 | El proyecto principal | 34 |
| 6.1.2 | Las unidades inmobiliarias | 36 |
| 6.1.3 | Participación de las instituciones financieras en los procesos de compra venta de bienes futuros..... | 37 |
| 6.1.4 | El contrato de compra venta y una sola escritura pública | 38 |
| 6.1.5 | Aspectos adicionales..... | 41 |
| 7 | El dinamismo del mercado tomado como ejemplo en otras legislaciones y su importancia al ser bienes susceptibles de tráfico jurídico..... | 42 |
| 8 | La situación propuesta como ejemplo | 45 |

| | | |
|-------|--|----|
| 8.1 | El caso..... | 45 |
| 8.2 | La acreencia en peligro..... | 50 |
| 8.2.1 | Un proceso de ejecución imposible de “ejecutar”..... | 50 |
| 8.2.2 | De las acciones tomadas por el banco | 54 |
| 8.3 | Impacto en el mercado inmobiliario de bienes futuros..... | 55 |
| | PROBLEMA DE INVESTIGACION | 59 |
| 9 | Principales problemas que genera la imposibilidad de inscripción | 59 |
| 9.1 | La posición del banco | 59 |
| 9.2 | La inscripción preventiva como solución ante cualquier esquema de fraude posible..... | 60 |
| 9.2.1 | Si la constructora no cumple con las características el inmueble efectivamente vendido | 62 |
| 9.2.2 | Si la constructora no concluye el proyecto..... | 63 |
| 9.2.3 | Si la constructora no cumple con los parámetros establecidos en los planos.- | 63 |
| 9.2.4 | Si la constructora no inscribe los predios..... | 64 |
| 9.2.5 | Si se afecta registralmente el predio matriz | 66 |
| 9.3 | La inscripción preventiva como solución viable | 68 |
| 9.4 | La inscripción preventiva y su importancia ante la posibilidad de Cesión de créditos garantizados..... | 70 |
| 9.5 | Beneficios adicionales de la inscripción preventiva | 71 |
| 9.6 | Responsabilidad social empresarial en las operaciones de crédito | 72 |
| 10 | CONCLUSIONES..... | 74 |
| 11 | Bibliografía..... | 79 |

1 INTRODUCCIÓN

El estado Peruano, por mandato de la Ley N° 29090, propicia e incentiva la producción e inversión inmobiliaria, sobre todo respecto de aquellas construcciones con contenido social, a fin de favorecer la densificación urbana y la formalización de las fabricas ya existentes.

El boom inmobiliario, significó parte importante de nuestro crecimiento económico en los últimos años (2009-2014), el cual desembocó en mayor confianza al sistema financiero y a su vez mayor competitividad entre los bancos con el propósito de colocar mayores y mejores productos financieros con fines inmobiliarios. Pinkas Flint señala que el negocio inmobiliario tiene relación directa con el crecimiento conjunto de un país y el costo del crédito y, su interconexión se debe a que si un país crece e incrementa la producción y consecuentemente la riqueza, las instituciones financieras contarán con mayor liquidez y por ende, a razón de la propia competencia en el sector, los costos de los prestamos disminuye, contrario con lo que sucede en épocas de crisis donde los costos del crédito se incrementan, precisamente por falta de liquidez. (Flint, 2009)

Gran parte de dichos productos y políticas estatales, fueron destinados a incentivar la obtención bienes inmuebles financiados con créditos garantizados sobre la base de bienes de existencia futura, lo que comúnmente se conoce como compra “en planos”. Así encontramos en el Fondo Hipotecario de Promoción de la Vivienda - Fondo MIVIVIENDA, creado en el año 1998 mediante la Ley N° 26912, y que en la actualidad es una empresa estatal de derecho privado que promueve y financia la adquisición de viviendas que tengan repercusión o interés social, un mecanismo que promovió la adquisición masiva de inmuebles, bajo el apoyo o financiamiento no directo del Estado, incentivando el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los compradores finales para con el Banco. (1).

¹ El Fondo Mivivienda S.A., constituye en la práctica una empresa estatal de derecho privado, supervisado por la Superintendencia de Banca Seguros y AFP que tiene por objeto incentivar la compra, mejoramiento y construcción de viviendas, fomentando el financiamiento de las mismas por medio de las instituciones bancarias. Logra dichos cometidos a través de programas especializados como el fondo del buen pagador o el programa techo propio, ambos con destinos exclusivamente inmobiliarios.

Es así que el mercado inmobiliario encontró en los bienes inmuebles de existencia futura (independientemente de su naturaleza: casas, departamentos, estacionamientos, oficinas, tiendas comerciales, etc.) un foco de expansión, pues la compra anticipada de dichos bienes, significa un ahorro considerable respecto de los precios finales que podrían llegar a tener una vez concluidos los proyectos en construcción, lo que inclusive posibilitaba la compra como una inversión de mayor retorno, si se toma en consideración la reventa futura de tales bienes en un mercado con proyección al alza.

Ante la creciente posibilidad de financiamiento, la demanda de bienes inmuebles se incrementó considerablemente, pues la sobre oferta de bienes y los bajos costos del crédito, llegaron inclusive a ser tan bajos que cualquier inquilino prefería pagar una cuota ante un banco que una merced conductiva sin retorno, por tanto el mercado encontró equilibrio en un sin número de nuevos ofertantes (tanto personas naturales como empresas constructoras que proyectaban inmuebles futuros), lo curioso de ello, fue que el propio sistema financiero, también vio la posibilidad de crecimiento y empezó a financiar dichos proyectos, en cuyo caso, muchas veces bastaba con asegurar la inversión (préstamo) con una garantía hipotecaria del bien matriz y certificar un porcentaje de preventas respecto de dichos proyectos. Para ello, los bancos celebraban hipotecas respecto del predio matriz, conforme los alcances del artículo 1097 del Código Civil.

Es así que durante el periodo comprendido entre el año 2009 al 2014, el financiamiento a proyectos inmobiliarios, la compra de bienes inmuebles de existencia futura e inclusive el propio ofrecimiento de dichos bienes (constructoras, maquetas, personal de ventas e inmobiliarias.) se encontraban dentro de las propias instituciones financieras, quienes permitían que dicha oferta tenga mayor exposición al público objetivo al que estaba dirigido, por tanto no era extraño que se cuente con proyectos exclusivos que solo se ofrecían con el financiamiento de determinado banco, quienes además de una manera u otra, hacían parecer que afianzaban la inversión de compra, con la solidez que representaba su nombre.

Lamentablemente, el mercado inmobiliario presenta una curva descendiente cada vez más notoria y el boom al que hacíamos referencia al principio no existe más ⁽²⁾. Los

² Conforme se aprecia de la tabla estadística proporcionada por el fondo MIVIVIENDA, en la página web institucional, entre los años 2011 al 2017; se tiene que durante el periodo comprendido entre 2011 al 2014 la curva de desembolsos (por la naturaleza del producto financiero departamentos en planos) era ascendente, llegando a colocar en la ciudad del Cusco, hasta 109 desembolsos, sin embargo, para el año 2015 únicamente se colocaron 32 créditos

bancos han frenado la financiación de muchos proyectos inmobiliarios (bienes futuros) en razón a la propia informalidad, precariedad e improvisación de los proyectistas, consecuentemente, ello significó que ya no se venda “*en planos*”, lo que prescribió que los proyectos edificados al ser tangibles, incrementen su valor (valor del inmueble), disminuya la colocación de créditos en el mercado y finalmente los propios bancos eleven los riesgos de retorno, traduciéndolo en mayores tasas de interés para aquellos que pretenden comprar inmuebles.

Lo anterior encuentra mayor eco en provincias, pues es de apreciar que los proyectos inmobiliarios dentro de las zonas urbanas de las ciudades ajenas a la capital, no constituyen “*mega proyectos*”, al contrario siempre encontrarán un óbice en la propia condición geográfica de la zona a construir, las áreas de expansión se resumen a pocos distritos, muchos de ellos con calles angostas, servicios básicos insuficientes, escasez de tierra o lotes aparentes para construcción y con permisos de construcción restringidos en áreas y alturas máximas, por tanto los financistas principales o constructoras más importantes, solo pueden aspirar a proyectos de mediana envergadura.

En el presente artículo de investigación, se describirá una situación real acaecida en la ciudad del Cusco, durante el periodo de mayor auge en la compra venta de los bienes de existencia futura, que determinó la modificación integral de la oferta inmobiliaria a nivel nacional y la transformación de los productos financieros ofertados por una de las instituciones financieras con mayor participación en el mercado en ese entonces.

Precisamente, uno de los mayores participes financistas se vio defraudado en uno de los proyectos inmobiliarios más importantes de la región, conllevando así que dentro del primer trimestre del 2014, se genere un corte trascendental en la capacidad de adquisición de dichos bienes, pues se suprimió una de las mayores fuentes de financiamiento en proyectos de construcción y la posibilidad de comprar bienes inmuebles “*en planos*”. Adicionalmente, se afectó a un grupo de compradores finales (adquirientes de departamentos de existencia futura) quienes no pudieron asegurar sus adquisiciones y finalmente modificó el mercado por la evidente desconfianza que generó tal situación.

destinados a tales productos, siendo que a la fecha (junio 2017) solo se realizaron 02 desembolsos.

Pese a ello, aún existe un mercado insatisfecho, conforme se aprecia de un estudio realizado por la Cámara Peruana de la Construcción – CAPECO, quien señala que “el 96,71% de los hogares demandantes efectivos de Lima y Callao no puede acceder a una vivienda nueva a pesar de tener la capacidad para financiar su adquisición. *El 54.69% de los 399,952 demandantes insatisfechos aspira a acceder a viviendas que cuesten menos de 30,000 dólares*” (CAPECO, 2016).

Así mismo, en la última feria inmobiliaria realizada en la ciudad de Lima (desarrollada en el mes de abril del 2017), se lograron 726 separaciones de unidades inmobiliarias, todas ascendientes a un total de S/ 223 millones de soles, de acuerdo a lo informado por la Asociación de Empresas Inmobiliarias del Perú (ASEI) (Gestion, gestion.pe, 2017), sin embargo, todo ello no es suficiente, pues la propia Cámara Peruana de la Construcción, estima que el sector caerá un 1% adicional este año, pues mantiene una caída sostenida en los últimos años de -0.7% respecto de cada año anterior. (Gestion, Gestion.pe, 2017)

Entonces, resulta preciso entender un poco el mercado inmobiliario visto desde la óptica de uno de sus principales actores, como lo son las instituciones financieras y su vital importancia para el desarrollo de dicho mercado y la continuidad de su participación como financista de dichos proyectos. Pues en palabras de Pinkas Flint “*los contratos financieros versan principalmente de 1) cuando queremos, 2) como lo garantizamos y 3) como probamos que lo podemos devolver.*” (Flint, 2009)

Por ello, mediante el presente trabajo procuramos demostrar que el principal óbice en la financiación bancaria enfocada al tema inmobiliario de bienes futuros, obedece a la imposibilidad jurídica determinada por el artículo 1106 del Código Civil, el cual prohíbe la posibilidad de inscripción de hipotecas de bienes futuros. Tal situación incrementa el riesgo de retorno de la inversión (prestamos) otorgados por las instituciones bancarias lo que sin duda propició que los bancos hayan perdido la confianza en el sistema contractual mediante el cual se celebraban y afianzaban dichas ventas que significan el financiamiento para la adquisición de departamentos, oficinas o ambientes de existencia futura.

Todo ello como consecuencia del problema que han generado la participación de constructoras informales que no cumplieron con los compromisos asumidos, tanto con el banco como con los consumidores finales (compradores), quienes esquematizaron estafas a fin de defraudar las acreencias asumidas, violando así el segundo requisito de

solicitud de un financiamiento, pues la supuesta “garantía” que sostenía el crédito, fácilmente podía ser burlada, consiguientemente determinó que el financiamiento bancario para la adquisición de bienes de existencia futura se haya prácticamente eliminado.

Ahora bien, la posibilidad de instaurar y gravar bienes de existencia futura se encuentra prohibida por la norma civil, sin embargo el mercado ha encontrado herramientas que posibilitan las transacciones de dichos bienes, pues el Código Civil (a través del artículo 1534) y leyes especializadas de la materia (como la ley de garantía mobiliaria) , no impiden la celebración de contratos cuyo contenido y objeto principal verse en la compra venta de bienes futuros, así encontramos inclusive la posibilidad de que dichas ventas encuentren hoy asidero registral, conforme disponen normas como el D.S. 011-2017-VIVIENDA, que técnicamente facilita y promueve la venta y eventual posibilidad de inscripciones preventivas de dichos actos jurídicos, lo dicho anteriormente reforzaría la posición de acreedor- el banco- que financia dichas adquisiciones y restauraría la confianza de dichos agentes, promoviendo así la continuidad de los productos financieros relacionados a tal fin.

Entonces, encontramos que dicho dispositivo legal, procura adaptarse a la realidad práctica de la compra venta de bienes inmuebles (de existencia futura), sin embargo, continúa la imposibilidad de publicitar un gravamen en favor del banco, pese a que la hipoteca constituye un gran pilar para el sistema financiero, genera un riesgo mínimo por la propia lógica que muy pocos propietarios están dispuestos a perder sus activos, adicionalmente, atrae fondos de largo plazo y bajo costo ⁽³⁾. La importancia entonces radica en afianzar al banco y asegurar el retorno de sus inversiones en dichos proyectos, lo que sin duda incrementará el número de empresas participantes (constructoras y proyectistas) que oferten productos inmobiliarios “*en planos*”.

Para ello es preciso destacar el rol de los registros públicos, como una herramienta que brinda seguridad jurídica entre los participantes y demostrar la necesidad de inscripción de los contratos inmobiliarios referentes a los bienes futuros conjuntamente con las respectivas hipotecas en favor de las instituciones financieras que fomentan el crédito para su adquisición, todo de manera preventiva, esto es desde el momento de la celebración del contrato de adquisición de la unidad inmobiliaria a independizarse y la consecuente garantía hipoteca hasta el momento en el proyecto es culminado y se

³ DU BOIS Citado por (Rarmirez Cruz, 2016)

realiza la entrega efectiva del inmueble listo para habitar (completamente independizado tanto física y jurídicamente).

Es preciso, demostrar la necesidad de asociar el concepto de seguridad jurídica que el banco lograría tener ante la posibilidad de inscribir derechos futuros de manera preventiva (aspecto prohibido por la norma) y provocar que el Registro Público, proteja los intereses de las instituciones financieras ante eventuales incumplimientos en la ejecución de los bienes (que además son financiados por el propio banco), logrando insertar semejanzas dentro del registro público predial con figuras jurídicas similares a las que actualmente se gestionan el registro mobiliario de contratos a razón de la Ley de Garantías Mobiliarias.

Entonces, al respaldar la hipótesis planteada, la cual determina que los bancos deben tener la facultad de inscribir - de forma preventiva - la compra venta y la hipoteca de los departamentos en vía de construcción, reforzará su posición de acreedor principal de la deuda que se genera en la adquisición de dichos bienes, logrando así la publicidad de tal condición frente a terceros que pretendan hacer valer derechos primigenios o de naturaleza real aparentemente anterior.

De esta manera, el sistema financiero protegerá sus propios intereses y el de los clientes consumidores de productos financieros de corte inmobiliario de existencia futura, financiará la construcción de nuevos bienes inmuebles, garantizará la venta de los departamentos a un menor precio como consecuencia del incremento de agentes ofertantes participantes de dicho mercado, incrementará la colocación de los préstamos y disminuirá el riesgo retorno para las propias instituciones financieras, lo que sin duda influirá en el riesgo propuesto en cada operación crediticia y por ende tendrá impacto inmediato en los intereses aplicables, disminuyendo así los costos del propio crédito e incentivando la reactivación masiva de dicho mercado.

Para desarrollar la idea principal, es preciso inducir al lector a un análisis factico de la real condición que atraviesa la forma de contratación de los bienes futuros en el país, examinando las formas de contratación que casi todas las instituciones financieras adoptaron al momento de celebrar actos jurídicos referentes a bienes inmuebles de existencia futura, los mismos que constituyeron practica regular y modelos de contratación a nivel nacional entre bancos, las empresas constructoras y los adquirientes finales de dichos bienes, considerados como actos previos a la existencia real de bien inmueble materia de transferencia.

Seguidamente será preciso ejemplificar la situación descrita, con un acontecimiento real acaecido en la ciudad del Cusco, que denotará las insolencias contractuales de las partes y sobre todo ahondará en las falencias legales y desprotección registral que atraviesan las instituciones financieras durante esta suerte de limbo legal en el tiempo, el mismo que se produce desde el momento de celebración del contrato de compra venta e hipoteca de un bien de existencia futura hasta la formalización legal del bien ante el registro correspondiente, donde los partícipes ven peligrar sus derechos contenidos en títulos validos pero que no pueden ser oponibles ante terceros, ante eventuales situaciones de fraude.

Finalmente explicar cómo, analizando las principales figuras legales intervinientes en los acuerdos materia de análisis y cotejados con la doctrina, se llega a determinar que no solo la realidad sino la propia norma encuentran una solución en la posibilidad de inscripción registral de gravámenes sobre bienes futuros (específicamente la hipoteca) en sus efectos completos y coherentes con la naturaleza de la norma, así como la lógica de su inscripción como herramienta de publicidad, tanto más que el Decreto Supremo N° 011-2017-VIVIENDA, nos hace referencia a la posibilidad de una inscripción preventiva de una predeclaratoria y preindependización de las unidades inmobiliarias a ejecutarse.

ESTADO DEL ARTE Y MARCO TEÓRICO

2 Compra Venta en el Mercado Inmobiliario Financiero.-

2.1 Concepto.-

Empecemos a definir la idea general que nuestra legislación recoge, el concepto de compra venta dentro de los alcances del artículo 1529 del Código Civil (⁴), el mismo que determina que las obligaciones asumidas – atendiendo a las partes del contrato – obedecen a transferir la propiedad por parte del vendedor y pagar el precio por parte del comprador. Lo anterior entonces, nos habla de dos hechos de obligatorio cumplimiento, la transferencia del bien vendido y el pago efectivo en contraprestación.

A efectos del tema en desarrollo, la simplicidad de la explicación adquiere un matiz un tanto más complejo, pues es necesario apreciar que en dicha transferencia, la voluntad de las partes, se ve supeditada a la partición activa de un tercer agente, como lo son las instituciones financieras quienes brindan el financiamiento necesario para la adquisición de los bienes materia de transferencia, por tanto la sola característica de la entrega y el precio pagado, no serán suficientes, sino se tendrán que apreciar requisitos adicionales, dependiendo de la política de riesgos de cada institución financiera partícipe.

2.2 Características.-

2.2.1 La transferencia.-

El primero de ellos, la transferencia, refiere una de las características de la propiedad, como lo es la facultad de disposición, por tanto, el vendedor al transferir el bien, pierde todo atributo inherente a la propiedad y por ende, dichos atributos pasan ahora a la esfera jurídica del comprador.

Para realizar dicha transferencia, las teorías del título y el modo, nos hablan de los requisitos dependiendo del tipo de bien a transferir, es así que en un bien mueble, dicha transmisión se realiza con la entrega efectiva del bien al comprador. Y, cuando hablamos de transferencia de bienes inmuebles, nuestro ordenamiento civil, no establece

⁴ Artículo 1529.- Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero.

condición alguna, efectivamente, el título y el modo de transferencia se encuentran únicamente en la voluntad y posterior consenso de venta, es decir, esta puede inclusive ser verbal, por tanto el artículo 949 del Código Civil (5) nos habla que la sola obligación (contrato) convierte en propietario al comprador.

Sin embargo, apreciable característica en los contratos de compra venta de naturaleza inmobiliaria que tengan como fuente el financiamiento bancario, se verá supeditada a la sola y lógica adhesión a un contrato tipo, sin posibilidad de negociación o condición especial apreciable entre las partes, el mismo que es diseñado por el banco sobre la base de sus políticas de riesgo, el mismo que se celebrara primigeniamente en una minuta autorizada por un abogado (6) responsable del integro de la gestión legal a fin de que dicho documento alcance el resguardo deseado por el banco. Es decir, la obligación de transferir ya fue consumada y se encuentra inserta en un documento (minuta) lo que significa que la venta entendida a los alcances del artículo mencionado precedentemente ya se realizó, lo que convierte indefectiblemente en dueño a aquel que hace las veces de comprador.

2.2.2 El pago.-

El segundo aspecto, el precio entendido como aquella contraprestación de obligatorio pago, será establecido en el contrato de compra venta y siempre será equivalente o proporcional al real valor del bien materia de transferencia. En el precio influirán factores tanto objetivos como subjetivos que alcanzarán consenso entre las partes, como por ejemplo, la ubicación del inmueble, los detalles y características individuales del mismo e inclusive la necesidad (del ofertante o demandante) respecto de su transferencia.

A diferencia de un contrato simple, la participación del banco en la transacción de compra venta, determinan que el momento de cancelación de dicha contraprestación, tenga una característica diferida en el tiempo, pues como bien se señaló en el punto previo, ya existe un documento con el cual se celebró la compra venta en sí, sin

⁵ Transferencia de propiedad de bien inmueble

Artículo 949.- La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario

⁶ En todas las instituciones financieras, la redacción de los contratos por adhesión celebrados entre las partes, siempre obedecen a un responsable legal, abogados internos o externos de la propia institución financiera quienes son los encargados de redactar, autorizar y gestionar el integro de la operación, sobre la base de la confianza depositada por el banco en favor de dichos profesionales de manera exclusiva.

embargo, el pago efectivo por el inmueble materia de transferencia, se dará en dos momentos claramente establecidos, siendo estos. Un primero entendido como el monto o valor porcentual (inicial) con el que el cliente financiero finalista participa conjuntamente con el banco sobre la base de la venta; y un segundo momento, que es el depósito efectivamente realizado por el banco en favor del comprador, dicho pago será certificado por un notario, mediante el cual, se completa el íntegro del valor pactado en compra venta en favor del vendedor.

2.2.3 El tipo de bien en el mercado inmobiliario y financiero.-

Otro aspecto importante al contrato de compra venta y en especial al tema en investigación es la determinación del bien materia de venta, es así que el artículo 1532 del Código Civil (7) refiere la posibilidad de vender tanto bienes existentes como aquellos que están por existir, siempre y cuando puedan ser determinados y su venta no este prohibida por ley.

Por tanto entendemos que la normativa civil, habilita la posibilidad de que las partes puedan pactar actos jurídicos de compra venta respecto de bienes que aún no existen en el mundo real y, aunque técnicamente todos los elementos necesarios para que dicho bien exista físicamente, ya que se encuentran dentro del plano de la realidad, será preciso que estos sean sometidos a un proceso de transformación conjunta que determine la unificación de los mismos en un nuevo bien.

En el mercado materia de análisis – el mercado inmobiliario – se podrán adquirir todo tipo de bienes inmuebles sobre la base de una premisa única, la cual es “el riesgo del cliente respecto del destino de la financiación es exclusiva de este” por tanto, independientemente de la naturaleza civil del bien (existente o futuro) las posibilidades de adquisición de bienes es amplia, sin embargo, la oferta inmobiliaria propiamente dicha, sobre la base de un acto financiado por una institución financiera siempre dependerá del riesgo de retorno que pueda presentar la operación concreta.

Por tanto el íntegro de productos financieros de naturaleza inmobiliaria ofertados en el mercado actual, se circunscriben a dos posibilidades, como son los bienes existentes y perfectamente inscritos ante el registro público pertinente y los bienes de existencia

⁷ Bienes susceptibles de compra - venta

Artículo 1532.- Pueden venderse los bienes existentes o que puedan existir, siempre que sean determinados o susceptibles de determinación y cuya enajenación no esté prohibida por la ley.

futura que aún no alcanzan la protección registral. Siendo que los primeros, encontrarán un menor riesgo en el retorno posible de una ejecución de la acreencia, por tanto el banco inscribe en ellos sus derechos reales de garantía, en cambio cuando nos referimos a bienes de existencia futura, el riesgo incrementa en proporción directa con los avances facticos que determinen la preexistencia del inmueble.

Condición importante de la normativa señalada, es que resulta preciso y obligatorio que, para efectos de la compra venta a realizar se individualice el bien, pero si el bien materia de transferencia no existe en el mundo real, la individualización del mismo tendrá mayor complejidad respecto de los detalles en cuanto a su señalamiento, es decir, no bastará con determinar al bien en sí, sino también se deberá individualizar la fuente del derecho, los plazos para su existencia real y legal, así como las condiciones mediante las cuales se concretará su futura transferencia.

Entonces, tal condición asume un rol protagónico en la conformación de los contratos a los que haremos referencia más adelante – la compra venta de bienes futuros – pues solo de dicha determinación, entenderemos realmente los alcances y promesas efectuadas entre las partes, quienes fuera de cualquier aspecto netamente patrimonial civil, entienden que de tal individualización, encontrarán los derechos y obligaciones sobre los cuales se realizó el pacto.

3 Compra venta de bien futuro.-

3.1 Concepto.-

Gonzales Barrón, conceptualiza al bien futuro como “subjctivo” y “objetivo”, siendo el primero cuando se pueden adquirir en un futuro y al segundo, como aquel que se encuentra relativamente determinado pese a no existir aún en la naturaleza, sin embargo, en un concepto estricto, el bien futuro precisa de dos requisitos; El dato objetivo entendido como bienes que no tienen existencia material o que si la tienen no están individualizados por ser integrantes de un todo, “aquello que no existe” y Dato Causal , entendida como lo que se espera - que dichos bienes lleguen a ser - “aquello que ha de existir”. (Gonzales Barron, 2007)

Para Biondo Biondi, las “cosas futuras” siempre están contendidas no solo en negocios o relaciones jurídicas, sino además en la propia ley, la misma que contempla el futuro. Entonces, cuando nos referimos a cosas futuras, no tienen como objeto principal derechos del “edificio” en sí mismo, sino más bien se entienden como una atribución, un

derecho, una presunción legal respecto de la cual el propietario del suelo, ya no es necesariamente dueño del suelo y del sub suelo. (Biondo Biondi, 2003)

A decir de Ronquillo Pascual la compra venta de bien futuro se entiende como aquel acto jurídico que es eficaz y vinculante entre los celebrantes, donde existe una parte (vendedor) el cual se obliga a hacer todo lo necesario para que el bien prometido en venta llegue a existir y cuyos efectos serán diferidos respecto de la transferencia precisa para la compra venta, la misma que se dará al momento de que el bien, precisamente tenga existencia real (Ronquillo Pascual, 2015).

La compra venta (e hipoteca) de “bienes futuros” son negocios sobre bienes actuales, pues de ellos emanan titularidad de derechos respecto de los compromisos (de carácter inmobiliario) asumidos por el proyectista. Dichos derechos pueden ser susceptibles de tráfico jurídico incluyendo la ejecución judicial mediante la venta judicial y lograr que un eventual adquirente sustituya al titular de tal derecho. (Mejorada Chauca, 2013)

Así, el Código Civil, en el artículo 1534 ⁽⁸⁾ señala que cuando las partes contratantes celebren contratos de compra venta sobre bienes de existencia futura, el contrato quedara suspendido. Lo señalado anteriormente, especifica una condición respecto de los efectos del contrato, que el bien inmueble materia de transferencia exista real y legalmente para que este pueda causar efecto alguno entre las partes.

El bien futuro inmobiliario entonces, se entiende como aquel objeto de transferencia de naturaleza expectaticios que nace de una promesa con características de una compra venta, en la que el vendedor se compromete a entregar un inmueble próximo a existir (legalmente) detallado a minuciosidad, sobre el cual pesa un valor de mercado directamente proporcional al avance de obra o cercanía con la culminación del proyecto, el mismo que es cedido en venta a un comprador quien cancela dicho valor a condición de una suspensión en sus derechos de propiedad. Los derechos que de él emanan, estarán contenidos en un título vigente y susceptible de tráfico jurídico.

Entonces, conforme se desarrolló en puntos previos, habíamos señalado que como fruto del contrato de compra venta, entendido como fuente del derecho, surgen obligaciones,

⁸ Compra venta de bien futuro

Artículo 1534.- 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.

la de transferencia y la de pago, pero ¿Qué sucede si el bien futuro materia de transferencia no llegara a existir? Definitivamente, el contrato materia de análisis pasaría al campo de la responsabilidad civil determinada entre las partes, pero no perdamos de vista que para efectos de las instituciones financieras quienes son las principales financistas de dichos bienes, encontrarían un crédito sin garantía, pues si bien es cierto, en un primer momento, se tiene la expectativa de una inscripción registral de su derecho real de garantía, al no existir el bien, desaparece tal posibilidad, ergo, la naturaleza de su acreencia (nos referimos al crédito otorgado) cambia completamente.

3.2 Naturaleza.-

Una vez identificada la idea de compra venta, se debe tener en cuenta la especial naturaleza que ostentan los bienes de existencia futura, toda vez que como su propio nombre lo indica, estos aún no existen ante una realidad palpable. Así, Arias Schreiber nos dice que nada impide que el objeto materia de compra venta pueda no existir *in rerum natura* pero cuya existencia real se espera, aspecto recogido en la doctrina como “venta de la cosa esperada” o *emptio rei speratae*. (Arias Schreiber Pezet, 1998). Tal lógica nos indica entonces que el objeto principal del contrato versará sobre una característica fundamental, que de no llegar a existir el bien material, técnicamente el contrato tampoco existirá, pues el fin de este (la compra venta) jamás encontrará asidero jurídico y real. (De la Puente y Lavalle)

La legislación peruana no define a los bienes propiamente, solo los enmarca dentro de un listado, constituyen el objeto principal de los derechos reales y en ellos recaen atribuciones exclusivas y excluyentes, siendo preciso señalar que solo se puede entender que un derecho es exclusivo, cuando el bien sobre el cual se ejerce dicho derecho, se encuentra indudablemente determinado, independientemente de la naturaleza del mismo, sea fungible o no. (Mejorada Chauca, 2013). Por ende constituye característica especial de los derechos reales la apropiación particular que tiene exclusivamente el titular del derecho respecto del bien, el mismo que debe ser físico o jurídicamente objetivado e individualizado. (Gonzales Barron, 2007)

En cuanto a los bienes de existencia futura de naturaleza inmobiliaria, suponen la individualización futura del bien próximo a existir, no solo en cuanto a sus características particulares (área, perímetro, piso, área techada, espacios comunes) sino también a su futuro posicionamiento dentro del espacio real que ocuparan, es decir, obedece a una individualización que especifica un área a ocupar dentro de nuestra realidad tangible, la

misma que de una manera u otra si existe y se compromete por medio del contrato, por tanto, el título que lo contiene adquiere una naturaleza apreciable y susceptible de tráfico jurídico.

Entonces es preciso entender en que momento un bien futuro “existe” dentro del plano de la realidad, tanto física como legal.

4 Existencia real de un bien inmueble en el mercado financiero inmobiliario.-

En la compra venta de bienes inmuebles futuros dentro del mercado financiero, la condición suspensiva del contrato de compra venta adquiere vital importancia toda vez que sobre dichos bienes y derechos que de este emanan, se presentaran en situaciones diferenciadas. Pues a diferencia de una transacción referente a un inmueble independizado registralmente, sobre el cual se entiende como existente así también los son los derechos (reales) que se ejercen sobre este. En cambio en una transacción de bienes futuros, el bien tangible no existe sin embargo los derechos que de este emanan, si lo son, pues en la práctica son objeto de transferencia.

Solis Córdova, nos dice que la titularidad de una posición favorable se entenderá como derecho obligacional ejercido sobre la base de una relación jurídica patrimonial con otra persona. (Solis Cordova, Los derechos reales y el credito, 2015). Ello nos explica que, para el caso en concreto, el comprador tiene un derecho de carácter patrimonial con el vendedor, por tanto este se encuentra en deuda con aquel, deuda un tanto diferente, pues se aparta del concepto de compra venta tradicional respecto de la característica entrega del bien y recepción del pago.

Así, Juan Espinoza citando por Montenegro señala tal condición como aquella situación incierta y futura sobre la cual se apreciaran los efectos del acto jurídico en sí, la misma que puede ser suspensiva en tanto los efectos permanezcan pendientes hasta que se cumpla con lo acordado en el contrato o resolutoria en tanto dicho acto ya produzca efectos jurídicos provisionales que serán definitivos al cumplirse con la condición (Montenegro Monteza)

Encontraremos entonces una serie de factores adicionales, preparativos en algunos casos y otros posteriores, como son la construcción efectiva del bien, el cumplimiento de las características prometidas por el vendedor y finalmente, el saneamiento obligatorio del bien. Entonces, tenemos claro que existe una condición al contrato de

compra venta que determinara que este tenga o no, exigibilidad como tal, es decir, si no llegara a existir el bien, nacerán de este responsabilidades adicionales - inscritas o no en el propio contrato – pero que sin embargo, no abarcan su real naturaleza o esencia, la cual es la transferencia de un bien inmueble.

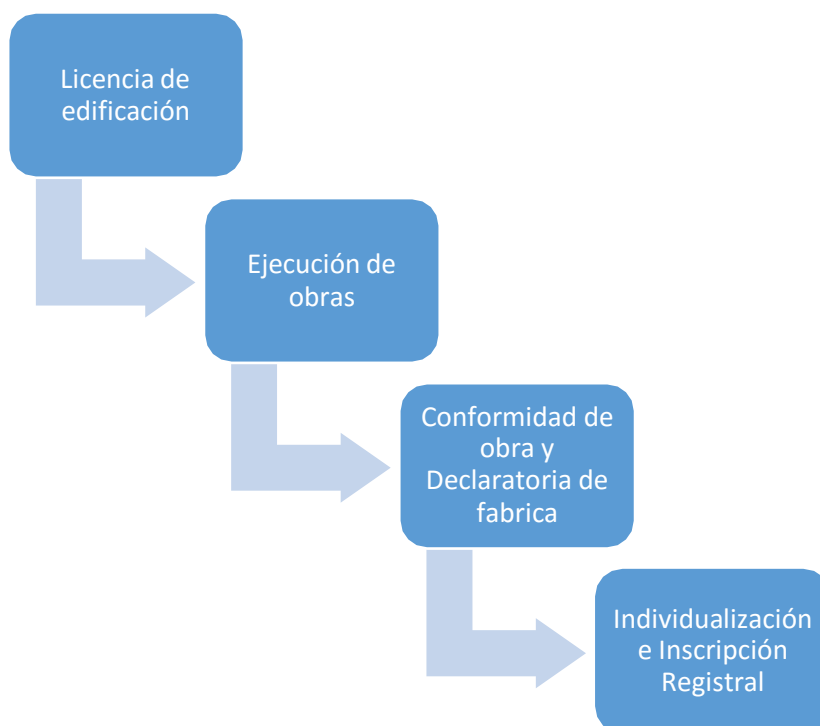
4.1 ¿Desde qué momento podemos hablar o entender a un bien inmueble de existencia futura, realmente existe?

Esta respuesta la encontraremos, primero en la realidad física del bien, pues como consecuencia de un procedimiento constructivo, coherente o no con los planos establecidos al iniciar el proyecto, se entiende existente un bien inmueble, desde que este alcanza todas las características físicas que posibiliten su habitabilidad. Es decir, físicamente, un bien inmueble cuya venta se pactó antes de su edificación, existirá desde el momento en que es mínimamente habitable y se pueda hacer uso y disfrute del mismo.

Sin embargo, para efectos legales, el bien inmueble de existencia futura, no existe sino hasta que sea inmatriculado ante un Registro Público. A razón del principio de especialidad, una vez que la sección a inmatricular alcanza características propias y se encuentra perfectamente determinado, no existe necesidad que los derechos que de este bien emanen, permanezcan dentro de la partida matriz conjuntamente con otras inscripciones. Por tanto, a fin de agilizar y ordenar el registro, la sección a independizar pasará a inscribirse dentro de partida registral individual, pero ello solo se logrará una vez culminado el proyecto.

4.1.1 Pasos previos a la inscripción.-

Dentro del proceso constructivo, encontramos una serie de pasos previos y de obligatorio cumplimiento para que el bien inmueble logre aquella condición de existente, conocidos como el procedimiento de edificación, los cuales para efectos didácticos tendrían la siguiente cronología:



4.1.1.1 *Licencia de edificación.-*

La obtención de una licencia de edificación, realizada ante el municipio respectivo, donde se presentará el proyecto inmobiliario a construir, el mismo que será sujeto a evaluación por parte del ente municipal a efectos de determinar el cumplimiento de los parámetros urbanísticos establecidos y los requisitos legales aplicables al proyecto en particular, los detalles para la obtención de dicha autorización se encuentran establecidos en reciente normativa - el Decreto Supremo N°. 011-2017-Vivienda.

4.1.1.2 *Ejecución de obra.-*

Obtenida la licencia de edificación, evidentemente se iniciarán el proceso constructivo el mismo que tendrá como lógico resultado la fábrica del proyecto de manera tangible, el mismo que puede ser inclusive concluido y en algunos casos hasta habitado por los adquirientes finales, sin embargo, pese a su existencia en el plano de la realidad, este aún no existe como tal para efectos legales y sobre todo registrales.

4.1.1.3 *Conformidad de obra y declaratoria de fábrica.-*

Aprobada la licencia de edificación y la lógica ejecución de la obra, el mismo municipio, realizara una verificación técnica a fin de determinar que el proyectista cumplió con los permisos y parámetros establecidos en la licencia de construcción.

Posteriormente, verificado tal requisito, la propia municipalidad emite la *conformidad de obra y declaratoria de fábrica*, el mismo que constituye la certificación municipal del cumplimiento irrestricto de los permisos otorgados en la licencia de edificación, finalmente el municipio modifica la inscripción catastral del predio, independizando administrativamente cada unidad en base a sus características particulares.

4.1.1.4 Individualización registral.-

Obtenida la individualización catastral municipal como fruto de la conformidad de obra y declaratoria de fábrica, tal documento que será alcanzado a la Superintendencia de Registros Públicos conjuntamente con los demás requisitos establecidos en el artículo 63 del Reglamento de inscripciones del registro de predios – Sunarp⁹).

Entonces, será dicha superintendencia quien le de existencia legal al bien inmueble hoy tangible pero hasta entonces considerado de existencia futura, pues de la partida principal, nacerá la idea de la pluralidad de folios, toda vez que la unidad inmobiliaria o sección de propiedad exclusiva existirá

⁹ Artículo 63.- Independización de unidades inmobiliarias sujetas a los regímenes establecidos en la Ley N° 27157 Para la independización de unidades inmobiliarias sujetas al régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, o de independización y copropiedad, se presentarán los siguientes documentos: a) Reglamento interno; b) Documento privado suscrito por el propietario del predio, con firma certificada, en el que se describa el área, linderos y medidas perimétricas de las secciones de dominio exclusivo y de los bienes comunes regulados por el Reglamento Interno; c) Plano de independización que grafique las unidades de dominio exclusivo y las zonas comunes, autorizado por profesional competente con firma certificada por notario. Las unidades inmobiliarias a que se refiere este artículo se inscribirán en partida especial donde se señale el régimen al que están sujetas, relacionándolas con la partida matriz. Excepcionalmente y a solicitud del interesado, se podrá independizar en una misma partida más de una sección de dominio exclusivo, aun cuando no exista continuidad entre ellas, siempre que constituyan una unidad funcional. Cuando en el Reglamento Interno se establezca la reserva de aires de la edificación, ésta podrá independizarse como sección de dominio exclusivo siempre que se le asigne porcentaje de participación de los bienes comunes. En este caso la independización procederá, siempre que cuente con área proyectada de acceso. El Reglamento Interno puede establecer reserva de aires sin independización, en cuyo caso esta circunstancia consta en asiento específico correspondiente a la partida registral del predio matriz, o de otra partida vinculada.

independiente en una nueva partida registral, sin embargo los bienes de propiedad común permanecerán inscritos en la partida matriz, señalando indispensablemente en esta última cuanto de porcentaje de participación sobre dichos bienes le corresponde a cada una de las unidades independizadas⁽¹⁰⁾

4.1.2 Inscripciones preventivas.-

Existen razonamientos ajenos a los presentados previamente, pues existen autores que señalan que los departamentos en planos no son bienes futuros, porque su uso actual no es fácticamente imposible. Un departamento normal y existente, con independencia de la variedad de formas en las que puede ser utilizado, tiene un estrato común en el hecho de que lo útil para su titular es el espacio contenido en él ⁽¹¹⁾. Bajo ese razonamiento, la falta de una construcción que aún se encuentra en proyecto no obsta a que el espacio de un departamento sea susceptible de ser utilizado tanto más que los derechos del espacio exclusivo, fueron prometidos y obtienen una titularidad respecto de aquel que ostenta derechos sobre aquel.

La construcción y los demás elementos estructurales son solamente herramientas para utilizar de manera más sencilla y eficiente el espacio del departamento (independientemente de que el inmueble exista realmente o sea un inmueble de existencia futura). Siendo el departamento en planos un bien presente, es pasible de ser dado en hipoteca.

En esa línea va el razonamiento recogido en la directiva vigente la misma que determina los criterios a ser considerados para efectos de evaluación y posterior inscripción de los bienes que comprendan regímenes de propiedad exclusiva y común. La delimitación de distribución proyectada del edificio y los pormenores del régimen de propiedad de las

¹⁰ Por el principio de especialidad, se crearan nuevas partidas a partir de la partida matriz, sin embargo, esta partida matriz no puede ser clausurada o cerrada, toda vez que en ella se verán inscritos los derechos de participación y las áreas o secciones que tienen condición de propiedad común dentro del proyecto inmobiliario, así como el reglamento interno pertinente, entonces ambas partidas, la nueva y la matriz irán siempre de la mano unas con otras, así cuando se transmita un derecho de un predio independizado, paralelamente se transmitirá el porcentaje que le corresponde dentro de la partida matriz, así como el nuevo comprador se someterá a lo estipulado en el reglamento interno, sin que sea necesaria su mención dentro del contrato de transferencia.

¹¹ Es preciso entender que la lógica de un inmueble sometido a una condición de propiedad exclusiva y propiedad común, encuentra lógica en los espacios contenidos dentro de sus linderos, pues las colindancias las comparte precisamente con otros inmuebles individuales. Del mismo modo, e inclusive en mayor medida, las zonas comunes, obedecen a la necesidad de coexistencia con el resto de unidades exclusivas.

secciones superpuestas se registra mediante las figuras de la pre declaratoria de edificación, pre reglamentó interno y pre independización aun antes de que se haya comenzado a construir el edificio. (Fernandez Salas, 2014), los cuales se encuentran establecidos en el artículo 70 del Decreto Supremo citado precedentemente (D.S. 011-2017-VIVIENDA), donde señala la posibilidad de obtener inscripciones preventivas del íntegro del proyecto ya sea por intermedio municipal o por una escritura pública celebrada por el propietario que, casi siempre termina siendo el proyectista constructor.

Ergo, por intermedio de dicha norma ya el Registro Público facilita la posibilidad de una inscripción preventiva mientras el proceso constructivo se desarrolla, sin embargo, el legislador no modifica la prohibición legal establecida en el Código Civil. Dicho de otro modo, podemos apreciar que en la normativa materia de análisis, existe una protección preventiva de índole registral que permite publicitar derechos de naturaleza real⁽¹²⁾.

La extensión de la protección patrimonial que pudiese generarse de tal requerimiento, únicamente favorecería a los compradores finales mas no a los intereses del financista coadyuvante a la compra, como lo es el banco y sus derechos reales de garantía que pretende ostentar sobre dichos bienes.

Efectivamente, con pre inscripción o no, en atención al principio de especialidad, la Superintendencia Nacional de Registros Públicos - SUNARP independizara cada uno de los bienes inmuebles en partidas registrales independientes, donde obrara en el sus características físicas (áreas, perímetros, colindancias) y sobre todo el primer propietario. Siendo opinión nuestra que en estricto, los derechos otorgados por el Registro Público, como fruto de su publicidad que no admite prueba en contrario, recién empezarán a ser vigentes en el preciso momento en el que se instaure el asiento primero de independización de las partidas y no antes.

Entonces, ¿ cuál es el impedimento lógico que tiene la hipoteca de bien futuro? creemos que ninguna en razón de que, la condición del contrato de compra venta tendría la misma suerte el propio contrato de hipoteca ante una eventual inexistencia del bien, sin

¹² La inscripción preventiva posibilita que el íntegro del proyecto alcance protección registral, en ella se inscribirán de manera detallada el proyecto y las unidades a independizarse a un futuro como fruto del proceso constructivo, del mismo modo, podría inscribirse en esta, los derechos de los adquirentes de los departamentos en planos, sin embargo, no se puede celebrar ni mucho menos inscribir una hipoteca de bien futuro, únicamente por la norma civil que lo prohíbe, aspecto ilógico si tomamos en consideración la naturaleza del derecho (de compra) y el de garantía (hipoteca) tienen la misma naturaleza real.

embargo, haciendo un análisis del porcentaje de situaciones en las que se suscitan tales hechos (que el bien futuro efectivamente no llegue a existir), el beneficio es mayor para todos los partícipes, por tanto es preciso determinar doctrinariamente, las características de una hipoteca sobre bienes futuros.

5 Hipoteca de bien futuro desde la óptica inmobiliaria financiera.-

5.1 Concepto.-

La hipoteca debe recaer sobre bienes inmuebles determinados, ello en atención al debate legislativo que se propició por la comisión revisora (13) estimó precisar en otros artículos la condición de prenda o garantía mobiliaria, pero la lógica del debate que conlleva a tal fin únicamente obedecía a la imposibilidad de gravar bienes (con hipoteca) y que ello signifique una desposesión del bien, por tanto, entendemos que la razón por la cual la hipoteca tuvo como lógica consecuencia lo estipulado en el artículo 1106, obedecía precisamente a la imposibilidad física de poseer un bien futuro, sin embargo, tal condición será debatida en puntos posteriores, pues determinaremos que la denominación “bien futuro” de aquel entonces se entendía a una condición ajena a la que tiene hoy en día, pues veremos que el bien futuro (de naturaleza inmobiliaria) , pierde esa condición únicamente cuando alcanza un registro , mas no a su utilización física efectiva.

Lucas Fernández refiere respecto a la imposibilidad de transmitir un bien futuro, basando su afirmación en el hecho que no podía existir tradición ni posesión de aquello que no existe; no obstante señala que en el caso de hipoteca y servidumbre negativa no podría alegarse lo dicho puesto que se podía adquirir sin necesidad de tradición. Citando a BATLLE “Un piso meramente proyectado no tiene entidad real... sin perjuicio de que el derecho a construirlo limite la propiedad de la parte del edificio existente”, (LUCAS, 1963).

El mismo autor, Fernández respecto a la inscripción en el Registro de la Propiedad de los pisos meramente proyectados refiere que la inscripción previa del proyecto no tiene virtualidad suficiente para transformar lo que hoy es una cosa puramente imaginaria, un bien futuro, en un bien realmente existente, de

¹³ Alva Orlandini, Fernández Arce, Haya de la Torre, Cáceres Velásquez, Zamalloa Loaiza y Biggio Crhem

admitir tal posibilidad llegaríamos a “consecuencias absurdas, a configurar una serie de relaciones jurídicas sobre fincas imaginarias, con vida puramente conceptual”.

Para Jack Biggio, la regulación de la hipoteca (en nuestro país) pretende “vigorizar” el derecho del acreedor que pretende garantizar una deuda principal, para lo cual la norma lo faculta a utilizar los derechos de persecución, preferencia y venta judicial, respecto del inmueble dado en garantía. Señala además que la novísima idea (en ese entonces) del concepto de indivisibilidad de la hipoteca, que básicamente la mantiene vigente – respecto de la garantía – por más pequeño que resulte el saldo deudor a la fecha de ejecución. Otra facultad importante obedece a la facultad de enajenar el bien, explotarlo y utilizarlo por parte del aun propietario del bien, e inclusive este puede afectarlo nuevamente (sin liberar el gravamen primigenio- con múltiples hipotecas, pues el derecho de preferencia (respecto del rango) permite asegurar los derechos del acreedor hipotecario. (Biggio Chrem, 1991)

Gonzales Barrón, señala que la hipoteca vincula el bien inmueble al irrestricto cumplimiento de una obligación, en la cual el acreedor tiene preferencia de ejecución y cobro respecto de terceros que pudiesen adquirir titularidad sobre el bien o inclusive sobre otros acreedores que los continúan en prelación de cobro. El concepto hipoteca tiene dos vertientes, la hipoteca como Derecho real y la hipoteca como título , siendo que el primero se entiende como aquel objeto de naturaleza inmobiliaria individual e individualizable, mientras que el segundo constituye una “abstracción” contenida en una promesa determinada. Por tanto, el “bien futuro” entendido como bien previsto, idealizado puede perfectamente constituir el objeto del contrato (hipoteca de bien futuro) (Gonzales Barron, 2007)

Para Solís Córdova, el contrato de hipoteca es típico toda vez que cuenta con elementos necesarios para su constitución y ante la carencia de algunos o todos estos, la norma sanciona al acto con invalidez parcial e incluso total. (Solis Cordova, Hipoteca sobre bien futuro y diferencia entre contrato y derecho real de hipoteca, 2015). La hipoteca entendida como derecho real, se constituye sobre bienes inmuebles en garantía de cumplimiento de cualquier obligación y para cuya validez a decir del propio Código Civil, únicamente requiere que afecte el bien del propietario o autorizado para tal fin, que la obligación sea determinada o determinable y finalmente que el gravamen señale cantidad determinada o determinable. (Valle Vera, 2016)

La hipoteca, contiene derechos de crédito como relación jurídica principal y una garantía real como relación jurídica accesoria (Moisset de Espanés, 2015), pero si hacemos referencia a la garantía real como tal, esta no encuentra asidero en el mundo legal, precisamente porque no existe el bien real sobre el cual se inscriba dicha garantía.

Entonces, la hipoteca es un acto constituido por excelencia, es decir no se puede concebir la existencia de una hipoteca si esta no es protegida y publicitada por el registro. Si la hipoteca que asegura bienes de existencia futura no tiene un lugar sobre el cual se pueda prevenir su inscripción, deja sin resguardo al acreedor hipotecario, pues este tendría que esperar la existencia legal del bien para poder, sobre ella, lograr inscribir su derecho real de garantía.

Efectivamente, en el mercado inmobiliario de bienes futuros, que son financiados por un banco, encontramos que la garantía que se celebran sobre dichos bienes se encuentra suspendida, con cierta lógica a que el inmueble alcance primigeniamente asidero en el registro, para que luego este acoja la hipoteca que garantiza la acreencia, sin embargo, desde el momento en que se constituye o se celebra el contrato de compra venta con financiamiento bancario hasta que el inmueble efectivamente sea inscrito en el registro público, pueden pasar en promedio hasta dos años, dependiendo de la envergadura y avance efectivo del proyecto. Y es precisamente durante dicho lapso de tiempo, que solo constituye un título sin alcance oponible ante terceros, por tanto el riesgo es inminente para la institución financiera, pues ante cualquier contingencia el proceso constructivo, esta no podrá hacer valer sus derechos de acreencia de cobro preferente.

Por tanto, si la hipoteca en su doble naturaleza (conforme desarrolla Gonzales Barrón), constituye un título, este podría perfectamente ser inscrito ante los registros públicos al momento de su efectiva constitución, lo que determina indefectiblemente que la norma cuya modificación se pretende, constituye en obsoleta, pues limita la voluntad de las partes y genera una contradicción sobre el por qué podemos celebrar contratos de compra venta sobre dichos bienes (bienes futuros) lo que determinan títulos de propiedad y no podemos gravar dichos bienes (hipotecas de bien futuro), si la condición suspensiva tiene la misma lógica jurídica.

5.2 Hipoteca de bien futuro en la legislación y su contraposición con el mercado inmobiliario actual.-

La hipoteca de bien futuro en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra prohibida, conforme establece el artículo 1106 del Código Civil ⁽¹⁴⁾. Para Pozo Sánchez, la prohibición de constituir hipotecas sobre bienes futuros, **resulta obsoleta**, y de modificarse dicho aspecto normativo, se evitaran interpretaciones judiciales antojadizas y contradictorias. (Pozo Sanchez, 2015), toda vez que este impedimento no ha significado en buena cuenta que no se instauren gravámenes sobre dichos bienes, ello por la lógica condición de que los bancos a efectos de **dinamizar el mercado**, han encontrado medios legales, que permitan garantizar sus acreencias y es apreciable que la propia norma civil, encuentra caminos atendibles que posibilitan que los bienes futuros sean materia de transferencia y transiten en el mercado.

Así encontramos por ejemplo lo señalado en el artículo 1104, que faculta a que la hipoteca pueda garantizar obligaciones futuras o eventuales, sin embargo, la garantía que cubre dichas obligaciones futuras no puede recaer sobre bienes futuros, lo que en buena cuenta constituye un injusto si tomamos en consideración que la propia contratación de un bien inmueble de naturaleza futura, contiene en si obligaciones también futuras (como lo es la construcción y entrega efectiva de un bien próximo a existir).

Guevara Peso, analizando la lógica de los créditos garantizados, sostiene que conforme el artículo 1097 del Código Civil, la hipoteca es la figura llamada a respaldar obligaciones inclusive si estas fueran futuras (artículo 1104 Código Civil) y admite que la hipoteca puede realizarse bajo condición o plazo (artículo 1105). Señala además que, no obstante que Lucreci Maisch no estaba de acuerdo con la hipoteca bajo condición debido que la aplicación de una hipoteca que garantice una obligación condicional es de rara aplicación y que la inscripción genera inseguridad; sin embargo, Guevara debate ambos argumentos indicando que la rareza de su aplicación no es razón suficiente para excluirla y que las partes tienen libertad de convenir lo que consideren conveniente y respecto a la inseguridad de inscribir la hipoteca de obligaciones sujetas a condición señala oportunamente que la inseguridad es propia de la figura de hipoteca ya que siempre estará sujeta al incumplimiento de la obligación principal. (GUEVARA PESO, 1996)

¹⁴ Prohibición de hipotecar bienes futuros
Artículo 1106.- No se puede constituir la hipoteca sobre bienes futuros.

Finalmente es preciso señalar que Ley 26394 crea una “Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil” y mediante Resolución Ministerial No. 460-2002-JUS(15), se reconstituye dicha comisión destinada a revisar el código civil y proponer en el reformas, dentro de las cuales, existe una clara y evidente valoración respecto del tema en discusión, como lo es la posibilidad de instaurar hipotecas sobre bienes futuros a condición de que estos llegaran a existir, ergo, es de apreciar que dicha constitución eminentemente constitutiva ante el registro público pertinente, permitiría publicitar los derechos de acreencia y sus respectivas garantías de los bancos respecto de dichos bienes, opinión además compartida por Gunther Gonzales Barrón. (Gonzales Barrón, 2016)

Por tanto a manera de detallar algunas incoherencias legislativas con el ya desfasado artículo tenemos las siguientes:

5.2.1 En contraposición con el propio código civil.-

Como se dijo anteriormente, la norma civil prohíbe mediante el artículo 1106 la posibilidad de constitución de hipotecas sobre bienes futuros, sin embargo, el mismo cuerpo legal recoge muchas otras posibilidades que afirman lo contrario, por ende, la sola imposibilidad de constituir hipotecas sobre bienes futuros, recae únicamente en el citado artículo.

Si analizamos artículos que desdican la prohibición legal referida, encontramos por ejemplo el artículo 1409 del Código Civil (¹⁶), el mismo que permite contratar sobre bienes futuros antes de que existan, siempre y cuando no contravengan las prohibiciones legales. Refuerza el contenido de dicha norma, lo establecido en el artículo

¹⁵ Resolución Ministerial No. 460-2002-JUS publicada el 03 de diciembre del 2002 se reconstituyó la Comisión y se designó como sus miembros a las siguientes personas: POR EL PODER LEGISLATIVO: Jorge Avendaño Valdéz (Presidente), Pedro Arnillas Gamio, Camilo Carrillo Gómez, Manuel Reátegui Tomatis y Marcial Rubio Correa. POR EL PODER EJECUTIVO: Javier De Beláunde López de Romaña, Carlos Cárdenas Quirós, Juan Espinoza Espinoza, Augusto Ferrero Costa, Guillermo Lohmann Luca de Tena, Delia Revoredo Marsano, Enrique Varsi Rospigliosi y Fernando Vidal Ramírez

¹⁶ Bienes objeto de la prestación

Artículo 1409.- La prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre:
1.- Bienes futuros, antes de que existan en especie, y también la esperanza incierta de que existan, salvo las prohibiciones establecidas por la ley.
2.- Bienes ajenos o afectados en garantía o embargados o sujetos a litigio por cualquier otra causa.

1410⁽¹⁷⁾, que afianza el artículo citado y señala que dicho acuerdo quedara subordinado a la posterior existencia del bien sobre el cual se pactó, es decir, implícitamente señala que el fin del acuerdo tomara vigencia una vez el bien incierto alcance realidad corpórea apreciable con los sentidos.

5.2.2 En contraposición con la Ley de Garantías Mobiliarias.-

Tenemos un claro y tangible ejemplo de la utilidad y éxito que represento la implementación de las garantías mobiliarias (ley de garantías mobiliarias) en nuestro país, a cuyo mérito se incrementó el universo de bienes gravables con el objeto de utilizar los mismos sobre la base del crédito efectivamente brindado y protegido por una garantía “tangible”.

Resaltamos el termino tangible, pues muchas veces dichas garantías pueden ser instauradas sobre bienes muebles que en la práctica aun no alcanzan la protección del registro respectivo, sin embargo, tienen una prelación de persecución apenas estos sean incorporados en dichos registros, protegiendo así al “acreedor garantizado”

El éxito principal, entonces obedece a un financiamiento en garantía, pues constituye proporción directa de crecimiento de un crédito y la facilidad en cuanto a su adquisición, el hecho de que tal operación crediticia encuentre garantía, por tanto la reducción del riesgo, hace más estable al mercado. Por ello, la ley de Garantías mobiliarias, en principio tuvo como principal misión, modificar el funcionamiento del sistema de registro público, protegiendo así (sobre la base de un claro orden de prelación y oponibilidad) a todo aquel acreedor, respecto precisamente del mutuo que se pretende garantizar. (18)

La ley de Garantía Mobiliaria que permite gravar bienes de existencia futura a condición de que estos, precisamente lleguen a existir, mientras tanto, nada impide que el contrato

¹⁷ Cumplimiento sobre bien futuro

Artículo 1410.- Cuando la obligación creada por el contrato recae sobre un bien futuro, el compromiso de entrega queda subordinado a su existencia posterior, salvo, que la obligación verse sobre una esperanza incierta, caso en el cual el contrato es aleatorio.

Si la falta de entrega obedece a causas imputables al obligado, el acreedor puede recurrir a los derechos que le confiere la ley.

¹⁸ Inclusive, tal protección brindada por el registro, permite la instauración de varias garantías sobre un mismo bien, ergo, al existir un claro orden de prelación en cuanto al cobro, facilito (previo análisis individual del riesgo asumido) el auge de un mercado de productos financieros no explotado hasta ese entonces.

celebrado entre las partes constituya un instrumento de público conocimiento, inscrito en el registro mobiliario de contratos, que permita que cualquier tercero tenga conocimiento de la acreencia garantizada mediante un bien mueble - en beneficio muchas veces de una institución financiera - , tanto más que si tomamos en consideración una de las razones más importantes de la creación de dicho cuerpo legal, era precisamente incentivar el crédito sobre la base de garantías fortalecidas con la confianza y seguridad que brinda un registro público.

5.2.3 En contraposición con el propio criterio registral.-

Encontramos criterio discordante con la prohibición del código civil, en los fundamentos expuestos en el RESOLUCION DEL SUPERINTENDENTE NACIONAL DE LOS REGISTROS PUBLICOS N° 340-2008-SUNARP-SN, que especifica claramente que la norma, lejos de coadyuvar al desarrollo empresarial y garantía suficiente para optar por un crédito garantizado con fines de vivienda, se convierte en óbice para la conformación de hipotecas de bienes futuros, la cual tiene una directa repercusión con el mercado inmobiliario en auge, siendo los fundamentos los siguientes:

“...En el segundo caso la opinión común considera que se trata de un típico bien futuro sobre el cual no es posible constituir hipotecas en virtud del art. 1106 CC. Esta interpretación se generalizó en el Registro, por lo cual no se inscribían las hipotecas sobre unidades inmobiliarias proyectadas o en construcción, aun cuando constase inscrita la pre-declaratoria de fábrica, y ante lo cual siempre es pertinente preguntarse cuál es la utilidad de ésta. En tal sentido, el problema detectado (imposibilidad de inscribir hipotecas sobre unidades proyectadas) ha tratado de ser corregido a través de la Directiva N° 002-2003-SUNARP/SN, referida a la inscripción de contratos de compraventa de viviendas en proceso de construcción o en planos, financiados por terceros, y de hipotecas. En efecto, de las consideraciones expuestas en la propia directiva se señala que el artículo 1106 CC influye negativamente en el tráfico de inmuebles, pues si bien se admite que las unidades proyectadas son bienes futuros, sin embargo, se postula una interpretación que salva la prohibición de hipotecar este tipo de bienes...”

5.2.4 En contraposición con el Decreto Supremo N° 011-2017-Vivienda.-

Ahora, la última norma, el Decreto Supremo N° 011-2017-Vivienda, señala la posibilidad de una inscripción temporal y preventiva del propio proyecto inmobiliario antes siquiera del inicio de obras, empero el referido cuerpo legal margina o limita derechos y resta

protección a uno de los principales partícipes y gestores de tal operación- los bancos - puesto que únicamente protege a un eventual comprador y un eventual vendedor, sin embargo, dicha operación comercial, requiere de montos dinerarios importantes que en la mayoría de los casos, están vinculados a un producto financiero. Entonces, no se entiende como, un tercer e importante partícipe de la mayoría de estas transacciones no pueda proteger sus derechos ante el Registro Público respectivo.

Las instituciones financieras, son en su mayoría partícipes activos de las operaciones de compra venta de tales bienes, tanto que inclusive contamos con políticas gubernamentales que motivan su participación como lo es fondo MiVivienda, que en la práctica constituye un programa estatal de fomento a la adquisición de bienes inmuebles con la participación activa de instituciones financieras, el cual tiene como característica principal participar en el pago de la acreencia que mantiene el comprador con el banco, por intermedio de un “fondo del buen pagador” que no es otra cosa que una suerte de premio a aquel deudor, que cumple puntualmente sus obligaciones para con la institución financiera de manera puntual y efectiva.

Entonces, analizando las diferentes normas en contraposición con el artículo 1106 del código civil, podemos apreciar:

- Que el D.S. 011-2017- VIVIENDA permite una inscripción de derechos reales de manera preventiva y oponible a terceros.
- El código civil permite la compra venta de bienes de existencia futura contenido en títulos de naturaleza real, suspendidos hasta que se concluya con el proceso de construcción y saneamiento.
- La prohibición contenida en el artículo 1106 del código civil, prohíbe que se graven inmuebles de la misma naturaleza, lo que resulta incoherente puesto que la naturaleza de la hipoteca tiene los mismos alcances reales.
- Finalmente, la norma específica, como lo es la ley de garantías mobiliarias no hace tal distinción y fomenta el crédito efectivo pues los montos de tales operaciones se encuentran garantizados.

| CÓDIGO CIVIL | | |
|---|--|---|
| Prohibición de hipotecar bienes futuros | | |
| Artículo 1106.- No se puede constituir la hipoteca sobre bienes futuros. | | |
| CÓDIGO CIVIL | LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS- N° 28677 | D.S. 011-2017- VIVIENDA |
| Artículo 1104.- La hipoteca puede garantizar una obligación futura o eventual. | Artículo 4.-Bienes muebles comprendidos en esta ley.- ... | Artículo 70.- Requisitos y Procedimiento para otorgar la Predeclaratoria de Edificación |

| | | |
|---|--|---|
| <p>Artículo 1409.- La prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre:</p> <p>1.- Bienes futuros, antes de que existan en especie, y también la esperanza incierta de que existan, salvo las prohibiciones establecidas por la ley.</p> <p>Artículo 1410.- Cuando la obligación creada por el contrato recae sobre un bien futuro, el compromiso de entrega queda subordinado a su existencia posterior, salvo, que la obligación verse sobre una esperanza incierta, caso en el cual el contrato es aleatorio.</p> | <p>12.-los bienes muebles futuros.</p> | <p>70.1 Se puede solicitar ante la Municipalidad respectiva, la Predeclaratoria de Edificación en cualquiera de las modalidades de aprobación contempladas en la Ley; o extenderla mediante escritura pública si así conviniese a su derecho.</p> |
|---|--|---|

6 Contratación de los bienes futuros (actualidad).-

Cuando hablamos de contratos de compra venta, que tengan por objeto principal la transferencia de bienes de existencia futura, se tiene claro que la condición principal u objeto de transferencia – el bien inmueble - en la práctica no existe, sin embargo, las partes contratantes y demás partícipes de las relaciones comerciales en los que se incluyen estos, generan entre si una serie de derechos y obligaciones

Por un lado están los derechos de los adquirentes expectaticios pues su contrato de compra venta siempre está sujeto a la condición de que el bien inmueble obtenga existencia real y jurídica. Y por otro lado están los derechos de aquel que vende, que básicamente es el de recibir el dinero en contraprestación.

Si nos referimos a las obligaciones asumidas entre las partes, casi todas nacen de la misma lógica o negocio principal y en algunos casos, inclusive de un único contrato, por tanto a fin de exponer la realidad contractual de dichos actos jurídicos y su contraposición normativa que atiende el presente artículo, es preciso señalar o describir ciertos puntos previos.

Conforme se aprecia de los siguientes párrafos, los productos financieros destinados a la compra venta de bienes futuros, encuentran asidero legal ratificado por la propia Superintendencia de Banca Seguros Y AFP – SBS quienes autorizaron a una de las principales instituciones financieras partícipes en el mercado a incluir cláusulas contractuales como la siguiente:

NOVENA: DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA (19)

Las partes convienen que la garantía hipotecaria constituida por el PRESTATARIO sobre el INMUEBLE descrito en la cláusula anterior se encuentra sujeta a la condición de que el INMUEBLE llegue a existir, Se entenderá que el INMUEBLE existe cuando se encuentre debidamente inscrito en los Registros Públicos correspondientes.

Las partes acuerdan que si la garantía hipotecaria no se inscribe en Registros Públicos, sea cual fuere la causa que motiva dicho incumplimiento, el CLIENTE pierde el derecho al plazo del préstamo y el BANCO podrá dar por resuelto el contrato sin ninguna formalidad previa y/o exigir el pago del íntegro de su acreencia y/o ejecutar las garantías. (20)

Así mismo, acorde a lo dispuesto mediante Resolución SBS N° 8181-2012 - Reglamento de Transparencia de Información y Contratación con Usuarios del Sistema Financiero, el propio ente rector modifica dichas cláusulas contractuales a fin de que estas resulten más simples y de comprensión general al usuario financiero, quienes mucha veces no manejan los términos técnicos utilizados en dichos contratos, a lo cual señala:

11. CONDICIÓN SUSPENSIVA DE LA HIPOTECA

La Hipoteca que Usted constituye con la firma de este Contrato se encuentra sujeta a la condición de que el Inmueble llegue a existir. Se entenderá que el Inmueble existe cuando se encuentre debidamente inscrito en los Registros Públicos correspondientes.

El Banco y Usted acuerdan que si la Hipoteca no se inscribe en Registros Públicos, sea cual fuere la causa que motive dicho incumplimiento, Usted perderá el derecho al plazo del Préstamo, por lo que el Banco podrá terminar este Contrato y exigir el pago del íntegro de los montos que Usted adeude.(21)

¹⁹ El siguiente es un fragmento de un contrato de Préstamo Contipiente – Conticasa autorizado por la SBS, a efectos de que el BBVA Banco Continental celebre préstamos con garantía hipotecaria suspendida destinados a la adquisición y financiamiento de bienes inmuebles de existencia futura.

²⁰ Resolución S.B.S N° 15211 - 2009 - Superintendente Adjunto de Asesoría Jurídica – 27.11.2009

²¹ Resolución S.B.S N° 494-2016- Superintendente Adjunto de Asesoría Jurídica – 28.01.2016

Entonces, vemos en las cláusulas contractuales autorizadas por la SBS, que en la práctica, todos los productos financieros materia de análisis, procuran resguardar la condición suspensiva de los contratos de compra venta e hipoteca sobre bienes futuros, los mismos que en la práctica constituyen la propia celebración de la hipoteca de cada una de las unidades inmobiliarias futuras a independizar.

Así mismo apreciamos, la lógica condición de contrato donde el banco señala de manera literal el momento en el cual “un bien inmueble de existencia futura se considera existente”, conminando al comprador finalista a que, de no llegar a inscribirse dicho instrumento ante el registro respectivo, el banco puede dar por terminado el contrato y exigir el integro de la acreencia.

6.1.1 El proyecto principal.-

Todo proyecto inmobiliario que pretenda contener bienes inmuebles sujetos al régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, nace sobre la lógica preexistencia de un predio sobre el cual se piensa erigir las unidades o secciones materia de transferencia, dichos bienes a futuro independientes, constituyen un régimen jurídico denominado propiedad horizontal que presume la existencia de una construcción (edificio) o conjunto de construcciones integradas entre sí, las mismos que cuentan con secciones individuales (exclusivas) y otros bienes y servicios de dominio común. (Flint, 2009)

Es así, sin ánimos de ahondar en doctrina sobre derechos de superficie, el primer requisito se sobreentiende, es la existencia del lote de terreno sobre el cual se dibuja el proyecto de construcción.

Dicho bien inmueble, obviamente referirá un titular (ante los registros pertinentes), además debe estar ubicado y contar con todos los requisitos y habilitaciones urbanistas coherentes con el edificio que se pretende construir. Dicho esto, la participación del banco se presenta en dos etapas claramente marcadas:

- i) Al inicio como financista principal del proyecto en general, para lo cual, celebrará un contrato de mutuo por armadas en favor del proyectista o constructor, bajo la premisa de que realizará desembolsos escalonados en proporción al avance de obras y las ventas - de las unidades inmobiliarias resultantes - financiadas a través del propio banco, para lo cual, exigirá por parte del constructor, primigeniamente una

cantidad mínima de pre ventas certificadas y la garantía hipotecaria del propio lote de terreno principal o matriz ⁽²²⁾.

ii) Un segundo momento, se aprecia al financiar el resto de las unidades inmobiliarias en favor los compradores finales, quienes adquirirán las mismas bajo la suscripción de un contrato de compra venta y garantía hipotecaria celebrado conjuntamente con el banco y el constructor.

Una vez inscrita la garantía hipotecaria sobre el lote matriz, es condición del contrato suscrito entre la constructora y el banco, que este último realice el primer desembolso de dinero para el inicio de obras, en tanto es obligación del proyectista o constructor vender el íntegro del proyecto (que no fuera vendido en pre venta) y conforme a la condición preestablecida, procurará realizar las ventas “*en planos*” pues no se debe perder de vista que el proyecto será financiado en armadas, las cuales se harán efectivas únicamente con la certificación de las ventas realizadas por el constructor, dicho de otra forma, en cuanto más departamentos “*en planos*” venda mayor será el financiamiento por armadas o más próximas serán las armadas que reciba el constructor para continuar con la obra.

²² Es preciso referir lo siguiente: El banco financista determinara dos valores dentro del proceso de garantía, el primer valor será el del monto garantizado con el bien matriz, respecto de las acreencias que tenga o pudiese tener la constructora, el mismo que garantizará inclusive el valor total del préstamo y que muchas veces es el equivalente a la tasación comercial que tendría el proyecto íntegramente concluido.

Un segundo valor, el monto de valorización convencional entre las partes respecto del precio de ejecución del bien, el mismo que será equivalente al importe comercial del lote de terreno sobre el cual se realiza la obra a la fecha de suscripción del contrato.

Por tanto presentamos una de las primeras incongruencias, en caso de una posible ejecución, el banco tiene ampliamente cubierta el valor del préstamo dado, sin embargo, los valores de remate no necesariamente serán coherentes con la realidad física del inmueble, pues este se ejecutará como un terreno sin fábrica.



6.1.2 Las unidades inmobiliarias.-

Las unidades inmobiliarias son los bienes resultantes del proceso constructivo, que eventualmente serán independizados y gozarán de derechos reales individuales y colectivos. Dichas unidades, conforman un todo que viene a ser el proyecto inmobiliario en general, sin embargo, cada una de estas unidades será eventualmente independizada de la partida matriz que contiene el proyecto y constituirá en la práctica un bien inmueble perfectamente individualizado, en tanto los derechos comunes (porcentaje de participación de cada unidad) y el reglamento interno permanecerán en la partida electrónica original y estarán siempre ligadas a la nuevas partidas de las secciones individualizadas.

El valor de cada unidad inmobiliaria o sección de propiedad exclusiva, dependerá de un punto de equilibrio entre el precio demandado y el precio ofrecido, siendo que el primero será aquel que el vendedor considere como justa contraprestación por el inmueble que pretende vender, sobre el cual además influyen componentes tanto objetivos como subjetivos, como por ejemplo la ubicación, áreas, calidad de los acabados, zona comercial, de vivienda o exclusiva de una determinada ciudad. Y el segundo, será aquel precio que el comprador está dispuesto a pagar, el cual por lo general siempre es inferior al precio mínimo ofertado por el vendedor, sobre el cual existirá además un índice o grado de negociación. En dicho valor (precio ofrecido) también existirán aspectos subjetivos y objetivos que influyan en la cantidad a ofrecer, como por ejemplo, el tiempo

de espera para habitar efectivamente el bien o la necesidad del ofertante respecto de la pronta venta.

Ahora bien, es de vital importancia apreciar, que dichas unidades inmobiliarias, son objetos susceptibles de transferencia y tráfico comercial, antes inclusive de su existencia real (física y/o jurídica), ello como consecuencia de la propia dinámica del mercado y además de la lógica relación entre precio y bien acabado, pues conforme se desarrolló previamente, entendemos que el precio ofrecido y precio demandado, tienen estricta relación con aspectos subjetivos y objetivos, como bien podría ser el tiempo efectivo de entrega de la unidad en favor del comprador, considerando que a mayor espera en la entrega (utilización efectiva del bien) menor será el precio de transferencia.

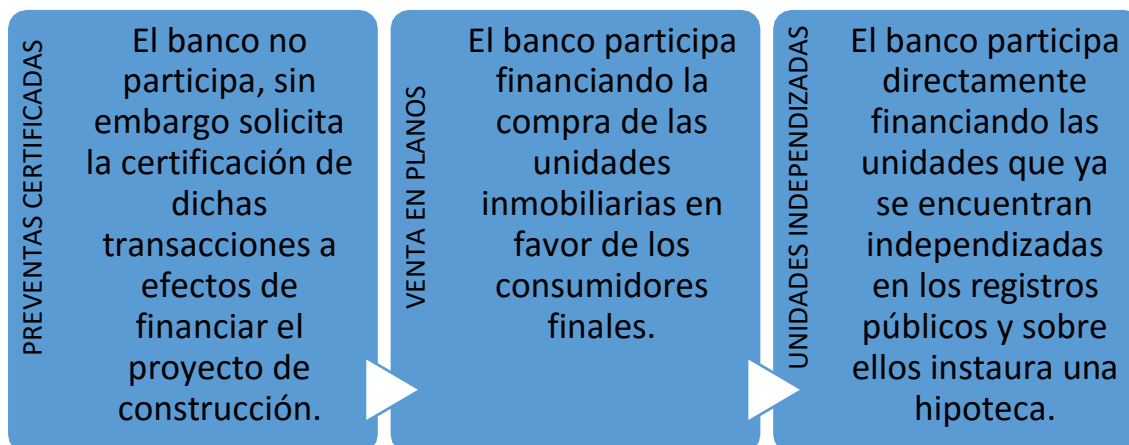
6.1.3 Participación de las instituciones financieras en los procesos de compra venta de bienes futuros.-

Las instituciones financieras son participantes activos en este tipo de transferencias puesto que suministran los fondos para la adquisición de dichos bienes, tanto a los proyectivos o vendedores como a los consumidores finales o compradores, y para un proyecto inmobiliario financiado por una institución financiera, el banco entiende tres momentos en los cuales dichos bienes son motivo de transferencia, siendo estos:

i) Como preventas certificadas, las mismas que sirvieron como muestra de la aceptación del consumidor final respecto del proyecto (la viabilidad del proyecto), y que fueron presentadas al banco para lograr el contrato de financiamiento principal. En dicho contrato de compra venta, no participa el banco, únicamente lo hacen el comprador de la unidad y la constructora, quienes celebran un contrato de compra venta sobre bien futuro.

ii) Como "*venta en planos*" realizadas por la constructora o proyectista respecto de la unidad inmobiliaria en proceso constructivo con financiamiento del banco y adquirida por un consumidor final. Para lo cual suscriben un contrato de compra venta y uno de garantía hipotecaria con el banco, el precio de dicha unidad inmobiliaria tendrá directa proporción (además de las características individuales de cada unidad) con el avance físico de las obras, siendo que en cuanto más cercanas estas se encuentren a ser concluidas, más costosa será la opción de compra, por el evidente menor riesgo que representa.

iii) Finalmente como unidad inmobiliaria independizada una vez concluidas las obras y el saneamiento físico legal del proyecto erigido, para lo cual, independientemente de la fuente de financiamiento (que podría ser cualquier otra institución financiera ajena a la principal), el valor de dicha unidad será el más alto posible y coherente al valor comercial del mercado en atención al inexistente riesgo y posibilidades de inmediato uso y disfrute del bien que dicha situación representa. (23)



6.1.4 El contrato de compra venta y una sola escritura pública.-

Habiendo establecido cual es el objeto de transferencia y cuál es el momento de interés y participación activa de la institución financiera, es preciso preguntarnos ¿Cómo se celebran las compras ventas de la mayoría de bienes inmuebles de existencia futura?

El mercado a fin de lidiar o esquivar la imposibilidad legal de celebrar e inscribir hipotecas sobre bienes futuros, ha optado por utilizar artículos del Código Civil que coherentes entre sí, evitan momentáneamente lo dispuesto en el artículo 1106 del referido cuerpo legal, así bajo la posibilidad del artículo 1534, se celebra (en la mayoría de instituciones financieras) una única escritura pública dividida en dos secciones claramente diferenciadas y sobre la cual, participan los intervinientes de la siguiente manera:

²³ Nótese que en las tres posibilidades de adquisición no se hizo mención alguna a la posibilidad de venta de un tercero (de buena fe o no) celebrado directamente entre la constructora y el adquirente final, sin la participación del banco.

i. La compra venta.- Se debe tener en cuenta que el consumidor final, el adquirente de la unidad inmobiliaria, luego de encontrar el proyecto que se acomode a sus necesidades y presupuesto, recurrirá por lo general ante la institución financiera que figura como financista principal, por tanto, una vez demuestre la capacidad de endeudamiento con dicha institución, suscribirá primigeniamente un contrato de compra venta con efectos suspendidos por medio del cual adquirirá la propiedad de la unidad inmobiliaria.

En dicha sección únicamente participaran el comprador final y el constructor. Y en ella, las partes consignaran las características principales que tendrá la unidad inmobiliaria materia de venta, como lo son las áreas, áreas ocupadas, áreas techadas, perímetro, ubicación respecto del edificio principal y porcentaje de participación respecto de los derechos de uso común. Adicionalmente a ello se detallan el precio materia de compra venta y fecha de entrega de la unidad.

ii) La hipoteca.- Seguidamente, bajo la premisa que en la primera sección el comprador ha pasado a ser propietario del bien, este celebra una hipoteca sobre el bien de existencia futura con el banco, en el cual, se compromete a instaurar una hipoteca sobre el bien que fuera adquirido en la sección primera de la escritura pública.

Es decir, pese a que el inmueble aún no existe, técnicamente ya pesa un gravamen sobre él, gravamen este que será inscrito (por estar unido al contrato principal) conjuntamente con la compra venta que lo antecede. Tal operación legal, pareciera de simple interpretación, es decir, de las características de una hipoteca común, esta no diferiría mucho, sin embargo, consideramos importante detallar algunos aspectos importantes a tomar en cuenta en esta sección del contrato:

a) El banco no participa en la sección de compra venta ni se compromete a que esta logre el objetivo final, es decir, que se culminen las obras y se entregue efectivamente el bien.

b) Es condición de la hipoteca, la obligación de instaurarla sobre el bien materia de compra venta, caso contrario y en tiempo prudente, el adquirente deberá dar garantía suficiente en reemplazo de la hipoteca

celebrada, es decir, si por alguna razón, no se llega a inscribir la hipoteca celebrada, el adquirente debe reemplazar la garantía ⁽²⁴⁾.

c) El obligado a inscribir la hipoteca, al momento de celebrarla, no gozaba de un aspecto fundamental que será materia de análisis más adelante, como es, el ser el titular registral del inmueble a hipotecar, es decir, el banco actúa a ciegas sin la protección del registro público, pues solo lo protege la buena fe de las partes intervinientes y lo estipulado en el artículo 179 de la Ley N° 26702 – Ley general del sistema financiero, que estipula que toda información brindada ante una institución del sistema financiero tiene carácter de declaración jurada.

d) Finalmente los valores pasibles de ejecución son los mismos, es decir, el monto garantizado y la valorización convencional acordada por las partes (el banco y el comprador final) es similar y siempre obedece al valor del mercado (en proyección) o el valor de compra venta celebrado.

iii) El préstamo.- Otro aspecto importante a analizar es el propio préstamo, recordemos que en puntos anteriores, se especificó que el banco financista realizará depósitos escalonados o en partidas a favor de la constructora, en atención a dos razones, la primera era el avance efectivo de obras y la segunda las compras ventas “*en planos*” que se realicen por su intermedio (su exclusivo financiamiento).

Entonces, bajo esa lógica tenemos por ejemplo que si el comprador “A” adquiere un departamento por intermedio del banco “B” este hará un primer desembolso equivalente al valor de participación en la financiación pactada con el adquirente, el cual normalmente equivale al 80% del valor del bien inmueble.

Dicho desembolso, en la práctica constituye un depósito en la cuenta garantía cuyo titular es la constructora “C”. Ahora bien, como quiera que “C”, mediante la presente venta puede certificar la misma ante el propio banco, por condición de

²⁴ Normalmente, el banco incluye cláusulas de exclusión respecto de los destinos del dinero brindado en mutuo, es decir, no solo se exceptúa de cualquier responsabilidad en el proceso constructivo o relación con la empresa constructora, sino que además señala que el uso de dicho dinero es completamente a cuenta y riesgo del adquirente final, quien deposita su confianza en que el resultado final del proyecto inmobiliario satisfaga tanto sus expectativas como cubra la garantía del banco.

contrato, el propio banco realizará un nuevo desembolso en favor de “C” conforme los pactos previos establecidos en el contrato principal de financiamiento general del proyecto, es decir, que por efecto multiplicador del dinero, entendemos que es el mismo dinero se presta dos veces a dos personas diferentes y que genera dos intereses diferentes sobre los cuales el banco obtiene un ganancia.

6.1.5 Aspectos adicionales.-

A fin de ahondar en la explicación lógico legal con la que se manejan dichos contratos, es preciso hacer las siguientes aclaraciones:

i. El cliente final, pagará un crédito obtenido para la compra de un bien inmueble que en teoría no existe, pues efectivamente su compra tiene como ventaja primordial el menor precio por el departamento obtenido “*en planos*” por tanto, el valor final del departamento será directamente proporcional al avance en construcción, sin embargo, no debemos perder de vista que para su adquisición, logró un préstamo bancario por el cual tiene obligaciones de orden mensual que cubrir, es decir, está pagando por un bien sobre el cual aún no hace uso ni disfrute.

ii. Respecto del dinero brindado por la institución financiera en favor de la constructora como parte de las referidas armadas materia de crédito principal y en atención a la compra venta realizada (compra venta del bien inmueble futuro en planos), dicho dinero también genera un interés en favor del banco, quien además condicionó a la constructora a que realice dicha venta y que certifique cierto avance en obras.

iii.- Finalmente constituye punto neurálgico de análisis - la garantía -, por lo pronto, el banco goza de una garantía global del lote sobre el cual se construye el proyecto, recordemos que además que el monto garantizado cubre el íntegro del proyecto y finalmente, el banco cuenta con una segunda garantía sobre el dinero del préstamo otorgado al comprador final, de quien tiene una promesa de instaurarla o en su defecto garantizar el retorno de la acreencia con cualquier otro bien inmueble que haga sus veces.

Sin embargo, el banco no participa, no comparte el riesgo de operación alguna, ni con el constructor ni mucho menos con el adquiriente de la unidad inmobiliaria. Es decir, pese a que el banco es activo participante en la operación general, tanto en la compra venta de la unidad inmobiliaria final y el préstamo para la construcción de la misma, este no participa en el riesgo del negocio que financia, pese a que el integro de la operación u operaciones crediticias se hacen bajo su análisis y muchas veces con condiciones de exclusividad en cuanto a su participación como financista.

7 El dinamismo del mercado tomado como ejemplo en otras legislaciones y su importancia al ser bienes susceptibles de tráfico jurídico.-

Nuestro sistema de compra venta de bienes futuros con fines inmobiliarios es apreciado y surge como ejemplo en el extranjero, así tenemos por el proyecto de modificación del Código Civil Argentino, que resalta la dinámica del mercado peruano, así Franceschini, señala:

El esquema de hipoteca de bien futuro ideado en Perú, tiene la virtualidad que permite financiar al consumidor final y a la vez motorizar la construcción de viviendas principalmente en los segmentos socioeconómicos medios y medios bajos, en donde el acceso al crédito es vital principalmente para aquellos grupos familiares que buscan acceder a la primera vivienda.

De esta manera el crédito hipotecario comienza a tener vigencia antes de que el inmueble esté terminado y con inscripción registral, situación que no ocurre en Argentina, en donde solo es posible financiar con crédito hipotecario un inmueble ya construido, significando para el emprendedor y/o constructor un esfuerzo financiero considerable, pues a diferencia de lo que ocurre en los segmentos de más alto poder adquisitivo local, el emprendedor normalmente se logra financiar con las preventas efectuadas por los interesados o el aporte de inversores. .
(FRANCESCHINI, 2012)

De donde podemos apreciar la teoría expuesta, pues por un lado es evidente que la posibilidad de financiamiento de dichos bienes, incentiva el crecimiento del mercado como consecuencia del fomento del crédito tanto a los proyectistas como a los consumidores finales que en su mayoría están conformados por segmentos sociales medios y medios bajos. Así mismo, Franceschini señala que la condición restrictiva de financiar únicamente bienes concluidos y registrados, significaría un encarecimiento del

crédito intermedio y un mayor costo en la operación, por tanto el foco del mercado al que va dirigido se mueve a estratos sociales de mayor poder adquisitivo tanto en lo que se refiere a los constructores o proyectivas así como a los consumidores finales, situación que no ocurre en Perú, por ser el mecanismo adoptado mucho más dinámico y dirigido precisamente a segmentos sociales medios y medios bajos. (FRANCESCHINI, 2012)

Con ello apreciamos que el modelo de éxito optado por el propio mercado inmobiliario peruano, en un principio no solo sirvió de ejemplo para propuestas legislativas en otros países, sino que significó el éxito rotundo en la aplicación de un nuevo producto financiero, la aplicación de créditos destinados a financiar bienes inmuebles de existencia futura.

Lamentablemente, dicha corriente se vio mermada por la creciente informalidad del propio mercado y sobre todo del sin número de proyectos inmobiliarios realizados sin la supervisión de organismos especializados y/o dirigidos por personas núbiles en el sector, lo que desencadenó que la banca estime un alto riesgo en el financiamiento de proyectos inmobiliarios, específicamente en la financiación de compra venta de bienes de existencia futura, como bien lo venía haciendo, conforme se aprecia de la siguiente tabla⁽²⁵⁾, de la cual se colige el descenso en la colocaciones de créditos:

| PERÚ: DESEMBOLSOS DE PRODUCTOS MIVIVIENDA, SEGÚN TIPO DE DESTINO Y PRODUCTO, AL 30 DE JUNIO DE 2017 | | | | | | | | |
|---|---------------------------|---------------|---------------|---------------|---------------|--------------|--------------|--------------|
| Destino | Producto | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 |
| <i>Número de créditos desembolsados</i> | | | | | | | | |
| TOTAL | | 11 071 | 11 309 | 13 164 | 10 777 | 9 090 | 8 082 | 3 298 |
| Vivienda en construcción | MIVIVIENDA Tradicional | - | - | - | - | - | - | - |
| | Cred. Complementario TP | 2 180 | 1 153 | 1 094 | 551 | 290 | 92 | 47 |
| | Cobertura de Riesgo - PBP | - | - | - | - | - | - | - |
| | MIVIVIENDA Estandarizado | - | - | - | - | - | - | - |
| | MiHOGAR | - | - | - | - | - | - | - |
| | Nuevo Crédito MIVIVIENDA | 8 614 | 9 581 | 10 758 | 8 636 | 7 330 | 6 930 | 2 707 |
| | MiConstrucción | - | 188 | 459 | 177 | 123 | 28 | 12 |
| | MICASA MÁS | - | - | - | 11 | 19 | 17 | 3 |

Precisamente, los bienes de existencia futura, específicamente estos inmuebles en construcción, son susceptibles de tráfico jurídico, ello entonces deja abierta la

²⁵ Fuente: Fondo Mivivienda S.A. Elaboración: Fondo Mivivienda S.A. - Oficina de Planeamiento, Prospectiva y Desarrollo Organizativo.

posibilidad de que el bien pueda ser transferido innumerables veces antes de que el registro determine quién es propietario del mismo, pero en la lógica que para su adquisición o inclusive para su propia construcción, tenemos al banco con derechos de crédito y garantía pendientes de protección, no es raro que la informalidad en nuestro país, también haya encontrado formas de defraudar a este último por medio de esquematizas y bien elaboradas figuras fraudulentas.

Ello indiscutiblemente se vio reflejado en dos puntos primordiales, solo las empresas más sólidas podían optar por financiar proyectos multifamiliares importantes y segundo, al ser estos proyectos imposibles de vender con financiamiento del banco (previos a su existencia legal) incrementaron los precios de la vivienda, pues la “oferta” que significaba comprar “*en planos*” había desaparecido. ¿Pero a qué se debe la creciente desconfianza? La respuesta a dicha pregunta, la encontramos en la exposición siguiente de los hechos acontecidos, que determinaron en buena cuenta la variación del mercado inmobiliario del bien futuro y un cambio sustancial en la forma de oferta de dichos bienes y de la forma contractual asumida por las instituciones financieras vinculadas a la oferta de productos financieros destinados a tales fines. Así tenemos el siguiente cuadro, que grafica la pérdida de confianza de las instituciones financieras más sólidas del mercado ⁽²⁶⁾:

| PERÚ: DESEMBOLSOS DE PRODUCTOS MIVIVIENDA, SEGÚN TIPO Y ENTIDAD FINANCIERA, AL 30 DE JUNIO DE 2017 | | | | | | | | |
|--|-----------------|---------------|---------------|---------------|---------------|--------------|--------------|--------------|
| Tipo de IFI | IFI | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 |
| <i>Número de créditos desembolsados</i> | | | | | | | | |
| TOTAL | | 11 071 | 11 309 | 13 164 | 10 777 | 9 090 | 8 082 | 3 298 |
| Banco | Banco Falabella | - | - | - | - | - | - | - |
| | BIF | 153 | 446 | 989 | 1 258 | 1 172 | 640 | 230 |
| | Comercio | 60 | 15 | 15 | 59 | 31 | 25 | 28 |
| | Continental | 1 478 | 1 320 | 1 055 | 941 | 393 | 414 | 125 |
| | Crédito | 2 940 | 3 344 | 4 043 | 2 469 | 1 452 | 1 651 | 1 083 |
| | Financiero | 613 | 653 | 527 | 831 | 1 039 | 1 121 | 396 |
| | Interbank | 3 091 | 3 008 | 2 386 | 889 | 726 | 940 | 366 |
| | Mi Banco | - | 4 | 6 | 14 | - | - | - |
| | Scotiabank | 973 | 499 | 723 | 1 213 | 772 | 652 | 141 |
| | Sudamericano | - | - | - | - | - | - | - |
| | Trabajo | - | - | - | - | - | - | - |
| Wiese Sudameris | - | - | - | - | - | - | - | |
| Banco GNB Perú | - | - | - | 60 | 55 | 4 | - | |

²⁶ Fuente: Fondo Mivivienda S.A.

Elaboración: Fondo Mivivienda S.A. - Oficina de Planeamiento, Prospectiva y Desarrollo Organizativo.

Resulta entonces de vital importancia la protección normativa de este tan importante agente, quien al ver protegido el crédito, incrementará la oferta de los productos financieros reduciendo los requisitos para la obtención de un eventual financiamiento, por tanto, incrementara la posibilidad de demandantes en dicho mercado, incentivando así la compra venta de bienes inmuebles de existencia futura.

8 La situación propuesta como ejemplo -

La ciudad del Cusco, no fue ajena al impacto en el mercado por el boom inmobiliario producido en nuestro país, la diferencia sustancial sin embargo, radicaba básicamente en el valor de tierra y su directa relación con los escasos de áreas de desarrollo urbano. Por ende, ante tal falencia de desarrollo urbanístico en la periferia de la propia ciudad, la opción más viable consistía en un crecimiento vertical de la infraestructura inmobiliaria, de cuya lógica, las empresas del rubro empezaron a desarrollar y enfocar su público objetivo en compradores que deseen adquirir departamentos en proyectos multifamiliares.

8.1 El caso.-

Al inicio del boom inmobiliario, surgió una empresa constructora nueva, que ofertaba amplios y modernos departamentos a la colectividad, a precios relativamente accesibles y con el financiamiento directo y respaldo de una conocida y sólida institución financiera.

Una de las principales razones del éxito de dicha empresa (y que a partir de ese proyecto y como era una práctica regular hasta hace no mucho tiempo) fue que la mayor oferta inmobiliaria de bienes futuros, se encontraban dentro de los propios bancos, los cuales habían acondicionado espacios aparentes para promocionar proyectos por medio de maquetas generando a su vez, la sensación del respaldo respecto de los mismos.

La empresa, logro obtener crédito hipotecario para el financiamiento de un proyecto de vivienda multifamiliar ⁽²⁷⁾ (uno de los primeros productos financieros diseñados para tal

²⁷ Si bien es cierto, en el mercado financiero, existían productos destinados a la construcción, remodelación, compra venta de bienes inmuebles, etc.; los primeros contratos denominados "promotores", fueron implementados durante el boom inmobiliario, los mismos que básicamente consistían en la posibilidad de financiamiento de proyectos de vivienda multifamiliares, por medio de una institución financiera, quienes realizaban desembolsos escalonados de dinero en favor de una constructora, bajo la garantía hipotecaria del propio predio matriz y la financiación exclusiva de las ventas al crédito de las unidades inmobiliarias resultantes. Así mismo, condición de dichos contratos permitía al banco financista retener en calidad de garantía un porcentaje de las ventas realizadas por la constructora.

fin) fruto del cual, gravando el inmueble matriz como garantía, erigió sobre este, un proyecto inmobiliario que tuvo un éxito rotundo en la población. Apenas concluyó el mencionado proyecto, paralelamente a que se realizaban las gestiones administrativas necesarias para inscribir las independizaciones de las unidades inmobiliarias, la misma empresa constructora tramitaba (ante la misma institución financiera) un nuevo y más ambicioso edificio multifamiliar.

El banco, entendiendo que tenía cubierta la garantía real del primer proyecto y manteniendo vigente la misma, formalizó una nueva garantía real respecto del lote matriz donde se construiría el segundo proyecto habitacional.

Esta vez el segundo proyecto logró mayor aceptación que el proyecto primigenio, por la conveniencia de los precios bajos y el significativo ahorro que representaba para los potenciales clientes, la posibilidad de adquirir bienes inmuebles “*en planos*”, los mismos que tenían un descuento significativo respecto de los valores comerciales de la época respecto de bienes concluidos, lo que en buena cuenta significaba no solo una buena compra sino también una interesante idea de inversión. Así fue que, apenas inició la oferta de dichas unidades, inmediatamente estas fueron vendidas bajo la promesa de entrega futura que oscilaba entre ocho a diez meses posteriores a la fecha de firma del contrato de compra venta de bien futuro.

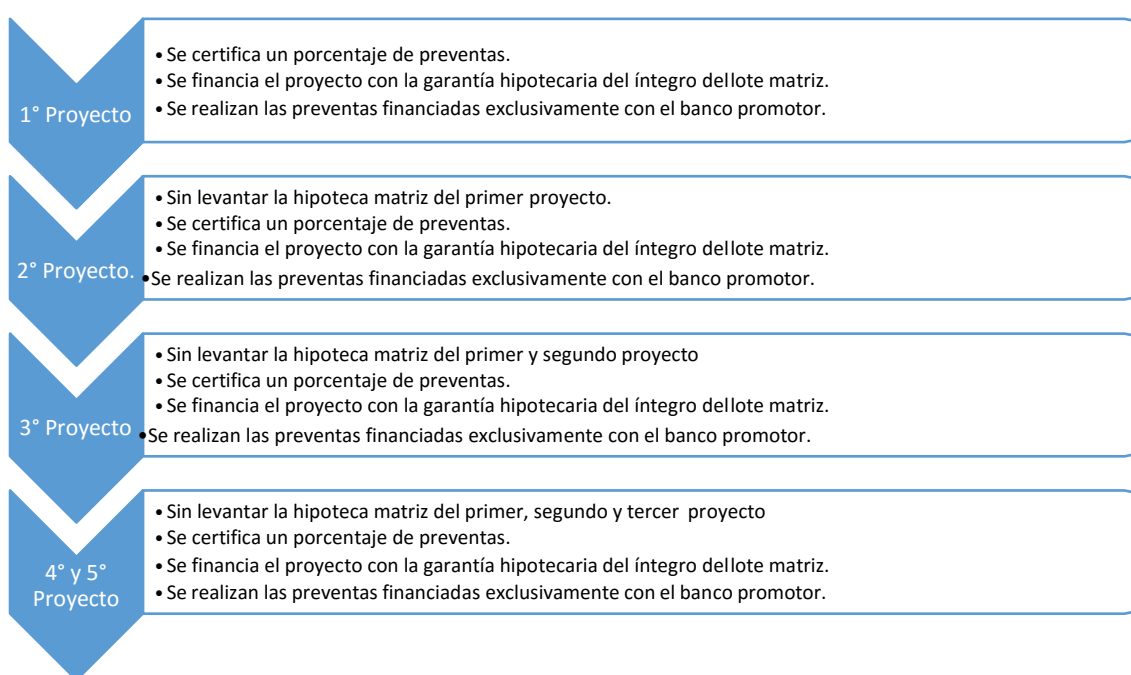
Seguidamente sin liberar las hipotecas previas, pues estas servían de garantía de los proyectos cada vez más ambiciosos, empezaron un tercero, cuarto y hasta un quinto proyecto en diferentes y aparentes zonas de la ciudad, siempre con la misma lógica. ⁽²⁸⁾

La diferencia fundamental que garantizaba el éxito de venta, era que el íntegro de las operaciones desde la oferta hasta el financiamiento de los compradores finalistas, se gestionaban dentro de las oficinas de la institución bancaria que “*prestaba*” su nombre como símbolo de solidez y garantía en las operaciones. Así, el comprador final encontraba todo lo necesario para gestionar ante el banco y dentro del banco, todos los

²⁸ El banco sentía ampliamente cubierto sus derechos de crédito (acreencias) con las cuantiosas garantías ofertadas por la constructora, paralelo a ello, la aceptación de créditos menores para las adquisiciones finales, significan por el volumen de los mismos, números positivos en las metas de colocación de créditos.

requisitos exigidos e inclusive se podía hacer beneficiario de programas estatales que premiaban su responsabilidad en el cumplimiento de las cuotas pactadas. (29)

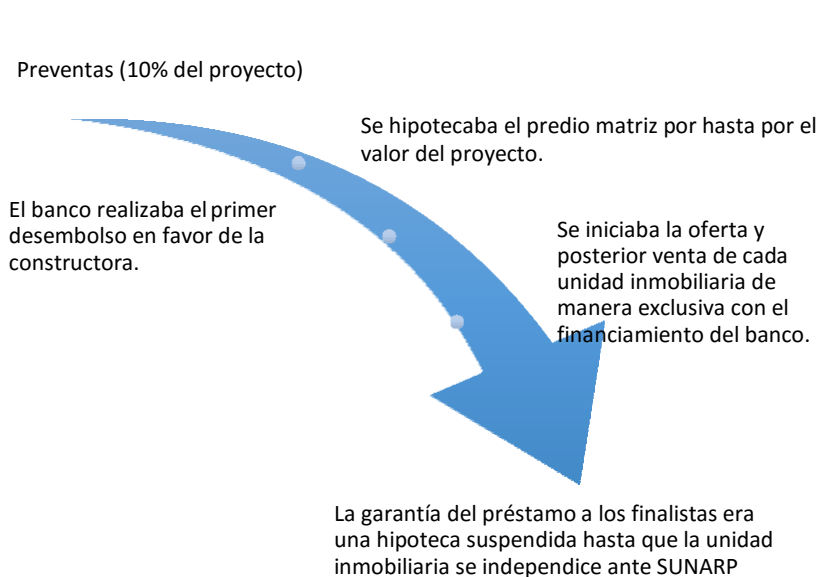
Finalmente, con los tres primeros proyectos completamente concluidos, un promedio de 400 departamentos vendidos con la exclusiva financiación del banco promotor, comenzaron con el pre venta de dos proyectos inmobiliarios mucho más ambiciosos, casi 400 departamentos ofertados por la misma constructora, bajo la misma lógica de venta y con la solidez que brindaba la institución financiera.



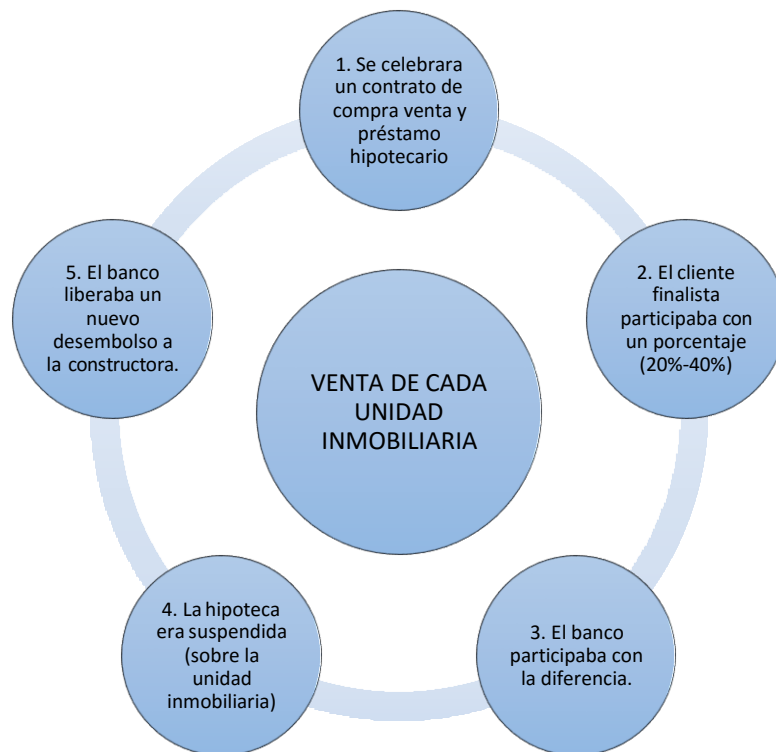
A tal efecto, conforme se procuró explicar precedentemente, paso primigenio para obtener el financiamiento del banco, la constructora tenía la necesidad de demostrar la aceptación de los proyectos, por tanto urgió demostrar ante el banco, un porcentaje de preventas realizadas respecto del proyecto financiar, luego de ello formalizar de la garantía hipotecaria sobre el predio matriz.

²⁹ Dentro de las oficinas del banco, independientemente de la gestión crediticia que uno podía realizar, el cliente encontraba aparentes stands donde tomaba de primera mano (vendedoras especializadas de las constructoras) información inmediata de los bienes ofertados, seguidamente se hacía el análisis de la capacidad de crédito y simulación de cuotas proyectadas, así mismo, como política del banco, este ofrecía el servicio de “valorización del predio a adquirir” por medio de tasadores exclusivos del propio banco. Finalmente, asesores legales externos de la propia institución financiera gestionaban toda la documentación necesaria, suscripción a programas gubernamentales como el fondo MIVIVIEDA, formulaban las minutas y coordinaban con las notarías la gestión de toma de firmas para la suscripción del contrato de compra venta y garantía hipotecaria.

Así, se comprobó un porcentaje del 10% aproximado del total de unidades inmobiliarias vendidas en pre venta y se celebró la hipoteca sobre el predio matriz, logrando obtener una parte importante del financiamiento en un primer desembolso a efectos de iniciar obras, seguidamente se ofertaron los proyectos con financiamiento hacia los compradores finalistas quienes con la garantía y solidez que brindaba la empresa, no dudaron en adquirir los bienes inmuebles de manera inmediata, lo que a su vez generaba dos situaciones importantes:



- i. Por un lado se gestionaba una compra venta de bien futuro con garantía hipotecaria, la misma que supuestamente sería inscrita una vez concluido el proyecto, fruto del cual, el comprador finalista “*recibía*” un préstamo bancario. Para tal efecto, el comprador finalista, entregaba certificadamente un dinero equivalente a un porcentaje total de venta que oscilaba entre el 20 al 40 por ciento del total y la diferencia era depositada directamente por medio del banco y a orden del comprador, en las cuentas de la empresa constructora como fruto de su venta y del préstamo.
- ii. Seguidamente, como se había gestionado una venta por intermedio del propio banco, este tenía la obligación de liberar un nuevo fondo del préstamo principal en favor de la constructora a fin de que se continúen con las obras.



Dichas operaciones se realizaron exactamente iguales por un periodo de tiempo aproximado de cuatro meses (hasta enero 2014). Finalmente ante la denuncia de incumplimiento de uno de los clientes, es que el banco suspende toda operación comercial con la constructora y cualquier venta respecto de bienes futuros.⁽³⁰⁾ Paralelamente a ello, se tuvo conocimiento que sobre la base de la amplia línea de crédito otorgada certificadamente por el banco y la cantidad de garantías reales con las que contaba la constructora ⁽³¹⁾, otras instituciones financieras habían realizado cuantiosos préstamos en favor de dicha empresa (muchos de contaban inclusive con garantías reales inscritas ante el Registro Público) con el mismo resultado, la defraudación de su acreencia.

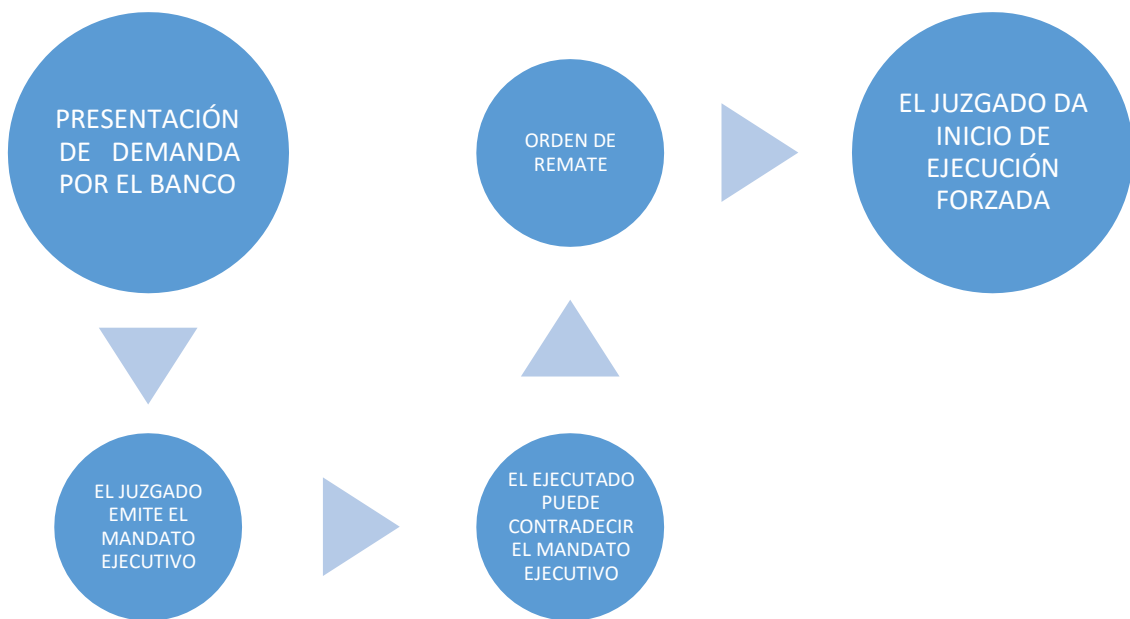
³⁰Haciendo las averiguaciones preliminares, se logró determinar que efectivamente la constructora había literalmente desaparecido y no existía vestigio de los altos montos entregados a su favor, del mismo modo, se pudo corroborar que no existía avance de obra alguno y que el predio matriz sobre el cual se pensaba construir el proyecto multifamiliar había sido abandonado.

³¹ Es preciso desarrollar la idea que una vez culminado los proyectos primigenios e independizadas cada una de las unidades inmobiliarias, respecto del predio matriz, la propia constructora figuraba como primer propietario del integro de dichos bienes, pues es ella la encargada de realizar el saneamiento físico legal de cada proyecto, tanto más que es el único legitimado a hacerlo. Dicho de otra forma, la información brindada por registros, primigeniamente podría certificar que la constructora era propietaria de un bien inmueble (el predio matriz) pero luego de concluido el saneamiento, el mismo registro público certificaba que la constructora ostentaba propiedad en un sin número de bienes inmuebles independientes, lo que daba la sensación de solidez.

8.2 La acreencia en peligro.-

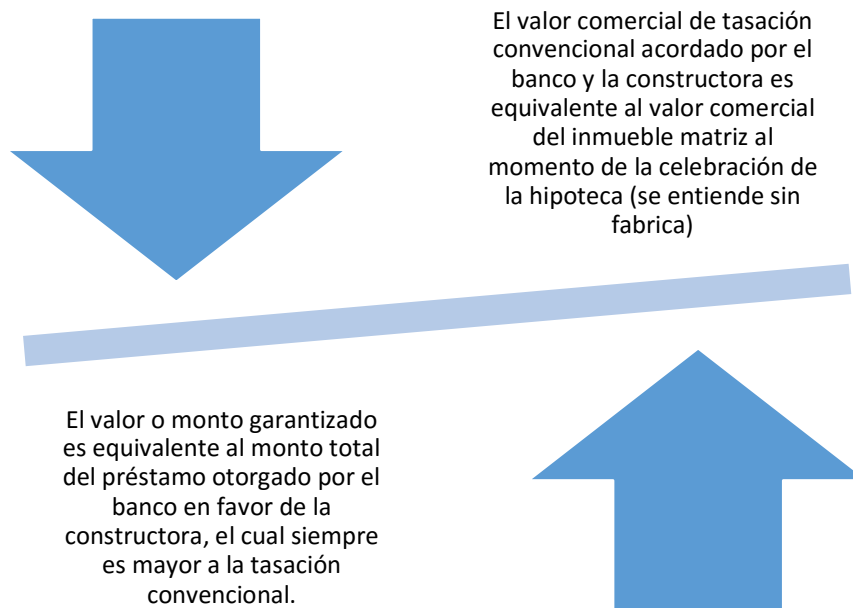
8.2.1 Un proceso de ejecución imposible de “ejecutar”.-

En una situación regular, de manera muy general es preciso inducir al lector a una somera explicación de cómo normalmente los bancos ejecutan una acreencia resguardada con una garantía real. Para ello nos debemos remitir al contenido normativo del Título V capítulo IV del Código Procesal Civil, donde encontramos la ejecución de una garantía real. Así tenemos el siguiente esquema procesal:



Entonces el banco, al ver peligrar su derecho de crédito, inicio las acciones ejecutivas sobre las garantías reales que avalaban el préstamo otorgado para financiar el proyecto de construcción.

Como se había puesto de manifiesto, el valor de la garantía ante una posible ejecución del proyecto, es decir, la valorización convencional realizada al bien inmueble matriz siempre era acorde al valor comercial del predio como un lote sin construcción y a la fecha de valorización del mismo, por ende, era menor al valor garantizado que siempre era superior y coherente con el valores expectaticios que obtendría el proyecto una vez culminado, nos referimos al proyecto final y el valor del préstamo total otorgado por el banco.



Al iniciar las acciones legales ejecutivas, el primer escoyo que encontró el banco fueron las compras ventas realizadas por su intermedio respecto de los primeros proyectos sobre los cuales existía la ilógica condición la siguiente:

- Los inmuebles matrices tenían hipotecas en favor del propio banco que garantizaban cualquier deuda presente o futura con la institución financiera, las mismas que fueron trasladadas a las partidas registrales individualizadas de cada una de las unidades inmobiliarias independizadas en el integro de proyectos afianzados por el banco.
- Un alto porcentaje de los inmuebles independizados contaba además con hipotecas inscritas en dichas partidas individualizadas, las mismas que aseguraban la acreencia mediante la cual se había adquirido el propio departamento o unidad inmobiliaria, es decir nos referimos a la propia hipoteca celebrada por el adquiriente final en garantía de su deuda y en favor del propio banco.
- Existía un porcentaje de unidades inmobiliarias que habían sido adquiridas en las preventas exigidas por el banco, en contratos directos con la constructora, los mismos que, sin bien es cierto no tenían participación legal alguna con el banco,

contaban con el gravamen matriz en favor del banco, que en buena cuenta era nulo, toda vez que la hipoteca al predio matriz principal había sido hecha con posterioridad a sus compras, por tanto no gozaban de la protección del registro, ello en atención a que el propio contrato de hipoteca principal señalaba la necesidad y existencia de pre ventas certificadas realizadas por la constructora.

- Finalmente la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria, había gravado gran parte de los bienes inmuebles, en los que figuraba la constructora como propietaria, pues la empresa constructora, había acumulado deuda tributaria considerable, tanto más que todas las operaciones tenían naturaleza bancarizada y la renta percibida por dicha empresa había sido declarada por terceros, a razón del novedoso sistema notario –SUNAT, así como por los proveedores de los materiales de construcción e inclusive el propio banco (a razón del impuesto a las transacciones financieras declarado)

Seguidamente, era preciso procurar y asegurar la ejecución de los últimos proyectos sobre los cuales, existía la posibilidad de que algunos de los departamentos permanezcan en propiedad de la empresa, como efectivamente se pudo corroborar, es decir, existían unidades inmobiliarias que aun figuraban bajo la titularidad de la empresa e inmediatamente se iniciaron acciones ejecutivas sobre dichos bienes, sin embargo se encontraron con los siguientes problemas:

- Apenas estas acciones legales se iniciaron, empezaron a surgir sendos procesos de tercería de propiedad sobre los procesos ejecutivos, pues conforme se tiene de la propia normal civil, para la compra venta de bienes inmuebles, inclusive de existencia futura, no es obligatoria la inscripción de dichas acciones ante un registro público, pues la inscripción registral es eminentemente declarativa mas no constitutiva, por tanto fundamento lógico de los terceristas era que ellos habían adquirido los inmuebles cuya ejecución se pretende antes siquiera de la propia inscripción de la garantía real que el banco pretende ejecutar. ⁽³²⁾.

³² Es preciso aclarar lo siguiente, en el presente punto, el banco tentaba ejecutar únicamente las garantías trasladadas a los inmuebles independizados, más le resultaba imposible ejecutar la hipoteca que gravaba el predio matriz, toda vez que de hacerlo, implícitamente liberaría de garantías cargas y gravámenes al integro de inmuebles independizados de esta, los cuales mantenían deudas con el propio banco.

- Estos propietarios desconocidos hasta entonces, ejercían acciones que por la vía civil y en procesos separados, pretendían nulificar la hipoteca del predio matriz que gravaba sus inmueble independizados, ello en atención a que, condición de préstamo principal a la constructora, era que esta certifique un porcentaje de ventas previas, por tanto, el banco conocía de la inexactitud del registro y por ende no podía pretender que este ampare sus derechos reales primigeniamente inscritos.

Finalmente, respecto de la ejecución del proyecto denunciado como estafa, el banco contaba también con una hipoteca preferente, sin embargo, sobre el bien ya se habían inscrito sendos procesos judiciales, embargos de inscripción gestionados por los propios compradores finalistas y hasta medidas preventivas por jueces penales respecto de los ilícitos que pudieran surgir, (pues el número de personas defraudadas era importante así como los montos), derechos reales de diferentes naturaleza como anticresis e hipotecas.

- Mucho mayor fue la sorpresa del banco al encontrar que sobre los predios matrices, habían hipotecas inscritas posteriores a la suya y que si gozaban de la protección del registro, pues el pretender ejecutar las hipotecas de los inmuebles independizados, resultaba un imposible a razón del principio de primacía en el tiempo primacía en el derecho, pues el titular registral de las hipotecas del segundo rango, ante el mínimo movimiento legal, ejecutaría su garantía, liberando así el integro de los bienes cuya independización se pretendía⁽³³⁾.
- Aparecieron nuevos dueños de los bienes independizados con documentos de fecha cierta anteriores a los celebrados con el propio banco y que tenían medidas cautelares inscritas sobre sus derechos expectaticios que pretendían ser ejecutados en sede judicial. Evidentemente el banco tenía la primacía en el cobro,

³³ Al respecto es preciso aclarar lo siguiente: existen bienes independizados legalmente, es decir, obran partidas registrales que determinan derechos de propiedad sobre los mismos, pero existían a la fecha y como era practica regular proyectos inmobiliarios que se encontraban en proceso de construcción o en proceso de saneamiento final, dichos procedimientos eran de cuenta y cargo única y exclusivamente de la constructora, por tanto, era su evidente interés que estos no logren puerto seguro, pues en cuanto más se demoraban estos, mas peligraba la posición del banco, respecto de sus dos acreencias, la acreencia principal con la constructora y el sin número de créditos individualizados y que no podían ser inscritos ante el registro respectivo en búsqueda de una garantía real, pues al no existir partida registral asignada y a decir de la propia norma, el bien inmueble comprado por el adquirente final no existía legalmente y el banco por ende no podía celebrar hipotecas sobre este.

pero ¿qué tan aceptable o legítimo era su título? si tomamos en consideración, que el propio proyecto era ofrecido en sus instalaciones e implícitamente ha quedado demostrado que el banco conocía de las pre ventas.

- A ello se debían sumar los créditos finalistas del proyecto final, pues estos eran imposibles de ejecución en la misma medida que lo era el crédito del proyecto principal, puesto que el dinero entregado a los compradores finales de las unidades inmobiliarias, jamás encontraría protección en el registro a raíz de la imposibilidad de inscripción de hipotecas sobre bienes en atención a la prohibición de la norma.

8.2.2 De las acciones tomadas por el banco.-

Ante la imposibilidad de ejecutar sus acreencias, el banco tomo las siguientes determinaciones:

1. Todos los clientes que habían participado en la compra venta de sus unidades inmobiliarias con participación y financiamiento del banco (independientemente del proyecto), debían ser respetados en cuanto a sus derechos de propiedad, siempre y cuando las hipotecas que aseguraban dichos créditos, logren ser inscritas en un tiempo prudencial.
2. Todas las hipotecas sobre los inmuebles matrices a favor del banco, debían ser levantadas parcialmente, únicamente respecto los inmuebles independizados que hayan sido adquiridos por intermedio de un crédito financiado por el propio banco.
3. Respecto de los clientes que fueron estafados con el proyecto que no fue construido, debían ser liberados de sus acreencias, sin embargo, el monto inicial (porcentaje de participación en la venta) no sería reconocido por la institución financiera, toda vez que fue entregado de manera directa y bajo responsabilidad del propio adquirente finalista.(34)

³⁴ Nótese que con tal determinación, el banco había técnicamente perdido la diferencia del financiamiento entregado a la constructora como fruto de las ventas realizadas por su intermedio, sin posibilidad de recuperación o tan siquiera imputarlas a la deuda de la constructora ante una poco probable ejecución, pues la titularidad de la deuda correspondía a personas diferentes. Esta acción fue tomada adicionalmente por las sendas denuncias que recibió el propio banco (tanto en la Superintendencia de Banca y Seguros, INDECOPI e inclusive en instancias del Ministerio Público) , pues muchos de los afectados señalaban que el integro de operaciones, partiendo desde la oferta o contacto con el proyecto, pago de iniciales y finalmente suscripción de escrituras

4. Suspender las acciones ejecutivas sobre los predios matrices sobre los cuales se habían erigido los primeros proyectos.
5. Suspender a nivel nacional la posibilidad de oferta de bienes futuros (maquetas, vendedoras y constructoras) dentro de las instalaciones del banco.
6. Fiscalizar todos los créditos otorgados a las empresas con el objeto de desarrollar proyectos inmobiliarios e incrementar los requisitos y la rigurosidad de evaluación crediticia a todas estas empresas.
7. Finalmente, suprimir todo financiamiento que tengan como destino bienes de existencia futura, eliminando con ello productos financieros importantes en su cartera de colocación de créditos.

8.3 Impacto en el mercado inmobiliario de bienes futuros.-

Ante las condiciones descritas en el mercado inmobiliario de bienes futuros, la oferta de créditos disminuyó considerablemente, el integro de proyectos en un primer momento se vieron paralizados pero luego de ello, solo se continuó financiando aquellos que a la fecha de los hechos tenían compromisos vigentes con el banco. Ello se aprecia en el siguiente cuadro, donde existe una disminución considerable del 16% del total de montos desembolsados a nivel nacional, respecto del producto bandera de los inmuebles de existencia futura, como lo son el Nuevo Crédito Mivivienda, donde al 2014 se tenían colocados S/. 1'139,271.- y al 2015 únicamente S/.947,987.- (en miles de soles) ⁽³⁵⁾

| PERÚ: DESEMBOLSOS DE PRODUCTOS MIVIVIENDA POR PRODUCTO Y TIPO DE MONEDA, AL 30 DE JUNIO DE 2017 | | | | |
|---|------------------------|--------------|--------------------------|---------------|
| Año | MIVIVIENDA Tradicional | | Nuevo Crédito MIVIVIENDA | |
| | Dólares | Soles | Dólares | Soles |
| <i>Número de créditos desembolsados</i> | | | | |
| TOTAL | 31 429 | 1 865 | - | 67 124 |

públicas de compra venta, habían sido realizadas dentro de las instalaciones del banco y bajo la supervisión de personal del mismo.

³⁵ Fuente: Fondo Mivivienda S.A.

Elaboración: Fondo Mivivienda S.A. - Oficina de Planeamiento, Prospectiva y Desarrollo Organizativo.

| | | | | |
|-----------------------|------------------|----------------|----------|------------------|
| 2012 | - | - | - | 9 945 |
| 2013 | - | - | - | 11 301 |
| 2014 | - | - | - | 9 454 |
| 2015 | - | - | - | 8 227 |
| 2016 | - | - | - | 7 872 |
| 2017 | - | - | - | 3 224 |
| <i>Miles de Soles</i> | | | | |
| TOTAL | 2 216 921 | 123 006 | - | 7 427 251 |
| 2013 | - | - | - | 1 353 633 |
| 2014 | - | - | - | 1 139 271 |
| 2015 | - | - | - | 947 987 |
| 2016 | - | - | - | 863 661 |
| 2017 | - | - | - | 411 219 |

Ello en atención a que la reacción primigenia del propio mercado financiero fue privar la posibilidad de sustentar créditos que tengan como destino la adquisición de bienes futuros, lo que traslado la demanda obligatoriamente a los bienes legalmente inscritos, es decir proyectos concluidos generando así mayores valores en las transacciones.

Ahora bien, posterior a ello, el propio mercado se abrió campo y traslado el riesgo ya no a instituciones financieras de envergadura nacional, sino empezó a tener auge en la cajas de ahorro y crédito y financieras de menor tamaño. Por tanto, la relevancia del tema de análisis cobra aún más vigencia, a fin de evitar situaciones similares, frente a instituciones financieras que no gozan de la asesoría y logística necesaria para prevenir tales contingencias, pues apreciamos en el siguiente cuadro, como la demanda de dichos productos disminuye considerablemente en los bancos, pero esta encuentra refugio en las cajas municipales y financieras, conforme se desprende del siguiente grafico ⁽³⁶⁾.

| PERÚ: DESEMBOLSOS DE PRODUCTOS MIVIVIENDA, SEGÚN TIPO Y ENTIDAD FINANCIERA, AL 30 DE JUNIO DE 2017 | | | | | | | | |
|--|-----------------|---------------|---------------|---------------|---------------|--------------|--------------|--------------|
| Tipo de IFI | IFI | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 |
| <i>Número de créditos desembolsados</i> | | | | | | | | |
| TOTAL | | 11 071 | 11 309 | 13 164 | 10 777 | 9 090 | 8 082 | 3 298 |
| Banco | Banco Falabella | - | - | - | - | - | - | - |
| | BIF | 153 | 446 | 989 | 1 258 | 1 172 | 640 | 230 |

³⁶ Fuente: Fondo Mivivienda S.A.

Elaboración: Fondo Mivivienda S.A. - Oficina de Planeamiento, Prospectiva y Desarrollo Organizativo.

| | | | | | | | | |
|------------|--------------------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| | Comercio | 60 | 15 | 15 | 59 | 31 | 25 | 28 |
| | Continental | 1 478 | 1 320 | 1 055 | 941 | 393 | 414 | 125 |
| | Crédito | 2 940 | 3 344 | 4 043 | 2 469 | 1 452 | 1 651 | 1 083 |
| | Financiero | 613 | 653 | 527 | 831 | 1 039 | 1 121 | 396 |
| | Interbank | 3 091 | 3 008 | 2 386 | 889 | 726 | 940 | 366 |
| | Mi Banco | - | 4 | 6 | 14 | - | - | - |
| | Scotiabank | 973 | 499 | 723 | 1 213 | 772 | 652 | 141 |
| CMAC | Caja Metropolitana | 97 | 60 | 6 | 80 | 12 | - | - |
| | CMAC Huancayo | 112 | 112 | 143 | 158 | 286 | 426 | 128 |
| | CMAC Ica | 109 | 181 | 176 | 173 | 216 | 158 | 41 |
| | CMAC Maynas | - | 1 | 8 | 9 | 2 | 3 | - |
| | CMAC Sullana | 19 | 50 | 456 | 772 | 1 195 | 622 | 139 |
| | CMAC Trujillo | 2 | 24 | 12 | 7 | 1 | - | - |
| Edpyme | Edpyme MiCasita | 131 | 133 | 218 | 553 | 534 | 598 | 319 |
| Financiera | Financiera TFC | 719 | 34 | 4 | 117 | 388 | 776 | 254 |
| Otros | Hipotecaria SURA | 33 | 115 | 123 | 35 | - | - | - |

Es preciso consideremos que la pérdida sufrida por el banco, no fue un hecho aislado, al contrario fue significativo en proporción al daño sufrido y la cantidad de partícipes en la operación, llegando al punto de ser un tema de contingencia social la sola posibilidad de ejecución de hipoteca. Efectivamente, debemos tener en cuenta que los servicios financieros brindados por el banco, tenían como objeto el financiamiento de las compras de las unidades inmobiliarias resultantes de los innumerables proyectos que a la fecha de acontecimientos de hechos, se venían desarrollando, sin embargo la sola imposibilidad de recupero de dicha acreencia evidentemente genero una desconfianza del propio financista.

Se entiende que la lógica de la garantía real inscrita – la hipoteca – constituye o tienen por objeto avalar el cumplimiento de la acreencia, así el artículo 1097 del Código Civil ⁽³⁷⁾, no solo determina tal situación, sino que señala derechos de persecución y preferencia sobre el bien materia de gravamen.

Ahora bien, que derecho de persecución o preferencia tiene el banco financista sobre bienes que en la práctica no existen, pues ninguno evidentemente, pero la lógica del mercado y los montos invertidos en esta clase de negocios, de una manera u otra determinan la alta probabilidad de existencia de los mismos. Precisamente en base a

³⁷ **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.

esa confianza, era que las instituciones financieras apostaban por productos cada vez más solicitados.

Por ello, es importante desarrollar cuales son los principales problemas que genera la imposibilidad de inscripción de las hipotecas de bienes futuros y las soluciones prácticas que generaría la habilitación registral de inscripción respecto de los derechos de crédito que se pretenden garantizar.

PROBLEMA DE INVESTIGACION.

9 Principales problemas que genera la imposibilidad de inscripción.-

Los hechos acontecidos y ampliamente desarrollados en el presente artículo, brindan la posibilidad de desarrollo de cada una de las situaciones acaecidas en la práctica y que demuestran, como es que a raíz del denominado **limbo legal** de las hipotecas de bienes futuros, las instituciones financieras se hayan desprotegidas ante la imposibilidad de inscripción preventiva de las hipotecas de bienes futuros ante el registro público pertinente.

El principal problema de la imposibilidad de inscripción preventiva, radica en la diferencia temporal del nacimiento del derecho real de garantía (que nace al momento de celebrar el contrato de compra venta e hipoteca) con la posibilidad de publicitar dicho derecho e inscribirlo ante los registros públicos, que en buena cuenta significan la desprotección fáctica y legal del banco.

Dicha posibilidad de inscripción preventiva de los títulos que contienen las garantías reales de naturaleza ejecutiva, determinarían la solución a un afianzamiento mayor por parte de los bancos, respecto de los productos financieros destinados a la adquisición de bienes futuros. Por tanto es preciso modificar la norma civil restrictiva que impide celebrar hipotecas sobre bienes futuros, pues de ser ello posible, el registro público brindaría protección adicional ante situaciones similares a futuro, y sobre la base del principio de publicidad, el banco tendría el derecho preferente de cobro.

9.1 La posición del banco.-

“*El banco*” es una institución financiera que celebra un contrato de préstamo dinerario con garantía hipotecaria de bien futuro con “*el comprador*”, con el objeto de que este último compre de “*la constructora*” un departamento “*en planos*”. Dicho departamento “*en planos*” es parte del proyecto de la constructora el cual, es financiado íntegramente por el propio banco conforme se tiene de la práctica habitual en dichos proyectos.

Encontramos entonces tres participes en la operación de compra de bienes futuros, cuyos roles se encuentra perfectamente determinados, pero que en la práctica, presentan posiciones contrapuestas ante cualquier eventualidad acaecida en el espacio temporal comprendido desde el momento de la celebración del título descrito en el

párrafo anterior y su efectivización ante el registro público respectivo, al ser condición de la hipoteca que esta se halle inscrita, para que pueda ser oponible ante terceros.

Entonces, colegimos que existen dos posiciones diferentes asumidas por el banco que podrían representar un riesgo en su operación de crédito y un eventual recupero de su acreencia. Una primera posición aparentemente beneficiosa se presentaría ante cualquier problema que presente la constructora, sobre su capacidad de culminar con la construcción, vender los departamentos, entregar los departamentos, problemas tributarios o finalmente cumplir con los pactos celebrados con el banco, pues este último mantiene siempre una garantía real sobre el predio matriz que le otorgan derechos de pago preferente, pero únicamente respecto de la acreencia principal (el financiamiento del proyecto inmobiliario).

Empero, no debemos perder de vista la segunda posición de riesgo asumida por el banco, ante el financiamiento de las unidades individuales que son financiadas por el mismo (contrato de financiamiento para la compra del bien futuro celebrado con el comprador final), donde si aparecieran garantías reales anteriores a la hipoteca de bien futuro inscritas en la partida registral que individualiza a cada una de las unidades inmobiliarias, el banco se verá perjudicado y necesariamente tendrá de discutir sus derechos ante instancias judiciales (con altas probabilidades de pérdida), generando demoras en la posibilidad de recuperación de su inversión.

Esta doble condición ante un mismo hecho o inclusive hechos diferenciados (terceros, nuevos dueños u otros acreedores), tiene como consecuencia un defecto de la norma civil, específicamente el artículo 1106 del código sustantivo, que impide resguardar los derechos de los acreedores, prohibiendo la celebración de contratos de hipoteca sobre bienes de existencia futura.

Entonces encontramos una serie de problemas que ponen en riesgo el retorno del financiamiento bancario, siendo así:

9.2 La inscripción preventiva como solución ante cualquier esquema de fraude posible.-

La inscripción preventiva de una hipoteca sobre los bienes futuros – repercutirá en la inmediata confianza percibida por las instituciones financieras, quienes verán protegido sus derechos de crédito frente a ocasionales prestatarios que podrían defraudar su crédito por intermedio de herramientas legales y verse inmiscuidos en sendos procesos

judiciales que depreciarían aún más la inversión perdida. El Código Civil es tajante al señalar que no se pueden constituir hipotecas sobre bienes futuros, entonces encontramos en dicha norma el único escollo respecto de la posibilidad de resguardo de los derechos, no del comprador ni del vendedor, sino del financista de la compra del bien futuro – el banco.

Pero, ¿a quién le interesa tener esta información publicitada en el Registro?

Precisamente a todo aquel que ostente algún derecho respecto de la futura existencia del predio en construcción. Entonces en esa línea encontramos a dos de los tres contratantes, interesados en que el proyecto concluya conforme los compromisos y las expectativas asumidas. Ello en atención al punto débil del eslabón, la constructora, quien de por sí, representa la parte con menor riesgo en toda la operación.

En un primer momento, el propio comprador tiene un alto interés en que su inversión, logre concretizarse en una unidad inmobiliaria que cumpla con los fines deseados, sin embargo, la realidad del *riesgo invertido* nos demuestra que finalmente su riesgo tangible es equivalente únicamente a la inicial dada en compra, es decir al porcentaje en la compra con el que participa conjuntamente con el banco.

El banco, asume un peligro mucho más alto, su inversión presenta mayor riesgo que el del comprador, pues este participa bajo la buena fe con la que actúan los demás participes. Es decir, el banco financia la compra final de la unidad inmobiliaria pero no puede publicitar su inscripción o asegurarla de manera alguna, excepto por el propio instrumento (la hipoteca suspendida) que se encuentra en alguna notaría pero que no es de conocimiento público y por ende no es oponible a terceros.

Un problema neurálgico que encuentra hoy en día el mercado inmobiliario de bienes futuros y sobre estos, la base de los bienes financiados por el banco, es que dichos documentos se celebran en la misma escritura pública. Es decir, los títulos de propiedad (del comprador) y de derechos reales de garantía (del banco respecto de la acreencia) se celebran en un único acto. Ello determina entre otros problemas:

- La imposibilidad fáctica de gozar de publicidad registral sobre la base de la compra venta lo que podría afectar el bien inmueble en cuanto a derechos reales inherentes al propio bien. Dicho de otra manera, la compra venta tampoco puede ser inscrita ante el registro público, pues la hipoteca unida al mismo documento

se lo impide, porque esta se encuentra suspendida a fin de no contravenir la norma civil restrictiva.

- Y, como quiera que la hipoteca que afianza los derechos del banco, es consecuencia de la propia compra venta, esta se haya sometida al cumplimiento de detalles que escapen inclusive de su funciones o posibilidad de gestión sobre los mismos, es decir si no se inscribe la compra venta, no se inscribe el gravamen que resguarda la acreencia que sirvió precisamente para su adquisición.

Otro aspecto de importante atención, radica en los requisitos de validez de la hipoteca, pues como lo establece el artículo 1099 del Código Civil ⁽³⁸⁾, existen requisitos de obligatorio cumplimiento para determinar los alcances de la hipoteca. Así se tiene que esta, tendrá que ser instaurada por aquel que ostente propiedad sobre el bien materia de gravamen, que asegure una obligación determinada o determinable y finalmente que el gravamen se encuentre estipulado de manera determinada o determinable con obligatoria inscripción ante el registro de propiedad inmueble.

Entonces, la imposibilidad de inscripción preventiva en contraposición al caso propuesto, determinan una serie de situaciones que podrían ser superadas ampliamente y que darían solución a los principales problemas encontrados por el banco, así tenemos:

9.2.1 Si la constructora no cumple con las características el inmueble efectivamente vendido.-

Se entiende que el contrato de compra venta, determina la obligatoriedad de señalar los pormenores específicos o características fundamentales de la unidad inmobiliaria (áreas, perímetros, etc.) que fueran señalados en el referido acto jurídico respecto del inmueble que aún no existe, pues cualquier diferencia entre ambos - el contrato de compra venta y la posterior declaratoria de fábrica - determinaría que no se pueda inscribir la compra venta y consecuentemente la hipoteca.

³⁸ 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.

9.2.2 Si la constructora no concluye el proyecto.-

Al margen del evidente perjuicio al adquirente, el banco verá en peligro su derecho de crédito e imposibilitado de afianzar su hipoteca, ello determinara indudablemente, que tenga que actuar en contra del adquirente quien a su vez actuara en contra del constructor, mientras tanto el dinero efectivamente entregado, no tendrá recuperio inmediato. De constituir la posibilidad de inscripción de una hipoteca de bien futuro, si bien es cierto esta tampoco se inscribiría una vez vencido el plazo preventivo en el registro, esta lograría determinar la publicidad de una acreencia sobre los derechos expectaticios del futuro bien inmueble, así de producirse la posterior construcción, no habría posibilidad de desconocer los derechos de acreencia del banco, respecto de ese espacio efectivamente gravado, como lo es la unidad inmobiliaria a independizar.

Ortega Piana nos amplia tal situación y señala que la hipoteca es constitutivamente registral, puesto que la información que emana del registro es erga omnes. (Ortega Piana, 2013) El mismo autor menciona que solo se deben reconocer como gravámenes ciertos, a todos aquellos que de manera tangible obedecen a acreencias exigibles y existentes. Dicho de otro modo, si la acreencia efectivamente existe (el préstamo por el cual se adquiere la propiedad del bien futuro), el gravamen tendría lógica jurídica, pues el primer requisito – el contrato principal de mutuo- tiene lógica y merece la misma protección registral (en cuanto a su garantía real). En tanto si el bien inmueble futuro no llegara a existir, ello no sería impedimento para que aquel que considere tiene derechos expectaticios gravados, pueda hacer valer sus derechos preferentes inclusive frente a terceros.

9.2.3 Si la constructora no cumple con los parámetros establecidos en los planos.-

El banco financista no podrá inscribir su hipoteca sobre las unidades inmobiliarias, pues las características de la compra primigenia, en aplicación del principio de tracto sucesivo, impedirían que la compra venta se inscriba y por ende la subsecuente hipoteca.

Todo ello sin perjuicio de que peligre el proyecto, como perfectamente podría resultar de un proceso de fiscalización que determine por ejemplo la demolición de una cierta cantidad de pisos o inclusive del íntegro de la fábrica.

Por tanto, la posibilidad de una inscripción preventiva como condición del desembolso efectivo del crédito gestionado por el comprador final en favor de la constructora,

determinaría que esta última alcance al registro público una suerte de “*obligatoria pre declaratoria*” de edificación, sobre la cual, tanto la compra venta y subsecuente hipoteca, tendrían la necesidad de encajar fácticamente, protegiendo inclusive al propio finalista respecto de sus derechos de propiedad efectivamente comprometidos con la constructora y sobre todo los derechos de reales de garantía del banco respecto de la misma condición⁽³⁹⁾.

9.2.4 Si la constructora no inscribe los predios.-

De acuerdo a lo señalado precedentemente, el responsable del proceso de independización posterior a la construcción, es decir de todo el proceso de saneamiento físico legal de las unidades inmobiliarias, es el titular legitimado del predio, en este caso, el constructor, pero que pasaría si el constructor independiza todos los departamentos y antes de que los contratos de venta e hipoteca lleguen al registro, se inscriben otros actos celebrados por la propia constructora ante terceros. Aspecto importante, pues del propio mecanismo utilizado en la compra venta e hipoteca de las unidades inmobiliarias referidas, tenemos tres momentos sobre los cuales el banco se encuentra completamente desprotegido, algunas veces inclusive por su propia negligencia, así:

- Al momento de suscribir la hipoteca principal sobre la cual se afianza el íntegro del proyecto, es requisito establecido por el propio banco y por ende reconocimiento tácito de su existencia, que la Constructora celebre pre ventas de un cierto número de unidades inmobiliarias, ergo, se entienden que dichos actos jurídicos son de data anterior al propio contrato hipotecario (que grava al predio matriz), los efectos de este no podrían tener repercusiones sobre estos supuestos adquirentes, tanto más que si el banco señalara que actuó bajo la fe que brinda el registro, este habrían celebrado la escritura pública de garantía hipotecaria con aquel que figuraba con facultades inscritas, la norma a la que hace referencia, específicamente el artículo 2014 del código civil⁽⁴⁰⁾, sanciona la debida diligencia con la que debió actuar dicho

³⁹ Una vez más, si logramos una pre inscripción tanto de la compra venta y de la hipoteca en favor del banco, evitamos que la constructora pueda gestionar nuevas ventas a terceros, así como liberamos la posibilidad de que aparezcan terceros con derechos de fecha cierta anterior, pues el registro protegería el íntegro de la operación, conforme establece el artículo 2022 del Código Civil al referirse a la oposición de derechos reales.

⁴⁰ Artículo 2014. Principio de buena fe pública registral

El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro

tercero, del cual se colige como condición del propio contrato, que conocía la inexactitud del registro, por tanto no es fundamento válido oponible, pero si existiese la posibilidad de inscribir preventivamente las preventas presentadas al banco, el registro cumpliría la función de publicidad de dichas preventas ⁽⁴¹⁾.

- Al momento de suscribir los contratos con los adquirentes finales, ello en atención de que el banco actúa con buena fe, es decir, confía que aquel que está adquiriendo la unidad inmobiliaria es el primer adquirente en fecha cierta, pues como se hizo hincapié en párrafos anteriores, nada impide que la constructora haya celebrado contratos reales anteriores respecto de la misma unidad inmobiliaria con terceros que puedan certificar fechas ciertas antepuestas, entonces de existir la posibilidad de garantizar su acreencia con una hipoteca de bienes futuros, el propio banco tendría derechos reales de garantía inscritos de manera primigenia respecto de cualquier otro derecho que se pretenda inscribir con posterioridad, lo que coherente con lo señalado en el artículo 2022 de la norma civil⁽⁴²⁾, favorecería al banco ante cualquier discusión de su derecho.
- Al momento de la inscripción individual de sus hipotecas, recordemos que durante todo el tiempo transcurrido entre la suscripción del contrato de compra venta e hipoteca celebrado con el adquirente final, nada impide que este último disponga de los derechos que título le otorgan como futuro propietario de la unidad inmobiliaria en favor de un tercero. Este último aspecto también es importante pues es de analizar el principio de rogatoria, que señala que el tercero podría perfectamente recabar los partes de la notaria pertinente (al ser documentos públicos) y reservar la inscripción de hipoteca, que figura en sección separada y que por el principio de tracto sucesivo no tiene mayor impedimento en cuanto a su inscripción, defraudando así al banco, sin embargo de existir la posibilidad de inscripción señalada en la hipótesis, el derecho real de garantía del banco, perseguiría al bien en caso de futuras transferencias.

⁴¹ Obviamente, tendría que consignarse en dichas preventas cláusulas que determinen el sometimiento posterior de los nuevos adquirentes a una futura celebración una hipoteca respecto de todo el predio matriz, por ser condición de venta y necesaria para la construcción de la propia unidad inmobiliaria.

⁴² Artículo 2022.- Oponibilidad de derechos sobre inmuebles inscritos.- Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone. Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común.

Todo lo anteriormente descrito determinaría que, el banco se vea imposibilitado inscribir sus hipotecas sobre las unidades inmobiliarias y por ende, peligre el derecho de crédito, su garantía real y un eventual recupero de su acreencia.

9.2.5 Si se afecta registralmente el predio matriz.-

Finalmente, es preciso señalar que nada impide que ingresen al registro, títulos que contengan derechos respecto del predio matriz, o derechos respecto de los propios departamentos, que imposibiliten o demoren el recupero de la acreencia por parte del banco financiero. Efectivamente, en el hipotético caso de que, se instauren embargos en contra de la constructora, estas estarán dirigidas al propietario del predio principal, y cualquier carga o gravamen, perseguirá a los predios independizados disminuyendo la categoría de acreedor.

Así mismo, si se instauraran derechos reales como hipotecas posteriores o anticresis sobre el predio principal, las unidades independizadas constituirán parte de la garantía de dichos actos jurídicos, antes de que lleguen los partes que contienen los derechos del banco mediante los cuales financió la adquisición de los inmuebles futuros. De ser así, estos tendrían derechos primigenios respecto de la hipoteca suscrita por el banco. Todo ello en atención a que, bien es cierto que el Código Civil, impide la posibilidad de inscribir las hipotecas sobre bienes futuros, el mismo cuerpo legal posibilita la inscripción de restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito ⁽⁴³⁾.

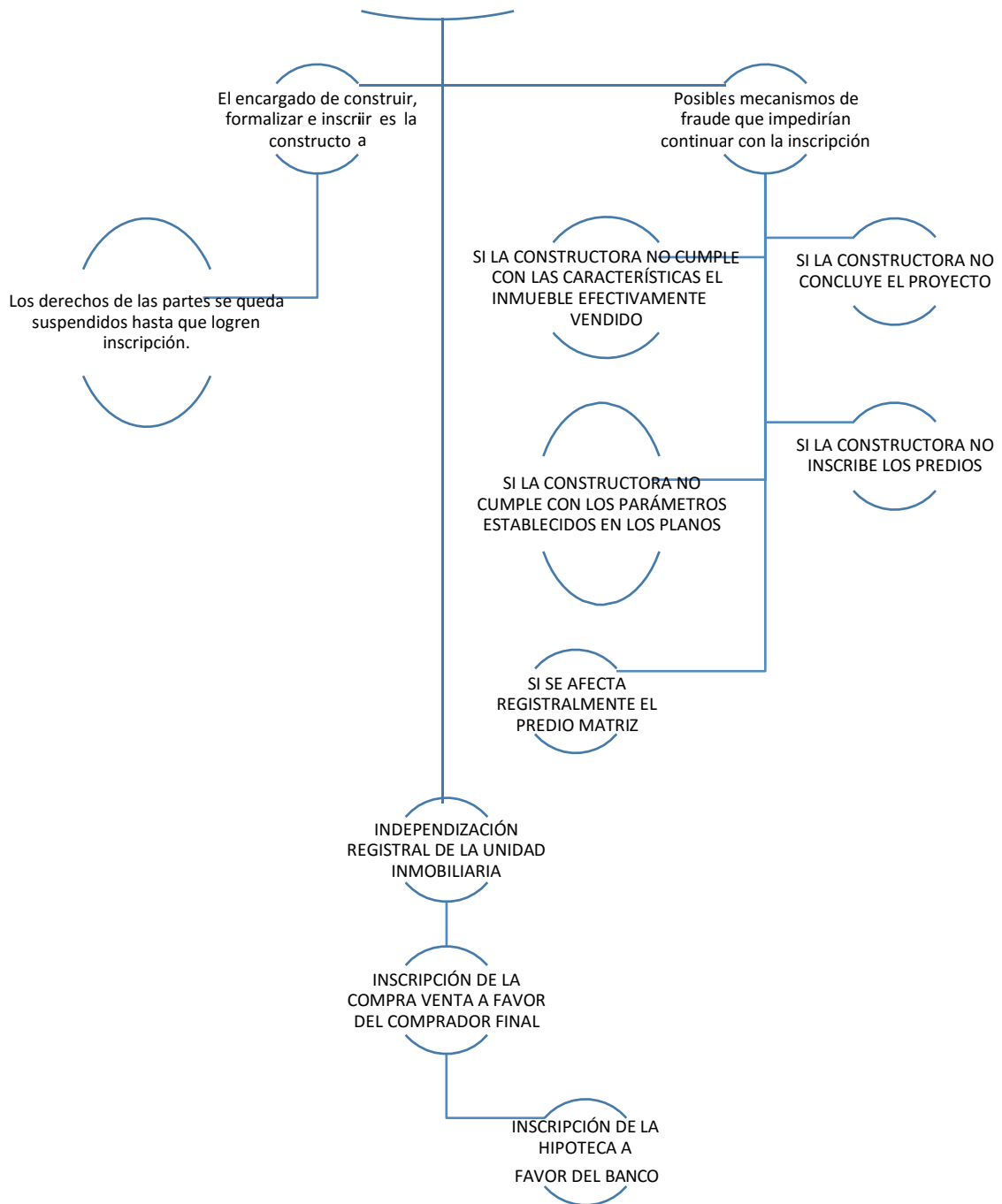
Así tenemos, una representación gráfica de los principales problemas que podían acaecer como consecuencia de la forma actual de contratación y la imposibilidad normativa de celebración e inscripción preventiva de las hipotecas de bienes futuros:

⁴³ Actos y derechos inscribibles

Artículo 2019.- Son inscribibles en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble:

- 1.- Los actos y contratos que constituyen, declaren, trasmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles.
- 2.- Los contratos de opción.
- 3.- Los pactos de reserva de propiedad y de retroventa.
- 4.- El cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependan los efectos de los actos o contratos registrados.
- 5.- Las restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito.
- 6.- Los contratos de arrendamiento.
- 7.- Los embargos y demandas verosíblemente acreditados.
- 8.- Las sentencias u otras resoluciones que a criterio del juez se refieran a actos o contratos inscribibles.
- 9.- Las autorizaciones judiciales que permitan practicar actos inscribibles sobre inmuebles.

COMPRA VENTA E HIPOTECA SUSPENDIDA DE LA UNIDAD INMOBILIARIA – BIEN FUTURO
art. 1534



9.3 La inscripción preventiva como solución viable.-

Sirve como ejemplo, lo utilizado comúnmente en Chile mediante la cláusula de no enajenar que estipula dentro de la misma, la imposibilidad fáctica y jurídica de que el garante hipotecario que fuera favorecido con un mutuo (a efectos de adquisición del predio materia de la propia hipoteca), tenga la posibilidad de enajenar o ceder bajo cualquier título, oneroso o gratuito el bien materia de gravamen sin contar previamente con la autorización formal de la institución financiera acreedora. Evidentemente, tal restricción en nuestro país se encuentra prohibida por la norma civil sobre la base de lo estipulado en el artículo 882 del referido cuerpo normativo ⁽⁴⁴⁾. Sin embargo, tal afirmación no sería del todo descabellada si tomamos como referencia la naturaleza del predio, puesto que nada impide que dichos bienes ingresen al mercado y sean de libre tránsito jurídico en la comunidad, pues el valor de dichos derechos de adquirente (suspendidos hasta que el inmueble consigna la independización legal) son trasladados de persona a persona bajo cualquier título.

La ley de garantía mobiliaria, se adapta a la actual realidad propuesta y determina en buena cuenta que los derechos de crédito inscritos y los derechos de propiedad, no pueden verse supeditados a una apreciación subjetiva de su naturaleza, sobre todo en un mercado tan informal como el nuestro, así el autor Jimmy Ronquillo, bien señala:

“La LGM establece que la garantía mobiliaria prevalece sobre la propiedad no inscrita siempre que el acreedor garantizado haya actuado de buena fe y, al mismo tiempo, establece que la inscripción de la medida cautelar en el Registro de Bienes o en el registro Mobiliario de Contratos le otorga a esta, prelación y oponibilidad, de donde se tiene que si el acreedor embargante, actuando de buena fe (interpretación sistemática con el artículo 24), logra inscribir un embargo en alguno de los registros mencionados, su derecho prevalece o será oponible frente a la propiedad no inscrita”.

Entonces, Ronquillo Pascual sostiene que “ante la concurrencia de derechos (sea que concurra un derecho real de garantía como una garantía mobiliaria, o un derecho de crédito a través de una medida cautelar [o de ejecución], con un derecho de propiedad no inscrito) que recaen sobre bienes muebles, se define en función a la inscripción de

⁴⁴ Improcedencia de prohibición de enajenar o gravar
Artículo 882.- No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita.

buena fe, no existe razón valedera para que la concurrencia de derechos sobre un bien inmueble inscrito no se defina en función al mismo criterio. Una prueba más de que un derecho no puede prevalecer frente a otro por su mera denominación, origen o contenido”. (Ronquillo Pascual, 2015)

Así mismo, la figura de la garantía mobiliaria tiene su semejante en la legislación chilena, donde encontramos la prenda sin desplazamiento corporal, que hace referencia a la posibilidad de gravar bienes (muebles) de existencia corpórea real, así como aquellos de existencia futura. La razón principal por la cual se hace mención a dicha norma, encuentra lógica en que en dicha legislación, al igual que la nuestra, se permite instaurar cargas respecto de bienes de existencia futura, con el único objeto de publicitar los derechos o títulos que ya se generaron respecto de los bienes que aún no existen, ello con la intención de asegurar la inversión para la adquisición de estos, que muchas veces nace de fuentes bancarias.

Siendo ello así, encontramos en la Ley de Garantía Mobiliaria la perfecta aplicación de la propuesta alcanzada en el presente artículo, la misma que sumada a la realidad fáctica y práctica común de los agentes intervinientes en las operaciones detalladas, hacen necesaria la revisión y modificación de las prohibiciones de celebración de garantías reales sobre bienes futuros, tanto más que en la actualidad la propia norma (D.S. 011-2017-Vivienda) facilita sobremanera la pre declaratoria de edificación que no es sino una parte de los derechos reales que serán inscritos, de una u otro forma, en los registros respectivos, siendo ello así, se margina a un tercero activo en las relaciones comerciales, como lo son las instituciones financieras, quienes ven peligrar sus derechos de crédito ante la imposibilidad de inscripción preventiva de sus hipotecas.

Afirmar lo contrario, es decir, continuar con la prohibición normativa de la inscripción registral de los derechos reales de garantía que sostienen los bancos respecto de los bienes futuros que fueron financiados por estos mismos, determina la inevitable situación de que, ante cualquier de las situaciones acontecidas y detalladas precedentemente, el derecho real se convierta en un simple derecho personal de crédito, cambiando la propia naturaleza de la acreencia en sí y de los fines sobre los cuales se conformaron inicialmente.

De conformarse la posibilidad preventiva de una inscripción de las hipotecas que financian las unidades inmobiliarias, blindan los interés de las instituciones financieras frente a situaciones no previstas en los contratos de mutuo hipotecario celebrado.

Por ende, la solución propuesta sin duda incrementara considerablemente la oferta de financiamiento para la adquisición de bienes inmuebles de existencia futura, modificando positivamente el mercado e incentivando la economía en bienes que sin duda son fuentes de riqueza y crecimiento personal como lo es la vivienda.

9.4 La inscripción preventiva y su importancia ante la posibilidad de Cesión de créditos garantizados.-

Por un lado, la sola mención a la posibilidad registral de comprobar la existencia de una acreencia afianzada con un bien inmueble, convierte los títulos de crédito, en herramientas de intercambio y trafico jurídico. Efectivamente en la actualidad muchas de las instituciones financieras, celebran contratos de cesión de títulos de crédito con otras instituciones o con empresas especializadas que gestionan dichos títulos para obtener financiamiento, movimiento de cartera en mora o inclusive para reducir sus índices de riesgo ante determinadas y especializadas operaciones bancarias.

Entonces, la cesión de dichos créditos garantizados con hipotecas de existencia futura, también significan para el banco acreedor una herramienta de intercambio comercial interesante sobre las cuales puede obtener réditos adicionales.

Pero en el caso propuesto y en general como situación de atención ante los esquemas de fraude que fueron analizados, podemos entender que la sola posibilidad de cesión de créditos garantizados, hubiera en buena cuenta salvado la situación de pérdida. Efectivamente, ante la situación propuesta, era preciso tomar en consideración la magnitud del proyecto (entendida en proporción al mercado inmobiliario de la zona - Cusco). Ante los hechos presentados, era evidente que el banco acreedor conservaba la preferencia en la ejecución (gravámenes) de los lotes matrices sobre los cuales se construiría la fábrica de los proyectos inmobiliarios, entonces otra empresa constructora procuraba comprar dichos derechos y sobre ellos continuar con la construcción de los mismos, reconociendo únicamente a los compradores finales que celebraron contratos de compra venta de dichas unidades inmobiliarias con el banco acreedor, quedando el cumulo de departamentos no vendidos pero si proyectados como una oportunidad de negocio para estos.

Sin embargo, la imposibilidad de que dichos contratos con los finalistas alcancen un resguardo registral, hizo inviable tal situación. La sola posibilidad de inscripción preventiva de los gravámenes de inmuebles de existencia futura además, fortalece la

posición del acreedor o de cualquiera con interés sobre los mismos, pues mientras se mantenga la vigencia de dichas inscripciones, sobre ellas se pueden solicitar medidas cautelares que extiendan su publicidad ante el registro (utilizando cualquier figura cautelar obrante en el Título IV Capítulo II de la norma adjetiva civil) o solicitar medidas especiales que conserven la continuidad de las mismas en garantía de situaciones específicas como bien lo señala el artículo 629 del Código Procesal Civil (45).

9.5 Beneficios adicionales de la inscripción preventiva.-

Los beneficios van mucho más allá de lo aparente, pues debemos partir por la base de que el bien de existencia futura materia de análisis, específicamente los departamentos, casas, oficinas sometidas al régimen de propiedad exclusiva y común, **siempre procurarán alcanzar la protección del registro**, es decir, el nuevo mercado inmobiliario pretende dejar en claro que, si bien es cierto, la transferencia de bienes inmuebles no es de carácter constitutivo (refiriéndonos nuevamente al artículo 949 del CC) en la práctica no podemos concebir la idea que un inmueble de tal naturaleza no tenga como objetivo máximo la inscripción registral inmediata, pues únicamente de ella se desprenderán los derechos y obligaciones oponibles ante los propietarios de las restantes secciones individualizadas, quienes también ostenta derechos sobre las áreas comunes, de los derechos de vecindad y goce efectivo de los derechos reales que emanan del bien exclusivo.

Efectivamente, ya el mercado ha modificado la posibilidad de celebrar contratos sobre bienes futuros con la única atinencia de especificarlos de la manera más detallada posible, hacemos hincapié en la expresión “mercado” pues también se mencionó que la posibilidad normativa siempre estuvo presente pero esta no fue utilizada sino hasta que el valor de dichas transacciones se convirtió en un interesante medio de inversión.

Así, si revisamos numéricamente el incremento de dichos contratos, veremos un crecimiento exponencial al respecto, coherente con el crecimiento de la demanda de dichos bienes, ello demuestra entonces que al principio los contratos se limitaban a

⁴⁵ **Medida cautelar genérica.-**

Artículo 629.- Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva.

describir los bienes y compromisos adicionales establecidos, sin embargo hoy en día, en su conformación, existen muchos otros agentes intervinientes y situaciones de atención. A modo de ejemplificar algunos de ellos tenemos:

- El notario, quien ha pasado a ser revisor exhaustivo y exclusivo de sinónimo de validez de dichas transferencias, lo que determina en buena cuenta una nueva tendencia, estos bienes siempre se celebrarán frente a un funcionario público y como fruto de un contrato acorde a derecho (reiteramos que difiere del mero contrato verbal permitido en la transferencia de bienes inmuebles a decir del 949 del CC)
- La administración Tributaria, quien fiscaliza el cumplimiento tributario de dichas transacciones, pues son bienes que tienen un valor siempre al alza y generan rentas en cada una de sus subsecuentes transferencias, rentas que son fiscalizadas por la unidad de inteligencia financiera, pues sabido es que el principal destino de dinero inmerso en situaciones de lavado de activos, tiene como objetivo la compra de bienes inmuebles de esta naturaleza para luego ser vendidos y así legalizar los montos expuestos en ellas.
- Los gobiernos locales.- Del mismo modo, las rentas, pues entendemos que todas las transferencias de los bienes de existencia futura, se encuentran exentos de pago del impuesto del alcabala únicamente en la primera venta, sin embargo, una vez se pretenda realizar una segunda transferencia, será preciso que el comprador alcance en notaria el recibo cancelado de tal tributo, pues efectivamente la norma tributaria ya no lo libera de tal condición. Así mismo, al concluir el procedimiento de declaratoria de fábrica, el municipio de la jurisdicción inmediatamente empieza a percibir ingresos respecto del impuesto del autovaluo de cada una de las unidades inmobiliarias independizadas así como las rentas por los servicios básicos de limpieza pública que brinda.

9.6 Responsabilidad social empresarial en las operaciones de crédito.-

Finalmente, es preciso señalar que también existe la nueva tendencia de generar responsabilidad social en las empresas participantes en los procesos constructivos, quienes deben asumir roles más activos respecto de las repercusiones que causa su actividad en la colectividad. Efectivamente, conforme se expuso en los antecedentes facticos, tenemos actores empresariales que buscaron beneficios personales sin

importar la repercusión de su actividad en ámbitos sociales y que de alguna manera sintieron (a razón de la propia negligencia de la institución financiera) una suerte de impunidad de esta, respecto de su responsabilidad en las operaciones realizadas.

La posición asumida por el banco en el problema propuesto y en general en el íntegro de operaciones realizadas por este, es que el destino del dinero brindado en préstamo, pese a tener un objetivo altamente fiscalizado por el banco, no interesa a la hora de ejercitar las acciones de recupero. Dicho de otra manera, el cliente finalista asume a su propia cuenta y riesgo que la constructora cumpla con los compromisos asumidos en el contrato de compra venta, no siendo de interés para el banco fiscalizar a tal empresa respecto de la idoneidad de los productos brindados, pese a que el íntegro de la operación y en general de la propia oferta y gestiones propias a la adquisición de las unidades inmobiliarias materia de análisis, fueron realizadas bajo su supervisión y en cierto modo, bajo una suerte de "*mini monopolio*" respecto de la exclusividad de financiamiento de determinados proyectos.

Por ende, adicional a las propuestas de modificación normativa, consideramos necesario y oportuno señalar que la lógica de una eventual celebración y posterior inscripción de una hipoteca sobre bienes inmuebles de existencia futura, debe ir acompañada a su vez de una liberación parcial de la hipoteca matriz en favor del banco, pues se debe entender que la acreencia asumida por el nuevo comprador se encuentra ampliamente garantizada con la hipoteca de bien futuro, sin embargo, al levantar parcialmente la hipoteca primigenia, precisamente sobre dicho bien futuro, el banco participa en el riesgo propuesto y comparte el interés del comprador en la culminación del proyecto a satisfacción de las partes, siendo ello así, constituiría una acción socialmente responsable y coherente con la solidez que dice brindar.

10 CONCLUSIONES

1. Entre los años 2009 al 2015 el impulso del mercado inmobiliario en el Perú, significó un importante foco de desarrollo económico y empresarial, representado un alto porcentaje de la economía nacional, gracias a la apertura de mercados y simplificación administrativa que nacieron como fruto de políticas públicas destinadas a la producción e inversión inmobiliaria. Las instituciones financieras en su conjunto, fueron participes fundamentales en el auge económico que significó el boom inmobiliario, quienes como consecuencia de la creciente demanda de bienes inmuebles, diseñaron nuevos productos financieros que se acomodaban a las necesidades y características de los potenciales clientes, encontrando en el financiamiento de bienes inmuebles de existencia futura, un predominante foco de mercado respecto sus colocaciones crediticias; del mismo modo, readaptaron sus productos financieros de naturaleza inmobiliaria existentes y procuraron financiar proyectos inmobiliarios destinados precisamente a la construcción de edificios multifamiliares.
2. Los importantes montos materia de transacción en la compra venta de bienes inmuebles de existencia futura hacen necesaria la participación de un agente financista, el mismo que siempre pretenderá garantizar su acreencia en un instrumento efectivo y de índole ejecutiva que le permita una pronta recuperación ante cualquier incumplimiento de los acuerdos arribados con el deudor, por ello las instituciones financieras, encontraron en la hipoteca suspendida una herramienta que permitía afianzar el crédito otorgado, sobre la base de la promesa de inscripción del gravamen conjuntamente con los títulos de propiedad del comprador. Así mismo, comprometían los lotes matrices sobre los cuales se erigirían dichas unidades inmobiliarias a gravámenes a cargo de los propietarios constructores o proyectistas.
3. Mediante la compra venta, tanto el comprador como el vendedor se obligan recíprocamente, siendo que el primero tiene el deber de transferir el bien en propiedad y el segundo a pagar el precio convenido. Por tanto, los atributos inherentes del bien pasan a la esfera jurídica del comprador como consecuencia de tal transferencia realizada por el vendedor. En nuestro ordenamiento, la teoría del título y modo, especifican el momento del perfeccionamiento de dicho contrato, el cual difiere en atención a la naturaleza del bien, por tanto encontramos que en los bienes muebles, la compra venta se perfecciona cuando el bien es efectivamente entregado al

comprador, sin embargo en los bienes de naturaleza inmobiliaria, la sola obligación (el acuerdo de voluntades de las partes) constituyen en propietario al comprador.

4. La norma civil, refiere en el artículo 1532 y el artículo 1534 refieren la posibilidad de transferir tanto bienes existentes como inexistentes, en tanto su enajenación no se encuentre impedida por ley, por tanto cuando se contrate sobre bienes inmuebles futuros, será necesaria la individualización exhaustiva y detallada del bien materia de transferencia a condición de que estos lleguen a existir. Los bienes inmuebles de existencia futura, alcanzan existencia real en dos momentos, un primer momento constituye la apreciación por medio de los sentidos en el cual, como fruto del proceso constructivo, la unidad inmobiliaria constituye un todo y alcanza sus fines habitacionales que permiten al propietario hacer uso del bien. Un segundo momento es constituido cuando la unidad inmobiliaria alcanza existencia legal dentro del registro público predial, donde como fruto del proceso de independización, se separa del predio matriz y logra independencia registral. Para efectos de la norma civil vigente, únicamente cuando alcanza existencia legal dentro del registro público predial, la unidad inmobiliaria que antes era denominada bien futuro, puede ser hipotecada.
5. La norma civil prohíbe celebrar hipotecas referidas a bienes futuros, sin embargo, la hipoteca entendida como derecho y título vincula al acreedor con el bien (como garantía irrestricta al cumplimiento de la obligación). En tal sentido, el bien futuro tiene naturaleza inmobiliaria individual e individualizable y, por ende puede constituir perfectamente el objeto del contrato de hipoteca, en razón de que el Código Civil señala que únicamente son requisitos para la validez de una hipoteca, que esta afecte a un bien, que dicha afectación sea realizada por el propietario del mismo, que la obligación sea determinada o determinable y que el gravamen señale cantidad determinada o determinable, tanto más que la hipoteca es un acto constitutivo por excelencia y no puede existir sin la posibilidad de que la misma sea objeto de publicidad por parte de un registro público, en beneficio de un acreedor hipotecario.
6. La comisión revisora del Código Civil, plantea como una propuesta legislativa la modificación y aceptación de que se celebren hipotecas sobre bienes futuros a condición de que estos tengan existencia futura, precisamente porque tal situación genera mayor certidumbre respecto del acreedor que tendrá acceso al registro público (como herramienta de publicidad) respecto de la acreencia que pretende garantizar y que podrá ser oponible ante terceros.

7. Ha quedado demostrado que la prohibición legal que se pretende modificar, obedece a que el legislador únicamente basaba la imposibilidad de celebrar hipotecas sobre bienes futuros (de naturaleza inmobiliaria) porque al momento de la dación de la norma existían figuras que suplantaban tales garantías (prenda y anticresis), sin embargo la naturaleza inmobiliaria de los bienes futuros propició el incremento del crédito y el desarrollo de la construcción como una de las más importantes actividades económicas actuales.
8. Para efectos registrales, el proceso de saneamiento e independización de cada una de las secciones inmobiliarias se encuentra a cargo exclusivo del titular registral legitimado para tal fin. Ello representa un alto riesgo tanto para el adquiriente final como para la institución financiera que tiene derechos hipotecarios suspendidos. En la contratación de garantías reales que tienen por objeto bienes futuros, existe un periodo de tiempo comprendido desde el momento de la firma del acto jurídico hasta la inscripción de la garantía en el registro público, durante el cual la institución bancaria es susceptible de que sus derechos (de crédito y reales) no alcancen la protección registral en la forma y oportunidad correcta, lo que podría determinar la preferencia y primigenia inscripción de nuevos títulos de naturaleza real opuestos a sus intereses ejecutivos.
9. Una de las principales razones de la gran acogida en la compra venta de bienes inmuebles “*en planos*”, obedece precisamente a que dichas unidades inmobiliarias son considerablemente más económicas que los mismos bienes una vez finalizados e independizados, ello porque el riesgo principal de la operación de compra la soporta el adquiriente quien brinda el capital necesario para la construcción y suprime temporalmente sus derechos de uso y disfrute del bien hasta que el constructor concluya con el proyecto a cargo de una rebaja en el precio final del inmueble.
10. Ha quedado demostrado que dichos contratos, no protegen los derechos de los participantes con mayor riesgo en la operación (el comprador y el banco) sino hasta que alcanzan la protección registral que brinda el artículo 2014 del cuerpo normativo civil.
11. Los hechos acaecidos en la ciudad del Cusco, a inicios del año 2014, determinaron la modificación del mercado inmobiliario y representaron la supresión de los productos financieros destinados a la compra de bienes inmuebles de

existencia futura, lo que a su vez determinó que la aún insatisfecha demanda se traslade a unidades inmobiliarias independizadas registralmente, sobre las cuales está permitido celebrar contratos hipotecarios. Como consecuencia de ello, se incrementó la rigurosidad en los requisitos para gestionar préstamos destinados a la financiación de proyectos inmobiliarios, trasladando así la oferta de dichos bienes a un número menor de constructoras. Tal situación modificó el punto de equilibrio entre oferta y demanda, toda vez que se redijo la capacidad adquisitiva de potenciales compradores y la capacidad de gestión de potenciales vendedores e incremento considerablemente los precios de las unidades ofertadas en el mercado. Esto se tradujo en una menor colocación de créditos destinados a vivienda y produjo una desaceleración continua de todo el mercado inmobiliario.

12. La restricción de hipotecar bienes de existencia futura es meramente normativa y no se adapta a la realidad del mercado inmobiliario, así encontramos en el D.S. N° 011-2017 - VIVIENDA, una herramienta legal que permite y faculta la predeclaratoria y preindependización de las unidades inmobiliarias a ejecutarse, sin embargo su cobertura únicamente beneficia a dos de los tres participantes en tales operaciones, marginando a las instituciones financieras en cuanto a sus derechos de crédito y reales de garantía, toda vez que la propia norma brinda derechos reales preventivos tanto a la constructora y al comprador final, mas no al banco financista.

13. El presente trabajo evidencia la necesidad de modificar el artículo 1106 del Código Civil y facultar la posibilidad de celebración de hipotecas sobre bienes futuros de manera preventiva con los mismos alcances y posibilidades que señala el D.S. N° 011-2017-VIVIENDA y con el ejemplo del éxito registral alcanzado en la Ley de Garantías Mobiliarias y el registro mobiliario de contratos, así se lograra suprimir todos los posibles esquemas de fraude que fueron analizados y proteger los derechos reales de garantía y crédito de las instituciones financieras. La posibilidad de contar con una inscripción preventiva ante el registro público, respecto de una garantía real de bien inmueble de existencia futura, posibilitará que dichos títulos que afianzan un crédito, sean susceptibles de trafico jurídico por parte de las instituciones financieras titulares de los derechos de reales de garantía contenido en dichos títulos, lo que en buena cuenta disminuye el riesgo propuesto en cada operación específica, ante la posibilidad de colocación de los mismos en favor de un tercero interesado y que además pueden generar una posibilidad de negocio adicional en favor de los bancos.

14. La posibilidad de inscripción de dichas operaciones, tendrán inmediata repercusión en el propio mercado inmobiliario con la creación de mejores productos financieros destinados a la adquisición de bienes inmuebles de existencia futura, promoviendo así la adquisición de los mismos a un número mayor de potenciales clientes, incentivando el crédito e incrementando la colocación de tales productos financieros, impulsando el auge del mercado inmobiliario en su conjunto. Finalmente, los beneficios alcanzados con tal protección, no solo se limitaran a resguardar los derechos de crédito y garantías reales de los bancos sino tendrán adicionalmente repercusión directa en otras políticas estatales como lo es la lucha contra el lavado de activos, tendrán repercusiones tributarias positivas al incrementar los bienes inmuebles susceptibles de participación tributaria (rentas percibidas e impuesto de autovaluo), incentivarán la formalización de la vivienda a nivel nacional, fortalecerán al Registro Público como herramienta de publicidad, y finalmente promoverán la responsabilidad social empresarial de las propias instituciones financieras quienes serán partícipes activos del proceso.

11 Bibliografía

- Arias Schreiber Pezet, M. (1998). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: San Jeronimo Ediciones.
- Avendaño Valdez, J. L. (2015). Entre dos derechos de diferente naturaleza: embargo vs. propiedad. *Gaceta civil & procesal civil* , 21.
- Biggio Chrem, J. (1991). Reflexiones en relación a la hipoteca en el Código Civil de 1984. *Derecho PUCP N°45*, 111-129.
- Biondo Biondi. (2003). Los Bienes. Editorial Bosh S.A segunda edición. , pp 262-270
- Campos Micin, Sebastián Nicolás. "La cláusula de no enajenar en los contratos de mutuo hipotecario." *Revista Ars Boni et Aequi* 12, no. 1 (2016).
- CAPECO. (2016). <http://www.capeco.org>. Obtenido de <http://www.capeco.org>: <http://www.capeco.org/edificaciones/>
- De la Puente y Lavalle, M. (s.f.). Compra venta de bien futuro. *ius et veritas*, 91-102.
- Echaiz Moreno, Daniel. "El Consumidor En Los Contratos Inmobiliarios." In *Foro Jurídico*. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014
- Espinoza Espinoza, J. (2010). *Acto Jurídico Negocial*. Lima: Gaceta Juridica S.A.
- Fernandez Salas, J. C. (2014). Departamentos en planos e hipoteca de bien futuro. *Gaceta Civil y Procesal Civil* , 131-142.
- Flint, P. (2009). *Manual del agente inmobiliario*. Lima: Editora y librería jurídica Grijley E.I.R.L.
- Franceschini, J. C. (2012). *La hipoteca de bien futuro*. Buenos aires.
- Gaceta Juridica. (2013). *Diccionario Civil*. Lima: Gaceta Juridica S.A.
- Gestion. (29 de 04 de 2017). *gestion.pe*. Obtenido de <http://gestion.pe/inmobiliaria/peruanos-separaron-viviendas-s-223-millones-durante-feria-inmobiliaria-peru-2188398>
- Gestion. (05 de 07 de 2017). *Gestion.pe*. Obtenido de <http://gestion.pe/economia/capeco-proyector-que-pbi-sector-construccion-caera-1-este-ano-2194325>
- Gonzales Barrón, G. (2015). *Los derechos reales y su inscripción registral*. Lima: Gaceta Juridica.
- Gonzales Barrón, G. (2016). Propuesta de reforma parcial de los libros v(derechos reales) y ix (registros públicos) del código civil . *Derecho y Cambio Social* .
- Gonzales Barron, G. H. (2007). *La hipoteca sobre bienes futuros*. Lima.
- Guevara Pezo, Víctor (1996). *Instituciones del Derecho Civil Peruano (Visión Histórica)* Tomo III. Fundación M.J Bustamante de la Fuente. UNIFE.

- Guzmán Brito, Alejandro. "La Prenda Sin Desplazamiento de Cosas Corporales E Incorporales Futuras." *Revista de Derecho (Valparaíso)*, no. 31 (2008): 221–254
- Josserand, L. (1950). *Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa America Bosch y Cía. Editores
- Lucas Fernandez, Francisco (1963). Notas sobre los negocios jurídicos de cesión de solar a cambio de viviendas o locales que en él se construyan. Universidad de Murcia-España. Recuperado de : <http://revistas.um.es/analesumderecho/article/viewFile/103711/98661>.
- Mejorada Chauca, M. (2013). Hipoteca sobre proyectos . *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 17-24.
- Meneses Gómez, A. (2017). Las inmobiliarias y su obligación de saneamiento-independización. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 299-309.
- Moisset de Espanes, L. (2015). *Publicidad Registral*. Lima: Solvina Graf S.A.C.
- Montenegro Monteza, F. (s.f.). ¿Cuándo existe el inmueble? Apuntes sobre la existencia del bien en un contrato inmobiliario de compra venta de bien futuro. *Circulo de Derecho Administrativo - PUCP*, 187.
- Ortega Piana, M. A. (2013). El principio de especialidad hipotecaria respecto del credito garantizado. *Ius et veritas*.
- Palacio Pimentel, H. G. (1985). *Manual de Derecho Civil*. Lima: Talleres Graficos Ojeda
- Pozo Sanchez, J. E. (2015). Ahora si: hipoteca sobre bienes futuros. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 75-84.
- Rarmirez Cruz, E. M. (2016). El mercado hipotecario y sus vaivenes; consideraciones economicas y juridicas. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 95-104.
- Ronquillo Pascual, J. (2015). *Terceria de propiedad contra embargo e hipoteca*. Lima: Gaceta Juridica.
- Sancho Rebullida, F. A., & Lacruz Berdejo, J. L. (1894). *Derecho Inmobiliario R Registral*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor S.A
- Sandoval, C. N. (2012). El contrato de compraventa de bienes futuros. *Actualidad Empresarial*, VIII-1.
- Solis Cordova, M. (2015). Hipoteca sobre bien futuro y diferencia entre contrato y derecho real de hipoteca. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 89-96.
- Solis Cordova, M. (2015). Los derechos reales y el credito. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 135-149.
- Torres Vásquez, A. (2002). *Codigo Civil*. Bogota: Editorial Temis S.A.
- Valle Vera, O. J. (2016). Extinción de la hipoteca: supuestos de desprotección del deudor hipotecario. . *Gaceta civil y procesal civil*, 203-212.

Verna, V. (2013). *Tres áreas en la evolución de la regulación del impacto ambiental*.
Derecho PUCP.

Vincenzo Roppo. (2009). *El Contrato*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.