

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Registral

**“Hipotecas sobre bienes futuros: regulación y problemas frente al mercado
inmobiliario peruano”**

**Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho
Registral**

AUTOR

Luz Noelia Garate Mayta

ASESOR:

Jorge Antonio Martin Ortiz Pasco

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20125918

2020

RESUMEN

En la realidad del mercado inmobiliario peruano, las compraventas de inmuebles futuros (conocida también como preventa o venta en planos), financiadas con créditos hipotecarios, se han ganado un espacio de preferencia en los compradores, quienes optan por esta modalidad de adquisición de inmuebles por la posibilidad de obtener ahorros como en un 20% comparado a otras modalidades¹. No obstante, a pesar de que en la práctica las entidades financieras otorguen créditos hipotecarios sobre bienes futuros, esta figura estaría expresamente prohibida en virtud al artículo 1106² del Código Civil, pero permitida por normas de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP)³, lo cual evidencia una contradicción normativa. Entre los problemas principales de la Directiva N°009-2008-SUNARP/SN encontramos que esta extralimita las competencias de la Superintendencia y que contraviene principios fundamentales de la Teoría General de la Hipoteca. Por ello, mediante el presente trabajo académico, analizaré la regulación sobre hipotecas de bienes futuros y los problemas que derivan de la misma, a fin de plantear como solución que se debiera aplicar las hipotecas sujetas a condición reguladas en el artículo 1105 del Código Civil e implementar una obligación a las inmobiliarias que es el contratar un seguro que permita garantizar la existencia de las unidades proyectadas.

Para ello, en el presente artículo presento un análisis respecto a la regulación sobre la compraventa de bienes futuros; la existencia de los bienes; la noción de hipoteca y sus características; y, la Directiva N°009-2008-SUNARP/SN, a fin de identificar los problemas que conllevan en relación a la garantía en la compraventa de bienes futuros. Posterior al análisis de la regulación y problemas, plantearé una propuesta de cuál sería un mejor camino a fin de ir de la mano con el dinámico mercado inmobiliario.

¹ CAVERO VELAOCHAGA, Miguel (2018) “La compra de un bien inmueble futuro” En: Diario Oficial El Peruano. Consulta: Setiembre, 2020. Disponible en: <https://elperuano.pe/noticia-la-compra-un-bien-inmueble-futuro-63644.aspx>

² **Prohibición de hipotecar bienes futuros**

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

³ Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N°340-2008-SUNARP/SN, mediante la cual se aprueba la Directiva N°009-2008-SUNARP/SN.

ÍNDICE ANALÍTICO

| | |
|--|----|
| 1.INTRODUCCIÓN | 4 |
| 2.COMPRAVENTA DE BIEN FUTURO | 6 |
| 2.1. Concepto de bien futuro | 8 |
| 2.2. Modalidades de compraventa de bien futuro | 11 |
| 2.3. Actores que participan en la compraventa de bien futuro | 14 |
| 3. EXISTENCIA DEL BIEN | 18 |
| 4. HIPOTECA DE BIEN FUTURO | 24 |
| 4.1. Concepto de hipoteca | 24 |
| 4.2. Características de la hipoteca | 26 |
| 4.3. Requisitos de la hipoteca | 29 |
| 4.4. Prohibición de hipoteca de bien futuro | 30 |
| 5. DIRECTIVA N°009-2008-SUNARP/SN | 30 |
| 5.1. Antecedente a la Directiva N°009-2008-SUNARP/SN | 30 |
| 5.2. Contenido de la Directiva N°009-2008-SUNARP/SN | 31 |
| 5.3. Caso práctico: Resolución 1719-2009-SUNARP-TR-L | 36 |
| 6. PROPUESTA | 38 |
| 7. CONCLUSIONES | 41 |
| 8. BIBLIOGRAFÍA | 42 |

1. INTRODUCCIÓN

En la economía moderna, los créditos se han ganado un gran espacio debido a que permiten el acceso a recursos como bienes inmuebles con capitales de otros. No obstante, estos créditos suelen ir de la mano de garantías, ya sean personales (fianza, aval) o reales (prenda, hipoteca, anticresis o retención), mediante las cuales se pueda asegurar el cumplimiento de la obligación principal a fin de brindar seguridad jurídica al acreedor y deudor⁴.

En este contexto y dentro de las diferentes formas de adquirir inmuebles, la compraventa de inmuebles futuros (como departamentos en planos) financiados con créditos hipotecarios, goza un espacio de preferencia en los compradores al importar la posibilidad de obtener ahorros en un 20% comparado a otras modalidades⁵.

Es así que la figura frecuentemente aplicada es aquella en la que una inmobiliaria y un comprador celebran un contrato de compraventa de bienes futuros al amparo de la posibilidad recogida en el artículo 1532 del Código Civil, estableciendo como forma de pago el desembolso de un crédito hipotecario que recaería sobre los bienes aún no existentes, lo cual termina siendo considerado en la práctica como una hipoteca sobre bien futuro.

Esta práctica normalizada en el día a día de mercado inmobiliario, si bien parece una buena alternativa, se enfrenta con la prohibición expresa establecida en el artículo 1106 del Código Civil que señala “*No se puede constituir la hipoteca sobre bienes futuros*”. A partir de ello, se podría concluir que, a pesar de que en la práctica se usen las llamadas hipotecas sobre bienes futuros, las puertas estarían completamente cerradas a nivel legislativo.

No obstante, en vista de que el mercado inmobiliario se ha dinamizado y que las entidades financieras (dígase bancos) han flexibilizado sus procedimientos a fin de facilitar el acceso al crédito, tanto para el desarrollo de los proyectos inmobiliarios como para el financiamiento de las compraventas, y a que las condiciones legales no fueron de la mano

⁴ CANELO RABANAL, Raúl (2018) “Apuntes sobre la evolución de la hipoteca” En: “Tratado de la hipoteca” Jurista editores. Lima, Perú. Pp. 17-47.

⁵ CAVERO VELAOCHAGA, Miguel (2018) “La compra de un bien inmueble futuro” En: Diario Oficial El Peruano. Consulta: Setiembre, 2020. Disponible en: <https://elperuano.pe/noticia-la-compra-un-bien-inmueble-futuro-63644.aspx>

a esta adaptación en el tiempo, la Superintendencia de los Registros Públicos ha buscado dar una solución mediante la Resolución del Superintendente de los Registros Públicos N°340-2008-SUNARP/SN, en la cual se aprobó la Directiva N°009-2008-SUNARP/SN.

Esta directiva reconoce en su numeral 5.19 la procedencia de inscripción de actos de disposición e hipotecas sobre unidades inmobiliarias proyectadas (bienes futuros), en tanto tienen un correlato físico en el suelo del predio matriz, siempre que se inscriba previa o simultáneamente el acto de pre declaratoria de fábrica.

Como podemos apreciar, la regulación respecto a las llamadas hipotecas de bien futuro es confusa y contradictoria en tanto, por un lado, el Código Civil permite la compraventa de bienes futuros, pero prohíbe constituir hipotecas sobre los mismos; y, por otro, las normas de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), permiten la inscripción de hipotecas sobre unidades proyectadas (bienes futuros).

Frente a esta confusión, debo señalar que no era necesario que haya una prohibición expresa en el Código Civil (artículo 1106) ya que esta deriva de la propia naturaleza de las hipotecas y que la directiva N°009-2008-SUNARP/SN, si bien busca contribuir al mercado inmobiliario, su planteamiento no ha sido el más adecuado, como se desarrollará en próximas líneas. Pero ¿Dónde nace la confusión? La respuesta está en haber creado en la práctica la llamada hipoteca de bien futuro que es un imposible jurídico, cuando se debió emplear instituciones ya reguladas como la hipoteca constituida a condición recogida en el artículo 1105 del Código Civil, mediante la cual se podría garantizar el crédito que financie la compra de bienes futuros sin caer en contravenir nuestro ordenamiento.

Siendo que en la realidad domina el uso de la hipoteca de bien futuro, es importante esclarecer la confusión, por ello en las siguientes líneas se planteará un razonamiento mediante el cual el lector podrá comprender porqué no se puede constituir hipotecas sobre bienes futuros (departamentos en planos). Para ello, en el presente artículo se hará un análisis respecto a la regulación sobre la compraventa de bienes futuros; la existencia de los bienes; la noción de hipoteca y sus características; y, la Directiva N°009-2008-SUNARP/SN, a fin de identificar los problemas que conllevan en relación a la garantía en la compraventa de bienes futuros. Posterior al análisis de la regulación y problemas,

plantearé una propuesta de cuál sería un mejor camino a fin de ir de la mano con el dinámico mercado inmobiliario.

2.COMPRAVENTA DE BIEN FUTURO

Si bien el tema principal es la llamada hipoteca de bien futuro, debemos partir por analizar la compraventa de bienes futuros, en medida que, si no existieran estas transacciones, menos se podría hablar de una hipoteca sobre estos futuros inmuebles. Es por ello que me tomaré la libertad de retroceder un poco más; es decir, a la definición de la compraventa que ofrece nuestro Código Civil en su artículo 1529.

“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.”

De esta definición se desprenden dos elementos importantes, el primero es el bien cuya propiedad será transferida y el segundo es el precio que se pagará por el mismo.

Respecto a la noción “bien o bienes”, no hay una definición en el Código Civil peruano, no obstante, estos son el objeto de los derechos reales y comprenden las cosas⁶ como bienes corporales y derechos como bienes incorporeales, siendo estos susceptibles a ser el objeto de diferentes relaciones jurídicas⁷.

Los bienes pueden ser clasificados de diferente manera, como, por ejemplo, la clasificación de bienes que pueden ser materia de compraventa planteada por Castillo Freyre que distingue los bienes pasados, presentes y futuros; bienes propios y ajenos; bienes libres o gravados con garantías; bienes sobre los que no hay controversia, los litigiosos y los embargados; los bienes del patrimonio hereditario ya causado y del aún no causado; bienes determinados y determinables; y bienes comerciales.⁸

⁶ Siguiendo al profesor Avendaño, se diferencia cosas de bien en tanto este último es más amplio que el primero, que hace referencia, en términos jurídicos, a los objetos materiales de valor económico aptos de ser utilizados por las personas para satisfacer sus diferentes necesidades (apropiarse de ellos, transferirlos, entre otros).

⁷ AVENDAÑO ARANA, Francisco (2020) “Comentario al artículo 886 del Código Civil” En Código Civil Comentado, Tomo V, Lima, pp.26-34.

⁸ CASTILLO FREYRE, Mario (1992) “El bien materia del contrato de compraventa”. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. XIII. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Citado en: MURO ROJO, Manuel (2020) “Comentario al artículo 1532: Bienes que pueden ser objeto de compraventa” En: Comentarios al Código Civil, Gaceta Jurídica, Tomo VIII, Lima. Pp. 32-38.

La clasificación que se hace es a partir de las características que pueda tener cada bien, ya que a partir de ello se establecen las condiciones bajo las cuales se podrían celebrar negocios jurídicos como la compraventa sobre los mismos. Por ejemplo, tomando en cuenta la clasificación de bienes en muebles e inmuebles, recogidos en los artículos 885 y 886 del Código Civil, podemos ver que para la compraventa de los mismos las condiciones son diferentes, pues mientras que a los inmuebles no se exige una formalidad⁹, a los muebles se les exige la formalidad de la tradición¹⁰ (entrega efectiva del bien).

Teniendo presente la noción del bien y la amplia gama de clasificación de los mismos, veamos cuáles son las características con las que deben contar para la validez y eficacia de contratos de compraventa que se celebren sobre los mismos.

Para el jurista Manuel Muro Rojo¹¹, los parámetros que exige la ley son la existencia, la determinabilidad y la comerciabilidad del bien, de modo que si faltara alguno el contrato sería nulo.

- a. La existencia del bien: al respecto, el jurista en mención, señala que alude a este requisito a fin de dejar constancia de la posibilidad de admitir la venta de bienes que no existen al momento de la venta, pero que se espera que existan en el futuro. Así hace precisión de que el bien debiera tener la posibilidad de existir pues no tendría sentido contratar sin este elemento ya que de antemano sería un contrato nulo. Es así que se puede contratar válidamente sobre un bien existente al amparo del artículo 1529; o, sobre un bien futuro al amparo del artículo 1534 que establece expresamente que el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia.
- b. La determinabilidad del bien: este elemento es importante en medida que, si no fuera determinado o determinable el bien, ninguna de las partes conocería el objeto del contrato y no podría tampoco exigirlo ni satisfacer su interés. Por ejemplo, si uno contrata señalando como bien un carro sin más, ni el comprador

⁹ Código Civil: **Artículo 949.-** La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

¹⁰ Código Civil: **Artículo 947.-** La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente.

¹¹ MURO ROJO, Manuel (2020) “Comentario al artículo 1532: Bienes que pueden ser objeto de compraventa” En: Comentarios al Código Civil, Gaceta Jurídica, Tomo VIII, Lima. Pp. 32-38.

ni el vendedor podrían conocer plenamente cuál es el carro sobre el que se contrató, por lo cual el comprador no podría exigir alguno en particular pues no se tiene certeza de sobre qué auto se pactó. E incluso, así se celebre un contrato sobre un bien futuro, debiera establecerse elementos que permitan identificar el inmueble, como señalar la numeración, ubicación, metraje, anexas planos, entre otros.

- c. La comerciabilidad del bien: Este elemento se relaciona a la posibilidad jurídica de enajenar los bienes; es decir, que no estén prohibidos como la prohibición expresa de bienes de dominio público. Al respecto, si existe una prohibición expresa de enajenar un inmueble, este negocio jurídico sería nulo, por lo cual es importante que el bien materia de compraventa sea susceptible de comerciabilidad. Este elemento en relación a la compraventa de bien futuro, es superado en medida que uno podría, por ejemplo, comprar departamentos en planos y en caso pierda interés en los mismos, podría ceder su posición contractual a fin de evitar perder lo ya pagado, de lo cual vemos que si hay posibilidad de comerciabilidad.

Respecto al segundo elemento de la definición del artículo 1529 del Código Civil, es decir, el precio, debo señalar que en la práctica no es tan sencillo como que el comprador deba pagar al vendedor el precio del bien. La figura en este extremo implica, muchas veces, la participación de un tercero que financie la compraventa como suele ser a partir de los créditos hipotecarios otorgados por los bancos a los compradores. Siendo esta figura aplicada en la compraventa de inmuebles presentes como futuros.

Habiendo establecido el marco general de los contratos de compraventa y su elemento central (el bien), pasemos al análisis concreto del bien futuro y los contratos de compraventa sobre los mismos.

2.1. Concepto de bien futuro

Como he señalado en párrafos anteriores, existen diferentes clasificaciones respecto a los bienes, no obstante, en el presente artículo el análisis gira en torno a los bienes futuros

reconocidos en nuestro Código Civil, como se puede apreciar en los artículos 1409¹²; 1410¹³, 1534¹⁴, entre otros.

¿A qué nos referimos con la noción de bien futuro? Esta noción generalmente hace referencia a aquellos bienes que no tienen una existencia física; no obstante, no se limitan a ello ya que estos podrían físicamente existir como los departamentos de un edificio, pero que mientras no se encuentren independizados registralmente, se los concibe como futuros¹⁵.

Entre algunas definiciones relacionadas al concepto de bien futuro, podemos señalar las siguientes:

La que deriva del Derecho Romano (Digesto D.20.1.15.pr) que señala el sentido estricto del bien futuro como aquel que no existe en la naturaleza, pero que podría existir. Entonces se considera *“bien futuro” a las entidades inexistentes en la realidad material, pero que, en el curso ordinario, normal y regular de las cosas, se espera que lleguen a existir*¹⁶.

La señalada por Badenes: *“Son cosas futuras las que no tienen existencia real y positiva en el momento en que se presta el consentimiento para contratar sobre ellos, esto es, cosas corporales o incorporeales (derechos, créditos) que todavía no existen, in rerum natura, en algún sujeto, pero que pueden nacer”*¹⁷.

La señalada por Mejorada: *“En mi opinión, el bien futuro se define a partir de cómo se ha expresado el objeto del negocio, buscando el interés que las partes quieren proteger.*

¹² **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. [...]

¹³ **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.

¹⁴ **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.

¹⁵ AVENDAÑO, Jorge y Francisco AVENDAÑO (2017) “Derechos reales” En: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Colección <<Lo Esencial del Derecho >> Primera edición. Lima, 2017

¹⁶ GONZALES BARRÓN, Gunther (2018) “Hipoteca de bien futuro”. En Tratado de la Hipoteca, Jurista Editores. Lima, Perú. Pp.125-181

¹⁷ BADENES GASSET, Ramón “El contrato de compraventa. Tomo I. Barcelona: Bosch.p.142. Citado en: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (1997) “Compraventa de bien futuro” En: Revista Ius Et Veritas N°15. Lima.

No olvidemos que ese interés es lo más importante en el derecho patrimonial. Así, una cosa es que la calidad o cualidad del bien consideradas esenciales para las partes (según se desprenda de lo expresado en el acto o de la naturaleza jurídica del negocio al cual ellas se han remitido) no estén presentes aún, y otra muy diferente que ciertas condiciones materiales o legales relevantes, pero no esenciales para las partes no estén, aunque igualmente se espera que se cumplan en algún momento”¹⁸.

La señalada por el jurista Biondo Biondi¹⁹: *“Se puede hablar de “bien futuro” en un doble significado: a) Bienes futuros subjetivos, son aquellos que existen in rerum natura²⁰ pero que no forman parte del patrimonio del disponente; en todo caso se prevé o se confía que puedan pertenecerle en algún momento, sin que esto sea considerado como condición o presupuesto del negocio, el cual es válido sin más. Por tanto, en puridad se trata de bienes ajenos (no corresponden al patrimonio del disponente) y, en consecuencia, los negocios que sobre ellos se celebren tendrán eficacia puramente obligatoria. b) Bienes futuros objetivos, son aquellos que no existen ni en el patrimonio del disponente ni en el de ningún otro; por tanto, no están en la naturaleza (non in rerum natura) como entidades materiales o jurídicas, pero se prevé su futura existencia. Los ejemplos típicos son la casa en proyecto, el crédito del cual todavía no existe el título constitutivo, el derecho de autor de un libro que aún no se inicia o culmina, los frutos naturales no producidos o los frutos civiles no devengados”²¹.*

Por su parte, el profesor Gunther Gonzales Barrón señala que la noción técnica de bien futuro comprende como elementos un dato objetivo y uno causal de la siguiente manera: *“Dato objetivo: Se trata de bienes que no existen en la realidad material, o se trata de bienes que existen pero carecen de individualidad jurídica por ser partes integrantes (cosa que no existe). Dato causal: Se trata de bienes que se espera lleguen a ser, de*

¹⁸ MEJORADA CHAUCA, Martín Mejorada (2014) “Hipoteca sobre bienes futuros” En: Revista de Derecho Forseti, edición 24 N°2, Lima. Consulta: setiembre,2020. Disponible en: <http://forseti.pe/revista/derecho-civil-patrimonial/articulo/hipoteca-sobre-bienes-futuros>

¹⁹ BIONDI, Biondo (2003) “Los bienes”, traducción de Antonio de la Esperanza Martínez- Radio, Editorial Bosch, Barcelona. Pp. 264-265. Citado en GONZALES BARRÓN, Gunther (2018) “Hipoteca de bien futuro”. En Tratado de la Hipoteca, Jurista Editores. Lima, Perú. Pp.125-181.

²⁰ En la naturaleza de las cosas,

²¹ GONZALES BARRÓN, Gunther (2018) “Hipoteca de bien futuro”. En Tratado de la Hipoteca, Jurista Editores. Lima, Perú. Pp.125-181.

acuerdo con el curso ordinario y regular de los acontecimientos (cosa que ha de existir)”²²

Un bien futuro se puede definir a partir de lo que se considere como el punto de partida de su existencia; es decir, hasta que no se de esa condición que marque su existencia se hablará de un bien futuro. La existencia del bien será desarrollada en líneas posteriores. No obstante, para efectos del presente artículo, se concibe como bien futuro aquel que no existe *in rerum natura* (no existe en la realidad) cuando se celebró el contrato de compraventa, pero que cuenta con la posibilidad y expectativa de llegar a existir, con lo cual se cumplirían los elementos planteados por el jurista Muro Rojo, que son bienes que tienen la posibilidad de existir, que pueden ser determinables y susceptibles de comerciabilidad.

Respecto a este tipo de bienes, en el Código Civil plantea dos modalidades de compraventa sobre los mismos, que son *emptio rei speratae* (bienes futuros) y *emptio spei* (esperanza incierta). Modalidades que se desarrollan a continuación.

2.2. Modalidades de compraventa de bien futuro

Al respecto, nuestro código civil ofrece las siguientes modalidades de compraventa de bien futuro:

a) *La emptio rei speratae:*

Esta modalidad es la recogida en el artículo 1534 del Código Civil

“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” (subrayado por mi persona).

En este caso se hace referencia a que el comprador y vendedor celebran un contrato no aleatorio definiendo con certeza el derecho a la prestación y entidad de esta, es así que los efectos del contrato de compraventa se sujetan y condicen con la existencia real del bien de acuerdo a lo contratado y que en caso ello no ocurra, la compraventa será nula. Un ejemplo, es la venta de un ternero que

²² GONZALES BARRÓN, Gunther (2018) “Hipoteca de bien futuro”. En Tratado de la Hipoteca, Jurista Editores. Lima, Perú. Pp.125-181.

será parido por una vaca preñada y que en caso la vaca aborte se determina la nulidad del contrato por lo que nada debe el vendedor ni el comprador en medida que se había pactado de tal manera²³. En este extremo la finalidad es que el bien llegue a concretarse.

b) *La emptio spei*:

Esta modalidad es la recogida en los artículos 1535 y 1536 del Código Civil.

“Artículo 1535.- *Si el comprador asume el riesgo de la cuantía y calidad del bien futuro, el contrato queda igualmente sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia.*

Empero, si el bien llega a existir, el contrato producirá desde ese momento todos sus efectos, cualquiera sea su cuantía y calidad, y el comprador debe pagar íntegramente el precio” (subrayado por mi persona).

“Artículo 1536.- *En los casos de los artículos 1534 y 1535, si el comprador asume el riesgo de la existencia del bien, el vendedor tiene derecho a la totalidad del precio aunque no llegue a existir” (subrayado por mi persona).*

En esta modalidad, el vendedor y comprador celebran un contrato aleatorio confiando a la suerte la existencia del bien, siendo que el comprador asume el riesgo de que el bien llegue o no a existir y de que la existencia pueda darse en condiciones diferentes a las pactadas.

Siguiendo al profesor Torres Méndez²⁴, la “*emptio spei*”, es una modalidad de compraventa aleatoria y excepcional, en la cual quien asume el riesgo de la existencia del bien es el comprador, quien deberá pagar el precio pactado en el momento señalado contractualmente, independientemente de que el bien llegue a existir o no.

Un ejemplo es que se pacte la compraventa de una cosecha (asumiendo el comprador el riesgo de su existencia) y que esta no llegue a existir por cualquier

²³ ROPPO VINCENZO (2009) “El contrato” Traducción de Eugenia Ariano Deho. Gaceta jurídica , Primera edición, Lima, Perú. Pp.327.

²⁴ TORRES MÉNDEZ, Miguel (2020) “Comentario al artículo 1536: Compraventa de esperanza incierta” En: Comentarios al Código Civil, Tomo VIII, Lima. Pp. 51-52

motivo, en este caso el contrato sería válido y el comprador tendría que pagar lo pactado²⁵.

La compraventa de departamentos en planos se ubicaría en la modalidad *emptio rei speratae*, ello en medida que el comprador no asume el riesgo de la existencia del bien y, por el contrario, se procura establecer de la manera más clara las condiciones en las que debería existir el inmueble, señalando las condiciones que permitirían determinar el bien objeto de la compraventa como son una numeración, medidas aproximadas, ubicación en planos, cuadros de acabados, entre otros que podrían emplearse.

En el mercado inmobiliario, ninguna persona invertiría en comprar un bien asumiendo un riesgo tan alto como es la existencia del mismo, ello en medida que esta existencia depende exclusivamente del vendedor, quien debería asegurarse de que el bien llegue a existir en conformidad con lo pactado. Si se pactara bajo la *emptio spei*, sería más sencillo para las inmobiliarias no ejecutar el proyecto pues conservarían su derecho al pago total.

Por otro lado, podría alguien decir que la compraventa de bien futuro de departamentos podría tener un extremo de la *emptio spei* al establecerse, por ejemplo, cláusulas ad corpus que podrían considerarse como un riesgo asumido por el comprador respecto a la calidad de inmueble, no obstante, esta afirmación no sería acertada ya que el riesgo no es asumido exclusivamente por el comprador y que esta alternativa tiene un límite establecido en el Código Civil.

Veamos cómo funciona las cláusulas ad corpus a partir de este modelo de cláusula:

“SEXTA: AD CORPUS

*Las partes contratantes declaran expresamente que la compraventa de **LOS INMUEBLES** se efectúa ad corpus y que entre los mismos y el precio pactado existe la más perfecta y justa equivalencia por lo que si hubiese alguna diferencia, que a la fecha no perciben, se hacen de ella mutua gracia y recíproca donación, renunciando expresamente a cualquier acción que pretenda invalidar el presente contrato (subrayado por mi persona)”*

De ello podría parecer que hay un riesgo asumido por el comprador respecto a las

²⁵ ROPPO VINCENZO (2009) “El contrato” Traducción de Eugenia Ariano Deho. Gaceta jurídica , Primera edición, Lima, Perú. Pp.327.

condiciones de existencia del bien, no obstante, no es así ya que en este caso el riesgo es asumido por ambas partes (mutua gracia) y que tiene un límite marcado en el artículo 1577 del Código Civil, que señala lo siguiente:

“Compraventa ad corpus

Artículo 1577.- Si el bien se vende fijando precio por el todo y no con arreglo a su extensión o cabida, aun cuando ésta se indique en el contrato, el comprador debe pagar la totalidad del precio a pesar de que se compruebe que la extensión o cabida real es diferente.

Sin embargo, si se indicó en el contrato la extensión o cabida, y la real difiere de la señalada en más de una décima parte, el precio sufrirá la reducción o el aumento proporcional (subrayado por mi persona)”.

Es así que reafirmo lo señalado en el extremo de que la compraventa de departamentos en planos se enmarcaría en la modalidad de la *emptio rei speratae*.

2.3. Actores que participan en la compraventa de bien futuro

Siendo que se estableció el panorama general, veamos a modo ejemplo cómo se desarrollan las compraventas de bienes futuros a fin de ver la participación de los actores involucrados.

Como se ha señalado, la figura frecuentemente aplicada es aquella en la que una inmobiliaria y un comprador celebran un contrato de compraventa de bienes futuros al amparo de la posibilidad recogida en el artículo 1532 del Código Civil, estableciendo como forma de pago el desembolso de un crédito hipotecario que recaería sobre los bienes aún no existentes, lo cual termina siendo considerado en la práctica como una hipoteca sobre bien futuro.

De esta figura podemos ver que los actores que participan en estas transacciones son un promotor inmobiliario, un comprador y una entidad financiera. A continuación, veamos la participación de cada uno.

- a. Una inmobiliaria que es titular registral de un terreno en el cual desarrollará un proyecto inmobiliario de 7 pisos en los cuales habrá 14 departamentos, 28

estacionamientos y 14 depósitos, los cuales tendrán el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común. Para ello, el terreno cuenta con habilitación urbana y el proyecto cumple con los parámetros establecidos por la municipalidad donde se desarrollará el proyecto. Asimismo, la inmobiliaria de nuestro ejemplo deberá contar con licencia de construcción debidamente aprobada por la municipalidad correspondiente. No obstante, un proyecto de este nivel implica fuertes inversiones, para lo cual esta inmobiliaria gestionará un financiamiento al banco para desarrollar el proyecto, financiamiento que será garantizado mediante una hipoteca que recaerá sobre el terreno.

- b. Una entidad financiera (banco), la cual tiene una doble participación respecto a las transacciones materia del presente artículo: financiando la construcción y financiando la adquisición por los compradores.

Por un lado, la entidad financiera suscribe con la inmobiliaria un contrato respecto al financiamiento del proyecto inmobiliario en virtud al cual se constituye una hipoteca sobre el predio matriz donde se desarrollaría el mismo, en este se establece que la entidad financiera habilita dos líneas de crédito, que son las siguientes:

- i. Línea para la construcción: es la línea de uso exclusivo para el desarrollo del proyecto. Mediante esta, el banco realiza desembolsos conforme el cumplimiento de condiciones relacionadas al número de ventas y avance del proyecto. Para ello, el banco designa un supervisor de obra quien supervisará el avance mediante inspecciones mensuales, debiendo presentar un informe previo a la solicitud de cada desembolso o liberación de fondos. Es por ello que la inmobiliaria se compromete a realizar la construcción de la obra de acuerdo al proyecto, presupuesto de obra, planos, licencia y demás títulos habilitantes aprobados por la municipalidad y demás entidades competentes. Cualquier cambio en el proyecto y/o presupuesto y/o planos deberá ser previa y expresamente aprobado por el banco.
- ii. Línea para las ventas: es la línea que tiene por objeto facilitar la venta de las unidades inmobiliarias, destinada al desembolso de créditos

hipotecarios y emisión de cartas fianza (instrumento necesario cuando la entidad que financia el proyecto no es la que financia la adquisición del comprador, por lo cual, a fin de que esta última pueda desembolsar, se debe otorgar una carta fianza y mantenerla vigente hasta la inscripción de la hipoteca a nombre del cliente finalista).

Ambas líneas se encuentran respaldadas por la hipoteca constituida sobre el predio matriz donde se desarrolla el proyecto, así como, por otras garantías que pueda exigir el banco como un pagaré o fianza solidaria.

Por otro lado, la entidad financiera cumple un papel respecto al financiamiento de la compraventa sobre la unidad proyectada. Al respecto, el banco (promotor o no del proyecto) aprueba un crédito a favor del comprador a fin de cancelar el precio de las unidades proyectadas. Es así que el banco y el comprador suscribirán una cláusula adicional (de constitución de garantía hipotecaria) a la minuta de compraventa o una nueva minuta, y establecerán las condiciones respecto al crédito y a la hipoteca que lo garantiza.

Es justamente esta la llamada hipoteca sobre bien futuro, no obstante, no nos encontramos realmente frente a una, ya que en la cláusula adicional o minuta de constitución de garantía queda establecido que la inscripción de la hipoteca será cuando los bienes existan²⁶. En tal sentido, el banco es consciente de que los efectos de la hipoteca existirán recién cuando el inmueble exista, pues recién se podría inscribir en Registros Públicos, lo cual es un requisito para la validez de una hipoteca. En consecuencia, mientras esta hipoteca no alcance el registro mediante una inscripción, el banco quedaría aparentemente desprotegido, no obstante, este suele estar protegido por seguros que se exigen contratar a los compradores (seguro de desgravamen y seguro de riesgos).

- c. Un comprador, quien luego de encontrar el departamento que se ajuste a sus necesidades e intereses, recurrirá a una entidad financiera a fin de que esta financie su compra mediante el otorgamiento de un crédito garantizado por una hipoteca. Como ya lo he mencionado, el hecho de que haya una hipoteca en estas

²⁶ Ejemplo: “[...] la hipoteca que el cliente constituye en este acto se inscribirá en el registro de predios, una vez que se haya logrado la inscripción registral de la declaratoria de fábrica e independización del inmueble descrito [...]”.

transacciones ha dado lugar a hablar de una hipoteca de bien futuro ya que la misma estaría sujeta a los inmuebles que aún no existen. No obstante, este es un imposible jurídico, ya que no se puede hablar de hipoteca sobre un bien indeterminado, lo que en realidad sucede es que primero se firma un contrato de compraventa con efectos suspendidos, y, segundo, se firma un contrato de crédito hipotecario, cuya hipoteca recaerá en los inmuebles que no existían al celebrarse el contrato, pero que existirán. Es decir, la hipoteca garantizará un crédito otorgado para comprar un inmueble que no existe y cuya hipoteca recaerá sobre los inmuebles cuando lleguen a existir, por ello es que el término hipoteca sobre bien futuro no es correcta, pues la hipoteca será sobre un bien existente en su debido momento a pesar de que la obligación haya surgido cuando estos aún no existían.



El acápite desarrollado me ha permitido enmarcar la posibilidad de celebrar contratos de compraventa de bienes futuros como departamentos en planos en tanto se trata de bienes que tienen la posibilidad de existir, son determinables y no tienen prohibición. Asimismo, presentar que estas compraventas pueden ser financiadas por una entidad del sistema financiero (bancos) las cuales garantizarán el crédito otorgado mediante una hipoteca, pero que no es una hipoteca sobre bien futuro, sino una hipoteca que se constituirá sobre los inmuebles materia de la compraventa cuando los mismos ya existan y cuenten con

independización registral. Por ello, es importante determinar a partir de qué momento se puede considerar que un bien ya existe, lo cual será desarrollado en las siguientes líneas.

3. EXISTENCIA DEL BIEN

Respecto a la existencia de bien, podemos encontrar planteamientos interesantes como los siguientes:

- a. La planteada por el profesor José Carlos Fernández Salas²⁷ quien señala que un bien futuro es futuro (valga la redundancia) mientras el mismo no haya sido suficientemente transformado como para ser apto de ser utilizado por la persona. Explica ello señalando que un carro es un bien futuro cuando sus pernos, lata, cuero y otros se encuentran en la fábrica pues mientras no esté ensamblado, este no representa ninguna utilidad para el comprador. Diferente es el caso cuando hablamos de departamentos en planos, pues este a pesar de no contar todavía con la construcción puede ser utilizado en medida que hay un espacio a disposición del dueño (no hay imposibilidad de usar el inmueble, sino solamente una dificultad). Es a partir de esta última afirmación, que el profesor Fernández sostiene que un departamento en planos no es un bien futuro, sino presente ya que existe la posibilidad de utilizarlo²⁸ y, por tanto, podrían recaer hipotecas sobre los mismos.
- b. La directiva N°009-2008-SUNARP/SN señala que el predio es un bien presente con o sin construcciones en medida que estas son solo un aprovechamiento más del bien ya existente que de por sí se extiende en línea vertical hacia arriba y abajo por todo su perímetro. Señala así que las construcciones futuras o proyectadas en nada obstan a que estemos ante un bien presente, ya existente, real, y no ante un bien futuro. Asimismo, señala que a pesar de no contar con una realidad física completa o contar con una separación material, estas unidades cuentan con una porción existente que es el suelo que constituye el soporte físico de los departamentos proyectados y por tanto la hipoteca recaería sobre la parte real, sin perjuicio de extenderse sobre la parte proyectada cuando llegue a existir.

²⁷ FERNANDEZ SALAS, José Carlos (2014) “Departamentos en planos e hipoteca de bien futuro” En Gaceta civil y procesal civil - Tomo 14 - Artículo número 13. Pp. 131-142.

²⁸ El autor plantea como ejemplos de uso del espacio la posibilidad de colocar propagandas políticas, colocar cordeles para secar la ropa, volar drones

- c. Por su parte, el profesor Martín Mejorada Chauca²⁹ señala que *“la compraventa e hipoteca de “bienes futuros” son en realidad negocios sobre bienes actuales, pues los adquirentes acceden a una titularidad vigente, que es el derecho sobre el complejo de compromisos asumidos por el proyectista, el mismo que tiene carácter inmobiliario y, por lo tanto, es también un inmueble”*. La concepción del profesor Mejorada es que efectivamente los bienes físicamente no existen, pero que lo que existen son derechos prediales que comprometerían al proyectista y que son estos derechos los que pueden ser materia de contratos de compraventa (en virtud a que dentro de los bienes susceptibles de compraventa encontramos derechos), derechos que existen y tienen un carácter inmobiliario sobre los cuales sí podría constituirse una hipoteca la cual se trasladaría al objeto material.

Si bien estos planteamientos son interesantes, la existencia de un bien no debería ser definido a partir de la utilidad que se le pueda dar, sino debiera establecerse de manera objetiva de si está o no presente en la realidad. Así, los departamentos en planos en estricto son bienes futuros pues no existen en la realidad material a pesar de que haya un espacio para los mismos, o que el terreno donde se desarrollarán exista o si se configura una obligación de parte de la inmobiliaria. La respuesta es sencilla sin entrar a análisis que generan confusiones, los departamentos en planos no existen y por tanto son bienes futuros.

Pero, ¿a partir de qué momento se configura la existencia de los departamentos en planos? A continuación, veamos el proceso detrás de lo que determinará la existencia del bien, partiendo por los procedimientos previos a su edificación.

En el Perú, la ley que regula los procedimientos administrativos relacionados a la ejecución de proyectos inmobiliarios es la Ley N°29090 ya que en la misma se establecen los procedimientos correspondientes a la obtención de licencias de edificación, fiscalización de la ejecución de los proyectos, como la recepción y conformidad de obra de los mismos.

Para que una inmobiliaria llegue a desarrollar un proyecto y por tanto una edificación debe seguir algunos pasos, siendo las etapas marcadas las siguientes: a) el primero,

²⁹ MEJORADA CHAUCA, Martín Mejorada (2014) “Hipoteca sobre bienes futuros” En: Revista de Derecho Forseti, edición 24 N°2, Lima. Consulta: setiembre,2020. Disponible en: <http://forseti.pe/revista/derecho-civil-patrimonial/articulo/hipoteca-sobre-bienes-futuros>

relacionado a la obtención de una licencia de edificación, que es un acto administrativo mediante el cual las municipalidades otorgan autorización para la ejecución de las obras (artículo 7 de la Ley 29090); b) el segundo, la conformidad de obra.

Respecto a la licencia de edificación, la modalidad en la que se enmarcan los proyectos inmobiliarios son la modalidad B y C que hacen referencia a viviendas unifamiliares, multifamiliar, quinta y condominios, dependiendo de la cantidad de pisos y metraje. Esto determinará los requisitos según el tipo de obra (obra nueva, demolición, entre otros). En los siguientes gráficos, elaborados por el profesor Jorge Luis Gonzales Loli³⁰, podremos ver el procedimiento de obtención de licencias de edificación en las modalidades B y C establecido en la Ley 29090.

Modalidad B:



³⁰ GONZALES LOLI, Jorge Luis (s.f.) “Instituciones de Derecho Urbano: La edificación” [diapositiva] En: Material de enseñanza del curso de Derecho Urbanístico del Programa de Segunda Especialidad en Derecho Registral de la Pontificia Universidad Católica del Perú dictado el ciclo académico 2020-1.

Modalidad C:

Con intervención de la Comisión técnica:



Con la intervención de un revisor urbano:

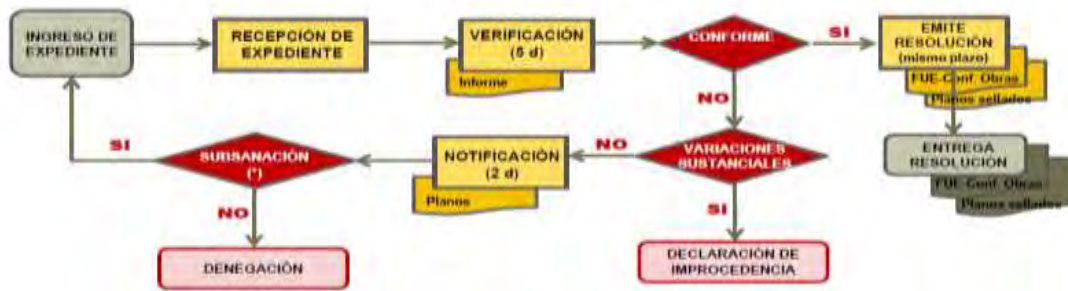


Una vez cumplido el procedimiento de obtención de licencias de edificación y comunicado el inicio de obra (cumpliendo lo señalado en los gráficos), la inmobiliaria podrá iniciar con el Desarrollo del Proyecto.

El segundo gran momento en el desarrollo de proyectos inmobiliarios, lo encontramos en el trámite de la conformidad de obra que se da una vez concluidas las obras de edificación mediante la descripción de las condiciones técnicas y características de la obra ejecutada, la cual se denomina declaratoria de edificación. Este documento, acompañado con los planos correspondientes motiva la solicitud de conformidad (artículo 28 de la Ley 29090).

Al respecto se debe tener presente que las obras pueden haberse desarrollado de acuerdo a lo establecido en la licencia otorgada o con variaciones no sustanciales. En los siguientes gráficos, elaborados por el profesor Jorge Luis Gonzales Loli³¹, podremos ver el procedimiento de obtención de la conformidad en ambos supuestos:

Conformidad de obra sin variaciones:



Conformidad de obra con variaciones en la modalidad A y B:



Si la subsanación de observaciones requiere la intervención física de la obra se otorgará plazo de 30 días. De no subsanarse en dicho plazo se declara improcedencia sin perjuicio de posibles demoliciones

Conformidad de obra con variaciones en la modalidad C y D:



Transcurrido el plazo sin pronunciamiento, se aplica el silencio administrativo positivo

³¹ GONZALES LOLI, Jorge Luis (s.f.) “Instituciones de Derecho Urbano: La edificación” [diapositiva] En: Material de enseñanza del curso de Derecho Urbanístico del Programa de Segunda Especialidad en Derecho Registral de la Pontificia Universidad Católica del Perú dictado el ciclo académico 2020-1.

Con esta conformidad es que se puede acceder al Registro mediante la inscripción de la declaratoria de fábrica que es la inscripción de una edificación en el registro de predios, en la cual se señalan las características y condiciones técnicas de la obra.

Si bien estas son las dos etapas que efectivamente vamos a encontrar en el desarrollo de proyectos inmobiliarios, la ley 29090 ha abierto la posibilidad de que los propietarios de los inmuebles puedan solicitar al Registro la anotación preventiva de una pre-declaratoria de fábrica que tendrá vigencia de un año (artículo 29.1 de la Ley 29090). En caso se opte por esta opción, en los proyectos inmobiliarios sujetos al régimen de propiedad exclusiva y común, deberá inscribirse también la pre-independización y el pre-reglamento interno.

Si bien esta es una figura no muy usada por las inmobiliarias, ya que elevaría sus costos, pues las mismas tienen conocimiento de que sus proyectos pueden tener modificaciones y el hecho de que haya una pre-declaratoria de fábrica inscrita, incrementaría costos para inscribir las modificaciones.

De acuerdo a lo señalado en el presente acápite, si bien hay propuestas interesantes que desarrollan el contenido de la existencia de los bienes, desde una interpretación objetiva y lógica, un departamento en planos es un bien futuro mientras no exista en la realidad material. Para llegar a existir, la Ley 29090 establece que se siga un procedimiento administrativo a fin de obtener los permisos de la municipalidad correspondiente para construir. Una vez construido el edificio, la municipalidad verifica que esta se haya desarrollado conforme a la licencia otorgada. A partir de este momento se considera la existencia física del inmueble; no obstante, si los departamentos carecen de individualidad jurídica por ser parte integrante de un edificio, siguiendo al profesor Gonzales Barrón³², estos aún no existirían.

Esta individualidad jurídica a la que se hace referencia en el párrafo anterior se consigue con la independización registral definida como el acto que consiste en abrir una partida registral para cada unidad inmobiliaria resultante de una desmembración de terreno, con edificación o sin ella; o, como consecuencia de la inscripción de una edificación sujeta al régimen de unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva y de propiedad común o régimen de independización y copropiedad.

³² GONZALES BARRÓN, Gunther (2018) "Hipoteca de bien futuro". En Tratado de la Hipoteca, Jurista Editores. Lima, Perú. Pp.125-181.

En conclusión, el bien, como edificio, existe físicamente con la conformidad de obra, pero los departamentos existirán con la independización.

4. HIPOTECA DE BIEN FUTURO

En una sociedad como la nuestra el acceso a créditos es un tema del día a día, es una parte importante de nuestra economía pues gracias a ellos las personas pueden emprender negocios, incrementar su consumo, adquirir inmuebles, entre otras opciones. No obstante, el acceso a estos créditos conlleva sujetarse a diferentes condiciones que permitan asegurar el interés del acreedor de poder recuperar el dinero prestado. Frente a este escenario, encontramos las garantías personales y reales como medios que permitan brindar tranquilidad al acreedor por el mencionado préstamo.

En tal sentido, siguiendo al profesor Raúl Canelo³³, las garantías personales encuentran su origen en la edad antigua donde el honor y la palabra era lo más importante para los ciudadanos, es así que consisten en que una o más personas responderían conjuntamente con el deudor por la obligación crediticia asumida. En nuestro ordenamiento encontramos como garantías personales la fianza (artículos 1868 al 1905 del Código Civil) y el aval (artículos 57 y 60 de la Ley de Títulos Valores). Por su parte, las garantías reales, que surgieron como respuesta a que la palabra deja de ser relevante, consisten en la afectación de un bien para asegurar el cumplimiento de la obligación, como sucede en la prenda, hipoteca, anticresis y la retención (reguladas en el Código Civil).

Por ello, siendo conscientes de que en la práctica se celebran contratos de compraventa de bienes futuros financiados por créditos hipotecarios, es importante ver la regulación sobre la materia a fin de detectar los problemas en ella para poder plantear soluciones. No se puede elegir el medicamento adecuado si no se conoce la enfermedad.

4.1. Concepto de hipoteca

Siguiendo al jurista Raúl Canelo Rabanal³⁴, la palabra hipoteca proviene de la palabra griega “*hiphoteke*” que significa “poner debajo” que es una figura usada por los griegos para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones ya que afectaban los bienes del deudor

³³ CANELO RABANAL, Raúl (2020) “Apuntes sobre la evolución de la hipoteca” En Tratado de la Hipoteca, Jurista Editores, Lima. Pp. 17-33

³⁴ CANELO RABANAL, Raúl (2020) “Apuntes sobre la evolución de la hipoteca” En Tratado de la Hipoteca, Jurista Editores, Lima. Pp. 17-33

colocando lápidas frente al bien hipotecado, sin que haya desplazamiento del bien, sino con la finalidad de poner en conocimiento a todos los posibles adquirentes que sobre el bien pesaba un gravamen.

Respecto a la hipoteca, en el ordenamiento peruano la encontramos regulada en el primer Código Civil Peruano (1852), que establece una definición y reconoció la hipoteca legal, judicial y convencional sobre inmuebles, en un contexto en el cual no existía un registro como el que conocemos hoy en día, ya que el registro de propiedad inmueble se creó el año 1888. Para el año 1936, se deja de lado la definición de la hipoteca y se olvidan las hipotecas judiciales, por otro lado, al igual que su antecesora, señala que, recae en inmuebles. Actualmente, el Código Civil de 1984 nos presenta una definición de hipoteca en su artículo 1097, el cual señala lo siguiente:

“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.”

De esta definición se puede desprender que la hipoteca es un derecho real pues se afecta un inmueble en respaldo del cumplimiento de una obligación, que generalmente se relaciona a una obligación de dar una suma de dinero. Esta no exige que el bien se entregue al acreedor ya que al exigirse como requisito su inscripción en el registro se asegura el crédito garantizado (artículo 1099 del Código Civil). El derecho de persecución implica que en tanto el deudor puede disponer del inmueble afectado, el acreedor tiene la facultad de perseguir el bien en manos de quien se encuentre, incluso si no es el deudor; por su parte, el derecho de preferencia significa que el acreedor hipotecario cobraría primero ante un concurso de acreedores. Finalmente, ante un incumplimiento respecto a la obligación de dar una suma de dinero, el acreedor no toma por su cuenta el inmueble afectado, sino debe acudir al poder judicial y seguir un procedimiento de ejecución de garantías, ello en conformidad a los artículos 720 al 724 del Código Civil³⁵.

³⁵ AVENDAÑO, Jorge y Francisco AVENDAÑO (2017) “Derechos reales” En: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Colección <<Lo Esencial del Derecho >> Primera edición. Lima. Pp. 131- 132

De esta definición se desprenden algunas de las características de la hipoteca como son que es inmobiliaria (en tanto recae sobre bienes inmuebles); que es accesoria (en tanto va de la mano y garantiza una obligación); entre otras las cuales desarrollaremos a continuación.

4.2. Características de la hipoteca

Siguiendo al profesor Avendaño³⁶, la hipoteca es un derecho accesorio, indivisible y especial. A continuación, veamos a que hace referencia cada una de estas características:

- a) **Accesorio:** Siguiendo al profesor Moisés Arata Solís³⁷ la accesoriedad dice que la relación obligacional – considerada a esos efectos como la relación principal – incide sobre la relación accesoria de garantía precisamente porque la segunda está funcionalmente construida para servir a la primera.

En otras palabras, esta característica hace referencia a la exigencia de que exista una obligación principal la cual será la garantizada, es decir, esta se constituye con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la obligación principal, que en los casos de compraventa de departamentos en planos, vendría a ser la obligación de dar una suma de dinero. Esta característica implica que la hipoteca está subordinada a la existencia, extensión y extinción de la obligación garantizada, es así que, si la obligación principal deja de existir o es declarada nula, la hipoteca seguiría la misma suerte, pues esta no puede tener una vida independiente.

Cabe señalar que en virtud al artículo 1097 del Código Civil, la obligación garantizada podrá ser propia o de un tercero.

- b) **Indivisible:** en virtud a lo señalado en el artículo 1102 del Código Civil, la hipoteca es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes hipotecados. La hipoteca no se puede dividir ya que es un todo, de ello se desprende que, si un inmueble hipotecado se divide en dos, la hipoteca no se divide, sino se traslada

³⁶ AVENDAÑO, Jorge y Francisco AVENDAÑO (2017) “Derechos reales” En: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Colección <<Lo Esencial del Derecho >> Primera edición. Lima. Pp. 132- 137.

³⁷ ARATA SOLIS, Moisés (2020) “La especialidad de la hipoteca” En Tratado de la Hipoteca, Jurista Editores, Lima. Pp. 61-93.

íntegra a la partida de cada uno de los inmuebles que nacieron de la división. Esta característica se relaciona también a la persecutoriedad.

- c) Especial: característica relacionada al principio de especialidad de la hipoteca que establece que la garantía debe recaer sobre un bien cierto y determinado el cual está recogido en el artículo 1100 del código Civil.

“Artículo 1100.- La hipoteca debe recaer sobre inmuebles específicamente determinados”.

El profesor Martín Mejorada señala que este principio se refiere a una condición intrínseca de todos los derechos reales³⁸ en medida que otorgan al titular poderes efectivos como el de persecutoriedad (reclamar el bien); preferencia y oponibilidad (gozar el bien con exclusión de los demás). Se cumple con este principio indicando el inmueble que se afecta en garantía señalando la dirección, inscripción registral, descripción de linderos, coordenadas, entre otros elementos que permitan identificar el bien³⁹.

Además de las características señaladas, la hipoteca también tiene las siguientes características:

- a) Es convencional en el extremo de que es pactada por las partes para garantizar el cumplimiento de una obligación, es decir, surgen a partir del acuerdo de las voluntades de las partes de respaldar una obligación con una garantía y así establecer el monto, forma de cancelación, sobre que inmueble se constituirá la hipoteca, entre otras posibles condiciones. Esta característica encuentra su excepción en las hipotecas legales que son constituidas de pleno derecho (artículos 1118 y 1119 del Código Civil).⁴⁰
- b) Tiene naturaleza temporal, es decir, la hipoteca se resuelve con el tiempo, sea por la cancelación de la obligación garantizada; por la realización del bien; o, por

³⁸ Como lo señala Mariani de Vidal “El objeto del Derecho Real es siempre una cosa cierta e individualmente determinada”. Citada en: VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique y Marco TORRES MALDONADO (2019) “Características de la hipoteca” Gaceta Civil y Procesal Civil N°67, Lima, pp.159-174.

³⁹ MEJORADA CHAUCA, Martín (2020) “La hipoteca y sus integrantes” En Tratado de la Hipoteca, Jurista Editores, Lima. Pp. 49-60.

⁴⁰ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique y Marco TORRES MALDONADO (2019) “Características de la hipoteca” Gaceta Civil y Procesal Civil N°67, Lima, pp.159-174.

extinción⁴¹. Esta temporalidad se desprende de que existe un plazo previsto para cumplir con la obligación que garantiza.

- c) La subsidiaridad: nos dice que lo que determina la actuación de la garantía es el incumplimiento del deudor⁴².
- d) Carácter inmobiliario: característica que también se desprende del artículo 1100 del Código Civil que señala que la hipoteca recae sobre inmuebles determinados.⁴³
- e) No hay desplazamiento del bien ni desposesión lo que implica que no existe entrega del inmueble al acreedor ya que esta se sustituye con la inscripción del gravamen en el Registro de Propiedad Inmueble como acto constitutivo para el nacimiento de la hipoteca. Solo se puede constituir eficazmente hipoteca sobre inmuebles inscritos.⁴⁴
- f) Publicidad, la cual se alcanza con su inscripción en el Registro de Propiedad Inmueble, que es un requisito para la validez de la hipoteca, recogido en el artículo 1099 del Código Civil. Es a partir de esta que la hipoteca puede hacerse valer ya que, si no se ha inscrito, no ha nacido ya que esta inscripción es constitutiva.⁴⁵

En virtud a las características señaladas, no es posible hablar de una hipoteca de bien futuro, a pesar de que en la práctica es más que común su uso. Ello a partir de que no hay posibilidad de determinar un bien que no existe, lo cual rompe con el principio de especialidad. Si bien podría decirse que mediante una pre independización o señalando características del bien sería determinable, ello no es suficiente para hablar de un inmueble específicamente determinado. Mientras el bien no exista, no se podría determinar el bien pues las características que se podrían consignar podrían cambiar e incluso, nunca llegar a existir.

⁴¹ ARIAS-SCHREIBER (2006) p.648, Citado en VARI ROSPIGLIOSI, Enrique y Marco TORRES MALDONADO (2019) “Características de la hipoteca” Gaceta Civil y Procesal Civil N°67, Lima, pp.159-174.

⁴² ARATA SOLIS, Moisés (2020) “La especialidad de la hipoteca” En Tratado de la Hipoteca, Jurista Editores, Lima. Pp. 61-93.

⁴³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (2012) “Casación N°2402-2012-LAMBAYEQUE” Sexto pleno casatorio. Pp. 53-54.

⁴⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (2012) “Casación N°2402-2012-LAMBAYEQUE” Sexto pleno casatorio. Pp. 53-54.

⁴⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (2012) “Casación N°2402-2012-LAMBAYEQUE” Sexto pleno casatorio. Pp. 53-54.

4.3. Requisitos de la hipoteca

Los requisitos de validez de la hipoteca se encuentran regulados en el artículo 1099 del Código Civil que estipula lo siguiente:

“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.”

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N°2402-2012-LAMBAYEQUE⁴⁶ señala lo siguiente:

- a) Quien constituye la hipoteca, consciente indirectamente la enajenación del inmueble ya que, frente al incumplimiento de la obligación, el acreedor estaría facultado a ejecutar la misma lo que devendría en la venta forzada del inmueble hipotecado. Es debido a esta posibilidad la importancia que quien constituya la hipoteca sea el propietario o quien esté autorizado, con plenas facultades (de capacidad y/o de representación) de lo contrario sería nula.
- b) En nuestra legislación, se pueden garantizar con una hipoteca todas las obligaciones como las de dar bienes ciertos, dar sumas de dinero, las de hacer y no hacer, pero la más frecuente es aquella que garantiza la obligación de pago de sumas de dinero. La obligación será determinada cuando esté perfectamente establecida en el contrato; y, determinable cuando no está determinada en el contrato, pero puede establecerse directa o indirectamente, sin necesidad de nuevo acuerdo de voluntades.
- c) El tercer requisito hace referencia a la exigencia de especificar el monto del gravamen sustentado en la necesidad de brindar seguridad a los terceros adquirentes de dominio del inmueble hipotecado o de un derecho real sobre él, favoreciendo, con ello, la circulación de bienes y propiciando el crédito general.

⁴⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (2012) “Casación N°2402-2012-LAMBAYEQUE” Sexto pleno casatorio. Pp. 55-

Si bien en la compraventa de bienes futuros mediante financiamientos podría determinarse la obligación que se garantizaría, no se cumpliría con el requisito de que el propietario constituya la hipoteca, pues la eficacia del contrato de compraventa de bien futuro esta sujeta a la existencia del mismo, por lo cual, mientras el inmueble no exista, no podemos hablar en estricto de un propietario. Otra señal respecto a que no se puede hablar de hipoteca de bien futuro es que no podría cumplirse con el tercer requisito de validez, pues mientras el inmueble no exista no podría inscribirse la hipoteca y que cuando se inscriba, pues el bien ya existiría, por lo cual, carece de lógica hablar de hipoteca sobre bien futuro.

4.4. Prohibición de hipoteca de bien futuro

La prohibición de la hipoteca de bien futuro se encuentra expresamente establecida en el artículo 1106 del Código Civil, que señala lo siguiente:

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

El fundamento principal de esta prohibición es que la llamada hipoteca de bien futuro no iría acorde a la teoría general de la hipoteca en tanto al ser un bien futuro, no tiene un propietario y que no sería posible determinar específicamente el inmueble sobre el que recaería la hipoteca.

Cabe señalar que, si bien es un imposible jurídico hablar de hipotecas sobre bienes futuros, ello no implica que el principio de especialidad sea abusivo o que desaliente la inversión y tráfico de inmuebles. Esta prohibición es respecto a una figura que se ha adaptado en la realidad ignorando tanto instituciones jurídicas establecidas en nuestro ordenamiento como otras posibilidades legales y posibles mediante las cuales el mercado inmobiliario podría continuar desarrollándose. En respuesta a esta afirmación, desarrollaré una propuesta en el sexto punto del presente artículo.

5. DIRECTIVA N°009-2008-SUNARP/SN

5.1. Antecedente a la Directiva N°009-2008-SUNARP/SN

Como antecedente a la Directiva N°009-2008-SUNARP/SN, hallamos la Directiva N°002-2003-SUNARP/SN, aprobada mediante la Resolución del Superintendente de los Registros Públicos N°030-2003-SUNARP/SN. Esta estableció normas a fin de regular la

inscripción de los contratos de compraventa de viviendas en proceso de construcción o en planos financiados por terceros, así como la obligación del Registrador de extender de oficio la hipoteca legal o hipoteca convencional que grave los bienes enajenados, una vez lleguen a existir.

Al igual que su sucesora, esta Directiva se enfrenta a la prohibición recogida en el artículo 1106 del Código Civil, no obstante, esta directiva ya llevaba consigo el discurso en pro del tráfico jurídico ya que señala expresamente que esta prohibición incide negativamente en el mismo.

Esta directiva establecía normas que regulaban la inscripción de los contratos de compraventa de viviendas en proceso de construcción o en planos, mediante el financiamiento de terceros, así como la obligación del Registrador de extender de oficio la hipoteca legal o la hipoteca convencional que grave los bienes enajenados cuando lleguen a existir.

Esta directiva no estuvo ni cerca de ser una solución respecto a la problemática entre la prohibición del 1106 y la realidad en la que se usan las llamadas hipotecas de bienes futuros, ello en medida que la directiva en mención estuvo mal planteada pues su finalidad era que se reconozca la obligación de perfeccionar la hipoteca mediante su inscripción, pero partió de la premisa de que las unidades proyectadas son bienes futuros (lo cual es acertado), y al hacer ello chocaba directamente con la prohibición del artículo 1106 del Código Civil. Por ello, la directiva N°009-2008-SUNARP/SN que es su sucesora, adopta la postura de que el bien no tiene una existencia absoluta, pero sí una respecto al suelo donde se construye, que es donde recaería la hipoteca, ello a fin de salvarse de la prohibición ya señalada (prohibición totalmente fundamentada).

5.2. Contenido de la Directiva N°009-2008-SUNARP/SN

El ordenamiento peruano prevé en el artículo 38 de la Ley 27157 (Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común) reconoce la existencia de los regímenes de propiedad exclusiva y propiedad común; y, el de independización y copropiedad, lo cual debe constar en el Formulario Único Oficial y debe inscribirse en el Registro correspondiente.

Respecto a los edificios de departamentos de uso residencial, comercial, industrial o mixto, conforme a lo establecido en el artículo 128 del Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley 27157 (Decreto supremo N°035-2006-VIVIENDA), estos deben adoptar obligatoriamente el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, el cual se encuentra definido en el artículo 129 del mismo cuerpo normativo.

“Artículo 129.- Concepto Es el régimen jurídico que supone la existencia de una edificación o conjunto de edificaciones integradas por secciones inmobiliarias de dominio exclusivo, pertenecientes a distintos propietarios, y bienes y servicios de dominio común. Cuentan con un Reglamento Interno y una Junta de Propietarios.

En el caso de los departamentos de un edificio, se habla de propiedad exclusiva y común en medida que, por ejemplo, los departamentos, debidamente independizados tendrán distintos propietarios, no obstante estos, habrá bienes y servicios de dominio común, como son el terreno, el uso del ascensor, entre otros, por lo cual se requiere de un Reglamento Interno que es un negocio jurídico que permite regular diferentes aspectos como las obligaciones y derechos de los propietarios de las secciones de propiedad exclusiva respecto a sus propiedades exclusivas y respecto a las de propiedad común; el régimen de administración de bienes, entre otros aspectos⁴⁷.

En relación a este régimen de propiedad, mediante la Resolución del Superintendente de los Registros Públicos N°340-2008-SUNARP/SN, se aprobó la Directiva N°009-2008-SUNARP/SN, con la finalidad de establecer los criterios para la calificación e inscripción del régimen de propiedad exclusiva y común. Esta directiva fue emitida a fin de simplificar y solucionar de forma flexible los problemas jurídicos que surgen en la calificación registral e inscripción de actos relacionados al régimen de propiedad materia de análisis, por lo cual establece lineamientos respecto a los reglamentos internos; a la condición de los aires y su transferencia; a la extensión de las unidades de propiedad exclusiva; a la junta de propietarios; a la extinción del régimen; a la procedencia de inscripción de actos de disposición e hipotecas sobre unidades inmobiliarias proyectadas, siendo esta última la parte pertinente a comentar.

⁴⁷ TORRES ÁLVAREZ, Hernán “Aplicación de las cláusulas de inalienabilidad en los reglamentos internos de propiedad horizontal: el caso de las habilitaciones urbanas de uso vacacional para playa” En: Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi, volumen I. Palestra editores, Lima. Pp.383-404.

En esta línea, esta directiva establece expresamente en el numeral 5.19 lo siguiente:

“Es procedente inscribir actos de disposición e hipotecas sobre unidades inmobiliarias proyectadas, en tanto tienen un correlato físico en el suelo del predio matriz, siempre que se inscriba previa o simultáneamente el acto de pre declaratoria de fábrica.

Una vez culminada la edificación, la inscripción se convierte automáticamente, en definitiva.

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

La directiva tiene una interesante propuesta respecto a la inscripción de hipotecas sobre unidades proyectadas, no obstante, veamos algunas apreciaciones respecto a lo establecido:

1. La directiva excede las competencias de la SUNARP pues la Superintendencia Nacional solo puede regular la función registral de inscripción (calificación e inscripción) y publicidad conforme al artículo 3 de la Resolución Suprema N°135-2002-JUS, pero no tienen competencia para regular cuestiones de Derecho Civil. A pesar de ello, parecería que la directiva pretende derogar la disposición del Código Civil que regula la prohibición expresa de constituir hipotecas sobre bienes futuros. Además de ello, se debe tener presente que los actos inscribibles no pueden ser creados por una directiva, sino por una ley.
2. La directiva señala que es procedente la inscripción de hipotecas sobre unidades proyectadas, no obstante, no se puede inscribir ningún acto en tanto no exista el bien y menos una partida electrónica. Para salvar el problema, la directiva señala como requisito la inscripción previa de la pre declaratoria de fábrica. No obstante, la pre declaratoria de fábrica no conlleva el efecto de crear partidas electrónicas como una pre independización a la cual no se hace referencia en la directiva.

Al respecto, la directiva pudo señalar en lugar de “inscripción” que se trataba de una anotación preventiva y establecer como requisito la anotación preventiva de pre independización. Aun así, conforme a la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N°339-2008-SUNARP/SN, solo se reconoce la posibilidad de inscribir de manera preventiva actos de disposición como compraventas, mas no hipotecas por el carácter constitutivo de su inscripción⁴⁸.

3. La directiva hace referencia a un correlato físico entre la unidad proyectada y el predio matriz, al respecto cabe preguntarnos ¿cómo puede haber una correlación física entre algo que existe (perdió matriz) y algo que no existe y no se tiene certeza de que vaya a existir?
4. La directiva señala que la inscripción se convertiría en definitiva de manera automática una vez culminada la edificación, no obstante, esta afirmación no es acertada. Por un lado, contraviene el principio de rogación en medida que las inscripciones no se hacen de oficio, sino a pedido de parte. Por otro lado, culminada la edificación la inscripción no podría ser de manera automática ya que la única forma en la que el registrador podría tomar conocimiento de que efectivamente la edificación ha culminado es tomando conocimiento del certificado de conformidad de obra. Es así, que si bien físicamente la edificación este terminada, se requiere la conformidad para poder inscribir definitivamente la declaratoria de fábrica, por tanto, no se puede hablar de que sea automática.
5. La directiva señala que en caso no se culmine la edificación y se cancelen las partidas independizadas de las unidades proyectadas, las inscripciones efectuadas se trasladan a la partida del predio matriz en el porcentaje que corresponda según la participación en las zonas comunes que se le habían asignado.

Al respecto, cabe precisar que no se cancelarían partidas independizadas, sino las pre independizadas. Resulta lógico que se traslade la anotación de compraventa al

⁴⁸ “**Artículo 50H.- Anotación preventiva de compraventa en las partidas pre independizadas:** La compraventa u otros actos análogos por los cuales el propietario se obligue a transferir la propiedad de las futuras secciones de propiedad exclusiva, se anotarán preventivamente en las partidas pre independizadas. La inscripción definitiva de dichos actos se efectuará simultáneamente con la inscripción de la declaratoria de fábrica y reglamento interno. Las anotaciones preventivas de los actos a que se refiere el párrafo anterior caducan de pleno derecho al operar la caducidad de la anotación preventiva de las respectivas pre independizaciones.”

predio matriz, no obstante, ¿sería lógico trasladar la anotación de una hipoteca? ¿de qué porcentaje estamos hablando? ¿cómo quedaría constituida la hipoteca? Recordemos que el predio matriz es de propiedad de la inmobiliaria y ya se encuentra hipotecado a favor del banco en virtud al contrato de financiamiento de proyecto. Como acreedor no le convendría anotar una suerte de pre hipoteca (como lo plantea la directiva) porque, por ejemplo, en caso el departamento no llegue a existir, su garantía se respaldaría en un porcentaje de un predio sobre el cual ya tiene constituida una hipoteca. Esta directiva no es aplicada por ello, ya que, como entidad financiera, antes de optar por constituir una hipoteca sobre un porcentaje, preferiría cobrar un seguro o asegurarse con cláusulas que permitan cobrar al comprador el integro del crédito ante la no existencia del inmueble.

En ese sentido, los compradores al celebrar contratos de bien futuro celebran contratos cuyos efectos están sujetos a la existencia de los bienes, por tanto, al no ser propietarios ni de una alícuota del predio matriz ¿cómo podría constituirse una hipoteca que garantice sus obligaciones en la matriz?

6. La directiva contraviene completamente con el principio de especialidad que señala que la hipoteca debe recaer sobre inmuebles específicamente determinados.

Por un lado, porque no se puede “determinar específicamente” un inmueble que aún no existe, pues aún así se puede consignar su numeración, mostrar planos, señalar medidas, no hay certeza en ello pues al no existir el inmueble podría variar en cualquier momento o incluso, no llegar a existir.

Por otro lado, porque se estaría creando una suerte de hipoteca alternativa, es decir, en otras palabras, la directiva nos dice, procede constituir hipoteca sobre bienes futuros o sobre el predio matriz dependiendo de lo que suceda con el proyecto inmobiliario. ¿cómo tener dos alternativas de hipoteca compatibiliza con que “la hipoteca debe recaer sobre inmuebles específicamente determinados”? Pues no lo hace.

Esta directiva si bien tuvo una buena intención, se extralimitó en su competencia y contravino una disposición expresamente regulada en el Código Civil (artículo 1106). Además de ello, su planteamiento no fue correcto, pues de lo señalado en tres párrafos se desprende que contraviene el principio de especialidad, el requisito de que quien

constituya una hipoteca sea el propietario registral, que plantea una hipoteca alternativa, entre otros problemas que se desarrollaron en párrafos anteriores.

5.3. Caso práctico: Resolución 1719-2009-SUNARP-TR-L

La Resolución N°1719-2009-SUNARP-TR-L presenta como sumilla lo siguiente:

“COMPRAVENTA E HIPOTECA DE BIEN FUTURO

De conformidad con el numeral 5.19 de la Directiva N°009-2008-SUNARP/SN aprobada por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N°340-2008-SUNARP-SN del 23.12.2008 es procedente inscribir actos de disposición e hipotecas sobre unidades inmobiliarias proyectadas, siempre que se inscriba previa o simultáneamente el acto de pre declaratoria de fábrica”

En el presente caso se solicitó la inscripción de la compraventa de un bien inmueble futuro y garantía hipotecaria otorgada por Milenium Edificaciones S.A. a favor de Erick Adelino Ruiz Escajadillo, con intervención del Banco Continental para el otorgamiento de la garantía hipotecaria. La cuestión principal consistió en determinar si procedía la inscripción de la rogatoria cuando las partidas pre independizadas de los predios sobre los que recaía el acto jurídico habían caducado. Al respecto, la sala del Tribunal Registral señaló que la inscripción de la rogatoria sí procedía por lo cual dispuso la inscripción del título.

Sin entrar, a los detalles del caso, me he permitido hacer referencia a esta resolución con la finalidad de que el lector pueda ver que, si bien no hay muchos casos, la directiva N°009-2008-SUNARP/SN ha sido aplicada en nuestro ordenamiento a pesar de la prohibición expresa recogida en el artículo 1106 del Código Civil.

Ahora bien, veamos con mayor detalle qué nos ofrece la resolución materia de comentario:

- a) Vendedora: propietaria de inmueble ubicado en Calle los Castaños N°422,434 y 438 de la urb. Contry Club, distrito San Isidro, inscrito en la partida 49081553, en el cual se desarrollaría un proyecto inmobiliario, del cual se vendió en planos el departamento 304, estacionamiento 39 y depósito 15.

- b) Se inscribieron en Registros los siguientes asientos: B0003 anotación de la pre declaratoria de fábrica del proyecto inmobiliario; B0004 anotación del pre reglamento interno de propiedad exclusiva y propiedad común; B0005 pre independización asignando a las unidades compradas sus respectivas partidas electrónicas: departamento 304 (PE. N°12215627), estacionamiento 39 (PE. N°12215569) y depósito 15 (PE. N°12215576); B0006 anotación de la junta de propietarios; y, B0007 pre modificación de área.
- c) Los asientos señalados fueron presentados el 15 de agosto de 2008 y no fueron prorrogados, por lo cual cumplido un año desde su inscripción (15 de agosto de 2009) y sin convertirse en definitivas, se extinguieron de derecho.
- d) La rogatoria de inscripción de compraventa de bien futuro e hipoteca fue presentada el 4 de agosto de 2009 (antes a la caducidad de los asientos)
- e) Se aprecia que la Registradora observó el título señalando que para proceder con su inscripción se requiere como acto previo que las partidas pre independizadas tengan carácter de definitivas. Asimismo, señaló solo cabe posibilidad de inscribir de manera preventiva actos de disposición, mas no hipotecas por el carácter constitutivo de su inscripción.
- f) En respuesta a las observaciones, el usuario modificó la rogatoria a anotaciones preventivas, por lo cual, la primera observación no tendría cabida. Respecto al segundo punto de la observación, bajo la directiva N°009-2008-SUNARP/SN *no* cabe duda de que sí procede que se inscriban hipotecas sobre bienes futuros ya que esto queda establecido expresamente en el numeral 5.19. que establece como requisito previo que se inscriba el acto de pre declaratoria de fábrica, requisito que efectivamente se había cumplido.
- g) Si bien los asientos habían caducado, por el principio de Prioridad Preferente (artículo IX del Título Preliminar del Reglamento General de los Registro Públicos), *“los efectos de los asientos registrales, así como la preferencia de los derechos que de estos emanan, se retrotraen a la fecha y hora del respectivo asiento de presentación, salvo disposición en contrario”*, procedía la inscripción, pues al momento de su presentación, los asientos aún no caducaban. Esto da lugar

a que en tanto las partidas de pre independización se cancelaron, el crédito no quede al descubierto, sino se trasladen las inscripciones al predio matriz.

Es así que esta resolución nos permite señalar que a pesar de lo establecido en la Directiva N°009-2008-SUNARP/SN , la registradora hizo una observación en el extremo de la imposibilidad de inscripción de una anotación preventiva de hipoteca de bien futuro por su carácter constitutivo.

El caso en referencia nos permite ver que la concepción aceptada comúnmente es la que reconoce efectivamente la prohibición del artículo 1106 del Código Civil. No obstante, al haber una directiva que señala expresamente la procedencia de inscribir este tipo de actos, podría darse en la práctica como ha sucedido en el caso en comentario. Por ello, es necesario que se esclarezca la problemática respecto a la llamada hipoteca de bien futuro, a fin de evitar que se inscriban actos ilegales que contravengan un artículo expreso de nuestro ordenamiento y la naturaleza de la institución de la hipoteca.

6. PROPUESTA

La propuesta que propongo tiene dos extremos, por un lado, emplear una figura ya recogida en el Código Civil, pero que ha sido ignorada por el mercado inmobiliario; por otro, replicar la regulación de Argentina en el extremo de elevar las exigencias a las inmobiliarias a fin de brindar protección al comprador, que es la parte que mayor riesgo asume en este tipo de operaciones.

- a. En nuestro ordenamiento existe una figura que podría ser perfectamente empleada para establecer una garantía respecto al financiamiento en la compraventa de bienes futuros finan y es la recogida en el artículo 1105 que señala lo siguiente:

“Artículo 1105.- La hipoteca puede ser constituida bajo condición o plazo.”

Este artículo recoge la hipoteca sujeta a modalidad la cual resulta “innovadora” en el Código Civil de 1984 en tanto no estaba prevista en el de 1936.

Como señala el profesor Ricardo Beaumont Callirgos⁴⁹, la condición hace referencia a un acontecimiento futuro e incierto del que depende la producción de

⁴⁹ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo (2020) “hipoteca sujeta a modalidad” Comentario al artículo 1105 del Código Civil. En Código Civil Comentado, Tomo V, Lima, pp.870-874.

los efectos de un negocio y que esta debe ser necesariamente lícita y posible física y jurídicamente.

Es así que, en un contrato de compraventa de un bien futuro, mediante el financiamiento de un crédito hipotecario, se podría tranquilamente establecer que la hipoteca estaría sujeta a la condición suspensiva de que se inscriba la declaratoria de fábrica, independización y reglamento interno en el Registro de Inmuebles de las unidades proyectadas, dejando así la mala práctica de la llamada hipoteca de bien futuro.

Aplicando este artículo, la hipoteca estaría constituida respetando la teoría general de la hipoteca y da la posibilidad de que llegue al Registro Inmobiliario a fin de que goce de oponibilidad y publicidad.

- b. Otro punto importante relacionado a las compraventas de bien futuro financiados mediante créditos financieros está vinculado a cómo asegurar que el inmueble llegue a existir, porque en caso esto no suceda, la hipoteca constituida a plazo no llegaría a surtir efectos y no cumpliría la finalidad para la cual fue constituida. Es por ello, que es importante establecer una medida legal que permita garantizar la existencia del inmueble.

Respecto a este punto, una alternativa interesante es la aplicada en Argentina donde se admite el instituto de la pre horizontalidad.

En Argentina, la ley 19.724, señalaba que la protección a los compradores de bienes futuros se alcanzaba mediante la publicidad registral y oponibilidad a terceros de los créditos de los adquirentes de bienes futuros. No obstante, este criterio fue derogado por el Código Civil y Comercial, mediante el cual se estableció en su artículo 2071 lo siguiente⁵⁰:

“Seguro obligatorio. Para poder celebrar contratos sobre unidades construidas o proyectadas bajo el régimen de propiedad horizontal, el titular del dominio del

⁵⁰ LOPEZ, María Fernanda (2018) “Desarrollos Inmobiliarios bajo el Régimen de Prehorizontalidad y el Seguro Obligatorio previsto en el art. 2071 del Código Civil y Comercial” En: Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios, N°19, marzo. (Consulta, 5 de diciembre de 2020). Disponible en: https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=27820e2e9ede4630896e738cef7d06f6&hash_t=ca21e9d623a7913d396347a4a7dfc393

inmueble debe constituir un seguro a favor del adquirente, para el riesgo del fracaso de la operación de acuerdo a lo convenido por cualquier razón, y cuya cobertura comprenda el reintegro de las cuotas abonadas con más un interés retributivo o, en su caso, la liberación de todos los gravámenes que el adquirente no asume en el contrato preliminar.

El incumplimiento de la obligación impuesta en este artículo priva al titular del dominio de todo derecho contra el adquirente a menos que cumpla íntegramente con sus obligaciones, pero no priva al adquirente de sus derechos contra el enajenante.” (Subrayado por mi persona).

Si bien la implementación y aplicación de una disposición de este tipo se enfrentaría a problemas de qué tipo de seguro sería, la elevación de los costos en las transacciones, de si existen aseguradoras que podrían soportar la magnitud de los proyectos inmobiliarios, entre otros; es importante que se establezcan alternativas que permitan garantizar el cumplimiento de la obligación de la inmobiliaria.

En una sociedad como la nuestra, acostumbrada a la informalidad que da lugar a que existan inmobiliarias que hacen de las suyas estafando a compradores confiados, sería interesante elevar los estándares y uno de ellos, sería que en la ley 29090 se pueda implementar como condición para la venta de unidades proyectadas que la inmobiliaria deba contratar un seguro que garantice la existencia de las unidades que son objeto de los contratos de compraventa de bienes futuros. Esto permitiría dotar de mayor seguridad jurídica las transacciones.

La propuesta de cómo se implementaría esta condición para las inmobiliarias será materia de otro trabajo. No obstante, no está de más que se tome en consideración en tanto podría importar efectos positivos en relación a las compraventas de bienes futuros financiadas con créditos hipotecarios.

7. CONCLUSIONES

a. Existen diferentes formas de clasificar los bienes, dentro de las cuales se encuentran los bienes futuros. Nuestro ordenamiento recoge la posibilidad de celebrar contratos de compraventa sobre los mismos, como departamentos en planos en tanto se trata de un bien que tiene la posibilidad de existir, es determinable y puede ser comercializado.

b. La existencia física de los inmuebles se define con la conformidad de obra, pero la de los departamentos existirán con la independización, ya que hasta ese momento serían parte integrante de un edificio.

c. Los actores que participan en los contratos de compraventa de bienes futuros financiados mediante créditos hipotecarios son una inmobiliaria promotora; una entidad financiera que por un lado financia el proyecto y por otro las compraventas, financiamientos que serán respaldados por sus respectivas hipotecas y seguros; y, un comprador que asume el mayor riesgo.

d. En la práctica se hace uso habitual del concepto “hipoteca de bien futuro” lo cual contraviene la disposición expresa del artículo 1106 del Código Civil y teoría general de las hipotecas, que establece como elemento fundamental, entre otros, el principio de especialidad.

e. Si bien en la compraventa de bienes futuros mediante financiamientos podría determinarse la obligación que se garantizaría, no se cumpliría con el requisito de que el propietario constituya la hipoteca, pues la eficacia del contrato de compraventa de bien futuro está sujeta a la existencia del mismo, por lo cual, mientras el inmueble no exista, no podemos hablar en estricto de un propietario del inmueble.

f. Otra señal respecto a porque no se puede hablar de hipoteca de bien futuro es que no podría cumplirse con el tercer requisito de validez, pues mientras el inmueble no exista, no existiría una partida electrónica y por tanto no podría inscribirse la hipoteca.

g. En su intento de brindar una solución frente a la realidad, la Superintendencia de los Registros Públicos aprobó La Directiva N°002-2003-SUNARP/SN, la cual estuvo mal planteada, pues su finalidad era que se reconozca la obligación de perfeccionar la hipoteca mediante su inscripción, pero partió de la premisa de que las unidades proyectadas son

bienes futuros (lo cual es acertado), y al hacer ello chocaba directamente con la prohibición del artículo 1106 del Código Civil.

h. En un segundo intento de la Superintendencia de los Registros Públicos, aprobó La Directiva N°009-2008-SUNARP/SN, mediante la cual se extralimita en sus competencias y cuyo planteamiento no fue adecuado e medida que contraviene el principio de especialidad de las hipotecas, el requisito que la hipoteca sea constituida por el propietario registral, que plantea una hipoteca alternativa, entre otros desaciertos.

i. Si bien la Directiva N°009-2008-SUNARP/SN está plenamente vigente, esta no ha sido aplicada, salvo algunos casos excepcionales como en la Resolución 1719-2009-SUNARP-TR-L. No obstante, es importante corregir un error manifiesto dejando sin efecto la directiva.

j. Dos alternativas para hacer frente, son, por un lado, que se haga uso de las hipotecas sujetas a condición suspensiva que está recogida en el artículo 1105 del Código Civil. Por otro lado, implementar una obligación a las inmobiliarias de contratar seguros que permitan garantizar la existencia de sus proyectos.

8. BIBLIOGRAFÍA

ARATA SOLIS, Moisés

(2020) “La especialidad de la hipoteca” En Tratado de la Hipoteca, Jurista Editores, Lima.

AVENDAÑO, Jorge y Francisco AVENDAÑO

(2017) “Derechos reales” En: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Colección <<Lo Esencial del Derecho >> Primera edición. Lima, 2017

AVENDAÑO ARANA, Francisco

(2020) “Comentario al artículo 886 del Código Civil” En Código Civil Comentado, Tomo V, Lima.

BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo

(2020) “Hipoteca sujeta a modalidad” Comentario al artículo 1105 del Código

Civil. En Código Civil Comentado, Tomo V, Lima.

CANELO RABANAL, Raúl

(2018) “Apuntes sobre la evolución de la hipoteca” En: “Tratado de la hipoteca”
Jurista editores. Lima, Perú.

CAVERO VELAOCHAGA, Miguel

(2018) “La compra de un bien inmueble futuro” En: Diario Oficial El Peruano.

Consulta: Setiembre, 2020.

Disponible en: <https://elperuano.pe/noticia-la-compra-un-bien-inmueble-futuro-63644.aspx>

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

(2012) “Casación N°2402-2012-LAMBAYEQUE” Sexto pleno casatorio.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel

(1997) “Compraventa de bien futuro” En: Revista Ius Et Veritas N°15. Lima.

FERNANDEZ SALAS, José Carlos

(2014) “Departamentos en planos e hipoteca de bien futuro” En Gaceta civil y
procesal civil - Tomo 14 - Artículo número 13.

GONZALES BARRÓN, Gunther

(2018) “Hipoteca de bien futuro”. En Tratado de la Hipoteca, Jurista Editores.
Lima, Perú.

GONZALES LOLI, Jorge Luis

(s.f.) “Instituciones de Derecho Urbano: La edificación” [diapositiva] En:
Material de enseñanza del curso de Derecho Urbanístico del Programa de
Segunda Especialidad en Derecho Registral de la Pontificia Universidad
Católica del Perú dictado el ciclo académico 2020-1.

LOPEZ, María Fernanda

(2018) “Desarrollos Inmobiliarios bajo el Régimen de Prehorizontalidad y el

Seguro Obligatorio previsto en el art. 2071 del Código Civil y Comercial”
En: Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios, N°19,
marzo. (Consulta, 5 de diciembre de 2020). Disponible en:
[https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=27820e2e9ede4630896e738
cef7d06f6&hash_t=ca21e9d623a7913d396347a4a7dfc393](https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=27820e2e9ede4630896e738cef7d06f6&hash_t=ca21e9d623a7913d396347a4a7dfc393)

MEJORADA CHAUCA, Martín

(2014) “Hipoteca sobre bienes futuros” En: Revista de Derecho Forseti, edición
24 N°2, Lima. Consulta: setiembre,2020. Disponible en:
[http://forseti.pe/revista/derecho-civil-patrimonial/articulo/hipoteca-sobre-
bienes-futuros](http://forseti.pe/revista/derecho-civil-patrimonial/articulo/hipoteca-sobre-bienes-futuros)

(2020) “La hipoteca y sus integrantes” En Tratado de la Hipoteca, Jurista Editores,
Lima.

MURO ROJO, Manuel

(2020) “Comentario al artículo 1532: Bienes que pueden ser objeto de
compraventa” En: Comentarios al Código Civil, Gaceta Jurídica, Tomo
VIII, Lima.

ROPPO VINCENZO

(2009) “El contrato” Traducción de Eugenia Ariano Deho. Gaceta jurídica,
Primera edición, Lima, Perú.

SUPERINTENDENCIA DE LOS REGISTROS PÚBLICOS

(2008) Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos
N°340-2008-SUNARP/SN

TORRES ÁLVAREZ, Hernán

(S.f) “Aplicación de las cláusulas de inalienabilidad en los reglamentos internos
de propiedad horizontal: el caso de las habilitaciones urbanas de uso
vacacional para playa” En: Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi,
volumen I. Palestra editores, Lima.

TORRES MÉNDEZ, Miguel

(2020) “Comentario al artículo 1536: Compraventa de esperanza incierta” En:
Comentarios al Código Civil, Tomo VIII, Lima.

TRIBUNAL REGISTRAL

(2009) Resolución N°1719-2009-SUNARP-TR-L. Resolución: 20 de noviembre
de 2009. Consulta: setiembre, 2020. Disponible en:
https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud_res2.asp

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique y Marco TORRES MALDONADO

(2019) “Características de la hipoteca” Gaceta Civil y Procesal Civil N°67, Lima.

