

LA INSCRIPCIÓN DE LA COMPRAVENTA E HIPOTECA SOBRE BIENES FUTUROS EN EL MERCADO INMOBILIARIO: ¿BIENES PRESENTES O FUTUROS?

THE REGISTRATION OF THE PURCHASE AND MORTGAGE ON FUTURE ASSETS IN THE REAL ESTATE MARKET: PRESENT OR FUTURE ASSETS?

Marco Antonio Villota Cerna*
Pontificia Universidad Católica del Perú
Notaría Villota

This article deals with the registration in the public records of the apartments to be built and the projected housing lots, because of the prohibition of article 1106 to constitute a mortgage on future assets. For this, the positions that consider that we would find ourselves in front of present goods are analyzed and the figure of the preventive annotation as a mechanism for future assets that have a pre-independence access to the registry.

In this line, the advantages of the pre-independence of apartments to be built and projected housing lots are studied, to preventively record the sale and mortgage in its case; and how this would constitute a form of guarantee for the buyers of these real estate units and the banks financing these acquisitions. Likewise, a study is made of the sale and purchase of future assets, of financing and guarantees in real estate projects; and how the figure of pre-independence could contribute to boost the real estate market. Finally, the conclusions and proposals of this work are expressed.

KEYWORDS: Registration; public records; future assets; buy and sell; mortgage.

El presente artículo trata sobre la inscripción en los registros públicos de los departamentos por construir y de los lotes de vivienda proyectados, a raíz de la prohibición del artículo 1106 de nuestro Código Civil de constituirse hipoteca sobre bienes futuros. Para ello, se analizan las posturas que consideran que nos encontraríamos frente a bienes presentes y la figura de la anotación preventiva como un mecanismo para que accedan al registro bienes futuros que cuenten con una preindependización.

En esta línea, se estudian las ventajas de la preindependización de departamentos por construir y de lotes de vivienda proyectados, para anotar preventivamente la compraventa e hipoteca en su caso y cómo ello constituiría una forma de garantía para los compradores de estas unidades inmobiliarias y los bancos financiadores de estas adquisiciones. Asimismo, se hace un estudio de la compraventa e hipoteca de bienes futuros, de la financiación y garantías en los proyectos inmobiliarios y de cómo la figura de la preindependización podría contribuir para dinamizar el mercado inmobiliario. Finalmente, se expresan las conclusiones y las propuestas del presente trabajo.

PALABRAS CLAVE: Inscripción; registros públicos; bienes futuros; compraventa; hipoteca.

* Abogado. Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Estudios de Doctorado en la PUCP. Docente de los cursos de Contratos Típicos y de Responsabilidad Civil de la Facultad de Derecho de la PUCP. Notario de Lima (Perú). Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1636-0364>. Contacto: villota.ma@pucp.edu.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 14 de marzo de 2023, y aceptado por el mismo el 5 de junio de 2023.

I. INTRODUCCIÓN

El mercado inmobiliario en el Perú ha tenido un importante crecimiento en los últimos años, a pesar de la crisis por la pandemia del COVID-19, la inestabilidad política y el aumento de las tasas de interés por el problema de la inflación. Este crecimiento se ha debido a las condiciones macroeconómicas de nuestro país y a la activa participación de los sectores involucrados: promotores, empresas constructoras, entidades del sistema financiero y el Estado. Para ello se han utilizado una serie de instrumentos jurídicos, tales como los fideicomisos, la compraventa de bien futuro, la hipoteca de bien futuro, la garantía mobiliaria, la fianza, entre otros.

En el caso de la hipoteca de bien futuro, esta ha tenido un importante desarrollo para financiar al promotor de los proyectos inmobiliarios y a los clientes en la adquisición de las unidades inmobiliarias (García Hamilton, 2018), a pesar de la prohibición del artículo 1106 del Código Civil que señala que “no se puede constituir la hipoteca sobre bienes futuros” (1984). Para ello se ha establecido una estructura en virtud de la cual hay una hipoteca principal que grava el predio matriz y la compraventa e hipoteca sobre las unidades inmobiliarias recién se inscriben en registros públicos cuando los bienes son independizados.

Las futuras unidades inmobiliarias no son inscritas en los registros públicos, porque todavía no cuentan con una existencia física ni con una partida independiente. En estos casos, las compraventas e hipotecas se consideran sujetas a condición de que el bien exista, conforme al artículo 1534 del Código Civil que señala que la venta de bien futuro está sujeto a condición suspensiva y al artículo 1105 que permite constituir hipoteca sujeta a condición o plazo (1984). No obstante, en el ámbito registral existe la figura de la preindependización, que permite independizar preventivamente el futuro lote de vivienda o departamento a construir y anotar preventivamente la compraventa y la hipoteca en su caso. El artículo 38 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN, permite la preindependización de los lotes que integran la habilitación urbana; y el artículo 39 del mismo Reglamento permite anotación preventiva de la compraventa garantizada (2013).

En el caso de los departamentos a construir, los artículos 72 y 73 del citado Reglamento permiten la preindependización de las unidades inmobiliarias; y el artículo 76 del mismo Reglamento permite la anotación preventiva de la compraventa y de otros actos análogos como la hipoteca (2013).

La figura de la preindependización no ha sido muy difundida en el sector inmobiliario y tampoco ha sido promovida por el gobierno con menores costos de inscripción, ni ha existido un tratamiento uniforme entre las preindependizaciones de los lotes de vivienda y de los departamentos a construir, porque, por ejemplo, en el caso de las habilitaciones urbanas, la preindependización se realizará por el plazo que dure la licencia de habilitación (3 años prorrogable por un año más) y solamente podrá anotarse la compraventa garantizada y la cesión de posición contractual; mientras que, en el caso de la preindependización de futuros departamentos, el plazo de la preindependización es de un año, prorrogable mientras no caduque la licencia de edificación y se puede anotar preventivamente no solamente la compraventa, sino también la hipoteca.

Si bien la figura de la preindependización tiene un carácter temporal y está sujeta a la inscripción definitiva, otorga una serie de ventajas, porque permite anotar preventivamente la compraventa y –en su caso– la hipoteca sobre bienes futuros. Constituye una forma de garantía para los compradores, porque la Directiva 009-2008-SUNARP/SN, aprobada por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 340-2008-SUNARP-SN, que establece los criterios para la calificación e inscripción del régimen de propiedad exclusiva y común, permite trasladar dichos actos jurídicos al predio matriz en el porcentaje correspondiente a los bienes comunes en caso no exista inscripción definitiva (artículo 5.19) y, finalmente, facilita la circulación de los bienes y el desarrollo del mercado inmobiliario; sin perjuicio de la existencia de otras garantías que se puedan constituir (2008).

En el presente artículo efectuaremos un estudio de la compraventa e hipoteca de bien futuro en el Perú, respecto de lotes de vivienda y departamentos por construir, para efectos de determinar los alcances de la prohibición del artículo 1106 del citado Código si nos encontramos frente a bienes presentes o futuros y cómo la figura de la preindependización, como anotación preventiva no afecta los alcances de la citada norma. Asimismo, efectuaremos un estudio de las ventajas de la preindependización en los lotes de vivienda (habilitación urbana) y en los departamentos a construir (edificación), y cómo puede convertirse en una garantía para los compradores de estas unidades proyectadas y para los bancos financiadores de estas compras. Finalmente, haremos un análisis sobre la situación de los departamentos ya construidos y cómo la figura de la preindependización hubiera ayudado a contar con un respaldo con una inscripción sobre el predio matriz.

Recientemente, próximo a publicarse este artículo, se ha publicado el Decreto Legislativo 1568, Decreto Legislativo del Régimen de Propiedad Horizontal, que ha mantenido la figura de la preindpendización de las unidades inmobiliarias, de los departamentos por construir (art. 7). Sin embargo, parece haber limitado la anotación preventiva sobre estas partidas a los contratos de transferencia de propiedad de las unidades inmobiliarias, sin hacer referencia a la hipoteca u otros actos análogos a que se refiere el artículo 76 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (Resolución 097-2013-SUNARP-SN). Esperemos que esta situación pueda ser corregida en el Reglamento del citado Decreto Legislativo y que se recojan en una futura regulación las propuestas que se plantean en el presente artículo, a fin de poder dinamizar el mercado inmobiliario.

II. LA COMPRAVENTA DE BIEN FUTURO

A. El concepto de bien materia de la compraventa

El artículo 1532 del Código Civil señala que pueden venderse bienes existentes o que puedan existir, siempre que sean determinados o susceptibles de determinación y cuya enajenación no esté prohibida por la ley (1984). Es decir, pueden venderse bienes presentes o bienes futuros. En ambos casos, es requisito que el bien sea determinado o determinable, porque en caso contrario, cuando el bien es indeterminable, nos encontraremos frente a un acto nulo conforme al artículo 219, inciso 3, del Código Civil (1984). El profesor Badenes Gasset sostiene como requisitos del bien los siguientes: (i) que tenga existencia real o posible; (ii) que se encuentre dentro del comercio lícito; y (iii) que sea determinable (1995, pp. 116-126). Estos requisitos deben encontrarse presentes al momento de la celebración del contrato de compraventa y guardan relación con la validez del acto jurídico, pero la existencia o determinación específica del bien es una circunstancia que tiene que ver más con la eficacia, con los efectos del contrato.

El artículo 1407 del Código Civil permite que un tercero escoja el bien y el artículo 1409 del mismo Código faculta celebrar contratos sobre bienes futuros, gravados o litigiosos, incluso la compraventa de bienes ajenos (1984). Es decir, para la validez del contrato es solamente necesario que el bien sea determinado o determinable; mientras que, para la eficacia del contrato, el bien debe encontrarse determinado o tiene que ser ya de propiedad del vendedor. De esta manera, nada impide celebrar contratos de compraventa sobre bienes futuros o bienes ajenos. Si el bien no llega a existir o el vendedor no adquiere la propiedad (en la hipótesis en que ambas saben que el bien es ajeno), el contrato

no será nulo, sino que se habrá resuelto por imposibilidad de su objeto. La diferenciación entre validez y eficacia nos permitirá distinguir cuándo el bien futuro puede ser materia de derecho real, porque una cosa es el requisito del bien como objeto del contrato y otra el requisito del bien como eficacia de aquél.

B. El concepto de bien futuro

No existe un criterio unívoco de lo que se considera como bien futuro. Para Badenes Gasset, son aquellos que no tienen existencia real y positiva al momento de contratar, pero que pueden nacer (1995, p. 141).

El profesor Massimo Bianca, citado por el doctor De La Puente y Lavalle, sostiene que la venta de cosas futuras comprende:

- 1) Las cosas que no existen aún *in natura*; 2) las cosas existentes *in natura* que no son de propiedad de alguien y son susceptibles de ocupación; 3) los productos aún no formados en su individualidad económica; y 4) los productos naturales aún no desprendidos de la cosa madre e insusceptibles de propiedad separada (1999, pp. 49-50).

Mientras que para Biondi, citado por Gunther Gonzales Barrón, se distingue entre: (i) bienes futuros subjetivos, que son aquellos que existen en la naturaleza, aunque que no forman parte del patrimonio del disponente, pero que se confía pueden pertenecerle en algún momento; y (ii) bienes futuros objetivos, que son aquellos que no existen en el patrimonio del disponente ni en ningún otro lado, no existen en la naturaleza (*non in rerum natura*), pero se prevé su futura existencia (2018, pp. 125-126). Para el propio Gonzales Barrón, el bien futuro comprende dos hipótesis concretas: (i) los bienes que no existen hoy en la realidad física (*res non in rerum natura*); y (ii) los bienes que existen hoy en la realidad física, pero que al ser parte integrante de otro bien carecen de individualidad jurídica (*res in rerum natura*) (2018, p. 131).

Considero que los denominados bienes futuros subjetivos no son —en estricto— bienes futuros, porque se trata de bienes presentes, solo que pertenecen a otra persona. De otro lado, las cosas que no pertenecen a nadie o *res nullius*, citado por el profesor Massimo Bianca, propiamente no serían bienes futuros, porque se trata de bienes presentes, solo que todavía no han sido materia de apropiación, como, por ejemplo, los peces del río o del mar. En ese sentido, solamente podrían ser considerados como bienes futuros aquellos que no existen físicamente en la naturaleza (*non in rerum natura*) y aquellos que existen en la na-

LA INSCRIPCIÓN DE LA COMPRAVENTA E HIPOTECA SOBRE BIENES FUTUROS EN EL MERCADO INMOBILIARIO:
¿BIENES PRESENTES O FUTUROS?

turalidad, pero que carecen de individualidad física o jurídica (*in rerum natura*). En este último caso se encuentra, por ejemplo, el ganado que está por nacer, los frutos de las cosechas no separados, las partes integrantes de un inmueble, entre otros. La individualización se puede dar por un hecho físico, como, por ejemplo, con el nacimiento de las crías o la separación de los frutos; o con un evento jurídico como, por ejemplo, con la separación de la parte integrante de un bien o con la independización de parte de un predio. En todos los casos, para que califique el bien como futuro, es requisito que sea probable que llegue a existir.

1. El caso de la venta de departamentos por construir

La discusión que se presenta es si en el caso de los departamentos por construir nos encontramos frente a bienes futuros o bienes presentes, porque, si fuera el primer caso, no habría un derecho real mientras el bien no exista; mientras que, en el segundo caso, ya habría un derecho real que sufriría transformación con la construcción del bien. En ambas perspectivas no existe discusión de que puede haber un contrato de compraventa sobre bien futuro, pero la discusión se traslada a si nos encontramos frente a un derecho real y –sobre todo– a si es posible su inscripción en los registros públicos. El derecho real tiene las características de ser exclusivo y oponible a terceros, y para ello es necesario que exista, según lo sostiene el profesor Díez-Picazo (2008, p. 168).

En el caso de la compraventa de departamentos por construir, un sector de la doctrina considera que nos encontramos frente a bienes presentes, pero susceptibles de transformación. Esta posición es defendida por el doctor Gunther Gonzales Barrón, que sostiene lo siguiente:

En tal contexto, ¿qué pasa con las unidades inmobiliarias de los edificios meramente proyectados o en curso de edificación?, ¿son bienes futuros o no? Sobre el particular debe indicarse que estas unidades proyectadas sí cuentan con una base física objetiva, que es el suelo, sobre el que necesariamente deberán asentarse. Así pues, aun cuando los departamentos futuros no existan, siempre existe el suelo que constituye el soporte físico de dichos departamen-

tos; lo que se ratifica si tenemos en cuenta que el titular de la unidad inmobiliaria en construcción ya es cotitular del suelo. En consecuencia, no se trata de bienes futuros absolutos, sino bienes en transformación o en germen (2018, pp. 178-179).

Esta misma posición, de que los departamentos por construir son bienes presentes y no futuros, es sostenida por la Directiva 009-2008-SUNARP-SN en cuanto refiere en el artículo 5.19 lo siguiente:

Es procedente inscribir actos de disposición e hipotecas sobre las unidades inmobiliarias proyectadas, en tanto éstas tienen un correlato físico en el suelo del predio matriz, siempre que se inscriba previa o simultáneamente el acto de predeclaratoria de fábrica [...]¹ (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 340-2008-SUNARP-SN, 2008).

Es decir, se trataría de un bien presente que tendría un correlato en un derecho sobre el predio matriz que se extendería luego sobre el departamento proyectado.

Para otro sector de la doctrina, los departamentos por construir son bienes presentes referidos a un derecho sobre inmueble inscribible en el registro, en aplicación del inciso 10 del artículo 885 del Código Civil (1984). Esta posición es defendida por Mejorada Chauca, quien sostiene lo siguiente:

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 tanto es también un bien inmueble. Si esto es así los titulares de derechos pueden ejercerlos con carácter oponible desde el momento en que nacen y hacerlos circular con total confianza, lo que permitiría, por ejemplo, que la hipoteca sobre proyectos pueda ejecutarse (2014, p. 67).

Para el citado autor, la venta de departamento en planos sería una limitación del derecho al vendedor que configuraría un supuesto del inciso 5 del artículo 2019 del Código Civil (restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito) y que, por tanto, sería un derecho sobre bien inmueble

¹ Los fundamentos de la Directiva 009-2008-SUNARP-SN ratifican esta posición, cuando se sostiene lo siguiente:

[...] Así pues, aun cuando los departamentos futuros no existan, siempre existe el suelo que constituye el soporte físico de dichos departamentos; ello se ratifica si tenemos en cuenta que el titular de la unidad inmobiliaria en construcción ya es co-titular del suelo sobre el que se asentará el edificio, según el estatuto normativo de régimen de propiedad exclusiva y común, y por tanto la hipoteca no recae sobre un bien futuro (por lo menos, no totalmente), sino sobre un objeto complejo: una parte que ya tiene una realidad física (suelo) y otra parte proyectada; en tal caso, la hipoteca puede existir ya sobre la parte real, sin perjuicio de extenderse sobre la parte proyectada cuando ésta también exista (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 340-2008-SUNARP-SN, 2008).

inscribible en el registro conforme al artículo 885, inciso 10, del Código Civil (1984)².

Nótese que ambas posiciones están formuladas –sobre todo– para superar la prohibición del artículo 1106 del Código Civil, de acuerdo con el cual no cabe la hipoteca sobre bienes futuros (1984), y para explicar la anotación preventiva de la compraventa e hipoteca de los departamentos en planos. Considero que ambas posiciones resultan atractivas, pero considerar en el primer caso que nos encontramos frente a bienes presentes, porque existiría una base física sobre el suelo, no explicaría que todavía no existe un derecho sobre una parte material del bien, sino en todo caso una copropiedad sobre el suelo y, en el segundo caso, si bien podría considerarse que la venta en planos constituye una carga o limitación del derecho del propietario sobre el terreno, en aplicación del artículo 2019, inciso 5, del Código Civil, ello exigiría representar un porcentaje de acciones y derechos para afectar la partida matriz, y para la anotación preventiva requeriría de una preindependización del departamento por construir.

En mi opinión, en el caso de departamentos por construir o en planos debe distinguirse, por un lado, el contrato de compraventa y, por otro lado, el bien materia de éste. El contrato de compraventa genera la obligación de ambas partes: del vendedor, de transferir la propiedad del bien, y del comprador, de pagar su precio en dinero, conforme al artículo 1529 del Código Civil (1984). Además, el vendedor tiene la obligación de perfeccionar la transferencia del bien, conforme al artículo 1549 (1984). En el caso de bienes inmuebles existentes, por la teoría del consensualismo recogida en el artículo 949 de la referida norma, la sola obligación de enajenar un bien inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario (1984). La duda que surge es qué pasa en el caso de los bienes futuros, por cuanto no existen al momento de celebrarse el contrato. Los bienes futuros adquieren existencia cuando se encuentran presentes física o jurídicamente. En el caso de bienes futuros *non in rerum natura*, estos adquieren realidad cuando existen físicamente, por ejemplo, una construcción o el ganado que nace. En cambio, los bienes futuros *in rerum natura* adquieren existencia cuando son separados física o jurídicamente de un bien principal, por ejemplo, un lote de un predio matriz, los frutos

de la cosecha, entre otros. En el caso de departamentos por construir o en planos se presenta una dicotomía, porque los departamentos no existen físicamente, pero el comprador tiene un derecho sobre el suelo, que es un bien común y sobre el futuro departamento que se está por construir. El artículo 40, literal a), 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 Propiedad Común³, establece que son bienes comunes, entre otros, el terreno sobre el que está construida la edificación (1999). El derecho que tendría el comprador sobre el suelo sería en todo caso unas acciones y derechos sobre éste, conforme al artículo 969 del Código Civil (1984), pero propiamente no podríamos estar hablando de un derecho de propiedad sobre el departamento, porque el mismo no existe físicamente, dado que no existe una parte material sobre la cual recaer el derecho de propiedad. En todo caso, el comprador tiene un derecho de crédito sobre el departamento que se está por construir y, en su caso, un derecho de copropiedad sobre el terreno en el cual se hará la edificación. Esto último es lo que explicaría que, en caso se anote preventivamente el contrato de compraventa y que la construcción no se llegue a concluir y se cancelen las partidas preindependizadas, se traslade en la partida matriz el porcentaje que las unidades inmobiliarias representan en las zonas comunes; conforme al artículo 5.19 de la Directiva 009-2008-SUNARP-SN (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 340-2008-SUNARP-SN).

Sin embargo, considero que la figura que mejor explica el acceso al registro de la compraventa de departamentos por construir es la anotación preventiva, porque es la que permite relacionar el contrato de compraventa de bienes futuros como derecho de crédito con el derecho real cuando el bien llegue a tener existencia. Me explico. Nuestro sistema jurídico se ha estructurado sobre la distinción entre derechos personales y derechos reales, lo cual ha tenido influencia en el ámbito de la inscripción en los registros públicos, porque, conforme al artículo 2019 del Código Civil (1984), salvo excepciones, solamente acceden a registros los actos y contratos que constituyen, declaren, transmitan, extingan, modifiquen o limiten derechos reales sobre inmuebles. Esto ha limitado la inscripción de otros derechos, máxime cuando

² Al respecto, Mejorada Chauca sostiene lo siguiente:

En definitiva el manajo de derechos que surgen en favor del comprador de un bien que es parte de un proyecto, constituye una verdadera carga actual sobre el predio base (terreno u otro), que se convierte en una limitación del derecho inscrito y por tanto es inscribible (artículo 2019, inciso 5, del Código Civil) y es un bien inmueble (2014, p. 63).

³ Recogido en el literal a) del artículo 12 del reciente Decreto Legislativo 1568 (2023).

LA INSCRIPCIÓN DE LA COMPRAVENTA E HIPOTECA SOBRE BIENES FUTUROS EN EL MERCADO INMOBILIARIO: ¿BIENES PRESENTES O FUTUROS?

los derechos reales tienen el carácter de *numerus clausus*. En ese sentido, no se podría inscribir una compraventa sobre bienes futuros, porque todavía no existiría el derecho real.

La figura de la anotación preventiva permite superar esa situación, porque faculta preinscribir o anotar preventivamente un contrato de compraventa que luego se perfeccionará con la inscripción definitiva cuando el bien llegue a existir. Según Jerónimo González, citado por el profesor Díez-Picazo, las llamadas preinscripciones surgieron en el derecho alemán en el siglo XVIII como asientos provisionales que garantizaban el ejercicio de acciones de modificación de una situación jurídica real (2008, p. 483). Existían una serie de preinscripciones, pero la que más nos interesa era la llamada *protestationes pro conservando iure et loco*, que tenía por finalidad conservar la facultad de inscribir un derecho real existente fuera del registro y asegurar la inscripción de aquellos contratos que originan una obligación de inscribir⁴ (Díez-Picazo, 2008, p. 483). El profesor Díez-Picazo explica la función de este asiento provisional que calza exactamente con el caso de la compraventa sobre bienes futuros: “La preinscripción (*Vormerkung*) es un asiento provisional, mediante el cual se da cabida en el Registro a una acción o derecho de carácter personal, tendente a producir una modificación jurídico-real en la situación registral de la finca” (2008, p. 483).

En ese sentido, las anotaciones preventivas de la compraventa e hipoteca de bienes futuros tienen por finalidad que accedan al registro derechos que están en formación o que tienen vocación de derecho real según Atard, para superar la distinción entre derechos reales y personales del cual hablaba Serrano, ambos citados por el profesor Díez-Picazo (2008, pp. 487-488 y 497)⁵.

El artículo 64 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 126-2012-SUNARP-SN, señala que las anotaciones preventivas son asientos provisionales y transitorios que tienen por finalidad reservar la prioridad y advertir la existencia de una eventual causa de modificación del acto

o derecho inscrito (2012). Esta definición calza con el caso de la compraventa de bien futuro de los departamentos por construir, porque se busca reservar la prioridad de dicho contrato y, además, advertir de la modificación de dicha situación cuando el bien llegue a tener existencia. Para ello, en el caso de los departamentos por construir, es necesario que se haga la predeclaratoria de fábrica y la preinscripción del reglamento interno, a fin de que se pueda preindependizar las partidas por cada departamento. El artículo 72 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios regula la anotación preventiva de la predeclaratoria de fábrica y el artículo 73 la anotación preventiva del prereglamento interno en la partida matriz, lo que permitirá que se preindependicen las partidas por cada departamento y se anoten allí la compraventa y otros actos análogos como la hipoteca, conforme al artículo 76 del citado Reglamento (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN, 2013).

Una vez que se culmine la construcción, se procederá a efectuar la declaratoria de fábrica y a solicitar a la Municipalidad la conformidad de obra, para luego solicitar su inscripción mediante Formulario Único de Edificaciones (en adelante, FUE) y lograr la conversión en inscripción de la predeclaratoria de fábrica y del prereglamento interno, y que las preindependizaciones de las unidades sean definitivas, convirtiéndose en definitivas también la compraventa e hipoteca, conforme al artículo 77 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN, 2013). El plazo de vigencia de las anotaciones preventivas y de lograr la conversión en definitiva es de un año a partir del asiento de presentación, prorrogable por el mismo plazo antes de su vencimiento, conforme al artículo 75 del mismo Reglamento (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN, 2013). En ningún caso la anotación preventiva puede superar el plazo de vigencia de la licencia de edificación, que es de 3 años, prorrogable por un año más. La anotación preventiva tiene el beneficio de la ‘retroprioridad’, porque los actos se entenderán inscritos a partir de la fecha del asiento de presentación de la anotación preventiva,

⁴ Los otros asientos provisionales según Jerónimo González, citado por el profesor Díez-Picazo, eran: (i) la *protestationes pro conservandis exceptionibus*, cuya finalidad era proteger al acreedor contra los actos dispositivos que pudiera realizar el titular según el Registro; y (ii) las *protestationes de non amplius intabulando vel non disponendo*, motivadas por mandamientos judiciales que tendían a conservar el *statu quo* registral, mediante el embargo de fincas y de derechos (2008, p. 483)

⁵ Aunque el profesor Díez-Picazo discrepa de esas posiciones señalando que la anotación preventiva tiene por finalidad enervar la protección de la fe pública registral cuando se vende el bien a un tercero. No obstante, considero que dicha finalidad no es incompatible con la finalidad que accedan al registro derechos o acciones que tienen vocación de derecho real (2008, pp. 487-488 y 497).

conforme al artículo 68 del Reglamento General de los Registros Públicos, de tal manera que la compraventa e hipoteca se entenderán inscritas a partir de la fecha del asiento de presentación de la anotación preventiva y no a partir de su conversión en inscripción definitiva (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN, 2013).

Ahora bien, la conversión de los bienes futuros a presentes de los departamentos por construir puede producirse extraregistralmente, cuando dichos bienes lleguen a tener existencia. Ello plantea la discusión de cuándo se produce ello: si es a nivel de casco habitable o cuando el inmueble cuenta con los acabados. Sin embargo, registralmente ello solo se producirá cuando se logre la independización de los departamentos mediante la inscripción de la fábrica y el reglamento interno o de la conversión en definitiva de la anotación preventiva de la predeclaratoria de fábrica y del prereglamento interno.

2. El caso de la venta de los futuros lotes de vivienda

En el caso de los lotes de vivienda nos encontramos frente a un supuesto de bienes futuros *in rerum natura*, porque existen en la naturaleza, pero forman parte de un predio matriz del cual han de independizarse. Extraregistralmente, estos bienes se convertirán en presentes cuando se encuentren perfectamente delimitados en cuanto a sus linderos y medidas perimétricas; pero, a nivel registral, tienen un tratamiento diferente. En el caso de predios rurales, la independización se efectúa en mérito de documento privado otorgado por el propietario, con firma legalizada por notario, acompañada de los certificados y planos correspondientes, conforme al artículo 64 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN).

En el caso de predios urbanos, la independización se efectúa en mérito del Formulario Único de Habilitación Urbana (en adelante, Fuhu), anexo F, y el plano municipal de subdivisión, debidamente sellados y visados, conforme al artículo 60 del referido Reglamento. Específicamente, en el caso de los lotes de terreno con fines de habilitación urbana, previamente se obtiene la licencia de habilitación urbana según la modalidad correspondiente, que es la autorización que permite ejecutar las obras de accesibilidad a fin de convertir un predio rústico en urbano; para luego solicitar municipalmente la recepción de obras y, posteriormente, su inscripción mediante el Fuhu, con la resolución de recepción de obras, el plano de trazado, lotización de los lotes, entre otros, conforme el artículo 40 del ci-

tado Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN).

La inscripción de la recepción de obras es la que genera la independización de los lotes que conforman la habilitación urbana, conforme al artículo 41 del referido Reglamento, y, a partir de allí, tienen una partida independiente para proceder a inscribir la compraventa e hipoteca que recaigan sobre dichos lotes. No obstante, existe el mecanismo para efectuar la preindependización de los lotes antes de que se culmine con la ejecución de las obras de habilitación urbana y lograr la anotación preventiva del contrato de compraventa. El artículo 35 permite anotar preventivamente el proyecto de habilitación urbana, con el Fuhu presentado a la municipalidad, debidamente sellado y con el número de expediente, con el plano de trazado y lotización (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN, 2013).

A su vez, el artículo 38 del mismo Reglamento permite preindependizar los lotes que integran la habilitación urbana y el artículo 39 permite anotar preventivamente la compraventa garantizada y, en su caso, la cesión de posición contractual (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN, 2013). El texto originario del artículo 21 del Texto Único Ordenado de la Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, aprobado por Decreto Supremo 006-2017-VIVIENDA, regulaba las habilitaciones urbanas con construcción simultánea, dentro de la cual se encontraba el supuesto del inciso a) de autorización para suscribir contratos de compraventa garantizada de lotes, que implicaba que el comprador podría solicitar a su vez la licencia de edificación para construir simultáneamente su vivienda (2017). Esta norma ha sido modificada por el Decreto Legislativo 1426, Decreto Legislativo que modifica la Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, que ahora solo hace referencia a la habilitación urbana con construcción simultánea, lo que implicaría que cualquier modalidad de esta podría ser materia de anotación preventiva (2018).

La anotación preventiva de la compraventa garantizada y, en el caso de la cesión de posición contractual, permite que cuando se proceda a la recepción de obras y a la independización de los lotes se pueda inscribir definitivamente la compraventa garantizada, gozando del beneficio de la 'retroprioridad' del artículo 68 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 126-2012-SUNARP-SN). No obstante, el artículo 39 del Reglamento de Ins-

cripciones del Registro de Predios autoriza a anotar solamente la compraventa garantizada de los lotes y la cesión de posición contractual, pero no permite anotar preventivamente las hipotecas, ni las ventas posteriores que se producen sobre el inmueble (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN).

En ese sentido, la preindependización de los lotes de la habilitación urbana constituye un mecanismo interesante para la circulación del crédito, pero tiene el limitante de que está restringido solamente a la anotación preventiva de la compraventa y de la cesión de posición contractual, mas no de otros actos de disposición o gravamen.

C. La naturaleza jurídica de la compraventa de bienes futuros

Se suele distinguir en los bienes futuros entre el *'emptio rei speratae'* (venta de cosa esperada) y *'emptio spei'* (venta de esperanza). En el primer caso, es un bien que es probable que llegue a existir; en el segundo caso, nos encontramos frente a una esperanza incierta. La venta de departamentos por construir sería un caso de *'emptio rei speratae'* y la compraventa de peces del mar sería de una esperanza incierta. Propiamente se discute si en la *'emptio spei'* nos encontramos frente a un contrato de compraventa, porque no tiene un carácter conmutativo, sino aleatorio (Badenes Gasset, 1995, p. 149; De La Puente y Lavalle, 1999, p. 63). En la *'emptio rei speratae'*, el comprador está obligado a pagar el precio si es que el bien llega a tener existencia (artículo 1534 del Código Civil, 1984); mientras que, en la *'emptio spei'*, el comprador está obligado a pagar el precio, aún cuando el bien no exista (artículo 1536 del Código Civil, 1984); lo que denota su carácter aleatorio.

En la compraventa de departamentos por construir, propiamente nos encontramos frente a bienes futuros o de cosa esperada (*'emptio rei speratae'*). El artículo 1534 del Código Civil señala que, 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 (1984). La doctrina mayoritaria coincide en que se trata de una compraventa definitiva, solo que está sujeta a una condición (Badenes Gasset, 1995, p. 144; De La Puente y Lavalle, 1999, p. 57). Es decir, se trata de un contrato válido que genera una obligación, pero su eficacia está sujeta a que el bien exista.

La discusión que se presenta sobre todo es si nos encontramos frente a una condición suspensiva o a una condición *juris*. El artículo 1534 del Código Civil recoge la posición de que nos encontramos frente a una condición suspensiva hasta que el bien exista; lo que chocaría con la definición de condición de que sea un hecho futuro e incierto, porque en la compraventa de bien futuro la existencia del bien depende de la exclusiva voluntad del deudor, el vendedor. Ello no guardaría concordancia con el artículo 172 del mismo Código, que prohíbe la condición potestativa de que dependa exclusivamente de la voluntad del deudor (1984). El artículo 1410 no establece como condición suspensiva la falta de existencia del bien, sino que establece que el compromiso del vendedor de entregar un bien futuro queda subordinado a su existencia posterior (1984). Para salvar esta aparente contradicción, el doctor Gunther Gonzales Barrón propone distinguir entre el artículo 1534 del Código Civil, que sería una venta de bien futuro incierto sin que participe el vendedor, y el artículo 1410 del mismo Código, como obligación del vendedor de perfeccionar la transferencia más que depender de un hecho futuro incierto (2018, pp. 175-176).

En realidad, cuando nos encontramos frente a una compraventa de bien futuro lo que existe es una condición *juris* de que el bien llegue a tener existencia⁶. Es decir, existe la obligación o el compromiso del vendedor de hacer todo lo posible para que el bien exista, de tal manera que, si no cumple con esta obligación, incurre en causal de resolución del contrato y de indemnización por daños y perjuicios, conforme al artículo 1428 del Código Civil (1984); no teniendo derecho a recibir el precio. Ahora bien, debe considerarse que lo único que se encuentra sujeto a condición *juris* es la existencia del bien para perfeccionar la transferencia, pero ello no excluye la obligación del vendedor de hacer todo lo necesario para que el bien exista, conforme al artículo 1410 del Código Civil (1984), y que las partes puedan pactar que surja también la obligación del comprador de pagar el precio. De hecho, en la mayoría de los contratos de compraventa de departamentos por construir, el comprador asume la obligación de pagar el precio desde el inicio del contrato. En ese sentido, debe efectuarse una concordancia del artículo 1534 del Código Civil con el artículo 1410 del mismo Código, porque propiamente no estamos ante una condición suspensiva que no genere obligación alguna y prive de los efectos al contrato (1984). Finalmente,

⁶ El profesor De la Puente y Lavalle sostiene al respecto lo siguiente:

En realidad, aunque se le ha dado el nombre de condición suspensiva, se trata de una conditio juris, desde que la dependencia a la existencia del bien está establecida por la ley. Hace bien, pues, el artículo 1410 del Código Civil al hablar de subordinación a la existencia posterior (2007, p.125)

el artículo 1534 del Código Civil (1984) es una norma de carácter dispositiva y no afecta que las partes acuerden lo contrario para darle plenos efectos al contrato, salvo el tema respecto de la existencia que está sujeta a condición, sin perjuicio de la obligación del vendedor de hacer todo lo posible porque el bien exista.

III. LA HIPOTECA DE BIEN FUTUROS

A. La hipoteca como título

El artículo 1106 del Código Civil establece que “[n]o se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros” (1984). Esta prohibición ha generado que se haya considerado que no se pueda constituir hipoteca sobre departamentos en construcción y sobre terrenos por independizar; por tratarse de bienes futuros. Para salvar esta situación, ya hemos señalado que se han esbozado dos teorías: una que sostiene que los departamentos por construir son bienes presentes sujetos a transformación (sostenida por el Gonzales Barrón); y la otra que sostiene que nos encontraríamos frente a un bien presente que consistiría en un derecho sobre inmueble inscribible en el registro (sostenida por Mejorada Chauca). No obstante, ya hemos señalado que la anotación preventiva es la figura que mejor explica la preindependización de las unidades inmobiliarias y la hipoteca sobre departamentos y de lotes de vivienda proyectados, por constituir un derecho real en formación que se perfecciona con la inscripción definitiva.

La prohibición de la hipoteca sobre bienes futuros tiene su fuente en el derogado artículo 2130 del Código Civil francés, que señalaba que los bienes futuros no pueden ser hipotecados (1804). Sin embargo, como lo explica el doctor Gunther Gonzales Barrón, esta norma tenía por fundamento la prohibición de hipotecas generales, porque, cuando se otorgaba la hipoteca, se consideraban gravados todos los bienes inmuebles del deudor, lo que no resultaba acorde con el principio de especialidad de la hipoteca. En ese sentido, el doctor Gonzales Barrón sostiene lo siguiente:

Por tanto, la prohibición de hipotecar bienes futuros se justifica, en primer orden, por ser una consecuencia o derivación de la prohibición de hipotecas generales, lo cual se ratifica con la lectura atenta del artículo 2129 del Código Napoleónico y de la doctrina francesa comentarista de esta norma, así como de los ordenamientos latinos influenciados por ésta, entre ellos específicamente el italiano, quien en algún momento contó con una norma prácticamente idéntica en el Código Civil de 1865 (artículo 1977) (2018, p. 140).

En relación a la prohibición de hipoteca sobre bienes futuros, habría que distinguir entre la hipoteca como acto jurídico o título y como derecho real de garantía. Nada impide que pueda celebrarse un contrato o convenio de hipoteca en la cual el futuro propietario se obligue a afectar un bien específicamente, pero cuya eficacia dependa de que llegue a existir. En efecto, debe distinguirse entre validez y eficacia del acto jurídico, porque la hipoteca como derecho real solamente se configurará cuando el bien exista y resulte inscrita en los registros públicos, pero no impide la celebración del acto jurídico.

Esta distinción también ha sido establecida en el artículo 2823 del Código Civil italiano de 1942 cuando señala lo siguiente: “la hipoteca sobre cosa futura puede ser válidamente inscrita solo cuando la cosa ha llegado a existir”. En esa línea el artículo 2419 del Código Civil chileno (1856) y el artículo 2444 del Código Civil colombiano (1860) establecen lo siguiente: “La hipoteca de bienes futuros solo da al acreedor el derecho a hacerla inscribir sobre los inmuebles que el deudor adquiera en lo sucesivo, y a medida que los adquiera”. Al respecto, el profesor colombiano Arturo Valencia Zea sostiene al respecto lo siguiente:

Tanto el artículo 2444 como el 1518 se refieren a la validez del contrato hipotecario, o sea, de la escritura pública. Un deudor puede obligarse a hipotecar un inmueble del cual no es propietario actualmente, pero que espera adquirir; sin embargo, en este caso el derecho real de hipoteca no nace a favor del acreedor sino una vez que el deudor haya adquirido la propiedad del inmueble y que pueda entonces registrarse la escritura pública en el registro de instrumentos públicos (1990, p. 407).

Nótese que, en este caso, la definición del Código Civil colombiano (1860) y del chileno (1856) parecen referirse a los bienes ajenos del cual el deudor no es propietario, caso en el que propiamente no estamos hablando de bienes futuros como lo hemos señalado, pero consideramos que ello se extiende también a los bienes futuros en *stricto sensu*, porque la hipoteca solamente se podrá inscribir cuando el bien llegue a existir.

Nuestro Código Civil (1984) regula, por un lado, en el artículo 1099, los requisitos de validez de la hipoteca; mientras que, en el artículo 1105, admite la posibilidad que la hipoteca puede estar sujeta a condición o plazo. Es decir, permite distinguir entre la validez de la hipoteca y la eficacia de la misma. El citado artículo 1099 señala como requisitos de validez de la hipoteca: (i) que afecta el bien el propietario o quien esté autorizado por ley; (ii) que

se asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable; y (iii) que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble (1984). Naturalmente, en esta norma están mezclados los requisitos de validez y eficacia de la hipoteca, porque la inscripción es sobre todo un requisito de eficacia, puesto que no tiene que ver con la celebración del acto jurídico. El requisito de la constitución de la hipoteca por el propietario, en el caso de bienes futuros, debe concordarse con el artículo 1105 del Código Civil sobre hipoteca sujeta a condición y, sobre todo, con el artículo 1410 del mismo Código, que permite celebrar contratos sobre bienes futuros (1984).

En consecuencia, no existe ningún impedimento para la celebración de hipotecas sobre bienes futuros, por cuanto la existencia del bien es un elemento que tiene que ver con la eficacia del acto jurídico y con el requisito para la inscripción en los registros públicos. Sin embargo, existe la figura de la anotación preventiva de la hipoteca, que permite anotar en el registro antes de que el bien exista.

B. La hipoteca como derecho real

En la constitución de la hipoteca sobre bienes futuros debe observarse el principio de especialidad, para que se grave un bien específico, a fin de que todos tengan conocimiento de ello y evitar las hipotecas generales que gravaban cualquier bien del deudor. El profesor Valencia Zea define de la siguiente manera este principio: “En consecuencia, el carácter especial de la hipoteca exige que el inmueble hipotecado se determine claramente, tanto en el contrato hipotecario como en la inscripción que se haga en el registro de instrumentos públicos” (1990, p. 406). Este principio de especialidad rige también en el ámbito de los registros públicos, en virtud del cual se abre una partida por cada bien o persona, a fin de registrar todas las incidencias sobre cada uno de ellos, para que puedan ser de conocimiento de cualquier persona y, por tanto, resultar oponibles⁷. El artículo IV del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos define al principio de publicidad de la siguiente manera: “Por cada bien o persona jurídica se abrirá una partida registral independiente, en donde se extenderá la primera inscripción de aquéllas, así como los actos o derechos posteriores relativos a cada uno” (Resolución 126-2012-SUNARP-SN).

Por consiguiente, el principio de especialidad del registro explica el sistema del folio real, en donde existirá una partida por cada predio en el cual se extenderán todas las inscripciones por rubros.

En consecuencia, cuando se constituye hipoteca sobre bienes futuros, basta el requisito de que el bien se encuentre especificado para garantizar el principio de especialidad de la hipoteca; pero, para garantizar el principio de especialidad de los registros, es necesario que cuente con un folio real o partida independiente (Valencia Zea, 1990, p. 407).

Cuando el bien futuro consistente en un departamento por construir llega a tener existencia y cuenta con una partida independiente, no existirá impedimento para trasladar la escritura pública de compraventa a dicha partida e inscribir la hipoteca. A partir de ello, surgirá el derecho real, porque tiene un carácter constitutivo, conforme al inciso 3 del artículo 1099 del Código Civil (1984). En consecuencia, la prohibición del artículo 1106 del citado Código, respecto a que no se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros, está referida a que no pueden inscribirse en los registros públicos mientras no tengan existencia y una partida independiente; salvo el caso de la anotación preventiva, en la que podrían preindependizarse los lotes de vivienda y los departamentos por construir y anotar preventivamente la compraventa y la hipoteca, conforme a los artículos 39 y 76 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (Resolución 097-2013-SUNARP-SN). Lo mencionado tiene la finalidad de garantizar el principio de especialidad de los registros públicos, porque, mientras no exista una partida independiente o preindependiente, no se podrá anotar la hipoteca respecto de un bien.

Esta anotación preventiva es la figura que mejor calza para explicar la anotación de un derecho real de hipoteca que se encuentra en formación. La desventaja de la anotación preventiva es que es un asiento temporal, porque, si no se convierte en definitiva, el derecho caducará. El artículo 75 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios establece que el plazo de la preindependización en los departamentos por construir y de la anotación de la hipoteca es de un año a partir del asiento de presentación, prorrogable por el mismo plazo cuantas veces resulte necesario; mientras no se logre la inscripción definitiva (Resolución

⁷ Según el profesor Roca Sastre, el principio de especialidad nace como una concreción del principio de publicidad. De acuerdo al mismo autor, el principio de especialidad se refiere a la finca inmatriculada y al derecho real inscrito: (i) en cuanto a la finca, el Registro funciona a base de concretar el historial jurídico respecto de cada finca, a cada una de las cuales corresponde una hoja, folio o registro particular; y (ii) respecto del derecho real, el mismo debe constar en el Registro con determinación de su naturaleza jurídica, extensión, cargas, limitaciones, su denominación si tuviere y su valor si constare del título (1979, pp. 394-395).

del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN). Por el contrario, e la preindependización de los lotes de terreno en la habilitación urbana, la vigencia de la anotación preventiva es por el tiempo que dure la licencia de habilitación urbana, conforme al artículo 37 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (Resolución 097-2013-SUNARP-SN); es decir, 3 años, prorrogable por un año más, conforme al artículo 11 de la Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones (Decreto Supremo 006-2017-VIVIENDA). Sin embargo, en la preindependización de los departamentos por construir se puede anotar preventivamente la hipoteca, a diferencia de la preindependización de los lotes de vivienda en la que solamente se puede anotar preventivamente la compraventa garantizada y la cesión de posición contractual.

Ahora bien, la duda que surge es si las hipotecas sobre departamentos y lotes de vivienda por construir que no cuenten con preindependización pueden inscribirse en la partida matriz. Si la compraventa y la hipoteca se encuentran representadas por acciones y derechos sobre el predio matriz, no existirá inconveniente de inscribir la hipoteca; pero, si no existiera una partida independiente, no podría anotarse la hipoteca, porque no se cumpliría con el principio de especialidad de los registros públicos, puesto que no se encontraría inscrito el acto previo de independización.

C. La hipoteca sujeta a condición

La hipoteca sujeta a condición significa que su eficacia o el nacimiento del derecho real están sujetos a un hecho futuro o incierto. La condición que se establezca puede ser suspensiva o resolutoria. Si es suspensiva, el derecho real no nacerá mientras no se cumpla la condición; y, si es resolutoria, el derecho real de hipoteca se extinguirá. En el caso de bienes futuros de departamentos y lotes de vivienda por construir, el nacimiento del derecho real estará sujeto a que el bien exista y a su inscripción en la partida independiente, salvo el caso de la anotación preventiva.

Algunos consideran que la mejor fórmula para constituir hipoteca sobre bien futuro en el mercado inmobiliario es sujetarlo a una condición suspensiva, para no encontrarse dentro de la prohibición del artículo 1106 del Código Civil (1984). En esa línea, la autora Luz Noelia Garate Mayta sostiene lo siguiente:

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 (2020, p. 39).

Sin embargo, considero que, aún cuando la hipoteca se sujete a condición suspensiva de que el bien exista, no tiene la ventaja de que acceda al registro para garantizar el principio de publicidad, por lo que la única figura que permite garantizar ello es la preindependización y la anotación preventiva de la hipoteca; mientras tanto, la hipoteca sobre la unidad proyectada no accedería al registro. Además, ello tiene la ventaja de que, si no se logra la inscripción definitiva, el porcentaje que representan las unidades proyectadas puede ser trasladado a la partida matriz, conforme al artículo 5.19 de la Directiva 009-2008-SUNARP-SN (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 340-2008-SUNARP-SN). De otro lado, la figura de la anotación preventiva goza de la protección de la 'retroprioridad' a que se refiere el artículo 68 del Reglamento General de los Registros Públicos, en virtud de la cual la inscripción definitiva de la hipoteca se retrotrae al momento del asiento de presentación de la anotación preventiva (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN). En la hipoteca sujeta a condición, los efectos del derecho real recién surgirán cuando se produzca la inscripción definitiva o cuando se configure la condición que se haya establecido.

Es cierto que, en el caso de proyectos inmobiliarios financiados por las empresas del sistema financiero, el banco promotor se encuentra respaldado con la hipoteca sobre el predio matriz, pero no cuenta con un instrumento de anotación preventiva de las hipotecas sobre las unidades proyectadas, lo cual permite una mayor seguridad al comprador que contaría preventivamente con su contrato de compraventa anotado para que pueda también negociar. El banco promotor gozaría con la anotación preventiva de la hipoteca sobre las unidades inmobiliarias y bancos terceros que quisieran financiar la compra de las unidades inmobiliarias sin perjuicio de que se puedan seguir utilizando otras garantías, conforme veremos a continuación.

IV. LA FINANCIACIÓN Y LAS GARANTÍAS EN LOS PROYECTOS INMOBILIARIOS

A. La financiación y las garantías en los departamentos por construir

Los departamentos de edificios están sujetos al régimen de propiedad horizontal, en el cual existen

LA INSCRIPCIÓN DE LA COMPRAVENTA E HIPOTECA SOBRE BIENES FUTUROS EN EL MERCADO INMOBILIARIO: ¿BIENES PRESENTES O FUTUROS?

una propiedad exclusiva sobre el departamento y una propiedad común sobre el suelo, los cimientos, pasajes, pasadizos, escaleras, ascensores, entre otros. En los proyectos inmobiliarios consistentes en edificios con departamentos por construir se puede distinguir los siguientes actores: (i) el propietario del terreno; (ii) la empresa inmobiliaria que pueda ser también la dueña del terreno; (iii) el banco promotor, que es quien financia la construcción del edificio; y (iv) los compradores de las unidades inmobiliarias. Para ejecutar esos proyectos, primero se obtiene una licencia de edificación en la municipalidad distrital y, luego, se comienza con la ejecución de las obras que culminan en la declaratoria de fábrica y la conformidad de obra que se inscribe en los registros públicos, que, juntamente con la inscripción del reglamento interno, originan la independización de las unidades inmobiliarias en partidas independientes, conforme al artículo 88 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN).

Para la autora Mónica Arteaga Reátegui existen, por lo menos, tres modalidades para financiar los proyectos inmobiliarios:

- a) Cuando el banco que financia el proyecto inmobiliario es el mismo que financia la adquisición de las unidades inmobiliarias.
- b) Cuando el banco que financia el proyecto inmobiliario es distinto al que financia la adquisición de las unidades inmobiliarias.
- c) Cuando el proyecto inmobiliario es autofinanciado, pero la adquisición de las unidades inmobiliarias se financia a través de un banco (2022, p. 118).

En el primer caso, para financiar la construcción, la empresa inmobiliaria solicita un crédito al banco promotor, el cual, a su vez, requiere una garantía hipotecaria sobre el predio matriz o terreno. El banco va desembolsando el crédito a medida que se va efectuando el avance de obra mediante un certificado de avance de obra, previa opinión de un experto o perito, de tal manera que el banco tiene una garantía hipotecaria que progresivamente se va extendiendo sobre la construcción, conforme al artículo 1101 del Código Civil, que señala que la hipoteca se extiende a todas las partes integrantes y a sus accesorios (1984). Es decir, el crédito otorgado por el banco promotor y su desembolso

tiene un correlato económico con el terreno y la construcción que se va efectuando.

En el caso de los compradores, el banco promotor financia la adquisición de las unidades inmobiliarias proyectadas, pero, como son departamentos por construir, se celebra la escritura pública de compraventa del departamento a favor del comprador y la hipoteca a favor del banco promotor, pero la escritura no se inscribe en los registros públicos, porque los bienes todavía no existen; recién con la independización de los departamentos se procederá a trasladar la escritura pública para que se pueda inscribir la compraventa y la hipoteca. Mientras tanto, el comprador no goza de ninguna garantía sobre el inmueble; solo depende de la gestión del banco promotor que va desembolsando el crédito a medida que avanza la obra. Para ello, el banco promotor obtiene a su favor una garantía mobiliaria que permite retener el desembolso del préstamo del departamento a medida que se avanza la obra.

En el segundo caso, el banco promotor otorga también a la empresa inmobiliaria un crédito para financiar la construcción del edificio y tiene una hipoteca sobre el predio matriz, y a medida que avanza la obra, va desembolsando el crédito según certificados de avances de obra. Pero las compras de las unidades inmobiliarias proyectadas se encuentran financiadas por un segundo banco que no goza de ninguna hipoteca sobre el predio matriz y tampoco sobre las unidades inmobiliarias, porque estas todavía no han sido construidas ni independizadas. En ese sentido, el banco promotor debe otorgar al segundo banco una carta fianza que respalde los desembolsos que efectúa para la construcción del departamento. Esto obviamente encarece la financiación del crédito, porque el costo de la carta fianza está entre un 3% a 5% del valor del crédito⁸ (2021), lo que es trasladado al comprador y encarece el crédito y no permite una competencia efectiva entre las empresas financieras. El comprador no tendrá ninguna garantía sobre la futura construcción, solo dependerá de la gestión del banco promotor y del segundo banco. A su vez, este último no gozará de ninguna garantía sobre el predio matriz ni sobre las unidades inmobiliarias por construir; solo estará respaldado por la carta fianza otorgada por el banco promotor que se liberará cuando se independice el departamento y pueda trasladarse allí la hipoteca.

En el tercer caso, el proyecto es autofinanciado por la empresa inmobiliaria, pero las ventas de los de-

⁸ Para más información, véase al siguiente enlace web: <https://rebajatuscuentas.com/pe/blog/se-reembolsa-el-monto-pagado-por-una-carta-fianza-de-un-inmueble-en-proyecto>

partamentos por construir estarán financiadas por un banco, quien retendrá el monto del préstamo hasta que se independice el departamento. Mientras tanto, el comprador no tendrá ninguna garantía sobre el predio matriz ni sobre el departamento por construir, solo dependerá de la gestión de la empresa inmobiliaria. El banco que financia la unidad inmobiliaria a construir tendrá como garantía la retención de los fondos hasta que se independicen los departamentos.

Como se ve en los tres casos, el comprador no tiene un respaldo sobre la adquisición de los departamentos por construir, porque su contrato de compraventa no se encuentra inscrito ni en la partida matriz ni en una partida independiente. A su vez, el segundo banco que financia la adquisición de las unidades inmobiliarias futuras no tiene ningún respaldo sobre el inmueble: ni sobre el predio matriz ni sobre los departamentos por construir. Esta situación tampoco promueve que el comprador pueda negociar su venta para su transferencia a terceras personas y con ello dinamizar el mercado inmobiliario.

Para enfrentar esta situación, considero que existe —como una alternativa más— la figura de la preindependización de las unidades inmobiliarias a construir y de la anotación preventiva de la compraventa y de la hipoteca. Sin embargo, se encuentra poco difundida. Los artículos 71, 72 y 73 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios facultan la anotación preventiva de la declaratoria de fábrica y del prereglamento interno de las unidades inmobiliarias por construir, y la preindependización de los futuros departamentos; mientras que el artículo 76 del mismo Reglamento regula la anotación preventiva de la compraventa u otros actos análogos como la hipoteca (Resolución Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN). Ello guarda concordancia con el artículo 29.1 de la Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones⁹, que permite también la anotación preventiva de la predeclaratoria de fábrica y del prereglamento interno, y la preindependización de los departamentos, con una vigencia de un año (Decreto Supremo 006-2017-VIVIENDA); al igual que el artículo 75 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, que establece la vigencia de un año, pero prorrogable por el mismo período mientras se encuentre vigente la licencia de edificación (Resolución Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN).

La preindependización de los departamentos a construir y la anotación preventiva de la compraventa y de la hipoteca constituye una forma de garantía al comprador y al banco financiador de la adquisición de las unidades inmobiliarias, porque, en caso de que la anotación preventiva se convierta en definitiva, se gozará de la protección desde el momento de la anotación preventiva de aquellos actos. A su vez, si es que caduca la anotación preventiva porque no se ha inscrito dentro del plazo de la declaratoria de fábrica y el reglamento interno, se procederá a trasladar sobre la partida matriz la compraventa e hipoteca sobre el porcentaje que representan las unidades inmobiliarias dentro de las zonas comunes; conforme al artículo 5.19 de la Directiva 009-2008-SUNARP-SN (Resolución Superintendente Nacional de los Registros Públicos 340-2008-SUNARP-SN).

En la Resolución 1831-2009-SUNARP-TR-L el Tribunal Registral consideró lo siguiente sobre las anotaciones preventivas en las unidades inmobiliarias proyectadas:

Sin perjuicio de lo expuesto, es de señalar que el Registro no niega la posibilidad de que los actos de disposición e hipotecas sobre unidades inmobiliarias en proyecto accedan al Registro, en tanto éstas tienen un correlato físico en el suelo del predio matriz, pero siempre será necesario que se inscriba previo o simultáneamente el acto de predeclaratoria de fábrica, conforme a lo previsto en la Directiva N° 009-2008-SUNARP-SN, por lo que el usuario podrá acogerse a la citada Directiva, presentando la documentación prevista en el artículo 50c del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (fundamento 4).

Asimismo, respecto al traslado de la compraventa e hipoteca sobre el predio matriz, en caso de que la anotación preventiva no pueda convertirse, en definitiva, el Tribunal Registral afirma lo siguiente en la citada resolución:

De lo contrario, es decir si no se inscribe dentro del plazo respectivo la declaratoria de fábrica con la consiguiente cancelación de las partidas independizadas, el acto dispositivo deberá ser trasladado a la partida matriz en el porcentaje que según corresponda en las zonas comunes. Este traslado se realiza en forma automática y simultáneamente con la asignación del citado porcentaje (Resolución 1831-2009-SUNARP-TR-L, fundamento 4).

⁹ El contenido del párrafo 29.1 del artículo 29 de la Ley 29090 se encuentra recogido en el artículo 7 del reciente Decreto Legislativo 1568.

Por su parte, la ventaja de la preindependización, de la anotación preventiva de la compraventa y de la hipoteca ha sido destacada por la abogada Elisa Inés Gutarra Aranda, quien se preguntaba lo siguiente:

Dónde radica exactamente la importancia de esta figura, económica y comercialmente hablando – respondiéndose lo siguiente: [...] Justamente en el hecho que, al permitirse la anotación preventiva de la predeclaratoria de fábrica, los terceros que se encuentren interesados en contratar con el propietario del predio matriz, tendrían cierto nivel superior de confianza, certidumbre, convencimiento y seguridad, tanto en que la futura obra se encuentra aprobada por el ente municipal que la autoriza, como porque, registralmente hablando, aquella y su dominio se adecúan a los antecedentes registrales, otorgándole así un halo que la rodea de certeza y convicción ante sus eventuales adquirentes. Viéndolo desde dicha perspectiva, la anotación de predeclaratoria de fábrica se constituirá en una herramienta comercial muy importante (2017, p. 613).

A lo cual añadiríamos como otras ventajas que otorgaría una garantía adicional para el banco financiador de la adquisición de unidades inmobiliarias proyectadas y permite al comprador negociar mejor con terceros la venta de esas unidades.

Sin embargo, la pregunta que uno se plantea es por qué no ha sido utilizado mayormente la preindependización y por qué se ha preferido la hipoteca sobre el predio matriz y el mecanismo de la garantía mobiliaria para retener los fondos según el avance de la obra. La misma abogada Elisa Inés Gutarra Aranda, quien ejercía el cargo de asistente registral, manifiesta que, en su experiencia laboral, no ha sido muy utilizada esta figura, pero dada las bondades de la misma, sugiere que sea difundida por los beneficios que otorga (2017, p. 164). A su vez, la abogada Luz Noelia Garate Mayta considera que no se ha utilizado esta figura por los costos que genera, expresando lo siguiente:

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 que haya una pre-declaratoria de fábrica inscrita, incrementaría costos para inscribir modificaciones (2020, p. 23).

En nuestra opinión, la preindependización de unidades inmobiliarias y la anotación preventiva de la compraventa e hipoteca no ha sido muy utilizada por la falta de difusión de esta figura y de los beneficios que otorga (una forma de garantía para el

comprador y una garantía adicional para el banco que financia la adquisición de unidades inmobiliarias, que puede trasladarse a la partida matriz en el porcentaje que representan si no se efectúa la inscripción definitiva). Adicionalmente, la falta de uso se debería al incremento de los costos que genera, porque, a nivel registral, habría un costo por la predeclaratoria de fábrica, la anotación del prerreglamento interno, la preindependización por cada partida, la anotación preventiva de la compraventa y de la hipoteca; para luego pagarse por la conversión definitiva de estos actos en los registros públicos cuando se realiza la inscripción definitiva. Debería simplificarse los derechos registrales y –en todo caso– que el mayor derecho valorado se pague en la inscripción definitiva. En esa misma línea, existe un tratamiento diferente de la anotación preventiva en las unidades inmobiliarias proyectadas con la anotación preventiva en el régimen de habilitación urbana que incrementa los costos, porque el plazo de vigencia de la anotación de predeclaratoria de fábrica, prerreglamento y preindependización es por un año y por cada prórroga hay que pagar un derecho registral, mientras que en la preindependización de los lotes que integran la habilitación urbana y en las anotaciones preventivas extendidas el plazo de vigencia es por el tiempo que dure la licencia de habilitación urbana, es decir, 3 años y prorrogable por un año más. Debería homologarse el tratamiento de ambas figuras, porque la duración de la licencia de habilitación urbana y de edificación es por el mismo plazo.

Finalmente, considero que, si bien las modificaciones a la edificación podrían representar de alguna manera un desincentivo para la preindependización de las unidades inmobiliarias, las modificaciones también se presentan cuando no hay preindependización y ya se otorgaron la compraventa e hipoteca sobre la unidad a proyectar. En todo caso, es un incentivo para que la empresa inmobiliaria elabore un mejor proyecto y evite cambios sustanciales en el mismo que requieran una aclaratoria.

B. La financiación y garantías en los lotes de vivienda proyectados

En la financiación de lotes de vivienda proyectados se presenta una figura parecida a la financiación de departamentos por construir, porque existe: (i) el propietario del terreno materia de habilitación urbana; (ii) la empresa inmobiliaria que habilita el terreno con la ejecución de las obras, que puede ser también la propietaria del terreno; (iii) el banco promotor del proyecto que es el que financia la ejecución de las obras de habilitación y de edificación; y (iv) el segundo banco que es quien financia la adquisición de los lotes de vivienda proyectados.

De acuerdo con el artículo 10 de la Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, pueden solicitarse las habilitaciones en la modalidad C, con evaluación previa por la Comisión Técnica o Revisores urbanos, entre otras: (i) las habilitaciones urbanas con construcción simultánea que soliciten la venta garantizada de lotes; y (ii) las habilitaciones urbanas con construcción simultánea de viviendas, donde el número, dimensiones del lote a habilitar y tipo de viviendas a edificar se definan en el proyecto, siempre que su finalidad sea la venta de viviendas edificadas (Decreto Supremo 006-2017-VIVIENDA). La habilitación urbana con construcción simultánea y venta garantizada de lotes autoriza a la empresa inmobiliaria a efectuar las obras de habilitación urbana y a vender los lotes a los compradores, quienes pueden simultáneamente solicitar la licencia de edificación para construir sus viviendas. A su vez, la habilitación urbana con construcción simultánea de viviendas autoriza a la empresa inmobiliaria a habilitar las obras y a construir las casas con fines de vivienda para su futura venta. El artículo 21 de la Ley 29090, modificado por el Decreto Legislativo 1426, hace referencia a la habilitación urbana con construcción simultánea, en general, lo que consideramos incluye a la construcción simultánea con venta garantizada de lotes y a la construcción simultánea de viviendas (2018).

En estos procedimientos de habilitación urbana hay dos etapas: (i) la licencia de habilitación urbana, que puede ser con construcción simultánea; y (ii) la recepción de obras, que se produce una vez que se han ejecutado las obras de habilitación urbana, conforme al artículo 19 de la Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones (Decreto Supremo 006-2017-VIVIENDA). De acuerdo con el artículo 34 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, solo es inscribible la recepción de obras de la habilitación urbana, salvo los supuestos de aprobación de habilitaciones urbanas con autorizaciones de construcción simultánea o venta garantizada de lotes, cualquiera sea la modalidad de aprobación de la misma, en cuyo caso podrá anotarse preventivamente el proyecto de habilitación (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN). Es decir, solo es inscribible la ejecución de las obras de habilitación urbana (recepción de obras) y excepcionalmente puede efectuarse la anotación preventiva de la licencia de habilitación urbana con la preindependización de los lotes en el caso que se trate de habilitación urbana con construcción simultánea (Huerta Ayala, 2017, p. 411).

El artículo 36.5 del Reglamento de Licencias de Habilitación Urbana y Licencias de Edificación,

aprobado por Decreto Supremo 029-2019-VIVIENDA, establece que, luego de obtenida la licencia de edificación de las viviendas, se realiza la anotación preventiva de la predeclaratoria de fábrica y la preindependización de los lotes; lo cual guarda resulta concordancia con el artículo 35 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (2019). El artículo 39 del citado Reglamento autoriza a su vez la anotación preventiva en la partida preindependizada de la compraventa garantizada y la cesión de posición contractual (Decreto Supremo 029-2019-VIVIENDA). Consideramos que ello también debería incluir la anotación preventiva de las compraventas de los lotes que edifique el promotor y que no constituyan compraventa garantizada, porque la Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones (Decreto Supremo 006-2017-VIVIENDA) comprende a ambas.

En la financiación de los proyectos de los lotes de vivienda no se utiliza mucho la figura de la preindependización de los lotes y la anotación preventiva de la compraventa garantizada. El propietario o la empresa inmobiliaria constituyen hipoteca sobre la partida matriz materia de habilitación urbana a favor del banco promotor, quien financia dichas obras de habilitación urbana. A su vez, el banco promotor financia la venta de las casas a los compradores individuales, quienes celebran un contrato de compraventa con la empresa inmobiliaria e hipoteca con el banco promotor. La compraventa e hipoteca se mantienen en la notaría y son trasladadas a registros públicos cuando recién se produce la independización de las casas. Mientras tanto, el banco promotor retiene los fondos y desembolsa los créditos a medida que se produce el avance de obra. Si la compra de las casas proyectadas fuera financiada por un segundo banco, ello encarecería el crédito, porque habría que pagar el costo de la carta fianza que el banco promotor debe otorgar para garantizar al segundo banco que se constituirá hipoteca sobre estas casas independizadas.

De igual forma, si la habilitación urbana y la construcción de las casas fueran autofinanciadas por la empresa inmobiliaria, la venta de las casas proyectadas financiadas por un banco y la hipoteca a favor de este no podría ser inscritas mientras no se culmine con la independización de las casas. El comprador que paga todo el precio o que se financie con el banco no tendría ninguna garantía, salvo en este último caso de la gestión del banco.

En ese sentido, la anotación preventiva de la habilitación urbana y la preindependización de los lotes de vivienda para que se inscriba allí el contrato de compraventa representa una ventaja para el comprador, porque contaría con un respaldo en

los registros públicos, aún cuando sea preventivamente. Sin embargo, esta figura se encuentra restringida, porque no se permite anotar la hipoteca a favor del banco que financia la compraventa y no se permite la anotación de las ventas sucesivas que se pudieran dar sobre las casas proyectadas. El artículo 39 del Reglamento de Inscripciones de Registro de Predios solamente autoriza a anotar preventivamente la compraventa garantizada y –en su caso– la cesión de posición contractual (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN). En cuanto a la cesión de posición contractual, existe el problema de que se considera que la cesión de posición contractual se presentaría solamente cuando el comprador no haya pagado la totalidad del precio (Huerta Ayala, 2017, p. 419). Adicionalmente, es una figura que no permite explicar las ventas sucesivas que se podrían efectuar sobre las casas proyectadas.

En el LXXX Pleno del 15 y 16 de diciembre de 2011, el Tribunal Registral consideró lo siguiente:

Mientras se encuentre vigente la anotación preventiva de aprobación de habilitación urbana, no procede la inscripción de constitución de hipotecas sobre lotes individuales en las partidas pre independizadas. Sin perjuicio de lo indicado y estando vigentes las partidas pre independizadas, es procedente la inscripción de la hipoteca sobre la totalidad del predio matriz, la misma que será trasladada simultáneamente a las partidas pre independizadas, siempre que se trate del mismo propietario (2011).

En consecuencia, consideramos que la anotación preventiva en la preindependización de los lotes de vivienda proyectados debería incluir también la hipoteca y las sucesivas ventas que se producen respecto del citado bien, ello para permitir que el banco financiador de la compra de las casas pueda anotar preventivamente su hipoteca y el comprador, a su vez, pueda negociar la venta del lote. Esto dinamizaría el mercado inmobiliario y homologaría el tratamiento con la anotación preventiva en los departamentos por construir prevista en el artículo 76 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN, 2013). Asimismo, podría extenderse también a la anotación preventiva de las compraventas garantizadas o con construcción simultánea lo previsto en

el artículo 5.19 de la Directiva 008-2009-SUNARP-SN, para que, en caso la anotación preventiva no se convierta en definitiva con la inscripción de la recepción de obras dentro del plazo de vigencia de la licencia de habilitación urbana, se pueda trasladar la venta y la hipoteca a la partida matriz en el porcentaje que representan dentro de las zonas comunes (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 346-2009-SUNARP-SN). Podría objetarse que en la habilitación urbana puede haber modificaciones en la ejecución del proyecto, pero ese mismo problema se presenta cuando se vende e hipoteca las casas proyectadas antes de su independización para su futuro traslado a los registros públicos.

Una desventaja serían los costos que implicarían la anotación de la prehabilitación urbana, la preindependización de los lotes y la anotación de la compraventa garantizada o simultánea; para luego efectuar la conversión definitiva de estos actos cuando se efectúa la inscripción de la recepción de obras; pero consideramos que se deben simplificar los costos a fin de promover el desarrollo de estos proyectos y de las garantías que la respalden. Una propuesta podría ser que se considere la anotación preventiva como acto invalorado y, cuando se efectúe la conversión en definitiva, se liquiden los costos finales.

En consecuencia, la prehabilitación urbana, la preindependización de los lotes y la anotación preventiva de las compraventas y de las hipotecas, conforme se sugiere, podrían otorgar un respaldo a los compradores, una garantía adicional para los bancos que financian la adquisición de las casas proyectadas y una herramienta para que el comprador pueda negociar la venta de las futuras casas.

V. EL FIDEICOMISO EN LOS PROYECTOS INMOBILIARIOS

En los proyectos inmobiliarios a desarrollarse existen dos tipos de riesgos que pueden presentar: (i) la transferencia del terreno o predio matriz, o que el mismo sea embargado por terceros acreedores; y (ii) garantizar los flujos de dinero para que la construcción llegue a ejecutarse¹⁰. Estos riesgos de alguna manera se encuentran menguados cuando el banco promotor obtiene una hipoteca sobre el predio matriz y retiene los flujos con la garantía mobiliaria a medida que se avanza con la construc-

¹⁰ Respecto de este segundo riesgo, la autora Mónica Arteaga Reátegui sostiene lo siguiente:

Uno de los principales riesgos es que no se canalicen adecuadamente los flujos del financiamiento para el proyecto inmobiliario, impidiendo que este se pueda culminar o que el propietario del terreno matriz tenga diversos tipos de deuda que generen la posibilidad de embargos sobre bienes, lo cual definitivamente afectaría el desarrollo del proyecto inmobiliaria (2020, pp. 124-125).

ción. No obstante, no excluyen totalmente los riesgos, porque una hipoteca sobre el predio matriz tiene que ejecutarse judicialmente y siempre existe el riesgo de que no se culmine con la construcción, porque la empresa inmobiliaria tenga problemas de diferente tipo, incluso problemas de gestión.

En ese sentido, el fideicomiso resulta ser una herramienta útil para evitar los riesgos de transferencia y embargos, para canalizar eficientemente los flujos y mejorar la gestión. Mediante el fideicomiso, el fideicomitente (el propietario del terreno o la empresa inmobiliaria) transfiere en dominio fiduciario el terreno y lo que se edifique sobre él a favor de un patrimonio fideicometido, que será administrado por una empresa fiduciaria (factor fiduciario) en favor de los fideicomisarios: compradores adquirentes de las unidades inmobiliarias o casas proyectadas y bancos que financian los proyectos. El artículo 241 de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, define al fideicomiso de la siguiente manera:

El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominado fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto a dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o de un tercero denominado fideicomisario. El patrimonio fideicometido es distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente o del fideicomisario y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes (1996).

La transferencia en dominio fiduciario garantiza que el propietario del terreno no podrá transmitirlo a terceros ni podrá ser embargado por deudas sobre ese bien. Adicionalmente, es independiente del patrimonio de la empresa fiduciaria, porque esta solamente gestiona el fideicomiso. Asimismo, los flujos que se obtiene por la venta de las unidades inmobiliarias están destinados exclusivamente al desarrollo de la construcción. Para la venta de las unidades inmobiliarias se requiere la autorización del fideicomitente propietario del terreno y de la empresa fiduciaria. Si bien el artículo 252 de la Ley 26702 establece que el fiduciario ejerce sobre el patrimonio fideicometido dominio fiduciario, con las plenas facultades de uso, disposición y reivindicación sobre los mismos; sin embargo, dichas facultades deben ser ejercidas con arreglo a la finalidad del acto constitutivo del fideicomiso (1996). En la Resolución 075-2021-SUNARP-TR, el Tribunal Registral consideró lo siguiente:

Conforme a las normas citadas, en el Perú el dominio fiduciario y las facultades del fidei-

comitente y del fiduciario están configuradas y relacionadas al acto constitutivo del fideicomiso, no pudiendo presumirse que el fiduciario ejerce todas las facultades de disposición, pues existe libertad para establecer pactos, siempre que estén acordes con la finalidad del fideicomiso. Sin embargo, el fideicomitente no puede ejercer ningún acto de disposición de los bienes sometidos a fideicomiso (2021).

En dicho caso, la empresa constructora pretendía inscribir la transferencia de los departamentos que todavía no habían sido independizados sin autorización de la empresa fiduciaria. El Tribunal confirmó la observación, en el sentido que no procedía la transferencia de los departamentos sin autorización de la empresa fiduciaria y sin que se cuente con partida independiente de la unidad inmobiliaria.

La transferencia en dominio fiduciario del terreno o predio matriz se inscribirá en el rubro títulos de dominio a favor del fiduciario, conforme a los artículos 1 y 2 de la Directiva 007-2008-SUNARP-SN, aprobado por Resolución de la Superintendente Nacional de los Registros Públicos 316-2008-SUNARP-SN, que regula la inscripción de fideicomisos, normas que señalan que la transferencia de bienes en fideicomiso, inclusive de los fideicomisos en garantía, se inscribe en el rubro títulos de dominio de las partidas registrales de los respectivos bienes, a favor del fiduciario (2008). Una vez independizadas las unidades inmobiliarias, se procederá a trasladar la inscripción a favor del fiduciario para que se proceda a la inscripción de las compraventas a favor de los compradores y de las hipotecas a favor de los bancos financiadores. En este estado, una figura que podría complementar al fideicomiso inmobiliario es la preindependización de las unidades inmobiliarias y la anotación preventiva de la compraventa y de la hipoteca, para que, cuando se haga la recepción de obras en la habilitación urbana o la conformidad de obra en las edificaciones, se traslade a la partida independiente todos los actos de disposición sobre la unidad inmobiliaria.

La desventaja del fideicomiso son los costos que genera, porque solamente puede ser administrado por una empresa fiduciaria, que requiere ser autorizada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (en adelante, SBS), conforme al artículo 242 de la Ley 26702 (1996); lo cual se justificaría solamente en proyectos inmobiliarios de envergadura o que justifiquen dicho pago. Sin embargo, las ventajas que genera el fideicomiso son importantes, como bien lo destaca la autora Mónica Arteaga Réategui: (i) patrimonio inembargable, para evitar el embargo por las obligaciones del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario; a lo cual agrega-

ríamos evitar el riesgo de la transferencia del predio matriz a terceras personas; (ii) tributariamente neutro, es decir, los bienes que se constituyan en fideicomiso son tributariamente neutros, como si no existiera el fideicomiso para efecto de los actos de disposición; y (iii) ejecución extrajudicial, es decir, que la ejecución del fideicomiso se puede efectuar extrajudicialmente, a diferencia de la hipoteca que requiere la intervención judicial (2022, p. 121).

La empresa inmobiliaria tiene diferentes alternativas para la ejecución de sus proyectos: puede recurrir a la garantía hipotecaria sobre la matriz para financiar la habilitación urbana y la edificación o puede recurrir al fideicomiso para tener una protección más efectiva que permita separar el patrimonio fideicometido (terreno y construcción) de la propiedad de los intervinientes. Para ambos casos consideramos que una alternativa adicional para los compradores y los bancos financiadores es la preindependización de las unidades inmobiliarias proyectadas y la anotación preventiva de las compraventas y de las hipotecas que se puedan constituir.

VI. LA INSCRIPCIÓN DE LOS DEPARTAMENTOS Y DE LOS LOTES DE VIVIENDA CONSTRUIDOS, PERO NO INDEPENDIZADOS

La independización de los departamentos y de los lotes de vivienda se efectúa cuando se inscribe la conformidad de obra o la recepción de obras, se procede a la inscripción del reglamento interno y se procede a la independización de las unidades inmobiliarias, para que allí puedan inscribirse la compraventa e hipoteca sobre las mismas, salvo el supuesto de la anotación preventiva de la prehabilitación urbana y la predeclaratoria de fábrica a las que nos hemos referido anteriormente.

Sin embargo, puede pasar que la empresa inmobiliaria no llegue a independizar los lotes, ni los departamentos ya construidos y no exista preindependización o ya haya caducado. En estos casos, algunos compradores y bancos financiadores de las unidades inmobiliarias suelen solicitar la anotación preventiva de la compraventa y de la hipoteca, amparados en los literales c) y d) del artículo 65 del Reglamento General de los Registros Públicos, respecto a que son materia de anotación preventiva los títulos cuya inscripción no pueda efectuarse por no estar inscrito el derecho de donde emane y los títulos que no puedan inscribirse por defecto subsanable (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 126-2012-SUNARP-SN).

El Tribunal Registral ha rechazado estas solicitudes de anotación preventiva considerando que dichas causales están referidas a la falta de tracto suce-

sivo y a los defectos del propio título, pero no a la falta de inscripción del acto previo, esto es, a la previa independización de las partidas registrales. Es decir, la solicitud de anotación preventiva por falta de tracto sucesivo es cuando el transferente no cuenta con su derecho inscrito; por su parte, la causal por defecto subsanable es cuando el título presentado presenta problemas de validez. En cambio, la falta de inscripción del acto previo está referida a la falta de independización de la partida, caso en el cual se autorizaría la ampliación de rogatoria, conforme al artículo 40 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN), para inscribir el acto previo, la independización, pero no para solicitar la anotación preventiva. En estos términos se ha pronunciado el Tribunal Registral en las Resoluciones 1828-2009-SUNARP-TR-L (2009) y 1831-2009-SUNARP-TR-L (2009).

En dichas resoluciones se buscaba la anotación preventiva de la compraventa de un departamento y de su estacionamiento. El Tribunal Registral confirmó la denegatoria amparado en el XXXII Pleno Registral del 3 de abril de 2008, que dispone que no procede la anotación preventiva en los supuestos de falta de inscripción del acto previo, considerando además que:

Como puede apreciarse el RGRP ha legislado de manera restringida y excepcional las anotaciones preventivas por lo que únicamente da origen a la extensión de una anotación preventiva la existencia de defectos subsanables en el título, no es así la falta de inscripción del acto previo, los que también ocasionan la observancia del título durante la vigencia del asiento de presentación (2008).

En dicho caso, se trataba de un contrato de compraventa con hipoteca sujeta a que se inscriba en el plazo de 18 meses, que, como había vencido, fue reconducido a un contrato de crédito de consumo.

La anotación preventiva del artículo 65 del Reglamento General de los Registros Públicos tiene un carácter temporal de un año, contado desde el asiento de presentación (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 126-2012-SUNARP-SN), y no debe ser confundida con la anotación preventiva de los artículos 35, el artículo 75 y siguientes del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, referidos a la prehabilitación urbana y a la predeclaratoria de fábrica, con el prereglamento interno, que permiten la preindependización de las unidades inmobiliarias; supuesto en el cual sí se permite la anotación preventiva de la compraventa y de la hipoteca

(Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN). Es la única excepción que los registros públicos han considerado para que se anoten preventivamente el contrato de compraventa y en su caso la hipoteca.

Para la inscripción de la compraventa e hipoteca de las unidades inmobiliarias ya construidas, el mecanismo correspondiente es que se proceda a la conformidad de obra y a la inscripción de la declaratoria de fábrica y del reglamento interno, para que se proceda a la independización de los departamentos y allí trasladar la compraventa e hipoteca. En caso la empresa constructora no proceda a realizarlo y haya vendido los departamentos, la junta de propietarios puede acogerse al procedimiento de saneamiento de la edificación mediante formulario registral, conforme al procedimiento previsto en el artículo 6 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 Propiedad Común, previa convocatoria y acuerdo simple firmado por los concurrentes con la presentación de los planos correspondiente y el reglamento interno, para proceder a la correspondiente independización (1999).

En tal sentido, la anotación preventiva de la predeclaratoria de fábrica y del prereglamento interno, así como la preindependización de las partidas, constituyen también un mecanismo de garantía cuando las edificaciones no han sido concluidas o no se haya efectuado la inscripción; porque, en caso la anotación preventiva no se convierta en definitiva, podrán trasladarse a la partida matriz la compraventa e hipoteca en el porcentaje que representan en las zonas comunes.

VII. CONCLUSIONES

1. En el caso de la venta de los departamentos por construir o en planos se presenta una dicotomía, porque, por un lado, el comprador es cotitular del suelo sobre el cual se realizará la edificación y, a su vez, tiene un derecho de crédito sobre el departamento a construir que tiene vocación de derecho real y se materializa cuando el bien existe. En ese sentido, respecto de la cotitularidad, nos encontraríamos frente a un bien presente que incidiría sobre la partida matriz y, respecto del departamento en construcción, se trataría de un bien futuro que requeriría de una preindependización de la partida.
2. La figura que mejor explica el acceso al registro de los departamentos por construir (bienes futuros) es la anotación preventiva,

porque permite relacionar el contrato de compraventa como obligación con el derecho real en formación, para que accedan a registros futuros derechos reales que tienen vocación de inscripción; para lo cual es requisito que se preindependice la partida, a fin de que allí se anoten los actos de disposición, como la compraventa e hipoteca, por un principio de especialidad de los registros públicos.

3. En los proyectos inmobiliarios de departamentos y lotes de vivienda por construir, el comprador no tiene ninguna garantía sobre la futura construcción, porque la compraventa sobre estas unidades inmobiliarias recién se va a inscribir cuando sean independizadas; así, el comprador dependerá de la buena gestión del banco promotor. Asimismo, los bancos terceros que financian la adquisición de las unidades inmobiliarias no cuentan con una hipoteca inscrita mientras aquellas no sean independizadas, lo que encarecería de alguna manera el costo del crédito.
4. La preindependización de los departamentos por construir y la anotación preventiva de la compraventa e hipoteca constituyen una forma de garantía para el comprador y el banco financiador, porque, en caso no se produzca la inscripción definitiva, dichos actos serán trasladados a la partida matriz en el porcentaje que las unidades representan en las zonas comunes, conforme a la Directiva 009-2008-SUNARP-SN (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 340-2008-SUNARP-SN). Asimismo, permitiría al comprador negociar la futura venta de los departamentos dinamizando el mercado inmobiliario. Sin embargo, esta figura no ha sido muy difundida, ni promovida con la simplificación de sus costos.
5. Deberían homologarse los requisitos y beneficios de la preindependización de los departamentos por construir y de los lotes de vivienda proyectados, para que el plazo de vigencia de la anotación preventiva de la preinscripción de departamentos por construir sea por 3 años, prorrogable por un año más, al igual que en la preindependización de los lotes de vivienda en la prehabilitación urbana, porque, en ambos casos, la licencia tiene el mismo plazo. Asimismo, en la preindependización de los lotes de vivienda en la habilitación urbana debería permitirse anotar no solamente la compraventa garantizada y la cesión de posición contractual, sino

también la hipoteca y las ventas que se produzcan. Igualmente, la garantía de que en la preindependización de los departamentos a construir no se realice la inscripción definitiva y se traslade la compraventa e hipoteca en la partida matriz, debería también extenderse para la preindependización de los lotes de vivienda en la habilitación urbana. Finalmente, debería simplificarse los costos de la preindependización para evitar la duplicidad de pagos o, en todo caso, que los derechos definitivos sean pagados cuando se produzca la conversión de la inscripción a definitiva. 🏠

REFERENCIAS

- Arteaga Reátegui, M. (2022). El Fideicomiso como Instrumento en el Sector Inmobiliario en el Perú. En G. Mendoza del Maestro (coord.), *Anales del V Congreso Iberoamericano de Derecho Inmobiliario: Los efectos del Covid en el derecho inmobiliario comparado*. Observatorio Inmobiliario y Mercantil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Badenes Gasset, R. (1995). *El Contrato de Compraventa* (tomo I). J.M. Bosch Editor.
- De La Puente y Lavalle, M. (1999). *Estudios sobre el Contrato de Compraventa*. Gaceta Jurídica Editores.
- (2007). *El Contrato en General* (tomo II). Paesstra Editores.
- Díez-Picazo, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (tomo III). Editorial Aranzadi.
- Garate Mayta L. (2020). *Hipotecas sobre bienes futuros: regulación y problemas frente al mercado inmobiliario peruano* (tesis para obtener el título de Segunda Especialidad en Derecho Registral). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.
- García Hamilton, B. (9 de marzo de 2018). Hipoteca sobre bien futuro el caso peruano. *Abogados*. <https://abogados.com.ar/hipoteca-sobre-bien-futuro-el-caso-peruano/21094>
- Gunther Gonzales, B., & Cerdeira Bravo, G. (2018). *Tratado de la Hipoteca*. Jurista Editores.
- Gutarra Aranda, E. (2017). Artículo 71-72 Anotación Preventiva de Predeclaratoria de Fábrica. Contenido del asiento de anotación preventiva de predeclaratoria de fábrica. En O. Huerta (coord.), *Comentarios al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios*. Editorial Grijley.
- Huerta Ayala, O. (2017). Artículo 39 Anotación preventiva de la compraventa garantizada. En O. Huerta (coord.), *Comentarios al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios*. Editorial Grijley.
- Mejorada Chauca M. (2014). Hipoteca sobre Bienes Futuros. *Revista de Derecho Forseti*, (2), 60-68.
- Roca Sastre, R. (1979). *Derecho Hipotecario* (tomo II). Bosh Casa Editorial.
- Valencia Zea, A. (1990). *Derecho Civil* (tomo II). Editorial Temis.
- (23 de noviembre de 2021). ¿Se reembolsa el monto pagado por una carta fianza de un inmueble en proyecto? *Rebaja tus cuentas*. <https://rebajatuscuentas.com/pe/blog/se-reembolsa-el-monto-pagado-por-una-carta-fianza-de-un-inmueble-en-proyecto>

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

- Code Napoléon [C. civ] [French Civil Code] (Fr.).
- Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial El Peruano, 25 de julio de 1984 (Perú).
- Código Civil (1856) (Cl).
- Código Civil (1860) (Co).
- Codice Civile [Cc] (1942) (It.).
- Decreto Legislativo 1426, Decreto Legislativo que modifica la Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de setiembre de 2018 (Perú).
- Decreto Legislativo 1568, Decreto Legislativo del Régimen de Propiedad Horizontal, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de junio de 2023 (Perú).
- Decreto Supremo 006-2017-VIVIENDA, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 20 de mayo de 2019 (Perú).
- Decreto Supremo 029-2019-VIVIENDA, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Licencias de Habilitación Urbana y Licencias de Edificación, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de mayo del 2019 (Perú).

Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, Diario Oficial *El Peruano*, 9 de diciembre de 1996 (Perú).

Ley 27157, Ley de regularización de edificaciones, del procedimiento para la declaratoria de fábrica y del régimen de unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva y propiedad común, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de julio de 1999 (Perú).

Ley 29090, Ley de regulación de habilitaciones urbanas y de edificaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de setiembre de 2007.

LXXX Pleno Registral, de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 16 de diciembre de 2011 (Perú).

Resolución 075-2021-SUNARP-TR del Tribunal Registral de la Superintendencia de los Registros Públicos, 27 de abril de 2021 (Perú).

Resolución 1828-2009-SUNARP-TR-L del Tribunal Registral de la Superintendencia de los Registros Públicos, 11 de diciembre de 2009 (Perú).

Resolución 1831-2009-SUNARP-TR-L del Tribunal Registral de la Superintendencia de los Registros Públicos, 11 de diciembre de 2009 (Perú).

Resolución de la Superintendente Nacional de los Registros Públicos 316-2008-SUNARP-SN, Aprueban Directiva 007-2008 “Normas que

regulan la inscripción de fideicomisos”, 27 de noviembre de 2008, Diario Oficial *El Peruano*, (Perú).

Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN, Aprueba el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, 6 de mayo de 2013, Diario Oficial *El Peruano*, (Perú).

Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 126-2012-SUNARP-SN, Aprueban el Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de mayo de 2012 (Perú).

Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 340-2008-SUNARP-SN, Aprueba Directiva 009-2008 sobre régimen de Propiedad Exclusiva y Común, Diario Oficial *El Peruano*, 30 de diciembre de 2008 (Perú).

Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 346-2009-SUNARP-SN, Incluir dentro del numeral 6.8 de la Directiva N° 008-2009-SUNARP/SN, Directiva sobre el Procedimiento del Concurso Interno de Méritos de trabajadores para asignación permanente de funciones, a niveles superiores el numeral 6.8.3, 6 de noviembre de 2009 (Perú).

XXXII Pleno Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 4 de abril de 2008 (Perú).