

Hipoteca sobre bienes futuros

Martín Mejorada C. *

En el presente caso, el Dr. Mejorada hace un análisis crítico a los conceptos de bienes y de bienes futuros. Posteriormente, trabaja la aplicación de la hipoteca sobre los bienes futuros, cuestionando su concepción clásica. Para ello, el autor pone como ejemplo principal en su artículo la gran cantidad de proyectos inmobiliarios que se desarrollan hoy en nuestro país.

* Socio de Rodrigo, Elías & Medrano. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derechos Reales en la Universidad del Pacífico y en la PUCP.

Hipoteca sobre bienes futuros

El artículo 1106 del Código Civil señala contundentemente: ¡No se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros! Pero, ¿cómo es esto?, se preguntarán desconcertados los lectores. Si precisamente el negocio con más actualidad y proyección en el mercado inmobiliario es la compraventa de bienes futuros y las garantías sobre los mismos para asegurar el financiamiento, ¿cómo se explica una negativa tan contundente? Además, en los hechos, las normas de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) permiten inscribir los proyectos de edificaciones para luego anotar ahí, de modo provisional es cierto, los contratos sobre los futuros predios y sus garantías. Lo cierto es que hay un tratamiento tímido sobre el particular y, como suele ocurrir con los viejos asuntos del Derecho Civil, un análisis algo rancio.

En las siguientes líneas intentaré demostrar que, en las condiciones actuales del mercado inmobiliario, y atendiendo principalmente al interés de los usuarios que debe ser siempre el principal sustento de la interpretación legal, lo que entendemos como bienes futuros son en realidad el estadio final de un proceso que en su realización, y desde el inicio, da cuenta de bienes presentes de características peculiares, pero bienes al fin y al cabo. También mostraré que la dramática disposición del artículo 1106 del Código Civil no constituye un inconveniente absoluto.

Sobre el particular se han ocupado varias normas del Código, algunas sentencias de la Corte Suprema y hasta del Tribunal Constitucional, normas de la Ley de Regularización de Edificaciones (Ley 27157), su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 008-2000-MTC y finalmente la Directiva 002-2003-SUNARP/SN y el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios aprobado por Resolución 097-2013-SUNARP/SN. En todas ellas se da por sentado que las edificaciones que no existen materialmente, sino en proyectos, son sólo bienes futuros y por tanto los actos vinculados a ellos están sometidos a un tratamiento especial, caracterizado por la pendencia o espera. De esta concepción surgen normas restrictivas y hasta prohibitivas, de dudosa constitucionalidad, sustentadas -entiendo- en una supuesta protección a los consumidores o contratantes que podrían ver frustradas sus expectativas a partir del entusiasmo de un proyectista pillo o descontrolado.

Debemos empezar por definir el "bien" como objeto de los derechos oponibles. En el ordenamiento peruano no se define el "bien", solo se le clasifica y se señalan listados de ellos como ejemplos de lo que son y de los actos a los que pueden estar ligados (artículos 885 y 886 del Código Civil).

Nadie negará que los bienes son el objeto de los derechos reales. Es decir, son el destino de las atribuciones exclusivas y excluyentes por excelencia, tales como la

propiedad, la superficie, la servidumbre, el usufructo, la hipoteca, etc. La exclusividad, que es propia de estas titularidades, define el contenido jurídico y la característica más importante de su objeto¹. Solo es posible un derecho exclusivo cuando el objeto está claramente definido e identificado, aun si es fungible. No sería posible excluir si no se tiene certeza e identidad del objeto. ¿Cómo apartar a los intrusos o recuperar lo perdido si no se sabe exactamente cuál es el objeto que se intenta proteger o retornar? Podemos concluir que es “bien” todo aquello que está identificado plenamente y sobre lo cual se pretende y se tiene facultades legítimas de exclusión frente a los demás. Si es exclusivo y soporta derechos que se traducen en un provecho económico sobre él, es un bien.

El objeto puede ser material o inmaterial. Precisamente uno de los bienes más importantes es el inmueble que surge del derecho o derechos sobre otro inmueble, siempre que sea inscribible en el Registro (artículo 885 inciso 10 del Código Civil). Es importante destacar que el derecho que es inmueble en virtud de esta norma no tiene que ser un derecho real, pues puede ser cualquier derecho inscribible siempre que se trate de titularidades previstas en el artículo 2019 del Código Civil. En tal sentido, los proyectos inmobiliarios, cuando cumplen con el detalle necesario para identificar los actos del constructor o proyectista que darán lugar al bien final, los mismos que se traducen en una compleja gama de derechos a favor del adquirente, dan lugar a un bien distinto al bien final que aún no está. En efecto, estos derechos indudablemente tienen base inmobiliaria determinada. No están expresados en el aire o como categoría de bienes (no se dice que la obligación consista en entregar “un departamento” o construcción cualquiera), sino en razón y con motivo de un predio perfectamente identificado sobre el cual se levantará la edificación.

Estos derechos son inscribibles porque el proyecto se inscribe, preventivamente, pero se inscribe. Esta base predial hace la diferencia con cualquier otro derecho personal que importe obligaciones de hacer, pues aquí el interés del adquirente se identifica con la base (el predio) y las obras en detalle todo lo cual se expresa en el negocio celebrado con el proyectista. No confundamos estos derechos del adquirente de inmuebles en proyectos, con el crédito del comitente en un contrato de obra (artículo 1771 del Código). En este último el acreedor normalmente tiene el dominio del predio y limita su interés a un hacer puro y simple del contratista. En la obra, el comitente no

¹ He recurrido a la premisa comúnmente aceptada sobre que los derechos reales son la titularidad sobre bienes por excelencia, porque este ensayo trata sobre un derecho real (hipoteca), pero en realidad no solo los derechos reales gozan de la necesidad de excluir sino todos los derechos sobre bienes, pues dicha necesidad parte de un reclamo de los usuarios por proteger su interés en determinado objeto (un ejemplo es la opción de compra que excluye *erga omnes* a pesar de ser un derecho de los que se llaman “personales”). En consecuencia, el bien se construye partir del interés de las personas y no surge originariamente de una categoría legal (derecho real), empero para simplificar la presentación no entraré en mayor detalle sobre el particular. Solo debo agregar que esta precisión cobra mayor importancia en sistemas como el nuestro donde los derechos reales son una lista cerrada (tipicidad).

tiene derechos inscribibles en el Registro ya que el predio es suyo y en consecuencia las obligaciones del contratista no constituyen derechos sobre el bien propio.

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 dominio inscrito y por tanto es inscribible (artículo 2019 inciso 5 del Código Civil) y es un bien inmueble. Volveré sobre esto más adelante.

Ahora definamos el “bien futuro” en general. Aunque pareciera sencillo definir este concepto no siempre es así. En mi opinión, el bien futuro se define a partir de cómo se ha expresado el objeto del negocio, buscando el interés que las partes quieren proteger. No olvidemos que ese interés es lo más importante en el derecho patrimonial. Así, una cosa es que la calidad o cualidad del bien consideradas esenciales para las partes (según se desprenda de lo expresado en el acto o de la naturaleza jurídica del negocio al cual ellas se han remitido) no estén presentes aún, y otra muy diferente que ciertas condiciones materiales o legales relevantes pero no esenciales para las partes no estén, aunque igualmente se espera que se cumplan en algún momento.

Los casos en esta materia siempre son siempre relativos ya que la definición del objeto depende del interés particular, y solo eventualmente de normas imperativas. Intentemos algunos ejemplos. Recae sobre bien futuro la compraventa de unas crías equinas de gran valor que aún no han sido concebidas y que solo interesan al comprador como resultado, no como proceso. No es negocio sobre bien futuro la venta de una vivienda existente, cuyo vendedor se obliga a entregar pintada, con puertas de madera y con inscripción en el Registro de Predios (de lo que hoy carece), si estas cualidades no son especiales para el comprador al identificar el objeto. Tampoco es un acto sobre bien futuro la compraventa de una sección predial perfectamente delimitada, pese a que ella es parte de un inmueble de mayor extensión y aun cuando la independización esté pendiente, salvo, claro está, que este trámite sea especial para las partes o no fuera posible por las normas que se ocupan de él. Todo depende de cómo se exprese el objeto del acto en la descripción que emana de la voluntad, en la solución que proviene de la ley a la cual se han acogido o en las normas de orden público sobre la materia.

Otro ejemplo más complejo es el que se desprende del artículo 21 de la Ley 29090 (Ley Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones) y artículo 16 de la Norma TH.010 del Reglamento Nacional de Edificaciones, complementados por los procedimientos que cada municipalidad distrital aprueba. Según este régimen, la venta de lotes en proceso de habilitación está permitida siempre que el proyectista garantice la culminación de las obras y lo autorice la municipalidad. La venta de estos “lotes” no se considera un negocio de bien futuro pese a que ellos propiamente no existen (las obras no han concluido) pues el comprador puede incluso iniciar la construcción simultánea como dueño del predio adquirido. Sin embargo, nada obsta para que el

proyectista celebre una compraventa indicando que el lote objeto de la operación es uno "habilitado", y por tanto se espera de él, como condición esencial, que cuente con todas sus obras e incluso que las mismas se hayan inscrito en los registros públicos. En este último caso el contrato sería sobre bien futuro.

Si estamos ante negocios sobre bienes futuros, la ley ha señalado sus consecuencias, considerándolos suspendidos o carentes de eficacia. Así se entiende principalmente de los artículos 1410 y 1534 del Código Civil que señalan que la obligación de entrega de los bienes futuros y el contrato de compraventa que versa sobre ellos, están sujetos a la condición suspensiva de que el bien exista. Lo mismo ocurre con la garantía mobiliaria de bienes futuros, a la que se considera ineficaz (artículo 21 inciso 2 de la Ley 28677). No hay normas sobre otros contratos de bienes futuros en la legislación civil, pero es evidente que las disposiciones antes referidas marcan el principio que rige en el Perú, esto es que el sistema legal solo reconoce efectos disminuidos a los derechos sobre bienes inexistentes. Por lo pronto, si estas titularidades son ineficaces obviamente no son oponibles. No olvidemos que la oponibilidad de los derechos sobre bienes es un tema de orden público porque tras ella está la persecutoriedad que demanda del Estado una labor especial de tutela, lo que explica a su vez la tipicidad de los derechos reales². Por esta razón los efectos reducidos que señala la ley no pueden ser materia de pacto distinto en lo que se refiere a los derechos sobre bienes, aunque sí para las prestaciones de naturaleza no real que acompañan al negocio. Así, en la compraventa de bienes futuros se puede convenir que el precio y otras prestaciones del comprador sean exigibles, aun cuando el bien no exista y por tanto la obligación de transferir esté suspendida.

Más allá de la crítica que merecen estas normas³, lo cierto es que estamos ante prestaciones y contratos suspendidos total o parcialmente; es decir, negocios en los que el acreedor no tiene derechos efectivos sino una esperanza, una expectativa que a

² Según los partidarios de la lista cerrada de derechos reales, se debe limitar la fuerza creadora de la voluntad para evitar que se desborde la capacidad de respuesta del Estado. Es un tema de gastos. En los sistemas cerrados se teme que la creación ilimitada de derechos oponibles ponga en dificultades la atención de estos derechos, tanto por la complicación que habría para identificarlos, como por la sobre exigencia que pendería sobre el Estado para la persecución de bienes. Si las personas pudiésemos crear libremente derechos reales, ante un reclamo para defenderlos -se entiende- el Estado tendría que hacer un enorme esfuerzo intelectual para saber si en verdad está ante un derecho oponible que merezca atención y por cierto necesitaría más agentes del orden que retornen las cosas a su lugar. Hoy en cambio el funcionario estatal (juez, registrador, policía, sereno municipal u otro burócrata) sólo mira su listita del Libro V y de otras leyes y ¡ya! En definitiva el *numerus apertus* exige un Estado más competente en la verificación y atención de los derechos.

³ No hay razón suficiente para que la obligación de entrega sea ineficaz solo porque el bien aún no ocupa un lugar en el espacio (habría bastado con dejar que el deudor sea juzgado por las reglas de responsabilidad civil), y menos para que todo el negocio duerma mientras se materializa su objeto, sobre todo sabiendo que en esta clase de operaciones el obligado a transferir está usualmente comprometido con la existencia del bien, esto es que el obligado a entregar es también el obligado a que el bien exista.

lo sumo lo provee de actos conservatorios para cautelar el goce que sobrevendrá a la esperada eficacia (artículo 173 del Código Civil).

En concordancia con esta visión de los negocios sobre proyectos, la legislación registral ha tratado el tema a través de una serie de mecanismos de ficción para ajustarse a los mandatos de la ley. Por ejemplo, la Directiva 002-2003-SUNARP describe tanto en sus considerandos como en las normas que contiene, los pasos a seguir para la inscripción de la compraventa y garantía sobre bienes futuros, señalando que se hace en base a anotaciones preventivas de la fábrica e independización proyectadas, advirtiendo que son inscripciones provisionales que corresponden a contratos ineficaces pues el bien no existe. Solo cuando los bienes aparecen los contratos adquieren plena eficacia y se inscriben de manera definitiva, concluye la directiva.

Temo que los legisladores de todos los estamentos e incluso la Corte han omitido una mirada a la realidad económica que sustenta la noción de “bien” como concepto legal. Si pensamos en la edificación material futura, el departamento, la vivienda en condominio, el lote habilitado o la obra de infraestructura proyectada, ciertamente el resultado esperado es un bien que hoy no existe y por tanto es futuro. La causa económica del tradicional negocio sobre bien futuro está en el interés de las partes por el bien final, no en el proceso destinado a su producción o aparición. Por esta razón, la ley recurre a la subordinación o condición suspensiva como modalidad de los negocios cuya eficacia depende de hechos futuros e inciertos para explicar la estructura de estas operaciones⁴. El hecho futuro e incierto es la existencia del bien, el cual llegará a tener presencia en virtud de sucesos ajenos a las partes. La condición suspensiva explica y obliga a la separación entre el resultado y los eventos que dan lugar al bien.

Para que la subordinación y condición funcionen, los actos destinados a la existencia del objeto no pueden depender exclusivamente del deudor. Por tanto, la estructura de estos actos no reposa en el proceso de edificación sino en una mera situación de esperanza de que ocurra el hecho incierto o, en el mejor de los casos, en compromisos no determinantes del deudor para que el bien llegue a existir pero nada más. En estas circunstancias de negocio, por supuesto, no interesa la oponibilidad o persecutoriedad dado que no hay bien ni atención sobre su proceso⁵. Estos son los verdaderos contratos sobre bienes futuros.

Con los proyectos inmobiliarios de hoy ocurre algo especial y tiene que ver con la misma razón por la cual abundan en el día los negocios sobre “bienes futuros”. En el

⁴ Los hechos que dan lugar al cumplimiento de la condición son siempre futuros e inciertos, lo cual es aceptado por la unánime doctrina. En el caso peruano tal característica se desprende del artículo 172 del Código Civil que señala que es nula la condición potestativa, esto es aquella que depende de la exclusiva voluntad del deudor.

⁵ El artículo 2019 incisos 4 y 5 del Código Civil permite que se inscriban contratos sujetos condición logrando que la modalidad sea oponible, pero obviamente se refiere a bienes existentes.

interés de los modernos adquirentes se perfila y concreta un objeto que tiene todas las características de un bien actual, distinto de la cosa material que surgirá. Me refiero al conjunto de derechos que el constructor o proyectista ofrece al comprador y que se ubica perfectamente en el tiempo y el espacio. Es justamente esa precisión y detalle lo que hace surgir el interés del consumidor y lo induce casi intuitivamente a buscar mecanismos de exclusión y persecución respecto del negocio que celebra. Ese consumidor habla con convicción preocupante sobre "su departamento" o "su casa". Claro, la que se ubica en tal lugar, de tal o cual color, calidad, medidas, accesos, disposición, acabados, vista, etc. Se refiere al "inmueble" cuya numeración naturalmente conoce y conecta con vecinos virtuales, acompañantes en la misma "alucinación". Preocupado, el comprador, se pregunta por la posibilidad de que otros también quieran lo mismo y exige que se adopten medidas para evitar el concurso. ¿Es que acaso ha surgido un bien que nadie más puede ver o es un espejismo producto del entusiasmo del comprador? Estamos ante un nuevo bien inmueble, el que deriva de los derechos sobre el predio que sirve de base para la edificación (artículo 885 inciso 10 del Código Civil).

Confirmando esta interpretación de la realidad, las normas registrales admiten la inscripción de proyectos inmobiliarios, de independizaciones y negocios jurídicos sobre los "bienes futuros", incluyendo compraventa e hipotecas, pero obviamente en la creencia de que estamos ante una ficción, un futurismo. Por eso, estas normas le otorgan provisionalidad a las inscripciones. Son anotaciones preventivas con plazo, son avanzadas de un registro que se convertirá en definitivo solo cuando los bienes existan.

Cabe preguntarse, ¿para qué se inscriben ahora (si al no existir bien no hay nada que publicitar)?, ¿quién requiere esta información? o ¿a quién se pretende oponer? La respuesta a estas interrogantes está en la realidad. Ocurre que sí existe necesidad de publicitar y oponer y es porque los adquirentes exigen que su derecho no se comprometa con nadie más, necesitan ser preferidos ante una eventual concurrencia de adquirentes y sin duda los acreedores ven en el proyecto inmobiliario, y en los derechos que emanan de él, un patrimonio actual y atractivo, al punto de animarse a desembolsar recursos con cargo a él. Esta necesidad de excluir define al bien, un objeto actual y valioso que consiste en el cúmulo de derechos que dan cuenta del proyecto, el mismo que se describe con absoluta especificidad y certeza. Es un bien inmaterial que se inscribe en el Registro de Predios. Lo que ocurre es que a través de las anotaciones preventivas de las fábricas, independizaciones y negocios que las partes celebran, el legislador cierra los ojos a la realidad y mantiene la atención en el inmueble físico que surgirá, empero la realidad es otra y la propia inscripción es la prueba de que hay necesidad de excluir y oponer un derecho o bien actual.

El artículo 64 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos (aprobado por Resolución de Superintendencia 126-2012-SUNARP-SN) define la anotación preventiva como los asientos provisionales y transitorios que tiene como finalidad reservar la prioridad y advertir la existencia de una eventual causa de

modificación del acto o derecho inscrito; es decir, estas normas hablan de un efecto actual de la anotación. Justamente la prioridad o exclusión que se logra con la anotación preventiva es de eficacia inmediata porque el titular requiere oponer su derecho desde que contrata, pues para eso inscribe. Nadie puede pretender el mismo lugar del adquirente en el proyecto por tanto es imprescindible oponer.

La presencia de ese bien inmaterial, actual y vigoroso, es advertida por las normas registrales antes referidas, solo que ellas se intimidan ante la jerarquía del Código Civil y no se atreven a presentar al bien. Sin embargo, ya desde la legislación de primer rango se puede observar un abandono de la noción de bien futuro como único interés de los contratantes. Basta ver el artículo 78.2 numeral I, literal a) del Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley 29571) que se refiere a los requisitos necesarios para la venta de bienes futuros (lotes o edificaciones): en todos los casos se exige que el proyectista cuente con las autorizaciones para la obra, lo que implica justamente que la atención del sistema legal comienza a dirigirse al proceso para la existencia del bien y no solo al resultado.

Desde esta perspectiva, la compraventa⁶ 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 inmueble. Si esto es así, los titulares de derechos pueden ejercerlos con carácter oponible desde el momento que nacen y hacerlos circular con total confianza, lo que permitiría, por ejemplo, que la hipoteca sobre proyectos pueda ejecutarse. Esto implicaría la venta judicial de los derechos inscritos sobre el proyecto, lo que a su vez daría lugar a que el eventual adquirente en remate se sustituya en el lugar del titular original.

Hacer realidad estos efectos prácticos requiere un sinceramiento de las normas. Ellas deberían aceptar que antes de que el bien material exista, hay otro bien. Asimismo, se requiere que cuando el bien físico tenga existencia, los derechos conferidos con anterioridad se trasladen al objeto material, como consecuencia de la transformación producida en el bien original. Esto es, la hipoteca sobre derechos mutará a hipoteca sobre el predio, lo mismo que las titularidades plenas frente a las obligaciones del proyectista se tornarán en dominio.

Aunque esto no se ha regulado así en las normas que admiten la inscripción de los proyectos, la transformación es un evento conocido en materia de derechos reales. Vía la integración se produce un nuevo objeto que corresponde al titular del bien original, sea porque sus componentes no pueden separarse o porque uno reemplaza económicamente al otro, así se desprende de las normas de accesión (artículo 938 del

⁶ Para ser precisos, en el negocio celebrado con el proyectista recién surge el bien, de modo que ahí no hay una compraventa sino el nacimiento del bien. Cuando el comprador a su vez transfiera estos derechos (bien) podremos hablar de compraventa.

Código Civil), de integración (artículo 887 del Código Civil) y hasta de la garantía mobiliaria (artículo 6 de la Ley 28677). Los derechos del comprador o el acreedor hipotecario que recaen sobre el proyecto se van transformando en ladrillo y cemento, en un proceso de integración que hacen inseparables al negocio precedente con el resultado del proceso. Así como la hipoteca que recae sobre un predio que luego es expropiado se traslada al monto de la indemnización (artículo 1101 del Código), igualmente la hipoteca sobre el proyecto inmobiliario se traslada al predio cuando éste llega a existir. Obviamente sería mejor que las normas reconocieran expresamente esta transformación y traslado, para lo cual sobra justificación científica y utilidad práctica, como acabamos de ver.

En la hipoteca de bienes futuros, el primer escollo que representa la norma del artículo 1106 del Código Civil se sorteja afirmando que en la garantía de proyectos no hay bien futuro, porque lo que es materia de compraventa y garantía es un bien presente (el conglomerado de derechos prediales comprometidos por el proyectista). Claro, siempre que así se desprenda de la voluntad de las partes y de la naturaleza del negocio que ellas han elegido y no esté impedido por norma de orden público. Es decir, no olvidemos que las partes pueden declarar que a ellas solo les interesa el resultado final, en cuyo caso el contrato no podría incorporar la obligación de edificar, ni ser ese servicio parte del negocio. No habría hipoteca y por cierto no habría para qué inscribir nada previamente.

Es curioso cómo se trata de justificar la hipoteca sobre proyectos (entendiendo que son bienes futuros) para sortear la norma prohibitiva. Se apela a la condición suspensiva que pende sobre ella y así -se dice- no hay hipoteca de modo que se cumple el mandato legal. El artículo 1105 del Código Civil admite la hipoteca sujeta a condición, pero obviamente se refiere a la garantía sobre bienes existentes e inscritos como tales. Si el bien es el objeto final sobre eso no hay garantía, no puede haberla por mandato legal y porque no hay derecho real sin objeto, por eso es fundamental descubrir el otro bien, el que sí existe.

Forzar la norma del artículo 1105 ofrece más complicaciones que soluciones, ya que si la hipoteca no tuviera efectos no podría generar lo más importante de ella, que es la oponibilidad y preferencia, y si es así entonces su inscripción no tiene valor alguno. Además, no olvidemos que en la condición suspensiva como modalidad del acto, el hecho que hacer surtir efectos al negocio debe ser incierto y ajeno a las partes, lo que no se cumple en los proyectos inmobiliarios donde el proyectista (deudor) es el responsable de que el bien exista; es decir, de que se cumpla la condición.

Finalmente, el mercado inmobiliario no puede depender solo de interpretaciones que aunque creativas suelen ser alambicadas, y por ello siempre merecedoras de crítica cuando no de protesta airada desde el sector dogmático. Tal es la situación de este ensayo. Por eso urge un tratamiento orgánico de la legislación en materia de proyectos que aplicando la disciplina de los derechos sobre bienes haga indiscutible lo que desde la realidad se percibe evidente; cada vez hay nuevos y más bienes que la tradición civil a la que pertenecemos jamás habría imaginado.