

La protección de los adquirentes de inmuebles en el Derecho alemán: Caracteres y efectos de la *Vormerkung* (*) (**)

(*) El presente trabajo se incluye en el ámbito del Proyecto de Investigación «Principios comunes del Derecho Privado Europeo», financiado por la Comisión Europea desde noviembre de 1997. Dicho proyecto tiene como objetivo fundamental la investigación acerca de los principios de Derecho Privado que son comunes a los países europeos a fin de facilitar la consecución de un posible único Derecho Privado Europeo. A él pertenecen las siguientes Universidades: Universidad de Turín (profesor doctor G. Ajani), University of Oxford (profesor doctor P. Birks), Universidad de Barcelona (profesor doctor A. Borrás), L'Université Jean Moulin III (Lyon) (profesor doctor F. Ferrand), Humboldt-Universität zu Berlin (profesor doctor A. Flessner), Westfälische Wilhelms-Universität Münster (profesor doctor R. Schulze), Katholieke Universiteit Nijmegen (profesor doctor H.L.E. Verhagen).

Desde aquí quisiera mostrar mi agradecimiento al profesor doctor A. Flessner por la confianza en mí depositada.

(**) índice de abreviaturas alemanas:

AcP: Archiv für die civilistische Praxis.

BayObLG: Tribunal Superior del Land de Bayern.

BGB: Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil).

BGH: Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal).

DnotZ: Deutsche Notar-Zeitschrift.

GBO: Grundbuchordnung (Normativa registral).

GG: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Constitución alemana).

InsO: Insolvenzordnung (Normativa sobre insolvencia).

Jura: Juristische Ausbildung.

JuS: Juristische Schulung.

JZ: Juristenzeitung.

KO: Konkursordnung (Normativa sobre quiebras).

NJW: Neue Juristische Wochenschrift.

WEG: Wohnungseigentumsgesetz (Ley de propiedad sobre la vivienda).

ZPO: Zivilprozessordnung (Ley de enjuiciamiento civil).

I. SOBRE LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN DEL ADQUIRENTE QUE NO HA COMPLETADO SU TITULARIDAD REAL SOBRE LA COSA EN EL DERECHO ALEMÁN: EL CONCEPTO DE *ANWARTSCHAFTSRECHT*

Como es sabido, para la transmisión onerosa derivativa *inter vivos* de la propiedad en nuestro sistema no basta con la celebración del negocio obligatorio, sino que es necesaria también la existencia de la tradición, del modo. Así se desprende del artículo 609 del Código Civil en relación con el artículo 1.095 del Código Civil.

En el ordenamiento jurídico alemán también se distingue entre el negocio jurídico obligatorio (contrato de compraventa) y el negocio dispositivo de naturaleza jurídico-real en el proceso adquisitivo. Si bien, en cuanto a la segunda etapa de este proceso, hay que distinguir entre la adquisición de bienes muebles y bienes inmuebles, puesto que la regulación es diferente para cada una de las categorías. Tratándose de bienes muebles, su reglamentación se contiene en los §§ 929 y siguientes BGB. De acuerdo con el § 929 I BGB, para transmitir un bien mueble es necesario que el propietario entregue la cosa al adquirente y ambos estén de acuerdo sobre el traslado de la propiedad.

El acuerdo real no precisa de una forma determinada, solamente en casos excepcionales se hace constar de modo expreso, en la mayoría de los casos, se deduce de las circunstancias que ha tenido lugar esta declaración de voluntad de las partes acerca de la transmisión de la propiedad.

Tampoco es necesario que tenga lugar al mismo tiempo que la entrega de la cosa. El problema radica en determinar si el acuerdo real puede tener lugar después de la entrega de la cosa. Se tratará en la mayoría de los casos de una cuestión de interpretación de la voluntad de las partes.

El acuerdo real, tratándose de bienes muebles, puede quedar sujeto a condición o a término. Un supuesto habitual de condición suspensiva es la reserva de dominio. Si se ha transmitido una cosa con reserva de dominio, cuando la condición se cumple se transmite automáticamente la propiedad. Como consecuencia, no tiene importancia si en el momento de cumplirse la condición las partes no tienen capacidad de obrar, o si mientras tanto, el enajenante ha perdido el poder de disposición o si ha perdido la posesión. Si el enajenante ha dispuesto de la cosa antes del cumplimiento de la condición, entonces esta disposición es ineficaz cuando la condición se cumple. Si la cosa se transmite sujeta a una condición resolutoria, con el cumplimiento de la condición, la propiedad vuelve al enajenante.

El acuerdo real conforme al § 929 BGB, parte de la base de que ambas partes se refieren a la misma cosa. En otro caso, no se produce traslado de la propiedad.

No se puede transmitir la propiedad de las cosas futuras, pero sí que es posible la celebración anticipada de un acuerdo real. En este último caso, la propiedad se transmite tan pronto como se produce la entrega posesoria de la cosa ya existente.

Solamente el dueño puede transmitir la propiedad según el § 929 BGB, en virtud del principio *nenio plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*. Este principio hoy en día ha sufrido una importante excepción dada la posibilidad de adquisiciones *a non domino*.

Excepcionalmente también puede transmitir un no propietario cuando tiene poder de disposición. Es el caso del administrador de la quiebra. La disposición por un no propietario es asimismo eficaz cuando el verdadero propietario la consiente, también si la confirma con posterioridad (párrafos 1.º y 2.º respectivamente del § 185 BGB), o cuando el no titular adquiere ulteriormente la propiedad.

En cuanto a la entrega posesoria (*Übergabe*), no existe una definición legal de lo que debe entenderse por tal. Sería demasiado restrictivo entender por entrega simplemente la puesta a disposición de la cosa a favor del adquirente. La *Übergabe* es algo más, es la transmisión de la posesión, de modo que el enajenante debe perder la posesión mediata o inmediata que debe obtener el adquirente. La *Übergabe* no es ningún negocio jurídico, sino un acontecimiento de hecho. En consecuencia, no precisa de capacidad jurídica de las partes, sino simplemente de su voluntad natural.

Para los bienes inmuebles el § 925 BGB regula la llamada *Auflassung* (1). De acuerdo con el párrafo 1.º del § 925 BGB, el acuerdo real (*Einigung*) entre el enajenante y el adquirente necesario para transmitir la propiedad de un bien inmueble con arreglo al § 873 (*Auflassung*) debe celebrarse en presencia de ambas partes. Por otro lado, según el § 313 BGB, el negocio jurídico obligatorio que contiene la obligación de transmitir la propiedad de un bien inmueble se regula de acuerdo con el Derecho de obligaciones y requiere la forma de escritura pública. La relación entre ambos negocios se rige de acuerdo con el principio de abstracción.

Junto a la *Auflassung* se requiere, para los bienes inmuebles, la inscripción en el Registro de la Propiedad (§ 873 I BGB). No obstante, la transmisión de la posesión, para los bienes inmuebles, no es uno de los presupuestos necesarios para la transmisión de la propiedad.

Hecha esta breve introducción sobre el sistema transmisivo alemán (2),

(1) AA.VV., *Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, t. III, 13.^a ed. al cuidado de Gursky, K., Pfeifer, A., Wiegand, W., Gruyter, Berlín, 1995, pág. 745 y sigs.

(2) Para un análisis del sistema alemán de transmisión de la propiedad desde la perspectiva del Derecho español, véase, entre otros: ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE

podemos señalar diferencias importantes con el Derecho español, que residen básicamente en que la transmisión de la propiedad opera automáticamente con la celebración del negocio dispositivo de naturaleza jurídico-real, independientemente de la validez del negocio causal (en estos consiste precisamente el llamado principio de abstracción característico del Derecho alemán). Otra diferencia importante es que la *traditio* en el Derecho alemán es un auténtico negocio jurídico en que el resultado transmisivo se debe a la voluntad conjunta de las partes de transmitir y adquirir. Además, en cuanto a la transmisión de bienes inmuebles en el Derecho alemán se precisa la inscripción en el Registro de la Propiedad, al contrario de lo que sucede en el Derecho español, donde la función de la publicidad registral es, como regla general, declarativa y no constitutiva.

A pesar de las apuntadas diferencias, existe una semejanza de extremada importancia con el Derecho español y es que, con la celebración del contrato de compraventa en ambos ordenamientos el comprador se encuentra en una posición vulnerable desde el punto de vista de la futura consolidación de su derecho real. En efecto, en ambos casos el comprador ostenta una simple expectativa de adquisición del derecho de propiedad al no haberse realizado todavía la *traditio* en su favor. Ahora bien, aunque la situación es estructuralmente idéntica, en el Derecho alemán se han desarrollado fórmulas para la protección de los adquirentes como veremos a lo largo de este trabajo.

Los autores alemanes se han preocupado ya desde antiguo de este problema intentando buscar medidas para la protección de la expectativa real. Estas inquietudes se trasladaron a la jurisprudencia y ello ha generado una regulación más o menos completa de una serie de mecanismos tuitivos.

La doctrina alemana (3) destaca la posibilidad de que después de la celebración del negocio jurídico obligatorio y antes de la realización del acuerdo traslativo abstracto de naturaleza real, puedan surgir peligros que

MUNCUNILL, L., *Derecho hipotecario*, t. I, 8.^a ed., Casa editorial Bosch, Barcelona, 1995, págs. 43 a 55; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho inmobiliario o registral hipotecario*, t. I, 1.^a ed., Civitas, Madrid, 1988, págs. 380 a 400; PAU PEDRÓN, A., «Panorama del sistema inmobiliario alemán», en *RCDI*, 1982, julio-agosto, págs. 950 a 1023.

(3) KNÖPFLE, R., «Die Vormerkung», *JuS*, 1981, pág. 157. También se refiere a esta idea GURSKY, K. H., «§ 883 BGB», en AA.VV., *Staudinger Kommentar zum BGB*, 12.^a ed., Gruyter, Berlin, 1987, pág. 228, cuando habla de los orígenes de esta institución jurídica. Así como también LENT, F., SCHWAB, K.H., *Sachenrecht*, 19.^a ed., C.H. Beck'se Verlagsbuchhandlung, München, 1983, págs. 61 y sigs. LICHTENBERGER, P., «Die Vormerkung zur Sicherung künftiger oder bedingter Ansprüche», *NJW*, 1977, págs. 755 y sigs. Según este autor, gracias a la «preinscripción» (*Vormerkung*) se suavizan los peligros que surgen como consecuencia de los complicados presupuestos exigidos por el Derecho de cosas para que se produzca la mutación jurídico-real. En este sentido, la «preinscripción» (*Vormerkung*), vendría a ser una solución de transición.

conlleven la frustración de la pretensión real. Tales peligros pueden consistir en que:

- a) El deudor disponga de la cosa en favor de un tercero, de modo que no sea capaz de cumplir la pretensión de entrega.
- b) El deudor vea disminuido su patrimonio como consecuencia de la venta de sus bienes para satisfacer créditos anteriores.
- c) La pretensión de entrega, en virtud de la insolvencia del deudor, se convierta en una simple pretensión concursal.
- d) En caso del fallecimiento del deudor, sus herederos pretendan evitar el cumplimiento de la pretensión amparándose en la limitación de responsabilidad derivada de la sucesión *mortis causa*.

Desde luego, tal y como hemos expuesto, después de la celebración del negocio jurídico-obligatorio el deudor de la prestación de entrega puede llevar a cabo actos de disposición sobre el inmueble que pueden frustrar el cumplimiento del negocio jurídico-real. Ese incumplimiento, desde el punto de vista contractual, desencadenaría la necesidad de indemnizar daños y perjuicios, pero la mutación jurídico-real a favor del acreedor ya no sería posible. En consecuencia, el legislador alemán ha ideado un mecanismo de protección de los adquirentes de inmuebles con eficacia jurídico-real. Este mecanismo consiste en la inscripción de una *Vormerkung* (4) en el Registro de la Propiedad.

La creación de este instrumento de seguridad es debido, a mi entender y como ya he expuesto anteriormente, a la importancia que la doctrina alemana ha concedido ya desde antiguo a la expectativa jurídico-real y a su protección como si de un derecho consolidado se tratara. En este sentido, según la terminología alemana, *Anwartschaftsrechten* son expectativas de adquisición de un derecho real para cuya protección se han desarrollado reglas especiales (5).

(4) Esta figura ha sido traducida al castellano como «prenotación» o «anotación preventiva» por Pérez González, B. y Alguer, J., traductores de la obra de ENNECERUS, L.; KIPP, T., y WOLF, M., *Derecho de cosas*, t. III, v. I, 2.^a ed., al cuidado de José Puig Brutau, Barcelona, 1951, en la pág. 273. PAU PEDRÓN, A., en «Panorama del sistema inmobiliario alemán», en *RCDI*, 1982, julio-agosto, pág. 968, utiliza el término de «prenotación». DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., en *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. III, 4.^a ed., Civitas, Madrid, 1995, pág. 483, habla de «preinscripción». Nosotros preferimos este término al de anotación preventiva, porque este último ya existe en nuestro Derecho y se refiere a un concepto no exactamente idéntico al de *Vormerkung*. La anotación preventiva no crea un derecho de garantía adicional, simplemente le da acceso al Registro y le dota de una específica protección (enervamiento de la fe pública registral). Por el contrario, la *Vormerkung*, como veremos a lo largo de este trabajo, sí que crea un derecho de garantía vinculado a la existencia de un *Antwartschaftsrecht*, que en otro caso quedaría desprotegido.

(5) WIELING, *Sachenrecht*, t. I, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 1990, págs. 774 y sigs.

El concepto se potenció, sobre todo, a partir de la figura de la compraventa con pacto de reserva de dominio.

En estos supuestos se plantea un conflicto de intereses claramente diferenciado. Por una parte, el vendedor, que todavía no ha obtenido el precio, debe ser protegido de las pérdidas económicas derivadas del impago, para ello se le permite retener la propiedad sobre la cosa vendida hasta que el comprador cumpla totalmente la obligación que le incumbe. Por otro lado, si el precio de compra ha sido aplazado, entonces el comprador debe ser protegido frente a la posible pérdida del precio pagado sin adquirir finalmente la propiedad de la cosa.

Las construcciones tendentes a conseguir un equilibrio en ese conflicto de intereses son diferentes en los distintos ordenamientos jurídicos y en las distintas épocas. Así, el Derecho romano no conoció, junto al contrato de compraventa, ningún otro negocio dispositivo como cumplimiento de aquel contrato, la *traditio* no era más que un comportamiento fáctico, como sucede en el Derecho español hoy vigente. El vendedor no podía asegurar su posición mediante la entrega sometida a una condición suspensiva. Si el vendedor entregaba la cosa al comprador, le transmitía automáticamente la propiedad de la misma. De ahí que se desarrollasen fórmulas tales como la celebración junto a la compraventa de un contrato de préstamo de uso, de modo que la entrega suponía el cumplimiento de este contrato.

El Derecho común desarrolló hacia el siglo xvi aproximadamente, el *pactum reservati dominii*, el precedente de la actual reserva de dominio (*Eigentumsvorbehalt*, según la terminología alemana), debido precisamente a que bajo la vigencia de la teoría del título y el modo no era posible la *traditio* sujeta a condición suspensiva.

El Derecho prusiano concibió la reserva de dominio como una condición resolutoria del contrato de compraventa para el caso de que el comprador no pagase puntualmente el precio. Con el cumplimiento de la condición se resolvía el contrato, entonces el comprador continuaba siendo propietario, lo que sucedía es que el vendedor podría reivindicar la cosa. Esta construcción venía a otorgar una protección débil al vendedor, sobre todo en el concurso del comprador (puesto que éste continúa siendo propietario), con lo que se acogieron los prusianos a la fórmula romana del préstamo de uso.

La pandectística interpretó la entrega como un negocio jurídico y la reserva de dominio como una condición. No obstante, era discutido si la condición debía ser suspensiva o resolutoria. De ser resolutoria el dominio lo adquiriría el comprador y el vendedor dispondría simplemente de una expectativa real (*Anwartschaftsrecht*) y al revés si la condición fuese suspensiva. Esta discusión, no obstante, no era demasiado fructífera porque los resultados prácticos vendrían a ser los mismos, ya que con la reserva de dominio la propiedad se divide en sentido funcional, el vendedor retiene la propiedad como garantía

del valor de la cosa, mientras que el comprador se asegura el aprovechamiento de la misma (6).

Hoy en día es posible afirmar que con la reserva de dominio se produce una modificación negocial del sistema de transmisión de la propiedad. La obligación de una inmediata transmisión de la propiedad de la cosa se sustituye por la transmisión de una expectativa real (*Anwartschaftsrecht*). El vendedor ha cumplido su obligación con la entrega posesoria de la cosa y la transmisión de la propiedad sujeta a condición (*bedingten Übereignung*), le resta únicamente la obligación accesoria de que no se vea obstaculizada la adquisición de la propiedad por el comprador.

En consecuencia, en el Derecho alemán, la reserva de dominio tal y como viene configurada por el ordenamiento jurídico no sólo sirve a la seguridad del vendedor, porque para ello hubiese bastado con efectuar la inmediata entrega posesoria de la cosa y aplazar el negocio dispositivo hasta el pago completo del precio. No obstante, esta posibilidad hubiese sido perjudicial para el comprador, especialmente cuando se ha estipulado un aplazamiento en el pago del precio, ya que el vendedor podía seguir disponiendo de la cosa y los acreedores del vendedor podrían atacarla. De este modo, con la reserva de dominio como negocio dispositivo sometido a condición suspensiva del total pago del precio, la posición del comprador queda garantizada frente a los mencionados peligros otorgándole un derecho real, el llamado *Anwartschaftsrecht*. La finalidad jurídico-política de esta institución es proporcionar al comprador una posición jurídica que le permita ser protegido frente al vendedor y frente a sus acreedores y que le asegure la posterior adquisición de la propiedad, en tanto en cuanto él pague.

De lo expuesto se desprende que el concepto de expectativa real no es un concepto legal, sino que fue «descubierto» por la ciencia jurídica y, posteriormente, retomado y desarrollado por la jurisprudencia (7). En opinión de LEÍBLE (8), «[s]e habla de derecho de expectativa (*Anwartschaftsrecht*) cuando en un supuesto complejo de adquisición de un derecho son tantos los

(6) La cuestión parece estar clara en el Derecho alemán, según este Derecho la reserva de dominio es una condición suspensiva que se proyecta sobre el negocio jurídico-real. No obstante, entre los autores españoles, esta controversia no está todavía zanjada. Sobre este tema se puede ver la obra de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La cláusula de reserva de dominio*, Editorial Moneda y Crédito, Madrid, 1971.

(7) SERICK, R., *Garantías mobiliarias en derecho alemán*, traducción de Carrasco Perera, A., con prólogo de Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Tecnos, Madrid, 1990 [Obra original: SERICK, R., *Deutschen Mobiliarsicherheiten Aufriss und Grundgedanken*, Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 1988], pág. 181. Sobre este mismo tema existe una obra más reciente de SERICK: *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, 2.^a ed., Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 1993.

(8) LEÍBLE, S., «La reserva de dominio en el Derecho alemán», *RDP*, 1999, abril, pág. 267.

requisitos que se cumplen que es posible afirmar que el adquirente se encuentra en una posición jurídica asegurada; posición que en ningún caso va a poder ser destruida por una declaración unilateral del vendedor del derecho». En el caso de compraventa sujeta a reserva de dominio, el vendedor, si el comprador paga la totalidad del precio estipulado, no va a poder resolver el contrato ni evitar la transmisión de la propiedad. Además, de acuerdo con el § 16111 BGB (9) no va a poder realizar actos de disposición sobre la cosa vendida que sean eficaces frente al comprador. El comprador se encuentra en una situación jurídica cercana a la del propietario.

No obstante, no existe acuerdo en la doctrina acerca de la naturaleza jurídica del *Anwartschaftsrecht*. Existen tres tendencias, para unos autores se trata de un auténtico derecho real, para otros su naturaleza jurídica es obligacional, mientras que una posición intermedia defiende su carácter obligacional-real. Parece ser que la opinión mayoritaria lo define principalmente como un derecho real (10). Precisamente una manifestación de esa naturaleza jurídico-real del *Anwartschaftsrecht* es que el comprador sujeto a reserva de dominio puede, de acuerdo con el § 1007 BGB (11), reclamar la cosa de cada poseedor como si se tratase de un verdadero propietario. Otros efectos previstos por el ordenamiento y que denotan una cierta naturaleza jurídico-real del derecho de expectativa es que cuando el vendedor se encuentra en una situación concursal, el derecho del comprador está asegurado, el *Anwartschaftsrecht* es firme en el concurso. No obstante, esto lo veremos con más detenimiento en la última parte de este trabajo.

De acuerdo con SERICK (12) la expectativa real (*Anwartschaftsrecht*) es un auténtico derecho subjetivo, que tiene existencia actual (no futura), susceptible de ser embargado y pignorado. Este derecho no regulado jurídicamente adopta una posición intermedia entre el derecho de contenido obligatorio y el derecho real, puesto que se extingue cuando lo hace el negocio jurídico-obligatorio que le sirve de causa.

(9) De acuerdo con esta norma, si alguien ha dispuesto de un bien bajo una condición suspensiva, los actos de disposición realizados durante el período de pendencia de la condición sobre ese mismo objeto son ineficaces en tanto en cuanto contradigan o vulneren los efectos pendientes del cumplimiento de la condición.

(10) LEÍBLE, S., «La reserva de dominio en el Derecho alemán», *RDP*, abril, 1999, págs. 268.

(11) Según este precepto, quien ha ostentado la posesión de una cosa puede exigir del actual poseedor la restitución de la misma, cuando este último no haya adquirido la posesión de buena fe.

(12) SERICK, R., *Garantías mobiliarias en Derecho alemán*, traducción de Carrasco Perera, A., con prólogo de Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Tecnos, Madrid, 1990 [Obra original: SERICK, R., *Deutschen Mobiliarsicherheiten Aufriss und Grundgedanken*, Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 19881, págs. 44 y sigs.

Con la institución del *Antwachtschaftsrecht* al comprador se le garantiza la adquisición de la propiedad, siempre que cumpla las condiciones estipuladas contractualmente. De tal manera que ni el vendedor, como propietario, ni un tercero pueden menoscabar su expectativa real.

Un problema similar al de la reserva de dominio, que en el Derecho alemán se admite solamente para los bienes muebles (13), se produce en el caso de la compra de un inmueble, debido precisamente a la apuntada separación característica en el Derecho alemán entre negocios obligatorios y negocios dispositivos (14). En consecuencia, hasta el momento de la celebración del negocio dispositivo, el comprador puede asegurar su pretensión de adquisición de la propiedad mediante la institución registral de la «preinscripción» (*Vormerkung*) (15). En este momento, al comprador se le considera titular de un *Antwachtschaftsrecht*. La antigua jurisprudencia había contemplado la posibilidad de transmitir este *Antwachtschaftsrecht*, lo que equivalía a la cesión de la pretensión de conseguir la propiedad a favor de un tercero. No obstante, hoy se considera un auténtico derecho subjetivo.

Hasta que el titular de la expectativa real consolida su posición, concurre, en opinión de RAISER, una doble propiedad sobre el mismo objeto (16). Según este autor, precisamente la configuración del *Antwachtschaftsrecht* como un auténtico derecho ha favorecido la posición de su titular en la quiebra de su contraparte (17), como veremos cuando estudiemos los efectos de la «preinscripción» (*Vormerkung*) a lo largo de este trabajo.

(13) Para los bienes inmuebles el § 925 BGB en su párrafo 2.º establece que la tradición (*Auflassung*) sujeta a condición o término es ineficaz.

(14) BAUR, J. F., y STÜRNER, R., *Sachenrecht*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 17.^a ed., München, 1999, págs. 217 y sigs.

(15) RAISER, L., *Dingliche Antwachtschaften*, J.C.B. Mohr Verlages, Tübingen, 1961, pág. 29.

(16) RAISER, L., *Dingliche Antwachtschaften*, J.C.B. Mohr Verlages, Tübingen, 1961, pág. 66. Según este autor la expectativa real es el paso previo al derecho completo. La formación del derecho real no tiene lugar en un solo acto sino que se extiende en el tiempo. Entretanto, el enajenante está ya vinculado mediante unos lazos de naturaleza jurídico-real y limitado, por tanto, en el poder de disposición sobre la cosa. El adquirente, por su parte, tiene un derecho de defensa, pero también se le otorgan determinadas pretensiones características del propietario. En consecuencia, tanto el derecho del transmitente como el del enajenante podría ser calificado de derecho de propiedad, de modo que en este período intermedio no existe una distribución de las facultades inherentes al derecho de propiedad entre el enajenante y el transmitente, sino que la propiedad, por así decirlo, se multiplica por dos: tanto el enajenante como el adquirente pueden ser llamados propietarios de la misma cosa.

(17) RAISER, L., *Dingliche Antwachtschaften*, J.C.B. Mohr Verlages, Tübingen, 1961, pág. 95, el § 17 KO (relativo al derecho de elección del administrador de la quiebra en los contratos bilaterales pendientes de ejecución) debe ser interpretado en relación con el § 24 KO, de manera que en la quiebra del vendedor de un inmueble debe cumplirse en todo caso la pretensión garantizada mediante la «preinscripción» (*Vormerkung*). Como

De esta suerte, la «preinscripción» (*Vormerkung*) es un eficaz instrumento de protección de los derechos de los adquirentes de bienes inmuebles. Su regulación se contiene en el § 883 BGB (18). Mediante su inscripción (19) en el Registro de la Propiedad cada potencial adquirente puede conocer que se va a producir una inscripción en favor de otro y que va a tener que contar con la posibilidad de perder su derecho, si a pesar de todo se le permite inscribir. Existen distintos tipos de «preinscripción» (*Vormerkung*), en concreto aquí estamos haciendo referencia a la *Auflassungsvormerkung* que tiende a la protección de la pretensión de una mutación jurídico-real frente a su frustración mediante un posible acto de disposición del deudor.

La posición del adquirente que garantiza su pretensión mediante una «preinscripción» (*Vormerkung*) es próxima a la del titular del derecho de propiedad, no obstante, existen diferencias tales como que para el *Anwartschaftsrecht* no rige completamente el principio de abstracción, puesto que existe todavía una dependencia respecto de los elementos obligacionales. Según MEDICUS, éste es el precio que se debe pagar por equiparar lo que antes era una simple expectativa a un auténtico derecho subjetivo (20).

veremos a lo largo de este trabajo, estas normas no se encuentran hoy vigentes, no obstante, con la nueva normativa se llega a idéntica solución.

(18) Según este precepto para garantizar la pretensión de constitución o extinción de un derecho sobre un inmueble o de cambio del contenido o del rango de un derecho de tales características, se puede inscribir una «preinscripción» (*Vormerkung*) en el Registro de la Propiedad. También es admisible la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) para asegurar una pretensión futura o condicional. Un acto dispositivo realizado con posterioridad a la «preinscripción» (*Vormerkung*) que perjudique la pretensión garantizada con la misma, debe ser ineficaz. Lo mismo sirve para los actos dispositivos realizados en el ámbito de un procedimiento de ejecución forzosa o por el administrador de la quiebra. El rango del derecho garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) se determina de acuerdo con su inscripción en el Registro.

La *Auflassungsvormerkung* quedaría reflejada en el § 883 I 2 BGB, con ella se protege a aquél que ha celebrado un contrato de compraventa, cuya pretensión de adquirir la propiedad se ha configurado como futura o condicionada.

(19) El § 883 BGB utiliza el término *Eintragung* (inscripción), no obstante la *Vormerkung* no tiene la naturaleza de un asiento de inscripción. Sobre la clasificación de los asientos registrales en el sistema alemán resulta muy útil el trabajo de PAU PEDRÓN, A., «Panorama del sistema inmobiliario alemán», en *RCDI*, 1982, julio-agosto, pág. 967. Según este autor, los asientos registrales en el sistema alemán se clasifican en atención a su contenido en inscripciones (*Eintragung*), de contenido positivo y cancelaciones (*Lösung*), de contenido negativo. Según su duración se contraponen a los anteriores las prenotaciones (*Vormerkung*) y los asientos de contracción (*Widerspruch*), de carácter provisional. A los mencionados asientos se añaden las notas (*Vermerke*) y las prenotaciones cancelatorias (*Lösungsvormerkungen*).

(20) MEDICUS, D., «Das Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers», *DnotZ*, 1990, pág. 283. En tanto en cuanto se niegue la existencia de un *Anwartschaftsrecht*, a ese acreedor le queda simplemente la pretensión de entrega propia del contrato de compraventa.

Por otra parte, no existe acuerdo entre los autores acerca de cuáles son los presupuestos para que la posición del adquirente de un inmueble pueda ser calificada como titularidad de un *Anwartschaftsrecht*. Para una posición minoritaria, solamente se puede hablar de *Anwartschaftsrecht* cuando las partes han prestado su consentimiento para la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) según el § 873 I 2 BGB (21). Para otros es necesario que el adquirente haya solicitado ya inscribir la propiedad o bien, la inscripción de una «preinscripción» (*Vormerkung*) (esta es la posición mantenida por el Bundesgerichtshof [Tribunal Supremo Federal alemán]). Por último, están los que defienden que es necesario que la inscripción en el Registro de la «preinscripción» (*Vormerkung*) pueda considerarse irrenunciable. Esta discusión puede tener trascendencia práctica, sobre todo en relación con la posibilidad de pignorar este derecho (22). Las dificultades residen sobre todo en que la figura del *Anwartschaftsrecht* es un producto de la ciencia jurídica aceptada por la jurisprudencia, sin que exista regulación legal de la misma.

En opinión de MEDICUS (23), el *Anwartschaftsrecht* existe cuando concurren la *traditio* documentada en escritura pública, el acuerdo para la inscripción de la propiedad y para la inscripción de la *Auflassungsvormerkung*. Ello es debido a que la «preinscripción» (*Vormerkung*) no es más que una garantía tendente a asegurar el cumplimiento de la obligación de transmitir la propiedad que incumbe al vendedor (24), de manera que la «preinscripción» (*Vormerkung*) por sí misma no basta para que podamos afirmar que el comprador del inmueble es ya titular de un *Anwartschaftsrecht*.

(21) Según esta norma, antes de la inscripción de la propiedad en el Registro, las partes están únicamente vinculadas cuando han documentado sus declaraciones de voluntad en escritura pública, cuando prestaron esa declaración ante el encargado del Registro, cuando se han presentado ante él, o bien cuando el titular ha declarado ante su contraparte su voluntad de inscribir exigida por las normas registrales.

(22) MEDICUS, D., «Das Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers», *DnotZ*, 1990, págs. 275 y sigs. El tratamiento de este mismo problema se puede ver en SCHWERTNER, B., «Die Auflassungsvormerkung», *Jura*, 1985, pág. 316 y sigs. Se discute si la «preinscripción» (*Vormerkung*) es un derecho real limitado sobre un objeto, o un simple medio de garantía, pues la figura se encuentra a medio camino entre una pretensión obligacional y un derecho real sobre un inmueble. En su opinión, la *Auflassungsvormerkung* es un derecho accesorio, no siendo posible una transmisión aislada del mismo.

(23) MEDICUS, D., «Das Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers», *DnotZ*, 1990, pág. 281.

(24) En el Derecho alemán, al contrario de lo que sucede en el Derecho español, queda claro que una de las obligaciones del vendedor en el contrato de compraventa es la de transmitir la propiedad al comprador. Así se hace constar expresamente en el § 433 BGB, según el que el vendedor está obligado a la entrega posesoria y a la transmisión de la propiedad a favor del comprador.

II. REGULACIÓN DE LA *VORMERKUNG*: NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERES

Si bien existen distintos tipos de «preinscripción» (*Vormerkung*), en este trabajo dedicaremos nuestra atención al análisis de la *Auflassungsvormerkung* que, como hemos dicho, viene a cumplir respecto a los bienes inmuebles la misma función que para los bienes muebles desempeña la reserva de dominio.

De este modo, la *Auflassungsvormerkung* garantiza la pretensión de transmisión de la propiedad sobre un bien inmueble y no la emisión de la declaración de voluntad por el deudor de que va transmitir el inmueble (el llamado acuerdo real abstracto) (25). En consecuencia, la obligación garantizada no se vería cumplida hasta el momento de la inscripción de la propiedad sobre el inmueble en favor del titular de la «preinscripción» (*Vormerkung*).

Sin ánimo de exhaustividad, podemos señalar aquí que el efecto fundamental de la «preinscripción» (*Vormerkung*) es que el vendedor no pueda vulnerar unilateralmente el *Anwartschaftsrecht* del comprador del inmueble, permitiéndole, de ese modo, consolidar en el futuro su titularidad real sobre el mismo. Pero la «preinscripción» (*Vormerkung*) no solamente protege el interés del comprador, sino que también puede convertirse en garantía para el vendedor, ya que éste como contrapartida a la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) habrá exigido al comprador del inmueble el precio de compra o por lo menos una parte del mismo.

De este modo, la «preinscripción» (*Vormerkung*) anticipa en el tiempo los efectos que derivan de la celebración del contrato de compraventa (transmisión de la propiedad a favor del comprador por parte del vendedor, pago del precio por el comprador), pese a no haber tenido lugar el negocio jurídico real, sin riesgos para ninguna de las partes contractuales.

(25) LENT, F., y SCHWAB, K. H., *Sachenrecht*, 19.^a ed., C.H. Beck'se Verlagsbuchhandlung, München, 1983, pág. 63. La *Auflassungsvormerkung* cobra especial significado en relación con el contrato de compraventa, en el sentido de que garantiza la pretensión obligatoria de entrega del inmueble y protege al comprador de disposiciones que el vendedor puede realizar en el período que media desde la conclusión del contrato de compraventa y la inscripción en el Registro de la Propiedad. De no existir esta institución jurídica, el comprador solamente tendría derecho a la indemnización de daños y perjuicios, pero nunca a obtener la propiedad sobre el inmueble. El comprador podría verse garantizado también frente a otros actos dispositivos del vendedor distintos a la transmisión del bien como son la constitución de una hipoteca sobre este bien con la consiguiente disminución de su valor.

1. REGULACIÓN DE LA «VORMERKUNG» EN EL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN

La regulación de la «preinscripción» (*Vormerkung*) se contiene en los §§ 883 a 888 del BGB. El § 883, en su párrafo 1 se refiere al ámbito de aplicación de la «preinscripción» (*Vormerkung*), mientras que en los párrafos 2 y 3 y en el § 884 se regulan una parte de sus efectos jurídicos. Los presupuestos y el contenido de la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) se contienen en el § 885 BGB. El § 886 BGB prevé la cancelación de la «preinscripción» (*Vormerkung*) para el caso de que el deudor oponga una excepción a la obligación garantizada. El § 887 BGB establece la cancelación de la «preinscripción» (*Vormerkung*) cuando han transcurrido diez años desde la inscripción de la misma en el Registro y el acreedor actual es desconocido. El § 888 I BGB regula los efectos de la «preinscripción» (*Vormerkung*) frente a terceros, y muestra con ello de qué modo se realiza la protección de la pretensión garantizada. Por último, en el § 888 II BGB se puede apreciar la semejanza entre la «preinscripción» (*Vormerkung*) y una prohibición de disponer de carácter relativo, en cuanto a los efectos de ambas instituciones.

No obstante, en su conjunto la regulación de la «preinscripción» (*Vormerkung*) en el Código Civil alemán es incompleta (26). Además, el legislador no ha establecido una conexión entre las normas que regulan la «preinscripción» (*Vormerkung*) y el resto de normas de la segunda parte del Libro tercero que contienen los preceptos generales acerca de los derechos reales sobre inmuebles.

2. PRESUPUESTOS PARA LA INSCRIPCIÓN DE LA «VORMERKUNG»

La inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*), como hemos dicho más arriba, viene regulada en el § 885 BGB. De acuerdo con este precepto, para ello es necesaria simplemente la autorización de aquél cuyo inmueble o derecho va a ser gravado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) sin que se precise, a tales efectos, la celebración de un acuerdo real (*Einigung*) entre las partes (27).

Más detalladamente, KNÖPFLE (28) señala como presupuestos para la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) los siguientes:

(26) GURSKY, K. H., «§ 883 BGB», en AA.VV., *Staudinger Kommentar zum BGB*, 12.^a ed., Gruyter, Berlin, 1987, pág. 230.

(27) LENT, F., y SCHWAB, K. H., *Sachenrecht*, 19.^a ed., C.H. Beck'se Verlagsbuchhandlung, MUnchen, 1983, pág. 67.

(28) KNÖPFLE, R., «Die Vormerkung», *JuS*, 1981, pág. 160.

1. La autorización del titular del bien o derecho garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*), de acuerdo con lo previsto en el § 885 I BGB. Esa autorización consiste en una declaración de voluntad unilateral no recepticia, sin necesidad de forma alguna. Se debe prestar frente al acreedor cuya pretensión va a ser garantizada mediante la «preinscripción» (*Vormerkung*) o frente al encargado del Registro. Esa autorización puede ser sustituida por una sentencia judicial tal y como prevé el § 894 I ZPO.

Teóricamente ese acuerdo se distingue de la autorización exigida por el § 19 de GBO (29) para la inscripción; ahora bien, en la práctica se confunden (30). El acreedor al que antes nos hemos referido es el futuro titular del derecho real que va a ser transmitido o inscrito si el deudor cumple con la pretensión garantizada, no un tercero como podría ser el titular de un derecho real de hipoteca, cuya cancelación ha sido garantizada con una *Vormerkung*. Este ya viene protegido por el § 876 BGB (31).

2. El deudor que garantiza el cumplimiento de su obligación de transmitir mediante una «preinscripción» (*Vormerkung*) debe estar legitimado para disponer de su derecho.

3. La inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) es constitutiva. No obstante, los presupuestos para la inscripción no vienen establecidos en la ley: se trata de una laguna legal que hay que colmarla con las reglas registrales previstas para la inscripción de los derechos reales, a pesar de que, según la opinión mayoritaria, la *Vormerkung* no es un derecho real.

3. RELACIONES ENTRE LA «VORMERKUNG» Y LA PRETENSIÓN CON ELLA GARANTIZADA

En cuanto a pretensión garantizada mediante la «preinscripción» (*Vormerkung*), hay que tener en cuenta que ésta solamente puede garantizar determinadas pretensiones: aquéllas que tienen como objetivo la producción de una mutación jurídico-real.

(29) El § 19 GBO establece que «La inscripción de un derecho en el Registro de la Propiedad requiere el consentimiento de aquél cuyo derecho se va a ver afectado por la misma».

(30) MÜLBERT, P. O., «Der redliche Vormerkungserwerb», *AcP*, 1997, pág. 335. Según el autor, normalmente en la práctica, el enajenante consiente al mismo tiempo la creación de la «preinscripción» (*Vormerkung*) según el § 885 BGB y su inscripción de acuerdo con el § 19 GBO, de modo que ambas declaraciones se confunden. Lo mismo sucede con el otorgamiento de escritura pública que es necesario para la transmisión de un inmueble como lo exige el § 313 BGB y para la realización de la *Auflassung* según las normas registrales.

(31) Según este precepto, en el caso de que un derecho real sobre un inmueble esté gravado con el derecho de un tercero, para la cancelación del derecho gravado se requiere el consentimiento del tercero.

Además, es necesario que subsista la pretensión para cuya seguridad ha sido constituida una «preinscripción» (*Vormerkung*), de tal modo que se extingue necesariamente cuando la pretensión garantizada deja de tener existencia (32). En este sentido, no puede garantizarse una pretensión que ya ha sido cumplida o que se ha extinguido por cualquier otra razón (por ejemplo, condonación, confusión o por cumplimiento de la condición resolutoria). Una pretensión que proceda de un contrato nulo por defecto de forma o por cualquier otro vicio no puede ser garantizada mediante «preinscripción» (*Vormerkung*). Solamente son garantizables pretensiones de carácter privado. Asimismo, deben tratarse de pretensiones de carácter obligacional. No obstante, el origen de la pretensión es indiferente, pudiendo proceder de un contrato o de un negocio jurídico unilateral.

La «preinscripción» (*Vormerkung*) solamente puede garantizar una pretensión, nunca más de una y ésta debe ser necesariamente la pretensión determinada en el momento de la inscripción. En consecuencia, la *Auflassungsvormerkung* no puede garantizar la pretensión de restitución derivada de la resolución del contrato de compraventa, porque en el momento de la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) no estaría perfectamente determinada.

La «preinscripción» (*Vormerkung*) está inseparablemente unida a la pretensión garantizada y no puede tener una existencia separada de ella. En este sentido, la «preinscripción» (*Vormerkung*) supone una excepción a uno de los principios del Registro de la Propiedad en cuya virtud el Registro no proporciona información acerca de las pretensiones de carácter obligacional (33).

Como hemos dicho, pueden ser garantizadas mediante una «preinscripción» (*Vormerkung*) las pretensiones obligacionales que tienen como objetivo una modificación jurídico-real susceptible de ser inscrita en el Registro de la Propiedad (34). No obstante, no son susceptibles de ser garantizadas con una

(32) Sobre este particular resulta ilustrativa la sentencia del BGH de 24 de julio de 1998 (*NJW* 1998, 3196). La sentencia declara la inexactitud del contenido del Registro debido a la inexistencia de la «preinscripción» (*Vormerkung*). Como derecho accesorio que es, la «preinscripción» (*Vormerkung*) precisa de una pretensión obligatoria eficaz que persigue una mutación jurídico-real. La pretensión de entrega garantizada con una «preinscripción» (*Vormerkung*) a favor del comprador no subsiste en virtud del § 433 BGB porque existe una falta de acuerdo entre las partes contractuales y además, el contrato de compraventa no se ha documentado correctamente. En mi opinión, con el principio de accesoriedad de la *Vormerkung* se pone de manifiesto el acercamiento de la figura al Derecho de obligaciones, puesto que si se tratara de un auténtico derecho real, el principio predominante sería el de abstracción.

(33) LENT, F., y SCHWAB, K. H., *Sachenrecht*, 19.^a ed., C.H. Beck'se Verlagsbuchhandlung, München, 1983, pág. 63.

(34) GURSKY, K. H., «§ 883 BGB», en AA.VV., *Staudinger Kommentar zum BGB*, 12.^a ed., Gruyter, Berlin, 1987, pág. 236 y sigs.

«preinscripción» (*Vormerkung*) aquellas obligaciones contractuales que, a pesar de tener como finalidad una mutación jurídico-real, fuesen ilícitas. Tampoco se pueden garantizar aquellas obligaciones que, a pesar de ser lícitas, presuponen una disposición sobre un derecho real que, por razones particulares, no es susceptible de inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Hay que tener en cuenta que la pretensión que el comprador tuviese frente al deudor, derivada del pacto previo entre las partes en cuya virtud éstas se comprometen en el futuro a inscribir una *Vormerkung* en el Registro, es diferente a la pretensión obligatoria susceptible de ser garantizada con la «preinscripción» (*Vormerkung*).

En cuanto al deudor de la pretensión garantizada, debe ser en el momento de la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*), o bien el propietario del inmueble, o bien, el titular del derecho afectado. De este modo, si alguien vende un inmueble que no le pertenece no puede garantizar la pretensión del comprador mediante una «preinscripción» (*Vormerkung*) aunque medie el consentimiento del propietario del inmueble, a no ser que, al mismo tiempo, éste asuma junto al vendedor o de modo individual, la pretensión de cumplimiento. Ello es debido a que la «preinscripción» (*Vormerkung*) debe proteger al acreedor del peligro que representa que el deudor se encuentre en una situación jurídica que le impida el cumplimiento de la pretensión.

Por el mismo motivo, tampoco son susceptibles de ser garantizadas mediante una «preinscripción» (*Vormerkung*) aquellas pretensiones que se dirijan frente a anteriores propietarios o futuros adquirentes del inmueble. Así como tampoco es admisible una «preinscripción» (*Vormerkung*) en garantía de una pretensión que solamente puede hacerse valer frente a los herederos del que sea titular actual del derecho.

Si se produce una asunción de deuda de carácter privado se extingue la «preinscripción» (*Vormerkung*) por analogía con lo establecido en el § 418 11 BGB para la fianza, prenda e hipoteca. Otra cosa sucede cuando el acreedor garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) ha consentido la asunción de deuda, según se desprende también analógicamente del § 418 12 BGB (35).

Por lo que se refiere al titular de la «preinscripción» (*Vormerkung*) solamente puede ser, a causa de la accesoriedad de la misma, el acreedor de la pretensión garantizada (36). Sin embargo, en caso de celebrarse un contrato

(35) El contenido del § 418 I BGB es el siguiente: 1. «En virtud de la asunción de deuda, se produce una extinción de la fianza y de los derechos reales de garantía (...). 2. Lo establecido anteriormente no se aplica en el caso de que el fiador o el titular del derecho afectado en el momento de la asunción de deuda la consientan».

(36) Si la pretensión garantizada corresponde a varios acreedores según la sentencia del BGH de 11 de septiembre de 1997 (*NJW* 1997, 3236), se ha de tener en cuenta el § 47 GBO según el que debe hacerse constar en el Registro que esa pretensión concierne a una comunidad. Además, debe aclararse si la pretensión de entrega les corresponde como

a favor de un tercero, éste sí que podría ser titular de la *Vormerkung* porque en este caso el tercero tiene una pretensión propia para exigir del deudor el cumplimiento de la obligación de transmitir la propiedad.

4. CONTENIDO DE LA PRETENSIÓN GARANTIZADA MEDIANTE LA «VORMERKUNG»

Sin perjuicio de las pinceladas esbozadas en el apartado anterior acerca del contenido de la pretensión garantizada con la «preinscripción» (*Vormerkung*), conviene realizar aquí un estudio más profundo de la cuestión.

La pretensión garantizada con la «preinscripción» (*Vormerkung*) es una pretensión de «concesión» de un derecho real. Con el concepto «concesión» de un derecho sobre un bien inmueble nos estamos refiriendo tanto a la transmisión de un derecho real ya existente, así como a la creación *ex novo* en favor del deudor de un derecho de tales características. La expresión derecho sobre un inmueble incluye tanto los derechos reales limitados como la misma propiedad sobre el inmueble (37). Como la «preinscripción» (*Vormerkung*) no es un derecho real sobre el inmueble, no se puede tomar en consideración una «preinscripción» (*Vormerkung*) para garantizar la pretensión de constitución de una «preinscripción» (*Vormerkung*), así como tampoco la pretensión de cambio de contenido o de supresión de una «preinscripción» (*Vormerkung*).

Según KNÖPFLE, la pretensión garantizada con la «preinscripción» (*Vormerkung*) (38):

1. Debe tratarse de una pretensión de reconocimiento, transmisión, o supresión de un derecho sobre un inmueble. Dado que la «preinscripción» (*Vormerkung*) debe garantizar la pretensión hasta el momento de la inscripción del derecho ya consolidado, debe tratarse de una pretensión susceptible de inscribirse, incluso aún cuando, según las normas registrales, no se precise su inscripción.
2. En cuanto al origen de la pretensión, puede proceder de un negocio jurídico, pero también puede tener origen judicial.
3. El deudor de la pretensión garantizada con la «preinscripción» (*Vormerkung*) debe ser el titular del derecho afectado por la «preinscripción»

acreedores en mano común o cuál es el régimen interno de la comunidad de acuerdo con el § 513 BGB.

(37) La «preinscripción» (*Vormerkung*) se inscribe para garantizar la pretensión de crear o suprimir un derecho real sobre un bien inmueble, nunca sobre un bien mueble. LENT, F., y SCHWAB, K. H., *Sachenrecht*, 19.^a ed., C.H. Beck'se Verlagsbuchhandlung, München, 1983, pág. 61. También KNÖPFLE, R., «Die Vormerkung», *JuS*, 1981, pág. 157.

(38) KNÖPFLE, R., «Die Vormerkung», *JuS*, 1981, pág. 160.

(*Vormerkung*). De este modo, y como ya hemos apuntado más arriba, una pretensión que no va dirigida frente al titular del derecho, sino frente a un tercero, no puede ser garantizada con una «preinscripción» (*Vormerkung*). No obstante, esta afirmación encuentra una excepción en la adquisición de buena fe de la «preinscripción» (*Vormerkung*), según defiende la doctrina mayoritaria. La posible adquisición de buena fe de la «preinscripción» (*Vormerkung*) es una cuestión bastante compleja que trataremos en un epígrafe aislado de este trabajo.

4. La pretensión debe subsistir. Si se extingue la pretensión, por ejemplo, mediante la impugnación (por ser nula) o el cumplimiento de la misma, entonces se extingue automáticamente la «preinscripción» (*Vormerkung*), a pesar de su inscripción en el Registro. Hay que tener presente que aun después de la *traditio* puede subsistir la «preinscripción» (*Vormerkung*), puesto que con ella no se ha cumplido todavía, ya que para la transmisión de los bienes inmuebles es necesaria además la inscripción en el Registro.

En el caso de que la pretensión se hubiese extinguido, el contenido del Registro es incorrecto, dada la falta de validez automática de la «preinscripción» (*Vormerkung*). En consecuencia, la parte interesada podría solicitar una rectificación según el § 894 BGB. Para ello, sería necesario el consentimiento de la persona que se va a ver afectada por la cancelación, en este caso concreto, del titular de la «preinscripción» (*Vormerkung*).

5. De acuerdo con el § 883 I 2 BGB, existe una excepción a las reglas anteriores en el sentido de que son susceptibles de anotación también las pretensiones futuras y las condicionales.

Como manifestación de esta posibilidad, resulta especialmente interesante aquel supuesto especial en el que la «preinscripción» (*Vormerkung*) garantiza la pretensión de adquirir la propiedad de una vivienda (39).

(39) Sobre este particular se pronuncian los trabajos de GLAGE, G., «Wohnungseigentum und Vormerkung», *NJW*, 1967, págs. 813 y sigs. BARBY VON, H., «Die vorläufige Sicherung des Kaufanwärters von Eigenheimen und Wohnungseigentum durch Vormerkung», *NJW*, 1972, págs. 8 y sigs.

En opinión de GLAGE, en el caso de vivienda en construcción, el objeto del derecho a garantizar (la futura propiedad sobre la vivienda) no es idéntico a la propiedad preexistente sobre el inmueble, que ha sido inscrita en el Registro de la Propiedad. No obstante, la *praxis* busca una solución de este tipo: para que sea susceptible de ser garantizada la pretensión del comprador de una vivienda en construcción mediante la «preinscripción» (*Vormerkung*) se debe entender que la pretensión garantizada consiste en una pretensión de entrega de una propiedad compartida «ideal» sobre el inmueble, unida a la pretensión de entrega de la propiedad de la vivienda privativa cuando llegue a tener existencia. Ello es así porque el que compra una vivienda, no dirige su pretensión a conseguir una propiedad compartida «ideal» sobre el inmueble sin dividir, sino más bien, a conseguir una propiedad «ideal» compartida sobre el inmueble junto con una propiedad especial sobre una vivienda determinada.

Los problemas se plantean fundamentalmente cuando la vivienda se encuentra en fase de construcción. En este caso, de acuerdo con la opinión dominante, la «preinscripción» (*Vormerkung*) grava la totalidad del inmueble y garantiza la pretensión del futuro adquirente encaminada a que el propietario del inmueble construya la vivienda privativa sobre la que se concreta su

Según el autor, frente a lo que se persigue en la *praxis*, la «preinscripción» (*Vormerkung*) no ofrece al comprador ninguna protección cuando el constructor vende el inmueble, porque no existe la pretensión asegurada. A no ser que se interprete que en la compra de una vivienda garantizada con la correspondiente «preinscripción» (*Vormerkung*), el constructor se compromete a transmitir al comprador una propiedad de carácter «ideal» sobre el inmueble. Además, la «preinscripción» (*Vormerkung*), cuando la propiedad sobre el inmueble se transforma en propiedades especiales sobre cada una de las viviendas, grava todas las inscripciones registrales de las diferentes viviendas. Eso dificulta al comprador que pueda perseguir su derecho.

Por ello la solución habría que buscarla, a su juicio, en el § 883 BGB, porque también la pretensión de transformar el contenido del Registro puede ser garantizado mediante una «preinscripción» (*Vormerkung*). En consecuencia, el constructor puede obligarse frente al comprador a transformar su propiedad sobre un inmueble sin dividir en la propiedad sobre una vivienda concreta. Ello siempre que el contenido de la transformación sea determinado, por ejemplo mediante planos certificados de modo oficial. En este sentido, es posible inscribir una «preinscripción» (*Vormerkung*) en el Registro de la Propiedad para garantizar la pretensión de entrega de una propiedad compartida «ideal» (sobre los elementos comunes del edificio) y para la creación de una propiedad especial vinculada a aquélla sobre una vivienda determinada. La unión entre la propiedad compartida y la propiedad especial se produce tan pronto como el propietario de acuerdo con el § 8 WEG (ley de propiedad sobre la vivienda) consigue la propiedad privativa de la vivienda.

BARBY, por su parte, plantea el problema en los siguientes términos, es preciso distinguir entre una «preinscripción» (*Vormerkung*) consentida y una «preinscripción» (*Vormerkung*) en virtud de una disposición provisional.

La «preinscripción» (*Vormerkung*) consentida presenta pocas dificultades en el supuesto de que el inmueble se encuentre dividido en parcelas y el constructor esté de acuerdo con la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*). En este caso, es posible sin más la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) en favor del adquirente de una vivienda y son aplicables los §§ 883 y sigs. BGB.

Sin embargo, es más problemático el supuesto de que el inmueble no haya sido todavía dividido. En el caso de la propiedad de la vivienda se trata de un derecho real independiente, que no es idéntico a la precedente propiedad sobre el inmueble. Si el inmueble no ha sido todavía dividido, entonces de acuerdo con el § 8 WEG, la «preinscripción» (*Vormerkung*) se referiría a otro derecho diferente, a la futura propiedad sobre la vivienda. La transformación de esa propiedad en una propiedad sobre la vivienda, la podríamos interpretar como la transformación del contenido de un derecho en el sentido del § 883 BGB, de modo que una «preinscripción» (*Vormerkung*) de tales características debe tenerse por válida. Para ello es preciso que el inmueble sobre el que se ha de construir se haya determinado o que sea determinable. Por otro lado, la «preinscripción» (*Vormerkung*) solamente puede inscribirse cuando el inmueble ha sido dividido o cuando, al menos, ha sido determinada la situación y el tamaño de la parte privativa que ha de ser adquirida.

En el caso de la «preinscripción» (*Vormerkung*) en virtud de una disposición provisional, la opinión mayoritaria entiende que la inscripción de una «preinscripción» (*Vormerkung*) de tales características para garantizar pretensiones futuras es ilícita. No obs-

interés, previa división del mencionado inmueble (§ 8 WEG) (40) y que una vez construida, proceda a su transmisión.

Una «preinscripción» (*Vormerkung*) de estas características lleva consigo muchos problemas jurídicos. Estos problemas derivan de que la pretensión garantizada con la «preinscripción» (*Vormerkung*) debe estar determinada en el momento de la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*). En consecuencia, es necesario que en este momento se delimite cuál es la superficie del inmueble que va a destinarse a la vivienda privativa del comprador así como a los elementos comunes del edificio. En estos casos se viene exigiendo para la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) un plano que defina claramente la situación y la distribución del edificio, así como la situación y

tante, en opinión del autor, se puede hablar de la posibilidad de «preinscripción» (*Vormerkung*) en este caso porque entre las partes existen innumerables obligaciones, que por tener como objetivo la constitución de un derecho real deben constar en escritura pública (§ 313 BGB), además de que en la mayoría de los casos ya se han efectuado innumerables pagos. En consecuencia, se puede decir que el adquirente dispone ya de un verdadero *Antwortschaftsrecht*, que debe ser tratado como un valor patrimonial susceptible de ser garantizado.

El problema está en que en estos casos se produce un conflicto de intereses, por una parte, el constructor tiene un abierto interés en mantener el inmueble libre de cargas indeseadas. Por otra parte, el adquirente está interesado en obtener una garantía real, máxime cuando ya ha efectuado pagos importantes. Este conflicto debe resolverse teniendo en cuenta en cada caso cuál es el interés prevalente. De esta manera, si el comprador ya ha satisfecho en su totalidad el precio exigido, entonces el constructor no puede tener un interés legítimo en retrasar la entrega así como tampoco en impedir la «preinscripción» (*Vormerkung*). Ahora bien, si el pago no se ha satisfecho en su totalidad, entonces el constructor rechazará la entrega. Habrá que ver, si según los deberes impuestos por la buena fe, la inscripción de una «preinscripción» (*Vormerkung*) es legítima o no. Sería legítima cuando el constructor es culpable de un incumplimiento contractual, cuando incurre en una situación de insolvencia o cuando niega la inscripción por razones insignificantes. Por ejemplo, si existen dudas acerca de la liquidez de la sociedad constructora, entonces se debe entender como justificada la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) (Sentencia del BGH 24 de febrero de 1967 citada por el autor). Lo mismo sucede cuando el constructor se demora en la entrega de la cosa y el comprador ya ha pagado la totalidad del precio o está preparado para garantizar la cantidad controvertida, o bien, cuando con ese retraso teme la pérdida de su derecho.

En resumen, una «preinscripción» (*Vormerkung*) consentida solamente puede ser objeto de inscripción cuando el inmueble ya ha sido dividido, o cuando es determinable la situación y el tamaño de la parte privativa que ha de ser adquirida. Mientras que en virtud de una disposición provisional, únicamente puede ser objeto de inscripción una «preinscripción» (*Vormerkung*) cuando de acuerdo con los requisitos anteriormente señalados, el comprador ya ha satisfecho la totalidad del precio, o bien, cuando teniendo en cuenta los intereses contrapuestos de las partes, la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) se presenta como legítima.

(40) Este precepto hace referencia a la división del inmueble por el propietario. «El propietario de un inmueble ya construido o proyectado para la construcción puede dividir el mismo en distintos inmuebles de modo que sobre cada uno de ellos recaiga una propiedad especial de una vivienda o de un espacio destinado a un uso diferente. Para ello debe declarar su voluntad ante el encargado del Registro».

la extensión de la vivienda particular y de los elementos comunes, de modo que la pretensión de entrega del adquirente sea al menos determinable. No obstante, en la práctica, no se considera requisito para la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) que este plano venga certificado por la autoridad administrativa competente en materia urbanística.

En caso de que el edificio ya esté construido, basta con que se especifique de modo claro donde se encuentra ubicada la vivienda.

La posibilidad de garantizar mediante «preinscripción» (*Vormerkung*) pretensiones condicionales y futuras es especialmente importante en cuanto a la transmisión de la propiedad sobre bienes inmuebles, ya que para éstos no es posible la *traditio* sujeta a condición o a término, en virtud del párrafo 2.º del § 925 BGB (41). En el caso de los bienes muebles sí que es posible que el negocio jurídico-real de transmisión de la propiedad quede sujeto a una condición suspensiva, en esto consiste precisamente la reserva de dominio. De esta manera, es posible afirmar que la reserva de dominio pertenece al mundo de los derechos reales.

En cambio, para los bienes inmuebles la condición actúa sobre los efectos obligacionales derivados del contrato de compraventa y no sobre los efectos reales, precisamente porque no es posible que la *traditio* quede sujeta a condición. Es decir, la posibilidad de inscribir una «preinscripción» (*Vormer-*

(41) LENT, F., y SCHWAB, K. H., *Sachenrecht*, 19.^a ed., C.H. Beck'se Verlagsbuchhandlung, München, 1983, pág. 63. KNOPFLE, R., «Die Vormerkung», *JuS*, 1981, pág. 157. En la práctica es frecuente que se estipule la inscripción de una «preinscripción» (*Vormerkung*) en garantía de pretensiones condicionales, en este sentido se puede observar en la sentencia del BGH de 11 de julio de 1996 (*NJW* 1996, 3006). Los propietarios de una vivienda la gravan con determinadas cargas y después se la transmiten a su hija bajo la condición de que ésta se haga cargo de las mismas. La hija de los deudores se había obligado frente a ellos a que, en tanto en cuanto ellos viviesen, no iba a enajenar o gravar el inmueble sin su consentimiento. Para el caso de que la hija incumpliese esa obligación, los deudores deberían estar legitimados para la recuperación de la propiedad, esta pretensión condicionada fue garantizada mediante una «preinscripción» (*Vormerkung*). Esta pretensión y la «preinscripción» (*Vormerkung*) que la garantiza se extingue necesariamente con la muerte de los deudores (ello supone una excepción al § 883 I 1 BGB). No solamente por el objeto de la pretensión garantizada, sino además porque los deudores habían apoderado a su hija mediante escritura pública para que después de la muerte de los padres prestase su autorización para la cancelación de la «preinscripción» (*Vormerkung*). También son reseñables las sentencias del BGH de 22 de septiembre de 1994 (*IX ZR 251/93*) y de 5 de diciembre de 1996 (*V ZB 27/96*). El tribunal admite en la primera la posibilidad de garantizar el cumplimiento de una obligacional condicional con una «preinscripción» (*Vormerkung*): las partes habían estipulado en el contrato de compraventa del bien inmueble un derecho de reventa del inmueble para el caso de que el comprador vendiese el inmueble a un tercero. En cuanto a la segunda es admisible la inscripción de una «preinscripción» (*Vormerkung*) que debe garantizar una pretensión de recuperación de la propiedad sujeta a varias condiciones suspensivas.

kung) como garantía del comprador concierne al derecho de obligaciones y no al derecho de cosas.

Volviendo a la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) en garantía de pretensiones condicionales y futuras, es mejor hablar de pretensiones que resultan de negocios sometidos a una condición suspensiva o resolutoria que de pretensiones condicionales en sentido estricto. En el caso de negocios sometidos a una condición resolutoria, las pretensiones que surgen de los mismos son ya existentes, porque el negocio jurídico es plenamente eficaz hasta el cumplimiento de la condición. En este caso podrían ser susceptibles de «preinscripción» (*Vormerkung*) de acuerdo con lo previsto en el § 883 I 1 BGB. No obstante, las pretensiones que derivan de un negocio sujeto a una condición suspensiva no existen hasta que la pretensión se cumple. En consecuencia, se trata de una modalidad de la pretensión futura entendiendo ese concepto de modo amplio.

Para las pretensiones futuras en el sentido del § 883 I 2 BGB vale lo dicho sobre las características de la pretensión garantizada, básicamente es necesario que sea susceptible de determinación. De esta manera, es opinión generalizada entre los autores alemanes que las pretensiones futuras solamente son susceptibles de ser garantizadas mediante una «preinscripción» (*Vormerkung*) cuando para la existencia de la pretensión no solamente existe una posibilidad más o menos suficiente, sino que debe existir ya un fundamento sólido de que la pretensión va a llegar a tener existencia.

En la jurisprudencia y en la literatura se puede encontrar con frecuencia que se restringe el concepto de pretensión futura en cuanto a la aplicación del § 883 I 2 BGB. Según esta corriente solamente se puede hablar de pretensión futura cuando la base jurídica para el nacimiento de la pretensión ya está determinada mediante una oferta vinculante o mediante el acuerdo de las partes, de modo que el nacimiento de la pretensión no dependa solamente de la voluntad del deudor (42).

A pesar de todo no es necesario en el sentido del § 883 I 2 BGB, que el nacimiento de la pretensión dependa cuando menos de la voluntad del acreedor (43), si no que lo importante es que exista una base jurídica suficiente para la pretensión futura. Ello es así cuando su nacimiento está preparado de

(42) Por ejemplo, según la sentencia del BGH de 28 de abril de 1995 (15 W 374/94), el principio de especialidad se aplica también a la inscripción de una «preinscripción» (*Vormerkung*) para garantizar la pretensión futura de constitución de una carga real sobre el inmueble como garantía por los intereses devengados por la deuda.

(43) En este sentido se pronuncia LICHTENBERGER, P., «Die Vormerkung zur Sicherung künftiger oder bedingter Ansprüche», *NJW*, 1977, pág. 757, siguiendo en este punto una sentencia del BayObLG (*NJW* 1977, 1781) según la que una «preinscripción» (*Vormerkung*) que garantiza una pretensión condicional o futura solamente es admisible cuando el establecimiento de la misma depende tan solo de la voluntad del futuro adquirente.

tal forma que no puede evitarse de modo unilateral o por la mera voluntad del deudor (44).

LICHTENBERGER (45) defiende la necesidad de limitar que las pretensiones futuras puedan ser garantizadas mediante una «preinscripción» (*Vormerkung*), porque de otro modo, se generaría una insoportable inseguridad en el tráfico jurídico-registral. En el caso de pretensiones condicionales no se presenta este problema puesto que exigen un negocio jurídico ya concluido cuyos efectos están vinculados a determinados presupuestos. Ello no sucede en el caso de pretensiones futuras, en consecuencia, respecto de éstas es necesario que estén dotadas de una base jurídica sólida para ser garantizadas mediante una «preinscripción» (*Vormerkung*), o al menos, que tengan determinado su objeto y contenido.

5. DETERMINACIÓN DEL RANGO DEL DERECHO GARANTIZADO CON UNA «VORMERKUNG»

Uno de los mecanismos de garantía para el derecho garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) es que ésta otorga a este derecho el rango determinado por la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) y no por el de la inscripción del derecho ya creado. Es decir, el derecho garantizado ocupa la posición que ocuparía, si en el momento de la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*), en vez de ésta se hubiese inscrito el propio derecho ya completado.

Hay que tener en cuenta que el Código Civil alemán se refiere al rango del derecho garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*), no obstante, es discutido si la «preinscripción» (*Vormerkung*) tiene un rango ella misma.

A pesar de que, en puridad, no se puede decir que la «preinscripción» (*Vormerkung*) tenga la naturaleza jurídica de un derecho real, existe una tendencia en la práctica y en la doctrina a admitir que la «preinscripción» (*Vormerkung*), en tanto en cuanto sea posible, debe equipararse a la categoría de los derechos reales. De modo que se pueda afirmar la traslación de todas las características de los derechos reales sobre inmuebles a la «preinscripción» (*Vormerkung*). Esto significa que el rango de varias «preinscripciones» (*Vormerkungen*) entre sí, y de una «preinscripción» (*Vormerkung*) y otras cargas reales se determinaría de acuerdo con lo dispuesto en los §§ 879 y ss BGB (que se refieren a la determinación del rango de varios derechos reales limi-

(44) GURSKY, K. H., «§ 883 BGB», en AA.VV., *Staudinger Kommentar zum BGB*, 12.^a ed., Gruyter, Berlín, 1987, pág. 284.

(45) LICHTENBERGER, P., «Die Vormerkung zur Sicherung künftiger oder bedingter Ansprüche», *NJW*, 1977, pág. 757.

tados cuando concurren sobre un mismo bien). No obstante, en lo referente a esta cuestión, hay que tener en cuenta que la «preinscripción» (*Vormerkung*) no puede tener unos efectos más fuertes que el derecho ya perfeccionado.

6. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA «VORMERKUNG»

La naturaleza jurídica de la «preinscripción» (*Vormerkung*) es una cuestión muy controvertida. La regulación legal plantea lagunas importantes. Por un lado, el fundamento jurídico de la «preinscripción» (*Vormerkung*) es la pretensión obligacional, por otro lado, la «preinscripción» (*Vormerkung*) debe proteger y preparar una mutación jurídico-real.

Esta naturaleza intermedia ha sido apreciada por la jurisprudencia, y sin pretensiones de atribuir una denominación de carácter dogmático a la «preinscripción» (*Vormerkung*), la doctrina de los tribunales ha reconocido que la «preinscripción» (*Vormerkung*) no es un derecho real, sino un medio de garantía de tal naturaleza que sirve a la protección de una pretensión de carácter obligacional y que solamente en determinados aspectos desarrolla efectos jurídico-reales. Con ello está de acuerdo la mayor parte de la literatura (46).

(46) KNÖPFLE, R., «Die Vormerkung», *JuS*, 1981, págs. 158 y sigs. Según este autor, la naturaleza jurídica de la «preinscripción» (*Vormerkung*) ha sido objeto de numerosas discusiones. No obstante, existe acuerdo acerca de que la «preinscripción» (*Vormerkung*) no es ningún derecho real, pero tiene efectos reales.

El deudor está limitado en su poder de disposición, esta limitación tiene carácter relativo. El legislador ha elegido para la protección del acreedor el camino de la limitación del poder de disposición, sin embargo, no ha creado ningún derecho real. El § 883 II BGB no establece ninguna relación especial entre la pretensión y el inmueble, sino que recorta el poder del vendedor, y no al correspondiente propietario del inmueble. En su principal efecto existe pues una diferencia entre la «preinscripción» (*Vormerkung*) y un derecho real. Se ha argumentado su posible naturaleza de derecho real por lo previsto en el § 883 III BGB en cuanto a la determinación de su rango. No obstante, esta norma constituye solamente una concreción del espíritu del § 883 II. El § 883 III no dota de una eficacia adicional a la «preinscripción» (*Vormerkung*). Si no existiese ese precepto, la aplicación de las reglas generales conduciría a que los derechos creados con posterioridad tendrían preferencia frente al derecho que surge del cumplimiento de la pretensión garantizada. En consecuencia, el § 883 III no es determinante a la hora de fijar la naturaleza jurídica de la «preinscripción» (*Vormerkung*).

Por otro lado, en la literatura parece admitirse que la «preinscripción» (*Vormerkung*) presenta un carácter semejante al de un derecho real en el sentido de que el administrador de la quiebra debe cumplir la pretensión garantizada con la «preinscripción» (*Vormerkung*). En opinión del autor, esa aproximación de efectos prevista por el legislador para la «preinscripción» (*Vormerkung*) a los efectos de un derecho real —en el sentido de que legitima para la separación de la masa de la quiebra— no quiere decir que exista una aproximación de la naturaleza de la «preinscripción» (*Vormerkung*) a la de un derecho real.

De este modo se pone de manifiesto el carácter intermedio de la «preinscripción» (*Vormerkung*). En resumen, la «preinscripción» (*Vormerkung*) vendría a ser un conjunto unitario de elementos obligacionales y reales que no casa perfectamente con manifestaciones exclusivamente obligacionales o reales (47).

No obstante, existen interpretaciones discrepantes (48). En este sentido, en la doctrina existen autores que consideran que la «preinscripción» (*Vormerkung*) es un auténtico derecho real. No obstante, para otros es totalmente insostenible la opinión de los que defienden que la «preinscripción» (*Vormerkung*) otorga, en esencia, a su titular las mismas facultades que le otorgaría el derecho ya completado.

Los autores que defienden que la «preinscripción» (*Vormerkung*) es un auténtico derecho real se apoyan fundamentalmente en el § 888 I BGB. Según este precepto, y sin perjuicio de un análisis en profundidad cuando

La «preinscripción» (*Vormerkung*) presenta caracteres similares a los de un derecho real, siempre que el concepto de real se entienda en un sentido amplio. Para el autor citado la «preinscripción» (*Vormerkung*) se podría definir como un medio de seguridad que se inscribe en el Registro de la Propiedad que garantiza una pretensión de carácter personal cuya finalidad consiste en la producción de una mutación jurídico-real mediante: 1) una limitación de disponer relativa, solamente frente a los afectados por la «preinscripción» (*Vormerkung*); 2) la reserva del rango de un derecho por crear; 3) unos efectos de garantía más amplios en los procedimientos concursales. En caso de duda, la «preinscripción» (*Vormerkung*) no debería incluirse en categorías predeterminadas tales como derecho real, derecho real negativo, expectativa real (*Antwortschaftsrecht*), *ius ad rem* o simplemente anotación registral, sino simplemente debería realizarse, en su opinión, una valoración más amplia.

Para SCHOLZ, H. y LWOWSKY, H. J., *Das Recht der Kreditsicherung*, Erich Schmidt Verlag GmbH, Berlín, 6.^a ed., 1986, pág. 318, cuando el medio de garantía es un bien inmueble se debe distinguir entre derechos reales sobre el inmueble e inscripciones provisionales. Dentro de esta segunda categoría se incluye la «preinscripción» (*Vormerkung*). Inscripciones provisionales son aquellas encaminadas a garantizar una pretensión futura o una rectificación del Registro y que protegen derechos ya existentes, sin embargo todavía sin inscribir, así como la pretensión de creación de un derecho real. La «preinscripción» (*Vormerkung*) es una inscripción, que prepara un cambio de la situación jurídico-real, publicando que el legitimado tiene una pretensión frente al propietario del inmueble o el titular de un derecho que le faculta para exigir la entrega, carga, modificación del contenido o la supresión de dicho derecho. La «preinscripción» (*Vormerkung*) no es un derecho real sobre un inmueble, no obstante, confiere al derecho protegido efectos que son propios de un derecho real. En particular confiere al derecho protegido el mismo rango que le hubiese correspondido si en el momento de la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) el derecho ya hubiese tenido existencia (§ 883 III BGB).

(47) GURSKY, K. H., «§ 883 BGB», en AA.VV., *Staudinger Kommentar zum BGB*, 12.^a ed., Gruyter, Berlín, 1987, pág. 331.

(48) GURSKY, K. H., «§ 883 BGB», en AA.VV., *Staudinger Kommentar zum BGB*, 12.^a ed., Gruyter, Berlín, 1987, pág. 332. El autor, pese a que se manifiesta partidario de la naturaleza intermedia de la «preinscripción» (*Vormerkung*), resume en su trabajo las opiniones más importantes que se han vertido sobre este problema.

veamos los efectos de la «preinscripción» (*Vormerkung*), en tanto que la adquisición de un derecho inscrito o de un derecho recayente sobre el mismo es ineficaz frente al acreedor garantizado con una «preinscripción» (*Vormerkung*), éste puede solicitar del adquirente el consentimiento para la inscripción o para la cancelación que sea necesario con el fin de que la pretensión garantizada mediante una «preinscripción» (*Vormerkung*) produzca los efectos deseados. A pesar de que esta norma aproxima los efectos de la «preinscripción» (*Vormerkung*) a los de un derecho real, hay que tener en cuenta que la pretensión que deriva del § 888 I BGB frente al tercer adquirente, que completó su adquisición con vulneración de la garantía de la «preinscripción» (*Vormerkung*), no es equiparable a la del titular de un derecho real porque se trata de una pretensión subsidiaria, encaminada a evitar que la pretensión garantizada con la «preinscripción» (*Vormerkung*) no produzca efectos.

Además frente a la opinión de que la «preinscripción» (*Vormerkung*) es un derecho real se puede argumentar que ésta no solamente garantiza pretensiones de constitución o transmisión de un derecho, sino también de supresión o cambio de contenido o de rango del mismo.

El legislador ha rechazado de modo expreso la consideración de la «preinscripción» (*Vormerkung*) como una verdadera carga real sobre el inmueble, porque como se puede apreciar en la exposición de motivos del Código Civil alemán, para ello no existía ninguna necesidad. En consecuencia, la regulación de la «preinscripción» (*Vormerkung*) no se incluye, como sucede con el resto de los derechos reales limitados, dentro de un capítulo especial, sino en el capítulo titulado «Sobre los preceptos generales acerca de los derechos reales sobre inmuebles». Los restantes preceptos de esta parte son aplicables sólo subsidiariamente a la «preinscripción» (*Vormerkung*).

Por otro lado, es frecuente que los autores que han sostenido la naturaleza de carga real de la «preinscripción» (*Vormerkung*) hayan buscado un paralelismo entre esta figura y determinadas categorías históricas como el *ius ad rem* o la *obligatio in rem scripta*. No obstante, existen diferencias importantes. Así por ejemplo, la «preinscripción» (*Vormerkung*) frente al *ius ad rem* no proporciona un derecho a exigir frente al tercer adquirente el cumplimiento de la obligación garantizada, sino simplemente el consentimiento para que la inscripción del acreedor sea eficaz. Además, conceptualizar de esta forma a la «preinscripción» (*Vormerkung*) no aportaría ventaja alguna, puesto que el Código Civil alemán no la reconoce y por tanto, no existen preceptos que puedan colmar las lagunas que se presenten.

Del mismo modo hay que rechazar la conceptualización de la «preinscripción» (*Vormerkung*) como una *obligatio in rem scripta*. La «preinscripción» (*Vormerkung*) frente a la *obligatio in rem scripta* del Derecho romano no amplía el círculo de las personas obligadas, puesto que no estaría obligado el

tercer adquirente al cumplimiento de la pretensión garantizada con la «preinscripción» (*Vormerkung*) (49).

También ha sido descrita la «preinscripción» (*Vormerkung*) como una limitación o prohibición de disponer cualificada. No podemos negar que la «preinscripción» (*Vormerkung*) despoja al deudor gravado con la misma, de la facultad de disponer eficazmente sobre el derecho garantizado sin el consentimiento del acreedor. Por tanto, de hecho, se produce una limitación de la facultad de disponer del vendedor en interés del comprador.

No obstante, la clasificación como una limitación de disponer relativa solamente explicaría una parte de los efectos de la «preinscripción» (*Vormerkung*) (50). Son considerables también las diferencias en cuanto a los presupuestos. Las limitaciones de disponer producen efectos con independencia de su inscripción en el Registro, precisan de la inscripción, no para su nacimiento, sino para evitar los efectos de fe pública registral. Mientras que la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) es constitutiva.

Otra diferencia es que la «preinscripción» (*Vormerkung*) solamente puede garantizar la pretensión obligacional tendente a la producción de una mutación jurídico-real, mientras que la prohibición de disponer también puede garantizar una situación jurídico-real ya consolidada. Por otro lado, en tanto que la «preinscripción» (*Vormerkung*) puede constituirse mediante un negocio jurídico, la prohibición de disponer no puede constituirse de este modo.

Sí que se pueden apreciar analogías entre la «preinscripción» (*Vormerkung*) y la celebración de un negocio dispositivo en cuya virtud una de las partes emite su voluntad de transmitir una cosa en favor de otro sometiendo sus efectos al cumplimiento de una condición (por tanto, con carácter suspensivo). El § 161 IBGB (51) limita la facultad de disposición del que se obligó

(49) En opinión de GURSKY, K. H., «§ 883 BGB», en AA.VV., *Staudinger Kommentar zum BGB*, 12.^a ed., Gruyter, Berlin, 1987, pág. 332: Menos numerosas y menos útiles desde el punto de vista de colmar lagunas son aquellas corrientes que interpretan la «preinscripción» (*Vormerkung*) como un derecho real negativo o como una expectativa real (*Anwartschaftsrecht*) sobre la situación jurídico-real.

(50) KNÖPFLE, R., «Die Vormerkung», *JuS*, 1981, pág. 167. Es prácticamente generalizado que la «preinscripción» (*Vormerkung*) no es totalmente equiparable a una limitación de disponer en el sentido de los §§ 878, 892 I 2 BGB. En opinión del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal alemán) la «preinscripción» (*Vormerkung*) tiene efectos que le ensalzan como un derecho más fuerte frente a una prohibición de disponer o una limitación de disponer. No obstante, según el autor no existe ninguna razón evidente para no ver en la «preinscripción» (*Vormerkung*) una limitación de la facultad de disponer en el sentido de los §§ 878 y § 892 I 2 BGB. Por todo ello, cuando la «preinscripción» (*Vormerkung*) ha sido cancelada, pero no obstante, existe, el tercero de buena fe adquiere el inmueble o el derecho real libre de la «preinscripción» (*Vormerkung*), por tanto, de modo eficaz.

(51) De acuerdo con este precepto, si alguien ha efectuado sobre un bien una disposición sujeta a condición suspensiva, los actos dispositivos realizados durante el perio-

a transmitir un bien bajo condición suspensiva, de manera que los actos dispositivos realizados por éste durante el período de pendencia de la condición son ineficaces en tanto en cuanto supongan una vulneración del derecho del adquirente que se ha convertido en titular del derecho con el cumplimiento de la condición.

Sin embargo, también existen diferencias entre ambas figuras. Una de ellas es clara, para los bienes inmuebles no es posible un negocio de tales características, como ya hemos apuntado. Pero además, otra diferencia es que en el caso del § 1611BGB la actuación dispositiva ya ha tenido lugar, si bien sujeta a condición suspensiva. Aquí reside la diferencia fundamental con la «preinscripción» (*Vormerkung*), y es que quien solicita una «preinscripción» (*Vormerkung*) en garantía de su pretensión no provoca con ello la disposición necesaria para el cumplimiento de la pretensión garantizada. Es decir, la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) no sustituye a la posterior celebración del negocio jurídico-real entre las partes, imprescindible para que el acreedor de dominio se convierta en propietario.

Frente a las teorías anteriormente expuestas, una parte considerable de la literatura ha venido afirmando que la «preinscripción» (*Vormerkung*) es solamente una anotación registral sin que se pueda encuadrar dentro de ninguna de las categorías jurídicas ya existentes. Esta interpretación hay que rechazarla porque si así fuera, entonces sus efectos decaerían en el caso de que tuviese lugar una cancelación errónea de la «preinscripción» (*Vormerkung*). Esta afirmación es hoy en día inaceptable (52).

En mi opinión, aunque la «preinscripción» (*Vormerkung*) no ha sido acogida por el legislador en el *numerus clausus* de los derechos reales, sino que simplemente se ha configurado como medida de seguridad para el cumplimiento de obligaciones con efectos jurídico-reales, no se puede afirmar que es una institución radicalmente distinta. De este modo, la «preinscripción» (*Vormerkung*), como el derecho real, goza de la protección establecida en los §§ 823 y 1004 BGB, que se refieren a la obligación de indemnizar daños y perjuicios por la lesión del derecho real y a la obligación de cese en el menoscabo, respectivamente. También, como veremos, el adquirente de una «preinscripción» (*Vormerkung*) disfruta de la protección de la fe pública registral de acuerdo con lo previsto en el § 893 BGB.

do de pendencia de la condición son ineficaces en el caso de que la condición se cumpla en tanto en cuanto contradicen los efectos del negocio dispositivo sujeto a condición.

(52) GURSKY, K. H., «§ 883 BGB», en AA.VV., *Staudinger Kommentar zum BGB*, 12.^a ed., Gruyter, Berlín, 1987, pág. 334.

7. CARACTERES DE LA «VORMERKUNG»

La posición jurídica del acreedor cuya pretensión se vio garantizada con la «preinscripción» (*Vormerkung*) debe verse como la de un titular de un auténtico derecho subjetivo. No obstante, ese derecho es de naturaleza híbrida, reúne caracteres de un derecho real y de un derecho personal al mismo tiempo y no pertenece a la categoría de los derechos reales sobre bienes inmuebles. Su función consiste en garantizar que la pretensión garantizada con la «preinscripción» (*Vormerkung*) debe ser cumplida del mismo modo que hubiera sido cumplida en el momento de la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*).

A pesar de que, como hemos dicho, no se puede considerar la «preinscripción» (*Vormerkung*) como una carga real que recae sobre el inmueble, en la práctica viene a producir efectos idénticos a tal carga.

En particular, la «preinscripción» (*Vormerkung*) es un derecho accesorio, en el sentido de que tiene como fundamento la pretensión obligatoria de producción de una mutación jurídico-real, la «preinscripción» (*Vormerkung*) nace y se extingue con ella (53).

Prueba de esa naturaleza accesorio de la «preinscripción» (*Vormerkung*) es que se transmite automáticamente cuando se transfiere la pretensión obligacional que garantiza de acuerdo con lo previsto en el § 401 BGB (54). Sin embargo, no es posible una transmisión independiente de la «preinscripción» (*Vormerkung*) (55). Una muestra más de su naturaleza accesorio es que se extingue cuando se cumple la pretensión garantizada.

La institución que es objeto de investigación concede a la pretensión garantizada efectos jurídico-reales, principalmente la convierte en firme en el concurso del deudor, como tendremos ocasión de analizar con más detenimiento cuando veamos los efectos que produce la «preinscripción» (*Vormerkung*) sobre la pretensión garantizada.

(53) LENT, F., y SCHWAB, K. H., *Sachenrecht*, 19.^a ed., C.H. Beck'se Verlagsbuchhandlung, München, 1983, pág. 62. Así, por ejemplo, la «preinscripción» (*Vormerkung*) que garantiza la entrega de un bien inmueble desaparece cuando se declara nulo el contrato de compraventa.

(54) De acuerdo con este precepto, con la transmisión del crédito se transmiten automáticamente al cesionario las hipotecas y los derechos de prenda que se hubiesen constituido en garantía del cumplimiento de la misma. Esta teoría viene refrendada por la jurisprudencia, así según la sentencia del BGH de 17 de junio de 1994 (V ZR 204/92), la entrega (*Auflassung*) del inmueble no obstaculiza la cesión por parte del comprador a un tercero de transmisión de la propiedad y de la «preinscripción» (*Vormerkung*) que la garantiza a un tercero.

(55) KNOPFLE, R., «Die Vormerkung», *JuS*, 1981, pág. 164. También SCHOLZ, H., y LWOWSKY, H. J., *Das Recht der Kreditsicherung*, Erich Schmidt Verlag GmbH, Berlin, 6.^a ed., 1986, pág. 319.

Su inscripción en el Registro de la Propiedad es constitutiva, pero una vez inscrita, si tiene lugar una cancelación errónea de la «preinscripción» (*Vormerkung*), ello no afecta a su eficacia, sino que hace incorrecto el contenido del Registro, pudiendo procederse a su modificación para ajustado a la realidad extrarregistral.

En definitiva, la «preinscripción» (*Vormerkung*) es un escalón intermedio en el camino que va desde la pretensión obligatoria a la creación del derecho real.

No es unánime la doctrina acerca de si entre tanto se puede hablar de la titularidad de un *Anwartschaftsrecht* por el acreedor garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*). Por la limitación que hace del poder de disposición del titular del derecho afectado por la «preinscripción» (*Vormerkung*) se aproxima a una vinculación casi real del derecho al cumplimiento de la pretensión, de manera que el acreedor puede albergar una esperanza fundada de que va a convertirse en propietario. Esta parece ser la opinión de la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal alemán), este tribunal viene admitiendo que el adquirente del inmueble obtiene un *Anwartschaftsrecht* cuando la *Auflassung* ha sido aplazada inscribiéndose, en garantía de su futura celebración, una «preinscripción» (*Vormerkung*) en el Registro de la Propiedad.

No obstante, la «preinscripción» (*Vormerkung*) no concede al acreedor facultades propias del titular de un derecho real. En este sentido, el acreedor de una *Auflassungsvormerkung* no tiene ningún derecho sobre el inmueble ni tampoco puede impedir intromisiones de terceros sobre el mismo. En consecuencia, durante el período que transcurre entre la constitución de la «preinscripción» (*Vormerkung*) y la adquisición definitiva de la propiedad por su titular, éste no tiene ninguna pretensión frente a un posible poseedor ilegítimo para que le restituya los aprovechamientos que hubiese obtenido durante el período en el que estuvo poseyendo el inmueble.

Como la «preinscripción» (*Vormerkung*) no es un derecho real limitado, no son aplicables por analogía los §§ 873-902 BGB (se trata de las normas generales que regulan los derechos reales) de un modo inmediato. Ahora bien, si se pretendiera acudir a la analogía se debería probar en cada caso concreto que la norma en cuestión resulta aplicable.

8. ADQUISICIÓN DE BUENA FE DE UNA «VORMERKUNG»

Puesto que la «preinscripción» (*Vormerkung*) limita el poder jurídico del deudor, titular del derecho gravado, para su constitución debe requerirse el consentimiento del mismo seguida de la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad, como es el caso de cualquier disposición en sentido

técnico-jurídico en el Derecho alemán. En consecuencia, es posible que el consentimiento para la creación de la «preinscripción» (*Vormerkung*) lo preste un no titular de derecho, que pese a ello, aparece como titular registral, siempre y cuando la pretensión garantizada subsista. A esto nos referimos cuando hablamos de la posibilidad de adquirir de buena fe una «preinscripción» (*Vormerkung*).

Si bien en opinión de GURSKY (56) la posibilidad de adquirir de buena fe una «preinscripción» (*Vormerkung*) es indiscutida, frente al modo en que debe tener lugar esa adquisición, que sí que plantea dudas; la doctrina no es tan unánime como parece. Así, en opinión de KNÖPFLE (57), siguiendo en este punto a Medicus resulta injusto que se admita la posibilidad de adquirir de buena fe una «preinscripción» (*Vormerkung*) puesto que ello supone una pérdida del derecho para su titular, además de la posible vulneración del artículo 14 GG (en cuya virtud la propiedad sólo puede ser afectada por una disposición legislativa) puesto que esta posibilidad se deduce de una interpretación doctrinal, además de que desvirtúa la función de la «preinscripción» (*Vormerkung*) ideada no solamente para garantizar al acreedor que su derecho expectante va a tener existencia, sino para evitar otros perjuicios. Asimismo, en su opinión, entre la «preinscripción» (*Vormerkung*) y un derecho real existen notables diferencias, y la situación de intereses contemplada en el § 892 I 1 BGB se diferencia notablemente de la adquisición de buena fe de una «preinscripción» (*Vormerkung*) que en realidad no existe. Según estos autores, en estos casos, sería necesario que el verdadero titular del derecho consintiese también la disposición.

No obstante, sí que es verdad que es mayoritaria la doctrina que sostiene la posibilidad de adquirir de buena fe una «preinscripción» (*Vormerkung*) como si de un auténtico derecho real se tratara, tesis esta refrendada por la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal alemán). En consecuencia, en estos casos sería aplicable el § 892 BGB (58), que regula el principio de fe pública registral.

Debe matizarse que el § 893 II (59) BGB exige un negocio jurídico entre el disponente no titular y un tercero, mientras que el consentimiento para la

(56) GURSKY, K. H., «§ 883 BGB», en AA.VV., *Staudinger Kommentar zum BGB*, 12.^a ed., Gruyter, Berlin, 1987, pág. 336.

(57) KNÖPFLE, R., «Die Vormerkung», *JuS*, 1981, pág. 165.

(58) Según el § 982 BGB el contenido del Registro es cierto para aquél que ha adquirido un derecho sobre un inmueble mediante un negocio jurídico, a no ser que se haya inscrito una oposición frente a la exactitud del contenido registral o le sea conocida dicha inexactitud al adquirente.

(59) De acuerdo con esta norma, el § 892 encuentra aplicación cuando aquél para quien se ha inscrito un derecho en el Registro de la Propiedad se ve obligado a realizar una prestación o cuando entre él y un tercero en atención a ese derecho se debe celebrar

inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) debe prestarse no solamente frente al adquirente sino también frente al encargado del Registro. De esta suerte, el § 893 II BGB se interpreta por la doctrina mayoritaria de modo amplio, de manera que la declaración de voluntad necesaria para efectuar la disposición también debe prestarse ante el empleado del Registro.

Cuando el deudor en el momento de la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) es titular registral del derecho, pero existe una prohibición de disponer que no ha sido inscrita en el Registro y que le es desconocida al acreedor de la obligación garantizada, en el momento de la celebración del acuerdo para la inscripción (§ 892 II BGB), la «preinscripción» (*Vormerkung*) es plenamente eficaz en virtud del principio de fe pública registral. Este sería también un caso de adquisición de buena fe de una «preinscripción» (*Vormerkung*).

Ahora bien, para que se pueda adquirir de buena fe una «preinscripción» (*Vormerkung*) es necesario que la inscripción de la misma tenga lugar como consecuencia de la celebración de un negocio jurídico entre deudor y acreedor de la obligación garantizada. En otro caso, queda excluida esta posibilidad, puesto que los §§ 892 y 893 BGB solamente protegen la adquisición de buena fe mediante negocio jurídico.

Es también bastante discutido si es posible una segunda adquisición de buena fe de una «preinscripción» (*Vormerkung*). Ello sucedería cuando ha tenido lugar la cesión de una pretensión subsistente para cuya seguridad se inscribió en el Registro una «preinscripción» (*Vormerkung*), que, sin embargo, no había sido válidamente constituida. La doctrina no resuelve esta cuestión (60).

Sobre este tema existe un trabajo más reciente de MÜLBERT (61). En su opinión, el origen de los problemas en punto a la posibilidad de adquirir de buena fe de una «preinscripción» (*Vormerkung*) hay que buscarlo en que ésta es una institución compleja del Derecho Civil y que los escasos preceptos que el legislador dedica a su regulación dejan espacio para la controversia.

Para aportar luz a este enigma hay que acudir a la función de la institución. De acuerdo con el legislador, la «preinscripción» (*Vormerkung*) debe ofrecer al tráfico de inmuebles un sustituto eficaz a la tradición condicionada

un negocio jurídico que no cae dentro del ámbito de aplicación del § 892 y que tiene como finalidad una disposición de tal derecho.

(60) Sobre este tema, en relación con la posibilidad de una segunda adquisición de buena fe de un *Anwartschaftsrecht* resultante de una reserva de dominio se puede ver el trabajo de MINTHE, E., *Die Übertragung des Anwartschaftsrechts durch einen Nichtberechtigten*, Duncker&Humblot, Berlín, 1998.

(61) MÜLBERT, P. O., «Der redliche Vormerkungserwerb», *AcP*, 1997, págs. 335 y sigs.

prohibida por el § 925 II BGB. En atención a esta función, está admitida una primera adquisición de buena fe de una «preinscripción» (*Vormerkung*) siempre que se den los presupuestos del § 892 I, II BGB en el momento de su inscripción, así como en el de celebración del acuerdo para la inscripción. Este aspecto funcional permite explicar que la adquisición de buena fe provoque que también sea adquirido el derecho subyacente garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*).

No obstante, la función de la «preinscripción» (*Vormerkung*) no ofrece por sí sola una sólida respuesta a todas las cuestiones controvertidas (62).

La «preinscripción» (*Vormerkung*), sin tomar como referencia las normas contenidas en los §§ 883 y ss. BGB, ha sido caracterizada y tratada como un derecho accesorio. Su función, consistente en asegurar al adquirente la consecución de un derecho subyacente, se ve frustrada cuando la pretensión de entrega garantizada con la «preinscripción» (*Vormerkung*) ha devenido nula. Justamente, el principio de accesoriedad es el instrumento del que se sirve el legislador para que la «preinscripción» (*Vormerkung*) se extinga cuando también lo haga la pretensión garantizada, precisamente porque en este caso fracasa la función de la «preinscripción» (*Vormerkung*). En consecuencia, no se pueden adquirir derechos reales accesorios de garantía cuando falta la pretensión a garantizar, ni tampoco es posible la adquisición de tales derechos por un tercero de buena fe en virtud de la apariencia jurídica.

No obstante, en el caso de la «preinscripción» (*Vormerkung*) el principio de accesoriedad es simplemente una construcción perteneciente a la técnica jurídica.

Este argumento funcional para negar la adquisición de buena fe de una «preinscripción» (*Vormerkung*) está limitada en dos sentidos:

En primer lugar, la pregunta acerca de si en este caso existe una pretensión eficaz susceptible de ser garantizada con una «preinscripción» (*Vormerkung*) no constituye un problema relacionado con la «preinscripción» (*Vormerkung*). Más bien se trata de un problema relativo al cumplimiento, cuya solución queda remitida al Derecho de obligaciones. En resumen: también en los supuestos de adquisición de buena fe (§§ 892, 932 y sigs. BGB) el deudor está obligado al cumplimiento, a no ser que exista un pacto en contra de las partes.

La segunda limitación se refiere a la posibilidad de una segunda adquisición de buena fe de una «preinscripción» (*Vormerkung*).

Se trata de un problema para cuya solución se puede tener en cuenta la regulación legal de la segunda adquisición de la hipoteca constituida mediante

(62) MÜLBERT, P. O., «Der redliche Vormerkungserwerb», *AcP*, 1997, pág. 396.

cédula (63). De acuerdo con la concepción legal, la segunda adquisición se hace depender de que existan realmente unas bases para la apariencia jurídica. Analógicamente, es también posible una segunda adquisición de la «preinscripción» (*Vormerkung*), en tanto en cuanto la primera adquisición haya sido inscrita en el Registro de la Propiedad.

Hasta aquí la posibilidad de adquirir de buena fe una «preinscripción» (*Vormerkung*), ahora hemos de analizar si es posible transmitir una garantía de este tipo. La ley no nos ofrece una solución para este problema. Como hemos visto anteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han cubierto esa laguna admitiendo la posibilidad de transmitirla por analogía con lo dispuesto en el § 401 BGB. En este sentido, la «preinscripción» (*Vormerkung*), en cuanto derecho accesorio dependiente, no puede ser transmitido con independencia de la transmisión de la obligación a cuya seguridad sirve. Además, hay que tener en cuenta que la pretensión garantizada debe ser susceptible de transmisión (por ejemplo, es intransmisible una pretensión de carácter personal o un usufructo).

La forma de la cesión no viene influida por la «preinscripción» (*Vormerkung*), sino que se regula de acuerdo con lo previsto para la transmisión de la pretensión. Normalmente basta con un acuerdo verbal entre las partes, sin quedar sujeto a forma alguna. No es necesario que se haga una referencia expresa a la transmisión de la «preinscripción» (*Vormerkung*).

La transmisión de la pretensión, y con ello, de la «preinscripción» (*Vormerkung*), puede ser inscrita en el Registro.

Es discutido si el comprador de un inmueble está facultado para efectuar una transmisión parcial de su derecho a obtener la propiedad sobre el inmueble sin que medie el consentimiento del deudor, cuando esta pretensión está garantizada con una «preinscripción» (*Vormerkung*). El BayObLG (64) ha respondido afirmativamente a esta cuestión, puesto que, a su juicio, la cesión parcial de la pretensión no lleva aparejada ninguna desventaja especial para el vendedor.

Es incluso posible la cesión de una pretensión de entrega garantizada con «preinscripción» (*Vormerkung*) aun cuando con anterioridad a la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) se había inscrito una hipoteca sobre ese mismo bien a favor de un tercero. En este caso, subsiste a favor del acreedor cesionario la pretensión de entrega del valor restante una vez ejecutada la

(63) El § 117 BGB se refiere a la adquisición de la cédula hipotecaria. En tanto que la expedición de la cédula hipotecaria no esté excluida, el acreedor adquiere la hipoteca sólo cuando se le entrega la cédula por parte del propietario de la finca. En cuanto a la entrega se aplican las disposiciones de los párrafos 929, 930 y 931. La entrega de la cédula puede sustituirse por un acuerdo en cuya virtud el acreedor está legitimado para recibir la cédula del Registro.

Si el acreedor está en posesión de la cédula se presume que se ha producido la entrega.

(64) NJW, 1971, pág. 307.

hipoteca, y esta pretensión quedaría garantizada mediante la «preinscripción» (*Vormerkung*).

Así como la cesión jurídica de la obligación garantizada provoca, en virtud de la ley, una cesión automática de la «preinscripción» (*Vormerkung*), lo mismo sucedería si la misma obligación hubiese sido garantizada mediante prenda. Ahora bien, la prenda solamente sobre la «preinscripción» (*Vormerkung*) sería imposible.

9. POSIBLE CAMBIO DE CONTENIDO DE LA «VORMERKUNG»

Estos cambios pueden referirse tanto al contenido de la pretensión garantizada como a la extensión de la protección de la propia «preinscripción» (*Vormerkung*). En cuanto a la primera posibilidad, la pretensión garantizada puede ser modificada con posterioridad a la constitución de la «preinscripción» (*Vormerkung*) mediante negocio jurídico.

Por lo que respecta a la segunda de las posibilidades, hay que pensar que, pese a que es posible el cambio de contenido de la «preinscripción» (*Vormerkung*), debe subsistir la obligación garantizada. En estas condiciones, es posible que con posterioridad a su constitución la «preinscripción» (*Vormerkung*) quede sujeta a condición, o bien incluso que se proceda a la supresión de la misma.

Lo que está claro es que el cambio de contenido de la «preinscripción» (*Vormerkung*) no puede tener lugar al margen del Registro. No obstante, es discutido si en estos casos son aplicables los § 878 o 885 BGB (65). El § 878 BGB se refiere a las limitaciones de disponer que tienen lugar con posterioridad a las declaraciones de voluntad emitidas en atención a los §§ 873, 875, 877 BGB (estos preceptos se refieren a la declaración de voluntad de constituir, suprimir o cambiar el contenido de un derecho real que han de prestarse necesariamente). Estas declaraciones despliegan efectos aún cuando el legitimado se encuentra limitado en su capacidad de disposición después de que dicha declaración se ha convertido para él en eficaz y ya se ha emitido la declaración de voluntad necesaria para la inscripción.

Por su parte, el § 885 BGB establece, como ya sabemos, los requisitos necesarios para la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*). Estos requisitos no deberían aplicarse cuando la situación jurídica del acreedor garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) se viese claramente mejorada, como por ejemplo, mediante un cambio de la hasta ahora «preinscripción» (*Vormerkung*) sujeta a condición, con la supresión de la misma.

(65) KNÓPFLE, R., «Die Vormerkung», *JuS*, 1981, pág. 167. El autor se muestra favorable a la aplicación del § 878 BGB.

III. EFECTOS DE GARANTÍA DE LA *VORMERKUNG*. PROTECCIÓN DEL *ANWARTSCHAFTSRECHT* EN LA NUEVA NORMATIVA CONCURSAL ALEMANA

1. EFECTOS DE LA *VORMERKUNG*

Como efectos de la «preinscripción» (*Vormerkung*) se pueden señalar los siguientes (66):

1. Reserva de rango del derecho garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*): una vez ya se ha consolidado el derecho real, éste no tiene el rango correspondiente a la fecha de su efectiva inscripción, sino el de la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*). El rango del derecho para cuya creación se ha constituido la «preinscripción» (*Vormerkung*) se ajusta al de la inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*). De acuerdo con el § 883 III BGB el derecho obtiene el rango que tendría cuando no se hubiese inscrito la «preinscripción» (*Vormerkung*), sino el mismo derecho. Para tales efectos, el momento de la inscripción del derecho no se debe tener en cuenta.

2. Ineficacia relativa de los actos dispositivos que contradicen la «preinscripción» (*Vormerkung*): cada acto dispositivo posterior del propietario que contradice la «preinscripción» (*Vormerkung*) es ineficaz frente al acreedor protegido con la misma. Esa protección es necesaria, puesto que la «preinscripción» (*Vormerkung*) no provoca el cierre del Registro (67). En opinión de KNOPFLE (68) ello es debido a que el establecimiento de un cierre del Registro o la ineficacia absoluta de los actos dispositivos sobre el inmueble supondrían un perjuicio para el tráfico jurídico innecesario para garantizar la pretensión, ya que otras personas distintas al acreedor no tienen ningún interés en la ineficacia de la disposición, siendo posibles, en consecuencia, posteriores actos dispositivos.

3. Ineficacia de los actos dispositivos posteriores a la «preinscripción» (*Vormerkung*) realizados en curso de un procedimiento ejecutivo: el administrador de la quiebra debe cumplir la pretensión garantizada con la «preinscripción» (*Vormerkung*). Este tema lo analizaremos con más detenimiento en el siguiente epígrafe.

(66) LENT, F., y SCHWAB, K. H., *Sachenrecht*, 19.^a ed., C.H. Beck'se Verlagsbuchhandlung, München, 1983, pág. 64.

(67) SCHOLZ, H., y LWOWSKY, H. J., *Das Recht der Kreditsicherung*, Erich Schmidt Verlag GmbH, Berlin, 6.^a ed., 1986, pág. 319. «La «preinscripción» (*Vormerkung*) no produce un cierre del Registro, esto significa que el acreedor garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) tiene frente a su deudor una pretensión de cumplimiento, y frente a aquél que ha adquirido con vulneración de la garantía la pretensión de exigirle que preste su consentimiento para la adquisición de acuerdo con el § 888 BGB.

(68) KNOPFLE, R., «Die Vormerkung», *JuS*, 1981, pág. 157.

4. Ineficacia de determinados negocios obligatorios: son ineficaces aquellos negocios obligatorios en cuya virtud una de las partes se compromete a transmitir la posesión de la cosa a favor de otro (como el contrato de arrendamiento), porque tales negocios vincularían al adquirente y le privarían de la posesión. No obstante, este efecto no es compartido por toda la doctrina (69).

5. Responsabilidad ilimitada de los herederos en cuanto al cumplimiento de la pretensión garantizada con la «preinscripción» (*Vormerkung*) cuando el deudor haya fallecido, para ello es necesario que la «preinscripción» (*Vormerkung*) haya sido inscrita antes de la muerte del causante o por lo menos consentida y que los herederos también la hayan consentido (70).

Conviene analizar con detenimiento el segundo de los efectos apuntados, nos referimos al de la ineficacia relativa de los actos dispositivos que contradicen la «preinscripción» (*Vormerkung*). Para ello hay que partir del § 883 II BGB según el que «todo acto de disposición que después de la inscripción de la "preinscripción" (*Vormerkung*) afecte al inmueble o al derecho que sobre él recaer, es ineficaz en tanto en cuanto frustre la pretensión o la perjudique» (71).

Procederemos al análisis por separado de los elementos contenidos en el § 883 II BGB (72).

A) *Disposiciones que van contra la «preinscripción» (Vormerkung)*. Es preciso que el acto dispositivo se produzca después de la inscripción de la

(69) En contra, KNOPFLE, R., «Die Vormerkung», *JuS*, 1981, pág. 163, porque el arrendamiento no es un acto dispositivo, de modo que el comprador debería soportar el contrato celebrado.

(70) Sobre este tema se puede ver la sentencia del BGH de 5 de diciembre de 1996 (*NJW* 1996, 861). De acuerdo con el tribunal, la posibilidad de inscripción de una «preinscripción» (*Vormerkung*) tampoco se ve obstaculizada porque se cumpla la condición después de la muerte del obligado o porque su cumplimiento se haga depender del comportamiento de los sucesores del deudor. Una «preinscripción» (*Vormerkung*) solamente se puede inscribir en el Registro de la Propiedad bajo el presupuesto de que la pretensión garantizada se dirija frente a aquél cuyo inmueble o cuyo derecho real se vea afectado por la «preinscripción» (*Vormerkung*). Por tanto, el deudor de la pretensión debe ser propietario del inmueble o titular del derecho afectado por la «preinscripción» (*Vormerkung*).

El cumplimiento de la pretensión condicionada es obligación de los herederos. Los efectos de la «preinscripción» (*Vormerkung*) frente a los herederos se deduce del § 884 BGB (se refiere a la responsabilidad del heredero: en tanto en cuanto la pretensión se ha garantizado con una «preinscripción» (*Vormerkung*), el heredero del obligado no puede invocar la limitación de su responsabilidad).

(71) Según la sentencia del BGH de 13 de julio de 1995 (*NJW* 1995, 2846) garantizar mediante una «preinscripción» (*Vormerkung*) la pretensión de recuperación de la propiedad dota de seguridad a esta posición intermedia. Ello es debido a que convierte los actos dispositivos realizados entre tanto por el legitimado en ineficaces, en virtud de lo dispuesto en el § 883 II BGB.

(72) KNOPFLE, R., «Die Vormerkung», *JuS*, 1981, pág. 162.

«preinscripción» (*Vormerkung*). Para averiguar si la disposición por parte del deudor vulnera la pretensión hay que estar al contenido de la misma, p.e. si se garantiza la transmisión de un derecho sobre un inmueble, entonces la transmisión de la propiedad a un tercero contradice el contenido de la «preinscripción» (*Vormerkung*). También son actos dispositivos en el sentido del § 883 BGB los realizados en el ámbito de un procedimiento concursal.

B) *Ineficacia relativa*: el acto dispositivo que contradice la «preinscripción» (*Vormerkung*) es eficaz frente a todos, solamente es ineficaz frente al que goza de la protección de la «preinscripción» (*Vormerkung*). Cuando el acto dispositivo se produce, tiene lugar un período de pendencia que finaliza cuando el acreedor garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) hace valer la pretensión que le concede el § 888 I BGB o cuando consiente el acto dispositivo (§ 185 I BGB) (73). Transcurrido este período la pretensión deviene totalmente eficaz.

En el caso de que el acreedor garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) consienta el acto dispositivo según el § 185 I BGB, se precisa una prueba exacta acerca de si existe verdaderamente un consentimiento real, que subsane la ineficacia relativa, o si el acreedor garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) simplemente se ha obligado (contractualmente) a no hacer valer la «preinscripción» (*Vormerkung*) frente a la inscripción de un derecho que contradice su pretensión. Un acuerdo de tales características solamente desplegaría efectos *inter partes*, por tanto, sin más no redundaría en beneficio de un sucesor a título individual de aquél que ha inscrito su derecho con vulneración de la «preinscripción» (*Vormerkung*). Ese consentimiento no ha de ser necesariamente expreso, sería también posible un consentimiento tácito del titular de la «preinscripción» (*Vormerkung*) que se daría cuando, pese a conocer que el deudor ha efectuado una disposición que vulnera su derecho, se aquieta y no hace valer la pretensión que le concede el § 888 I BGB (74).

(73) Según este precepto, la disposición efectuada sobre un bien inmueble por una persona distinta de su titular deviene eficaz si el verdadero propietario la consiente.

(74) GURSKY, K. H., «§ 883 BGB», en AA.VV., *Staudinger Kommentar zum BGB*, 12.^a ed., Gruyter, Berlin, 1987, pág. 310. La doctrina más antigua solía explicar la ineficacia relativa de la disposición que contradecía la «preinscripción» (*Vormerkung*) de modo que estos actos dispositivos perdían su fuerza con efectos retroactivos. Esta retroactividad vendría a significar que numerosas disposiciones realizadas en el período comprendido entre la disposición que contradice la «preinscripción» (*Vormerkung*) y el cumplimiento de la pretensión garantizada deberían ser declaradas automáticamente ineficaces.

No obstante, hoy en día se ha abandonado esta interpretación, haciéndose depender de la voluntad del garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) si el tercer adquirente pierde o no la posición jurídica adquirida en contra de la «preinscripción» (*Vormerkung*). Como la ineficacia relativa sirve para la protección del acreedor garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*), debe tener éste la posibilidad de decidir si renuncia a la protección. De esta manera puede consentir la disposición con analogía a lo dispuesto en el § 185 II 1 BGB y hacer de este modo eficaz la situación jurídica producida.

Otra de las posibilidades, como hemos apuntado, es que el acreedor haga valer la pretensión contenida en el § 888 I BGB. De acuerdo con esta norma: «En tanto en cuanto la adquisición de un derecho inscrito o de un derecho sobre tal derecho sea ineficaz frente a aquél en cuyo favor fue constituida la "preinscripción" (*Vormerkung*), éste puede solicitar del adquirente el consentimiento para la inscripción de su derecho o para su cancelación, siempre que ello sea necesario para la eficacia de la pretensión garantizada con la "preinscripción" (*Vormerkung*)».

El sentido de esa ineficacia relativa hay que buscarlo en que la «preinscripción» (*Vormerkung*) no produce, como hemos señalado anteriormente, un cierre del Registro, en consecuencia, en éste aparece el tercer adquirente como propietario, que debe, de acuerdo con el § 19 GBO, consentir la inscripción. El garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) no puede solicitar un cambio del registro, puesto que él no es todavía propietario, sino que quiere llegar a serlo. Y para el caso de que el tercer adquirente se negase a prestar ese consentimiento, su voluntad podría ser sustituida por la de la autoridad judicial de acuerdo con el § 894 ZPO.

No obstante, entre los autores es discutido el significado que ese consentimiento tiene: o bien se trata del consentimiento del propietario para que sea posible la adquisición por un tercero, o bien, solamente se trata de un requisito formal exigido por el Registro de la Propiedad para que se pueda inscribir la propiedad en favor del acreedor garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*). En opinión de LENT-SCHWAB (75), se trata de un requisito formal exigido por la normativa registral porque, según el Registro de la Propiedad, formalmente el derecho del antiguo propietario se ha extinguido. Ahora bien, para el protegido por la «preinscripción» (*Vormerkung*) el tercero no es materialmente propietario, sino que sigue siéndolo su deudor.

Cuando el acreedor garantizado con una «preinscripción» (*Vormerkung*), en virtud de esa ineficacia relativa, adquiere finalmente la propiedad e inscribe su derecho, queda legitimado activamente para el ejercicio de la acción reivindicatoria frente al tercero (§ 925 BGB), porque puede ser que éste siga poseyendo la cosa y se niegue a entregarla al titular de la «preinscripción» (*Vormerkung*).

En el caso de que el deudor no haya transmitido la propiedad a un tercero, sino simplemente un derecho real limitado, entonces el acreedor puede exigir del deudor la entrega y del tercero el consentimiento para la cancelación de dicho derecho en el Registro de la Propiedad.

No obstante, el tercero puede oponer frente al acreedor garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) excepciones tales como que la pretensión

(75) LENT, F., y SCHWAB, K. H., *Sachenrecht*, 19.^a ed., C.H. Beck'se Verlagsbuchhandlung, München, 1983, pág. 67.

garantizada y con ella la «preinscripción» (*Vormerkung*) ya no subsisten. Incluso podría oponer excepciones derivadas de las relaciones obligatorias entre el acreedor garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) y su deudor (aquí entraría la resolución o la acción de nulidad). Así como también excepciones que asisten al deudor, a las cuales él ha renunciado o simplemente no ha hecho valer.

Una vez se ha procedido a la cancelación de la «preinscripción» (*Vormerkung*), el acto dispositivo se convierte ya en irrevocable.

Los mencionados efectos de la «preinscripción» (*Vormerkung*) finalizan:

1. Con su cancelación para lo que se requiere el consentimiento del acreedor.
2. Con la inscripción del derecho garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*).
3. Cuando se extingue la pretensión garantizada, puesto que entonces la «preinscripción» (*Vormerkung*) queda sin objeto.
4. Cuando la pretensión garantizada con la «preinscripción» (*Vormerkung*) se ve desvirtuada con la interposición de una excepción. Entonces el que ejercita la excepción puede solicitar la cancelación de la «preinscripción» (*Vormerkung*) (§ 886 BGB).
5. Cuando se desconoce quién es el acreedor de la pretensión garantizada (§§ 887, 1170 BGB).

2. PROTECCIÓN DEL «ANWARTSCHAFTSRECHT» EN LA NUEVA NORMATIVA CONCURSAL ALEMANA

Visto lo anterior, conviene detenernos aquí en el estudio de la protección que el ordenamiento jurídico alemán ofrece al titular de una expectativa real en la quiebra de su vendedor. Hay que distinguir, en este sentido, entre bienes muebles e inmuebles, pues la reserva de dominio regulada en el § 455 BGB solamente es válida para los bienes muebles, como sabemos, para los bienes inmuebles el § 925 Abs. 2 BGB no permite la tradición (*Auflassung*) sujeta a una condición. De este modo, la pretensión del comprador de un bien inmueble debe ser asegurada mediante la «preinscripción» (*Vormerkung*).

La normativa concursal alemana distingue también entre ambas situaciones. Para los compradores de bienes muebles sujetos a reserva de dominio, su situación viene regulada en el § 107 de la nueva *Insolvenzordnung*, en el caso de los compradores de bienes inmuebles cuya pretensión está garantizada con «preinscripción» (*Vormerkung*) hay que acudir al § 106 del mismo cuerpo legal.

Antes de entrar en el estudio de estas normas hay que analizar los efectos que despliega la quiebra sobre los contratos bilaterales pendientes de cumplimiento por ambas partes, porque los §§ 106 y 107 InsO (76) plantean especialidades a este régimen.

Los efectos de la quiebra sobre los contratos bilaterales están regulados en el § 103 InsO. De acuerdo con este precepto, si en la época de abrirse el procedimiento concursal existe un contrato bilateral que no ha sido cumplido por ninguna de las partes o por lo menos no ha sido enteramente cumplido, el administrador de la quiebra puede cumplir el contrato situándose en la posición del deudor quebrado y exigir de la otra parte que cumpla también lo que le corresponde.

Si el administrador rechaza el cumplimiento, la parte *in bonis* tiene una pretensión frente a la masa de la quiebra como consecuencia del incumplimiento, pero solamente puede hacerla valer como acreedor concursal.

Si la parte no quebrada exige al administrador de la quiebra que se pronuncie acerca de su derecho de elección, debe éste responder sin demora si va a cumplir o no. Si omite este deber, entonces la parte *in bonis* no puede ser constreñida al cumplimiento (77).

Este derecho de elección es aplicable solamente cuando ninguna de las partes ha cumplido enteramente el contrato. Si en la época de abrirse el procedimiento concursal, ya ha cumplido enteramente el quebrado, a la otra parte no le queda más remedio que el total cumplimiento de su obligación. En este caso, la apertura del procedimiento concursal no tiene relevancia alguna. Tampoco es relevante para la aplicación del precepto las razones por las que no ha tenido lugar el cumplimiento.

(76) El § 106 I InsO establece: «1. Si para garantizar la pretensión de constituir, suprimir, cambiar el contenido o el rango de un derecho real sobre un bien inmueble se ha inscrito una «preinscripción» (*Vormerkung*) en el Registro de la Propiedad, el acreedor puede exigir del administrador de la quiebra el cumplimiento exacto de su pretensión. 2. Lo dicho en el párrafo anterior es aplicable aun cuando el deudor se haya comprometido a otras prestaciones accesorias, y éstas no hayan sido enteramente cumplidas en el momento de la apertura de la quiebra».

Según el § 107 InsO: I. «1. Si antes de la apertura de la quiebra, el deudor ha vendido un bien mueble sujeto a reserva de dominio, y ha transmitido la posesión al comprador, éste puede exigir el cumplimiento del contrato. 2. Lo dicho en el párrafo anterior es aplicable aun cuando el deudor se haya comprometido a otras prestaciones accesorias, y éstas no hayan sido enteramente cumplidas en el momento de la apertura de la quiebra».

II. «Si el deudor ha comprado un bien mueble sujeto a reserva de dominio y ha adquirido su posesión, el administrador puede optar por el cumplimiento del contrato, declarando sin demora esa voluntad al vendedor. Este plazo se verá reducido en el caso de que exista el peligro de disminución del valor del bien, teniendo conocimiento de ello el comprador».

(77) WIMMER, K., *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, Hermann Luchterhand Verlag, Berlin, 1998, págs. 636 y sigs.

Si ha cumplido la parte *in bonis* antes de abrirse el procedimiento concursal, entonces solamente tiene derecho a obtener una cuota de la masa activa, puesto que su crédito tiene la consideración de concursal (*Insolvenzquote*).

En el contrato de compraventa, para que exista cumplimiento por parte del vendedor no basta con que haya remitido las mercancías al comprador, sino que debe haberle transmitido además la propiedad. Al mismo tiempo, si se trata de bienes inmuebles, solamente existe cumplimiento cuando se inscribe el derecho del comprador en el Registro de la Propiedad. El comprador, por su parte, cumple con su prestación cuando ha pagado el precio (78).

Si en la quiebra del comprador optan los administradores de la quiebra por no cumplir el contrato, entonces deben restituir la propiedad de la cosa vendida de acuerdo con las normas que regulan el enriquecimiento injusto.

En el supuesto de que la cosa vendida esté gravada con una carga que los administradores de la quiebra no pueden cancelar, entonces puede el comprador proceder de acuerdo con los § 440, 325 BGB (normas que se refieren a la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento). En este caso concreto de existencia de gravámenes sobre la cosa vendida, en tanto en cuanto el administrador de la quiebra no ha hecho uso del derecho de opción, se produce una situación de suspensión, durante la cual el comprador no está obligado al pago del precio (en la quiebra del vendedor). Para la aplicación del § 103 InsO en este caso en concreto, es importante si el comprador exige indemnización de daños y perjuicios según la teoría de la diferencia (*Differenztheorie*) o según la teoría de la subrogación (*Surrogationstheorie*). De acuerdo con la primera, al comprador le queda simplemente el derecho a obtener la indemnización de los daños, sin que el administrador de la quiebra le pueda exigir el pago del precio. La pretensión del comprador se satisface en moneda de la quiebra.

De acuerdo con la segunda teoría, el comprador está obligado al pago del precio si quiere obtener el valor íntegro de la prestación incumplida por el quebrado (*unmöglichlichen Leistung*). En este caso, se aplicaría de nuevo el § 103 InsO. Si el administrador decide no cumplir, al comprador le queda el derecho a exigir la diferencia entre la indemnización de daños y el valor del bien, en lo que exceda es un acreedor concursal.

Según se ha venido interpretando el § 103 InsO, la declaración de voluntad del administrador exigiendo el cumplimiento es una declaración de volun-

(78) HESS, H.; KRANEMANN, K. R., y PINK, A., *Das neue Insolvenzrecht*, RWS Verlag Kommunikationsforum, Köln, 1998, pág. 112. «El § 103 InsO es aplicable solamente cuando ninguna de las partes ha cumplido enteramente el contrato. Sobre cuando se entiende cumplido el contrato de compraventa: el vendedor ha cumplido cuando en el momento de la apertura del procedimiento concursal ya ha efectuado la entrega de la cosa (§ 433 I BGB) independientemente de si tenía o no poder de disposición sobre la misma. El comprador ha cumplido cuando ha pagado el precio (§ 433 II BGB)».

tad recepticia e irrevocable. Para el ejercicio de este derecho no existe un plazo, pero si la contraparte exige que se pronuncie, debe hacerlo sin demora (en el sentido del § 121 BGB), además está obligado a ejercer su derecho de acuerdo con las exigencias impuestas por la buena fe (§ 242 BGB), de modo que si exige cumplimiento de la parte *in bonis*, debe estar él mismo en condiciones de poder cumplir. Si calla, entonces se entiende que rechaza el cumplimiento.

Si exige el cumplimiento, se coloca directamente en la posición del deudor. Si decide no ejecutar el contrato, en ese caso, a la contraparte le resta el derecho a exigir la indemnización de daños, pero se tratará de una pretensión concursal.

A) *Protección de la obligación garantizada mediante una «Vormerkung» en la quiebra del vendedor (§ 106 InsO)*

Frente al § 103 InsO, el § 106 InsO establece una excepción al derecho de elección del administrador de la quiebra, porque no puede rechazar el cumplimiento de la pretensión asegurada con la «preinscripción» (*Vormerkung*). De esta manera, todo acto de disposición del administrador contra la «preinscripción» (*Vormerkung*) es ineficaz (79). En estos casos, la «preinscripción» (*Vormerkung*) actúa como un auténtico derecho de separación (*Aussonderungsrecht*) (80). El acreedor de la obligación garantizada mediante la

(79) WIMMER, K., *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, Hermann Luchterhand Verlag, Berlin, 1998, págs. 658 y sigs. O también se puede ver KELLER, U., *Grundstücke in Vollstreckung und Insolvenz*, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 1998, pág. 12, según este autor para evitar el peligro que supone a la parte no quebrada el derecho de elección de los síndicos de la quiebra, el adquirente puede asegurar su pretensión mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad de una «preinscripción» (*Vormerkung*), de modo que el administrador debe ejecutar la prestación garantizada, es decir, debe transmitir la propiedad sobre el inmueble o el derecho real. MAROTZKE, W., «Der Eigentumsvorbehalt im neuen Insolvenzrecht», *JZ*, 1995, pág. 808. Esta norma pretende evitar que el comprador precavido que ha asegurado su pretensión mediante una «preinscripción» (*Vormerkung*) vea convertida su pretensión de transmisión del inmueble en un crédito concursal.

También se puede ver en este sentido, HAARMEYER, H.; WUTZKE, W., y FÖRSTER, K., *Handbuch zur Insolvenzordnung*, 2.^a ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1998, pág. 406. «El § 106 InsO (antes § 24 KO) asegura que el administrador de la quiebra no va a frustrar la pretensión garantizada mediante el rechazo del cumplimiento del contrato. De este modo se pone de manifiesto que el especial significado de la *Vormerkung* en el tráfico jurídico también se mantiene en los casos de insolvencia del deudor».

(80) HASEMEYER, L., *Insolvenzrecht*, 2.^a ed., Cari Heymanns Verlag KG, München, 1998, pág. 388. «Las pretensiones que afectan a un inmueble pueden ser garantizadas frente a todos mediante la inscripción de una *Vormerkung* en el Registro de la Propiedad,

Vormerkung puede exigir el cumplimiento íntegro de la misma mediante la extracción del bien de la masa de la quiebra (81).

Es susceptible de protección mediante la *Vormerkung* el que hasta el momento de apertura del procedimiento concursal ha inscrito una *Vormerkung* (§ 885 BGB), quien durante el procedimiento de insolvencia ha emitido la declaración de voluntad precisa para la inscripción (siempre que sea digno de protección, es decir, sea de buena fe) así como quien durante este período ha adquirido la *Vormerkung* de buena fe (82). Además, hay que tener en cuenta que la misma protección que la inscripción de una *Vormerkung* la proporciona la celebración del acuerdo real que vincula a las partes a la futura inscripción de la «preinscripción» (*Vormerkung*) (§ 91 II InsO).

Hasta aquí no se presentan enormes problemas en la práctica. Éstos surgen cuando junto a la obligación de entrega del inmueble, el deudor se ha comprometido a otras prestaciones accesorias, la cuestión es importante sobre todo en la compraventa de viviendas en construcción, donde el vendedor se obliga también a construir.

Para la mayoría de los autores, el § 106 InsO se aplica solamente a aquella parte del contrato asegurada con la «preinscripción» (*Vormerkung*). En consecuencia, la pretensión de entrega de un inmueble, no se verá en ningún caso afectada por el derecho de opción del administrador, cuando el contrato del que nace la pretensión del comprador contenga también una obligación de construir a cargo del deudor quebrado y ésta no haya sido enteramente cumplida. No obstante, el administrador no se verá obligado a construir porque no es ésta una pretensión que pueda tener acceso al Registro.

Este problema se había planteado ya bajo la vigencia del § 24 KO. De acuerdo con la opinión generalizada desde el momento de promulgarse el Código Civil alemán, que también se refleja en la *Konkursordnung* (KO) y en la práctica, el comprador que ha obtenido una «preinscripción» (*Vormerkung*)

en cierto sentido con efectos similares a los reales (§ 883 BGB). Esta pretensión también debe ser respetada en la insolvencia del deudor. De este modo, el administrador de la quiebra debe cumplir la pretensión garantizada mediante la *Vormerkung*, en consecuencia, no debe ser tratada como una pretensión concursal, sino más bien como una pretensión que concede al acreedor un derecho de separación similar al del propietario».

(81) UHLENBRUCK, W., *Das neue Insolvenzrecht*, Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, Berlin, 1994, pág. 96.

(82) HÄSEMEYER, L., *Insolvenzrecht*, 2.^a ed., Cari Heymanns Verlag KG, München, 1998, pág. 388. Sobre esta cuestión resulta interesante la sentencia del BGH de 19 de marzo de 1998 (IX ZR 242/97) según la cual si se consintió la creación de una «preinscripción» (*Vormerkung*) antes de que se hubiese presentado demanda para la apertura del procedimiento de ejecución colectiva, el administrador no tiene el derecho a decidir si quiere cumplir el contrato o no. También la sentencia del BGH de 23 de noviembre de 1995 (*NJW* 1996, 461), según la que a efectos de la protección otorgada por una «preinscripción» (*Vormerkung*) se debe tener en cuenta el momento de la presentación de la solicitud para la inscripción en el Registro y no aquel momento de la efectiva inscripción.

y que la ha inscrito en el Registro, no debe soportar ningún riesgo como consecuencia de la insolvencia del vendedor, y puede pagar despreocupadamente el precio de compra (83).

No obstante, en el caso de la «preinscripción» (*Vormerkung*) hubo una sentencia bastante criticable del BGH de 29 de octubre de 1976 (84) de acuerdo con la que, la pretensión del comprador de construcción del edificio no estaba protegida por aquella figura, de manera que en el caso de insolvencia del vendedor, el administrador podía también optar por no cumplir el contrato (85). Esta sentencia provocó una reacción legislativa, mediante Ley de 22 de mayo de 1977 se añadió el párrafo segundo al § 24 KO (86).

(83) GURSKY, K. H., «§ 883 BGB», en AA.VV., *Staudinger Kommentar zum BGB*, 12.^a ed., Gruyter, Berlin, 1987, pág. 326. De acuerdo con el § 24 I KO el acreedor garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) puede exigir del administrador de la quiebra la liberación de su pretensión, sin que pueda hacer uso de la opción concedida en el § 17 KO (que se refiere al derecho de opción del administrador de la quiebra en los contratos bilaterales pendientes de ejecución). También defiende esta opinión KEUK, B., «Auflassungsvormerkung und vormerkungswidrige Grundfandrechte in Konkurs und Zwangsversteigerung», *NJW*, 1968, págs. 476 y sigs. El autor en este trabajo comenta la sentencia del BGH de 10 de marzo de 1967. En su opinión, si un inmueble está gravado con una «preinscripción» (*Vormerkung*), el administrador de la quiebra ya no tiene derecho a elegir el cumplimiento, sino que debe transmitir necesariamente la propiedad del inmueble al acreedor siempre que este pague el precio acordado con el deudor quebrado (§ 24 KO). Cuando el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal alemán), en la sentencia comentada afirma que con ello se produce un perjuicio y una discriminación del resto de los acreedores, se equivoca. La *Auflassungsvormerkung* está encaminada a garantizar el cumplimiento de la pretensión (por la relativa ineficacia de las disposiciones que contradicen la «preinscripción» (*Vormerkung*) y los plenos efectos frente a terceros).

(84) *NJW* 1977, 146.

(85) GÖTTE, H., «Neue Weg der Käufersicherung beim Kauf vom Bauträger», *NJW*, 1977, pág. 525, defiende la doctrina que se contiene en esta sentencia. Según este autor, las nuevas tendencias son favorables a que el comprador, que ha garantizado su pretensión de entrega con una «preinscripción» (*Vormerkung*), se vea en todo caso protegido en la insolvencia de su vendedor, de acuerdo con el § 24 KO. Esta solución no le parece del todo correcta al autor porque podrían llegarse a soluciones injustas: de este modo el futuro adquirente cuya vivienda se sitúa en el entresuelo y que en el momento de abrirse la quiebra, ya ha sido construida gozaría de prioridad en cuanto a la aplicación del § 24 KO en relación con aquél comprador que pretende adquirir la vivienda del quinto piso, independientemente de que ambos se encuentren en la misma posición jurídica y hayan contraído las mismas obligaciones frente al vendedor. El autor propone otra solución como sería la transmisión inmediata del objeto de venta unido al establecimiento de medidas de seguridad para el vendedor.

(86) MAROTZKE, W., «Der Eigentumsvorbehalt im neuen Insolvenzrecht», *JZ*, 1995, pág. 808. También GURSKY, K. H., «§ 883 BGB», en AA.VV., *Staudinger Kommentar zum BGB*, 12.^a ed., Gruyter, Berlin, 1987, pág. 329. Según este autor, la opinión mayoritaria ha venido extrayendo del ámbito de aplicación del § 24 KO aquellas «preinscripciones» (*Vormerkungen*) que garantizan pretensiones futuras, cuando hasta el momento de apertura del procedimiento concursal no han llegado a tener existencia. El problema cobra especial importancia en los contratos de compraventa de vivienda en construcción en los que se hubiese estipulado una *Auflassungsvormerkung* en favor del comprador. En estos

Esta sentencia fue objeto de críticas doctrinales. En opinión de LICHTENBERGER (87) es censurable que la *Auflassungsvormerkung* no proteja al comprador en la quiebra del vendedor cuando con la apertura de la quiebra, la construcción no se ha comenzado todavía. Desde el punto de vista práctico, a su juicio, esta jurisprudencia podría suponer el fin de la cofinanciación del mercado inmobiliario a través de los adquirentes y de un tráfico inmobiliario seguro. Pero además desde una perspectiva jurídica, el § 17 KO (referido al derecho de elección del administrador de la quiebra) no puede enriquecer a la masa (88).

Asimismo, con esta interpretación jurisprudencial se vulnera la institución de la «preinscripción» (*Vormerkung*), que no es un derecho real, pero despliega una eficacia semejante. Del mismo modo, va contra las buenas costumbres no respetar el derecho del comprador garantizado con la «preinscripción» (*Vormerkung*) (89). La sentencia del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal alemán), en su opinión, ha demostrado que la *Auflassungsvormerkung* no basta para la protección del comprador de un inmueble aun sin construir.

Precisamente para salvar la eficacia de la *Auflassungsvormerkung* se añadió el mencionado párrafo 2.º al § 24 KO, precedente del actual § 106 I 2 InsO. De acuerdo con esta norma, el administrador de la quiebra puede rechazar el cumplimiento de las prestaciones estipuladas junto a la transmisión, pero no de las garantizadas con la «preinscripción» (*Vormerkung*) (90).

casos, el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal alemán) ha desarrollado una jurisprudencia muy discutida según la que el administrador de la quiebra puede privar a la *Auflassungsvormerkung* de su fundamento jurídico mediante la elección del rechazo del cumplimiento cuando el deudor quebrado no solamente se ha obligado a transmitir la propiedad sobre un inmueble, sino que además se ha comprometido a la construcción de un edificio y éste no ha sido todavía terminado. No obstante, el legislador reaccionó rápidamente frente a esta corriente introduciendo un párrafo 2.º al § 24 KO según el que el acreedor puede solicitar el cumplimiento de la pretensión garantizada cuando el deudor ha asumido junto a ésta el cumplimiento de otras pretensiones que no han sido cumplidas todavía.

(87) LICHTENBERGER, P., «Die Auflassungsvormerkung als Sicherungsinstrument beim Kauf vom Baugträger ausgedient?», *NJW*, 1977, págs. 519 y sigs.

(88) LICHTENBERGER, P., «Die Auflassungsvormerkung als Sicherungsinstrument beim Kauf vom Baugträger ausgedient?», *NJW*, 1977, pág. 521, «el § 17 no puede servir para enriquecer a la masa. Si cierto es que la pretensión de que el edificio se construya no puede ser garantizado mediante una «preinscripción» (*Vormerkung*), entonces los acreedores concursales se enriquecen injustamente encontrándose en una situación más favorable que en la ejecución individual de bienes del deudor, incluso en el caso de que hubiesen rechazado la apertura de la quiebra por falta de masa activa».

(89) LICHTENBERGER, P., «Die Auflassungsvormerkung als Sicherungsinstrument beim Kauf vom Baugträger ausgedient?», *NJW*, 1977, pág. 522, «la "preinscripción" (*Vormerkung*) no es un derecho real, pero presenta caracteres similares a los derechos reales».

(90) HÄSEMAYER, L., *Insolvenzrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, Berlin, Köln, Bonn, 1992, pág. 414.

Un sector doctrinal importante ha venido interpretando esta norma de modo que el administrador de la quiebra no puede ser compelido al cumplimiento de la obligación de construir. Ahora bien, si el quebrado ya ha cumplido con esta obligación, en este caso, el administrador de la quiebra debe efectuar la transmisión de la propiedad de lo ya construido, aunque la vivienda no haya sido todavía finalizada. Ello es debido a que en estas situaciones, la obligación accesorio influye de tal forma en el sinalagma funcional que podría decirse que queda también garantizada mediante la «preinscripción» (*Vormerkung*) (91).

No obstante, la doctrina no es unánime en cuanto a esta interpretación.

En relación con este tema resulta muy interesante una sentencia del BGH de 21 de noviembre de 1985 (92), según la que en la compraventa de viviendas en construcción, la «preinscripción» (*Vormerkung*) debe garantizar al adquirente que finalmente se va a construir la vivienda. En esta sentencia, el vendedor pretendía rescindir el contrato en cuanto a la obligación de construir y no en cuanto a la obligación de entregar el terreno. El *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal alemán) entiende que ello no es posible porque supondría una desvirtuación de la función de garantía de la «preinscripción» (*Vormerkung*) en atención a los plazos ya pagados. Ahora bien, hay que tener en cuenta que en este caso el constructor no se encontraba en una situación concursal.

(91) KUHN, G., y UHLENBRUCK, W., *Konkursordnung Kommentar*, 11.^a ed., Verlag Franz Vahlen, München, 1994, pág. 486, «si se ha comenzado ya con la construcción, entonces la "preinscripción" (*Vormerkung*) garantiza también el cumplimiento de la pretensión parcialmente ejecutada». También, HÄSEMEYER, L., *Insolvenzrecht*, 2.^a ed., Carl Heymanns Verlag KG, München, 1998, pág. 388. Si junto a la pretensión principal se han estipulado otras prestaciones accesorias solamente pueden ser realizadas si el administrador de la quiebra elige el cumplimiento del contrato. Ahora bien, cuando las obligaciones del deudor quebrado no garantizadas mediante una «preinscripción» (*Vormerkung*) han sido ya cumplidas antes de la apertura del procedimiento concursal, el acreedor puede exigir la entrega. Ello cobra especial importancia en la práctica en el caso de la quiebra del constructor que debe cumplir con su pretensión de transmitir la propiedad al adquirente cuando antes de la apertura del procedimiento concursal ya ha cumplido con la obligación de construir.

Ahora bien, el segundo párrafo del § 106 InsO es aplicable solamente al caso de que el cumplimiento de esa pretensión parcial satisfaga los intereses del acreedor.

Hay que tener en cuenta que lo expuesto no se corresponde con principios del derecho de obligaciones. En consecuencia, el administrador en un contrato de compraventa de vivienda en construcción no puede hacer depender el cumplimiento de la pretensión de entrega de la cosa garantizada con una *Vormerkung* de que el acreedor haya estipulado para esa prestación en concreto un precio determinado. Es indiferente a estos efectos que la contraparte contractual haya fijado un precio global o que haya determinado un precio concreto para el inmueble en construcción. De acuerdo con el Derecho de obligaciones, el deudor no está facultado para realizar un cumplimiento parcial (§ 266 BGB) y sobre todo, solamente está legitimado para el rechazo de la pretensión quien cumple con la prestación que le corresponde (§§ 298, 272 II BGB).

Al margen de las interpretaciones doctrinales, siguiendo el tenor literal del § 24 II KO (hoy § 106 I 2 InsO) el adquirente puede exigir del administrador de la quiebra la transmisión de la propiedad del inmueble, a cambio, debe pagar el precio acordado. Con la *traditio* (*Aufflassung*) y la inscripción en el Registro de la Propiedad el acreedor se convierte en propietario del inmueble y de lo que haya sido construido, aquí sí, dependiendo de la interpretación que se siga.

Esta última opinión es compartida por WEITNAUER (93), para quien la «preinscripción» (*Vormerkung*) garantiza la consecución de la propiedad en el estado en que se encuentre, si el inmueble está a medio construir puede exigir su entrega incluso en la quiebra del vendedor. Además, hay que tener en cuenta razones de protección de los adquirentes de viviendas, que en otro sentido, se podrían encontrar en una situación comprometida (94).

B) *Protección del «Antwortschaftsrecht» del comprador de un bien mueble sujeto a reserva de dominio en la quiebra del vendedor y del comprador (§ 107 InsO)*

La protección del *Antwortschaftsrecht* del comprador de un bien mueble sujeto a reserva de dominio se contiene en el § 107 InsO.

De no existir esta norma, como hemos visto anteriormente, un contrato de compraventa sujeto a reserva de dominio incurriría en el ámbito de aplicación del § 103 InsO.

En la *Konkursordnung* (KO) no existía una previsión específica, de modo que la jurisprudencia había vendido entendiendo aplicable el § 17 KO (sobre el derecho de elección del administrador de la quiebra) atenuado los incon-

(92) *NJW* 1986, 925.

(93) WEITNAUER, H., «Die Vormerkung im Konkurs des Bauträgers», *DnotZ*, 1977, pág. 229, «Si se ha comenzado ya la construcción sobre el solar, el acreedor garantizado con la "preinscripción" (*Vormerkung*) puede exigir la entrega de lo ya construido y hacer valer esa pretensión en el concurso».

(94) WEITNAUER, H., «Die Vormerkung im Konkurs des Bauträgers», *DnotZ*, 1977, pág. 232, «La colectividad integrada por los adquirentes de vivienda que se encuentra en una situación apta para luchar contra las adversidades que surgen cuando la construcción se paraliza como consecuencia de la quiebra del constructor».

La importancia de la «preinscripción» (*Vormerkung*) en relación con el mercado inmobiliario como medida de seguridad ha sido apreciada también por PAULUS, C, *Richterliches Verfügungsverbot und Vormerkung im Konkurs*, Duncker und Humblot, Berlin, 1981, pág. 113. En su opinión, la «preinscripción» (*Vormerkung*) permite la financiación de la construcción de viviendas y es por tanto, un elemento fundamental en una economía que se apoya en las bases del crédito. La protección del § 17 KO para los contratos bilaterales incumplidos por ambas partes era demasiado débil.

venientes de la aplicación de esta norma de acuerdo con las exigencias impuestas por la buena fe (§ 242 BGB).

Según la antigua interpretación jurisprudencial, si en la quiebra del adquirente el administrador optaba por el cumplimiento, entonces debía satisfacer el precio en su totalidad como deuda de la masa, ganando en consecuencia, la liberación del bien. En la quiebra del vendedor, el administrador de la quiebra debía satisfacer al adquirente el valor del *Anwartschaftsrecht* cuando rechazaba el cumplimiento y reclamaba la cosa para la masa (95).

La nueva regulación quiere evitar esos inconvenientes considerando el *Anwartschaftsrecht* del comprador como un derecho firme en el concurso, en tanto en cuanto el comprador antes de la apertura de la quiebra haya adquirido la posesión de la cosa. Porque en otro caso, se encuentra cerrado el camino para la consolidación del dominio por el titular del *Anwartschaftsrecht*. Además, también se utiliza como argumento en defensa del comprador con reserva de dominio, que no podía quedar en peor lugar que el comprador de un bien inmueble que aseguró su pretensión mediante la «preinscripción» (*Vormerkung*) (96).

Para un análisis del § 107 InsO debemos distinguir los supuestos de quiebra del vendedor y del comprador.

En la quiebra del vendedor, si el comprador sujeto a la reserva paga el resto del precio, comportándose de modo leal, consolida su posición pasando de ser titular de un *Anwartschaftsrecht* (titular de una expectativa real) a ser titular de un *Vollrecht* (derecho completo). Subyace en el párrafo 1.º del § 107 InsO un bloqueo del derecho de separación *ex iure dominii* que puede durar hasta tres meses, a no ser que con la demora tenga lugar un menoscabo de la cosa (97). No obstante, cuando el comprador incurre en mora en el pago

(95) HÁSEMEYER, L., *Insolvenzrecht*, Cari Heymanns Verlag KG, Berlín, Köln, Bonn, 1992, pág. 348 y sigs. De acuerdo con el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal alemán), en la quiebra del vendedor, el administrador tiene el derecho de rechazar el cumplimiento del contrato, reclamando para la masa el bien vendido a cambio de ofrecer el precio al comprador, que a su vez, tendrá una pretensión por los daños y perjuicios, considerada como un crédito concursal. No obstante, a pesar de esta jurisprudencia, la doctrina había venido defendiendo la necesidad de proteger el *Anwartschaftsrecht* del comprador, considerándolo como un derecho firme en el concurso.

(96) MAROTZKE, W., «Der Eigentumsvorbehalt im neuen Insolvenzrecht», *JZ*, 1995, pág. 809, «aquellos autores que defienden que el *Anwartschaftsrecht* del comprador sujeto a reserva de dominio debe ser firme en el concurso se han apoyado, como fundamento de esta afirmación, en que el *Anwartschaftsrecht* del que compró una cosa mueble sujeta a reserva de dominio no puede ser peor tratado en la insolvencia del vendedor, que el acreedor de dominio de un bien inmueble en cuyo favor fue inscrita una «preinscripción» (*Vormerkung*) en el Registro de la Propiedad (también titular de un *Anwartschaftsrecht*)».

(97) HAARMEYER, H.; WUTZKE, W., y FÖRSTER, K., *Handbuch zur Insolvenzordnung*, 2.ª ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1998, pág. 406.

del precio, el administrador de la quiebra puede resolver el contrato y exigir la restitución de la cosa a la masa.

En la quiebra del comprador, el administrador tiene un derecho de elección de acuerdo con el § 103 InsO, sin que se plantee ninguna especialidad (98). Después de la exigencia del vendedor, el administrador está obligado a declarar si quiere cumplir o no. Dentro de este período el vendedor tiene las manos atadas, no pudiendo hacer valer su pretensión de restitución de la cosa.

El administrador de la quiebra tiene la posibilidad de cumplir el contrato de compraventa para utilizar la cosa comprada en beneficio de la masa. Si se decide por cumplir el contrato, debe extraer de la masa el precio acordado en el contrato de compraventa y pagar íntegramente el precio al vendedor. Por el contrario, si rechaza el cumplimiento, entonces el administrador solamente podría obtener del vendedor la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento y debería restituir la cosa al vendedor.

(98) OBERMÜLLER, M., y HESS, H., *Eine systematische Darstellung des neuen Insolvenzrechts*, 3.^a ed., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1998, págs. 270 y sigs. Cuando las cosas sujetas a reserva de dominio se encuentran en poder del administrador de la quiebra no deben ser inmediatamente devueltas al vendedor después de la apertura de la quiebra de su comprador. La nueva ley concursal contiene una disposición adicional para la reserva de dominio, se trata del párrafo 2.º del § 107 InsO. En este supuesto subsisten los efectos del § 103 InsO, de manera que el administrador debe optar por mantener la cosa con el pago inmediato del precio restante o bien por la restitución.

Esta misma idea se repite en HASEMEYER, L., *Insolvenzrecht*, 2.^a ed., Cari Heymanns Verlag KG, München, 1998, pág. 384. De acuerdo con la concepción legal actual: en el caso de insolvencia del vendedor, el comprador puede extraer el bien de la masa de la quiebra si paga la totalidad del precio (§ 107 I InsO) y en el caso de insolvencia del comprador, el vendedor puede separar el bien de la masa si el administrador de la quiebra decide no cumplir el contrato con devolución del precio ya satisfecho (§ 107 II InsO). De este modo se reconoce el valor de la reserva de dominio tanto en el patrimonio del comprador (reconociendo el *Antwortschaftsrecht* de éste) como en el del vendedor.

Ahora bien, el comprador, en el caso de insolvencia del vendedor solamente puede exigir el cumplimiento del contrato de compraventa cuando ha transmitido la posesión de la cosa vendida (§ 107 I InsO). No se considera susceptible de protección la mera adquisición de la posesión sobre la cosa, sino de la adquisición del *Antwortschaftsrecht* mediante una tradición condicionada al pago del precio, que es en lo que consiste la reserva de dominio.

Hay que tener en cuenta que el comprador no puede obligar al administrador de la quiebra a aceptar el cumplimiento del contrato de compraventa en su totalidad (es decir, también las obligaciones accesorias estipuladas), sino solamente a que acepte la separación de la cosa comprada de la masa de la quiebra mediante el pago del precio que resta por satisfacer.

En el caso de insolvencia del comprador se entiende que si el administrador rechaza el cumplimiento, el vendedor puede separar el bien de la masa (entonces la reserva de dominio se convierte en propiedad plena). Para el derecho de elección se establece un plazo razonable que solamente se puede ver acortado en el caso de peligro de disminución de valor o de deterioro de la cosa.

No obstante, a pesar de la loable finalidad de la nueva normativa, su formulación legal no es, a juicio de Marotzke, tan precisa como era de esperar (99). En la Exposición de Motivos del proyecto de ley presentado por el gobierno (*Regierungsentwurfs*) se decía expresamente que no debería permanecer en el futuro el derecho de elección del administrador en la quiebra del vendedor que transmitió un bien sujeto a reserva de dominio. Con ello se pretendía que el *Antwortschaftsrecht* del comprador no pudiese ser destruido por el administrador de la quiebra mediante el ejercicio de su facultad de rechazar el cumplimiento.

La filosofía que inspira la reforma es que el comprador, en tanto en cuanto no se comporte de mala fe, quede legitimado frente al administrador de la quiebra de su vendedor para poseer la cosa y para adquirir la propiedad mediante el pago del precio (de acuerdo con el § 158 I BGB) independientemente de la voluntad o de cualquier declaración del administrador.

No obstante, la manera en que ha sido redactado el § 107 Abs. 1 InsO es, en opinión del autor citado, bastante criticable. Es un error que la consecuencia deseada de que el administrador de la quiebra no pudiese reclamar la cosa entregada mediante reserva de dominio se haya revestido de las palabras «el comprador puede exigir el cumplimiento del contrato». Cumplimiento del contrato puede significar mucho más, ya que el vendedor puede haberse obligado a otras prestaciones accesorias. En su opinión, el administrador no estaría obligado al cumplimiento de tales obligaciones, sino que para ellas, el acreedor se debería contentar con una cuota de la masa de la quiebra.

También le parece discutible el elemento posesorio en el § 107 InsO. No queda claro si se refiere a la posesión mediata o inmediata. Además, según el Código Civil alemán es posible una transmisión de la posesión por el mero acuerdo de las partes según el § 930 BGB o también el § 929 II BGB o mediante la entrega de los documentos traditivos según lo previsto al respecto en el Código de Comercio. En consecuencia, ¿se debe entender que se exige más para la protección del comprador en la insolvencia del vendedor que para la adquisición de la propiedad de acuerdo con el Código Civil alemán? Por otra parte, en el caso de que el comprador antes de la apertura del procedimiento concursal hubiese pagado el último plazo, ¿no debería reconocérsele el derecho porque la exigencia de entrega de la cosa de acuerdo con el § 929 II BGB se ha cumplido mediante la entrega de los documentos traditivos o mediante el acuerdo del § 930 BGB? Sin embargo, tendría un derecho de separación de acuerdo con el § 47 InsO por haber adquirido la propiedad de la cosa.

(99) MAROTZKE, W., «Der Eigentumsvorbehalt im neuen Insolvenzrecht», JZ, 1995, págs. 803 y sigs.

En los casos de insolvencia del comprador, el administrador debe decidir si exige el cumplimiento del contrato, en cuyo caso se coloca en la situación del comprador quebrado, o si lo rechaza. Si opta por el cumplimiento, debe pagar el precio, de modo que se produce automáticamente la transmisión de la propiedad. Si lo rechaza el vendedor puede recuperar inmediatamente la cosa sin exigir nada más (también en base al derecho de separación del § 47 InsO).

Para el vendedor puede ser muy importante que el administrador tome una decisión acerca de si cumple el contrato o no, por tanto, tiene el derecho de exigir al administrador que se pronuncie acerca de esta cuestión. En este caso, ante la advertencia del vendedor, el administrador debe decidir sin demora, de manera que si no lo hiciera así, podría perder su derecho a exigir el cumplimiento.

Otro de los aspectos que el § 107 InsO deja sin resolver a juicio de MAROTZKE (100) es qué sucede cuando el comprador transmite la cosa a un tercero, en este caso, ¿puede el tercero adquirir frente a los deseos del administrador de la quiebra del vendedor inicial?

No obstante, en su opinión, no se puede desconocer que el § 107 InsO supone un avance frente a la normativa concursal anterior, ya que se ofrece una mayor seguridad en cuanto a la protección del *Antwortschatsrecht* del comprador sujeto al pacto de reserva de dominio.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., dirigidos por Tilch, H., *Deutsches RechtsLexicon*, t. III, 2.^a ed., CH Beck'sche Verlags Buchhandlung, München, 1992.
- BARBY VON, H., «Die vorläufige Sicherung des Kaufanwärters von Eigenheimen und Wohnungseigentum durch Vormerkung», *NJW*, 1972, págs. 8 y sigs.
- BAUR, J. F., y STÜRNER, R., *Sachenrecht*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 17.^a ed., München, 1999.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La clausula de reserva de dominio*, Editorial Moneda y Crédito, Madrid, 1971.
- GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho inmobiliario o registral hipotecario*, t. I, 1.^a ed., Civitas, Madrid, 1988.
- GLAGE, G., «Wohnungseigentum und Vormerkung», *NJW*, 1967, págs. 813 y sigs.
- GOTTE, H., «Neue Weg der Käufericherung beim Kauf vom Bauträger», *NJW*, 1977, págs. 524 y sigs.
- GURSKY, K. H., «§ 883 BGB», en AA.VV., *Staudinger Kommentar zum BGB*, 12.^a ed., Gruyter, Berlin, 1987, págs. 228 y sigs.
- HAARMEYER, H.; WUTZKE, W., y FÖRSTER, K., *Handbuch zur Insolvenzordnung*, 2.^a ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1998.

(100) MAROTZKE, W., «Der Eigentumsvorbehalt im neuen Insolvenzrecht», *JZ*, 1995, pág. 814.

- HÁSEMEYER, L., *Insolvenzrecht*, 2.^a ed., Cari Heymanns Verlag KG, München, 1998.
- *Insolvenzrecht*, Cari Heymanns Verlag KG, Berlín, Köln, Bonn, 1992.
- HESS, H.; KRANEMANN, K. R., y PINK, A., *Das neue Insolvenzrecht*, RWS Verlag Kommunikationsforum, Köln, 1998.
- KELLER, U., *Grundstücke in Vollstreckung und Insolvenz*, Verlag Emst und Werner, Giesecking, 1998.
- KEUK, B., «Auflassungsvormerkung und vormerkungswidrige Grundfandrechte in Konkurs und Zwangsversteigerung», *NJW*, 1968, págs. 476 y sigs.
- KNÖPFLE, R., «Die Vormerkung», *JuS*, 1981, págs. 157 y sigs.
- KUHN, G., y UHLENBRUCK, W., *Konkursordnung Kommentar*, 11.^a ed., Verlag Franz Vahlen, München, 1994.
- LEÍBLE, S., «La reserva de dominio en el Derecho alemán», *RDP*, 1999, abril, págs. 259 y sigs.
- LENT, F., y SCHWAB, K. H., *Sachenrecht*, 19.^a ed., C.H. Beck'se Verlagsbuchhandlung, München, 1983.
- LICHTENBERGER, P., «Die Auflassungsvormerkung als Sicherungsinstrument beim Kauf vom Baugträger ausgedient?», *NJW*, 1977, págs. 519 y sigs.
- «Die Vormerkung zur Sicherung künftiger oder bedingter Ansprüche», *NJW*, 1977, págs. 755 y sigs.
- MAROTZKE, W., «Der Eigentumsvorbehalt im neuen Insolvenzrecht», *JZ*, 1995, págs. 803 y sigs.
- MEDICUS, D., «Das Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers», *DnotZ*, 1990, págs. 275 y sigs.
- MINTHE, E., *Die Übertragung des Anwartschaftsrechts durch einen Nichtberechtigten*, Duncker&Humblot, Berlin, 1998.
- MÜLBERT, P. O., «Der redliche Vormerkungserwerb», *AcP*, 1997, págs. 335 y sigs.
- OBERMÜLLER, M., y HESS, H., *Eine systematische Darstellung des neuen Insolvenzrechts*, 3.^a ed., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1998.
- PAU PEDRÓN, A., «Panorama del sistema inmobiliario alemán», *RCDI*, 1982, julio-agosto, págs. 950 y sigs.
- PAULUS, C., *Richterliches Verfügungsverbot und Vormerkung im Konkurs*, Duncker und Humblot, Berlin, 1981.
- RAISER, L., *Dingliche Antwatschaften*, J.C.B. Mohr Verlages, Tübingen, 1961.
- ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho hipotecario*, t. I, 8.^a ed., Casa editorial Bosch, Barcelona, 1995.
- SCHICKEDANZ, E., «Nochmals: Die vorläufige Sicherung des Kaufanwärters von Eigenheimen und Wohnungseigentum durch Vormerkung», *NJW*, 1972, págs. 567 y sigs.
- SCHOLZ, H., y LWOWSKY, H. J., *Das Recht der Kreditsicherung*, Erich Schmidt Verlag GmbH, Berlin, 6.^a ed., 1986.
- SCHWERTNER, B., «Die Auflassungsvormerkung», *Jura*, 1985, págs. 316 y sigs.
- SERICK, R., *Garantías mobiliarias en Derecho alemán*, con traducción de Carrasco Perera, A., y prólogo de Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Tecnos, Madrid, 1990 [Obra original: Serick, R., *Deutschen Mobiliarsicherheiten Aufriss und Grundgedanken*, Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 1988].

- *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, 2.^a ed., Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 1993.
- UHLENBRUCK, W., *Das neue Insolvenzrecht*, Verlag für die Rechts und Antwaltspraxis, Berlin, 1994.
- WEITNAUER, H., «Die Vormerkung im Konkurs des Bauträgers», *DnotZ*, 1977, págs. 225 y sigs.
- WIELING, *Sachenrecht*, t. I, SpringerVerlag, Berlin, Heidelberg, 1990.
- WIMMER, K., *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, Luchterhand, 2.^a ed., Berlin, 1999.

Luz MARÍA MARTÍNEZ VELENCOSO
Universidad de Valencia