

La opción y el Registro de la Propiedad

El derecho de opción está poco regulado, que nosotros sepamos, en las legislaciones positivas. La Ordenanza alemana, de 15 de Enero de 1919, relativa al derecho de superficie, lo menciona en su artículo 2.º La legislación suiza es la que mayor importancia le da, y aun así, su regulación es bien escasa (artículo 216 del Código de las obligaciones suizo y artículos 683 y 959 del Código civil suizo). En España lo menciona el párrafo 12 del artículo 9 del Reglamento del impuesto de derechos reales.

Sin embargo, no deja de tener importancia, y aunque, según Ossorio y Gallardo es frecuente «en la vida de los negocios y más señaladamente en la de los negocios a base de concesiones del Estado, y con mayor acentuación todavía en la de los negocios de capital internacionalizado», nosotros hemos tenido un caso en un modestísimo Registro de cuarta. Una anciana, que para hacer frente a las necesidades de la vida, vende una casa de dos pisos, reservándose el usufructo vitalicio de uno; pero en previsión de que por incompatibilidad de caracteres, etc., no pueda convivir con el comprador que va a habitar el otro piso, se reserva una opción al arriendo de tal piso para poder echarlo y, subarrendando, poner otro inquilino. Sabemos de algún caso presentado a otros compañeros. Y aunque desde hace tiempo, y probablemente como respuesta a la imputación de Ossorio, en su folleto sobre el contrato de opción, de que los Registradores es muy verosímil que no veamos en la opción más que una especie de mandato, se incluye en los programas de nuestras oposiciones una pregunta sobre esta

materia, y se han dedicado al asunto valiosos estudios, como el de Gayoso Arias en el número de Junio de 1927 de la *Revista de Derecho privado*, y los de Ríos Mosquera y Campuzano en sus contestaciones al programa de oposiciones, dada la absoluta falta de regulación del derecho de opción en España, creo que muchos Registradores titubearíamos todavía si se nos presentase un caso de inscripción de derecho de opción.

En España está consagrado el nombre de opción por el citado artículo del reglamento del impuesto de derechos reales y Osorio. En cambio, Gayoso usa el de promesa de venta que tiene la ventaja de dar una más clara idea de la cosa, siempre que se distinga esta promesa de venta equivalente a opción, de la promesa de vender o comprar a que se refiere el artículo 1.451 del Código civil, que es promesa de *vender y comprar*, no promesa de vender sólo como la opción. Tampoco están conformes los autores españoles en el bautizo del titular de la opción, pues Ossorio le denomina optante, y al gravado, optatario, mientras que Gayoso, al revés, llama al titular optatario, o mejor, opcionario.

Hay promesa unilateral de vender, o sea opción, dicen Colin y Capitant, cuando un propietario se obliga a vender un bien, mediante un precio determinado, a una persona en el caso de que ésta quiera adquirirlo. No es esta promesa la que tiene en cuenta el artículo 1.451 del Código civil, ya que éste supone que hay un consentimiento recíproco, es decir, compromiso para ambas partes, una de las cuales se obliga a vender, y la otra, a comprar.

Wieland da del derecho de opción una noción muy concisa: «El derecho de opción es el derecho de adquirir un inmueble a un precio determinado.» Poca importancia tiene, y menos desde nuestro punto de vista, discutir si la opción abarca también los muebles; pero sí advertiremos que, sobre todo en España, en que el reglamento del impuesto de derechos reales menciona expresamente «la opción al arriendo de minas», la palabra inmueble debe abarcar los derechos reales.

Naturaleza y efectos de la opción.

¿Qué naturaleza tiene el derecho de opción? Puede opinarse:
A) Que es un derecho meramente personal. B) Que es un derecho

personal al que, por la anotación en el Registro de la Propiedad, se le dan efectos reales. C) Que es un derecho real.

A) *Derecho meramente personal*.—Es la teoría de la doctrina francesa. No es una venta condicional (que daría nacimiento a un derecho real, aunque condicional), siendo la condición la adhesión del comprador a la promesa del vendedor, lo que, cuando esta condición se realice, retrotraerá naturalmente las cosas al día de la promesa. Al contrario, el perfeccionamiento de la venta se sitúa en el momento en que el adquirente declara prevalerse de la promesa que le ha sido hecha. La promesa del vendedor no era una venta condicional desde el momento en que para que hubiera habido condición hubiera sido preciso que hubiese habido venta, y ésta no puede resultar más que de un compromiso sinalagmático, el cual no tiene nacimiento hasta el día de la aceptación. De donde se deducen las consecuencias siguientes, siguen diciendo Colin y Capitant, para el caso de que la promesa hiciera referencia a un inmueble:

1.^a Solamente a partir de esta aceptación del titular de opción, que es el único hecho que le confiere un derecho real sobre la cosa, es cuando el comprador podría hacer llevar a cabo la inscripción de la promesa de venta.

2.^a Para que esta adhesión del acreedor de la promesa lleve necesariamente consigo la venta, es indispensable que el promitente sea todavía propietario en ese momento. Si hubiera dejado de serlo con anterioridad, el acreedor entonces ya no tendrá el derecho a reivindicar la cosa contra el tercero, que legítimamente haya adquirido, y sólo le quedará el de reclamar daños y perjuicios a su deudor, en virtud del derecho de crédito que la promesa le había conferido. Puede también, sin embargo, reclamar la nulidad de la venta hecha a otro comprador, en virtud de la regla *fraus omnia corrumpit*, con tal que demuestre que este nuevo comprador ha sido cómplice del fraude de que ha sido víctima él.

3.^a Si el acreedor cede su derecho eventual antes de consumarse la opción, hay entonces una simple cesión de crédito, y no una mutación inmobiliaria susceptible de ser gravada con los derechos fiscales propios de esta clase de operaciones.

B) *Derecho personal al que por la anotación se le dan efectos reales*.—Es el sistema suizo claramente enunciado en el artícu-

lo 959 de su Código civil, que dice : «Los derechos personales, tales como los de tanteo, opción y retracto convencional y los arrendamientos, pueden ser anotados en el Registro en los casos expresamente previstos por la ley. Se convierten así en oponibles a todo derecho posteriormente adquirido sobre el inmueble.»

En este sistema rigen las siguientes reglas :

1.^a Artículo 683 del Código civil suizo : «Cuando un derecho de opción o un derecho de retracto convencional ha sido anotado en el Registro inmobiliario, subsiste por el tiempo fijado en la anotación contra todo propietario del inmueble. Los derechos de opción y de retracto convencional cesan en todo caso diez años después de la anotación.» Es decir, que en tanto que el plazo fijado o los diez años desde la anotación no han transcurrido, el titular del derecho de opción puede exigir de cualquiera que sea propietario del inmueble le sea transferido en las condiciones marcadas.

2.^a Así como en el sistema francés la venta de un inmueble gravado con una opción supone, por parte del dueño vendedor, el incumplimiento de una obligación, con la consiguiente indemnización de daños y perjuicios al titular de la opción, que ya no puede adquirir el inmueble, en este régimen es un acto perfectamente lícito y normal, que no perjudicará a nadie, puesto que el titular sigue con la facultad de quedarse con el inmueble por el precio fijado, y el que compró está avisado, por la voz preventiva de la anotación, de que podía quedarse sin el inmueble a cambio de aquel precio, y por ese riesgo lo habrá comprado más barato.

3.^a Wieland opina que el titular del derecho de opción debe sufrir los derechos de hipoteca y otros reales, constituídos por el deudor. Sin embargo, su valor debe deducirse del precio de compra anotado en el Registro. De modo que quedan a salvo los intereses del dueño de la opción, aunque no perfectamente, porque una servidumbre, por ejemplo, puede dificultar grandemente el desarrollo del objeto a que pensaba dedicar el inmueble, y no le compensará ese perjuicio el que se le rebaje del precio que ha de pagar el valor de la misma.

4.^a Siendo la opción un derecho personal (aunque pueda anotarse), el que adquiere una opción no adquiere por modo originario, sino derivativo ; no adquiere lo que está en el Registro, sino

lo que tiene el transmitente, que es lo único que puede transmitirle; no juega en su favor el principio de publicidad; no es tercero. Por consiguiente, si el que transmite no es por cualquier causa dueño de la opción anotada a su nombre, o del inmueble, si ahora se constituye la opción (incapacidad del que a él se la transmitió, venta anterior a otro, etc.), nada adquiere el comprador aunque anote la transmisión, así como estará expuesto a todas las acciones rescisorias y resolutorias del derecho del transmitente. El artículo 34 de la ley Hipotecaria no es aquí aplicable; se refiere sólo a las inscripciones y no roza los derechos personales protegidos por una anotación.

Partimos aquí de la base de que las opciones son transmisibles. En Suiza sólo lo son si así se ha pactado. En España, el reglamento del impuesto de derechos reales que grava su transmisión parece autorizarla implícitamente, como regla general, al menos. Gayoso opina que es transmisible, salvo que se haya otorgado teniendo en cuenta las condiciones especiales de la persona. Ossorio también la cree transmisible.

5.^a La opción derecho personal no adquiere preferencia por virtud de la anotación sobre todos los derechos no inscritos o anotados antes, sino sólo sobre los nacidos con posterioridad a la anotación si son reales, o con posterioridad a la opción si son personales. No sólo un derecho real no inscrito, una servidumbre, por ejemplo, se opondría al titular de una opción anotada, sino hasta un crédito personal cualquiera anterior a la opción, y si, por ejemplo, por deudas anteriores el transmitente caía en concurso o quiebra, el titular de la opción vería desaparecer su derecho. «No puede decirse de ellas (las anotaciones) que son el premio de la carrera—dice la exposición de motivos de la ley Hipotecaria—como en otra nación se ha dicho, asimilando el empeño de los acreedores para obtener la anotación al afán con que se disputa la llegada al término en las carreras de caballos.» Y bien conocida es la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Marzo de 1910, según la cual no son aplicables a las anotaciones de derechos personales los artículos 23, 25 y 27 de la ley hipotecaria.

6.^a Parece que siendo un derecho personal, aunque esté anotado, sus efectos han de ser menos enérgicos que los de un derecho real. No es de extrañar, por tanto, que Rossel y Mentha, en su

Manuel du Droit civil suisse, resuelvan así el problema de las mejoras en los inmuebles sujetos a opción: «Y si en el intervalo el inmueble ha sufrido transformaciones, si se han elevado construcciones, el precio fijado, que resulta irrisorio, ¿se mantendrá? Pensamos que no; que el ejercicio de estos derechos está subordinado a la condición tácita de mantener el inmueble en el estado en que estaba cuando su constitución; pero que el que hace su ejercicio imposible por sus innovaciones, cuando conocía o debía conocer esos derechos y abstenerse de atacarlos indirectamente, deberá daños y perjuicios. La otra solución, consistente en mantener para el titular el beneficio de la opción por el precio fijado, aunque construcciones, temerariamente hechas, sin duda, hayan tal vez hecho diez veces mayor el valor del inmueble, nos parece, decididamente, demasiado rigurosa.»

Esta opinión no deja de tener sus inconvenientes, porque será muy difícil determinar cuándo las transformaciones tienen la importancia suficiente para hacer imposible el ejercicio del derecho de opción. Y hasta puede ser un medio empleado de mala fe, únicamente para hacer imposible la opción cuando así convenga al dueño de la finca gravada.

C) *La opción, derecho real*.—Entonces:

1.º Desde luego, como en el caso de ser un derecho personal anotado, se opondría a cualquier propietario del inmueble.

2.º Igualmente el propietario gravado podría vender lícitamente el inmueble.

3.º La opción que se adquiriese e inscribiese; se adquiriría originariamente; el inscribiente sería tercero.

4.º La fecha de la inscripción de la opción determinaría su rango hipotecario con preferencia a todo derecho no inscrito o anotado, y a los personales ya anotados, pero nacidos con posterioridad a la opción.

5.º Aunque esto no sea una consecuencia rigurosa de considerar el derecho de opción como real, parece que, dada la mayor vitalidad del derecho real *erga omnes*, deben considerarse como no existentes las hipotecas y cargas inscritas con posterioridad a la opción. Parece ésta mejor solución que la de Wieland, de descontar su valor del precio de compra señalado al constituir la opción, pues ya indicamos que esto no garantiza plenamente la finalidad

del titular de la opción (como un derecho real debe hacerlo frente a todos) que quiso poder comprar en un momento dado el inmueble tal como estaba, no completamente desfigurado por servidumbres, por ejemplo, de paso, *altius non tollendi*, etc., que lo dejen completamente inservible para su objeto. Huc afirma que la opción es una oferta de venta, a la que falta la aceptación, mediando sólo la aceptación del compromiso del vendedor de mantenerla, de suerte que cuando el comprador acepte el contrato definitivo, surge éste con efecto retroactivo, desde el momento de la oferta, trasladando desde entonces la propiedad, con anulación de las enajenaciones y gravámenes en el intervalo concedidos por el vendedor. Aunque esta noción de la opción sea combatida por Gayoso, los efectos que de ella deriva Huc de anulación de los gravámenes (y desde luego, enajenaciones), parecen los más apropiados, si se considera la opción como un derecho real.

6.º Tampoco parece compatible con la naturaleza de un derecho real, que no pueda ejercitarse la opción por el mero hecho de que cualquiera transforme el inmueble o edifique, como afirman Rossel y Mentha. Desde luego, resulta muy fuerte que el titular de la opción sobre un solar se quede, de propina, con una magnífica casa edificada en él; aunque también podría alegarse que no hubiesen construido, pues ya conocían la opción, y que la intromisión del edificante no puede obligar a nadie a hacer desembolsos superiores a lo que previó al contratar, y que tal vez no esté en posibilidad de hacer. De esta opinión parece ser la Dirección general de los Registros, que en su resolución de 28 de Enero de 1927 da como una de las razones para no admitir un tanteo especial, con precio fijado de una vez para siempre, «los vínculos que impondría a la propiedad *frenando las mejoras* y estimulando el abandono de las fincas». Y también viene a sumarse a ella Gayoso, puesto que sólo da al propietario del inmueble los derechos reconocidos al usufructuario en los artículos 487 y 488 del Código civil, de compensar los desperfectos de los bienes con las mejoras y retirar éstas, si fuere posible hacerlo, sin detrimento de los bienes.

Pero no creemos necesario optar entre los dos términos del dilema que plantean Rossel y Mentha. Nos parece más equitativo un término medio. Que se mantenga siempre el derecho del titular

de la opción a adquirir el inmueble, cualquiera que sean las transformaciones y construcciones. Pero para evitar el enriquecimiento indebido se le obligue a indemnizar, pudiendo, por analogía, aplicarse los artículos 453 y 454 del Código civil, en cuanto regulan el abono de los gastos hechos por un poseedor de buena fe.

Hemos intentado exponer la diversa regulación y efectos, bien diferentes, de la opción, según sea de una u otra naturaleza. Hay ahora que descender al terreno de los hechos y preguntarse: ¿En España, el derecho de opción es personal, real o personal con efectos reales?

Creemos, como Roguin afirma en su obra *La règle de droit*, que el que un derecho sea personal o real depende de la voluntad del legislador, que si impone una obligación pasiva universal mandando a todos que respeten mi derecho, lo convertirá en real, y si no la impone, mi derecho quedará reducido a personal; según se ve claramente en el arrendamiento que cuando está inscrito manda la ley que lo respete todo el mundo, y es real, y cuando no lo está no deben respetarlo los posteriores adquirentes del fundo, y es sólo personal. Pero en España ni la legislación ni la jurisprudencia han declarado de qué clase sea el derecho de opción, y para determinarlo no nos quedan más que tres criterios:

Procurar adivinar el pensamiento del legislador y la jurisprudencia, manifestado más o menos incidental e indirectamente.

Deducir de la misión de la opción, de los fines que normalmente se proponen los contratantes, si es más conveniente la regulación correspondiente a los derechos reales, personales o personales con efectos reales por la anotación.

Y, finalmente, estudiar la opinión de los autores españoles como criterio de autoridad.

¿Qué concepto tiene el legislador de la naturaleza del derecho de opción?

Del párrafo 12 del artículo 9 del Reglamento del impuesto de derechos reales parece deducirse que la ley considera el derecho de opción como real. Dice: «La constitución o la transmisión a título oneroso del llamado derecho de opción a la compra o arriendo de minas u otros bienes inmuebles, satisfará el impuesto en las mismas condiciones que la transmisión de dichas clases de bienes, sobre la base de la prima convenida.»

Aunque en las contestaciones a los programas de oposiciones, a la pregunta «Fundamento del impuesto de derechos reales», suele responderse que el fundamento es la penuria del Tesoro, siempre nos pareció tal respuesta un poco anodina, porque por mucha que sea la penuria del Tesoro, a nadie se le ha ocurrido todavía señalar como base contributiva los estornudos o los bostezos, pongo por caso. Algún fundamento ha de haber para tal impuesto, y creemos, con Flora, que es el beneficio que logra el contribuyente al contratar, el lucro que obtiene, o espera obtener, del acto; la posición superior en que se coloca.

Ahora bien; el Reglamento del impuesto considera que es mayor el beneficio que se obtiene de un derecho real que de uno personal, y grava más aquéllos que éstos. Ya tenga en cuenta que el derecho real es de suyo, y por regla general, algo que perdura, algo indefinido o, al menos, de larga duración; fuente permanente de ventajas, mientras los derechos personales son algo transitorio, que suelen extinguirse al cumplirse; ya tenga en cuenta la eficacia limitada del derecho personal frente al real de más volumen, que se da *adversus omnes*: ya se funde, más prosaicamente, en que los derechos reales, por su mayor importancia, buscan el documento público y el Registro de la Propiedad, y, por tanto, no se evaden a la acción fiscal aunque se recargue el tipo, mientras que los personales, que se acogen frecuentemente al documento privado, escaparían si se les gravase como los reales; lo cierto es que basta ver la tarifa en sus números 5, 7, 20, 26, 48, 49 y 53 para observar que los derechos personales tienen un tipo de tributación mucho más bajo que los reales.

Por tanto, al aplicarse a la opción el tipo del 4,80 por 100 como los derechos reales, es que se le considera real. ¿Sería justo que la opción sobre inmuebles satisficiera el impuesto «en las mismas condiciones que la transmisión de dicha clase de bienes», si lejos de poder en cualquier tiempo el titular de la opción convertirse en dueño, perdiese toda esperanza por la enajenación del dueño gravado, o aunque sólo fuese por la edificación o transformación, o tuviese que sufrir cualquier servidumbre? Cuando paga lo mismo que un derecho real, es que debe serlo y con plenitud de efectos.

También el artículo 421 del Estatuto municipal parece considerar la opción como derecho real. «No obstante lo previsto en el

artículo 415—dice—y siempre que el propietario otorgare a favor del Ayuntamiento de la imposición una *promesa de venta* por precio menor del que resulta de capitalizar a la tasa de interés aplicada en la declaración la suma de la base del arbitrio y de la renta catastrada, o, en su caso, del líquido imponible, con los aumentos prescritos en aquel artículo, se reducirá, por todo el tiempo que fuere válida aquella promesa, la base del arbitrio en una cantidad igual al importe de los intereses de la parte rebajada en el precio, computados a la misma tasa.

»... La transmisión del dominio de una finca cuya base de imposición estuviere reducida en las condiciones de este artículo, *no lleva aparejada la cesación del beneficio, entendiéndose legalmente subrogado el adquirente en las obligaciones del causante*, a tenor de los preceptos de esta sección y en razón de la rebaja, salvo que el nuevo dueño manifestase por escrito al Ayuntamiento, dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que fuera perfecto el acto o contrato translativo del dominio, su voluntad en contrario.»

Es decir, que si un propietario quiere ver reducido determinado impuesto, otorga una opción de compra de la finca gravada a favor del Ayuntamiento, y esta opción *puede ejercitarse contra los posteriores propietarios*, salvo el caso que se menciona.

¿Y la jurisprudencia? La Dirección general de los Registros podría señalarse como adversa a admitir el derecho de opción como real, en cuanto partidaria de la teoría del *numerus clausus* de derechos reales. Si hay en España *numerus clausus* de derechos reales, huelga pensar si lo será el de opción, pues no está entre los expresamente admitidos y regulados, y queda fuera del número. Y una resolución de 28 de Enero de 1927 parece inclinarse al sistema del *numerus clausus*, puesto que como razón, entre otras, para no admitir un especial derecho de tanteo, da «el silencio de nuestra legislación hipotecaria sobre tal *preemptio*». Comprendemos que no se admita un derecho real extravagante, sin contenido económico, que desentone en el sistema de los admitidos por nuestra legislación. Pero si un derecho real llena una necesidad no sentida en épocas menos industriosas y agitadas, y no es más, como el de opción, que una desintegración de las facultades dominicales, ¿por qué no admitirlo? Parece que quien puede hacer

lo más, puede hacer lo menos, y si yo puedo desprenderme totalmente de mi finca, ¿no podré, mediante un precio, quedarme con ella por ahora, aunque mis causahabientes y yo estemos expuestos a tener que venderla por un precio fijado, si así quiere el titular de la opción? De un modo semejante puedo lanzar a la circulación una finca afecta a una condición resolutoria, aunque sea caprichosa. Y el pacto de retraer, siquiera sea anejo a una venta, es, en esencia, una opción a favor del vendedor.

Probablemente los Tribunales de justicia no se mostrarán propicios a una aplicación rigurosa del sistema de *numerus clausus* de derechos reales.

Misión, fin de la opción.—Las opciones son, al menos en otros países, una operación sumamente usual. Un arrendatario consigue de su arrendador, al tomar el arriendo, una promesa de venta. Otra aplicación: uno quiere adquirir una cosa, pero de momento no se decide hasta poder conocer bien sus condiciones, lo que requiere tiempo, como en las minas, o hasta saber si contaría con capitales para la explotación. Una Sociedad inmobiliaria quiere levantar edificios en un terreno cuya propiedad está fraccionada entre muchos propietarios, y se hace otorgar por cada uno de éstos separadamente una promesa de venta, que transformará en venta firme el día en que estén reunidas todas las condiciones de su operación. Un propietario de fábrica se reserva el derecho de comprar el fundo vecino por un precio dado para poder ampliar sus establecimientos. En todos estos ejemplos, tomados de los autores (Collin y Capitant, Wieland, Gayoso), se observa que el titular de la opción tiene un interés eventual, pero decidido en llegar a ser propietario del inmueble gravado que ha de ser base de sus operaciones y negocios. No quiere una indemnización: quiere el inmueble. Aparte de que ¿quién sería capaz de averiguar cuanto deja de ganar, por ejemplo, un hotelero que no puede ampliar su hotel cuando su marcha próspera lo exige? Creemos que la solución de considerar la opción como un mero derecho personal debe ser descartada, pues además de servir de bien poco entonces la opción a su titular, embarazaría más al gravado, que no podría vender el inmueble sin verse expuesto a pagar indemnizaciones, de muy difícil evaluación y tal vez formidables.

Pero el titular de la opción no sólo quiere verse dueño del in-

mueble, sino que lo quiere libre y desembarazado, apto para sus fines y negocios; parece, por tanto, que debemos inclinarnos a considerar la opción como un derecho real de plenos efectos, y que las hipotecas y gravámenes inscritos después de la opción no deben perjudicar a su dueño, así como no deben paralizar su acción las construcciones o transformaciones en el inmueble. Se dirá que entonces queda atado el deudor y la propiedad estancada; pero creemos que cuando éste ha consentido en la opción, puede decirse que ha dejado de ser propietario, y ya lo habrá hecho a buen precio; en efecto, ya no se lucrará con la plus valía de su inmueble, no puede establecer en él ningún negocio sólido y durable, ni encontrará arrendatarios que lo hagan, amenazado con la espada de Damocles de la opción; frente a eso, ¿qué importancia tiene que para constituir servidumbres que duren, haya de ponerse de acuerdo con el titular de la opción?

Opiniones de los autores españoles.—Son bien distintas.

Ossorio dice que es un derecho real, y claro está que inscribible, fundándose en el artículo 605 del Código civil, el 1 y el 2, número 1.º de la ley Hipotecaria, y, sobre todo, el 14 del Reglamento hipotecario. Pero los derechos reales de Ossorio son un poco especiales, porque afirma que si el optatario (el gravado con la opción) vende la cosa, el optante no puede oponerse, con lo cual no vemos por ningún lado los efectos reales de la opción. «¿Ha de perjudicarse—dice—el derecho del comprador que contrató sin tener conocimiento de aquella circunstancia (la opción)? ¿Se sacrificará un contrato real y consumado a otro simplemente preparatorio?» Son razones sentimentales muy dignas de tenerse en cuenta, pero si es un derecho real, debe darse *adversus omnes*, y en cuanto a la falta de conocimiento, precisamente está el Registro para destruirla.

Ríos Mosquera, aunque titubea acerca de si es derecho real o personal, por fin parece inclinarse a que es real, puesto que permite su inscripción.

Gayoso afirma rotundamente que es personal. «A los sucesos singulares en la cosa—dice—sí que no afecta tal carga (la opción), como se deduce del artículo 1.257 y del 1.091, según el que la fuerza de ley de los contratos se limita a las partes.» Según él, no producen ni trasladan, las opciones, el derecho (para lo que

sería necesaria la tradición), que ¿dónde está aquí? Son promesas de un contrato futuro del que nacerán derechos reales, pero no de ellas, que son un mero contrato preparatorio.

Inscripción.

A) Si son derechos personales, huelga hablar de su inscripción. Se opondría el artículo 18 del Reglamento hipotecario, a cuyo tenor la obligación de ejecutar en lo futuro algún acto inscribible no está sujeta a inscripción. Sin embargo, Gayoso se preocupa de meter en el Registro, si no el derecho de opción, su garantía. Menciona el consejo de Planiol, de constituir una hipoteca sobre la cosa misma prometida, para la seguridad de la indemnización debida, en caso de venta por el optante, al optatario; pero como esto no garantiza la obtención de la cosa misma, que es de lo que se trata, aconseja llegar a ello indirectamente fijando una fuerte pena que moviese al promitente a estar a lo pactado y garantizándola con hipoteca.

«Creemos también—añade—que cabe una prohibición de enajenar pactada en la opción con carácter real, lo que significaría una participación en la facultad de disponer otorgada al optatario en términos que sólo con él, con su consentimiento, pueda disponer el dueño; esto lo permite esa misma facultad, que no tiene otros límites que los señalados en las leyes (art. 348), donde no se halla éste, y el principio de libertad de contratación escrito en el 1.255... Ello equivale a un cierre del Registro...»

No estamos conformes con esta última afirmación, puesto que la Resolución de 14 de Abril de 1921, dice en su considerando tercero: «Considerando que las prohibiciones de disponer pueden ser absolutas, es decir, acreditar una situación jurídica negativa que, según la inscripción, parece perjudicar al titular de un derecho real sin mencionar la persona o personas a quien favorece, o limitadas, es decir, establecidas a favor del mismo transferente para que pueda ejercitar más provechosamente una acción, o de otras personas designadas o indicadas, conocidas o determinables, a quienes se reserva un derecho; y mientras las primeras impiden la entrada en el Registro de los actos o contratos expresamente

prohibidos, *no deben las segundas producir*, «ipso jure», *el cierre de los libros* ni la nulidad de las enajenaciones realizadas o gravámenes constituidos en cuanto aprovechen o no perjudiquen a la relación jurídica indirectamente protegida.» Se pretendía inscribir la hipoteca de una finca que, al adquirirla los hipotecantes, por compra mediante precio aplazado en gran parte, se pactó expresamente, y así constaba del Registro, la prohibición de todo acto de gravamen y de enajenación del inmueble, mientras los adquirentes no hubiesen satisfecho completamente el precio de la venta; y la Dirección, fundada, entre otros, en el considerando transcrito declara la finca hipotecable, bordeando el pacto, siempre que la solución permisiva «deje a salvo—dice en otro considerando—los intereses garantizados por la inscripción, ya que el antiguo acreedor no debe ser perjudicado por el nuevo gravamen, y en su día los Tribunales pueden ampararle, estimando su preferencia y el conocimiento de tercero». También la resolución de 15 de Enero de 1918, oponiendo las prohibiciones de enajenar judiciales y legales, a las que arrancan de una convención, declara que el espíritu de las leyes desamortizadoras, latente en el Código civil, impide, por regla general, la colocación de los inmuebles fuera del comercio de los hombres y el cierre del Registro de la Propiedad. No parece, por tanto, muy aventurado concluir, por analogía, que esa prohibición de enajenar que quiere Gayoso que se inscriba, no impediría la inscripción de enajenaciones posteriores, no cerraría el Registro. En cambio, como en la inscripción constaría que ese pacto se convenía en garantía de la opción, parece que «estimando su preferencia y el conocimiento del tercero», como dice la Resolución de 14 de Abril de 1921, los Tribunales ampararían al titular de la opción contra todo posterior adquirente. Es decir, que este pacto de no enajenar no sería más que un rodeo complicado para conseguir los resultados naturales de la opción, de dársele efectos reales.

B) La anotación, como en Suiza, sería el medio de dar entrada en el Registro a la opción si fuese un derecho personal al que, registrándole, se le diesen efectos reales. Esta es la solución ecléctica a la cual tiende uno, naturalmente, al verse solicitado por opiniones contrarias. Parece también temerario, cuando en Francia es un mero derecho personal y en Suiza lo mismo, aunque con

efectos reales por la anotación, querer ir más allá que nadie, y decir que es un derecho real y, como tal, inscribible. Pero esta solución ecléctica de la anotación tiene en España un grave inconveniente. Y es que aquí sí que hay *numerus clausus*. El artículo 42 de la ley Hipotecaria, después de enumerar nueve casos de anotación, con ninguno de los cuales tiene analogía la opción, concluye que podrá también pedir anotación preventiva. «Décimo. El que en cualquier otro caso tuviera derecho a exigir anotación preventiva, conforme a lo dispuesto en ésta o en otra ley.» Y ni la hipotecaria ni ninguna otra ley autoriza al titular de la opción a pedir anotación de su derecho.

C) *Inscribible como derecho real*.—Así opinan Ossorio y Ríos Mosquera, aunque sus razonamientos no sean muy convincentes; el primero, sobre todo, declara con absoluta certidumbre que es inscribible; pero es porque parte de la base de que es un derecho real y eso lo da por sentado gratuitamente.

Nosotros creemos que, al menos, como pacto anejo a otro contrato inscribible, por ejemplo, un arriendo de minas con opción a compra, no hay duda de que la opción puede inscribirse. El Registrador, al inscribir, no define los efectos del pacto, y creemos que algún efecto hipotecario producirá; por lo menos, un efecto análogo a los pactos de no enajenar; los Tribunales, estimando la preferencia del titular de la opción y el conocimiento del tercero, parece que han de ampararle contra los posteriores adquirentes. Y en tal forma de pacto anejo a otro contrato puede decirse que lo estamos inscribiendo cada día. El pacto de retro viene a ser una opción, puesto que permite a una persona adquirir un inmueble por un precio fijado de antemano, de cualquier poseedor.

Ahora, inscribir la opción por sí, desligada de otro contrato cualquiera, como derecho real, perfecto e independiente, es cosa más fuerte.

Si se presenta algún caso, no cabe la consulta al Juez delegado, presidente de Audiencia y Dirección en su caso, puesto que la calificación es asunto privativo nuestro (artículo 354 del reglamento). Tampoco de antemano, y con carácter genérico, creemos (conforme al mismo artículo y al 276 de la ley) pueda consultarse acerca de la inscripción de la opción, pues las consultas han de limitarse a las dudas acerca de la inteligencia y ejecución de la ley,

del reglamento y disposiciones dictadas para su aplicación, y el derecho de opción no es ni rozado por ninguno de los preceptos contenidos en toda la reglamentación hipotecaria.

Personalmente nos inclinamos a la inscripción de la opción como derecho real independiente, a no ser que resulte clara la voluntad de las partes de no darla efectos reales. Pero carecemos en absoluto de competencia para definir.

Indudablemente, la admisión del derecho de opción como real e inscribible, daría lugar a muchos problemas. Así, el de su duración; una traba tan fuerte de la propiedad no puede durar indefinidamente. En Suiza hay el plazo máximo de diez años, y este es el plazo de nuestro retracto convencional que tiene alguna analogía con la opción. Ya hemos aludido a los otros problemas (mejoras, edificaciones, hipotecas y servidumbres constituídas posteriormente) que la opción trae consigo. Pero como dicen Rossel y Mentha: «El derecho de opción responde a las necesidades de nuestra época, embriagada de industria y de especulación. Durante mucho tiempo la tendencia fué simplificar el derecho; podemos constatar que esa tendencia desaparece, y que el derecho moderno, fiel imagen de la civilización, no teme complicarse.»

JESÚS SALDAÑA

Registrador de la Propiedad.