

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
JURIDICO Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXVII

Abril 1951

Núm. 275

El pacto de opción y el derecho que origina (*)

EL DERECHO REAL DE OPCIÓN: FUNDAMENTO, CARACTERES, CLASES,
CONTENIDO.—SU INSCRIPCIÓN REGISTRAL

Fundamentos.—Fundamentos de orden práctico podrían aducirse muchos para el derecho real de opción: tantos como formas de manifestarse pueda tener éste. Pero si queremos encontrar un fundamento práctico de alcance general, no sabríamos indicar otro que la ventaja de que la propiedad inmueble caiga en manos de quien ha de obtener de ella el mejor rendimiento posible, puesto que el optionario no se decide a comprar hasta que no se cerciore de la total conveniencia de la adquisición, de la claridad en la formalización del título transmisivo de los derechos de los que tras causa, y se encuentra seguro de sus propios medios para aprovechar hasta el máximo la cosa objeto de su futuro derecho.

Siendo el derecho de opción un derecho limitativo del dominio, su fundamento está en el dominio mismo del propietario, quien siendo titular de la facultad de disponer libremente de la cosa, de la misma manera que puede enajenar su finca, o gravarla con servi-

(*) Véanse los números 273 y 274 de esta Revista.

dumbres, o garantizar con ella un crédito, puede también sujetarlo a una opción, reteniéndola de momento, aunque quedando él y sus causahabientes expuestos a tener que venderla por un precio fijado si así lo quiere el opcionario. Ello por la sencilla razón —que apunta SALDAÑA— de que quien puede lo más, puede lo menos (87). Por eso llamaba OSSÓRIO al pacto de opción «pacto sobre la libertad».

Pero, sobre todo, el fundamento de la existencia de un derecho real de opción está, sencillamente, en su mayor utilidad. Como decía SALDAÑA, al hablar de la finalidad de este derecho, es preciso que el opcionario no quede indefenso ante el incumplimiento. El no quiere indemnizaciones: quiere el inmueble. No es valuable una indemnización para unos cálculos preparatorios que se han venido haciendo durante el plazo de la opción y que luego se han derrumbado. Es preciso reconocerle, al menos, cuando las partes consientan en dársele, una perseguibilidad *erga omnes* y una protección de la fe pública registral.

Requisitos constitutivos de forma.—Desde luego, en principio, y a tenor del artículo 1.280 del Código civil, en relación con el 144 del Reglamento Notarial vigente, deberá constituirse este derecho en instrumento público cuya forma será la de escritura.

Esto en cuanto a las partes.

Pero para producir efectos contra tercero, además de constar en escritura pública, debe inscribirse en el Registro de la Propiedad, según el número 2 del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria. El artículo 14 del Reglamento Hipotecario exige sobre el particular, en su regla primera, convenio expreso de las partes para que se inscriba. LA RICA entiende que, por esta circunstancia, la naturaleza real del derecho de opción, es de constitución registral. Sin embargo, como ya se dijo en otro lugar, aunque para los efectos de la fe pública registral fuera necesario este requisito, el derecho de opción aun no inscrito, podría tener plena validez real entre las partes y frente a terceros que no hubiesen inscrito su derecho (88).

Efectos. a) *Inter partes.*—Este derecho de adquisición, siendo real, es *erga omnes* y su ejecución se dirige a la adquisición de la

(87) SALDAÑA: Ob. cit., págs. 747 y 748.

(88) Pues hay que pensar que de admitirse la posición del señor LA RICA, poco menos que todos los derechos reales tendrían esta naturaleza por su inscripción en el Registro, que sería constitutiva para todos.

cósa, por el precio convenido, de la persona que la tenga en su poder en ese momento. Si el derecho de opción no está inscrito, estos efectos reales regirán tanto entre las partes como frente a terceros posteriores adquirentes que tampoco hubiesen inscrito; de los que se reclamará la cosa mediante acción real. Este tercer adquirente, conocedor del gravamen que pesaba sobre la cosa, ya habrá adquirido el inmueble más barato por esta causa, compensándole la diferencia de precios, del riesgo de verse, dentro de un plazo dado y por el precio fijado, privado de su propiedad. Y si no conocía la existencia del gravamen, por no habérsela notificado el propietario anterior, tendrá contra éste una acción personal por evicción.

WIELAND, que sigue el sistema suizo de considerar la opción como *ius ad rem*, opina que el titular del derecho de opción debe sufrir los efectos de hipoteca y otros derechos reales constituidos por el deudor; sin embargo, su valor debe deducirse del precio de compra anotado en el Registro. De este modo quedan a salvo los intereses del titular de la opción, aunque, como dice SALDAÑA, muy imperfectamente, pues el interés del opcionario por la cosa (89) es para dar a ésta un destino, que tal vez se haría imposible o resultaría muy perjudicado, como, por ejemplo, en el caso de que el inmueble viniera gravado por una servidumbre, hasta el punto de que el quebranto sufrido en la finalidad proyectada por la cosa, podría no compensar la rebaja de su precio de adquisición. «El opcionario —dice este autor— no sólo quiere la propiedad del inmueble; quiere también que éste se halle libre y desembarazado; apto para sus fines y negocios. Parece, pues, que debemos inclinarnos a considerar la opción como un derecho real de plenos efectos, y que las hipotecas y gravámenes inscritos no deben perjudicar a su titular. 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 plusvalía de su inmueble, ya no puede establecer en él ningún negocio sólido y durable, ni encontrará arrendatarios en estas condiciones. Frente a esto, ¿qué importancia tiene que para constituir servidumbres que duren haya de ponerse de acuerdo con el titular de la opción?»

En el sistema suizo, aunque sea la opción un derecho personal,

(89) SALDAÑA: Ob. cit., pág. 740.

por la anotación sus efectos son tan enérgicos como los de un derecho real. ROSSEL y MENTHA, en su *Manuel de Droit Civil suisse* (citado por SALDAÑA), y con respecto a las transformaciones hechas en los bienes inmuebles sujetos a opción, creen que el precio fijado no se mantendrá hechas estas transformaciones, edificaciones, etc., pues esto sería demasiado fuerte, aunque en realidad, la constitución de la opción supone condición tácita de mantener el estado actual del inmueble, por lo cual variarlo supone atacar los derechos del opcionario, pues no puede ejercerlos más que sobre el estado primitivo del inmueble, pero deberá daños y perjuicios. Critica SALDAÑA esta solución (90) por la dificultad en apreciar la importancia de las innovaciones hechas, que además pueden ser un medio de acción para la mala fe del propietario.

Siendo la opción derecho real—prosigue SALDAÑA— a) se opondrá a cualquier propietario del inmueble; b) el propietario gravado podrá vender lícitamente el inmueble; c) la opción que se adquiriese e inscribiese se adquiriría originariamente: el inscribiente sería tercero. d) La fecha de inscripción de la opción determinaría su rango hipotecario con preferencia a todo derecho no inscrito o anotado y a los personales y anotados, pero nacidos con posterioridad a la opción; e) deberán considerarse como no existentes las hipotecas y cargas inscritas después de la opción. La razón de ello es que quien quiso poder comprar el inmueble en un momento dado, lo quería tal como estaba, no completamente desfigurado por servidumbres, ya sean de paso, *altius non tollendi*, etc., que lo dejarían totalmente inservible para su objeto. Huc afirma que la opción es una oferta de venta en la que falta la aceptación del compromiso del vendedor de mantenerla; de suerte que cuando el comprador acepte el contrato definitivo, surja éste con efecto retroactivo; desde el momento de la oferta, trasladándose desde entonces la propiedad con la consiguiente enajenación de las condiciones y gravámenes concedidas en el intervalo por el vendedor. Negando, como nosotros, esta concepción, que ya se criticó sobre otros autores, SALDAÑA estima, sin embargo, estos efectos los más apropiados, si se considera la opción como un derecho real.

Criticando este autor la opinión de ROSSEL y MENTHA (citada pocas líneas supra) referente a las mejoras en los inmuebles sujetos

(90) SALDAÑA: Ob. cit., págs. 742, 743 y 747.

a opción, cree que la opinión de los tratadistas helvéticos, en lo que afecta a la transformación, no parece compatible con la naturaleza de un derecho real. Por fuerte que parezca el derecho a quedarse con el edificio puede alegarse que también los terceros sabían que habría opción, y que la intromisión del edificante no puede obligar a nadie a hacer desembolsos superiores a los que previó al contratar, y que tal vez no esté en posibilidad ni en conveniencia de hacer. La D. G. de los Registros, en su resolución de 28-1-1927, 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. GAYOSO es del mismo criterio, pues 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 retirarlas, si fuera posible hacerlo, sin detrimento de los mismos. SALDAÑA no cree necesario plantearse el dilema de ROSSEL y MENTHA, creyendo que la solución está en un justo término medio de mantener siempre el derecho del titular de la opción a adquirir el inmueble, cualquiera que sean las transformaciones y construcciones, pero para evitar el enriquecimiento injusto debe ser obligado a indemnizar, aplicando por analogía los artículos 453 y 454 del Código sobre abono de gastos hechos por un poseedor de buena fe.

Sin embargo, tampoco estimamos que sea esta una solución a la dificultad del opcionario. El mismo inconveniente que representa para él el encontrarse con el inmueble en un estado distinto al que tenía cuando se constituyó la opción, y con unas transformaciones que le impiden o embarazan era dedicarle a la finalidad que se proponía, y que tal vez le acarreen nuevos gastos para devolver la cosa a su primitivo estado; lo representa también en el caso de que estas transformaciones no sean para él un impedimento o estorbo, el tener que sumar al precio de la cosa, el de la indemnización por dichas transformaciones que le supondrían un nuevo desembolso; con el que no contaba ni tenía por qué contar en realizar.

Però imagínese la situación de opcionario que se encuentra, cuando se decide a hacer uso de su derecho; con unas transformaciones que ni deseaba ni esperaba; que le son perjudiciales para los proyectos de destino de la cosa, y que, además de suponerle unos gastos

de destrucción, todavía tuvieran que indemnizar al propietario por aquella refacción inútil. Esto es absurdo. Pero también es absurdo e injusto que, ante estas dificultades haya el opcionario de renunciar a su derecho, por mucha indemnización que se le dé a cuenta de los perjuicios que le reporte esta renuncia; primera, porque esto es imposible, cuando su derecho sea de carácter real, y, segundo, por la difícilísima evaluación de estos perjuicios, que serían fuente de nuevas discordias y disensos. Si a ésto oponemos que tampoco es justo que el opcionario adquiera las transformaciones por el precio primitivo del inmueble, invocando el principio del enriquecimiento sin causa, no tenemos más que una salida: buscar para ésto una solución especial. Y esta solución no puede preverse íntegramente desde fuera.

Si las mejoras o transformaciones pueden retirarse sin detrimento del inmueble, que las retire el propietario, pues no se ha consumado la accesión. Si son retirables con perjuicio de la cosa principal, suponga o no destrucción de la cosa incorporada, que las retire también, reparando los daños a su costa. Si se demostrase que las transformaciones no sólo no eran embarazosas, sino que tenían el concepto de expensas necesarias e incluso procedentes y en beneficio para el destino a que el opcionario pensaba dedicar la cosa, éste pagará el precio de las mismas y no procederá en su favor indemnización alguna, aunque siempre podría alegarlas como causa de rescisión o revisión judicial del contrato, invocando la cláusula *rebus sic stantibus*.

Pero todo; como decimos, ofrece insuperables dificultades para ser regulado desde fuera y sólo deberán tenerse estas normas como subsidiarias en caso de no haberse acordado nada sobre el particular en el momento de la constitución del derecho. En este momento es donde está la verdadera y única solución, y debiera regularse no una lista casuística de supuestos con sus difíciles soluciones, sino un precepto general que ordenara a las partes, en el momento de concertar un negocio con cláusula de opción, que redactaran unas capitulaciones sobre el régimen de transformaciones y mejoras que, en el interregno que el plazo va a poner entre el momento inicial del acuerdo y el último momento en que éste pueda convertirse en contrato eficaz, conjunto de obligaciones exigibles. Así, estableciendo, en evitación de futuras contiendas, la obligación de declarar la cla-

se de destino que se proyecta dar a la cosa; acordándose prohibiciones o limitaciones de transformar, o al menos, convenir lo que se hará de cada clase de estas transformaciones en el momento de ejercitarse el derecho, la cuestión recibiría toda la claridad que desgraciadamente le falta. El opcionario y el concedente sabrían ya a qué atenerse, y el juicio sobre la buena fe de su conducta sería con ello fácilmente formulable cuando hiciera falta decidir contra posibles reclamaciones por lesión o por incumplimiento.

De todas formas, y en plazo subsidiario, creemos posible aplicar el supuesto de ausencia de titulación de los contratantes, la prevención con que recoge el artículo 61 de la Ley Hipotecaria, que con referencia a la anotación preventiva de créditos refaccionarios, en el supuesto de fincas gravadas, impone el acuerdo de los titulares de los derechos reales en cuestión, sobre la «necesidad de la obra» y «cuantía» de la misma. Hay base para opinar que en el supuesto de un derecho real de opción, también el propietario que quiera hacer obras de refacción, tanto con capital propio como ajeno, ha de requerir al opcionario para que preste su conformidad sobre la necesidad y cuantía de la obra.

B) *Frente a tercero*.—Estando inscrito el derecho real de opción, los efectos del mismo respecto de tercero serán los generales y propios de toda inscripción de derecho real, que ROCA SASTRE sintetiza de la forma siguiente:

a) El derecho de opción afectará a todos los propietarios de la finca objeto del mismo, así como a todas aquellas personas que posteriormente hayan adquirido algún derecho real sobre ella. Son los efectos *erga omnes* propios de todo derecho real, robustecidos por su inscripción en el Registro. Aunque implícitamente la constitución de un derecho real de opción implique para un propietario concedente una abstención de enajenar la cosa aceptada, no obstante, si la enajena, no por ello queda extinguido el derecho de opción con la consiguiente indemnización de perjuicios, sino que la enajenación es válida, pero el titular del derecho de opción puede exigir del nuevo propietario, quien quiera que sea, que le transmita la finca o derecho objeto de la opción, procediendo judicialmente en caso de resistencia. En cuanto a los gravámenes constituidos después de la inscripción, resultarán ineficaces frente al titular de la opción pudiéndose obtener su cancelación.

b) En cuanto al posible adquirente o cesionario del derecho real de opción, cuando se considere constituido como transmisible, la inscripción del mismo producirá los efectos propios de la fe pública registral, o sea, que se presumirá existente el derecho de opción en beneficio del adquirente siempre que dicho cesionario reúna los requisitos exigidos para la protección en el Registro dispensa a terceros (artículo 34, L. H.).

El titular de la opción inscrita podrá, pues, ejercitar su derecho—dice LA RICA (91)—frente a quien *pro tempore* sea dueño de la finca; siempre que lo ejerce dentro del plazo y en las condiciones constatadas por el Registro. No estando inscrito el derecho real de opción, y, por consiguiente, careciendo ésta de la publicidad que le presta su inscripción en el Registro, el propietario concedente tendrá la obligación, al enajenar el inmueble a un tercero, de prevenirle de la existencia de ese gravamen; porque si el tercero no inscribe su propiedad y el oponible ejerce contra él su derecho, como el adquirente no tiene la consideración de tercero hipotecario, sino de parte obligada, y entre las partes los efectos de un derecho real se producen aunque no esté inscrito, se verá aquél privado de su propiedad por el precio de la opción, teniendo entonces acción personal contra el concedente que le transmitió el inmueble.

En lo que respecta a la protección del derecho real de opción no estando inscrito éste, tiene de todos modos efectividad entre las partes puesto que en nuestro sistema, los derechos reales nacen fuera del Registro, que sólo tiene, inter partes, una función declarativa. De la misma forma es ejercitable frente a terceros que no hayan inscrito su derecho o no lo hayan adquirido de buena fe, o lo hayan adquirido a título gratuito, casos todos no comprendidos en la protección *iuris et de iure*, el principio de la fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y que tendrán su protección en las acciones reales interpuestas en juicio ordinario de la cuantía correspondiente.

Si figurase inscrito en el Registro, no tratándose de una prohibición de enajenar, el propietario de la finca, igual que en el caso anterior, puede, como sabemos, válidamente enajenarla, pero el derecho del tercer adquirente que reúna los requisitos de tercero hipotecario.

tecario y que en el supuesto anterior sería inatacable, vería en éste resolverse su derecho a favor del titular inscrito de la opción, por el ejercicio de la acción resolutoria que según el art. 37, núm. 1 de la L. H., será ejercitable incluso contra tercero protegido cuando «deba ser su origen a causas que consten explícitamente en el Registro». Cuando el tercero no haya inscrito su derecho, podrá el titular de la opción inscrita actuar contra él por el procedimiento ejecutivo del artículo 41 de la misma Ley Hipotecaria.

La opción y el Registro de la Propiedad.—La inscribibilidad de la opción venía siendo defendida desde antiguo. OSSORIO y GALLARDO (92) y CAMPUZANO (93), decían que la opción sobre inmuebles debía inscribirse en el Registro como una limitación de la facultad de disponer.

Sin embargo, también tuvo esta opinión contradictores. GAYOSO, por ejemplo, no admitía —reacio a la configuración real de la opción— esta inscribibilidad, alegando que a su modo de ver no existía tampoco modificación alguna de las facultades dominicales: «no hay tradición —decía—; no hay derecho real; sólo existe un vínculo de carácter personal», y ni siquiera sería solución el pacto expreso de inscripción, porque de todas formas, no habría tradición. «Es preferible —seguía— la solución de PLANIOL, cuando se aconseja hipotecar en garantía de la obligación sobre la misma cosa prometida, lo que garantizaría la indemnización, pero no la obtención del inmueble. En todo caso, si es que se quieren esos efectos, cabría la inscripción —continúa— a través de una prohibición de enajenar, pactada con carácter real, es decir, una auto-limitación o participación del titular (sociedad de derechos) en la facultad de disponer, establecida mediante pacto, de modo que, sólo con el consentimiento del oponible pudiera disponer el dueño». Esto lo permite la facultad de disponer, según el art. 348 del Código y el principio de la libertad de contratación de 1.285 del mismo cuerpo legal y equivaldría a un cierre del Registro. Critica esta opinión SALDAÑA, porque, en Res. de la D. G. de 14/IV/1921, considerando 3.º, se expresa que «las prohibiciones de disponer pueden ser absolutas, acreditativas de una situación jurídica negativa que se

(92) OSSORIO: Ob. cit., pág. 94.

(93) CAMPUZANO: Ob. cit., págs. 394 y 395.

gún la inscripción parece perjudicar al total de un derecho real sin mencionar las personas a quienes favorece; o limitadas, establecidas en 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 iure* el cierre de los libros ni la nulidad de las enajenaciones realizadas o de los gravámenes constituidos en cuanto aprovechen o no perjudiquen a la relación jurídica indirectamente protegida». También la Res. de 18/I/1918, oponiendo las prohibiciones de enajenar judiciales y legales a las convencionales 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, pues, esa condición de enajenar inscrita —dice SALDAÑA— que impidiera la enajenación posterior; 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, 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 y contrario a la técnica para conseguir los resultados naturales de la opción, de dársele efectos reales».

ROCA SASTRE, en la edición de su obra para Registros, anterior a la reforma del Reglamento Hipotecario, señalaba también la inscribibilidad de la opción constituida en negocio jurídico y con carácter real. En esta inscripción deberían consignarse todas las circunstancias que determinen la extensión y contenido del derecho de opción. La misma opinión sustentaba DE CASSO (94).

Por fin el novísimo Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947 consagra el triunfo de la doctrina positiva, admitiéndose expresamente en su artículo 14 la inscripción de la opción, de la forma que sigue:

«Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscri-

(94) DE CASSO: Ob. cit., págs. 351 y 352.

bible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción, reúna las siguientes: 1.^a, convenio expreso de las partes para que se inscriba; 2.^a, precio estipulado para la adquisición de la finca, y en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción; 3.^a, plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años. En el arriendo con opción de compra, la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquél, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento».

LA RICA encomia la posición del Reglamento, diciendo que ha dado un paso progresivo al permitir la inscripción de la opción bajo ciertas condiciones, con lo que satisface las exigencias doctrinales y de la práctica. No impone una regla de observancia obligatoria, sino que deja al libre arbitrio de las partes el configurar su derecho, ya que como obligación personal, ya como real, al consentir su inscripción (95).

Pero ROCA SASTRE, en su última edición del Derecho Hipotecario (para Notarías), ya posterior a esta innovación, considera que el precepto del artículo 14 se refiere más bien al derecho personal que al real: a) porque de lo contrario no diría «contrato de opción» como el artículo 2 núm. 5 de la Ley Hipotecaria dice «contratos de arrendamiento», sino que consideraría el derecho de opción como comprendido entre los «otros cualesquiera derechos reales» del número 2 de dicho artículo 2, y además, porque dice que se necesita el «convenio expreso de las partes para que se inscriba», siendo así que si lo considerara real, no haría falta, porque los derechos reales son inscribibles *per se*. Luego el principio de inscribibilidad de derechos personales se ha ampliado del arrendamiento a la opción, cosa censurable —sigue diciendo—, porque bastaba con un sistema de anotación preventiva, como el suizo o cubano (96).

Sin embargo, creemos que ROCA SASTRE ha concedido excesiva importancia a una cuestión de simples imprecisiones gramaticales. La relación que señala con el art. 2 de la Ley Hipotecaria nos parece asimismo que no le da precisamente la razón, pues mientras no hace extensiva la aplicación de la regla relativa al arrendamiento

(95) LA RICA: Ob. cit., pág. 26.

(96) ROCA SASTRE: Ob. cit. (Notarías), III, pág. 28.

mediante norma general alguna, indica con ello que debe seguirse una interpretación restrictiva y un criterio de *numerus clausus* en cuanto a la inscripción de derechos personales, mientras la regla general «y otros cualesquiera reales» del número 2.º es una consagración del principio opuesto de *numerus apertus* para los derechos de esta naturaleza. Y como, siguiendo el principio del orden de rango de las disposiciones legislativas, una disposición de tipo Reglamento no puede contrariar una Ley, es de estimar que la norma del artículo 14 con todas las imprecisiones de léxico que se quiera, viene a seguir el criterio de la Ley en el número 2.º del artículo 2, y no a contradecir el espíritu del número 5.º del mismo, habiéndose de entender que si dice «contrato» es porque (los derechos reales también pueden adquirirse por contrato) (97) con ello se refiere al cuerpo material título del derecho, que entra en la oficina del Registro y recibe allí su inscripción; y si no dice «derecho», es porque después de todo los derechos, como las obligaciones, aunque se materialicen en actos y en cosas, son en sí intangibles, ideales, y han de recibir la inscripción a través del título de su constitución. El mismo Roca reconoce en otros lugares de su obra que nuestro Registro no es de *derechos* sino de *títulos*. La otra razón que alega este autor el que se diga «que las partes hayan convenido su inscripción», cuando los derechos reales son tales *per se*, es un inconveniente de mera apariencia: efectivamente, los derechos son lo que son, pero después de que las partes han acordado los efectos que quieren, puesto que su voluntad es libre (con las naturales limitaciones de protección a la buena fe) y una vez que se ha observado el derecho nacido, con todo el conjunto de sus efectos, entonces se clasifica y se dice: «este derecho es real» o «este derecho es de crédito». Hasta aquí hay que reconocer el poder de la autonomía de la voluntad para configurar los derechos como reales o como personales (mediante acuerdo sobre sus efectos; no abstractamente, sobre su naturaleza). Pues bien, no es que las partes puedan decir: «constituimos un derecho real de opción, pero no queremos que se inscriba», sino que, cuando han convenido en la inscripción, es porque han querido configurar un derecho real, y cuando no, porque han querido limitarse a los

(97) Hay que tener en cuenta que los cuerpos legales españoles, aun los más modernos, no han recogido como tampoco lo ha hecho el R. H., la distinción entre negocio obligacional y dispositivo.

efectos obligacionales de este mismo derecho. En otras palabras: El acuerdo de que se inscriba no es sino una manifestación o exteriorización de la voluntad de instituir la opción como un verdadero derecho real.

Para LA RICA, en cambio, la inteligencia del artículo 14 no parece ofrecer dificultades. En primer lugar, podrá inscribirse lo mismo cuando constituyen el objeto único de un contrato que cuando figura como pacto adjunto a otro, generalmente de arriendo o sociedad, con tal de que el contrato principal del cual la opción sea simple estipulación, tenga la consideración de inscribible. Pero en cuanto a esta última exigencia, tanto LA RICA como ROCA SASTRE están en desacuerdo con la opinión legal. Si en un contrato no inscribible —dice aquel autor— como un poder para vender, por ejemplo, se concede al apoderado un derecho de opción para comprar, debe ser también posible la inscripción como cláusula independiente. en el mismo sentido que este autor (14), cree ROCA SASTRE que el condicionamiento de que sea inscribible el otro acto o contrato, no debiera de existir, sin perjuicio de exigir que, tratándose del caso de arrendamiento, se hicieran constar en la inscripción del contrato o pacto de opción las particularidades de la duración de arriendo, a los efectos de caducidad del derecho de opción, previstos en el último párrafo del artículo 14 (98).

¿Y cuándo el acto o negocio de que sea anejo sea inscribible, pero no se inscriba?, se pregunta ROCA SASTRE. Dice el artículo 14 exactamente «que sea inscribible», no «que se inscriba efectivamente». Hay que entender, pues, con este autor, que puede inscribirse el derecho de opción en este caso. También es posible que no se inscriba la opción, y en este caso siempre podría llegar al Registro a través de la anotación preventiva de demanda en que se ejercite la acción procedente para hacerlo efectivo. Esta anotación procede, según FECED GRESA, «cuando el contrato de opción se ajuste a los requisitos exigidos para ser inscribible», sin que tampoco exija el hecho de que haya sido inscrito, ya que la fundación de la anotación preventiva de demanda es la de hacer constar en el Registro un período o instancia judicial referente a un derecho inscribible (99).

(98) ROCA SASTRE: Ob. cit. (*Notarías*), III, págs. 28-29.

(99) R. FECED GRESA: «La anotación preventiva de demanda». Conferencia en el Colegio Notarial de Valencia, 1948, pág. 35 (separata).

El convenio de las partes sobre la inscripción —dice LA RICA— ha de ser expreso, no bastando la intención de los contratantes deducida de otras cláusulas de estipulación. En cambio, no es imposible que ese consentimiento expreso, se pacte posteriormente en otro documento público adecuado. Requisito indispensable es que conste el precio estipulado para la adquisición de la finca y el convenio para la adquisición de la opción cuando éste se efectúe a título oneroso, ya que sin el primero de ellos no sería posible el ejercicio y es un dato de conocimiento necesario respecto de tercero, para que la opción quede constituida eficazmente. En cuanto al plazo, cree LA RICA que la fijación de un cuatrienio obedece a ser éste el lapso de tiempo que el Código civil atribuye al retracto convencional en el artículo 1.508, a falta de pacto expreso, si bien permite a las partes señalar un plazo no mayor de diez años (100).

Una excepción, sin embargo, admite el Reglamento a este tope de cuatro años, en los casos en que la opción sea un pacto anejo a un contrato de arriendo, en el que se podrá señalar a aquel derecho un plazo igual al que tenga de duración el arrendamiento; ahora bien, como en la nueva regulación de los arriendos rústicos y urbanos, en virtud de las prórrogas legales, de la tácita reconducción y de las paralizaciones de desahucio, estos contratos se van acercando a los tipos de censo, convirtiéndose en derechos por tiempo indefinido, dispone que necesariamente cese la opción en cuanto la prórroga comience.

Naturalmente, todos los requisitos que el artículo 14 exige para que la opción pueda inscribirse, han de hacerse constar además de los requisitos generales de toda inscripción. Y será defecto que impida no sólo la inscripción, sino la anotación preventiva, el que en la escritura no se contenga cualquiera de esos tres requisitos, y aunque pudieran considerarse subsanables para escritura posterior complementaria, lo cierto es, que hasta que no se otorgue ésta, la opción no deberá tener acceso al Registro, por no poderse considerar constituida como derecho real (101).

En cuanto a los efectos de la opción inscrita serán los propios del sistema, sin que el Reglamento los especifique, por innecesario:

(100) LA RICA: Ob. cita., págs. 28 y 29.

(101) LA RICA: Ob. cit., págs. 26 y 33.

Para ROCA SASTRE, no provoca cierre el Registro. El dueño podrá vender a otra persona la finca sujeta a opción, pero el adquirente sabrá que su adquisición queda sujeta a resolución del mismo modo que quien compra una finca con pacto de retro, tan similar en algunos puntos con la opción. En cambio, los efectos registrales de la demanda para la efectividad de la opción, anotada preventivamente, podrán (aunque es discutible) considerarse como productores de cierre registral, ya que no es una amenaza potencial de resolución, sino una amenaza efectiva y en marcha.

Por último, la inscripción del derecho de opción se cancelará por las causas generales de cancelación y por la típica de la consumación del derecho, si bien no por vía de conversión del asiento, sino por nueva inscripción de transferencia de dominio: asimismo hay que considerar la forma de cancelación automática que supone el transcurso del plazo de su vigencia, como causa específica de caducidad, y en este caso la cancelación formal del asiento se hará en virtud de una instancia o solicitud privada del dueño del inmueble liberado.

LA OPCIÓN MEDIATORIA

Corresponde ahora el examen de la llamada opción mediatoria, a la que ya nos referimos en algunos puntos del trabajo. El objeto de haberla colocado en este lugar es, aparte del deseo de exponer algunos puntos de vista personales, el facilitar la claridad de exposición del conjunto del trabajo, ya que la distinción de efecto de derecho real y de derecho personal sólo cabe en las formas de opción directa y no en la mediatoria, cuya naturaleza no puede ser más que la de un simple derecho de crédito.

OSSORIO (102) exponía así el ejemplo de la opción mediatoria: «A, es un concesionario de un ferrocarril. No tiene capital para construir ni le es fácil encontrarlo en las gestiones que directamente pueda llevar a cabo. En tal situación se le presenta B y le dice que él cuenta con ciertas facilidades para encontrar el capital pre-

(102) A. OSSORIO: *Ob. cit.*, pág. 16.

ciso, y está dispuesto a procurarlo, siempre que, al efecto se le conceda opción, es decir, que se le dé derecho exclusivo a buscarlo durante un plazo y sin competencia, más el aliciente de una comisión caso de éxito en la gestión (o participación, o ganancia). A, reflexiona; concede a B lo que pide, señalándole las condiciones (cantidad del capital, intereses, etc.) o límites en que podrá negociar, convenidas las cuales, A concede la opción a B, y empieza la vida del contrato. En el plazo marcado, B halla el capital necesario y en las condiciones previstas (o con modificaciones acordadas) o fracasa, y pasado el plazo, A y B recobran su libertad.»

Destaca fundamentalmente en el contrato de opción mediatoria una característica esencialísima (que no es tan precisa en la opción directa porque, como sabemos, ésta puede tener carácter real y aquélla es siempre personal): se trata de la exclusividad. Solamente como exclusiva se concibe una opción mediatoria, porque de otro modo no interesaría a nadie.

Naturaleza jurídica. Aplicación de la teoría del pacto.—Es, desde luego, siempre un derecho personal, pero, ¿qué sustantividad tiene esta institución?, ¿es un contrato independiente la exclusiva y un contrato independiente la mediación? Creemos que no, sino que se trata de un caso más de aplicación de la cláusula general de opción a un contrato principal: el de corretaje. No vemos inconveniente alguno en que pueda configurarse de esta manera, porque aunque a primera vista el carácter que se advierte en el contenido interno de la opción mediatoria parece ser el sinalagmático, puesto que el mediador, realiza unos trabajos de gestión que parecen contraprestar la obligación de mantener la exclusividad por la otra parte, si nos fijamos un poco veremos que la situación es la misma que en la opción directa, en cualquiera de sus casos, en el de venta, pongámonos por caso, puesto que es el más diáfano. En ella la finalidad que persigue el opcionario, es un bien (naturalmente inmueble) del concedente; en la mediatoria, es una cantidad de dinero, o una participación de tipo social más o menos perfecta, que aparece como «prima». En una y en otra puede haber remuneración o no haberla. En ambas, no existe obligación alguna del opcionario respecto del contrato principal: ni en aquélla *debe* decidirse por la efectividad de la compraventa ni en ésta *debe* realizar la mediación. Pueden hacerlo, si *quieren*, dentro del plazo, y si no, no. La única dife-

rencia perceptible es que en los casos de opción directa la decisión positiva del opcionario se realiza de una sola vez, en tanto que en la mediatoria la realización, consistente en la ejecución de ciertos trabajos de gestión, de los cuales pueden algunos fracasar, es, digámoslo así, una ejecución sucesiva, puesto que en todo caso siempre encierra unos ciertos trabajos preparatorios indicadores de una voluntad concreta de realizar.

La opción mediatoria, pues, no es otra cosa que un contrato de corretaje con pacto de opción y los efectos que este pacto altera y trastorna en el contrato fundamental de corretaje son bien claros: obliga al concedente a no nombrar otro corredor (exclusividad), de una parte; y de otro, convierte una obligación (la del corredor en el corretaje normal) en una facultad, ejercible o no a voluntad, ocasionando como consecuencia que sea el corredor quien satisface por sus ventajas y no quien percibe por sus obligaciones la remuneración del contrato.

Diferencias con el mandato.—El mandante no se priva de hacer por sí o por otro lo que encargó el mandatario, en tanto que el concedente no puede hacer por sí ni por otro lo que en el opcionario confió: esta es su primera diferencia. En la exclusividad, que es su carácter más acéntuado está, como dice OSSORIO, la confianza de una parte y el aliciente de otra. En segundo lugar, el mandato es, por lo general, revocable, mientras la esencia de la opción impone también que sea irrevocable; lo contrario sería una invitación al fraude. Como otras diferencias pueden señalarse que, mientras que en mandato retribuido es el mandante el que paga al auditorio en la opción mediatoria retribuida (puede también ser gratuita), es el gestor quien paga al gestionado por su exclusividad. El premio final no es retribución; es una prima que busca el mediador como negocio propio, por el cual está dispuesto a aportar su trabajo e incluso a satisfacer un canon, ante la posibilidad de conseguirlo. El mandatario se obliga a hacer lo que se le manda: si no lo hiciera, incurriría en responsabilidad. El opcionario no se compromete a hacer nada: no está obligado a gestionar, y el propietario no puede fiscalizarle ni estimularle, ni penar su desidia. La relación opcional se establece a riesgo y ventura, y si el opcionario gasta y se perjudica, nadie puede reclamar pago ni resarcimiento. Si no gestiona con celo y diligencia, nadie puede interesarse tampoco en sus actividades.

De la gestión de negocios (103) y de la comisión mercantil, respectivamente, se distingue: de aquélla, en el carácter contractual de la opción mediatoria que no es una gestión voluntaria unilateral; y de ésta, en su mayor flexibilidad y en que no suele afectar a materias comerciales (104).

Elementos de la opción mediatoria.—Elementos personales son el opcionario mediador y el concedente de la exclusiva. Los requisitos de capacidad son los generales para esta clase de contratos de mediación y servicios. Como elementos reales hay que señalar el plazo estipulado para la exclusiva (que ni presenta modalidad alguna de cuanto se lleva dicho acerca del término opcional), y el capital buscado en las condiciones determinadas, el precio de la remuneración del opcionario al concedente, si existe, como compensación de una posible inacción dolosa con fines fraudulentos (lo que se llama «embotellamiento» de un negocio), y la prima señalada para caso de éxito, que puede ser una cantidad en metálico o un derecho de participación social en los beneficios. Las condiciones de existencia, licitud, etc., son las generales de los elementos reales de todo contrato. En cuanto a los elementos formales, no estando el contrato de corretaje sujeto a forma especial alguna, tampoco cabe señalarla en esta modalidad. No obstante, y con fines de prueba, es aconsejable el que se llene alguna formalidad como medio de garantía de que la exclusividad, centro de gravitación del contrato así concertado, sea respetada.

Efectos jurídicos.—La consecuencia inmediata que se produce al concertarse una opción mediatoria, es el establecimiento de una situación jurídica, en la que el concedente viene obligado a respetar la exclusividad del opcionario, y éste no tiene, en cambio, otra obligación que la de satisfacer puntualmente la remuneración, si se pactó. En este caso de opción remunerada es en el único en que existe bilateralidad, pero entiéndase bien que esta reciprocidad de obligaciones afecta únicamente a la relación interna de la opción considerada como acuerdo de voluntades independientes, lo mismo que en la opción directa (de venta, por ejemplo), que sea onerosa. Pero el «corretaje» con cláusula de opción, considerado como conjunto, como figura unitaria, lo mismo que la compraventa con la misma cláusula, es un negocio unilateral, pues que la obligación

(103) y (104) A. OSSORIO: Ob. cit., págs. 25 y 26 a 37, respectivamente.

final de mantener la exclusiva en este caso, como la de vender en el otro, es sólo del concedente, mientras que el mediar (como allá al comprar) es sólo una facultad. Sin embargo —ya se advertía esta diferencia al hablar de la naturaleza jurídica—, mientras allá podía inferirse la decisión sólo en dos modos: la decisión del oponente, o por el silencio, o por la voluntad expresa y definitiva de consumar, en la opción mediatoria la consumación no depende sólo de su voluntad, sino del éxito de sus operaciones. El oponente puede decidirse por la mediación, pero fracasar en ésta una, varias veces o todas cuantas lo intente. Por ello, del mismo modo que lógicamente nos explicamos que el mero trabajo fracasado, por buena voluntad y esfuerzo que haya puesto en él, no le da derecho a la prima, hemos de deducir que tiene, en cambio, la ventaja de poder decidirse en sucesivas intervenciones, y el concedente no podrá reclamarle por incumplimiento si, después de una operación abortada, deja transcurrir el plazo sin intentar ninguna otra, aunque pretenda alegar que las negociaciones efectivas de aquélla fueron índice de su decisión (productora de la perfección inmediata del contrato de corretaje, y, por tanto, de obligaciones para el mediador) de llevar el contrato principal a su efectividad. En tal sentido, entendemos que la perfección inmediata del contrato de corretaje con cláusula de opción, con sus consecuencias de instantánea efectividad, sólo se produce cuando el mediador encuentra, al cabo de cuantas operaciones fueran necesarias, el capital buscado y en las condiciones convenidas. Es entonces cuando tiene obligación de ponerlo a disposición del concedente, si quiere exigir de éste la prima. Aunque el concedente hubiere cambiado de opinión respecto a las condiciones del capital buscado, y no hubiere dado noticia de ello al mediador para el concierto de un nuevo acuerdo sobre dichas condiciones, esto sería circunstancia extraña a la relación opcional; el mediador que ha tenido éxito, puede exigir la prima y dejar que la otra relación del capitalista al concedente se concierte o no en definitiva, fuera ya del campo de sus derechos y responsabilidades. Otro caso sería si lo prometido fuera una participación de tipo social en las ganancias, pues en este caso, el oponente podrá exigir que concedente y capitalista lleguen efectivamente a un acuerdo por lo que respecta a la voluntad de aquél, y si no que se le indemnice en proporción daños y perjuicios.

... *Extinción*.—En cuanto a las formas de *extinción*, son las comunes a los contratos, y particularmente la renuncia o desistimiento, el transcurso del plazo sin gestión realizada o sin éxito en las efectuadas y su consumación normal. Efectuada ésta por parte del optionario, puede ejercitar contra el concedente remiso en el pago de la prima o en el cumplimiento de la prestación ofrecida las acciones correspondientes, aparte de las que le pertenecen por incumplimiento en este supuesto y en el de mora.

PERSPECTIVAS

La importancia de las cláusulas de opción como medio de garantía para asegurar la futura eficacia de un contrato cuya ejecución no quiere llevarse a efecto, ha tenido especial relieve en algunos pueblos modernos, eminentemente mercantiles en sus concepciones contractuales, que buscan unir a la rapidez del tráfico los medios posibles de garantía y seguridad del mismo. Y es en la variada legislación de los Estados Unidos de Norteamérica donde la práctica ha llegado a mayor grado de perfección en estas cláusulas, insustituibles en ciertos negocios, como la compraventa de minas, que ha hecho aparecer casi con finalidad independiente el contrato de opción desligado de la compraventa causal, ya que las partes no quieren perfeccionar el contrato traslativo hasta transcurrido el término de sondeos previos, calicatas, análisis de tierras y minerales, etc..

Pero es que en estas legislaciones anglosajonas hay que advertir que el contrato de compraventa en sí ya aparece desdoblado en dos momentos: perfección consensual y perfección ejecutiva, y aun más en Inglaterra que en Estados Unidos, a consecuencia de no regir en Gran Bretaña el «sistema registral» (?), de las Compañías de Seguro de evicción. En el sistema inglés, comprador y vendedor acuerdan la compraventa, pero no hay verdadera transmisión de dominio con la entrega o tradición hasta que el vendedor no consiga y presente, íntegra y legalizada, la titularidad de la cosa inmueble vendida. En este primer período, la doctrina acepta el que se ha producido una transmisión, pero se trata de un dominio de Derecho equitativo, ya que el dominio, según el Common law, no se transmite hasta el segundo momento, de perfección ejecutiva y

otorgamiento definitivo de la escritura con sus antecedentes de titularidad de origen perfecto. En realidad, en el primer período, la venta no ejecutable presenta los mismos efectos que los que en las legislaciones continentales se consigue con la cláusula de opción. La decisión definitiva, el consentimiento firme del comprador, sólo se produce ante el hecho de dar su conformidad con la titulación, y en el momento del otorgamiento, la venta se consuma.

Claro es que, al aludir en este capítulo a las perspectivas de las cláusulas de opción, no hemos pensado en la conveniencia de aplicar a nuestra Patria el sistema de desdoblamiento del Derecho anglosajón como función de garantía de la opción, que evitará *a posteriori* los efectos desagradables de la evicción o saneamiento por vicios o gravámenes ocultos. Más bien se quiso aludir a las perspectivas que ofrecen las cláusulas de opción en función de garantía real como instrumentos de crédito territorial, similar en sus efectos finales a una hipoteca o anticresis, aunque a través de un medio diferente, puesto que en lugar de buscar la garantía en la realización de un valor, la encontrarían en la transmisión inicial, si bien resoluble, cuando el acreditado cumpliera su obligación de devolver lo prestado. Pero esta parte, de pura teorización, hemos de advertir que no está desarrollada en la práctica.

Es costumbre en la región valenciana, y de ello pueden dar fe tanto los Protocolos notariales, como los dossiers de los despachos de Abogados, el que se acuda por los propietarios de tierras a una forma fiduciaria de obtención de crédito, que podría muy bien en lo futuro ser sustituida por una aplicación racional (huyendo de la usura, lo que decimos para salir al paso de quien pudiera recordarnos que ya Constantino suprimió el *pactum commisorium*, con el que presenta, por otra parte, analogía, esta función de la cláusula opcional, por abusivo), de la cláusula de opción.

Sucede, en efecto, que habiendo el propietario obtenido un préstamo, hace figurar una venta de sus propiedades en escritura pública a favor del prestamista —efecto típico de inecuación entre el medio y el fin en el negocio fiduciario— y después, en escritura privada, celebran ambos un contrato de compraventa, que no es retroventa, pues el precio de la segunda es siempre superior al figurado en la primera, ya que incluye el del préstamo a devolver y sus intereses, que debe concluirse dentro del plazo de devolución de la

cantidad prestada. También este segundo contrato, oculto, de efectos interpartes, es típico del negocio fiduciario, y aunque bajo la forma de un negocio aplazado suspensivamente, obra en realidad como una venta a opción del prestatario. Entre ellos se entiende que no se ha verificado la transmisión, pues mientras le quede al primer vendedor el derecho a adquirir —si bien, repetimos, por mayor precio, lo que le diferencia del retracto convencional, según el artículo 1.518—, no considera perdida su propiedad, ni el primer comprador adquirida la misma, hasta que transcurrido el plazo, cese la amenaza resolutoria. Como se ve, este complicado negocio total, además de complicado, es, jurídicamente hablando, inseguro. Es obra de la gramática parda, que siempre tiene más de parda que de gramática. Sería conveniente acabar con estas titulaciones privadas, frente a los instrumentos públicos, con esos negocios, que para lograr un fin buscan unos medios superiores y desproporcionados a la necesidad, pues con ellos, a la larga (y aparte de incurrir en una extrema carestía fiscal), el crédito no puede encontrarse favorecido.

Y es más; debería esta labor de educación jurídica llegar a esferas más altas, pero también sujetas a una gramática, sino parda, dorada, índice de supersticiones y un tradicional afán de aseguramientos, que en ocasiones resulta absurdo y perjudicial de puro complicado. Aludimos a las entidades bancarias de crédito territorial, para las que podría servir como eficacísimo medio de garantía el efectuar préstamos sobre fincas mediante opción de compra sobre las mismas por un precio calculado sobre su valor real, del que ya se cuidarán de descontar la suma de los créditos o préstamos concedidos sobre ellas.

Siempre que figurase esta opción como real e inscrita, el Banco tendría la posibilidad de adquirir a bajo precio la finca ofrecida en garantía, con lo que quedaría cubierta la seguridad del préstamo. Y, de momento, en lugar de constituir una hipoteca gravada con el 1,20 por 100 por la Ley del Impuesto de Derechos reales, únicamente habría una opción que, de no ser onerosa, estaría exenta, y aun siéndolo, sería gravada con el 6 por 100 del «precio de la opción» y no de la venta, siempre inferior al 1,20 sobre el total del préstamo, intereses y costas previstas.

La realidad, como se indicaba, es que las entidades bancarias

no aceptan aún esta garantía. Si ello es lógico en Sociedades de crédito, que han de buscar el tener un Activo saneado y fácilmente realizable a corto plazo —y toda operación inmobiliaria es más larga si no quiere exponerse a depreciación—, ya no es tan lógico tratándose de Sociedades de crédito territorial, y sobre todo de algunas, como el Banco Hipotecario, que monopolizan alguno de los tipos del mismo.

Por todo ello consideramos de la mayor importancia que se divulguen las consecuencias de estas cláusulas de opción; que se acostumbren los Letrados a aconsejar, cuando proceda, este remedio, y el público a pedirlo. Lo que muchos han considerado de buena fe un mal procedimiento, por exigir documentos privados que desvirtuaran lo hecho en escritura pública, ha dejado de serlo una vez admitidos en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, los efectos reales de publicidad y protección registral de la opción inscrita.

En cuanto a la modalidad arrendaticia de la opción, es decir, el arrendamiento con opción de compra, viene siendo mirado cada vez con mejores ojos para las ventajas que representa esta figura en la actual política protectora del arrendamiento y dirigida hacia un movimiento de la propiedad a manos de quienes directa y provechosamente pueden explotarla. La reciente sentencia del T. S., de 27 de febrero de 1950, dice a propósito de esta figura que tal derecho de opción no sólo no es contrario a las leyes de la moral ni al orden público, sino que «lejos de ello, pudiera llegar a considerarse como pacto natural y propio del arrendamiento a largo plazo».

Se ha visto la importancia que tiene y la que puede tener la opción en las necesidades del tráfico moderno. Y con el afecto que produce el trato, nos atrevemos a augurar a las cláusulas de opción un amplio porvenir.

JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO
Abogado