

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXVII

Marzo 1951

Núm. 274

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

ESPECIES DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE OPCIÓN Y FIGURAS A
QUE DA LUGAR.—DIFERENCIAS CON INSTITUCIONES AFINES

Aplicación general del pacto de opción: Adicciones más frecuentes.—Lo indicado hasta aquí se refiere, de una manera generalísima, a la cláusula de opción pura, persiguiendo la idea de dar de ésta un concepto preciso y dotarle de una consistencia suficiente, en su aspecto universal, para que nos sea más fácilmente comprensible cada una de las aplicaciones prácticas de la misma. Es decir, de cada una de las especies bajo las que se encuentra revestida en la corriente del tráfico jurídico.

¿Cuáles son estas especies? La opción es teóricamente aplicable a un sinnúmero de contratos, aunque por la finalidad práctica que persigue, de dar tiempo y ocasión para una decisión trascendental, afecta de una manera lógicamente primordial a relaciones jurídicas de alta trascendencia, a actividades del hombre —sujeto de derechos—, de la que se deriven consecuencias patrimoniales importantes. Entre estas actividades del hombre, o si se quiere, situaciones del hombre ante las cosas, las más fundamentales son la pro-

(*) Véase el número anterior de esta Revista.

piedad y el uso de las mismas ; y ante la conducta de sus semejantes, la situación más trascendental es el provecho extraído del trabajo de los demás. Pues bien ; ante estas situaciones, de enorme relevancia para el Derecho, la cláusula de opción se califica, ante la propiedad, sobre su más clásico negocio de transmisión : la compraventa, ante el uso, sobre el más moderno y perfecto medio de transmisión del mismo : el contrato de arrendamiento, no siendo extraño que aparezca esta cláusula muchas veces sobre una combinación de ambos contratos en forma de lo que pueda llamarse opción arrendaticia de compra ; y ante la actividad de una parte, de la que ha de derivar alguna consecuencia patrimonial para la otra, se califica finalmente la opción llamada mediatoria.

Todo ello sin perjuicio de que pueda, teóricamente, constituirse una opción sobre una enfeitisis, servidumbre voluntaria, usufructo convencional, uso, censo o cualquier otro derecho real o de vocación real que el opcionario pueda desear sobre la cosa ; como asimismo es factible que se constituya —en pura teoría— sobre un contrato laboral o de arrendamiento de servicios.

Pero de todos modos, el examen de los efectos y consecuencias de la cláusula de opción debe hacerse únicamente sobre las figuras en que efectivamente se concreta en la vida jurídica práctica, y aun dentro de éstas, con preferencia respecto de aquellas formas en que es más corriente su aplicación.. Después de ésto nos sería fácil imaginar la construcción de las restantes hipotéticas figuras, sin más que aplicar los principios generales observados en las realmente existentes, que siempre son resultado de una combinación de las exigencias de la naturaleza de cada contrato principal con las de la finalidad de la opción puramente considerada.

Opción de compra : Concepto.—Veamos, en primer lugar, siguiendo el criterio apuntado, la figura de la opción de compra. Éste es el caso más frecuente de opción y al cual hemos de referirnos principalmente como modelo. Su verdadera expresión es la de «compraventa con pacto de opción». Compraventa en la cual se ha pactado una opción a favor del que pretende comprar la cosa objeto del negocio. ¿Qué efectos produce, qué alteración ocasiona el pacto de opción adjunto a una compraventa? (27). ROCA SASTRE, contradic-

(27) R. ROCA SASTRE: 'Ob. cit., pág. 351.

ciendo su propia e inútil distinción entre opción en precontrato y en contrato de compraventa, dice que incluso en el contrato (definitivo) de compraventa se halla suspendida por la cláusula «su perfección inmediata» (28). ¿Qué quiere decir este sugestivo término de «perfección inmediata»? Perfección mediata... e inmediata... Sencillamente, que aunque el contrato es perfecto, en cuanto *acto de origen de obligaciones*, no lo es como *conjunto de obligaciones*. El contrato perfecto, sólo mediatamente, es aquel capaz de hacer nacer obligaciones, porque (art. 1.254 del C. c.) existe desde que se dió el consentimiento en la obligación («desde que consienten en obligarse», no «desde que se obligan»), pero que por otra causa fundada igualmente en la soberanía de la voluntad, y por tanto en su mismo valor, no las ha hecho nacer todavía. Y es porque puede concertarse un efecto —éste firme— que retrase el nacimiento de la obligación viva; es decir, exigible, como es la opción, por ejemplo, del mismo modo que los derechos no nacen hasta el consentimiento de la condición suspensiva —sólo son expectativas de derechos—; tampoco las obligaciones —reverso de la moneda— nacen, en los contratos sólo mediatamente perfectos, hasta que desaparece la causa que lo impide. No en otro sentido debe ser entendida esta expresión de la «perfección inmediata». En otras palabras, el pacto de opción altera un efecto que sería normal de la compraventa simple: la efectividad inmediata de su contenido, motivando con su adjeción el que ese contenido se haga eventual en su efectividad, defendiendo ésta de que una parte —el opcionario del pacto— la quiera o no la quiera, y limitando, dentro de un plazo dado, la posibilidad de exteriorizar dicha voluntad en caso afirmativo.

Sea como sea, precisa dejar de una vez y para siempre fijado un concepto de la opción de compra, que es aquella cláusula por la que una parte —concedente— otorga a la otra —opcionario— el poder o facultad preferente de decidirse —opción—, dentro del término concertado, y con remuneración o sin ella, por comprar o no un bien, generalmente inmueble de aquél, por un precio más o menos exactamente determinado.

(28) R. ROCA SASTRE. Ob. cit., pág. 352. Esta visión concretamente es acertadísima, y permite establecer un doble punto de vista para el momento de perfección de los contratos, según se consideré a éstos con una fuente de relaciones jurídicas o como la relación jurídica misma una vez constituida.

.., «Poder o facultad preferente», porque ya se vió, al hablar de los caracteres el sentido propio de la exclusividad; de decidirse entre comprar o no un bien, generalmente inmueble (porque no es requisito esencial ni natural el que lo sea), propiedad de aquél; con remuneración o sin ella (ya que puede ser onerosa o gratuita), por un precio más o menos exactamente determinado (pero determinado, por supuesto, aunque se deje un margen de oscilación como previsión ante el período de tiempo intermedio que supone el plazo) y dentro del término concertado. Creemos que la definición propuesta puede dar una idea clara del negocio de compraventa con cláusula de opción, comprensiva de todos sus efectos particulares.

Diferencias con figuras afines. Distinción con la promesa de venta.—Un extenso sector de la doctrina francesa, entre la que se encuentran PLANIOL Y RIPERT (28 bis), NIGON (29), LECOMTE (30), identifica la opción con la promesa de compraventa (a diferencia de la promesa bilateral o sinalagmática) de tipo unilateral, siendo GAVOSO (31) y MANRESA (32), representantes en la doctrina española, de la misma tendencia. No parece extraño a esta construcción —señala ROCA SASTRE— el mismo art. 1.451 del C. c., cuando en su párrafo primero, aunque no en el segundo, no habla de «promesa de compra y venta», sino de promesa «de vender o comprar» (33); pero la sentencia de 23-III-45 asigna siempre a la promesa carácter bilateral.

En cambio, otra dirección se resiste a identificar la promesa unilateral con la opción, de manera que se excluye la opción de la figura del precontrato (EHRENZWEIG) (34), o se rechaza la idea de que la promesa unilateral de venta pueda considerarse como precontrato (PETERMANN), fundándose en que en la opción, a diferencia del *pactum de contrahendo*, no surge una obligación de cooperar

(28 bis) PLANIOL Y RIPERT: «Tratado de Derecho civil francés». X, página 187.

(29) NIGON: «Les options en matière immobilière».—París, 1931, página 62.

(30) A. LECOMTE: «De la nature juridique des ventes à option». En *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1931, pág. 552 y ss. o en separata del mismo trabajo. París, 1931, pág. 6.

(31) GAVOSO: Ob. cit. pág. 194 a 197.

(32) MANRESA: «Código civil». Tomo X, pág. 66.

(33) ROCA SASTRE: Ob. cit., pág. 353.

(34) En España, según vimos. ALGUER (vid. infra, pág. 11).

personalmente en la concesión del contrato definitivo (DEGENKOLB).

El error de la doctrina que identifica opción y promesa de venta, es un error de concepto. Sigamos las palabras de uno de sus representantes, NIGON, por ejemplo (35), cuando dice: «La opción es una promesa unilateral de venta: un contrato sinalagmático imperfecto, que crea una obligación a cargo del promitente, en provecho del promisario, que no está vinculado por esta promesa, a la cual no ha dado más que una adhesión en principio». ROCA SASTRE basa, por ejemplo, la distinción entre la promesa de venta y la opción en que el opcionario no tiene obligación de contratar, mientras en la promesa siempre (para que pueda hablarse técnicamente de promesa, y aunque este autor concretamente la configure como un precontrato); ambas partes tienen obligación de cooperar —recuérdese la teoría de la cooperación—, y porque en la opción de compra hay un contrato completo, en el que sólo se suspende su perfección inmediata; es decir, su efectividad, haciéndola depender de la voluntaria y libre decisión del opcionario (36).

El problema de la distinción entre la promesa de venta y la opción de compra, ha sido últimamente objeto de la atención de nuestro T. S., cuya jurisprudencia tiende a separar netamente estas figuras (37).

Nosotros estimamos que, efectivamente, hay base para esta dis-

(35) NIGON: Ob. cit., pág. 62.

(36) En este punto de la diferencia con la promesa de venta no puede menos de recordarse la distinción que enseñaba el antiguo catedrático de la Facultad de Valencia (q. e. p. d.), señor SALOM ANTEQUERA; que decía que «en la opción no había una promesa de venta, sino una renuncia de vender a otro. (SALOM ANTEQUERA): «Apuntes de Derecho civil tomados por sus alumnos. Obligaciones y Contratos». Lección 40.)

(37) La sentencia de 23-III-1945, eruditamente comentada por BONET (en *Revista de Derecho Privado*, 1945, pág. 509), y que ha servido de base a otras posteriores, basa la citada distinción en el carácter bilateral (sinalagmático) de la promesa de venta y el unilateral (generalmente, y siempre en lo que toca a la relación fundamental) de la opción. La sentencia de 10-VII-46 dice que «es indudable la diferencia que separa el contrato de opción de la bilateral y recíproca promesa de venta, pues mientras que ésta las partes no venden y compran, sino que se obligan a vender y comprar, o sea, a prestar su ulterior consentimiento, en el de opción, el promitente ha ofrecido la venta, que, al ser aceptada por el opcionario al ejercitarse la opción, queda la venta perfeccionada». La sentencia de 18-I-47 afirma que «la diversa naturaleza del contrato de promesa de venta y del de opción aparece claramente definida en la sentencia de esta Sala de 23-III-45, en la que se determina que la bilateralidad constituye su característica común (la de las promesas bilaterales de venta) y puede por ello conducir a la resolución por incumplimiento de las obligaciones re-

tinción. Examinando el párrafo primero del discutido art. 1.451, veremos que dice que «la promesa de vender o comprar... dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato».

Si dijera «promesa de vender Y comprar», en vez de «vender O comprar», estaría claro que se trataba de la promesa recíproca (promesa y repromesa).

Pero es que aun aludiendo a la promesa de vender (simplemente aceptada), separadamente de la promesa de comprar (simplemente aceptada también), da derecho a «los contratantes» para reclamar *recíprocamente*, y en cada caso por separado, por supuesto (es decir, en la promesa sólo de comprar o sólo de vender aceptada), como la redacción del artículo da a entender con toda claridad, el cumplimiento del contrato. Luego si las partes de cada caso tienen derecho a reclamar recíprocamente, es porque en uno y otro *ambas partes* tienen obligaciones reclamables por la otra. No vemos, pues, lugar a hablar de «promesas unilaterales de venta»; siempre habrá una bilateralidad, aunque se de la diferencia de matiz de que en la promesa propiamente recíproca (promesa y repromesa) las obligaciones de ambas partes son del mismo género —la compraventa ya está perfeccionada, y sólo aplazados sus efectos por voluntad común—, y consisten en no incumplir el acuerdo, mientras que en la simplemente aceptada las obligaciones no son del mismo género, pues mientras la de la parte prominente son equivalentes a las que pudiera producir su declaración en el contrato definitivo de compraventa, las del promisario se concreta en el deber de —puesto que la otra parte confía en su seriedad— llevar adelante el negocio en forma definitiva y que produzca todos sus efectos.

En cambio, el opcionario no se ve nunca constreñido por obli-

cíprocas, al paso que la opción, rectamente entendida, aparte de su carácter consensual, es generalmente de condición unilateral, salvo el supuesto de que el beneficiario de la opción haya de pagar una prima al que la otorgue, sometiendo a aquélla al régimen específico del art. 1.451 del Código civil, y la opción a las disposiciones generales relativas a las obligaciones y contratos, dependiendo la perfección del contrato de opción de compra por modo exclusivo de la aceptación del optante, que, «realizada como fué, dentro del plazo establecido, constituye al titular del derecho al cumplimiento y fija definitivamente las recíprocas obligaciones que sobre esa base han de exigirse después, pero no precisamente en el plazo establecido, que atañe sólo a la necesidad de formalizar la aceptación del transcurso».

gación alguna: La única bilateralidad posible en la opción se refiere a su posible carácter íntimo de onerosidad, que ningún efecto externo puede producir. Y el concedente sólo tiene una obligación de mantener su oferta durante el plazo, vinculado por la aceptación del optionario, que sólo después, cuando éste opte diciendo: «sí, te compro», se transformará —simultáneamente al nacimiento de una obligación del mismo género por la otra parte— en una obligación propia de compraventa perfeccionada.

La distinción, pues, entre opción de compra y promesa de venta, se reduce a esto: la opción de compra es un negocio unilateral; la promesa de venta es siempre bilateral, aunque las obligaciones de las partes sean o no homogéneamente recíprocas; promesas de venta unilaterales, en rigor de concepto, no existen.

Diferencias con el tanteo.—También hay que señalar las diferencias con el tanteo convencional, del que no distinguen la opción de compra algunos autores, como GIMÉNEZ ARNAU (38). El tanteo es un derecho de contenido positivo, y el no ejercitarlo más que realización de un derecho de contenido negativo es una actitud de renuncia tácita de aquél. Mientras en la opción el titular está solo; es exclusivo; puede, en todo momento, hacer o no hacer, sin que necesariamente haya, en este último caso, de tener una consecuencia inmediata ulterior a su actitud negativa contraria a sus intereses respecto al objeto querido; en el tanteo, en cambio, el titular está coaccionado por la existencia de otro sujeto, cuya conducta, con respecto al objeto, será inmediatamente posterior a la suya propia; si compra, su acto tendrá por inmediata consecuencia la consumación del derecho de tanteo y la perfección de un nuevo contrato de compraventa; si no compra, lo hará el otro sujeto puesto en la relación, por virtud de la preferencia del titular del tanteo; pero que ahora pasa a primer plano y se convierte en titular por la renuncia del anterior (39).

Consecuencia de ésta son estas dos diferencias: en el tanteo,

(38) GIMÉNEZ ARNAU: «Tratado de Derecho hipotecario». I, pág. 108.

(39) Es decir, que en el tanteo, la conducta negativa no tiene una protección en el tiempo porque por el transcurso del plazo sin ejercicio del derecho queda automáticamente subrogado en la titularidad del comprador al primitivo, que fué relegado en atención a la preferencia del tanteo. En la opción no ocurre así, porque no hay, por esencia, otro sujeto postergado temporalmente en la relación: optante y optario contratan por

el plazo es brevísimo, porque apremia dejar clara y estable la relación iniciada con un tercero. El plazo de ejercicio de la opción, no existiendo este factor, puede ser tan largo como lo permitan exigencias de otra muy diversa índole. Y, además, y por último, el precio depende, en el tanteo, de lo que esté dispuesto a pagar un tercero (tanteo, por el mismo tanto), y en la opción sólo del convenio directo de las partes.

Elementos de la opción de compra.—Son una aplicación de la regla general sentada al hablar de los elementos de la cláusula de opción en general, donde ya se dijo que se aplicarían, para las cuestiones de capacidad, elementos reales y formales las reglas del contrato principal en que viniera inclusa.

Personales.—Con relación a los elementos personales, son, de una parte, el concedente dueño de la cosa y todos los sucesivos adquirentes de la misma (cuando la opción tenga carácter real) durante el plazo de duración de la opción, en quienes va recayendo la condición de opcionistas, y de otras, el optionario, titular de la concesión, o terceros adquirentes del derecho, que es perfectamente transmisible. Se exige, en el concedente, la capacidad de disponer. Cuando se configura como derecho obligacional, la capacidad será la misma, y los elementos personales se reducirán al concedente (que se priva entonces de su libertad de vender a otro) y al optionario titular de la exclusividad, que puede transmitir, sin embargo, a un tercero.

Reales.—Elementos reales son: el plazo, que sigue las reglas del plazo de la opción en general; la remuneración, si existe, y los elementos reales de la compraventa concertada bajo dicha cláusula; es decir, la cosa y el precio, con las exigencias clásicas de

cierto tiempo una situación en la que éste podrá estudiar las ventajas e inconvenientes de la compra y ejercitarse su derecho diciendo que sí o diciendo que no, y quedando en este último caso el objeto en la situación primitiva, sin que se produzca otra consecuencia inmediata de esta conducta. En una palabra, para que el titular del tanteo llegue al tiempo de ejercitarse su derecho será preciso que un tercero intente establecer con el propietario de la cosa una relación de compra (que es a lo que se refiere su derecho, otorgándole a este efecto una preminencia), y entonces sacará a relucir, si le interesa, su preferencia, renunciando expresa o tácitamente si no. En cambio, en la opción, y para que el optionario ejerza su derecho, no es preciso esperar a que nadie intente adelantársele. Su carácter de preferencia o de exclusividad sólo es una garantía pues sus efectos los produce como relación establecida con independencia.

estos elementos reales. Para el requisito del precio, parece la opinión más aceptable la de NIGON (40), que teniendo en cuenta, de un lado, la realización problemática del contrato, o por lo menos, que ésta sea más o menos lejana, aunque las partes no hayan hecho una determinación precisa del precio, y siempre que el contrato reúna todos los elementos indispensables para la fijación de su montante o importe, la convención será válida.

Formales.—Pero es en el punto de los elementos formales donde la opción, que ha sido una figura llegada al campo de las construcciones teóricas a través de la práctica, presenta en estas manifestaciones materiales algunos aspectos sumamente interesantes.

Principalmente es digna de atención una fórmula, que aparece en documentos procedentes de distintas Notarías (41), y que por lo tanto no pueden ser producto del criterio personal de un Notario, sino de una costumbre práctica establecida, que hace referencia a la «entrega del precio de la venta... en el momento del otorgamiento»; es decir, parece establecer un cierto requisito formal en un contrato con el de compraventa, puramente consensual entre nosotros. ¿Qué significado tiene este desdoblamiento y esta particular exigencia de forma con respecto a la perfección del contrato y a la transmisión de la propiedad; es decir, a su efectividad? Ya no nos referimos a aquella distinción entre la perfección mediata e inmediata del contrato principal —en este caso la compraventa— afecto de una cláusula de opción. Es que, dentro de los mismos requisitos fundamentales de perfección de un contrato eminentemente consensual como es la compraventa, el consentimiento precisamente aparece fraccionado en dos momentos, y acompañado, en el segundo de ellos, con la entrega del precio, de un requisito formal como es el otorgamiento de escritura. ¿Es que la compraventa con cláusula de opción se convierte en un contrato formal? ¿Qué significado puede tener esta exigencia práctica? Este es, precisamente, el sentido que queremos desentrañar.

(40) E. NIGON: «Les options en matière immobilière» (ya citada), página 103.

(41) Esta fórmula tuvo ocasión de comprobarse se hallaba inserta en dos distintos documentos (una escritura de opción de compra simple y otra de arrendamiento con opción de compra) procedentes de dos distintas Notarías de Valencia (capital), así como en otra escritura de opción de compra (simple) de una Notaría de Barcelona (capital).

NÚÑEZ LAGOS (42), analizando el art. 1.279 del C. c., observa que, tal como está redactado, se consagra plenamente la validez de todo acuerdo consensual anterior al otorgamiento de la escritura pública, y en tal supuesto, conocidas las consecuencias del incumplimiento de dicho primer acuerdo y la posición jurídica vinculante de las partes antes del otorgamiento, queda por preguntarse qué valor tienen los pactos primigenios y qué valor tiene la escritura pública una vez otorgada ésta. Entre esos pactos primigenios cita NÚÑEZ LAGOS la opción, cuyo desdoblamiento de momentos (tal como es de práctica notarial indicar desde un inicio) puede entenderse sobre alguna de las teorías que NÚÑEZ LAGOS examina a lo largo de su trabajo: teoría de los contratos reproductivos o de la *renovatio contractus* (DEGENKOLB); de las dos formas distintas de un mismo acto (CARNELUTTI), y singularmente sobre la del «contrato de fijación jurídica» de SIEGEL, aplicable al momento en que el opcionario se ratifica en su decisión de adquirir (43).

Modalidades de la opción de compra: arrendamiento con opción de compra.—Finalmente hay otra modalidad de la opción de compra, que aun refiriéndose directamente a ésta, va además injertada en un contrato de arrendamiento, formando un contrato mixto, como califica el T. S. en sentencia de 27 de febrero de 1950. Esta es la forma más frecuente de la opción en la práctica (44).

LECOMTE (45) distingue ligeras diferencias de naturaleza dentro de los elementos de la opción, según vaya o no unida a un contrato de arrendamiento, que resume así: Aparte de que el plazo de la opción adjunta a un arrendamiento es, de ordinario, más largo, es de notar que en la opción no arrendaticia la remuneración, si existe, es (y así parece considerarlo algún Tribunal francés; v. gr., *arrêt de la Cour de Caen*, de cinco de abril de 1916), como

(42) NÚÑEZ LAGOS: «Valor jurídico del documento notarial». En *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, págs. 393 y ss.

(43) J. GONZÁLEZ PALOMINO, en una Conferencia aún inédita, pronunciada en el Colegio Notarial de Valencia el 5 de junio de 1950, ataca la adaptación a nuestro Derecho de estas figuras de la doctrina alemana, estimando que su misión puede ser llenada sin salir de nuestro Código civil, a base del concepto de la confesión extrajudicial.

(44) De ella se ocupa la segunda parte del art. 14, R. H.: «...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.»

(45) LECOMTE: Ob. cit., págs. 10 y 11.

una simple suma que el promitente conserva si la opción no se consuma y que se imputa sobre el precio de venta en caso contrario; mientras que en la opción arrendaticia la remuneración tiene el carácter de suplemento sobre el alquiler.

NIGON considera admisible que las partes acuerden hacer indivisibles el contrato principal y la cláusula de opción (46); no constituyendo así ésta más que una simple modalidad del arrendamiento, debe seguir la suerte de éste y ser prorrogada si el contrato es prorrogado, y anulada si es anulado. Ya se verá, sin embargo, la necesidad de una limitación legal desde un principio en la cuestión de la prorrogabilidad. Una limitación tan grave del dominio no puede ser indefinida, y así lo entiende nuestro vigente Reglamento Hipotecario (art. 14) cuando señala, en este caso, un plazo para la opción igual al de duración del contrato de arrendamiento, y entendiéndose terminada con las prórrogas legales o convencionales del mismo.

DAUTRICHE (47) cree, en cambio, que la prórroga voluntaria del contrato no entraña la de la opción, porque opción y arrendamiento, dice, son dos negocios de fines distintos. Por nuestra parte, creemos que esta es una cuestión que debiera quedar acordada desde un principio entre las partes, que en este punto sabrían ya a qué atenerse, sin más limitación que la que las leyes pusieran para el plazo de duración de la opción. La dificultad existe cuando la prórroga es legal; es el caso frecuente de las moratorias de guerra, que LALOU, contrariamente a la posición de la jurisprudencia francesa, entiende deben ampliarse a las opciones concertadas en este modo.

Algunos autores señalan analogías profundas entre esta modalidad de la opción y otros contratos, como la enfiteusis (48) y las locaciones-ventas.

Realmente, esta modalidad de la opción presenta analogías bastante acusadas con las llamadas locaciones-venta, analogías que con-

(46) E. NIGON: Ob. cit., pág. 99.

(47) DAUTRICHE: «Les options et les promesses de vente», pág. 62.

(48) Diferencias con la enfiteusis.—MUCIUS SCAEVOLA considera la enfiteusis como una modalidad del contrato arrendaticio con un pacto de opción de compra. En tal sentido pudiera pensarse en una identidad o al menos en una profundísima analogía entre el concepto que este autor da del contrato de enfiteutis con la figura que estamos analizando. Pero, pese a la impresión que en tal sentido causa la definición de MUCIUS SCAEVOLA

creta DAUTRICHE en estos dos puntos comunes: que son dos contratos sucesivos, en los que es posible distinguir la fase de la conclusión y la de la realización; y que ambos abocan a una transmisión de propiedad (49). Pero el mismo autor los diferencia: *a*), en que la locación-venta es un contrato sinalagmático, mientras la opción es sinalagmático imperfecto (unilateral, decimos nosotros), y *b*), en que en la locación-venta el precio de las cosas se paga fraccionado en períodos, mientras en la opción se hace de una sola vez, el concertarse definitivamente la venta.

Otras aplicaciones de la cláusula de opción.—Puede el pacto de opción aplicarse a otra clase de contratos, y, aun dentro de ellos, adoptar diversas variantes. Según sea el contrato a que tienda la cláusula de opción, las singularidades de aquél? —dice ROCA SASTRE— repercutirán en ésta, pudiendo dar lugar a otras tantas variantes de la misma.

La opción de arriendo.—De todas ellas, la más corriente es la opción de arriendo (que no hay que confundir con la opción arrendaticia, de la que ya hicimos un estudio anteriormente), y que consiste en la facultad exclusiva, durante un plazo determinado y por un canon cierto, de tomar en arrendamiento un inmueble propiedad del concedente. Es frecuentemente —casi podríamos decir exclusivamente— constituida esta especie, en la práctica, en forma de reserva; por ejemplo, una persona que vende por necesidad un piso, pero que queriendo asegurar su vivienda y no sabiendo aún con qué medios contará para sostenerla, se reserva, durante un cierto tiempo, la facultad exclusiva de tomarlo en arrendamiento.

Ello no quiere decir que el nuevo propietario no pueda alquilarlo a otro; pues dando a esta opción efectos de derecho real las

(Código civil, XXIV 2.^a, pág. 257), podemos señalar sin dificultad las siguientes claras diferencias: *a)* En el contrato de arrendamiento con cláusula de opción de compra, el plazo ha de ser determinado, y tiene, como se ha visto, una limitación legal (art. 14 R. H.). En el contrato de enajenación, siendo ésta como es de duración indefinida, con todos sus caracteres y derechos, el derecho del enajenante de adquirir la finca cuando lo deseé, redimiendo el censo, es de duración indefinida, como el contrato mismo; y *b)* En el arrendamiento con cláusula de opción de compra, el beneficiario posee a título de arrendatario, sin otros derechos sobre la cosa que la condición le otorguen (a lo más, la facultad de subarrendar), mientras que el enajenante posee ya a título de propietario; puede vender, hipotecar, etc., la finca, desde luego.

(49) DAUTRICHE: Ob. cit., págs. 45 y 46.

partes, el inquilino, dentro del plazo de la opción, estará expuesto a que el optionario le prive de su derecho y ocupe la vivienda como arrendatario. De concedérsele sólo efectos personales, la preferencia sería sólo ejercitable hasta el momento en que un tercero se dispusiese a ocupar la vivienda en condiciones que no convinieran al optionario, y entonces el derecho se resolvería en una indemnización, siguiendo la regla general. Todo esto, además, teóricamente, pues el carácter preceptivo de la vigente legislación de Arrendamientos urbanos es de interpretación restrictiva en cuanto a las causas del desahucio.

El pacto de opción y otros contratos.—Lo mismo podemos decir de las demás opciones de derechos, aunque en general todas estas formas son excepcionales en la práctica y de importancia mucho menor que la opción de compra, consiguientemente al que vamos a referirnos, siempre como módulo, cuando en lo sucesivo se hable de opción. Pues los principios de la opción de compra —repetimos por última vez— son aplicables a todas las demás formas de opción directa. Y decímos de la opción «directa», porque ya es hora de hacer una distinción fundamental entre las formas de opción directa, en las que quien recibe la opción, como dice OSSORIO y GALLARDO (50), se reserva la facultad de deliberar y se decide por la efectividad de un contrato, cuyo objeto es querido por él y para él, y opción mediatoria, en la que quien recibe la opción es un intermediario, que busca el privilegio para procurar el objeto del contrato a un tercero. Puede, pues, variar la posición de este contratante. La del otro es invariable, en sus obligaciones de abstención.

Pues bien: de aquí en adelante, mientras se hable simplemente de «derecho de opción», nos referimos al de la opción directa, en torno al cual gira la más importante polémica, de la que se ocupa el capítulo siguiente de este trabajo. Despues del examen de la opción directa, haremos un breve estudio de la opción mediatoria, menos importante, y que presenta menor número de problemas.

(50) A. OSSORIO: Ob. cit., pág. 23.

II.

EL DERECHO QUE ORIGINA

Pacto de opción y derecho de opción.—Pero ahora, y respecto a la opción, se nos presenta un problema clave, al que ya se aludió someramente al hablar de los caracteres de la cláusula de opción (51). Así que vamos a ver: los derechos a que da lugar el concurso de la cláusula opcional, ¿qué naturaleza tienen? ¿Son derechos reales o derechos de obligación? ¿Puede admitirse la figura de los derechos personales de vocación real? La trascendencia de tal cuestión es enorme si se tiene en cuenta que con ella cambia por completo la posición de una de las partes: del concedente. Asignándole efectos puramente personales, el requisito de la exclusividad ha de reforzarse: la obligación del concedente ha de concretarse en no poder hacer titular de la cosa o derecho objeto mediante la opción a un tercero, transmitiendo dicho bien o derecho. Estaríamos (para la opción de compra) de lleno en la citada expresión del Sr. SALOM: «Es una prohibición de vender a otro». Pero si reconocemos que puede tener efectos reales el requisito de la exclusividad ya está de más: el derecho del opcionario subsistirá *erga omnes* y el concedente transmitirá con su bien o derecho su condición de parte opcionista.

Es la opinión más aceptable la de que el derecho de opción pueda tener carácter real o personal, según se haya constituido de uno u otro modo; es decir, tal como quiera configurarlo (no en teoría, sino en cuanto a sus efectos), la soberana voluntad de las partes (52). Pero esta es la conclusión a que se llegará después de una revista crí-

(51) Ya antes, al exponer nuestra sistemática, decíamos que el punto clave de nuestra construcción era la cuestión de la naturaleza jurídica: 1.º De la opción como acto originario de derechos (a lo que dedicamos la primera parte de este trabajo); 2.º De la opción como derecho, o sea de la naturaleza jurídica del derecho de opción; relación nacida del pacto del mismo nombre y de la que vamos a ocuparnos ahora por constituir la base del estudio de la relación misma subjetiva y objetivamente considerada.

(52) ROCA SASTRE (Ob. cit., pág. 350), dice que en un caso, el pacto de opción tendrá el carácter de negocio dispositivo; en otro, de negocio obligacional o contrato.

tica de las posiciones que la doctrina, la ley y la jurisprudencia han mantenido sobre el particular.

NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE OPCIÓN

Discusión doctrinal.—Sobre la naturaleza jurídica del derecho de opción, ya se adelantó que se han formulado las más diversas teorías, reducibles principalmente a tres grupos:

- a) Teorías que le atribuyen el simple carácter personal.
- b) Doctrina ecléctica, que a lo más, admite el derecho de opción como uno de los llamados *ius ad rem*: un derecho de vocación real que por su constatación en el Registro adquiere, por lo menos, la eficacia de un verdadero derecho real; y
- c) Doctrina que admite su consideración como un propio derecho real.

Teoría del derecho personal.—a) Representa la primera teoría la doctrina francesa en general, de la que destacamos a COLIN y CAPITANT, que diferencian el derecho de opción (53) y la venta condicional, en qué ésta daría nacimiento a un derecho real, aunque condicional, pues para haber condición es preciso que hubiese habido venta, la cual no puede resultar más que de un compromiso sinalagmático, que no se perfecciona hasta el día de la aceptación, de lo cual deducen estos autores: 1.^º Que solamente a partir de la aceptación del titular de la opción, único hecho que le confiere un derecho real sobre la cosa, es cuando podría llevarse a cabo la inscripción de la promesa de venta, exigiendo además: 2.^º Que para que esta aceptación lleve consigo el perfeccionamiento de la venta, es preciso que el promitente siga siendo dueño de la cosa, ya que de otro modo el opcionario no podrá perseguir la cosa contra terceros adquirentes, y sólo le quedará el derecho a reclamar daños y perjuicios al deudor, en virtud del derecho de crédito que la promesa le había conferido, salvo el caso de que el tercero fuera cómplice

(53) COLIN y H. CAPITANT: «Curso Elemental de Derecho civil», 2.^a edición. Tomo IV. Editorial Reus, 1949. Trad. y notas de Dr. BUEN; revisado y puesto al día por F. ORTEGA LORCA. Pág. 24 § B, contemplan el supuesto de opción bajo el nombre de «promesa unilateral de venta», diferenciándolo de la venta condicional en las págs. 25 y 26.

del fraude, en que podría el optionario pedir la nulidad de la venta, por aplicación del principio *fraus omnia corrumpit*. Por último, como consecuencia de esta concepción, consideran que: 3.^o Si el acreedor cede su derecho eventual antes de consumarse la opción, hay una simple cesión de crédito y no una mutuación inmobiliaria, susceptible de ser gravada con los derechos fiscales propios de estas operaciones (54).

La deducción de COLIN y CAPITANT, de que solamente a partir de la aceptación del titular de la opción es cuando nace el derecho real sobre la cosa y la posibilidad de la inscripción de la promesa de venta, no es tan lógica como a primera vista parece. En realidad, no está bien analizada la formación del negocio COLIN y CAPITANT no conciben, por lo visto, un derecho autónomo de opción, y sistematizan las etapas de la formación de la venta del modo siguiente: a) Oferta de venta, con los consiguientes efectos personales vinculatorios; b) Un plazo, durante el cual la persona a quien se ha hecho la oferta tiene derecho a estudiar las condiciones, que es a lo que llaman opción; y c) Realización del derecho de aceptar, que automáticamente produce la perfección de la compraventa. Y naturalmente, concebida así, solamente produce efectos la compraventa perfeccionada. Pero nosotros, haciendo un análisis más hondo del segundo de estos momentos, podemos considerar que, a la fuerza vinculante de la oferta, puede seguir una aceptación, y por tanto un consentimiento perfecto, no para ultimar la compraventa, sino para que el titular de la opción, durante un espacio de tiempo determinado y a un precio fijado, pueda manifestar otra aceptación: la de la perfección de la venta. De esta segunda aceptación es de la que COLIN y CAPITANT hacen surgir efectos reales e inscribibles, mientras nosotros consideramos que pueden surgir éstos a partir

(54) Entre los autores españoles sigue esta teoría GAVOSO, que vé sólo en la opción directa una promesa unilateral de venta, arriendo, ingreso en sociedad, etc., pues no hay repromissio, y, criticando a OSSORIO, dice que aunque éste afirma que si hubiera promesa de venta el optionario estaría obligado a comprar, ello no es cierto, pues la promesa no es de comprar por parte del optionario, sino de vender por la del concedente, sin que haya habido por aquél repromesa de compra, ya que de otro modo estaríamos en el caso de una promesa recíproca, equivalente a un contrato de compraventa, según el núm. 2.^o del art. 1451 del Código civil. La misma opinión sustentan MORELL y DE BUÉN, para quienes la opción no modifica las facultades dominicales y, al no haber tradición, no admiten que haya derecho real ni posibilidad de inscribir, quedando sólo su posible configuración como vínculo o compromiso de fideicomiso personal.

de la primera aceptación o consentimiento autónomo a optar, cuyo objeto es perfeccionar el ulterior contrato de compraventa y a este negocio jurídico, con consentimiento, objeto y causa propios; pueden atribuirse, o simples efectos personales de indemnización por incumplimiento; o efectos reales de persecución de la cosa independientes de los que produciría la venta realizada, puesto que esta persecución se haría, no a título de propietario, sino en concepto de titular del derecho real de opción.

Con otros autores, como VALVERDE (55), defiende ALONSO MOYA, en España, el carácter o naturaleza personal del derecho de opción, y cita, en apoyo de su tesis, las teorías, que llama clásica, obligacionista de los derechos reales y teoría de BEKKER (56). Pero en su empeño de conceder excesivo valor a estas teorías, para justificar la configuración exclusivamente personal de la opción, además de caer en la confusión, que advierte RIGAU, de confundir la obligación en sentido técnico con el deber moral universal de respetar la propiedad ajena, se niega a ver, incluso, la posibilidad de considerar que sea la cosa el objeto directo de la relación opcional, lo cual no es sólo lógico, sino natural, por no decir esencial. Alega que no hay en este derecho poder directo sobre la cosa; pero tampoco lo hay en el retracto ni en el tanteo, y sin embargo, son derechos reales e inscribibles.

Teoría del derecho de vocación real.—b) Considera la opción como un derecho personal, al que por la anotación registral se dan efectos reales. Este es el sistema del Código suizo de las Obligaciones (57). Durante el plazo legal, el titular puede exigir, de cualquiera que sea el propietario del inmueble, que le sea transferido

(55) VALVERDE, hablando también de la promesa de venta de minas (*«Tratado de Derecho civil»*, pág. 344), cree asimismo que es un contrato de promesa unilateral aceptada que tiene por consiguiente la naturaleza jurídica de un contrato preparatorio, y no se puede confundir con los contratos principales en ningún caso. Más bien que un contrato de contornos y configuración propios —dice— es una variedad del de promesa.

La crítica de este concepto no puede ser demasiado objetiva; simplemente diremos que la visión de VALVERDE es muy limitada, y ya lo expresa el detalle de que dentro de toda su obra no cabe otro lugar para la opción que este rincón de la «promesa de venta... de minas».

(56) ALONSO MOYA: «El contrato de opción como un contrato preparatorio». En *Revista Universidad*, 1936, pág. 96 y ss.

(57) Su artículo 959 establece que los derechos personales, tales como el de tanteo, opción y retracto convencional, y los arrendamientos, pueden ser anotados en el Registro en los casos expresamente previstos en la

éste en las condiciones fijadas, lo cual es una superación del sistema francés. El optionario continúa siendo titular del derecho de comprar el inmueble durante el plazo marcado y por el precio fijado en el contrato constitutivo; y el comprador del inmueble, puesto que está avisado por la voz preventiva de la anotación, ya conocía, al concluir su compra, que estaba expuesto a quedarse sin el inmueble por el precio fijado en el pacto de opción, y se presume que ya habrá adquirido más barato por esta causa, no habiendo, por tanto, fraude ni perjuicio para nadie.

LA RICA opina que nuestro Reglamento Hipotecario se ha inspirado, hasta cierto punto, en este criterio ecléctico, puesto que el artículo 14 no define, ni pretende definir, cuál sea la naturaleza del derecho de opción, que podrá en lo sucesivo constituirse como simplemente personal, o en virtud de pacto expreso, como similar a un derecho real inscribible, oponible a terceros, siempre que se cumplan los requisitos de fijación de precio y determinación del plazo de ejercicio. El legislador (que en opinión de ROGUIN es quien determina la naturaleza de los derechos), ha transmitido aquí su facultad calificadora a las propias partes contratantes, que podrán configurar la opción como real o como personal, adquiriendo aquel carácter cuando estipulen su inscripción. De aquí deduce LA RICA que esta inscripción es netamente constitutiva, y que sin ella la opción no podrá tener otro juego que el de las meras obligaciones personales. Sin embargo, estimamos equivocada esta apreciación, y creemos que la inscripción será sólo constitutiva de efectos reales frente a terceros adquirentes inscritos protegidos por la fe pública registral, no en cuanto a las partes ni frente a terceros no protegidos por este principio, pues la efectividad de los derechos reales es extraregistral en nuestro sistema hipotecario.

Observa atinadamente SALDAÑA, además, que el sistema suizo de anotación tiene en España el grave inconveniente de que en nuestro Derecho impera, a este respecto, el principio del *numerus clausus*. El artículo 42 de la Ley Hipotecaria, después de enumerar

Ley, convirtiéndose así en oponibles a todo derecho posteriormente adquirido sobre el inmueble. Y el artículo 693, que «cuando un derecho de opción o un derecho de retracto convencional ha sido anotado en el Registro inmobiliario subsiste por el tiempo dejado 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».

nueve casos de anotación, con ninguno de los cuales tiene analogía la opción, concluye que «podrá también pedir anotación preventiva: 10.^º ...el que en cualquier otro caso tuviere derecho a exigir anotación preventiva, conforme a lo dispuesto en esta o en otra Ley». Y ni en ésta ni en ninguna se autoriza al titular de la opción a pedir anotación de su derecho.

Pero es que además, y en términos más generales, es inaceptable que la naturaleza jurídica de un derecho quede al arbitrio de que las partes quieran o no inscribirlo (otra cosa sería admitir que las partes *az initio* puedan acordar efectos que fuercen a considerarlo como derecho real o personal). La inscripción no tiene, en nuestro Derecho, efectos constitutivos, sino convalidantes, y el derecho de opción configurado como real ya lo es independientemente de la inscripción.

Teoría del derecho real.—c) Puede decirse que la posición que defiende la construcción real de la opción es una doctrina especialmente española, que la considera como un «derecho real de adquisición preferente» (siguiendo la clasificación de GIERKE), de la familia del tanteo y retracto convencional.

Respecto de este último, el artículo 1.510 del Código civil desvanece afirmativamente toda duda sobre su construcción como derecho real *erga omnes*. Del tanteo (que configurado como derecho real tiene, con respecto a la promesa de compra, la misma relación que la opción con respecto a la promesa de venta) y de la opción misma, ya no puede decirse lo mismo, aunque la posibilidad de considerarlos como derechos reales de adquisición preferente se nos aparezca clara. La doctrina, con argumentos de tipo teórico de un lado, y basada en el Derecho positivo y en la jurisprudencia, por otro, se ha esforzado y se esfuerza en conseguir la consagración de este punto de vista.

Primera demostración teórica.—Después de OSSORIO y GALLARDO, primer escritor en España sobre el derecho de opción, y primero también en admitir y propugnar su construcción real, es SALDAÑA, en un trabajo verdaderamente magnífico de contenido y exposición (58), el que defendió esta orientación, tomando como base

(58) SALDAÑA: La opción y el Registro de la Propiedad. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1928.

la finalidad de la institución misma. Citando varios ejemplos de la doctrina extranjera (59), concluye que en todos ellos se observa que el titular de la opción tiene un interés eventual, pero decidido, en llegar a ser propietario del inmueble, que ha de ser base de sus operaciones y negocios. No quiere indemnizaciones en caso de incumplimiento: quiere el inmueble (60).

La solución de considerar la opción como mero derecho personal debe, por ello, descartarse, pues entonces de bien poco podría servir a su titular, que no logra el verdadero fin que se proponía, y, además, incluso embarazaría más al sujeto gravado, que no podría vender el inmueble sin verse expuesto a pagar indemnizaciones, de muy difícil evaluación, que se prestan a sucios negocios (en tal caso el opcionario, tuviera o no verdadero interés por la finca, siempre se apresuraría a decir que sí y a intentar la indemnización), y que podrían resultar desproporcionadas, en uno u otro sentido (61).

JERÓNIMO GONZÁLEZ considera la opción como un negocio de vinculación (en técnica alemana, Bindung), como contrapuesto al concepto de negocio de obligación (Verpflichtung), pues en ella el oferente, por estar ligado, no puede impedir que el contrato surja por la voluntad del aceptante (62).

La orientación realista sigue con RÍOS MOSQUERA (63) y MENGUAL, que en un destacado trabajo critica la excesiva unión de los conceptos de derecho real y derecho inscribible, diciendo que la calificación que de ellos dé el Registrador no varía su naturaleza

(59) SALDAÑA: Ob. cit., pág. 748.

(60) SALDAÑA: Ob. cit., pág. 746.

(61) SALDAÑA: Ob. cit., pág. 747: «Quién sería capaz de averiguar, v. gr., cuánto deja de ganar un hotelero que no puede ampliar su hotel cuando la marcha próspera del negocio lo exige?»

(62) JERÓNIMO GONZÁLEZ: «Estudios de Derecho hipotecario y civil». Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, 1948, tomo III, páginas 221 y 222, sigue en su construcción a ENDEMANN y PLANCK, adoptando la teoría de VON TUHR sobre los negocios de vinculación. J. GONZÁLEZ llega a esta conclusión después de destacar la analogía de facultades entre el promisorio, dentro del plazo de la opción, y el titular del derecho de retracto, lo cual le induce a admitir un derecho de compra común en cierto modo a esta figura, ya que, «n la opción con precio cierto, el favorecido actúa como un retrayente y obtiene con el pago del precio, ya la perfección del contrato de compraventa, ya, en algunas legislaciones, la cosa misma. Esta posición se acerca pel.grosamente a la del «precontrato», pero en lo que se refiere al derecho del opcionario, supera la tesis obligacionista.

(63) RÍOS MÓSQUERA: «Derecho Hipotecario», pág. 304.

jurídica. Siguiendo en su exposición la de los caracteres que SÁNCHEZ ROMÁN considera esenciales a todo derecho real, demuestra que todos ellos los reúne la opción, salvo la protección por acciones reales, que más que un carácter es una consecuencia de la catalogación que la ley dé a los derechos, y en los tiempos en que MENGUAL escribe esto, no había base en nuestro Derecho positivo para considerar como real el derecho de opción. El mismo MENGUAL lo destaca así, concluyendo que ello no impide que por sí y en sí tenga la opción esta naturaleza (64).

La inmensa ventaja de la configuración real de la opción la ve ya este autor en que ello despejaría el horizonte del tráfico jurídico, permitiendo un mejor movimiento de la propiedad. Pues, aparte la adquisición de la finca por el mismo opcionario, si se decide a ello, el propietario del inmueble gravado puede, por su parte, y en todo momento, gravarlo o sujetarlo a nueva opción, ya que después de todo la enajenación arrastraría la carga anterior, conjuntamente con el inmueble, o las nuevas opciones se hallarían sujetas al principio *prius in tempore, potior in iure* y al de la prelación de créditos y cargas reales (65).

Poco importa, pues —concluye—, que la Ley no reconozca como real —dice— al poseedor del inmueble o al que sobre él mismo tiene derecho de obtener una o varias utilidades. Tiene la acción para conseguir que se le respete aquel derecho, del mismo modo que el acreedor hipotecario tiene derecho a que se le ampare y se le respete en dicho derecho real; además, hay una cosa específica y determinada, que es otro de los requisitos señalados como esenciales por SÁNCHEZ ROMÁN, para los derechos reales. La opción sobre inmuebles (y hay que pensar que también sobre muebles) puede ser, pues, un derecho real que limite las disponibilidades económicas del propietario del inmueble, que faculte al titular para disfrutar de disponer única y exclusivamente de los efectos jurídicos de la opción y que autorice a dirigir su acción contra todo detentador, sin privar al dueño del inmueble de poderlo enajenar o constituir nuevas opciones, aunque a base de la prelación contractual. Todo es cuestión —concluye— de una declaración legal que podría hacer

(64) MENGUAL: Ob. cit., pág. 189.

(65) MENGUAL: Ob. cit., pág. 193.

el legislador tomando como norma las declaraciones normativas de la hipoteca, el arrendamiento o la prenda.

Admite también la orientación realista otro grupo de autores, como CASTÁN (66), DE CASSO (67) y GIMÉNEZ ARNAU (68), no distinguiendo este último siquiera la opción del tanteo convencional, ya que considera aquélla como un tanteo menos condicionado.

ROCA SASTRE (69) admite también el carácter real de la opción, cuando se constituya así, mediante un negocio de disposición, puesto que supone el establecimiento de un gravamen real, pudiendo también constituirse como derecho personal mediante un negocio obligacional o contrato. La opción —dice—, como el tanteo, es un derecho perfectamente incluible en la categoría de los llamados derechos reales de adquisición preferente; es decir, los que atribuyen a su titular la facultad de adquirir, en ciertas circunstancias, la propiedad de una cosa o derecho (70). «Si al retracto convencional se le reconoce hoy naturaleza francamente real (art. 1.510 C. c.), no se comprende por qué no ha de suceder lo mismo con el tanteo convencional o con la opción (71), que no son más que simples variantes de derechos reales de adquisición, cuya única diferencia consiste en que el titular del derecho de retracto tiene la facultad de readquirir una cosa que ya fué suya, en tanto que en el tanteo y

(66) CASTÁN: «Derecho civil español, común y foral». 7.^a ed., 1949, tomo II, pág. 35. Siguiendo a ROCA SASTRE y ateniéndose al artículo 14 del nuevo Reglamento y a la moderna jurisprudencia de la D. G., admite la configuración real del derecho de opción y su inscribibilidad. Ya en ediciones anteriores (la sexta, por ejemplo, 1944) de la misma obra, tomo III, págs. 339 y ss., aun reconociendo la inexistencia (por aquel entonces) de base legal para admitir la citada configuración real, la reconocía como más ventajosa y susceptible de una publicidad registral.

(67) I. DE CASSO: «Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad», pág. 351 y ss. Este autor acepta también el posible carácter real de la opción, si así se la configura, como similar al tanteo convencional.

(68) E. GIMÉNEZ ARNAU: Ob. cit., tomo I, pág. 108.

(69) R. ROCA SASTRE: «Estudios...» (Ob. cit.), pág. 350.

(70) «No existe obstáculo alguno para admitir que pueda considerarse como verdadero derecho real, aceptando o todo posterior adquirente de las fincas a que se refiere, pues un derecho real lo mismo puede limitar con gravámenes de disfrute (usufructo, etc.) las facultades de aprovechamiento de una cosa, como puede condicionar los poderes de disposición del propietario mediante la constitución de derechos reales de realización de valor (hipoteca, etc.), o de derechos reales de adquisición (tanteo, retracto y opción); esto no puede considerarse como una prohibición de disponer impuesta al propietario, sino un condicionamiento de sus facultades dispositivas.»

(71) ROCA SASTRE: «Derecho Hipotecario» (Regist.), págs. 554 y 565, tomo II.

la opción se atribuye la facultad de adquirir una cosa prescindiendo de si fué o no en otro tiempo propia del titular del derecho.» En todos estos casos se trata siempre de un derecho de adquirir una cosa, sin que la circunstancia de haber estado o no antes en el dominio de dicho titular pueda alterar la naturaleza sustancial del derecho.

Finalmente, LA RICA, en sus comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario, aplaude también la última reforma de éste, permitiendo la configuración real de la opción a la libre voluntad de las partes, por el hecho de consentir en su inscripción. La crítica de este último aspecto, en su concepción, se hizo ya en otro lugar, y lo que interesa aquí es la defensa que el autor hace de esta configuración real. Saliendo al paso de los inconvenientes prácticos de ésta, dice que, en cuanto a la posible desvalorización de la finca objeto de la opción, si es onerosa, podrá compensarse, y en cuanto a que frene las mejoras y estimule el abandono de las fincas (pues al no poderse modificar el precio convenido no le interesaría al propietario realizar obras, transformaciones, edificaciones que aumenten el valor del inmueble), cabe oponer, por un lado, la breve duración que este derecho suele tener, y por otro, que generalmente va unido a contratos de arriendo, en cuyo caso actúa claramente en favor del progreso agrícola, impulsando las mejoras, puesto que el arrendatario con opción inscrita puede realizarlas con toda amplitud y seguridad, en la certidumbre de que han de revertir en su propio beneficio cuando ejercite la opción (72).

Vista la defensa de la configuración real de la opción por la doctrina, seguirá ahora el examen de la demostración de la posibilidad de esta construcción que la misma doctrina hace a base del Derecho positivo y de la jurisprudencia.

Segunda demostración sobre el Derecho positivo y la jurisprudencia.—Lamentaba OSSORIO (73) el abandono en que la legislación y la jurisprudencia habían tenido hasta aquella época la figura jurídica de la opción, para la que no había, como derecho personal, más amparo que el prestado a todas las convenciones lícitas por los artículos 1.254 y 1.255 del Código civil, y como derecho

(72) R. DE LA RICA: Ob. cit., pág. 26.

(73) A. OSSORIO: Ob. cit., págs. 10 a 12.

real, dudosamente, el artículo 8.º, párrafo último del Reglamento para la recaudación del Impuesto de Derechos reales de 20 de abril de 1911. Este decía, textualmente, que «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 de las mismas condiciones que la transmisión de dichas clases de bienes sobre la base de la prima convenida a favor del propietario» (74).

El comentario de este artículo, dirigido a probar la naturaleza real del derecho de opción, lo hace SALDAÑA (75) de una forma clara y original, aunque no nos sirva, en realidad, como argumento, pues las calificaciones fiscales, según la jurisprudencia del T. S. (sentencia de 5 de noviembre de 1913), no tienen valor a efectos civiles (76).

También CAMPUZANO (77) admite la construcción real de la opción, sobre la base del artículo 14 del Reglamento Hipotecario de 1915, y ALONSO MOYA, que la negaba en Derecho positivo español por entonces, la admitía según el sentido en que venía redactado el Código de las Obligaciones y Contratos de la Zona del Protectorado español en Marruecos (78). Esta es la doctrina ante-

(74) Criticaba OSSORIO (ob. cit., págs. 99 a la 102), la deficiente redacción de este precepto al decir «de minas u otros bienes inmuebles», en la cual sobra, en pura técnica, el primer elemento, así como la referencia «del llamado derecho de opción», como si ya fuera algo definido en alguna parte, siendo así que en ningún cuerpo legal se contenía alusión alguna a este derecho, y no cabiendo más derecho de opción que el nacido de un contrato, será éste el que tribute, y así debiera haberse redactado. Criticaba también OSSORIO el que diga que «satisfará el impuesto de las mismas condiciones que la transmisión de dicha clase de bienes sobre la base de la prima convenida a favor del propietario», diciendo que esto nada tiene que ver con la transmisión, porque lo mismo puede ésta hacerse que no. Pero OSSORIO no tiene en cuenta que el Reglamento procede con la técnica consecuente con todo su sistema, ya que para él, indudablemente, el derecho de opción es asimilable a los derechos sometidos a condición, y que de no hacer uso el titular de su derecho, se resolvería procediendo a la resolución de lo anticipadamente pagado.

(75) J. SALDAÑA: Ob. cit., págs. 744 y 745.

(76) SALDAÑA realiza este comentario diciendo que puesto que el Reglamento del Impuesto de Derechos reales coloca la opción entre los Derechos reales y no entre los de crédito, gravándola con mayor tipo que si la hubiera considerado derecho de obligación, es que la considera real.

(77) F. CAMPUZANO: «Principios generales de Derecho Hipotecario y de legislación inmobiliaria», pág. 394.

(78) ALONSO MOYA: Ob. cit., págs. 92 a la 94, dedica un extenso comentario a la regulación del derecho de opción en este cuerpo legal.

rior a nuestras reformas legales fundamentales en el ordenamiento inmobiliario (79).

Posteriormente a ella, la doctrina del derecho real de opción no tiene ya ningún inconveniente, conforme al artículo 2.^º de la Ley Hipotecaria y los 7 y 14, especialmente este último, del nuevo Reglamento (80). Con este precepto, dice LA RICA en su citada obra y al comenzar su comentario, se autoriza al fin expresamente el acceso al Registro de un derecho que ya en la práctica ingresaba algunas veces en sus folios, aunque siempre como pacto anejo o condicional de otro derecho inscribible y sometido al criterio personal del Registrador (81).

En un sistema de *numerus apertus*, aunque limitado, como el nuestro —prosigue el autor—, no había realmente inconveniente en admitir como derecho real a la opción, ni su configuración como tal ofrece graves problemas técnicos; por otra parte, si se limitara su eficacia a la de un simple derecho personal, la opción valdría bien poco. Debe construirse como un derecho real de adquisición, que más que imponer una obligación al que constituye, implica una limitación de sus facultades dispositivas, una modificación del *ius*

(79) Hay que tener en cuenta sólo muy relativamente los argumentos desfavorables de estos autores para la construcción real de la opción en el derecho positivo español, pues la reforma del actual Reglamento Hipotecario, muy posterior, es trascendentalísima, y el estado de nuestro ordenamiento anteriormente disculpa, en cambio, la posición de este sector de la doctrina.

(80) Artículo 2.^º de la L. H.: Establece bien claramente el principio del *numerus apertus* al declarar inscribibles los títulos en que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan derechos de ... «y otros cualesquiera reales».

Art. 7.^º del R. H.: Mantiene este principio, aun más a ultranza, al decir que «conforme a lo dispuesto en el art. 2.^º de la Ley, deberán inscribirse... sino cualesquier otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en Derecho, modifique desde luego, o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a Derechos reales».

Art. 14 del R. H.: «Será inscribible el contrato de opción o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias, para la inscripción reúna las siguientes: convenio expreso de las partes para que se inscriba; precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiera convenido para conceder la opción; plazo para el ejercicio de la opción...»; en una palabra: las mismas circunstancias que se han señalado para admitir su configuración real. La segunda parte de este artículo se ocupa del arrendamiento con cláusula de opción de compra.

(81) LA RICA: Ob. cit., pág. 23.

disponendi, y como tal debe hacerse constar en los folios del Registro. Por otra parte, suprimidas las prohibiciones de disponer contractuales (a cuya protección se acogía antes la opción para su entrada indirecta en el Registro) por la Ley de 1944, incorporada al texto refundido, queda resaltada del modo más terminante la admisión de la inscribibilidad directa de la opción como derecho real.

Sólo queda ya como materia de nuestro estudio, en este punto de la naturaleza jurídica de la opción, la posición de la jurisprudencia, que por otra parte, hemos visto en otros puntos de este ensayo, ha venido saliendo paulatinamente de dudas. Poco puede aclararnos, por otra parte, la jurisprudencia, una vez aceptada por nuestro ordenamiento positivo la naturaleza real de la opción; pues las sentencias y resoluciones, en su mayoría anteriores a la publicación del último Reglamento Hipotecario, por carecer de un texto que interpretar y teniendo que fundarse en consideraciones doctrinales y en la analogía, es natural que se mostrara reacia a una innovación que pudiera quedar luego como contradictoria a las declaraciones legales; no obstante, fué preparando el camino, con la distinción de nuestra figura del contrato de promesa de venta, en la sentencia fundamental de 23-III-1945, que rectificando la antigua tendencia favorable a la identidad de ambas figuras y contraria a reconocer naturaleza real al derecho del promisario (resoluciones de la D. G. de 12-III-1864, 17-XII-1885, 9-I-1893, 16-XI-1902, 25-I-1908; sentencia del T. S. de 6-XII-1904, etc., y que no era inscribible por tratarse de una obligación personal: resolución de 23-V-1910; o a mostrarse partidaria del *numerus clausus*: resolución de 28-I-1927), decidió que el campo de aplicación del artículo 1.451 se limitaba —comenta HERNÁNDEZ GIL— a las promesas bilaterales, de las que quedó excluida la opción, abundando en la misma idea las sentencias de 10-VII-1946 y 18-I-1947. Finalmente, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 27 de marzo de 1947, posterior ya a la redacción del nuevo Reglamento, admite expresamente la configuración por las partes del derecho de opción con carácter real.

Y no hace falta llegar a las decisiones de los organismos jurisprudenciales supremos de la nación; tal solución la admite ya la práctica judicial, y ejemplo de ello es la interesante sentencia de 27 de septiembre de 1946, dictada por el Juez de Primera Instancia

número 18 de Madrid, señor Samaniego, actualmente Magistrado de su Audiencia Territorial, alguno de cuyos considerandos extraemos, a título de nota, por el interés que supone el detenido estudio que en ellos realiza el citado Juez sobre el derecho de opción (82).

EL DERECHO PERSONAL DE OPCIÓN.—FUNDAMENTO, EFECTOS Y PROTECCIÓN

Fundamento.—Quedamos, pues, en que el derecho de opción será real o personal, según resulte de sus efectos propios, una vez convenidos todos los extremos por las partes. Veamos ahora el contenido del derecho personal de opción.

Su fundamento, desde el punto de vista práctico está, para ROCA SASTRE, en la conveniencia que entraña para una parte el tener a su disposición, por un cierto plazo, la vinculación de la otra.

La opción, al conceder al optionario libertad de movimiento y de decisión, constituye —sigue recalculo el autor—, en ciertas circunstancias, un medio adecuado en la complicada contratación mo-

(82) «... En cuanto al problema de la calidad del derecho originado, dentro de la diversidad de opiniones dentro del campo doctrinal, puede afirmarse que el contenido de aquél excede del simple derecho de obligación y constituye, cuando menos, y ello dentro de una tímida calificación, una vocación al derecho real, si bien debe en realidad estimarse que como derecho real limitado en los denominados de adquisición...». (Considerando 6.º)

«... Se advierte, asimismo, que si el derecho conferido al optionario no se halla en la cosa material y físicamente, como en los típicamente inre domínio, servidumbre, uso, etc., confiere a su titular un derecho a la cosa de tipo persecutorio, que si bien en su origen pudiera tener carácter personal, es real en su aplicación...» (Considerando 6.º)

«... En el campo del Derecho positivo vigente a la fecha de la constitución del derecho... y conforme al sistema del derecho intertemporal..., es procedente sostener la tesis de la inscribibilidad del derecho de opción: primero, porque el art. 2.º de la Ley permite la incorporación al Registro, además de aquellos derechos que enumera taxativamente, aquellos otros que tengan carácter real, aunque no estén enumerados...; y segundo, porque el artículo 14 del Reglamento (del antiguo, actualmente 7.º), reafirma este criterio de la Ley, ampliándolo a cualquier acto o contrato que sin nombre propio en Derecho modifícase, desde luego, o en lo futuro, alguna de las facultades de dominio...» (Considerando 7.º)

«... No constituye calificación ilegal la efectuada por el Registrador de Fernando Poo al inscribir como derecho real el de opción.» (Considerando 8.º)

derna, civil y mercantil. No se ve inconveniente alguno para la justificación jurídica de esta figura en el artículo 1.115 del Código civil, según el cual es nula la obligación sujeta a una condición cuyo cumplimiento depende de la voluntad exclusiva del deudor, pues, como dicen PÉREZ y ALGUEK (83) al examinar la condición *si volam o si volueris*, es imposible concebir una obligación sin vínculo obligatorio, una obligación sin obligación, pues esto es una *contradictio in adjecto*, pero dicho precepto no puede extenderse a donde la condición se refiera a algo más que a una obligación, o sea, cuando no es la obligación la que depende de la exclusiva voluntad del deudor, sino todo un conjunto de derechos y de obligaciones, toda una relación jurídica, todo un contrato, pues entonces cabe perfectamente que su perfección dependa de la exclusiva voluntad de una persona, aunque ésta sea, en parte, deudor de esta relación (84).

Efectos.—En cuanto a los efectos del derecho personal de opción, pueden ser estudiados, siguiendo el camino que propone ROCA SASTRE (85), en sus tres estadios de *pendentem*, *existentem* y *deficientem*.

Mientras se halle pendiente el derecho, se produce una situación provisional, que durará hasta que el optionario use de su facultad de elegir, en uno u otro sentido, bien expresamente (casos de decisión positiva y de renuncia formal anticipada), o de modo tácito, indicando su desistimiento por medio de dejar transcurrir, inoperante, el plazo. Durante esta situación interina, la parte concedente está vinculada con respecto al concierto, por su parte, del negocio definitivo (recuérdese lo que decía VON TUHR sobre esta clase de negocios de vinculación o Bindung), y obligada, en la relación interna de opción, a no hacer nada que pueda frustrar la realización del derecho del optionario, si éste quiere llevarlo a la efectividad. Cuando la opción sea de compra, por ejemplo, esta vinculación se concretará en una obligación específica de abstenerse: no enajenar a otro ni conceder otra opción, que llevada a su efectividad, frustraría el derecho preferente de la otra parte. El optionario, durante este tiempo, está consumando un derecho que le corresponde: el de reflexionar sobre su futura actividad y sus conveniencias,

(83) PÉREZ ALGUER: «Notas a Enneccerus». I-2, pág. 325.

(84) y (85) ROCA SASTRE: «Estudios...» (cit.), respectivamente, páginas 355 y 360.

respecto del contrato principal y sus efectos, y ésta consumación se concretará en una decisión expresa en el momento del plazo en que lo deseé. Asimismo, tiene la obligación (interna) de satisfacer la remuneración, caso de haberse convenido. Pero durante este período no se produce transmisión alguna de propiedad, cuestión que importa destacar ante la posición de la doctrina francesa, para la que la compraventa implica de por sí enajenación.

Consecuencia de ello es que los frutos de la cosa serán del dueño de la misma, que sigue siendo el concedente, puesto que también los riesgos le perjudican, exclusivamente, de momento. El optionario obtiene con la opción un derecho puramente personal o de crédito.

Cuando el optante esté autorizado para ceder a terceros su derecho a optar, resultará así que su transmisión será una verdadera cesión de créditos, cuya plena eficacia está supeditada, aplicando la regla general de esta institución, a que sea notificada al concedente.

El caso de incumplimiento por parte del concedente que vende a un tercero extraño a la relación de opción, o de algún otro modo se desprende en favor de un tercero de la disponibilidad del objeto o derecho sobre el que recaía la opción, no puede resolverse más que reconociendo validez a esta transmisión (salvo caso de probarse una complicidad del adquirente en el fraude), y, en principio, defraudada la expectativa del optionario, que se compensará, hasta donde sea valioso, con una indemnización de daños y perjuicios.

Pasando al segundo estadio de este derecho, el de la decisión, se señalan los siguientes efectos: Si la decisión es afirmativa, el efecto inmediato es producir la efectividad de la compraventa o del contrato principal a que se refiera, cuyas obligaciones brotan entonces con toda la fuerza de su exigibilidad. Pero con una circunstancia que ya dijimos distinguía la opción del término suspensivo, y que sólo encuentra contradicción inexplicable en la legislación del Marruecos español, como antes se vió. Y es que los efectos del contrato que ha adquirido su perfección inmediata no se retrotraen al tiempo de concertarse la opción: esto es interesante a los efectos de los frutos de la cosa y a los riesgos de la misma, así como para terminar la fecha fiscal para el devengo del impuesto. Esta decisión afirmativa, no existiendo inconveniente natural ni legal para ello, puede inferirse tácitamente de actos realizados por el optionario.

rio con la intención de asentir, y no sólo de una manifestación expresa. Unicamente hay que señalar, con ROCA SASTRE, que esta decisión tiene carácter recepticio, o sea que ha de ser notificada al concedente, y lo procedente es que sea notificada precisamente dentro del plazo de vigencia de la opción.

Por fin, si el opcionario deja transcurrir negativamente el plazo, o adelanta este mismo efecto negativo, renunciando expresamente con anterioridad, quedan las cosas como estaban y como si no se hubiera iniciado el negocio jurídico desistido o caduco.

Protección.—¿Qué protección tiene la opción como simple derecho de crédito? Primeramente, las acciones correspondientes para exigir su cumplimiento en juicio y para pedir la indemnización, *id quod interest*, caso de quedar incumplido. Pero ROCA SASTRE, en la última edición de su «Derecho Hipotecario» (86), posterior al Reglamento Hipotecario vigente, cree, además, que la innovación de este último, en su artículo 14, al declarar inscribible el derecho de opción, se refiere no al configurado por las partes como real, sino al derecho personal de opción. Ya se criticará esta opinión, que creemos errónea, en su lugar oportuno.

JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO
Abogado.

(Continuará.)

(86) ROCA SASTRE: «Derecho Hipotecario» (para Notarías). 1948, tomo III, págs. 28 y 31. Dice que, por tanto, el Registro ha ampliado el campo de protección mediante inscripción, de derechos personales, del derecho de arrendamiento a este de opción, como un medio de obtener la fe pública más fuerte incluso que el sistema suizo de la anotación preventiva.