

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXVII

Febrero 1951

Núm. 273

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

I. EL PACTO DE OPCIÓN

Actualidad de la opción.—Entre las instituciones que vienen elaborándose en plenos tiempos actuales, respondiendo a una realidad vivida en el tráfico jurídico, está la de la llamada «opción», cuyo asunto —podría decirse con frase casera— está sobre el tapete. Como afirma PUIG PEÑA (1), se ha generalizado mucho en los últimos tiempos la inserción, en la contratación sobre inmuebles, de las llamadas cláusulas de opción, el uso de las cuales hizo observar a los autores que merecía los honores de un estudio independiente.

Pero, ¿es una institución nueva, un invento de la ciencia jurídica, adaptable a necesidades de actualidad? Indudablemente, no. Es —como todo en el Derecho— el producto de una gestación lenta, paulatina y concienzuda, de una adaptación de antiguas figuras, aplicadas al momento de hoy, después de una necesaria transformación de la que ha ido encargándose la doctrina, la jurisprudencia,

(*) Trabajo premiado en el Concurso «Oloriz» (bienio 1948 a. 1950), por la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, con el primer premio.

(1) F. PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*. Edit. Revista de Derecho Privado. Tomo III, pág. 511.

y un algo abstracto, más práctico y vulgar: la experiencia, la vida misma.

De su consagración en el estudio de investigación y de enseñanza, y en la letra de los cuerpos legales, estamos en la antesala misma. La doctrina contemporánea, verdaderamente magistral, ha salido ya en gran medida del confusionismo de las primeras impresiones y de las discusiones iniciales. Y la institución jurídica de la opción —producto de refundición, como se dijo, y no de creación— se va trabajando, terminando, tomando cuerpo. Y lo que hace pocos años era un negocio jurídico casi desconocido en la práctica y, por consiguiente, olvidado en la teoría, va hoy entrando francamente en la corriente del tráfico de los negocios cotidianamente concertados y consiguientemente, en la atención del investigador, del Juez y del abogado. Los Protocolos notariales van enriqueciéndose en ejemplos del éxito práctico de esta figura y los Tratados y Revistas reflejan en sus páginas el interés del jurista (2).

La opción es, pues, un tema de eminente actualidad. Los modernos Códigos pasan todavía por alto, generalmente, esta institución. El Código civil y el de las Obligaciones de Suiza, se ocupan algo de la opción, pero sin llamarla así. El art. 1.331 del nuevo Código civil italiano, con el nombre de «opzione» conoce la situación jurídica en la que una parte queda vinculada a la propia declaración, y la otra se reserva la facultad de aceptarla. De otro lado, Cuba tiene una regulación legal completa del «contrato de opción». En nuestra Patria, el Código guarda silencio acerca de la opción, que deberá regularse —como indica la sentencia de 23 de marzo de 1945— conforme a las normas generales relativas a Obligaciones y contratos. Ya se verá, finalmente, cómo el Código de las Obligaciones en la Zona del Protectorado español en Marruecos se ocupa de la compraventa con cláusula de opción, aunque su contenido no responda al mismo

(2) Desde la monografía *El contrato de opción*, de OSSORIO Y GALLARDO en 1915, la cuestión ha sido tratada, dentro de la doctrina española, que ganará con ello el mérito de una aportación primordialísima a la construcción de esta figura, por GAYOSO en *Revista de Derecho Privado*, 1927; SALDAÑA en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1928; J. GONZÁLEZ en esta misma Revista, 1932; ALONSO MOYA en *Universidad*, 1933; MENGUAL en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1936; ROCA SASTRE en sus modernos *Estudios de Derecho Privado*, 1948, y en sus obras de Derecho Hipotecario; LA RICA en sus *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, 1948 (Madrid, Colegio Nacional de Registradores), así como PUIG PEÑA, CASTÍN y otros tratadistas en sus obras de carácter general.

criterio progresivo que su mera inclusión supone. Por último, el Tribunal Supremo ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre el extremo que nos ocupa, en sentencias de 23 de marzo de 1945, 10 de julio de 1946, 18 de enero de 1947 y 27 de febrero de 1950, y la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 27 de marzo de 1947. Y por fin, el único precepto positivo español que regula la institución, nació como art. 14 del Reglamento Hipotecario vigente.

Todo ello viene a avalar aquella afirmación de que la opción, era una cuestión sobre el tapete.

CONCEPTO

Precedentes y etimología.—Ya se ha dicho que el instituto de la opción es muy moderno. Cuando el Derecho romano habla de «*optio*», —por ejemplo en la *optio servi*, en la *optio tutoris* o en los legados de opción— era siempre en materias ajenas por completo al ámbito en el que hoy se desarrolla la figura a la que se ha aplicado este término; en otras palabras, no existe precedente de ninguna clase, en Derecho romano, de la actual opción, que era desconocido, y el término *optio*, jurídicamente, no nos sirve más que como precedente etimológico aplicable tanto a este caso específico como a todos aquellos negocios en los que la voluntad juega un papel interno de decisión ante un dilema fundamental; ante el *dare* o el *non dare* ante el *facere* o el *non facere*, es decir, en todos los casos en que la voluntad deba realizar una elección. No es poco inconveniente el de la anfibología de este término, que por otra parte, describe mejor que ningún otro la esencia de la institución que nos ocupa (3).

Esta generalidad o anfibología se ha deslizado también en nues-

(3) Critica esta etimología GAYOSO en «Cuestiones sobre el contrato de compraventas», *Revista de Derecho Privado*, 1927, págs. 193 y ss., por considerar que en nuestro caso específico el sentido de la opción no equivale al de elección, sino más bien al de pretensión o aspiración. Rechazamos esta concepción que, según el moderno sentido que los procesalistas dan a la pretensión, limitaría la opción dentro de los derechos personales exclusivamente —lo cual está de acuerdo con el sentir de este autor, pero no con el nuestro—, puesto que la pretensión equivale a exigencias del acreedor sobre el deudor para una determinada prestación, mientras que ampliando su esfera de vida a los derechos reales habrá lugar a una acción, ejercitable también contra terceros, solicitando la tutela jurídica del Estado.

tras, leyes vigentes (4). Siempre que nuestros ordenamientos legales —y, son muchas las ocasiones— hablan de opción; de optar, es en el sentido general de elección de situaciones jurídicas determinadas por parte de los sujetos de la relación de que en cada caso se trate; no hay referencia alguna a la específica opción de que se va a tratar en estas páginas. Sólo el Reglamento fiscal de Derechos reales, desde su reforma de 20 de abril de 1911 mencionó la opción en su sentido genuino, aunque con notorias deficiencias técnicas, como se lia de ver en su lugar. Hasta que finalmente, llegamos al aludido artículo 14 del vigente Reglamento Hipotecario, que da a nuestra figura el espaldarazo de su consagración legal, si bien de una manera aun susceptible de mejora, como se verá más adelante.

Concepto amplio y estricto: delimitación inicial.—Tras esta introducción, se entra en el concepto de opción. Es preciso, aún específicamente, darle primero un carácter general, ya que los autores, por disparidad de criterios en torno al problema de su naturaleza jurídica, le dan unas veces carácter de contrato independiente; otras de contrato accesorio o preparatorio; e incluso, sobre una nueva base de discrepancia en cuanto a la naturaleza del derecho que origina, unos limitan el concepto al campo de los derechos de obligación, mientras otros le admiten efectos reales. . . .

Ejemplos de concepción amplia son las de OSSORIO Y GALLARDO, primer autor español sobre la materia, que equiparó la opción, en esencia, a un derecho de elección, o mejor dicho «derecho exclusivo, durante un cierto tiempo, a hacer algo de lo que se ha de obtener algún beneficio» y el autor italiano GIANCARLO FRE (5) quien la define como «facultad reconocida generalmente por un cierto tiempo a una persona; de obtener una determinada prestación o ejercer un determinado derecho, con preferencia a cualquier otra».

Pero ésto es la opción como derecho. Como acto convencional

(4) No se dice ésto con intención de crítica, ya que la redacción de nuestros códigos y leyes especiales fundamentales fué anterior a la aparición pujante de la opción en el campo de tráfico jurídico contemporáneo. En estos cuerpos legales no se regula esta institución específica, sólo brevemente intuida en los grandes autores de la época (así, C. VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*, 3.^a ed. III. Pág. 344, por ejemplo), gracias a lo cual probablemente no tenemos hoy que lamentar algún craso error, debido a lo poco conocido de la figura en aquel entonces.

(5) G. FRE: *Il diritto di opzione*, en *Nuovo Digesto italiano*, IX, página 172 (Turín, 1939).

entre vivos por el cual se crea este derecho ; es decir, el pacto de opción, puede ser definido como «Pacto o cláusula que, adjunto a un contrato típico de perfección normalmente inmediata, altera en él dicha circunstancia, suspendiendo su efectividad hasta un cierto plazo máximo de caducidad, y produciendo ínterin una situación jurídica en la que una de las partes, el beneficiario de la opción, puede, sin obligación de hacerlo, decidirse por la efectividad del negocio ; y la otra, mientras tanto, viene obligada a mantener el mismo, bien de un modo absoluto (sin poder transmitir la cosa, o prestar el servicio u otorgar la ventaja objeto del contrato a otra persona : opción personal), bien de modo relativó, pudiendo transmitir a otra la cosa, gravada y viridicable a favor del beneficiario del pacto mientras dure el plazo que se estableció (opción real)». El desarrollo de este concepto se verá en los epígrafes siguientes :

NATURALEZA JURÍDICA DE LA OPCIÓN.—DISTINTOS ASPECTOS

Desde el primer momento, pues, podemos decir que la cuestión crucial de la materia es la de su naturaleza ; naturaleza esencial y funcional de la opción como acto originario de derechos para poder conocer a qué clase de situaciones es aplicable, y naturaleza jurídica, después, del derecho que nace por su efecto. Puede, pues, seguirse, para el análisis que nos proponemos, la sistemática siguiente :

Naturaleza jurídica de la opción como acto originario de derechos. { ¿Qué es la opción como negocio? ... { ¿Es una fase preliminar o tráto? { ¿Es un «precontrato»? { ¿Es un verdadero Contrato típico? { ¿Es un tipo contractual? Pacto. Cómo funciona la opción.

De la naturaleza jurídica de la opción como derecho subjetivo, como relación (real o personal) surgida del negocio opcional, se tratará en la segunda parte de este trabajo, después de considerado totalmente el primer aspecto de la opción, acto originario de derechos.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA OPCIÓN COMO ACTO ORIGINARIO DE DERECHOS.—QUÉ ES LA OPCIÓN

A) ¿Es una fase preliminar o generadora de un contrato?— El primer punto de la cuestión es el que suscita el problema :

la opción, ¿es una relación de naturaleza negocial (6) o es una mera fase precontractual?

Lo que parece indudable, y nos hace salir un mucho de dudas, es que la exigibilidad de la opción tiene la base o fundamento suficientes para que podamos considerar los accidentes de la relación incluidos dentro de la doctrina del incumplimiento y de la culpa contractual y no de la culpa extracontractual. Con ello salimos de un salto del campo de estudio de las fases «preliminares» de la formación de los contratos, es decir, de lo que HILSENRAD titula «obligaciones precontractuales». Aunque en este ámbito sean dos las voluntades en juego, mientras no concurren los dos elementos de la oferta y de la aceptación no podemos imaginarnos una relación de opción constituida y perfecta. Con ello queda diferenciada nuestra figura, por ejemplo, de lo que HILSENRAD llama «oferta acompañada de un plazo para reflexionar», curiosa figura que este autor presenta como un tipo mixto, ya que, mientras advierte que «la parte que concede un término para reflexionar no debe esperar que la parte beneficiaria del plazo conteste aceptando, porque su aceptación se presume tácitamente» (7) —es decir: es un problema de fuerza vinculante de la oferta, correspondiente a la fase precontractual— añade en cambio, unas líneas más adelante, después de considerar que el oferente no se priva de la facultad de retractarse pero que en tal caso queda obligado a la reparación del perjuicio, que el fundamento de tal obligación es, en su opinión, contractual.

Pero estas dos opiniones se nos autojan contradictorias. La concurrencia de las voluntades para dar nacimiento a una obligación contractual debe ser, indudablemente, y en un momento dado, simultánea. Y, ¿en qué momento del plazo concedido habría que estimar producida la voluntad aceptante? Esta voluntad, al menos, debiera exteriorizarse en alguna conducta o acto que indique, tácitamente al menos, la aceptación. Si no, nos quedaremos en una mera fase precontractual o preliminar, sin fundamento alguno contrac-

(6) Decimos «negocial», queriendo comprender en este término todo acto creador de derechos y deberes efectivos, bien entrañe una mera obligación personal, bien sea un verdadero acto dispositivo. Lo que interesa entender es la relevancia del acto como productor de relaciones jurídicas efectivas y no meramente preliminares.

(7) ARTHUR HILSENRAD: *Las obligaciones precontractuales*, 1932. (Traducción española de F. MENÉNDEZ PIDAL), pág. 46 y ss.

tual para la cuestión de los perjuicios, como pretende el citado autor.

En suma, no es admisible esa mezcla de caracteres: si el beneficiario del plazo no contesta aceptando expresamente, o realizando alguna clase de actos que autoricen a pensar fundadamente en una aceptación tácita, seguiremos dentro del problema de la fuerza vinculante de la oferta; pues una aceptación no ya tácita, sino presunta, como quiere el autor, nos parece demasiado atrevido considerarla como base para pretender encontrarnos ya dentro del ámbito de una relación contractual. Para ello sería necesario una verdadera aceptación, y entonces nos encontraríamos no ya dentro de una oferta acompañada de un plazo para reflexionar, sino con un pacto de opción perfecto.

B) *¿Es un precontrato?* — Con esta distinción se ha conseguido escapar de esa especie de castillo encantado que es la esfera de las fases preliminares de la formación de los contratos, donde siempre nos persiguen los fantasmares del problema de la fuerza vinculante de la oferta y de la sustantividad de la declaración después de emitida. Pero aun hemos de vernos las con otro extraño fantasma: el precontrato.

Creado por la doctrina sobre la teoría de los contratos preparatorios (antiguo contrato de promesa) ha surgido esta confusa institución, inconsistente de puro sutil y perfectamente inútil. Aparte de que la opción se distinguiría siempre de ellos en que no es un acuerdo *precedente* a un contrato, del cual haya de resultar un contrato definitivo (con nuevo concurso de sus elementos constitutivos), sino un acuerdo *añadido* a un contrato, que hace eventual la efectividad de su contenido, y no su existencia misma, que es perfectamente real desde el primer momento, acuerdo concebido en el mismo instante y unitariamente al contrato fundamental, creemos que no vale la pena establecer distinciones donde nos falta precisamente un término de la comparación: el precontrato mismo. Sí, decimos que falta, porque creemos que al precontrato lo ha matado el profesor ALGUER, y a pesar de algunos posteriores y macabros intentos de exhumación, la doctrina jurídica acabará por convencerse de que está muerto del todo; su huella durará poco, además, porque murió antes de llegar al uso de razón.

Efectivamente, si acaso en alguna legislación, como la cubana,

donde el Juez puede obligar al cumplimiento del contrato definitivo, el precontrato, aun adoleciendo siempre de un anti-tecnicismo constitucional; puede tener una cierta justificación práctica, en legislaciones como la española, en cambio, esta figura es de una escandalosa inutilidad. Pues dice ALGUER (8) con razón, que si el precontrato de un contrato consensual es indistinguible del contrato mismo, definitivo; si el precontrato de un contrato real no es al fin y al cabo más que un verdadero contrato pendiente de ejecución, y si el precontrato de contrato solemne es nulo, hay que acabar por admitir que el precontrato no sirve para nada, máxime cuando su única e íntima finalidad puede ser mejor cubierta por otras instituciones, que logrando el mismo objeto de no precipitar inmediatamente la efectividad de las prestaciones, tienen en cambio la ventaja de una total seguridad, ya que el poder judicial puede constreñir a cumplirlas cuando llegue el caso; sin quedar paralizado ante lo único a que ni siquiera teóricamente puede constreñir: a contratar (el contrato definitivo, que es el objeto inmediato del «precontrato»); a consentir. Así, si las partes quieren aplazar la efectividad de un contrato, pero con la plena garantía de que no se frustrará, otorgan un contrato a término, adoptan las garantías pertinentes, y en paz. Si quieren que el contrato principal sólo produzca efectos si ocurre un evento futuro, que otorguen un contrato bajo condición. Si quieren que su acuerdo dé sólo lugar a un contrahere, en su acepción estricta, y que caso de incumplirse se indemnicen los perjuicios causados, pueden lograrlo pactando una cláusula penal penitencial. ¿Qué se quiere, en fin, que el contrato principal surta efectos sólo en el caso de que una de las partes se decida por su efectividad? Pues ello puede lograrse pactando una opción.

Así, queda clara la diferencia. En un contrato con pacto de opción (lo cual, en conjunto, es un negocio total unitariamente concebido por las partes, y desde luego, perfecto), el contrato, por efecto del pacto adjunto, podrá quedar inefectivo, pero es perfectamente existente, desde el principio, como tal contrato. En la artificiosa figura del «precontrato», no hay más que un embrión de contrato definitivo, aunque para lograr ese embrión haya sido preciso el

(8) J. ALGUER: «Para la crítica del concepto de precontrato». *Revista de Derecho Privado*. 1935, pág. 301 y ss..

concurso dé un consentimiento, de una causa, y de un objeto —absurdo— que es el contrato posterior, fiel ampliación del primero. Pero es que, como resume ALGUER, la obligación de emitir una declaración de voluntad es una figura sin consistencia. No se puede consentir en consentir, obligarse a consentir en el futuro, pues la voluntad contractual no puede ser impuesta, sino que ha de ser libre en cada momento; y mucho menos puede ser suplida por un mandato judicial. ROCA-SASTRE, partidario del precontrato, pretende evadirse de este obstáculo siguiendo la que llama «teoría de la colaboración» —sobre ideas de BOÑFANTE y CHIOVENDA— que afirma que no existe coacción para exigir que se emita una nueva declaración de voluntad; pues cuálido se reclama la efectividad del precontrato, nolente debitore, no se exige la emisión de una voluntad contractual, sino simplemente la cooperación o desarrollo de la actividad necesaria del obligado para lograr el resultado o fin práctico pretendido al concertar el precontrato (9). Pero esta sutileza no escapa tampoco al dilema terminante que puede plantearse así: en el desarrollo de esa actividad dirigida al contrato definitivo, o sea, a la efectividad del precontrato, ¿hay o no una intervención posterior de la voluntad en el sentido de obligarse? ¿No la hay? Pues es inútil la dualidad contrato-precontrato, y este último es un contrato perfecto. ¿Interviene, por el contrario, la voluntad, en el sentido marcado en el precontrato, para la contracción del segundo y definitivo acuerdo? Pues esta voluntad viene impuesta, forzada, y no juega libremente; y en su momento, su papel.

Disipada ya la bruma de los precontratos, volvemos a encontrar nuestra ruta. La opción, como acto constitutivo de derechos, no es una fase preliminar de la formación de los contratos, ni es un «precontrato»; luego es sencillamente, un negocio de tipo contractual neto. O mejor dicho, una parte de un negocio contractual, que recibe de ese todo su naturaleza:

C) *Es un verdadero tipo contractual.* — Pues, concluído que es verdaderamente un negocio de tipo contractual neto, y queriendo con ello indicar que llena de por sí una función actual, definitiva, sin que sea precisa para la efectividad de los derechos que origina la conclusión de contrato posterior ninguno, sino solamente el ejer-

(9) R. ROCA-SASTRE: «El contrato de promesa». En «Estudios de Derecho Privado». Ed. Revista de Derecho Privado. I, pág. 331 y ss.

cicio de una facultad atribuída a la parte beneficiaria como contenido esencial de la relación generada, es preciso delimitar su naturaleza con un más ceñido rigor conceptual.

a) ¿Es que es la opción un contrato típico, como parece indicar esa denominación corriente, que se le da de «contrato de opción»? La relación opcional en sí, abstractamente considerada, no. Precisa reconocer que la opción por sí sola carece de una relación interna propia, concebible como objeto autónomo e independiente. El objeto de la opción es optar, pero, ¿optar a qué? ¿Optar «lo que sea» respecto de una cosa? ¿Decidir bien tomarla en arrendamiento, bien comprarla; ya usufructuarla, ya tomarla en enajenación; ora aprovechar sobre ella una servidumbre, ora recibirla en aparcería, y entiéndase que todo ello, así, en términos generales, bajo un título o acuerdo único y universal, sin concretarse a una relación determinada? Fácilmente se nos alcanza lo imposible de esta concepción, incluso en lo teórico, que dejaría no una sino todas las titularidades posibles de una persona sobre una cosa, en particular, en la más absoluta de las incertidumbres, y ello sin hablar de las exigencias del tráfico, ni de los terceros. Y es que la esencia íntima de la opción, la posibilidad de elección pura, la potestad de escoger «algo», es un concepto superabstracto, incompleto y no viable por sí solo; es una idea, existente como tal idea, pero sin cuerpo propio en quien encarnar: necesita una simbiosis con una relación concreta y mediata. Habrá una opción de compra, o una opción de arriendo, etc., pero no una opción a tocateja, como tampoco hay una retroventa (que por cierto es otro pacto de la misma naturaleza del que tratamos) sin venta precedente.

a') En estas condiciones no puede ser un contrato principal, porque no tiene un contenido absoluto, es decir, independiente.

b) Y un contrato no principal, tampoco. Su construcción, atendiendo a su finalidad, puede presentar cierta confusión a primera vista con las figuras de los llamados contratos no principales, preparatorios y de garantía. De los preparatorios —como un contrato preparatorio la considera, por ejemplo ALONSO MOYA (10)—, diferenciándose en que en aquéllos, aunque no haya un fin en sí, hay un contenido independiente, que permitiría, por ejemplo, dar un

(10) ALONSO MOYA: «La opción como un contrato preparatorio» titula su trabajo, publicado en *Revista. Universidad*, 1933.

mandato general e indefinido (al menos teóricamente), mientras que en la opción no hay una relación viva que nos permita concebir un estado análogo. De los contratos accesorios se diferencia en que, aunque éstos no tengan razón de ser más que como complemento o referencia a un negocio principal, tienen un contenido independiente del mismo, añadido a él. La opción, en cambio, califica un contrato principal alterando ciertos de sus efectos propios, destruyéndolos y sustituyéndolos por otros extraños a la configuración típica de aquél. Así, si la opción es de compra, determina que los efectos de la compraventa no sean (como serían en circunstancias normales) inmediatos y firmes, sino futuros y eventuales; haciéndolos depender además de la voluntad de una sola de las partes. El llamado contrato accesorio, con tener una relación viva e independiente de la del principal, no hace, sin embargo, que aquélla influya sobre ésta, ni alterándola ni matizándola, sino que simplemente la añade, para resultar del conjunto todos los efectos propios del contrato principal típico, más todos los del de garantía.

b') La opción, en fin, tiene naturaleza contractual, como se dijo, en cuanto a la relevancia de su significado como fuente de una relación. Pero es un tipo contractual del género de los pactos. Bien es verdad que, como dice RUGGIERO (11), todo lo clara que fué entre los romanos la distinción entre contrato y pacto, es imprecisa y oscura en la terminología moderna. Pero de todos modos, la opción es un pacto en el verdadero sentido de la palabra y del concepto, muy necesitado, es cierto, de un estudio sistemático moderno; sentido que es el que en Derecho romano tenía solamente un género de pacta, los adiecta o añadidos a un contrato principal con la misión de alterar en algún sentido lo que serían efectos propios o normales de un contrato típico (12). La opción, efectivamente, es una cláusula

(11) R. RUGGIERO: *Instituciones de Derecho civil*, 4.^a ed. II-1.^o, página 250. (I. Ed. Reus. Traducción de J. Santacruz y R. Serrano Súñer.)

(12) Los pactos no añaden al contrato a que se unen efectos extraños al mismo que sean propios de otro contrato típico, sino que alteran algunos de los que son normales de aquél, sin que ello entrañe la formación de un «contrato complejo o mixto». Su misión es calificar un contrato en el sentido querido por las partes, según una determinación adjetiva de su voluntad, que no implica desnaturalización del negocio fundamental. Una compraventa con retro o con pacto de indeum addictio, o con opción, no deja de ser una compraventa y sólo eso, pues el pacto ni le quita su carácter esencial ni le suma otra relación independiente y típica, sino una modalidad tal vez extraña a la relación normal en que el contrato incidido consiste, pero no autónoma por sí sola, como relación distinta. Estos pactos

que altera siempre un efecto normal del negocio al que se adjunta: el de su efectividad inmediata, puesto que relega esta efectividad a la categoría de una probabilidad dependiente de la voluntad del titular optionario durante un cierto tiempo, combinando los efectos de la condición (pótestativa) y del término o plazo. Algunos autores de la escuela de SAVIGNY llaman a estos elementos modificativos, partiendo de su misión complementaria y no autónoma, «determinaciones accesorias de la voluntad», queriendo separar, en el negocio total, un contenido principal y uno accesorio. Pero es preferible la concepción de los que, como ENNECCERUS (13), consideran equivocado el anterior criterio y creen que el elemento calificativo en el negocio total, siendo precisamente el que le imprime su peculiaridad, es tan primordial como el llamado «contenido estricto» o «determinación principal». El negocio condicional de venta, por ejemplo, no sería tal si no hubiese venta (contenido estricto), pero tampoco lo sería si no fuese condicional (contenido calificativo). Y es que una vez unidos estos elementos, su importancia respectiva es idéntica: ni el pacto sin el contrato sería lo que es el negocio total, ni el contrato sin el pacto tampoco. Y si ese negocio total ha nacido es porque tiene una razón de ser en la lógica y en el tráfico jurídico, y ocupa un lugar como solución de necesidades humanas auténticas, que no podrían llenarse circunscribiéndose a la institución de los contratos típicos.

Así se concluirá affirmando con ROCA SASTRE (14) que en buena técnica lo que suele denominarse contrato de opción no es más que un simple pacto o cláusula acoplada a otros contratos. En los casos más frecuentes de aplicación: la compraventa, el arrendamiento, etcétera, se tratará siempre, en realidad, de un contrato de compraventa, de arrendamiento, etc., en los cuales se pacta o añade la cláusula de opción, por la cual se suspende durante cierto tiempo la efectividad del contrato, y durante cuyo plazo goza el optionario de la facultad de escoger entre dicha efectividad o en dejar inope-

son necesariamente simultáneos al contrato principal en su elaboración intelectiva por las partes, pues ni pueden ser anteriores, al carecer de sustancia y vida propia, ni posteriores tampoco, pues implicarían un convenio modificativo o novatorio.

(13) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF: *Tratado de Derecho civil*. I-2.º, pág. 316, (Editorial Bosch, 1935. Trad. y notas de B. Pérez y J. Algur.)

(14) R. ROCA SASTRE: «El contrato de opción» en *Estudios de Derecho Privado* (yá citada), pág. 351 y ss.

rante aquél, con una actitud pasiva que determine su caducidad. «De no existir —sigue diciendo ROCA SASTRE— tal pacto ó cláusula, estos contratos nacerían ya firmes o conclusos como tales, pero su existencia suspende, detiene o paraliza su efectividad o vigencia a fin de que el beneficiario de la opción pueda deliberar y decidirse por llevar el contrato adelante o desistir de él, dejándolo ineficaz» ; y algo análogo a estos casos de la opción directa ocurre con la llamada opción mediatoria, que consideraremos como una cláusula de opción aplicada a un contrato de corretaje (en la que foma un carácter predominante el sentido de la exclusividad) (15) ; casos todos ellos en los que contrato y pacto forman un negocio conjunto, unitario, y distinto de los elementos que lo forman. Esta es, en definitiva, la naturaleza esencial de la opción (16).

(15) El que se haya dicho que la opción es un tipo contractual, plantea además aquí la posibilidad de estipularla en favor de tercero. A este respecto interesa aclarar que algunos autores, como LA RICA, confunden la opción mediatoria (en el sentido que utiliza este término OSSORIO Y GALLARDO, primer escritor en España sobre la materia) con una opción «en la que se hubiese autorizado al titular para designar un beneficiario». (Ob. cit. página 30.) ROCA SASTRE incurre también en este error al dar como fundamento de la «opción mediatoria» «la economía fiscal, que supone un solo negocio de mediación sobre varios de transmisión» (?). A nuestro entender, hay dos figuras diferentes : a) La opción *mediatoria*, en la que el único titular de la opción es el mediador, y el pacto de opción se consuma cuando éste ha hecho las gestiones conducentes a un contrato posterior independientemente del acuerdo o desacuerdo entre el concedente de la opción y el tercero buscado (desde que el mediador encuentra al tercero que reúne las condiciones buscadas tiene derecho a su prima o comisión) ; y b) La opción *mediata* (pero directa) con autorización para designar un beneficiario. En este supuesto no hay verdadera estipulación en favor de un tercero unida a una cláusula de opción, a pesar de que pueda presentar este aspecto. Hay un simple consentimiento anticipado por parte del deudor de la opción —futuro vendedor— en aceptar como acreedor y titular, bien al optionario, bien a la persona en quien éste delegue. Es, pues, una figura de delegación consentida que, como otras muchas, pueden quedar agregadas a una cláusula de opción, pero sin desnaturalizarla. La opción pactada podrá verse complicada por la existencia de condiciones, términos o modos —esto último cuando sea gratuita—, y cuando esto ocurra lo único que hay que hacer para reconocer en su pureza el derecho de opción es desvestirlo, con método, de la broza que lo ocultaba. Aparte de estos supuestos, no existe ninguna particularidad en el negocio opcional que de base a una especialidad respecto a la doctrina general de las estipulaciones a favor de tercero. Lo que hay que tener en cuenta es que se entenderá beneficiario el tercero del contenido del negocio total. Si no habría un negocio plurilateral imposible, o al menos sin ventaja visible alguna.

(16) No hay que plantearse serias dificultades para admitir que, v. gr., compraventa y opción sean, respectivamente, un contrato principal y un pacto adjunto, unidos simultáneamente al perfilarse el negocio. Ni hay que creer que la opción es anterior a la compraventa, ni que es posterior. No es anterior, pues la compraventa existe ab initio, y lo que es posterior es

II. CÓMO FUNCIONA LA OPCIÓN

Naturaleza jurídica de la opción como determinación calificativa de la voluntad negocial: función que realiza en la entraña del negocio jurídico total.—Ya dejada atrás la delimitación de la naturaleza esencial de la opción, es decir, el problema de qué es lo que es, precisa ahora desentrañar la cuestión de su naturaleza funcional, o sea, el problema de cómo funciona, qué efecto produce en la relación jurídica establecida.

A este efecto debe apuntarse una distinción dentro de lo que DE CASTRO llama «situaciones jurídicas interinas», añadiendo a los derechos condicionales en general una variante que bien pudiera llamarse «derechos opcionales», siguiendo el criterio de considerar a los primeros como aquellos que no nacen perfectos ni se constituyen en realidad hasta que la condición se cumple (suspensiva), y a los segundos como aquellos que nacen perfectos, pero cuya efectividad pende *a posteriori* de un requisito decisivo. Pues bien, la cuestión a que aludimos no se refiere a la función que se ha llamado íntima de la opción, que, como ya se dijo, carece de sentido y vida independientes, sino a la función mediata, con relación al derecho objeto del contrato principal que definitivamente califica a la cláusula de opción dentro de alguna de sus clases.

En ésta función se ve cómo la opción afecta al objeto mediato de la relación jurídica de una manera suspensiva (suspensivamente, en cuanto al objeto mediato de la relación considerado como derecho perfecto; resolutoriamente, en cuanto a la mera expectativa preliminar, de no hacerse uso de la opción en el plazo marcado para su vida), que puede calificarse de «condicionada», pues el determinante de la condición es sabido que puede ser la voluntad del acreedor—condiciones potestativas.

Condición, término y opción: esencia y mecanismo.—Pues bien;

su efectividad; ni posterior, aunque haga pensar en ello el prejuicio jerárquico de la compraventa—contrato autónomo—y la opción—pacto necesariamente «lapa» de un contrato—. Lo que hay es que precisa distinguir entre la existencia—o perfección—*intelectiva* de un negocio y su existencia—o perfección—*efectiva*. El negocio fué concebido en la mente de las partes unitariamente (existencia *intelectiva*), aunque luego resulta natural y temporalmente qué el ejercicio de la facultad de optar se hace efectivo antes que los derechos nacidos de la compraventa, entre otras cosas porque sin aquél no hubieran podido ejercitarse éstos.

la condición suspensiva afecta al derecho en su esencia; es decir, pendiente conditione, el derecho no nace perfecto; no se constituye hasta que la condición se cumple; en pura lógica, hasta ese momento no hay un derecho, ni perfecto ni imperfecto, en el campo de las realidades: tan sólo una expectativa de derechos vagando por una especie de Limbo del que no sabemos —incertus an; incertus quando— si saldrá o no saldrá. El Derecho trata estas expectativas confiriendo a sus titulares simples facultades de aseguramiento y conservación, aunque luego (art. 1.120) se convalide retroactivamente la existencia del derecho antes eventual, en el momento en que la conditio existit. También hay que distinguir la función de la opción de la del término inicial, pues los derechos sometidos a plazo presentan la gran analogía de ser perfectos desde el momento de su nacimiento, aunque sea incierto el de su efectividad. Estos derechos a término incierto pasan por una especie de Purgatorio, del que sabemos ha de sacarlos —certus an— una disposición de la Providencia, que —incertus quando— ignoramos cuándo acaecerá. Si la condición es suspensiva «de nacimiento», la opción y el término inicial (y en esto consiste su profunda analogía) son suspensivos «de ejecución». Aun pendiente el término, el derecho existe, puesto que el momento fijado ha de llegar. Pero entre la función del término y la de la opción existe la diferencia de que, mientras el fin del estado de pendencia es (en cuanto transcurso fatal del tiempo) independiente de la voluntad de las partes en el término, en la opción no, puesto que el optionario decide por la consumación o efectividad en el momento que lo desee dentro del plazo determinado. Uno y otro son determinaciones calificativas de la voluntad; pero en el término, una vez fijado voluntariamente ab initio, se produce por sí solo, y en la opción hay una nueva y posterior determinación de la voluntad, que aparece, para el mismo efecto, desdoblada en dos momentos (17).

ANALOGIAS

DE LA OPCIÓN Y

DIFERENCIAS

a) *Con la condición suspensiva*

1. La condición potestativa y la opción requieren una determinación de la voluntad posterior al convenio inicial.

1. La condición determina el nacimiento de un derecho.
La opción, sólo los efectos de uno ya nacido.

(17) El cuadro adjunto hablará más claro.

b) *Con el término suspensivo*

1. El término y la opción suponen un derecho perfecto en su nacimiento.
1. El término obra por sí sólo; la opción requiere nueva declaración de voluntad.

c) *Con la condición resolutoria*

1. En ambos casos, los derechos nacen perfectos.
1. La condición cumplida extingue el derecho. Hecho uso de la opción, empieza la eficacia del negocio.
2. La opción real inscrita supone una amenaza de resolución ante terceros (art. 37 L. H.).

Pero si en la doctrina normalmente admitida habría que aceptar las anteriores diferencias, admitiendo la distinción entre las condiciones y términos que afectan al nacimiento y las que afectan a la efectividad de los derechos y obligaciones (18), hemos de reconocer que funcionalmente la opción tiene naturaleza condicional. El mecanismo, después de todo, es el mismo, se afecte al nacimiento o a la efectividad de un derecho, y al fin y al cabo todas las circunstancias calificativas de un negocio total pueden reducirse a los grupos clásicos de condición, término y modo, este último reservado a los negocios de liberalidad (19). De este modo, puede aceptarse la tesis de MESSINEO (20) y considerar funcionalmente la opción como una especie del género condición potestativa. Efectivamente, en cuanto a la relación que pueda eventualmente hacerse efectiva, su misión es ciertamente la misma: el opcionario y el titular de la condición potestativa pueden, si quieren, hacer efectiva una nueva relación, en un caso simplemente determinando la perfección inmediata del

(18) En tiempo reciente, y por una parte de la doctrina dentro de la especialidad del Derecho Fiscal, se ha apuntado la distinción entre condiciones suspensivas y las llamadas «suspensivas de ejecución». (RODRÍGUEZ-VILLAMIL; CHINCHILLA.)

(19) En efecto, esencialmente serán figuras diversas (no admitiendo la distinción que se cita): la opción es un derecho adquirido por el titular, mediante el cual puede, si quiere, hacer efectivo otro derecho. Pero aquél es cierto ya y puede incluso transmitirse a los herederos. La condición potestativa otorga al titular, en cambio, una mera facultad personalísima e intransmisible.

(20) Pero diferirán funcionalmente también en que en la opción hay otra relación actual sobre la que la opción misma, como existente, imprime un impulso —autoimpulso— de conservación y continuidad, haciéndola incluso transmisible. En tanto que en la condición potestativa —especie, para el titular, de las merae facultatis— la acción funcional de este período es nula porque no existe relación alguna constituida.

negocio total, y en otro, haciendo nacer éste, sólo por un acto de la voluntad. Aquí, ciertamente, la opción es una especie del género condición suspensiva potestativa, como se dijo (21). La existencia de un plazo para el ejercicio de la opción no obliga, por lo demás, en nuestro parecer, a admitir a ésta un carácter mixto de condición y término (22).

Cabe, finalmente, preguntarse qué trascendencia práctica pueden tener estas distinciones. Pero sea como sea, a nosotros nos sirve principalmente a la idea de delimitar la naturaleza funcional del pacto de opción, lo cual después de analizada su naturaleza esencial deja cumplido nuestro propósito de estudiar qué es y cómo funciona la opción como acto originario de derechos; es decir, como fuente de una relación jurídica. Ahora, después de considerar las diferentes formas bajo las que la opción se presenta, principalmente en la práctica, podrá considerarse la opción en cuanto derecho, o sea, en cuanto relación jurídica constituida.

ELEMENTOS, VIDA, CARÁCTERES

Elementos.—En primer lugar debe tratarse del estudio de los elementos de la opción, que según el antiguo criterio clasificador son personales, reales y formales.

Personales.—Elementos personales son el que otorga y el que recibe la opción, es decir, el poder o facultad de elección. Aquí nos encontramos con la peligrosa cuestión de la nomenclatura, sobre la que JERÓNIMO GONZÁLEZ se extiende en largas investigaciones (23).

(21) Véase la página 85.

(22) Pues, funcionalmente, admitida la naturaleza de condición, ¿no habría que hacer otro tanto con el término, dado que en toda opción hay un plazo para decidirse que parece representar el papel de término suspensivo de efectividad? O sea, ¿no será la naturaleza funcional, mixta de condición y término, puesto que ambos elementos juegan en la opción? Nuestra opinión es que no: la situación opcional se proyecta, ciertamente, de una forma condicional-potestativa suspensiva sobre la relación fundamental en cuanto a su efectividad. Pero en forma de término suspensivo, no. Lo que hay de término en este complejo negocio afecta no a la efectividad de la relación total (suspensivamente), sino a la relación estricta e interna de la opción, ya efectiva desde que nació, determinando el máximo de su duración, y esto de una forma resolutoria. La prueba es que el término puede ser eclipsado antes de su transcurso total por la decisión voluntaria de aceptar la efectividad de la relación total en cualquier momento.

(23) JERÓNIMO GONZÁLEZ: El llamado derecho de opción. En *Estudios*

en su artículo sobre el tema que nos ocupa. Cada escritor tiene su criterio y aplica su nomenclatura, con las consiguientes confusiones: librenos Díos de proponer ahora otra nueva con objeto de aumentarla más todavía. En resumen, OSSORIO y GALLARDO llaman optante al titular del derecho de opción y optario al que lo concede; otros autores siguen esta nomenclatura. Por nuestra parte, preferimos la de GAVOSO, que denomina más claramente opcionista al que concede el derecho y optario al titular del mismo, ya que, como señala este escritor, sigue mejor la técnica tradicional (arrendatario, mandatario, depositario, etc.). Similar es la nomenclatura que se seguirá a lo largo de la exposición.

Capacidad.—En cuanto a la cuestión de la capacidad, es opinión de varios autores, como ROCA SASTRE (24), que debe ser la misma que la exigida para el contrato principal a que la opción se refiera, siguiendo la norma de que la opción constituye un simple pacto o cláusula agregada a un contrato, que es el que encierra la finalidad principal del negocio concertado o en proyecto, pareciendo esta opinión la más acertada.

Reales.—Como elementos reales hay que considerar el objeto sobre el que ha de recaer el contrato principal posterior, el plazo y el elemento económico ó contraprestación. También debe considerarse elemento real de la opción el precio asignado al objeto del contrato principal, que puede ser móvil determinante de la voluntad del opcionario, el cual podría variar de pensamiento de sufrir aquél cualquier alteración.

En cuanto al objeto del contrato principal, nada cabe decir, sino que esté determinado suficientemente y que no pueda ser alterado voluntariamente en el sentido que sus cualidades específicas hayan interesado al opcionario. En cuanto al plazo, éste debe ser determinado; y aunque nada repugna de naturaleza a que pueda ser, como el término, cierto o incierto en el cuando, la clase del negocio en el que se usa esta cláusula, permite asignarle los caracteres de plazo cierto y de corta duración. Ya veremos, al tratar del derecho real de opción, cómo la moderna reglamentación del Registro de la Pro-

de Derecho Hipotecario y Civil, III. Edición del Ministerio de Justicia, 1948; págs. 209 a 212. El autor hace un detenido examen de la etimología del término opción, acepciones gramaticales y nomenclatura.

(24) ROCA SASTRE: Ob. cit., pág. 359.

piedad establece un tope moderado para dicho plazo. El precio interno de la opción: remuneración del optionario al concedente por el otorgamiento del derecho, es sólo un elemento natural, no esencial, por lo que la opción, como más adelante se verá, puede ser gratuita u onerosa. Y finalmente, respecto al precio del objeto del contrato principal, es exigencia de lógica que se establezca, aunque puede quedar al arbitrio de las partes el señalar unos márgenes de oscilación para prever las variaciones y riesgos en cierto sentido durante el plazo que dure este derecho.

Formales.—En cuanto a los elementos formales, siendo ésta una materia no legislada, sólo cabe señalar qué deben seguirse las normas marcadas para el contrato principal de que se trate, y sobre todo según se le den efectos personales o reales por las partes. Más adelante se tratará de la cuestión de su inscribibilidad; en cuanto a las especialidades de los requisitos formales de la opción de compra, serán estudiadas también al tratarse de ésta.

Su ciclo vital.—Va a tratarse ahora del ciclo de vida de la opción. Como figura de tipo contractual neto que es, esta cláusula está sujeta a los mismos requisitos de los contratos y pasa por sus mismas fases. Tiene un período o fase de generación, a base de operaciones de carácter preliminar, cuyos accidentes están sujetos a la doctrina de la culpa extracontractual; necesita de todos los requisitos señalados para la perfección de los contratos para su existencia, eficacia y validez, y aunque por la peculiaridad de su objeto repugna un tanto que su contenido interno sea sometido a condiciones o término suspensivos, nada hay que naturalmente lo impida, pudiendo establecerse afecta de condición resolutoria y llevando en sí misma el plazo de resolución como elemento esencial. En cuanto a su consumación, consiste en la decisión de llevar al terreno de la efectividad el contrato principal, o en el transcurso del plazo, pues el ejercicio del derecho en que consiste tiene dos variedades: un hacer: decidir la efectividad del contrato principal; o un no hacer: no decidirlo. Con cualquiera de las dos actitudes o conductas se consuma el derecho de opción, de naturaleza alternativa, pues consiste en esencia en esa facultad de elección o en un cierto sentido de exclusividad, y por cierto tiempo. Esto, por parte del optionario; y en el primer caso, cumpliendo la otra parte con su obligación de dar efectividad

al contrato principal. Con ello, la consumación puede ser voluntaria o forzosa; esta última mediante el ejercicio de las acciones correspondientes. Finalmente, y en cuanto a las causas de extinción de la opción, son éstas también las causas generales de extinción, tanto por lo que se refiere a las obligaciones a que da lugar (por su cumplimiento, por convenio liberatorio, por imposibilidad de cumplirlas y porque la Ley las da por cumplidas), como por cuanto afecta a los contratos mismos, de todas las cuales hemos de destacar como causas típicas, el desistimiento unilateral o renuncia del optionario (puesto que sólo es sujeto de derechos) y la caducidad o transcurso de plazo sin ejercicio de la facultad de optar.

Caracteres. — En cuanto a los caracteres, hemos de señalarle los de ser consensual, porque se perfecciona por el mero consentimiento, aunque si fuera unida a un contrato solemne requeriría, accesoriamente, los requisitos formales señalados por éste; siempre bilateral en su constitución (en cuanto pacto, pues el derecho de opción puede, en principio, concederse por testamento, por ejemplo), aunque no de lugar a obligaciones recíprocas (no es sinalagmático) y oneroso o commutativo, a discreción de las partes. Pero prescindiendo de que exista precio, es discutido (una vez constituida) el verdadero carácter unilateral de la cláusula de opción. Parece a primera vista que sí, pues por de pronto el concedente queda obligado y el optionario no; así lo entiende la Sentencia de 23 de marzo de 1945. No obstante, el autor cubano NÚÑEZ NÚÑEZ sostiene que el contrato de opción es «bilateral imperfecto» por cuanto el optionario quedá a su vez obligado, cuando posteriormente opte. Sin embargo, ROCA SASTRE (25) —cuya opinión parece la cierta— se pronuncia por la unilateralidad, destacando que mientras subsista el estado de pendencia, o sea, mientras el optionario puede ejercitarse el derecho de opción, éste no queda obligado, pero sí el concedente. El cual, precisamente por encontrarse vinculado, tiene como obligación derivada la de no comprometer la posibilidad de cumplimiento contractual de ninguna forma.

Condiciones objetivas. — Pero hay otros caracteres que más bien se refieren al contenido del pacto y que OSSORIO Y GALLARDO consideraba como de concurrencia inexcusable para que pudiera hablar-

(25) R. ROCA SASTRE: Ob. cit., pág. 358.

se de opción. Son: exclusividad en el derecho, temporariedad o plazo fijado y condiciones determinadas de realización (26).

Exclusividad en sentido objetivo. — En cuanto a la exclusividad hemos de hacer varias salvedades: si las partes configuran el derecho de opción como meramente obligacional, será preciso reforzar este carácter de exclusividad, ya que el objeto mediato de la opción no sería perseguible contra terceros; pero de configurarse como derecho real, exigible erga omnes e inscribible, la exclusividad no es esencial ni mucho menos, teniendo en cuenta que la opción está ya garantizada suficientemente para permitir que el objeto del contrato principal sea transferido con el cargo o sujeción de este derecho preferente.

Exclusividad en sentido subjetivo. — Tampoco el requisito de la exclusividad para MENGUAL debe entenderse de una manera absoluta, en el sentido de que no pueda haber una misma cosa más de un titular del derecho de opción. «Puede el propietario de un inmueble gravado con opción —dice este autor (27)— constituir sobre él nuevas opciones, aunque éstas se hallarían sujetas al principio prius in tempore potier in iure y al de la prelación de créditos y cargas reales.» En estas segundas opciones la adquisición o no adquisición de la cosa está sujeta, no sólo a la voluntad del titular, sino también a la de otros titulares, que por ser anteriores en el tiempo; son mejores en el derecho. La manifestación en sí o en no de la voluntad de estos titulares anteriores constituye para el titular de esa opción posterior un hecho futuro incierto que es independiente de su voluntad, es decir, los tres requisitos de una condición suspensiva, que es a lo que prácticamente está sometida la efectividad de su derecho.

El término. — El requisito o carácter del plazo es, desde luego, esencial en este derecho, porque una limitación tan grave a la propiedad no puede ser indefinida. Incluso, y por este mismo motivo, el plazo debe ser de corta duración; corta relativamente, por tratarse de un objeto patrimonial tan importante como es generalmente un bien inmueble. Por eso estimamos exageradamente corto el tiem-

(26) A. OSSORIO: Ob. cit., pág. 39.

(27) MENGUAL: «La opción como derecho y como contrato». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1936, pág. 191.

po de treinta días del Código de las obligaciones y contratos de la Zona del Protectorado español en Marruecos; como nos parece un poco largo el de los diez años del Código suizo (tal vez no, para la configuración que se da en aquel sistema a este derecho). El máximo plazo de cuatro años de nuestro Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947 constituye para nosotros un buen término medio.

Otras condiciones.—En la expresión de OSSORIO «condiciones de realización determinadas», se incluye el precio fijado, la prima, si la hubiere, y los acuerdos expresos complementarios. Creemos que debe incluirse también aquí el acuerdo expreso de configurar el derecho real, cuando exista; es decir, el derecho de persecución de la cosa y el acuerdo sobre su inscripción, así como la determinación del rango a que estuviere sometido el derecho con respecto a anteriores opciones, si las hubiere.

De estos caracteres hace surgir OSSORIO otros a ellos encadenados, como la irrevocabilidad, el ser expresa y la especialidad o determinación de la cosa objeto del derecho. En cuanto a la transmisibilidad, sino se ha constituido *intuitu personae*, está reconocida generalmente por la doctrina, y hasta por la legislación, según puede observarse de la redacción del núm. 12 del art. 9º del Reglamento del Impuesto de Derechos reales de 7 de noviembre de 1947, que sigue la de Reglamentos anteriores. En otros sistemas, como el suizo, la opción no es transmisible, salvo pacto.

JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO

Abogado.

(Continuará.)