

Revisión de ideas ⁽¹⁾

VI

OPCIÓN

La aplicación de los principios de que todos los derechos reales han de poder ser inscritos en el Registro de la Propiedad, por ser trascendentes, y de que los derechos personales no son inscribibles por implicar obligaciones intrascendentes con la cosa, no ofrecerá más dificultades para el sistema registral que los imponga que las que puedan nacer de la confusión de los conceptos derechos reales y derechos personales.

Desde luego, se puede adelantar ya que si el Registro no puede crear derechos reales, sino publicarlos, la inscripción de un derecho personal no significará que es real, sino que a través de la inscripción que le ha conferido tal categoría se ha consumado un error jurídico. Y también, que el error inicial se hallará en el campo civil extrarregistral que haya permitido la confusión.

Mas aun centrando su origen en la confusión civil, se precisa para su consumación la concurrencia de los siguientes elementos coadyuvantes: a) que no se rija el criterio de *numerus clausus*, que al limitar los tipos de derechos reales impedirá toda duda; b) que, por el contrario, se adopte el criterio de *numerus apertus*, que permite que frente a los ya conocidos y regulados por la Ley con nombre propio se ofrezcan otros que, por asignarles naturaleza real, sean admitidos a inscripción; c) que no exista un criterio diferencial que permita incluir sin posible error al derecho pretendido en

(1) Véanse los números 261 al 265 de esta Revista.

el grupo real o en el personal, y d) que el Registrador caiga por ello en el error, puesto que al mismo se confía la calificación de real o personal decisiva para su inscripción.

De todo ello se hace eco el sistema registral español, al establecer en el artículo 7 del Reglamento hipotecario la inscripción de «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».

Fundamentalmente, al sistema le interesa el acto o contrato, no en sí mismo, sino en cuanto a que las modificaciones del dominio que establece tengan trascendencia real. En este grupo toman relieve absorbente las titularidades o derechos reales, que aun no teniendo nombre propio son tales precisamente por tener trascendencia real.

Queda así impuesto el criterio *apertus* que señalamos y definida la posición del sistema, y con ello el planteamiento del problema en los términos propicios a que el error sea consumado.

En presencia del acto o contrato que contiene el pretendido «efecto de trascendencia real», el Registro ha de decidir si es o no un derecho real lo que inscribe. Para ello se aconseja, como única solución, fijar la atención en lo que caracteriza doctrinalmente al derecho real: la eficacia contra todos, su carácter universal, *erga omnes*. Su trascendencia real, en suma, según la expresión reglamentaria.

Nos interesa aclarar la idea, provisionalmente. Ciertamente, las citadas características fijan su naturaleza real. Pero precisemos más: sus características civiles. Características que son su principio y su consecuencia. Por ser derecho real civilmente, es universal y trascendente para todos, como por ser universal y trascendente para todos, es real. Por ser real será inscribible en el Registro. Y por la inscripción publicará éste la existencia de un derecho real en el campo civil, del que lo toma para exteriorizarlo.

Puede el Registro errar al inscribir un derecho civilmente personal, y si no percibe la sutil aclaración de ideas que provisionalmente precisamos, podrá justificar la inscripción por los efectos trascendentes que la inscripción le confiere, sin percibir tampoco que no lo hace en virtud de su naturaleza civilmente real, sino como

obra exclusiva del sistema registral. Y en esta dirección, agigantando el error inicial, se llegará tal vez a imaginar que este sistema alcanza a la creación de derechos reales, con grata sorpresa para los hipotecaristas, que verán superada por el español el sistema germánico, constreñido por el criterio de *numerus clausus*.

Tomemos posiciones. El hecho de que se pueda optar por el *numerus clausus* o por el *apertus*, es tan sorprendente para nosotros como si el médico nos diera a escoger entre que la enfermedad que nos preocupa sea sarampión o tosferina. A menos que el derecho sea un juego de ideas abstractas, al arbitrio del legislador, desprovisto de contacto con la realidad, la sorpresa estará plenamente justificada.

Como lo estará la producida por la previsión de un supuesto de existencia de derechos personales que puedan parecer y ser tenidos por reales, si partimos de que existe un criterio diferencial preciso en la doctrina y en la conciencia jurídica de la sociedad.

Y más todavía la originada por la negación de ese criterio diferencial. O por la afirmación de que todos los derechos son personales o de obligaciones.

Y pasar de esta actitud sorprendida a razonar por cuenta propia en la revisión de ideas emprendida, hay un solo paso, que damos seguidamente con la pretensión de alcanzar las que nos satisfagan mentalmente, máxime si justifican la causa de aquellas posiciones jurídicas y doctrinales que nos sorprendieron.

Concretándonos, por sujeción al tema, a los derechos o titularidades reales limitativas del dominio, vemos una serie de ellas, definidas con nombre propio por la Ley: usufructo, hipoteca, uso, habitación, censo, etc. Podemos someterlas a un primer análisis que nos muestre su esencia vital. Aleccionarnos con su vida real, indudable, palpable, innegable.

Constituyen un número cerrado de titularidades reales.

Veamos lo que tienen de común. Veámoslo, aunque sea apretadamente, en bloque, sin metódica exposición: fijeza, generalidad, trascendencia, institucionalidad.

Limitan el dominio. Se hallan definidas por la ley, que señala su contenido. Son idénticas a sí mismas. Están resumidas en la rúbrica o nombre dado por la ley, que señala su contenido ins-

titucional. Contenido inalterable en sus rasgos definidores y esenciales que la elevan a tal rúbrica o institución.

El dominio pleno aparece escindido, en el dueño limitado y en el titular limitativo.

La cosa, que encarnaba en el dominio, jurídicamente, para la sociedad, encarna en adelante, para ésta, en el dueño y en el titular limitativo, en el dominio y en la limitación, ambas con titularidades reales. Con contenido de normas, que constituyen el de ambas titularidades. Normas que trascienden de titular a titular a la transmisión de uno a otro. Normas de actuación para todo titular.

Normas fijas, invariables, para todos los que lo sean. Idénticas a sí mismas.

Encarnación de la cosa en los titulares, que la tienen en las titularidades de que son titulares.

Puesta en contacto, directo e inmediato, del titular limitativo con la cosa, no a través de obligaciones personales entre el mismo y el dueño, sino entre el mismo y «todo dueño», tanto aquel primero que constituyó la limitación sobre el dominio como todos los dueños posteriores, que lo adquieren con esa limitación.

Trascendiendo así la limitación del dominio en todas las transmisiones de este dominio.

Limitación trascendente con el dominio, que por serlo, es titularidad real limitativa del dominio, Que por ser titularidad real limitativa del dominio trasciende con éste. Que por ser trascendente pone en contacto directo con la cosa al titular limitativo. Que le permite transmitir su titularidad poniendo al adquirente en contacto directo con la cosa con independencia del dueño. De todo dueño. Con carácter general, universal y trascendente, para todos.

Desde otro punto de vista, destaquemos su nota fundamental. Estas titulares limitativas son creación humana. Son creaciones de la sociedad. Constituyen la más acabada manifestación jurídica de la relación del hombre con las cosas, que este hombre crea por sí mismo, creación suya es todo el derecho. Negar al hombre su poder creador de titularidades reales sería tanto como negar la naturaleza humana del derecho. Lo cierto es que el hombre crea por sí mismo el derecho con que resuelve ordenada y jurídicamente las necesidades que se le presentan en el correr del tiempo.

Ha de quedar abierto a su actuación el campo de las titularidades reales con el reconocimiento —no la concesión— de su poder creador.

Se han sacado consecuencias apresuradas de esta conclusión, similares a las que, partiendo del hecho de que el idioma es creación humana, calificaran de tal al inventado aisladamente por un filólogo —volapük del Abate Schlayer—, siquiera sea aceptado por grupos múltiples —esperanto—.

El derecho abre al hombre el campo para su creación, ofreciéndoselo, pero esta creación ha de sujetarse a leyes propias que la constriñe dentro de sus propios límites, finalidades y exigencias, señalando exactamente el papel que en la creación desempeñan el hombre, la sociedad y el legislador.

Cualquier imprecisión o desliz en este sentido, provocará los errores que presenciamos.

Se trata, nada menos, que de la elevación del derecho de obligaciones, en torno a las cosas, a institución real

Ha de existir, originariamente, un anhelo hecho general de la sociedad en las coincidentes aspiraciones de los individuos que la forman, de operar jurídicamente sobre las utilidades y aprovechamiento de las cosas. Encarnadas éstas jurídicamente en el dominio, se hallan sujetas al dueño, y ello obliga a contratar con él sobre aquellos determinados servicios, utilidades y aprovechamientos de las cosas, y aun facultades del dominio, poniendo en juego de contratación esa parte del contenido del dominio de que es titular el dueño. Pretende éste limitarse y, se limita, en la titularidad dominical que ostenta, respecto de las utilidades de la cosa sobre que contrata. Pero esta limitación constituye tan sólo una obligación que personalmente contrae, como un derecho personal que el contratante contrario adquiere. El derecho concederá su protección a estas convenciones, creadoras de derechos y obligaciones personales, como tales obligaciones. Mas no por ello habrá quedado limitado el dominio con trascendencia real. Transmitido éste, no alcanza la limitación al adquirente. Se extingue la limitación para éste, como se extingue en esencia para el transmitente, pues operaba sobre la cosa que ha dejado de ser suya. No ha conectado al titular de la limitación, con la cosa, directamente. Esto es insatisfactorio jurídicamente y no satisface tampoco el anhelo social.

Se precisa ahora éste como el de lograr, para aquella convención obligacional, carácter y efecto real, naturaleza trascendente, general y universal. Institución real, en suma.

Mas ello requiere un proceso complejísimo, que llene las exigencias jurídicas de esta naturaleza institucional y real, para su actuación trascendente y universal, que hemos visto la informan.

Fuesto que ha de surgir, al conjuero del derecho real limitativo del dominio, para todo posterior adquirente de éste, para la sociedad en suma, un nuevo titular, limitativo, junto al dominical que encarnaba la cosa, será preciso que queden previamente determinadas con exactitud las alteraciones que en las normas constitutivas del dominio o contenido de facultades, derechos, obligaciones y responsabilidades que ostentaba ante la sociedad este dueño, ha producido el hecho de que coincidan ahora dos titulares, el dominical y el limitativo, precisión que, desde luego, rebasa la simple enunciación de la obligación, que es el eje de la convención particular operada.

El dominio, definido por la ley como íntegro antes de la escisión, ha quedado escindido ahora, y en garantía de la sociedad ha de haberse concretado en la vida jurídica social el contenido jurídico de la titularidad escindida en reglas fijas, señaladas, esenciales, que constituirán en las facultades, obligaciones, derechos y responsabilidades de los titulares respectivos —dominio y limitación— la nueva titularidad. Que tenga así la fijeza y generalidad exigidas por su naturaleza real. Que sea ella y no otra. Idéntica a sí misma. Un conjunto normativo, exacto, que trascienda con la exactitud y precisión indispensables para la sociedad que la reclama como institución real.

La sociedad, el hombre, al crearla, le imprime esta fijeza y generalidad, en un proceso no por complejo menos sencillo y natural. Surge, sin violencia alguna, de la identidad de aspiraciones de todos los contratantes, consecuencia del general anhelo social, que se vierten en idénticas o parecidas convenciones.

El proceso se efectúa en el medio social en que la aspiración nace; se acoge, para las nuevas modalidades, a las fórmulas antiguas, ya consagradas, a cuyo amparo se desenvuelve, enquistada en ellas, hasta formar, en las variantes de aquellas fórmulas similares, el cuerpo nuevo capaz, en su día, de formar una titularidad

nueva autónoma: así el derecho superficiario, enquistado en las fórmulas enfiteutiformes, que actualmente reclama su escisión en un tipo independiente de titularidad real; o el censo devenido arrendamiento, como retorna éste a la figura censual modernamente en la redención, en el acceso a la propiedad, retracto, perpetuidad, próroga indefinida, etc.

Se desarrolla paulatina y lentamente en ciclos históricos, y a la formación de tales reglas colaboran criterios particulares coincidentes, aspiraciones comunes, soluciones que se imponen por sí mismas, presión de las anteriores fórmulas e instituciones en que se ve forzada a apoyarse, usos sociales, trabajos científicos, jurisprudencia que va llenando lagunas contractuales, etc., etc.

Al término del proceso, en torno de aquella obligación primaria—embrión de titularidad real— se habrá formado un complejo normativo definido, fijo, delimitador, definidor, identificador, constituyendo potencialmente el cuerpo de una titularidad real en que aquella obligación primaria es su eje. No habrá surgido de la nada, como un producto jurídico creado por la mente fría del sabio o del legislador, sin calor de humanidad, sino un cuerpo vivo elaborado secularmente en esfuerzo continuado y tenaz, formado por aportaciones lentas, creadoras de estados de conciencia, asimilado ya a la conciencia jurídica social.

Preside todo el proceso el Notario. que camina al paso de la sociedad, codo a codo con ella, como confidente y consejero, como jurista y como legislador; conocedor de sus anhelos, deseos, aspiraciones y espíritu; señalando el alcance jurídico de cada posición particular, las facultades de los contratantes, la órbita de su relación con las cosas; dictando normas en función de legislador privado que forma con sus leyes-convenios, análogas y repetidas, un uso, una costumbre, una regla uniforme que, por su fijeza y generalidad, es apta para regir todos y cada uno de los casos particulares que resuelve. Que lleva ya en sí misma, por ello, los elementos precisos para poder ser elevada por la ley a norma abstracta constitutiva del derecho real, que no otra cosa es la titularidad que al ser definida consagra la ley positiva como institución real, ofreciéndola a la sociedad, armada de todas las armas, como consecuencia jurídica de aquellos usos, conciencia general, doctrina científica y vida jurídica del pueblo.

Esta consagración última, como institución real, es privativa de la ley. No de la sociedad, siquiera ésta haya de darla el legislador como creación propia, por ella elaborada y apta para la consagración. Sólo la ley puede elevarla a institución real idéntica a sí misma; y para ello ha de definirla en su contenido en las páginas de los Códigos en la rúbrica que la condensa. Será institución real porque la ley la ha definido como tal, invistiéndola con ello de carácter trascendente ungida con el poder de las acciones reales consustanciales a su rango.

Ello no significa que el legislador quede reducido a intuir o percibir el momento de su actuación consagradora y que en ella carezca de autonomía. Por el contrario, será el instante preciso para que imponga la sabiduría y justicia a que su función le obliga, rechazando lo que estime defectuoso (el comiso en el censo como arbitrio convencional ideado ante la carencia legal de acciones defensivas adecuadas, innecesario una vez que las conceda la ley definidora) o imponiendo las que crea justas (prórroga indefinida del arrendamiento, retracto arrendatario, redención censual, etc., que el dueño, como libre contratante, rechazaría).

Arrastrada ahora la figura a la órbita institucional, consagrada como tal, definida jurídicamente con exactitud que la ciñe a la esencia hondamente social y jurídica que la fundamente, cuanto mayor sea la precisión de la creación, menor libertad de movimiento y de actuación permitirá a la iniciativa individual, sin que en ningún caso ésta pueda desdibujar sus rasgos esenciales.

En definitiva, aquella primera obligación personal, relación obligacional de dueño y limitante, habrá transmutado su naturaleza, culminando en la lograda como institución real. Pero aquella obligación, como toda obligación, no dejará de ser personal.

Y he aquí cómo todos tienen razón, incluso los que afirman que no existen más derechos que los personales.

Estas consideraciones, expuestas por nosotros con mayor relieve en trabajos iniciados en esta misma Revista Crítica, hace ya demasiados años, señalan apretadamente los rasgos esenciales que ahora nos interesan.

Volviendo ahora a la opción, en un examen tamizado por aquellas consideraciones, nos será permitido, sin caer en el intrusismo, hacer su diagnóstico jurídico más o menos certero, no como Médi-

cos de cabecera de un enfermo que no tenemos, sino acuciados por el hecho de no tenerlo, no obstante ejercer de antiguo la profesión con carácter de Médico general.

Deducimos de ello que la sociedad no reclama la fórmula real institucional para el contenido que se le ofrece en términos amplísimos por el legislador hipotecario en el artículo 14 del Reglamento.

Esta amplitud de la fórmula ofrecerá un primer peligro de utilización arbitraria por la sociedad si la aplica para una finalidad no sentida, salvo que resulte inocua.

No es así: esa generación permite una figura insatisfactoria jurídica, económica y socialmente, a más de innecesaria.

No negamos que al correr del tiempo pueda ocurrir lo contrario. Mas afirmamos que para ello será preciso una total variación de los conceptos jurídicos y de la organización económica y social actuales.

Llegado el caso, habría de ser examinado el problema poniendo en juego una titularidad limitativa referida a la facultad dispositiva del dominio, frente a las surgidas en torno a las de aprovechamiento. Y así como en éstas el cuerpo de titularidad formado es profuso y detallado, en aquéllas apenas requeriría otra expresión que la imposición trascendente de la limitación dispositiva pactada convencionalmente, dándole transcendencia real en un tipo de derecho real de adquisición. Mas, de todos modos, en torno a este embrión habrán de darse, civilmente, ciertas normas previsorias esenciales: duración de la promesa, transmisibilidad o intransmisibilidad de la misma, efectos, enajenación del dominio limitado, constitución de otros derechos limitativos en relación a la opción, extinción, consecuencia de expropiación de la finca, tesoro oculto, etcétera, etc.

Pero no es menos cierto que el pacto de opción aparece actualmente formando parte de ciertos contratos o tipos jurídicos de naturaleza más o menos real.

Son éstos el retracto convencional y el arrendamiento de minas. En el primero vemos, con alguna sombra que no impide percibirla en su fondo, la efectividad trascendente de una obligación de venta, que no ha tomado la figura de una titularidad limitativa del dominio sino la de un dominio condicionado en que convergen los dos

titulares. Lo descartamos ahora, como extraño a la cuestión que nos ocupa.

En el segundo, arrendamiento de minas, todo nos hace intuir que nos hallamos en presencia de la manifestación embrionaria de un nuevo tipo de derecho real, que está desenvolviéndose acogido al arrendamiento como la fórmula jurídica preexistente más apta para su actual efectividad, siquiera no lo sea demasiado.

Porque es indudable que el propio arrendamiento de minas se resiste al tipo de arrendamiento clásico, desde el momento que más que al aprovechamiento de una utilidad se contrae a la propiedad del mineral que extrae, que extinguido agota la mina como tal. Y dentro de tal tipo clásico, en que se halla de prestado, la opción se pacta como expediente adecuado al hecho de la iniciación de una explotación minera, que exige gastos cuantiosos, sujeta además al riesgo de improductividad o deficiencia de los filones que alumbre.

A estas y otras consideraciones menores responde con exacta precisión el actual pacto de opción. Y del mismo modo que las características objetivas del contrato de primeras cepas ha influido sobre el arrendamiento o enfiteusis de las tierras hasta escindirse en la figura autónoma y específica de la *rabasa morta*, todo nos hace presumir que la evolución natural de la opción llevará primero a escindir del arrendamiento clásico el arrendamiento de minas, y de este tipo así escindido surgirá el subtipo de iniciación de explotación minera al proyectarse la necesidad de imponer el derecho de adquisición con tal vigor económico y social que fuerce a elaborar en su torno una figura limitativa real autónoma bajo la rúbrica, tal vez, de opción minera.

Cual sea el estado actual del proceso, las enseñanzas y precisiones que ofrece, las características esenciales que muestra, la dirección que las voluntades particulares coincidentes señalan y las lagunas y deficiencias que deban ser cubiertas por la ley, habrán de ser dichas por los especialistas.

Pero téngase en cuenta que se lo dirán al legislador civil, no al hipotecario, para que aquél las configure y consagre en el derecho civil positivo como institución real, que en su día se refleje en el Registro de la Propiedad en publicación de los titulares concretos que la ostenten sobre las fincas señaladas acogidas al sistema.

En este complejo campo de sutiles ideas jurídicas irrumpe el

legislador hipotecario, y en el artículo 14 del Reglamento nos habla con palabras extrañas a aquel lenguaje jurídico de que partimos, a que no ajusta su significado, y que parecen hablar otro lenguaje desconocido para nosotros: que toma del campo civil contractual no un derecho real sino un pacto de tipo personal o el contrato mismo; que no vacila en regular civilmente lo esencial, duración de la promesa, pero nada dice de lo también esencial real, transmisibilidad o intransmisibilidad de la opción, efecto respecto del dominio inscrito, trascendencia con éste de la limitación, cierre o apertura del Registro, etc., y que deja la inscripción no sólo a voluntad de los contratantes sino a la expresión del acuerdo de inscripción en el contrato civil, con lo que parece poner en juego contractual no la opción sino su naturaleza personal o real, abandonándola al convenio particular.

Y en todo caso, a la postre quedará desconectada la inscripción de su base civil, indeterminada como vemos. Sin su soporte vital civil, la opción tendrá el sólo valor que le preste el sistema registral. Valor no señalado a la opción concretamente por la ley hipotecaria, lo que obligará a fijarlo con arreglo a los efectos generales del sistema, que a su vez se determinan en razón al valor sustantivo civil del que aparece desconectado y con el que en adelante, por ello, sólo tendrá un débil enlace ideal, no propiamente jurídico, sino de pesquisa de la voluntad particular en relación a la finalidad contractual que trata de proteger la inscripción.

Montada ésta en el aire, como vemos, queda expuesta a ser arrastrada en todas las direcciones hipotecarias sociales: 1.ª Al campo de efectos de la mención, de la opción civil como derecho personal, defendiendo la promesa de venta del arrastre del juego del sistema, como excepción a la prohibición de las menciones del artículo 29 de la ley. 2.ª Al propio de los derechos reales, devenida la opción titularidad real por la inscripción, limitando trascendentemente al dominio en las enajenaciones de éste, y transmisible e inscribible la transmisión de la titularidad limitativa, salvo que se estime intransmisible como el uso o habitación. 3.ª Al estado de las prohibiciones de enajenar, capaz de impedir y cerrar el Registro a las realizadas en contravención de la limitación, como excepción del criterio contrario del artículo 17 de la ley. 4.ª Al de la posición condicional coincidente de dos titulares en el dominio simi-

tar a la del retracto convencional, que habrá de desenvolverse en la forma confusa en que actúa el sistema ante el mismo retracto en relación a su hipoteca, transmisión, extinción, etc.; y 5.º Al de la «oponibilidad» de que habla Roca Sastre, *ius ad rem*, de La Rica, propio de la anotación preventiva.

Todo ello provoca un estado de desconcierto entre los hipotecaristas, que se refleja en las diversas posiciones que adoptan: para Villares Picó (número 252 de esta Revista Crítica), la opción habrá devenido real, y suponemos que la considerará transmisible e inscribible la transmisión; el eclecticismo de La Rica le permitirá en sus «Comentarios», después de señalar la inspiración suiza del precepto reglamentario, deambular por todos los campos e ideas comprensivamente: admisión de la opción como derecho real a base del *numerus apertus*, configurándolo como de adquisición, sin cierre del Registro y como limitación de facultades dispositivas o incluíble en el grupo de prohibiciones de disponer, o configurado como un derecho de vocación real, *ius ad rem*, apto para cubrir cualquier mercancía sea personal o real, o adquiriendo una u otra naturaleza a voluntad ya del legislador sino de los contratantes, supeditada, eso sí, esa voluntad transmutadora decisiva, a la inscripción, devenida así *constitutiva* del derecho real. Claro está que el autor habrá de decidirse luego a señalar por su cuenta y riesgo los efectos de la inscripción, llenando los vacíos de la legislación civil y la imprecisión del sistema registral que dejamos apuntados; Roca Sastre (página 24 y siguientes, tomo 3), inclinado a la admisión de los derechos reales de adquisición, acepta la figura de la opción como tal derecho real y, por lo tanto, su consecuencia de que, una vez admitida con tal naturaleza, creada particularmente al amparo de la doctrina del *numerus apertus*, gozará de los beneficios del sistema: transcendencia *erga omnes*, transmisibilidad del dominio con su carga limitativa, sin cierre de Registro, transmisibilidad de la opción e inscripción de la transmisión. Es decir, que tendrá los efectos de todo derecho real, *robustecidos* por la inscripción según Roca, que al emplear este término puede oscurecer la clara doctrina de que el Registro sólo publica los derechos reales que toma del campo civil, sin robustecerlos.

Afirma luego que mediante el artículo 14 del Reglamento hipotecario no se inscribe un derecho real de opción, como tal titula-

ridad, sino un derecho personal. Le mueve a esta afirmación observar que reglamentariamente se inscribe sólo el «contrato de opción» y no el derecho real de opción que cree pudo ser configurado como tal e inscrito con esta naturaleza. Cerrado este camino, «el derecho personal inscrito en el contrato, sigue siendo personal puesto que el Registro no puede convertirlo en real».

Sin embargo, añade, este derecho personal inscrito, produce *ciertos efectos* de derechos reales. Se apoya en WIELAND y HUBER,

Califica estos efectos de juego de «oponibilidad». Pero no los precisa: sabemos que podrá oponer su derecho de compra a la pretensión del adquirente derivada del dominio. Pero nada más. Deducimos que considerará que no puede transmitirlo con efecto real (puesta en contacto que, como sabemos, sólo logra el derecho real perfecto, que el autor no admite sea la opción por la inscripción). Ni siquiera sabemos si la considera transmisible como tal derecho personal, sin que podamos ahora deducirlo por desconocer la conceptualización civil que el autor tenga de la opción contractual. Y suponemos que en ningún caso admitirá la inscripción de ese derecho no real aun cuando lo suponga transmisible contractualmente como derecho personal.

Parece difícil, como vemos, además de incompleta, esta oponibilidad de un derecho personal inscrito, que al ser publicado anuncia que por ser personal debe ser inoperante contra el adquirente al que se opone. Difícil también esta concesión, al derecho de compra, de efectos de oponibilidad contra todo dueño, sin que sepamos si es transmisible o no civilmente, y de serlo, si se transmite también o no su nota de oponibilidad, y en caso afirmativo si es o no inscribible la transmisión.

Posición menos firme que la de VILLARES PICÓ, que obliga ahora a ROCA a sostener que el artículo 14 le ha dado tal fuerza de oponibilidad. Mas como este artículo sólo permite la inscripción, sin determinar sus efectos, la imposición de este criterio no reflejará un valor jurídico de la ley positiva sino un vigor práctico de la misma, ganado interpretativamente por reflejo de la suma combinada del poder sugestivo de ROGUIN, WIELAND, HUBER, legislación suiza, LA RICA, ROCA SASTRE y todos sus adheridos, grandes o pequeños.

No resistimos a la tentación de añadir unas líneas, a modo de pasatiempo mental.

Dijimos que los legisladores parecen hablarnos un idioma extraño ininteligible. Mas del mismo modo que la madre interpreta con exactitud el balbucear de su hijo, así los profesionales manipuladores de la vida de los derechos reales pueden comprobar en el balbuceo legislativo la realidad de la masa de ideas antes expuestas que perciben entre sus manos.

Sin duda, nos hallamos ante el proceso de elaboración del tipo de derecho real de opción, cuya evolución pretende acelerar el legislador hipotecario e incluso darla por consumada.

Ha entrado para ello en el campo contractual, exclusivamente nuestro, profesionalmente. En el trabajo diario, partimos de que el eje de la opción es una promesa de venta. Sabemos que de todas ellas sólo tienden al derecho real las que muestran su vocación de trascendencia universal y general y que sólo éstas deben agruparse en la denominación «opción», sólo doctrinalmente precisada hasta ahora siquiera en su día haya de identificarse su contenido en la ley consagrada.

Esa esencia íntima de trascendencia, seleccionadora, la hallamos en el anhelo común de los contratantes, inquiriéndola directamente de los mismos para reflejarla en los pactos convenidos.

El legislador hipotecario corta por lo sano: exige para la inscripción la manifestación contractual de quererla. Y lo ha logrado todo, resumiéndolo en dicha exigencia, en la que percibimos ahora claramente su hondo significado expresivo.

Continuaremos nuestra labor, profesional, inabarcable para el legislador hipotecario pese al arbitrio ideado por el mismo. En consecuencia, podremos comprobar igualmente que ese anhelo se produce en determinados tipos específicos: arrendamiento inicial de minas, tal vez de terrenos precisos para iniciaciones hidráulicas, posiblemente en su día, de explotaciones ferroviarias, etc. Y que no existe en otros supuestos.

No daremos el nombre de opción más que a la promesa de venta en que comprobemos su espíritu de trascendencia, pero en todo caso operaremos contractualmente a base de la promesa de venta sin sobreentenderla en la rúbrica «opción», puesto que estamos elaborando su contenido, indeterminado aún. En este camino inquirire-

mos de los contratantes hasta lo más hondo : nos dirán los exactos efectos que para el mismo desean : a) Que limite el dominio, trascendentemente ; b) Que es transmisible, por cualquier título, o no ; c) Que debe ser inscribible esta transmisión o no, etc., sin duda que-rrán, no sólo que obren como titularidad real, sino que *sea* real. De otro modo, no estará presente como aspiración jurídica social.

Consignaremos todo ello en el documento, por diversas razones : 1) Para que refleje fielmente la realidad del anhelo social, contorneando exactamente con su peso y vigor el cuerpo jurídico en formación ; 2) Para poner en contacto con dicha realidad a los intérpretes, comentaristas, doctrina y jurisprudencia, que directamente no pueden percibirla, lo que actualmente hace que su criterio no coincida, con consecuencias tan dispares como lo son los puntos de partida imaginables, que irán desde aceptar la inscripción de las transmisiones de la opción, a rechazarla, pasando por la diferenciación arbitraria de LA VIDA, según sean intervivos o *mortis causa* ; y 3) Para que, en su día, sirva de guía al legislador civil en su labor creadora, definidora y consagrada

Hasta aquí hemos llegado a una selección de tipo contractual de opción, sin alcanzar, por exceder de nuestro poder, a darle naturaleza de titularidad real.

El legislador hipotecario tiene la misma impotencia, civilmente, y aunque legisla hipotecariamente, no alcanza a elevarlo a derecho real, si bien pretende cubrirle con su manto registral a la finalidad práctica de su trascendencia. Esto explica que, hecha por él la selección, que a nosotros correspondía, del contrato de opción inscribible (por el acuerdo de inscripción), no permite la inscripción del derecho real, que halla en su esencia, sino el «contrato de opción o el pacto de opción de compra» así seleccionado (relación contractual tan sólo). He aquí el significado hondo de esta expresión reglamentaria. No puede añadir un codo a su estatura, ni ocultar su audaz merodeo por todos los campos limítrofes.

No se nos ocultará que en torno a aquel eje —promesa— han de agruparse las previsiones que robustezcan la figura real, si bien la promesa escueta, como limitación dispositiva, lleva provisionalmente las exigencias mínimas del cuerpo real en formación.

Pero civilmente no pueden faltar las esenciales, en el contrato y en la inscripción. Serán, precio y duración. Esta última, segura-

mente igual a la de arrendamiento, en la opción de este tipo, y en la de otros tipos, que peligrosamente han quedado admitidos a la iniciativa individual con despreocupación de toda consideración social, económica y aun de justicia, no podremos limitar a los contratantes, profesionalmente, por ser ello privativo de la ley civil creadora de la institución real, según hemos expresado. Tampoco podrá hacerlo el legislador hipotecario pero, en el río revuelto, señalará un «período máximo de duración de cuatro años». Y en esta limitación reglamentaria se acusará el rastro de ese forzado devenir institucional real de la opción, registralmente emprendido.

Por último, sólo nos faltará poner a disposición de los contratantes la fórmula jurídica adecuada. Ni un solo instante volveremos la mirada al tipo de prohibiciones de disponer, o al condicional similar al retracto convencional, ni nos detendremos a observar sus analogías con éste ni con el arrendamiento. Sólo tenemos un molde que ofrecerles: el propio artículo 14 del Reglamento. Lo ofreceremos con reservas mentales, haciendo votos, no obstante, para que se aplique con el significado del idioma científico —esperanto jurídico— que hablan WIELAN. HUBER, LA RICA y ROCA.

Y renovaremos nuestros votos para que, en su día, el legislador civil formule en sus páginas consagradoras el tipo real de opción, hablando el lenguaje que como único idioma jurídico entendemos.

A título de curiosidad y porque hace relación a las ideas generales expuestas, anotaremos que con el arrendamiento ocurre lo contrario. Nos hallamos en presencia de un derecho o titularidad real, que ha pasado por el lento período de elaboración que señalamos; que adquiere un cuerpo robusto, en la ley, que delimita y define detalladamente facultades, derecho, obligaciones y responsabilidades; que es norma de actuación para los titulares que operan sobre la cosa, dueño y arrendatario; que trasciende la limitación que alcanzará a todo adquirente posterior del dominio, limitándolo con carácter general.

Y, sin embargo, del hecho de que no se inscriba, deducirán los hipotecasistas que es personal y no real; o que deviene real por la inscripción; o que su naturaleza depende de la voluntad particular.

Rechazan la idea de que es tal su importancia social, que la ley

considera perturbador que pueda ser arrastrado por los efectos del sistema registral y en caso de no ser inscrito perezca ante el tercero o titular que éste protege. Y que en consecuencia, lo deja a salvo del sistema sin necesidad de inscripción, no porque no sea real, *sino aun siendo real.*

JOSÉ URIARTE, BERASÁTEGUI

Notario

(Continuará.)