

LA MEMORIA DE ESTE AÑO

EL LLAMADO DERECHO DE OPCION

I

NOMENCLATURA

La circunstancia de que, al referirnos a las relaciones jurídicas que vamos a estudiar, no nos atrevamos a incluirlas francamente bajo la rúbrica *derecho de opción*, indica ya cuán poco seguros estamos de la terminología.

No es tan grande, sin embargo, el atrevimiento, como podría deducirse de las siguientes palabras de un especialista en la materia : «La terminología jurídica no conoce la palabra *opción* ; esta palabra no figura en nuestro Código. Semeja a un bárbaro que se haya introducido en la ciudad, a un peregrino de la Roma imperial que tiene el *jus commercii* y reclama la cualidad de ciudadano» (1).

Gayoso, en unos estudios sobre el contrato de compraventa (2), recuerda que el Derecho romano hablaba ya de opción en el sentido de elección ; tal la *optio servi*, la *optio tutoris*, en la antigua tutela perpetua de las mujeres ; *tutor optivus*, a distinción del *dativo* que se nombraba en testamento, el legado de opción...

En el Derecho internacional también es corriente el empleo del término *jus optionis* para designar la facultad que se reserva a los habitantes de un territorio cedido por un Estado a otro, de conservar su antigua ciudadanía. En la Argentina se denomina

(1) Nigon, *Les options en matière immobilière*. Pierre Bossuet. París, 1931.

(2) Publicados en los números 164 y 165 de la *Revista de Derecho Privado*, pág. 203.

derecho de opción la facultad que el heredero tiene de aceptar o repudiar la herencia.

Aunque pocas veces, los alemanes usan la palabra *optionsrecht* con el significado de facultad electiva; por ejemplo, cuando la oferta contractual no puede ser objeto de una aceptación simple, por llevar envuelta una alternativa, y el *oblato*, como dicen ellos, ha de escoger antes de cerrar el contrato. En los autores austriacos encontramos los términos *option*, *optionsvertrag* y *optionsrecht*.

Opción es la libertad o facultad de elegir y también la elección misma, según la Academia de la Lengua, a quien sigue Ossorio en el primer boceto de una monografía jurídica sobre el asunto que haya visto la luz en idioma castellano (1).

Más que elección, replica Gayoso, significa en este caso aspiración o pretensión; el titular no se dice que tiene opción entre quedarse o no con tal mina, sino *opción*, pretensión jurídica *sobre o a ella*. Son dos aspectos de la misma figura: la manifestación de voluntad del que elige se refiere *ad rem* y provocará relaciones jurídicas que sujetarán con mayor o menor energía las cosas a su patrimonio o al de un tercero. De aquí que la intuición popular no vea sólo la elección (como en el acto libre del que elige esposa), sino el derecho a dominar ciertos bienes mediante una declaración y las prestaciones consiguientes.

En el Diccionario manual que ha publicado la Academia como resumen y suplemento de la 15.^a edición, aparece, a renglón seguido de las palabras transcritas, la significación siguiente: «Derecho que se tiene a un oficio, dignidad, etc.», y lo que para nosotros es más interesante una verdadera definición forense: «Convenio en que, bajo condiciones, se deja al arbitrio de una de las partes ejercitar un derecho o adquirir una cosa».

El verbo optar no sólo es de los clásicos, sino que ya se encuentra en el latín anterior a la época poética con el significado de anhelar y pedir, acaso como derivado del griego $\sigma\pi\alpha\sigma\kappa\alpha\iota$ y emparentado con $\sigma\pi\alpha\sigma\tau\omicron\varsigma$ = visible, y con $\sigma\pi\alpha\sigma\omega$ = considerar.

Pero las vacilaciones de los juristas se explican por la incertidumbre del contenido del *contrato de opción* que en el mundo de

(1) *El contrato de opción*. Madrid, Rojas, 1915, pág. 25.

los negocios han introducido los agentes, comisionistas y comerciantes, más preocupados por la rapidez de los tratos y atentos a las ganancias que cuidadosos de la técnica del derecho. Así, Bonfante, en una nota sobre cierto contrato en que una parte se había reservado la facultad de adquirir varios inmuebles (*il così detto diritto di opzione*) lo llamada derecho de adquisición, de prelación o como se quiera (1). Y en una sentencia dictada recientemente por un Tribunal francés se rechazan las denominaciones de venta bajo condición suspensiva o resolutoria, a término, à *temperament*, para calificar de opción a un arrendamiento con promesa unilateral de venta.

Al sujeto activo que tiene la facultad de negociar o no negociar, de comprar o no comprar, le da el Sr. Ossorio, y en esto coincide con la Academia, aunque él lo hace *a espaldas de su Diccionario*, el nombre de *optante*. Al sujeto pasivo que, una vez concedida la opción, se cruza de brazos esperando el resultado de la decisión ajena, le llama *optatario*. Gayoso, fundándose en que el adquirente de la cosa se halla en la misma línea que el arrendatario, depositario y mandatario, no quiere denominarlo *optante*, sino *optatario* o más bien *opcionario*. Con ello no sólo se separa de los precedentes gramaticales, sino que igualmente desconoce los que se encuentran en las leyes castellanas que abandonaron el término *porfijador* para emplear el de *adoptante*, derivado de *ad-optio*, que también ignifica deseo y elección.

No dejamos de ver que, objetivando la opción, Gayoso *adopta* el término *opcionario* para designar al favorecido por la oferta, y que mientras éste no hace uso de su derecho, sólo es titular de la facultad de optar, mas a fin de evitar neologismos de dudoso gusto, le llamaremos *optante* o *aceptante*, así como *concedente* o *prominente* a la persona que se la otorga.

Por lo que se refiere a las cosas inmuebles que especialmente han de ser objeto de este estudio, los ingleses emplean el término *opción* (2) para designar las renovaciones de los arriendos (*leases*), o las *compras* o *recompras* de propiedades; los suizos vacilan en-

(1) *L'opzione nei contratti di vendita*. Riv. Dir. Conm., 28-1.

(2) An option to the renewal of a lease or for the purchase or re-purchase of property... The law of England. The Earl of Halsbury, V. 7, 414.

tre las palabras *promesse de vente*, que aparecen en el artículo 216 del Código de obligaciones, *vorverträge* (precontratos) y *kaufsrecht* (derecho de compra), en la redacción alemana, y *contratti preliminari* con que se traducen al italiano, mientras en el Código civil de 10 de Diciembre de 1907 se regula esta materia bajo la nomenclatura de *droit d'emption* (derecho de compra), *promessa di vendita*, *pactes d'emption* y *verkaufsversprechen* (promesa de venta). En Francia, la ley de 30 de Julio de 1930 ha tenido por objeto, según los especialistas, fijar el momento en que nace el ejercicio de la opción (*point de départ de la levée de l'option*), y, sin embargo, su texto, que es un párrafo añadido al artículo 1.589 del Código Napoleón, se refiere a la promesa de venta, no al contrato específico que estudiamos.

Por último, el Código civil alemán no conoce el *kaufsrecht*: en los artículos 504 al 514 desenvuelve la *preemptio* (*vorkaufsrecht*) como derecho de crédito, y en los artículos 1.094 al 1.104 la protege contra tercero; pero esta figura de líneas semejantes a nuestro tanteo, o, mejor dicho, al retracto, se distancia mucho del derecho de *opción*, aunque no falta quien los confunda (1).

II

S U P U E S T O S

La mera enumeración de las figuras que los autores presentan bajo la denominación de opciones nos descubrirá el amplio campo del concepto y justificará las dificultades con que tropieza el investigador que trate de precisarlo y de fijar las normas fundamentales en la materia. En la citada monografía, Ossorio presenta como formas típicas las siguientes:

Primera. *A* es cesionario de un ferrocarril. No tiene capital para construir, ni le es fácil encontrarle en las gestiones que, directamente, puede llevar a cabo. En tal situación se le presenta *B* y le dice que él cuenta con ciertas facilidades para hallar el capital preciso y está dispuesto a procurarlo, siempre que, al efecto, se le conceda *opción*; es decir, derecho exclusivo a buscarle

(1) Nigon. Op. cit., pág. 161.

durante un plazo, con la tranquilidad, hija del privilegio, de que en ese tiempo nadie, sino él, podrá ultimar el asunto, y con el aliciente de que, si tiene la fortuna de llevarle a cabo, percibirá tal comisión, participación o ganancia. *A* reflexiona lo que le conviene y da a *B* la facultad exclusiva que se le pide, señalándole las condiciones en que podrá negociar, a saber: si el dinero es prestado, en qué cuantía, por qué tiempo y a qué interés; si el dinero es por compra, en qué cuantía, en qué plazos y en qué especies; si el dinero es por constitución de Sociedad, cuál ha de ser el capital de ésta, cómo ha de formarse, cuánto, en qué fechas y especies se ha de pagar al aportador, qué misión ha de reservarse a éste en la Sociedad, etc., etc. Convenidos todos estos extremos, *A* concede la *opción* a *B* y empieza la vida del contrato. En el plazo marcado, o en el que *A* tenga a bien prorrogar, *B* halla el capital necesario en las condiciones previstas o con las modificaciones que *B* haya propuesto y *A* consentido; o, pasado ese plazo, *B* ha fracasado en sus tentativas, y, extinguido el vínculo jurídico, recobran *A* y *B* su libertad de acción.

Segunda. *C* es propietario de una mina, y falto de medios para beneficiarla, se encuentra en disposición y ánimo de venderla. *D*, propietario de otro venero del mismo mineral, tiene temor a la competencia y quiere evitar que la mina de *C* caiga en manos de capitalista más poderoso o de empresario más resuelto que su actual dueño, pues mantiene la ilusión de llegar a tener caudal suficiente para comprarla y explotarla por sí mismo o asociándose a *C*. Busca *D* un seguro de que en cierto plazo nadie, sino él mismo, pueda comprar la mina. Acércase a *C* y le propone que le dé una *opción*, es decir, un derecho exclusivo para la compra de la mina, durante tantos años, opción por la cual está dispuesto a pagar tal cantidad cada año que dure. Consiente en ello *C* y otorga a *D* la opción solicitada, conviniendo ambos el precio, especies, plazos de pago, etc., etc., en que la venta habría de realizarse. Nace ahí el contrato; mientras dura, *D* paga a *C* la cantidad estipulada, y *C* se encuentra imposibilitado de vender su mina a otra persona que no sea *D*. Al cabo del tiempo fijado, o *D* compra la mina en la forma preestablecida, o se extingue el convenio, pudiendo *C* disponer de su mina cuando y como guste.

Tercera. Se ha constituido la Sociedad *E*. Los banqueros *F* y *G* han suministrado la totalidad o la mayoría del capital. En la escritura de constitución, o en los Estatutos sociales se previene que, si se emiten obligaciones o nuevas acciones, *F* y *G* tendrán opción, es decir, privilegio exclusivo, a quedarse con ellas, en todo o en parte, al tipo de emisión o a otro mayor o menor; debiendo ejercitar esa facultad, si les conviene, al cabo de tantos o cuantos días de ser creados los valores. Si éstos llegan a nacer, la Sociedad *E* mantendrá en suspenso el lanzamiento de los mismos al mercado, hasta ver qué resuelven *F* y *G*. En el plazo convenido, éstos habrán de hacer la adquisición, y si no la hacen, la Sociedad dispondrá libremente de sus títulos.

«A veces, resume Gayoso, una persona natural o social adquiere la facultad de comprar, arrendar o exigir la aportación de una cosa o derecho (minas, fábricas, saltos de agua, joyas, valores bursátiles, acciones u obligaciones, usufructos, concesiones del Estado, etc.); otras, la de tratar su compra, arriendo o aportación, en términos que el dueño deba otorgárselos a él o a quien él designe en las condiciones fijadas, o bien admitir un préstamo gestionado por el titular de la opción, para explotarlas» (1).

Las opciones son, al menos en otros países, una operación sumamente usual, afirma Saldaña. Un arrendatario consigue de su arrendador, al tomar el arriendo, una promesa de venta. Otra aplicación: uno quiere adquirir una cosa, pero de momento no se decide hasta poder conocer bien sus condiciones, lo que requiere tiempo, como en las minas, o hasta saber si contará con capitales para la explotación. Una sociedad inmobiliaria quiere levantar edificios en un terreno cuya propiedad está fraccionada entre muchos propietarios y se hace otorgar por cada uno de éstos, separadamente, una promesa de venta, que transformará en venta firme el día en que estén reunidas todas las condiciones de su operación. Un propietario de fábrica se reserva el derecho de comprar el fundo vecino por un precio dado para poder ampliar sus establecimientos (2).

Lecomte, en un estudio publicado en la *Revue trimestrielle*

(1) Trabajo citado, pág. 202.

(2) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año IV, pág. 747.

de droit civil (1), sobre la naturaleza jurídica de las ventas a opción, examina, en primer lugar, la promesa unilateral; en segundo término, las operaciones a prima simple (que permiten al especulador inexecutar el contrato mediante el pago de la cantidad convenida), la operación a doble prima (promesa alternativa de vender o comprar a elección del acreedor), y la operación con facultad (venta firme en la que se puede reclamar el doble o triple), y, por último, las opciones bancarias (venta de títulos hasta un máximum o para su colocación).

La jurisprudencia francesa, preocupada con las parcelaciones urbanas, centra el problema de *la levée de l'option* sobre el ámbito de la promesa de venta. Alrededor de las grandes ciudades, los propietarios de terrenos los han dividido y casi pulverizado para facilitar a funcionarios modestos y obreros ahorradores la construcción de pequeñas viviendas. Con tal objeto se ha utilizado el contrato de arrendamiento con promesa de enajenación, la llamada venta a *tempérament* (con precio aplazado y facultades ejecutivas al vendedor), las locaciones con anualidades fijas y promesa de transferir al arrendatario la propiedad por el mero pago de las correspondientes a los años estipulados...

Por otra parte, las sociedades y cajas de ahorro se encargaban de adquirir grandes extensiones, de urbanizarlas y de repartirlas en lotes. El propietario les cedía el terreno en bloque o se lo arrendaba con promesa de venta, reservándose, en ocasiones, el derecho de cerrar el contrato, directamente él mismo, con los adquirentes de los pequeños lotes.

Fueron estas combinaciones, y otras más sospechosas, las que provocaron un conflicto que la ley de 30 de Julio de 1930 trata de resolver.

Según una gran corriente de opinión, la fecha de la transferencia del dominio y la de arranque del plazo de dos años para solicitar la rescisión de la venta por lesión en más de los siete doceavos del precio, sólo quedaba fijada con el pago total del mismo, y en cuanto se inició la baja del franco, los vendedores principiaron a hacer uso de un derecho fundándose en que las parcelas estaban mal tasadas. La mayoría de los Tribunales aceptó este

(1) Año 1931, núm. 3.

criterio y en el supuesto de que un contrato de arrendamiento con promesa de venta se hubiese formulado en 1913, las sentencias decidieron que era necesario valorar el inmueble, teniendo en cuenta su estado y mejoras, al realizarse en 1923 la venta propiamente dicha. Víctimas de la acción rescisoria, los obreros, asalariados y pequeños funcionarios que habían hecho lo imposible por pagar puntualmente las anualidades y valorizar las parcelas, se vieron en la alternativa de abandonarlas o pagar las cantidades diferenciales.

De aquí la modificación, o, mejor dicho, adición del artículo 1.589 del Código civil, relativo a las promesas de venta, con un párrafo de este tenor: «Si la promesa se aplica a terrenos parcelados o que van a serlo (*lotis ou à lotir*), su aceptación y la convención que resulte quedarán establecidas por un pago a cuenta del precio, sea cualquiera el nombre dado al mismo y por la toma de posesión del terreno. La fecha del convenio, aun cuando sea regularizado ulteriormente, será la del pago del *premier acompte*».

Si extendemos el concepto de *opción* a las trascendentales e internacionales de arriendo, sociedad, etc., como indican Ossorio y Gayoso, o a pactos más humildes, como el citado por Saldaña en el razonado estudio sobre «La opción y el Registro de la Propiedad» que ha visto la luz en estas columnas (1), abrimos la puerta a los llamados *precontratos* y entrarán en aluvión con el compromiso de vender (*pactum de vendendo*), el de ceder (*pactum de cedendo*), el de comprar (*pactum de emendo*), el de dar a préstamo cantidades (*pactum de mutuo dando*), el de constituir prenda o hipoteca (*pactum de pignorando*), y, en general, todas las obligaciones dirigidas a celebrar en lo futuro un contrato consensual, real, formal o literal (*pactum de contrahendo*).

Y esto sin decir nada de las ventas de barcos a opción, no alejadas del tema propuesto este año a los Registradores de la Propiedad.

III

CONSTRUCCIONES JURÍDICAS

Desde los actos preliminares de un contrato típico o clásico (oferta, policitud, tratos, puntuaciones, convenios preparatorios)

(1) Año IV, pág. 737 y sig.

a la situación jurídica enfocada por las partes y amparada por la ley, hay una serie de posiciones en donde se ha intentado colocar la figura discutida de la *opción* o con cuyas normas se ha pretendido completar la doctrina a ella referente.

Oferta mantenida.—La proposición de contenido cierto y determinable, hecha en forma a otra persona, con ánimo de establecer un vínculo y con tal modalidad que permita al oblato o promisorio perfeccionar el nexo jurídico mediante una adhesión, simple o electiva, parece a primera vista suficiente para construir la *opción*, sin más que añadir a la primer manifestación de voluntad el requisito de la irrevocabilidad durante un plazo.

Pero ni el Código civil ni la doctrina española se han preocupado de reglamentar este período de la generación del contrato, y quien aspire a colmar tal vacío ha de plantearse, entre otros muchos, los problemas relativos a la posibilidad de la oferta irrevocable, con distinción de sus efectos obligatorios, prohibitivos, reales, ejecutivos o de mera responsabilidad; a la duración del compromiso y de la dependencia en que se halle respecto del plazo, modo o condición; a los efectos que la incapacidad, interdicción o muerte del operante produzca sobre la oferta; a los derechos del titular: aseguramiento de la prestación futura, cesión a terceras personas, expectativas, transmisión hereditaria...

Todas estas dificultades nos servirán, sin embargo, de estímulo para emprender la tarea, si no nos detuviera la consideración de que en las *opciones* no hay una simple oferta comunicada, sino un acuerdo de voluntades con ánimo de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas.

Promesa aceptada.—Así como los romanos colocaban en la estipulación, es decir, en la interrogación del futuro acreedor, el núcleo de la relación contractual, centraban los germanos y con ellos el derecho castellano, desde la ley única del título XVI del Ordenamiento de Alcalá hasta el famoso jesuita Luis de Molina, en su tratado *De justitia et jure*, el eje de la obligación sobre la declaración del promitente, de suerte que la aceptación quedaba en un rango subalterno y se deducía de la precedente petición del acreedor, de la mutua promesa, de los hechos realizados por el favorecido, de su conducta o de su silencio.

«El deber de mantener un promesa—repetiremos con Siegel (1)—se asemeja al de omitir algo: no retirar lo dado, no revocar lo prometido, no borrar lo escrito, no quebrantar la palabra empeñada, y esto con la particularidad de que la actuación contraria no produce efectos jurídicos.» «Al buey por el asta, y al hombre por la palabra», «la promesa del noble y honrado es dinero de contado», decían nuestros abuelos, al mismo tiempo que los juristas repetían el famoso «*pacta sunt servanda*».

Por eso resultan para nosotros innecesarias las explicaciones con que Nigon (2) trata de justificar el paso desde la famosa regla «*ex nudo pacto actio non nascitur*» del Derecho romano, a la máxima canónica «*solus consensus obligat*».

La opción dada y recibida produce una serie de relaciones jurídicas, cualesquiera que sean las condiciones y formas con que nazca o se perfeccione.

Pero ¿cuál es su contenido?

Precontrato.—Los pactos que, precediendo a un contrato, constituyen obligaciones dirigidas a la conclusión del mismo, se denominan por los italianos *contratti preliminari*; por los alemanes, *vorverträge*, y por los franceses, *avant-contracts*. Los romanistas habían encontrado en varios pasajes del Digesto el *pactum de contrahendo*, pero la doctrina debe sus desenvolvimientos a las observaciones del mercantilista Thöel, a los estudios de Degenkolb y Göppert y a los expositores del derecho austriaco.

La categoría no se corresponde con lo que nosotros llamamos contratos preparatorios, ni se limita a los convenios que por referirse a la celebración de un futuro contrato real (mutuo), literal (letra o cheque), formal (donación) o previo al de adhesión (concesiones a las compañías de gas, electricidad, etc.), pueden separarse netamente del convenio final, sino que comprende todos los pactos por los cuales una o varias personas se obligan a perfeccionar en lo porvenir un contrato de cualquier clase (compraventa, sociedad, etcétera).

Inútil sería desenvolver aquí las normas aplicables a su forma, acciones que engendran, ejecución judicial, transferencia de derechos subjetivos, transmisión hereditaria, subordinación a las cir-

(1) Das versprechen als verpflichtungsgrund. Berlín Vhalen, 1873. pág. 21.

(2) Op. cit., pág. 13 y sig.

cunstancias sociales y a las esperanzas de los contratantes (cláusula implícita *Rebus sic stantibus*) y extinción de las obligaciones respectivas, porque el grupo entero de los precontratos se halla en peligro o por lo menos amenazado de inclusión en los tipos contractuales corrientes (1), y aun los autores que, como Ehrenzweig, estudian con detenimiento la materia, llegan a la siguiente conclusión: no entran entre los precontratos aquellos convenios que otorgan a una parte el derecho de establecer o ampliar, mediante declaración unilateral, ciertas relaciones obligatorias, como en el supuesto de las llamadas *optionen*.

Para que todo sea desconcertante en esta materia, el civilista austriaco cita como usual y frecuente el precontrato de compraventa en que *A* se obliga a transferir a *B* una finca por precio determinado, sin que el último se halle obligado a adquirirla, y añade que, en verdad, es un precontrato, porque la finca no está vendida. El mismo padre de la criatura, Degenkolb, pone en guardia contra la confusión entre la promesa unilateral y el precontrato de venta: «Se confunde frecuentemente—dice—la obligación derivada de un precontrato con aquella en cuya virtud, por una declaración futura y unilateral del titular, llega el contrato, sin más requisitos, a su conclusión definitiva. Llámese como se quiera tal obligación y el acto de que provenga, ambos deben ser distinguidos radicalmente de la obligación de cooperar personalmente a la conclusión del contrato y del *pactum de contrahendo* que tiende a esta cooperación.» Por las mismas razones se niega Petermann a considerar como precontrato la promesa unilateral de venta y prescinde para su exposición de la literatura jurídica anterior a la segunda mitad del siglo XIX, y en especial de Pothier y Mercadé, que señalan como objeto de la promesa un *contract de vente à passer*. Las expresiones «obligarse a vender o comprar» carecen de lógica. «Sería absurdo—prosigue—comprometerse a cumplir un acto que no se puede ejecutar por sí mismo; a todo lo más, puede uno obligarse a cooperar a este acto» (2).

Promesa de venta equivalente a venta.—Pocas materias apa-

(1) V. en este sentido el intento de von Thur-Der Allgemeine Theil des Deutschen Burg. Recht, 2, 494.

(2) *La promesse de vente...* Lausana-Gaursin, 1921.—V. en particular los números 8, 27, 133, 137, 171 y 190.

recen en el Derecho francés tan confusas como la distinción de las promesas en unilaterales y sinalagmáticas. La forma de los contratos, las obligaciones asumidas, la mayor o menor determinación de las cláusulas, el tránsito de la propiedad, la mutación del riesgo, la repercusión del impuesto, la nomenclatura, todo se baraja y resuelve en los expositores y en la jurisprudencia y desanima al estudioso que trata de orientarse. Acaso la culpa deba ser atribuida a los glosadores, cuyas opiniones se reflejan en los juristas anteriores a Pothier.

En opinión de algunos de aquéllos (Alejandro, Jason, Mariano de Socino), si prometiese una persona obligarse a darme cosa determinada *intra certum diem*, yo puedo exigirle el pago, llegado el día, directamente, sin necesidad de formalizar nuevo pacto. Combatían esta opinión Philippo Decius, Angelus, Juan de Imola y Saliceto, porque la ejecución directa desconocía la voluntad del deudor que no había querido contraer una obligación a plazo, sino que se había comprometido a contraer una obligación cuyo cumplimiento debía serle exigido antes de condenarle a satisfacer los daños y perjuicios causados. Más tarde surgió un tercer criterio: la promesa de venta podía obligar únicamente a celebrar el contrato de compraventa, y si se negaba el consentimiento, la decisión judicial correspondiente reemplazaría a dicho contrato.

A fines del siglo xvi, D'Argentré y el presidente Fabre consideran la promesa como un contrato distinto de la venta, y Boisceau la coloca entre las convenciones que requieren un nuevo contrato para su cabal ejecución. Entonces se introdujo en la materia una distinción importante: la promesa determinada (llamada sinalagmática) que reunía las características de la venta, producía los efectos específicos de ésta; la indeterminada (denominada unilateral) debía resolverse en una indemnización de daños, caso de negarse el vendedor a llevarla a cabo. Pero, lejos de mantener esta distinción, la jurisprudencia exige el pago de los derechos feudales en la promesa unilateral y bilateral, y Ferrière formula el adagio: *promesse de vente vaut vente* para todas las promesas en que concurren los tres elementos fundamentales: consentimiento, cosa y precio.

Con algunas vacilaciones, los Parlamentos franceses confieren a la promesa unilateral determinada los efectos de la venta, y

aunque Pothier la reputa contrato válido, cuyo objeto es la conclusión de la venta futura y no la entrega de la cosa ni el pago del precio, como al discutir la ejecución prescinde del *nemo potest cogi ad factum* y declara que la sentencia judicial puede suplir la voluntad del promitente y reemplazar al contrato de venta, deja abierta la puerta a la afirmación hecha por el artículo 1.589 del Código Napoleón: la promesa de venta equivale a la venta cuando hay consentimiento recíproco de las partes sobre la cosa y el precio.

La sencillez del precepto, ¿autoriza la equiparación de las promesas unilaterales y bilaterales? Tentado se siente el lector español a no ver en sus palabras otra cosa que una doctrina paralela a la de nuestro Ordenamiento de Alcalá, y a circunscribir sus efectos a la compraventa convenida en cualquier forma por vendedor y comprador. Y este mismo alcance habría que atribuir al artículo 1.451 de nuestro Código civil, a cuyo tenor la promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato, sin conceder valor a la particularidad de que en este primer párrafo se hable de *vender o comprar*, y en el segundo, de *compra y venta*.

Pero muchos de los problemas que así parecen soslayarse reaparecerán al manifestar el promisorio su voluntad de comprar, y en especial habrán de resolverse los relativos al momento en que se ha transferido la propiedad, a la posesión intermedia, a las mejoras y deterioros, a la pérdida de la cosa, a los gravámenes constituidos, etc.

Además, queda en pie todo el primer período de la operación, o sea la situación jurídica creada con el contrato sinalagmático primitivo que engendra una obligación del promitente sin comprometer al beneficiario. Es notable que el Sr. Ossorio, que reconoce el parentesco de la opción de compra con la promesa de venta (1), sostenga a renglón seguido que no hay confusión posible entre ambas figuras, cuando los especialistas franceses no vacilan un instante en aproximarlas. «La promesa unilateral de venta—dice Nigon (2)—, conocida en la práctica bajo el nombre de opción, es un contrato por el cual una persona, llamada promitente,

(1) Op. cit., pág. 39.

(2) Op. cit., pág. 59.

se compromete a ceder a otra persona, llamada beneficiario, mediante ciertas condiciones determinadas, un bien cualquiera, sin que el beneficiario quede, por su parte, comprometido» (1).

Pactum reservati dominii.--Separada la compraventa *obligacional* o creadora de obligaciones, de la *real*, fundada en la transmisión de la propiedad, se han popularizado las formas de garantía que, partiendo de una venta con aplazamiento del precio, provocan la transferencia solamente cuando éste ha sido pagado. En verdad, el paso de la cosa desde el patrimonio del vendedor al del comprador no es una *necitas juris*, un requisito esencial del contrato, y de aquí el pacto de reserva de dominio, que para unos autores es un derecho de garantía; para otros, una condición jurídica (análoga al pago del precio en el derecho justiniano), y para la mayoría, una condición ordinaria, suspensiva, resolutoria o de tipo intermedio (2).

Como dice el profesor Candil, el carácter sinalagmático de la compraventa no se altera en su esencia porque se exima, mejor dicho, se espere cierto tiempo la prestación de uno de los contratantes, y si esto ocurre, el otro no tiene derecho, bajo ningún pretexto, a negar la suya (3).

En Francia e Italia, para llegar al mismo resultado, se acude al arrendamiento con facultad de conversión en compraventa mediante el pago de la última renta o de un suplemento que funciona como precio, a la *promesa de venta*, etc. De aquí que muchos de los casos citados al estudiar la opción parezcan más bien pactos de reserva de dominio. Pero la jurisprudencia italiana en estos últimos tiempos (4), con los más autorizados escritores de derecho tributario, ha reconocido que la promesa de venta y el *pactum reservati dominii* son dos figuras totalmente distintas, porque con la primera no se quiere el tránsito de la propiedad ni aun diferido, sino la obligación futura de consentir en la transferencia del dominio, mientras con el segundo no se quiere el paso actual de la

(1) Gayoso es mucho más preciso en este punto. V. op. cit., pág. 203. En igual sentido Saldaña, loc. cit., 738.

(2) V. sobre todos estos particulares—Candil—. *Pactum reservati dominii*. Madrid, Maestre, 1915.

(3) Op. cit., pág. 69.

(4) V. *Rivista di Diritto Privato*, núm. 2, pág. 125.

propiedad ni la obligación futura de consentirlo, sino que se consiente tal traspaso con subordinación a condición, de manera que si ésta se cumple, la transferencia se verificará *ipso jure*, y si la condición falta, el traspaso no habrá tenido lugar nunca. En el primer supuesto, el efecto de la transferencia surgirá (*ex nunc*) en el momento de la nueva manifestación del consentimiento, mientras en el segundo, de reserva de dominio, los efectos se retrotraerán (*ex tunc*) a la perfección del contrato, como si la condición no hubiera sido puesta.

Oferta mantenida de venta.—Para explicar las dos fases de la opción (antes y después de ser cerrada la compraventa), Petermann, que define la promesa como «una oferta ordinaria de venta, cuyo mantenimiento durante cierto tiempo (determinado o no) ha sido objeto de una convención válida entre el oferente y el destinatario», descompone la manifestación del promitente en dos declaraciones de voluntad: 1.ª, la oferta de mantener la proposición de venta que, por regla general, se acepta inmediatamente; 2.ª, la oferta de venta (objeto del compromiso de mantener), cuya aceptación se reserva el titular para cuando quiera y que, por virtud de tal aceptación se transformará en venta perfecta (1).

El compromiso de mantener una oferta corresponde a una realidad innegable (el futuro comprador pide que se le haga una oferta con fijación de plazo para aceptar), tiene en su favor argumentos lógicos y terminológicos (las palabras *promesa* y *oferta* se emplean a veces indistintamente, y promesa no equivale a contrato, es algo exterior e inferior al mismo); corresponde a la intención de las partes contratantes (las cuales se proponen que la venta se perfeccione por la última declaración del titular); ilustra, en armonía con los principios generales y las reglas de formación de los contratos, la perfección de la compraventa a base de promesa, y, en fin, es de una simplicidad encantadora. Pero esta manera de enfocar los problemas, que encuentra en Alemania y en Suiza como material aprovechable una teoría completa sobre la oferta y su aceptación, necesita en nuestro país una serie de desenvolvimientos que los civilistas no han preparado y que no sabemos hasta dónde reflejarán fielmente las prácticas comerciales, las nor-

(1) Op. cit., pág. 75.

mas de formación o génesis de los contratos y los principios del régimen inmobiliario.

La distinción de las dos ofertas (de mantener el compromiso durante cierto plazo y de dar por formalizada la compraventa en cuanto el destinatario acepte) pone de relieve las confusiones de concepto y de lenguaje que los autores padecen cuando mezclan el acuerdo que inicia la primera fase compromisoria con la declaración que provoca la segunda, y perfecciona el contrato de compraventa.

En el trabajo más arriba citado, Gayoso emplea giros que nos autorizan a creer que la concepción de Petermann no es tan original como él cree. «No hay venta sin aceptación—dice nuestro autor—, de manera que mientras no se la acepta y sí sólo el compromiso del vendedor de mantener su oferta, habrá sólo otro contrato que versará sobre ese mantenimiento, sobre esa oferta del contrato principal, no sobre el objeto de éste; no habrá venta, ni cuando ésta se perfeccione *con* el consentimiento del comprador en ella se retrotraerá...» Colóquese la preposición *por* en lugar de la subrayada, y tendremos la construcción jurídica de Petermann, sobre todo si no concedemos valor a estas frases que Gayoso ha escrito poco antes: «La promesa de vender es la promesa de otorgar otro contrato» (1).

Derecho de compra.—La analogía que se observa entre las facultades del promisorio, que puede comprar cuando lo tenga a bien dentro del plazo, y el titular del derecho de retracto, que, en el *convencional*, puede recuperar la cosa, y en los *legales*, subrogarse en el lugar del comprador, podría movernos a idear un derecho de compra común en cierto modo a tales figuras, ya que en la primera, con precio cierto, el favorecido actúa como un retrayente y obtiene con el pago de aquél la perfección del contrato de compraventa, y en algunas legislaciones la adquisición de la cosa misma.

En este criterio iríamos acompañados por Endemann y Planck, que, al discutir la construcción jurídica de la compraventa y de la precompra o *vorkauf* (derecho prelativo de perfeccionar, por declaración hecha al obligado, una venta en los términos convenidos

(1) Loc. citato, pág. 194.

entre éste y un tercero), sostienen que el titular, al hacer uso de su derecho, acepta una oferta vinculante para la otra parte y dirigida al cierre del contrato preferente.

A esta equiparación tiende el Sr. Saldaña, que, después de haber examinado los problemas de la inscripción con una limpieza recomendable a los que escriban sobre la materia, concluye: «El pacto de retro viene a ser una opción, puesto que permite adquirir un inmueble por un precio fijado de antemano» (1).

El derecho de comprar quedaría así incluido en el grupo de los *Gestaltungsrechte* de la técnica alemana, en cuya virtud el titular tiene la facultad de engendrar, de configurar o de modelar, por acto unilateral, una relación jurídica determinada.

Entre tal clase de derechos y los de dominación (reales o personales) hay la enorme diferencia de que en éstos existe una o muchas personas obligadas a una prestación o a una abstención, mientras en aquéllos el titular tiene la potestad de crear, modificar o extinguir derechos de otra persona, sin que la actuación de la misma sea necesaria ni exigible. Para cualificar el sometimiento del que sufre las consecuencias de la acción, Von Thur propone que se hable de vinculación (*Bindung*) como concepto contrapuesto a obligación (*Verpflichtung*). El oferente, cuando está *ligado*, no puede impedir que el contrato surja por la voluntad del aceptante (2).

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

(1) Con estas indicaciones no queremos prejuzgar si la opción es o no un derecho real. En Alemania, el retracto convencional, la *preemptio*, y el llamado *vorhand* o *Ankaufsrecht* (derecho prelativo, por ejemplo, a favor del arrendatario), son personales.

(2) *Der Allg. Theil der D. R. R.*—I—, pág. 169 in fine.