

El derecho de opción en la doctrina de Don Jerónimo

SUMARIO: PROLOGO.—DON JERONIMO Y EL DERECHO DE OPCION.—I. EL PANORAMA JURIDICO CUANDO ESCRIBE SU ARTICULO: EN EL DICCIONARIO Y ENCICLOPEDIA. EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. EN LA JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES. EN EL DERECHO COMPARADO. EN LA REALIDAD SOCIAL.—II. ESTUDIO JURIDICO DE DON JERONIMO: A) DIFERENCIA ENTRE OPCION Y OTRAS FIGURAS: 1. *Oferta mantenida*. 2. *Promesa aceptada*. 3. *Precontrato*. 4. *Promesa de venta equivalente a venta*.—B) DON JERÓNIMO ANALIZA LAS POSTURAS DE LA DOCTRINA RESPECTO A LA OPCION: 1. *Los que la identifican con la promesa unilateral*. 2. *Los que la consideran una oferta mantenida de venta*. 3. *Los que la consideran una figura contractual propia*: 3.1. Si es un derecho preferente; 3.2. Si es un derecho real o personal; 3.3. Su inscripción.—C) RESUMEN DE LA APORTACIÓN DE DON JERÓNIMO.—III. ESTUDIO DE LA OPCION DESPUES DE REDACTARSE EL ARTICULO 14 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 1947: A) REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 1947. B) JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES. C) DOCTRINA: 1. *Para quiénes es un precontrato*. 2. *Para quiénes es una compraventa modalizada*. 3. *Para quiénes es un contrato independiente*.—IV. CONCLUSION FINAL.—V. BIBLIOGRAFIA.

PROLOGO

La labor de Don JERÓNIMO GONZÁLEZ empieza instalando los estudios hipotecarios en la Universidad. En palabras de don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS en el prólogo a la obra *Derecho hipotecario y Derecho civil*, tomo I, de Don JERÓNIMO GONZÁLEZ, su arraigada vocación científica se traducía en una pasión por el estudio y la lectura, su cultura amplísima que abarcaba no sólo conocimientos filosóficos, históricos y económicos conexos al Derecho, sino los más dispares a éste de las ciencias exactas y naturales, de la literatura y del arte. La metodología jurídica fue materia de gran predilección del maestro,

y como señala NÚÑEZ LAGOS, en el prólogo al segundo tomo de la misma obra, fue la máxima tensión germánica dentro de la elasticidad de nuestro sistema y, sin embargo, Don Jerónimo mató el ensueño germanista. El impulso hacia la meta germánica era cauteloso pero constante, su actitud nunca fue definitiva, siempre transitoria y penúltima. Los sueños hechos un día propósito fueron al siguiente proyecto y al otro... fracaso.

Tuvo como instrumento jurídico para gran parte de su producción la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, creada por el Cuerpo de Registradores de la Propiedad, de la que fue Director. Citando a NÚÑEZ LAGOS, todas las revistas españolas tenían a disposición de Don Jerónimo sus páginas, pero solamente la REVISTA CRÍTICA fue su revista.

Participó en la redacción de las Leyes hipotecarias de 1909, 1944, Texto refundido de 1946 y su Reglamento y un anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas, perteneciendo reiteradamente a la Comisión General de Codificación. La Comisión de Legislación Extranjera lo tuvo como Vicepresidente. La jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado estuvo directamente influida por él desde 1907 hasta 1946 y las del Tribunal Supremo desde 1931 hasta 1936.

Como señala CASTÁN SU aportación jurídica está representada sobre todo por la renovación que supo imprimir a la ciencia del Derecho inmobiliario. Y NÚÑEZ LAGOS, recogiendo las palabras del propio Don Jerónimo, cita: «No quiera usted ver en un plan general de urbanización los detalles de las fachadas de los edificios. El urbanista ya hizo bastante si logró emplazar con acierto los edificios. Las construcciones detalladas serán cosa de ustedes, los jóvenes. En mi época bastante hicimos si trazamos algunas calles con acierto».

DON JERONIMO Y EL DERECHO DE OPCION

Don Jerónimo escribe sobre el Derecho de opción en un artículo publicado en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO en mayo de 1932, que luego recoge en el volumen III de su *Derecho hipotecario y Derecho civil*

I. EL PANORAMA JURIDICO CUANDO ESCRIBE SU ARTICULO ERA EL SIGUIENTE:

EN EL DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA

En su edición decimocuarta, que sale a la luz en 1914, opción significa «1. Libertad o facultad de elegir. 2. La elección misma. 3. Derecho que se

tiene a un oficio, dignidad, etc.». En la edición de 1925 se muestra otro sentido: «4. Convenio en que, bajo condiciones, se deja al arbitrio de una de las partes ejercitar un derecho a adquirir una cosa».

En la Enciclopedia Jurídica se había admitido el contrato de opción.

EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

En el Código Civil y Código de Comercio no hay más amparo legal que el que genéricamente prestan a todas las convenciones lícitas los artículos 1.254 y 1.255 del Código Civil y 51 y 57 del Código de Comercio.

En el Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 20 de abril de 1911, en su artículo 8: «La constitución o transmisión a título oneroso del llamado derecho de opción a la compra o arriendo de minas u otros bienes inmuebles satisfará el impuesto en las mismas condiciones que la transmisión de dichas clases de bienes sobre la base de la primera convenida a favor del propietario». Igual los artículos 9 de los Reglamentos de 26 de marzo de 1927 y 16 de julio de 1932, suprimiendo la frase final «a favor del propietario». *A sensu contrario* se infiere que la opción gratuita no devenga derechos reales.

En el Código de obligaciones y contratos para la zona de nuestro Protectorado de Marruecos de 1 de junio de 1914, existe un capítulo titulado «Del contrato de compraventa con cláusula de opción y del *selem*». Y en la sección primera del contrato de opción se dedican los artículos 373 a 376. Lo regulado en estos artículos es una compraventa perfecta con facultad rescisoria o pacto de retro para ambas partes durante un plazo convenido o a falta de convenio presumido por la ley.

En un Decreto de 22 de octubre de 1993, de la Presidencia del Consejo de Ministros, a consecuencia de la incautación de bienes de la Compañía de Jesús, la Comisión encargada de llevarla a efecto se apropió de cierto edificio. Una compañía civil combatió el acto administrativo alegando su derecho dominical y presentando al efecto un contrato de opción de compra con todas sus características. La Presidencia del Consejo no entró a examinar el derecho dimanante de este convenio por rechazar la autenticidad del documento.

EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

La Sentencia de 2 de diciembre de 1904 perfila con trazos firmes la opción para que no fuese destruida en un desahucio por falta de pago de la renta, aunque no la llama así. La Sentencia de 6 de julio de 1912 configura igualmente una verdadera opción sin darle la denominación.

En Sentencia de 20 de octubre de 1925 el comprador alega que el convenio implica una opción de compra que le deja en libertad de adquirir o no.

Sentencia de 16 de enero de 1933, muestra paralelamente una opción y una promesa de venta.

Sentencia de 23 de marzo de 1945, empieza a separar las figuras de opción y promesa de venta, cuya conexión retardó la configuración jurisprudencial del derecho de opción.

Y la Sentencia de 10 de julio de 1946 acepta el carácter de derecho real de la opción.

La Dirección General de los Registros:

Las Resoluciones de 16 de noviembre de 1902, 23 de mayo de 1923 y 28 de enero de 1927 andan a remolque de la distinción opción de compra y promesa de venta.

La Resolución de 14 de abril de 1921 prevé la inscripción de un pacto de no enajenar que se convenía en garantía de la opción, no impide la inscripción de enajenaciones posteriores ni cierra el Registro, pero parece estimada su preferencia y conocimiento de tercero, los Tribunales ampararían al titular de la opción contra todo posterior adquirente.

Y la Resolución de 28 de enero de 1927 se inclina por el *numerus clausus* sin admitir un derecho real extravagante.

EN EL DERECHO COMPARADO

Los ingleses empleaban el término opción para designar las renovaciones de los arriendos o las compras o recompensas de propiedades.

Los suizos vacilaban entre las palabras *promesse de vente*, *vorvertrag* (precontrato), *Kaufrecht* (derecho de compra) y *contratti preliminari*. En el Código Civil de 10 de diciembre de 1907 se regula bajo la nomenclatura *droit d'emption* (derecho de compra), *promessa di vendita*, *pactes d'emption* y *verkaufsveraprechen* (promesa de venta). Estos derechos son personales y pueden ser opuestos a terceros si están anotados en el Registro Inmobiliario y subsisten por el tiempo fijado en la anotación contra cualquier propietario del inmueble y cesan en todo caso a los diez años después de la anotación.

En Francia, la Ley de 30 de julio de 1930 fija el momento en que nace el derecho de opción. Sin embargo, es un párrafo añadido al artículo 1.589 del Código de Napoleón que se refiere a la promesa de venta y no al contrario que estudiamos. PLANIOL y RIPPERT, presentando supuestos de

opción unida a la promesa de venta, a la venta, al préstamo, señalan cómo «estas promesas unilaterales constituyen un contrato especial».

En el Código civil alemán los artículos 504 al 514 regulan la *pre emptio* como un derecho de crédito. Y los artículos 1.904 y 1.104 la protegen contra tercero. Esta figura semejante al retracto se separa del derecho de opción.

Además, se regula la opción en Colombia, Ley de 21 de noviembre de 1918 y Códigos civiles de Panamá, Méjico y Turquía.

EN LA REALIDAD SOCIAL

Como bien señala Don Jerónimo son los agentes, comisionistas y comerciantes, más preocupadas por la rapidez de los tratos y atentos a las ganancias que cuidadosos de la técnica del derecho, los que han introducido en el mundo de los negocios el contrato de opción, por ello las vacilaciones de los juristas en cuanto a incertidumbre de su contenido.

En la vida de los negocios a base de concesiones del Estado y con mayor acentuación todavía en los negocios internacionalizados se oye decir «he dado opción a fulano para la venta del tranvía durante seis meses», «este ferrocarril no se construirá en mucho tiempo porque la Compañía X tiene una opción sobre él a largo plazo y que paga muy cara». Y también en ocasiones se usaba la opción y el arrendamiento para provocar artificialmente colapsos, así se toma la opción de compra de un establecimiento para cerrarlo y evitar competencia a otro.

Don Jerónimo, como buen jurista, parte de una enumeración de las figuras que otros autores presentan como opción para descubrir lo amplio del concepto y la dificultad para fijar las normas que la regulan.

Así, siguiendo a OSSORIO, en la primera monografía jurídica sobre este tema *El contrato de opción*, 1915, cita como formas típicas:

Primera.—A, cesionario de un ferrocarril, no tiene capital para construir; B está dispuesto a procurarlo siempre que al efecto se le conceda opción, es decir, derecho exclusivo a buscarle durante un plazo, con la tranquilidad que en ese tiempo nadie sino él podrá ultimar el asunto, y con aliciente de que si tiene fortuna de llevarlo a cabo percibirá una comisión.

Segunda.—C, propietario de una mina y falto de medios para beneficiarla, se encuentra en ánimo de venderla. D le propone que le dé una opción, es decir, un derecho exclusivo para la compra de la mina, durante equis años, opción por la cual está dispuesto a pagar tal cantidad cada año que dure. C se encuentra imposibilitado de vender su mina a otra persona que no sea D. Al cabo del tiempo fijado o D compra o se extingue el convenio.

Tercera.—C ha constituido la sociedad E, y los banqueros F y G han suministrado la totalidad o mayoría del capital. Si se omiten obligaciones o nuevas acciones F y G tendrán opción. Debiendo ejercitar esta facultad en equis años. E se abstendrá de lanzar los mismos al mercado hasta que resuelva F y G. Si en el plazo convenido no adquieren, E dispondrá libremente.

Igualmente, siguiendo a SALDAÑA en su trabajo «La opción y el Registro de la Propiedad», publicado en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO de 1928, en el número 48, Don Jerónimo cita otros supuestos:

Primero.—Un arrendatario consigue de su arrendador al tomar el arriendo una promesa de venta.

Segundo.—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 una promesa de venta que transformará en venta firme el día en que estén reunidas todas las condiciones de su operación.

Y Don Jerónimo, una vez analizado el panorama real, con acierto afirma cómo si se extiende el concepto de opción a las trascendentales e internacionales de arriendo, sociedad, etc. o a pactos más humildes abrimos la puerta a los precontratos y entrarán en aluvión con el compromiso de vender, de comprar, de dar a préstamo, de constituir prenda o hipoteca y, en general, todas las obligaciones dirigidas a celebrar en lo futuro un contrato.

11. ESTUDIO JURIDICO DE DON JERONIMO

Don Jerónimo considera que hay que partir desde los actos preliminares de un contrato hasta llegar a la situación querida por las partes contratantes. Por ello hay que estudiar una serie de figuras jurídicas.

A) DIFERENCIA ENTRE LA OPCIÓN Y OTRAS FIGURAS

1. *Oferta mantenida*

La define como una proposición de contenido cierto y determinable, hecha en forma a otra persona, con ánimo de establecer un vínculo y que permita al promisorio perfeccionar el nexo jurídico mediante una adhesión.

Si se añade el requisito de la irrevocabilidad durante el plazo, se puede constituir la opción.

Pero Don Jerónimo desecha el dar aquí acogida a la opción, ya que en la opción no hay una simple oferta comunicada, sino un acuerdo de voluntades con ánimo de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

COLÍN y CAPITANT, en su *Curso elemental de Derecho civil*, examinan la policitación simple, con acuse de recibo, y el pacto o promesa de preferencia:

- a) Policitación simple, el oferente compromete su voluntad respecto a las condiciones de la venta más no en cuanto a la persona del comprador.
- b) Policitación con acuse de recibo, el *accipiens* se da por enterado, mas no por ello adquiere compromiso, el oferente se reserva libertad para tratar con una u otra persona, excepto la oferta hecha a persona de calidad especial.
- c) Pacto o promesa de preferencia, el propietario se reserva la libertad de vender o no vender y para la eventualidad afirmativa reconoce a favor de determinada persona derecho de exclusiva.

La figura que más se aproximaría es la segunda, pero en ella, aunque resulte vinculada una de las partes, falta el asentimiento de las dos voluntades.

ANGEL OSSORIO, en su segunda edición de su obra *El contrato de opción*, en 1935, alaba a Don Jerónimo cuando con tanta razón dice que no hay una simple oferta comunicada, sino un acuerdo de voluntades.

El contrato nace cuando las dos personas consienten en colocarse en las respectivas posiciones, conscientemente y bien enteradas porque así les conviene. Después, el contrato principal llegará o no, pero mientras tanto ambos interesados han mantenido su relación, uno compromete su voluntad para el contrato principal y el otro la mantiene libre.

El deseo de mantener el vínculo preparatorio tiene que ser común a los dos.

La libertad del beneficiario está en levantar o no levantar la opción, pero si la levanta está obligado de antemano a condiciones que no puede desconocer.

MENGUAL Y MENGUAL, en su obra *La opción como derecho y como contrato*, 1936, señala que, como bien afirma Don Jerónimo, lo que importa es convenir y da igual si la opción envuelve una elección (OSSORIO) o una aspiración o pretensión *juríca* (GAYOSO). Si la convención se realiza conforme a los pactos estipulados se confirma el contrato.

Por tanto, en la opción no hay simple oferta comunicada, sino acuerdo de voluntades, como bien señala Don Jerónimo, y el resto de la doctrina siguiéndole.

2. Promesa aceptada

Don Jerónimo señala cómo en esta figura hay un deber de mantener la promesa y no revocar lo prometido.

El eje es la declaración del promitente. La aceptación queda en rango subalterno y se deduce de la precedente petición del acreedor, de los hechos realizados por el favorecido, de la mutua promesa, de su conducta o de su silencio.

No puede situarse aquí la opción porque el centro de gravedad se pone en la manifestación de voluntad del promitente, como señala Don Jerónimo, al que sigue la *Memoria anual de Registradores* en 1932.

3. Precontrato

Para Don Jerónimo son pactos por los cuales una o varias personas se obligan a perfeccionar en lo porvenir un contrato de cualquier clase.

Los italianos los llaman *contratti preliminari*; los alemanes, *vorverträge*, y los franceses *avant-contracts*.

Don Jerónimo advierte que no han de confundirse con los contratos preparatorios ni convenios que se refieran a la celebración de un futuro contrato.

Don Jerónimo también señala que no ha de confundirse promesa unilateral con precontrato de venta y cita a:

- a) DEGENKOG, que señala cómo en la promesa unilateral hay una declaración futura y unilateral del titular por la que el contrato sin más requisitos llega a su terminación. En el precontrato de venta hay obligación de cooperar personalmente a la conclusión de contrato y *pactum de contrahendo* que tiende a esa cooperación.
- b) EHRENSZWEIG, que expone cómo no entran en los precontratos aquellos convenios que otorgan a una parte del derecho de establecer o ampliar mediante declaración unilateral ciertas relaciones obligatorias.
- c) PETERMANN, que igualmente diferencia ambas figuras, señala cómo en el precontrato a todo lo más que se obliga uno es a cooperar en ese acto.

Por tanto, Don Jerónimo excluye de esta figura la opción en la que una de las partes tiene obligación de mantener su oferta y la otra una elección o pretensión jurídica, previo acuerdo de voluntades.

4. Promesa de venta equivalente a venta

Don Jerónimo, partiendo de sus conocimientos de Derecho comparado, señala cómo a fines del siglo XVI D'ARGENTRÉ y 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 produce la distinción entre: promesa determinada (sinalagmática) que reúne las características y produce los efectos de la venta y promesa indeterminada (unilateral) que debe resolverse en indemnización de daños.

Los Parlamentos franceses confieren a la promesa unilateral los efectos de la venta, y POTHIER declara que la sentencia judicial puede suplir la voluntad del promitente.

El Código Napoleónico recoge en su artículo 1.589 cómo la promesa de venta equivale a la venta si hay consentimiento recíproco sobre la cosa y el precio, y en igual sentido el artículo 1.451 de nuestro Código Civil.

Llegados a este punto, con su atinado sentido jurídico, se pregunta Don Jerónimo si pueden equipararse las promesas unilaterales a las bilaterales. Los problemas surgirán al manifestar el promisorio su voluntad:

- a) Promesa unilateral sólo obliga al promitente dejando en libertad al promisorio.
- b) Promesa bilateral crea obligaciones recíprocas y ambos promitentes pueden exigirse la entrega de lo ofrecido.

OSSORIO, en la segunda edición de su obra, ya citada, señala cómo Don Jerónimo brinda material abundante para cerciorarse de esta distinción.

La confusión posible entre promesa de venta y pacto de reserva de dominio la aclara acertadamente Don Jerónimo acudiendo a la jurisprudencia italiana más reciente, señalando como:

- a) Promesa de venta, no se quiere el tránsito de propiedad ni aun diferido, sino la obligación futura de consentir en la transferencia del dominio. El efecto de la transferencia surge *ex nunc* en el momento de la nueva manifestación del consentimiento.
- b) Pacto de reserva de dominio, no se quiere el paso actual de la 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 iure*. El efecto de la transferencia se retrotrae *ex tunc* a la perfección del contrato como si la condición no hubiera sido puesta.

Como señala Don Jerónimo, incluso SALDAÑA, en su obra *La opción y Registro de la Propiedad*, 1928, después de examinar los problemas de la inscripción de la opción y afirmar que en forma de pacto anejo a otro contrato se está inscribiendo y que los tribunales amparan al titular de la opción con la preferencia y el conocimiento del tercero, afirma que el pacto de reserva de dominio viene a ser una opción, pues permite adquirir un inmueble por un precio fijado de antemano y de cualquier poseedor.

Don Jerónimo tampoco sitúa la opción en la promesa unilateral de venta porque falta el acuerdo previo. Y tampoco en el pacto de reserva de dominio, en el que con fines de garantía se separa la compraventa obligacional de la real (fundada esta última en la transmisión de la propiedad).

B) DON JERÓNIMO ANALIZA LAS POSTURAS DE LA DOCTRINA RESPECTO A LA OPCIÓN

1. *Los que identifican promesa unilateral de venta y opción*

JOSSERAND, en su *Curso de Derecho positivo francés*, en 1930, ya señala cómo la promesa de venta es calificada ordinariamente de opción.

Y así, la consideran igual a la promesa de venta: BAUDRY-LACANTINEIRE, *Precisiones de Derecho civil*, 1913; Huc, *Comentario teórico y práctico del Derecho civil*, 1897; LECOMTE, *De la naturaleza jurídica de las ventas a opción*, 1931; NIGON, *Las opciones en materia inmobiliaria*, 1931; DEUTRICHE, *Opciones y promesas de venta*, 1931; PLANIOL, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, 1932.

Para Don Jerónimo falta en la promesa unilateral el previo acuerdo de voluntades que sí hay en la opción.

3. *Los que consideran la opción una oferta mantenida de venta o modalidad de compraventa*

PETERMANN define la promesa como una oferta ordinaria de venta, cuyo mantenimiento durante cierto tiempo ha sido objeto de una convención válida entre oferente y destinatario, descompone la manifestación del promitente en dos declaraciones de voluntad:

- a) Oferta de mantener la proposición de venta.
- b) Oferta de venta, cuya aceptación se reserva el titular para cuando quiera; y que por virtud de tal aceptación se transformará en venta perfecta.

Don Jerónimo señala que la perfección de la compraventa a base de promesa es de una simplicidad encantadora que pone de relieve las confusiones que los autores padecen cuando mezclan el acuerdo que inicia la primera fase con la declaración que provoca la segunda y perfecciona el contrato de compraventa.

GAYOSO señala que no hay venta sin aceptación, de manera que mientras no se acepta hay sólo compromiso del vendedor de mantener su oferta. Y hay sólo un contrato que versa sobre esa oferta de contrato principal, que cuando se perfecciona con el consentimiento de comprador se retrotrae.

Don Jerónimo señala cómo la construcción de GAYOSO coincide con la de PETERMANN.

OSSORIO, a propósito de las precisiones que en este punto hace nuestro hipotecarista, afirma cómo hacen falta estos trabajos, y venturosamente se van produciendo, que se pronuncien.

3. *Los que se asignan a la opción de una figura contractual propia*

En esta figura se circunscriben el mismo Don Jerónimo, *Ossorio, Mengual y la Memoria de los Registradores* de 1932.

OSSORIO señala que cuando la opción reviste forma de derecho a comprar, su parentesco con la promesa de venta es notorio y, sin embargo, no hay confusión posible.

OSSORIO explica en 1936 cómo el propio Don Jerónimo le brinda material abundante para cerciorarse de esta distinción cuando este último, en su trabajo, afirma que en la opción hay un acuerdo de voluntades con ánimo de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas.

MENGUAL Y MENGUAL en 1936 señala cómo el efecto de la promesa unilateral de venta no puede atribuirse a la opción. En la opción hay voluntades concordes con reciprocidad de derechos y obligaciones.

En la promesa unilateral de venta, hasta que no se haya adherido el comprador no hay sujeto activo de la obligación y el promitente único obligado voluntariamente puede rescindirla o anularla, ya que no sería lícito que el promitente estuviera pendiente de la resolución posterior del futuro adquirente y la promesa de venta constituye una simple obligación.

MENGUAL explica, como Don Jerónimo González dice muy acertadamente, que en la opción hay acuerdo de voluntades con ánimo de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, por ello surge la norma contenida en el artículo 1.256 del Código Civil, según el cual la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

La *Memoria de los Registradores* de 1932 señala que no es venta con aplazamiento de entrega de la cosa y el precio; no es venta afecta a rescisión.

sión por falta de pago en el precio, ya que la venta habría de confirmarse por entrega de la cosa y en inmuebles por el otorgamiento de escritura pública si de la misma escritura no resulta lo contrario y este último carácter habría de ponerse de manifiesto con toda evidencia en la escritura de opción; no es promesa aceptada porque el centro de gravedad se pone en la manifestación de voluntad del promitente; no es una proposición que se pone en conocimiento de una persona, sino que hay acuerdo de voluntades.

Lo mismo que Don Jerónimo, se traslada el elemento diferenciador al acuerdo de voluntades.

Y así los partidarios de esta postura se plantean:

3.1. Si existe un derecho preferente

Don Jerónimo certeramente señala cómo se observa una analogía entre las facultades del promisorio que puede comprar cuando tenga a bien dentro de plazo, y el titular del derecho de retracto convencional que recupera la cosa, y el del retracto legal que se subroga en el lugar del comprador.

Así opina que el titular, al hacer uso de su derecho, acepta una oferta vinculante para la otra parte, dirigida al cierre del contrato preferente (en igual sentido opinan PLANCK y ENDEMANN).

El titular tiene la potestad de crear, modificar o extinguir derechos de otra persona sin que la actuación de la misma sea necesaria.

El oferente cuando está ligado (VON THUR habla de vinculación) no puede impedir que el contrato surja por voluntad del aceptante.

3.2. Si es un derecho real o personal

Don Jerónimo no se pronuncia sobre si la opción es un derecho real o personal; sus indicaciones son para hacer ver que la opción es una figura independiente que produce una serie de relaciones jurídicas.

Tal vez opine, como ROUGUIN, que el que un derecho sea personal o real depende de la voluntad del legislador, que si impone una obligación pasiva universal mandando a todos que respeten el derecho lo convertirá en real y si no el derecho quede reducido a personal.

Estudiamos brevemente las posturas que se producen en la doctrina como continuación a la vía abierta por Don Jerónimo:

- a) Para quienes la opción es un derecho personal. En este sentido se pronuncian DE BUEN, MORELL y ALONSO MOYA.
DE BUEN y MORELL estudian el derecho de opción como pacto agre-

gado a la promesa unilateral de venta y la promesa en sí sólo produce efectos de carácter personal, sin crear derecho real de ninguna clase.

- b) Para quienes la opción es un derecho personal al que por la anotación se le dan efectos reales.

En el sistema suizo, el artículo 959 del Código civil suizo dispone que «los derechos personales tales como tanteo, opción y retracto convencional y los arrendamientos pueden ser anotados en el Registro en los casos expresamente previstos por la ley. Se convierten así en oponibles a todo derecho posteriormente adquirido sobre el inmueble».

El efecto es que la opción como derecho personal no adquiere preferencia por la anotación sobre todos los derechos no inscritos o anotados, sino sólo sobre los nacidos con posterioridad a la anotación si son reales o con posterioridad a la opción si son personales.

- c) Para quienes la opción es un derecho real. Es la postura de Ríos MOSQUERA, SALDAÑA y MENGUAL. Tiene los efectos de los derechos reales, esto es:

- 1.^o Oposición a cualquier propietario del inmueble.
- 2.^o El propietario gravado tiene posibilidad de vender lícitamente.
- 3.^o La fecha de la inscripción determina la preferencia a todo derecho no inscrito o anotado, y a los personales ya anotados pero nacidos con posterioridad a la opción.

3.3. La inscripción del derecho de opción

Don Jerónimo, después de matizar la naturaleza de la opción, también deja para la doctrina el estudio de su inscribibilidad.

Estudiamos también brevemente las posturas que se producen en la doctrina:

- a) Para quienes la opción es un derecho personal:

El artículo 18 del Reglamento Hipotecario de entonces disponía que la obligación de ejecutar en lo futuro algún acto inscribible no está sujeta a inscripción. Por lo tanto se impide la inscripción del derecho de opción.

GAYOSO mete en el Registro no el derecho de opción, sino su garantía, señalando que cabe una prohibición de enajenar pactada con carácter real en la opción. Significa que el optatario participa en la facultad de disponer y sólo con su consentimiento puede disponer el dueño.

Esa facultad de disponer tiene como límites los señalados en las leyes y, en su defecto, el principio de libertad de contratación recogido en el artículo 1.255 del Código Civil. Esto equivale a un cierre del Registro.

MORELL, en su *Apéndice a la legislación hipotecaria*, 1943, señala que el carácter meramente personal del derecho de opción queda confirmado en atención a entrañar un supuesto clarísimo de prohibición voluntaria de disponer.

Y MORELL, partiendo de su tesis y para robustecerla, cita a Don Jerónimo en sus *Principios hipotecarios*, 1931, que afirma cómo los códigos modernos se muestran cada vez más refractarios a limitar las facultades dispositivas.

Don Jerónimo, conocedor del derecho germánico, observa cómo en el derecho nacional prusiano se permitía al propietario autolimitarse en su poder dispositivo o renunciar a la facultad de gravar una cosa con plenos efectos contra el tercero que lo supiere. Sin embargo, en el artículo 137 del Código alemán se declara que la facultad de disponer de un derecho enajenable no puede ser excluida ni limitada por acto jurídico. La eficacia del compromiso de no disponer de un derecho de tal especie queda a salvo, separándose los efectos reales (negándolos) de los obligatorios (dejándolos a salvo).

b) Para el sistema ecléctico de la anotación, como en Suiza:

Este sistema es seguido por CAMPUZANO en su obra *Principios generales del Derecho inmobiliario y legislación hipotecaria*, 1925.

Se critica esta postura diciendo que los supuestos de anotación son *numerus clausus* en España y ni la Ley Hipotecaria ni ninguna otra autoriza al titular de una opción a pedir anotación.

c) Para quiénes es un derecho real:

La inscripción no plantea problemas.

OSSORIO GALLARDO en 1936 señala cómo la opción es un *ius ad rem*, algo más que una *obligado*, que puede llegar a tener seguridades de tipo real no por su propia naturaleza, sino por la inscripción en el Registro.

Es el tipo de derecho intermedio, personal en su origen, posiblemente real en su aplicación.

Mientras no llegue al Registro será un derecho *ad rem* y cuando alcance la inscripción un derecho *in re* frente a terceros.

SALDAÑA opina que es inscribible, al menos, como pacto anejo a otro contrato inscribible; personalmente se inclina a la inscripción de la opción como derecho real independiente aunque es cosa más fuerte.

En la *Memoria anual de los Registradores* de 1932 se expone cómo en la mayor parte de las Memorias consultadas se coincide en afirmar la procedencia de dar al derecho de opción los beneficios registrales, pero no existe unanimidad en los procedimientos.

C) RESUMEN DE LA APORTACIÓN DE DON JERÓNIMO

1.^º Contemplar en la realidad social la existencia de la opción como una operación sumamente usual.

2.^º Delimitar la opción de otras figuras en las que no es unánime la doctrina, así: precontrato, promesa de venta, pacto de reserva de dominio, oferta mantenida de venta y promesa aceptada.

3.^º Considerar la opción como una figura contractual independiente de la que nace un derecho.

4.^º Perfilar la naturaleza de los derechos de adquisición preferente.

5.^º Dejar para la doctrina la discusión del carácter real o personal del derecho y su inscribibilidad.

III. ESTUDIO DE LA OPCION DESPUES DE REDACTARSE
EL ARTICULO 14 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO
DE 14 DE FEBRERO DE 1947

A) REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 1947

Se elabora un Proyecto de Reglamento al nuevo Texto Refundido de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 por una Comisión de Juristas en la que interviene Don Jerónimo.

El Consejo de Estado, en cumplimiento de la Orden de 3 octubre de 1946, examina el Proyecto y lo remite al Ministerio con la siguiente observación en cuanto al nuevo artículo 14: «En este precepto que aparece como novedad del actual Proyecto, se afirma la posibilidad de inscribir un contrato o una cláusula de opción, lo que no prejuzga desde luego el que la opción se convierte de este modo o no en un derecho real. La innovación es admisible pero como parece hallarse en contradicción con el principio general del artículo 9, convendría hacer en aquél o en éste la oportuna salvedad».

El fino sentido jurídico de Don Jerónimo se plasma en la Ley y Reglamento Hipotecario de 1947, así:

- En la Ley Hipotecaria de 1944 se suprimen las prohibiciones de disponer contractuales.

La opción solía llegar al Registro amparada en éstas. Don Jerónimo había advertido cómo en el Código alemán se habían excluido con efectos reales.

- En el Reglamento Hipotecario, el artículo 14 no define ni pretende definir la naturaleza del derecho de opción, pero permite su inscripción en ciertos supuestos y bajo determinadas condiciones. Don Jerónimo había ya señalado su carácter de derecho independiente sin pronunciarse sobre su naturaleza real o personal.

A tenor del artículo 14 «Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes: Primera. Convenio expreso de las partes para que se inscriba. Segundo. Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiera convenido para conceder la opción. Tercera. Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años. En el arriendo con opción de compra, la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquél, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento».

No entramos en el estudio de las circunstancias para la inscripción por no ser objeto de este estudio.

B) JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

En la jurisprudencia:

La distinción entre opción y promesa se recoge en las Sentencias de 18 de enero de 1947, 8 y 25 de marzo de 1947, y Sentencia de 7 de febrero de 1962.

La Sentencia de 4 de diciembre de 1953 equipara el derecho de opción al contrato preparatorio, así el contrato de opción de compra sin regular específicamente en el Código Civil, pero con sustantividad propia se rige por las disposiciones generales de las obligaciones y contratos por ostentar fisonomía *sui generis* de contrato preparatorio y consensual.

La Sentencia de 23 de abril de 1945 distingue opción y promesa de comprar y vender pero partiendo sólo de la promesa bilateral de comprar y vender.

Las Sentencias de 10 de julio de 1946 y 1 de julio de 1950 equiparan la opción al precontrato, entendido éste como contrato proyectado en sus elementos esenciales y pendiente de exigibilidad (es la tesis de DE CASTRO),

el contrato de opción sería la modalidad de precontrato en que la facultad de exigir corresponde sólo a una de las partes. Esta sentencia se olvida del previo acuerdo de voluntades que había resaltado Don Jerónimo.

En las resoluciones de la DGRN:

La Resolución de 27 de marzo de 1947, siguiendo una Sentencia de 18 de enero de 1947, reconoce que cabe constituir un típico derecho de opción con carácter real. Igual se recogería en Sentencia posterior de 5 de junio de 1951.

Se contradice el carácter real en Resolución de 13 de diciembre de 1955 que la configura como facultad jurídica de naturaleza potestativa, y lo mismo la Sentencia de 21 de octubre de 1958.

C) LA DOCTRINA

La sutileza de Don Jerónimo para apuntar la diferencia entre precontrato, promesa de venta y venta modalizada son recogidas por la doctrina, aunque colocando el derecho de opción en una u otra figura, así:

1. *Para quienes la opción es un precontrato*

SANTOS BRIZ opina que la opción es una especie de estadio intermedio entre el precontrato perfecto que no requiere ulterior fijación de elementos esenciales del contrato principal y el contrato definitivo a cuya ejecución conduce la opción.

Es precontrato porque el optante puede exigir judicialmente el cumplimiento del contrato y no meramente la celebración.

No es promesa porque la opción ha de contener todos los elementos esenciales del contrato definitivo que origina y la promesa no es necesario que los tenga y, cuando los tiene, el artículo 1.451 del CC la equipara al contrato definitivo.

Por la inscripción adquiere efectos *erga omnes*.

2. *Para quienes la opción es una compraventa modalizada*

ROCA estima que si la opción implica una carga o gravamen real, será inscribible sin más; pero si tiene naturaleza personal precisa el convenio

expreso del artículo 14 del RH, y, en rigor, lo que se inscribe es un pacto anejo a un contrato de compraventa que condiciona al *si volet* de la parte optataria la efectividad de la compraventa en su aspecto consensual, ya que el traslativo de la propiedad requerirá la tradición efectiva o instrumental.

Cita a Don Jerónimo para hacer constar, aplicándolo ROCA a su teoría, que hace falta el acuerdo de voluntades.

PUIG BRUTAU considera que hay un pacto acoplado a un contrato; sin él el contrato nacería firme y concluso.

Matiza la diferencia de la opción con el precontrato o promesa de compraventa, pues en éstos las partes están equiparadas en cuanto al fenómeno de la vinculación, mientras que en la opción hay fases distintas de sucesiva vinculación de las partes.

Sigue a Don Jerónimo en el acuerdo de voluntades, pero fija el centro de su teoría en la vinculación, primero del que concede la opción y luego del optante.

3. *Para quienes la opción es un contrato independiente*

CAMY, en sus *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 1970, opina que el negocio jurídico que crea una opción crea necesariamente un derecho real, si no surge un derecho personal (obligación de crear una opción), sino una promesa de vender modalizada (por el acuerdo de voluntades).

Para CAMY tanteo, retracto y opción son derechos sobre cosa ajena y mediante ellos puede adquirir su titular con preferencia a cualquier otra persona en virtud de decisión unilateral.

Así, en el caso de retracto, el ejercicio del derecho se realizará contra alguien que no fue parte en el contrato constitutivo de él; por tanto, no puede constituirse como promesa de vender, igual ocurriría con la opción al seguir el mismo régimen.

Además, la excepción al artículo 1.1 de la LH no podría haberse hecho por Reglamento.

Y no hace falta el convenio del artículo 14 del RH, pero sí determinar que se constituye un derecho real de esta clase por la limitación en la facultad de enajenar.

LA RICA, en sus *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, 1948, y AMORÓS GUARDIOLA, en su «Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente», *ADC*, 1965, estiman que queda al arbitrio de las partes configurar su relación jurídica o como simple obligación personal o como derecho real si consienten en su inscripción, y en este caso la inscripción será constitutiva del mismo modo que en el crédito hipotecario.

Como dice AMORÓS GUARDIOLA, para caracterizar la naturaleza real de un

derecho no debe tenerse en cuenta tanto la **inmediatividad** o inherencia —que falta en la hipoteca o reserva de **dominio**—, sino su oponibilidad o eficacia frente a terceros, es su eficacia real la que atribuye el carácter de tal a la relación jurídica de que se trata.

IV. CONCLUSION FINAL

Don Jerónimo, con la objetividad, suavidad e imparcialidad que caracterizan sus escritos:

1.º Resalta la importancia de la opción en el mundo de la aplicación práctica del derecho.

2.º Distingue la opción de otras figuras, poco claras y debatidas en la doctrina.

3.º Deja a la doctrina y la jurisprudencia la discusión sobre su naturaleza real o personal, criterio luego seguido en el artículo 14 del RH.

La doctrina de su tiempo y la posterior, adopten una u otra postura, citan para apoyar sus argumentos conceptos que Don Jerónimo había matizado con anterioridad.

V. BIBLIOGRAFIA

ALONSO MOYA, «El contrato de opción como un contrato preparatorio», *Revista Universidad*, de Zaragoza, 1933.

AMORÓS GUARDIOLA, «Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente», *ADC*, 1965.

CAMPUZANO, *Principios generales de Derecho inmobiliario y legislación hipotecaria*, 1925.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 1969-1970.

COLÍN y CAPITANT, *Curso elemental del Derecho civil*, traducción de DE BUEN, 1925.

DE CASSO Y ROMERO, *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 1951.

CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS, CNR, *Leyes hipotecarias y registrales de España*, 1990.

GARCÍA GAYOSO, «Cuestiones sobre el contrato de compraventa», *RDP*, 1927.

GIMÉNEZ ARNAU, *Tratado de legislación hipotecaria*, 1941.

- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, DON JERÓNIMO: *Estudios de Derecho hipotecario*, 1924 y 1948; *Principios hipotecarios*, 1931.
- JOSSERAND, *Curso de Derecho positivo francés*, 1930.
- «La Memoria de este año». Registradores, *RCDI*, 1932.
- LA RICA, *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, 1948.
- MENGUAL Y MENGUAL, *La opción como derecho y como contrato*, 1935.
- MORELL Y TERRY, *Apéndice a la legislación hipotecaria*, 1943.
- OSSORIO, *El contrato de opción*, 1935.
- PLANIOL Y RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, 1932.
- PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, varias ediciones.
- ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, 7.^a edición.
- RÍOS MOSQUERA, *Legislación hipotecaria*, 1928.
- SALDAÑA, «La opción y el Registro de la Propiedad», *RDCI*, 1928.
- SANTOS BRIZ, *Derecho civil teoría y práctica*, 1972.
- TORRENTE GARCÍA DE LA MATA, «Aspectos registrales del derecho de opción», *RDR*, 1987.

MARÍA EUGENIA DÍAZ TABOADA
Registradora de la Propiedad