

El derecho de opción (*)

Por MARIA YSAS SOLANES

Bellaterra, junio de 1986

SUMARIO: I. *Introducción y funciones:* 1. Introducción. 2. Funciones de la opción. 2.1. La opción como instrumento de acceso a la propiedad o a otros derechos. 2.2. La opción como garantía. 2.3. La opción como sustitutivo del pago. II. *Concepto, clasificación y constitución de la opción:* 1. Concepto. 2. Clasificación. 2.1. Opción real u obligacional. 2.2. Opciones voluntarias y opciones legales. 3. Constitución. 3.1. Bilateral. 3.2. Unilateral. III. *Perfección y eficacia del título constitutivo:* 1. Perfección del título constitutivo. 1.1 Contrato. 1.2. Donación. 1.3. Legado. 2. La eficacia de la opción. Su transmisibilidad. 2.1. Eficacia para el concedente. 2.2. Eficacia para el optante. IV. *El ejercicio de la opción. Efectos:* 1. Perfección del negocio optado. El ejercicio del derecho de opción otorgado en contrato. 1.1. La declaración de voluntad. Declaración de aceptación. 1.2. Diferentes tipos de aceptación. 1.3. Perfección y consumación del contrato. 1.4. Cumplimiento de las obligaciones. 2. El ejercicio del derecho de opción otorgado en negocio unilateral. 3. El ejercicio del derecho de opción. Objeto y cuestiones registrales. 3.1. Objeto. 3.2. La inscripción del ejercicio de la opción. 4. Efectos del ejercicio del derecho de opción.

I. INTRODUCCION Y FUNCIONES

1. Introducción

El presente trabajo sobre la opción tiene por objeto una aproximación a esta figura jurídica desde un punto de vista global y unitario *Global*, porque si bien se distinguen los diferentes tipos de opción, por su naturaleza jurídica, constitución, objeto y finalidades, no se

(*) El contenido del presente escrito responde a la lección que expuse en el concurso de una plaza de profesor titular de Derecho civil, de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, el 26 de junio de 1986.

han utilizado estas distinciones como compartimentos estancos, en los que se encierran determinados supuestos perfectamente diferenciados. En efecto, la opción no es una institución cerrada y perfectamente delimitada, sino que a partir del momento en que se empieza a estudiar, aparecen una importante variedad de supuestos que se entrecruzan con otras instituciones, de forma que se ha creído conveniente evitar la excesiva clasificación.

Se ha dicho, también, que el criterio utilizado era *unitario*. Esta afirmación ha de interpretarse en el sentido de que la opción supone un derecho de preferencia, que es precisamente la característica común a todos los tipos de opción. Tanto si se trata de una opción legal de retorno arrendaticio (art. 81 LAU), como de una típica opción de compra pactada en contrato; porque, en definitiva, para el titular del derecho de opción lo importante es que deberá ser preferido frente a todos en la adquisición del objeto de la opción, cuando la ejercite.

Quizá, el enfoque apuntado diste bastante del utilizado normalmente en los estudios realizados sobre derechos de adquisición preferente, ya que la mayoría de las veces se parte de la ya clásica controversia de calificarlos como derechos reales o derechos de crédito. En concreto, para la opción de compra de inmuebles —una de las más corrientes—, esta distinción queda relativizada en función de la posibilidad de inscripción que ofrece el artículo 14 del Régimen Hipotecario, y como lógica consencuencia entrará en función la calificación, derivada de su eficacia frente a terceros:

- Opción inscrita, que no ha de ser necesariamente real.
- Opción no inscrita.

(Ahora bien, a pesar de la inscripción en el Registro de la Propiedad, parece ser que el trato dado a las opciones inscritas no es el mismo, según se trate de opciones reales u obligacionales.)

Con todo no se trata de justificar la no utilización de la distinción citada como base estructural de este trabajo, sino tan sólo, poner de relieve que el diferente enfoque es consecuencia de la visión dinámica que se intenta dar de la opción, apoyada en parte de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y en las Resoluciones de la Dirección General de Registro Notarial

La finalidad no es agotar el tema, sino tan sólo de constatar la operatividad de la figura, su vigencia y las tendencias evolutivas cara al futuro. Es una figura abierta, con un campo de aplicación amplio y evidentemente poco regulada.

2. Funciones de la opción

Las funciones del derecho de opción son múltiples. Básicamente puede hablarse de tres ámbitos propios de actuación:

1. La opción como instrumento adecuado para acceder a la propiedad, o a cualquier otro derecho.
2. La opción como garantía.
3. La opción como sustitutivo del pago.

2.1. *La opción como instrumento de acceso a la propiedad o a otros derechos*

En este primer supuesto pueden darse las siguientes variantes (algunas de ellas citadas por Lacruz):

1. Opción de compra sobre un inmueble, con la única finalidad de permitir al optante estudiar la posible operación durante un plazo de tiempo, generalmente corto.

2. Opción de compra sobre un bien inmueble, durante un plazo más largo, que permita al optante hallar el numerario suficiente para pagar. Es el caso típico de la compañía inmobiliaria que adquiere un terreno para edificar y la opción de compra del terreno contiguo, de forma que los beneficios generados por la comercialización de lo edificado en el primero sirvan para sufragar el precio del segundo.

3. Los contratos de arrendamiento con opción de compra, ejercitable durante el plazo del arrendamiento. Se trata de una posibilidad de acceder a la propiedad del bien arrendado, aunque algunas veces ha sido utilizado en arrendamientos urbanos como una forma de burlar la prórroga forzosa.

La Jurisprudencia ha contemplado infinidad de casos como el descrito, y el problema principal ha radicado en determinar el tipo de contrato de que se trataba.

Un caso típico es el resuelto en la Sentencia de 21 de octubre de 1974, en el que se presentaba una *opción de compra onerosa*, cuyo precio debía ser satisfecho a modo de canon mensual de mantenimiento, hallándose el optante en posesión de la finca. La duda surge en torno a la calificación del contrato como *arrendamiento* o como *opción de compra onerosa*. El Tribunal Supremo consideró, que se trataba de un precontrato de opción de compra, y que el desplazamiento posesorio era válido como pacto accesorio. Llegaba a esta conclusión en base al *principio de autonomía de la voluntad* (art. 1.255 Cc.), e interpretando las cláusulas del contrato (arts. 1.281 y ss y art. 1.091 Cc.), al que calificó como contrato mixto pero con unidad de fin, al no ser deducible la existencia de un contrato disimulado de arrendamiento. En consecuencia, caducada la opción, el optante deberá dejar libre el piso en cuestión.

4. Opción de compra sobre bienes muebles, incardinada en otro contrato de arrendamiento y como alternativa a otras posibilidades: el «leasing».

5. Opciones legales, destinadas a proteger a determinada categoría de sujetos en función de su posición respecto al objeto. Así, el derecho de retorno arrendaticio, el derecho de suscripción preferente de acces; etc.

2.2. La opción como garantía

La opción puede ser utilizada como garantía, en diferentes versiones:

1. El deudor concede al acreedor un derecho de opción sobre un inmueble, ejercitable durante un determinado plazo, por un precio igual o superior al préstamo que ha recibido. Se trata de una opción onerosa cuyo precio es igual o superior al préstamo que naturalmente se comportará como parte del precio cuando se ejercite la opción. Aquí se parte de la base de que el prestamista optante tiene un interés en el negocio de compra y adelanta parte del precio.

2. El deudor concede al acreedor un derecho de opción sobre el inmueble, por determinado plazo pero el importe del crédito es igual al valor del inmueble. Roca Sastre (1) plantea este supuesto: si el deudor grava o enajena la finca a un tercero, llegado el momento de ejercitar la opción el acreedor-optante deberá depositar el importe de la opción de forma que habrá de pagar otra vez, porque el Juez ordenará suspender el curso del procedimiento mientras no se realice la consignación. Por tanto, la garantía no existe.

Ahora bien, si no hay transmisión, ni gravámenes la garantía funcionará perfectamente.

3. El deudor vende al acreedor un inmueble y este último concede al primero una opción de compra por un plazo determinado ejercitable por un precio superior al pagado por la venta (que engloba capital e intereses), que en realidad ha actuado como préstamo. Es posible además pactar un arrendamiento a favor del vendedor optante (es un sistema similar —no igual— a la compraventa con pacto de retro o retracto convencional).

Un supuesto parecido fue tratado en la Sentencia de 25 de abril de 1972, en la que el vendedor se hallaba en una situación de angustiosa falta de liquidez, y el precio a pagar al ejercicio de la opción era tres veces el importe recibido, teniendo en cuenta que el plazo para dicho ejercicio era de cinco años, los intereses del crédito suponían el 30 por 100 anual.

El Tribunal Supremo estimó que se trataba de un contrato de préstamo con sus garantías y con intereses desproporcionados; disimulado bajo la apariencia de un contrato de compraventa, uno de opción de compra y otro de arrendamiento.

(1) ROCA SASTRE, Ramón María: *Derecho Hipotecario*, tomo III, Barcelona, 1979, p. 545.

Estos dos últimos sistemas de garantía real, pretenden ser más efectivos y baratos que la hipoteca, burlando el pacto comisorio. En caso de aflorar la verdadera naturaleza del contrato, serán de aplicación las normas correspondientes, y si hace al caso, la Ley de Usura.

Ahora bien, en cuanto al pacto comisorio, un sector de la doctrina representado por Albaladejo (2) cree que no afectará si la valoración de la cosa se ha hecho con criterios objetivos (dice: se arregla considerando que en estos casos no hay pacto comisorio).

2.3. *La opción como sustitutivo del pago*

Otra posible función de la opción es considerarla apta para ser *sustitutivo del pago*, de la misma forma que puede serlo la *dación en pago*.

En este caso el deudor concede al acreedor una opción de compra sobre un bien. Esta puede ser gratuita u onerosa. Es onerosa cuando el precio fijado para la opción se compense con el crédito. Si es gratuita el importe de la deuda se rebajará del precio real del bien en el momento del ejercicio de la opción.

En ambos supuestos el precio a pagar al ejercitar la opción es inferior al valor real del bien, porque la diferencia es precisamente el importe de la deuda. De tratarse de una deuda de un importe igual o superior al precio del bien, no tendría sentido otorgar opción de compra, mejor sería ceder el bien directamente (a no ser que se tratara de una cosa futura —un inmueble en construcción—, en cuyo caso sí que podría funcionar la opción, como condición suspensiva de finalizar la obra).

Aunque no se ajuste exactamente al esquema propuesto la Sentencia de 24 de septiembre de 1985, contempla un caso parecido.

La constructora «Cotos, S. A.», demandó a «Mulhacen, S. A.», sobre ejercicio del derecho de opción de compra. Los hechos son los siguientes: «Cotos, S. A.», construyó por cuenta de «Mulhacen, S. A.», dos inmuebles; en un momento posterior «Mulhacen, S. A.», reconoció su deuda a «Cotos, S. A.», para cuyo pago se pactó un derecho de opción de compra a favor de esta última. Más tarde ambas sociedades pactaron que la parte responsable («Cotos, S. A.») debería proceder al saneamiento por vicios observados en uno de los edificios.

Cuando «Cotos, S. A.», ejercitó la opción, «Mulhacen, S.A.», opuso reconvencción por incumplimiento del último acuerdo, es decir, saneamiento de los vicios del edificio. «Cotos, S.A.», fue condenada a sanear y «Mulhacen, S.A.», a otorgar las escrituras de compraventa.

(2) ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho Civil*, tomo III, vol. II, Barcelona, 1977, p. 233.

En cuanto al tema que nos ocupa, es claro que se admite el pacto en virtud del cual la opción de compra actúa como equivalente del pago (1.255 Cc.); en este caso la opción era sobre dos apartamentos, a cambio del crédito que ostentaba la constructora contra la contratante en virtud del contrato de obra. El montante adecuado actuaba como precio de la opción, por tanto, opción onerosa, y como precio de la compraventa a la que sólo había que añadir en el momento del ejercicio del derecho una pequeña cantidad.

En realidad actúa como un supuesto de dación en pago (pro soluto —por el total o por parte de la deuda—), con la particularidad de que el cobro efectivo de la deuda, es decir, la satisfacción del derecho del acreedor, exige una actividad por su parte: el ejercicio de la opción. Con el riesgo, en consecuencia, de la caducidad del derecho por su no ejercicio.

Los supuestos citados hasta aquí como posibles funciones de la opción, no son los únicos; sólo se ha pretendido trazar diversas líneas y ver cómo este derecho discurre por ellas, amoldándose a distintas situaciones.

II. CONCEPTO, CLASIFICACION Y CONSTITUCION DE LA OPCION

1. Concepto

En principio, definiremos a la opción como un derecho de adquisición preferentemente, que confiere a su titular la facultad de adquirir determinado bien o derecho en las condiciones establecidas previamente.

La primera cuestión que se plantea es determinar qué tipo de derecho es la opción. Parte de la doctrina la ha considerado como un derecho potestativo, frente a otro sector que la califica de derecho subjetivo (3).

De Castro, nos dice que:

1. El derecho subjetivo es un poder confiado a un miembro de la comunidad que le confiere *una posición de superioridad*. Esto supone:

a) Un *poder sobre una situación jurídica*. El acto del titular puede afectar a la substancia del derecho subjetivo, transmitiendo, reduciendo o limitando el derecho.

(3) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, p. 346. DÍEZ PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, Madrid, 1983, p. 285. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho Civil*, tomo III, vol. II, p. 330. LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil*, tomo I, vol III, Barcelona, 1984, p. 91. En contra, DE CASTRO BRAVO, Federico: *Derecho Civil de España*, Madrid, 1984, p. 606, nota 1. SERRANO ALONSO, Eduardo: *Notas sobre el derecho de opción*, «RDP», 1979, p. 1113.

b) *Licitud de los actos realizados dentro de la esfera concedida.* El titular tiene un ámbito de libre ejercicio dentro del cual puede realizar modificaciones en el objeto y permitir que participen en él otras personas.

2. El derecho subjetivo es una *situación de poder concreto*:

a) Es un *centro de unificación de facultades*. La unidad típica del derecho subjetivo le hace adquirir un nuevo valor: el de «situación jurídica» unitaria. Con ello se satisface la necesidad técnica de dar un asiento a los distintos haces de facultades, y la social de impedir la atomización de los poderes jurídicos y asegurar la estabilidad de las situaciones.

b) Los derechos subjetivos constituyen *unidades independientes*, pero siempre están *dentro de una relación jurídica*, existen como elementos y manifestación externa de una relación jurídica; *pero sólo se puede hablar de derecho subjetivo cuando éste aparece independizado exteriormente, abstrayéndose la relación, para tener propio significado en el tráfico jurídico y poder a su vez servir de base segura a otros poderes o derechos subjetivos secundarios*. De ahí:

- Hay que distinguir entre la relación jurídica y el derecho subjetivo que de ella se deriva.
- Mientras el derecho objetivo no independice por completo el derecho subjetivo de la relación básica, aquél continuará matizado por ésta.

Es cierto que el titular del derecho de opción tiene una *posición de superioridad*. Su actuación puede producir la extinción de la opción, la transmisión de la misma (en ciertos supuestos); y la no actuación, su caducidad.

La opción es una *situación de poder concreto*. Veamos:

1. El contenido del derecho de opción supone la posibilidad de hacerse transmitir un determinado bien lo que conlleva como contrapartida que el concedente no podría disponer del mismo, hasta que se ejercite la opción o caduque.

2. El contenido del derecho supone la posibilidad de que el titular del mismo se haga transmitir un bien, de quien sea propietario del mismo en el momento de ejercitar la opción. No se da ninguna limitación el poder de disposición del concedente para la transmisión del bien, ni en principio tampoco para la transmisión del derecho de opción.

Se ha dicho que los derechos subjetivos constituyen *unidades independientes*, pero siempre dentro de una *relación jurídica*. En este aspecto el derecho de opción se ajusta perfectamente al esquema en cuanto a la situación dentro de una relación jurídica. Ahora bien, en cuanto a *unidad independiente*, es discutible en ciertos supuestos. Piénsese, por ejemplo, en determinadas opciones legales.

De lo dicho se deduce que es necesario tener en cuenta como mínimo dos notas:

1. El derecho de opción no es una figura típica, con una única naturaleza jurídica y con unas funciones determinadas.

2. Como consecuencia de lo anterior calificar el derecho de opción en general como derecho subjetivo, puede no ser acertado en ciertos casos, ya que dependerá del supuesto concreto que se dé. Tomemos, por ejemplo, por un lado el derecho de retorno de la Ley de Arrendamientos Urbanos, mediante el cual el arrendatario puede optar a retornar al inmueble reconstruido, y por otro el derecho de opción de compra sobre un inmueble, concedido como derecho real e inscrito en el Registro de la Propiedad. En el segundo supuesto la opción reúne los requisitos de un derecho subjetivo, mientras que en el primero da la impresión de que la opción *se parece más* a una simple facultad.

Si este razonamiento es correcto determinados casos de opción (en especial las opciones legales) no reúnen los requisitos necesarios para ser calificadas de derechos subjetivos. Luego habrá que determinar qué son.

Tradicionalmente se han configurado como *derechos potestativos, poderes jurídicos de formación o de modificación jurídica*, una serie de situaciones intermedias entre las facultades jurídicas y los derechos subjetivos, que De Castro define como, «derechos que dan la posibilidad de actuar sobre una situación jurídica, mediante una declaración de voluntad o un acto».

El problema de esta categoría de derechos, es que engloba fenómenos muy dispares, tales como la ocupación de cosas abandonadas, el derecho a cazar o pescar, el aceptar una herencia, revocar, confirmar, impugnar, rescindir, etc. En este sentido puede decirse que si el derecho potestativo supone la posibilidad de alterar una situación jurídica, no habrá prácticamente ningún derecho subjetivo que no encierre la posibilidad de alterar una situación jurídica (4).

En el Tratado de Ennecerus-Kipp-Wolff (5), cuando se hace referencia a los derechos reales de adquisición, se dice que son gravámenes de una cosa, que otorgan al titular el derecho a convertirse en propietario, y se subdividen en tres clases:

- *Meros derechos potestativos*, de modo que el titular adquiere la propiedad mediante un acto unilateral (toma de posesión) o mediante un acto propio unido a un acto oficial (instancia de inscripción e inscripción). A esta clase pertenecen los derechos de apropiación (caza, pesca, minas, el derecho de apropiación de inmuebles nullius y otros).
- *Gravámenes que sólo producen pretensiones de transmisión*, sean de derecho privado (tanteo) o público (derecho de expropiación).

(4) DE CASTRO, F: *Derecho Civil de España*, Madrid, 1984, p. 605.

(5) ENNECERUS-KIPP-WOLFF: Tomo III, vol. I, Barcelona, 1970, pp. 19 y ss.

— Derechos que *otorgan una expectativa de adquisición de la propiedad*, y en ésta se transforman sin acto jurídico alguno.

De acuerdo con esta orientación los derechos de adquisición estarían incluidos en la segunda categoría: «*pretensiones de transmisión*» y son derechos reales, con lo cual no hallamos la solución al problema planteado (no se corresponde, aquí se habla de derechos reales y nosotros nos hallamos a medio camino entre facultad y derecho).

De lo dicho hasta aquí, podemos hacer las siguientes consideraciones:

1. Las figuras que se califican como derechos potestativos son diversas, no existe un criterio unitario en cuanto a determinar cuáles están incluidas en esta categoría.

2. Si seguimos el enfoque dado, resulta que los derechos potestativos, no se hallan entre las facultades y el derecho subjetivo, sino que pueden ser derechos reales y como tales subjetivos y además derechos potestativos.

3. De ello se deduce que la aplicación del calificativo de derecho potestativo se realiza en diferentes sentidos. Al menos en dos:

— Como un derecho que no llega a ser un derecho subjetivo porque no goza de la independencia típica de éste.

— Y para indicar que el ejercicio del mismo es facultad exclusiva del titular que puede ejercitarlo a su arbitrio dentro del plazo de duración del mismo, pero no afecta a la naturaleza del derecho de adquisición, que puede ser personal o real, voluntario o legal.

En definitiva el derecho de opción, será un derecho subjetivo (en la inmensa mayoría de los casos) o un derecho potestativo —entendiendo como tal el primer criterio dado: derecho que no goza de la independencia típica del derecho subjetivo (generalmente opciones legales)—. Ahora bien, siempre será un derecho potestativo si consideramos que tal supone el ejercicio del derecho por parte del titular sin necesidad de que intervenga nadie más.

2. Clasificación

2.1. *Opción real u obligacional*

La opción de compra tendrá naturaleza real y obligacional, según como se haya establecido en el título de constitución.

La posibilidad de la opción real, es recogida actualmente por la doctrina (6) de manera casi absoluta, incluida en los derechos reales

(6) ALBALADEJO GARCÍA, M: *Derecho Civil*, tomo III, vol. II, p. 329. LACRUZ, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, tomo III, vol. II, Barcelona, 1980, pp. 234 y ss. PEÑA, B. Q., M: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, p. 348.

de adquisición preferente. En este sentido es muy clara la resolución de la Dirección General de Registro Notarial, de 13 de diciembre de 1955, en la que se afirma que: «En derecho español la opción puede configurarse como derecho real si así lo convienen las partes en cuyo caso produce para el optante el efecto de poder ejercitar en su derecho contra el dueño de la finca o contra cualquier posterior adquirente y para el titular registral del inmueble el de disponer del mismo o gravarlo, pendientes estos actos de la condición resolutoria del posible ejercicio del derecho de opción por su titular...»

El caso típico real es el derecho de opción de compra sobre bienes inmuebles. Sin embargo, la configuración de este derecho ha provocado ciertas discusiones. En efecto, el derecho de opción es inscribible en el Registro de la Propiedad, si reúne los requisitos establecidos en el artículo 14 de Régimen Hipotecario, a saber:

- a) Convenio expreso de las partes para su inscripción.
- b) Precio estipulado para la adquisición de la finca, y en su caso el de la opción.
- c) Plazo de ejercicio de la opción que no podrá exceder de cuatro años (excepto en el caso de arriendo con opción de compra).

La opción inscrita goza de efectos frente a terceros y tiene la protección del Registro. Como se ha dicho, la opción puede ser real y obligacional, pero para su inscripción son posibles dos vías:

1. Las opciones inscritas a través del artículo 14 del Régimen Hipotecario tienen siempre naturaleza obligacional y de ahí los requisitos exigidos en dicho artículo. En cambio las opciones reales no han de pasar por el artículo 14 del Régimen Hipotecario para su inscripción, ya que tienen entrada en el Registro de la Propiedad a través de los artículos 1 y 2.2 de la Ley Hipotecaria.

2. El artículo 14 del Régimen Hipotecario admite la inscripción de cualquier opción prescindiendo de su naturaleza (real y obligacional) mientras reúna los requisitos necesarios.

En este sentido, Roca Sastre (7) entiende que el derecho de opción a que se refiere el artículo 14 de la Ley Hipotecaria tiene la naturaleza de derecho personal extrañamente inscribible, en tanto que el derecho de opción puede implicar, si no exactamente un derecho real, sí un gravamen o carga real, inscribible como tal, por hallarse comprendido en la amplia fórmula de los «demás derechos reales sobre inmuebles» que emplean los artículos 1.1 y 2.2 de la Ley Hipotecaria.

Este mismo criterio parece que es el seguido por la Resolución de la Dirección General de Registro Notarial de 7 de diciembre de 1978, cuando afirma que: «la distinción entre opción constituida como derecho real y el contrato de opción inscribible conforme al artículo 14 del Reglamento sólo tiene trascendencia a efectos de determi-

(7) ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho Hipotecario*, tomo III, p. 547.

nar los requisitos de la inscripción, ya que el derecho real se inscribe sin más, sin los requisitos del artículo 14 del Régimen Hipotecario...»

Por su parte la Ley 461.1 del Fuero Nuevo de Navarra, recoge la figura de la opción real, que puede establecerse por un plazo máximo de diez años, de forma que su entrada en el Registro de la Propiedad, no se puede dar a través del artículo 14 del Régimen Hipotecario, que limita el plazo a cuatro años.

Según Lacruz (8), a pesar de la citada Ley, sólo serán inscribibles las opciones hasta los cuatro años. Los derechos no inscribibles plantearán el problema de la falta de publicidad. Evidentemente este autor no está de acuerdo en que si la opción se configura como real, es posible su inscripción en el Registro de la Propiedad a través de los artículos 1.1 y 2.2 de la Ley Hipotecaria.

Todas estas consideraciones llevan a concluir que los derechos de opción inscritos en el Registro de la Propiedad a través del artículo 14 del Régimen Hipotecario, son de naturaleza personal, porque las opciones reales, tanto si reúnen los requisitos del citado artículo como si no, tendrán entrada en el Registro por los artículos 1.1 y 2.2 de la Ley Hipotecaria. Lo cierto es que las opciones inscritas tienen efectos frente a terceros, independientemente de su naturaleza jurídica y de la vía de acceso utilizada para la inscripción.

2.2. Opciones voluntarias y opciones legales

La constitución voluntaria de una opción es perfectamente válida en virtud de los artículos 634; 668.1 y 1.255 del Código civil, ya sea a través de un negocio bilateral o unilateral, *inter vivos o mortis causa* (9). Son precisamente las opciones voluntarias las que en mayor medida operan dentro del tráfico jurídico. Ahora bien, esta realidad (véase la abundante jurisprudencia sólo en el año 85: SS. de 9-2-85, 12-3-85, 14-6-85, 26-6-85, 24-9-85, etc.) no excluye la posibilidad del derecho de opción legal.

La opción legal es una figura que se encuentra regulada en nuestro ordenamiento, y supone que la Ley concede a determinadas personas, en función de cierta situación jurídica, una preferencia frente a otra u otras, para adquirir bajo ciertas condiciones un bien o derecho.

Pueden citarse como ejemplo:

- El supuesto contemplado en el artículo 81 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en virtud del cual cuando una finca deba derruirse para ser reedificada de nuevo, los arrendatarios, previas las formalidades establecidas en la Ley, tendrán un derecho de opción alternativo: retornar a la finca una vez recons-

(8) LACRUZ, J. L.: *Elementos*, tomo III, vol. II, p. 260.

(9) PEÑA, B. Q., M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, p. 348.

truida; otra vivienda adecuada a sus necesidades y posibilidades, que habrá de proporcionar el arrendador, o una indemnización. En realidad un derecho de opción en sentido estricto sólo se da en el derecho de retorno, ya que el arrendatario tiene preferencia frente a los terceros, para ocupar la finca correspondiente.

- El artículo 92 de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 18 de la Ley de Sociedades Limitadas, otorgan a los antiguos accionistas o socios de la sociedad el derecho de suscripción preferente en las ampliaciones de capital de dichas compañías, proporcional a su participación. (Sin embargo, en las Sociedades Limitadas, este derecho de los socios podrá ser excluido en la escritura social.)
- Otros supuestos de opción legal son los contemplados por los artículos 131.10, 11 y 12 de la Ley Hipotecaria y 235.6 del Régimen Hipotecario, otorgados en los procedimientos judicial sumario y ejecutivo extrajudicial, respectivamente, que conceden al acreedor la posibilidad de adjudicarse la finca en pago de su crédito.
- También se da un supuesto de opción legal, en la preferente adquisición por parte de un cónyuge de determinados bienes, en la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales (art. 1.406 Cc.)

Otra opción se da respecto del régimen económico a elegir para efectuar la liquidación de los gananciales en caso de nulidad del matrimonio y mala fe de uno de los cónyuges. En efecto, el otro podrá optar por la liquidación del régimen económico según las normas de los gananciales o del régimen de participación y el consorte de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias de su cónyuge (art. 1.395 Cc.)

En el caso de disolución de la sociedad de gananciales, por embargo de dichos bienes (y solicitud del cónyuge no deudor de que la traba recaiga sobre la parte del cónyuge deudor) se aplicará el régimen de separación de bienes, a no ser que el cónyuge no deudor opte en documento público, en el plazo máximo de tres meses, por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales (art. 1.374 Cc.)

Todos los casos presentados no ofrecen dudas sobre la calificación de opciones legales. Sin embargo, es posible que en determinados supuestos sea difícil determinar si se trata de una opción legal o voluntaria. Esta cuestión precisamente se plantea en el contrato de «leasing». Veamos:

En primer lugar, la figura del «leasing» se halla contemplada en los Reales Decretos de 15/1977, de 25 de febrero, y Real Decreto de 1669/1980, de 31 de julio, en los que se establece que «estas operaciones de arrendamiento financiero habrán de contener necesariamente una opción de compra a favor del arrendatario al término del

arrendamiento». Es decir, se trata de un arrendamiento con opción de compra.

Superada ya la época en que se tendía a considerar el «leasing» como una compraventa a plazos (S. de 28-3-78), actualmente se configura el «leasing» financiero como un contrato apto para la financiación de las empresas que recae sobre bienes de equipo que quedan integrados en el círculo de producción del usuario, con duración calculada en función del tiempo de vida económica y fiscal del bien de que se trata, y el cómputo del precio se hace de tal suerte que el importe total de las mensualidades satisfechas al término del contrato, más el llamado «valor residual» rebasan el *quantum* de la suma dineraria desembolsada como precio por la Entidad financiera y arrendadora, pues obviamente ha de abarcar la totalidad de los gastos causados por la operación, el pago de los impuestos y el correspondiente margen de beneficios para la compañía de «leasing», que ha desembolsado un capital importante (10).

De lo dicho deducimos que hay una diferencia importante entre el «leasing» y un arrendamiento con opción de compra que se establece sobre todo para la adquisición de inmuebles. Sin embargo, la diferencia no es tanto en relación al objeto de la opción, cuanto en la configuración del contrato. Es decir, antes de calificar la opción contenida en el «leasing» como legal o voluntaria, será necesario determinar cómo se incardina la opción en el llamado arrendamiento financiero.

Para ello ha de estudiarse atentamente si la opción de compra forma parte del tipo contractual «leasing». En efecto, en primer lugar, hay que analizar la estructura del «leasing».

La estructura del tipo contractual «leasing», está formada por los índices generales del tipo: consentimiento, objeto, causa y forma (11):

1. El «leasing» es un contrato, para la conclusión del cual es necesario un acuerdo de voluntades. Los sujetos deben reunir las condiciones establecidas por el artículo 22 del Decreto-Ley de 25 de mayo de 1977.

2. El objetivo del mismo, son los bienes de equipo, capital productivo y vehículos (art. 19 DL 25-5-77), que queden integrados en el círculo de producción del usuario, y los inmuebles que reúnan los requisitos establecidos por el Real Decreto de 31 de julio de 1980, artículo 1.

3. La causa es onerosa: el arrendatario ha de satisfacer una renta, en mensualidades, más el valor residual, y la Compañía de «leasing» pretende obtener un beneficio. Precisamente y para que se realice plenamente la función contractual, deberá conseguirse la causa fi-

(10) ADC, 1981-4, Jurisprudencia, S. 10-4-81.

(11) GETE-ALONSO, M. Carmen: *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona. 1981.

nal: facilitar la financiación y en su caso el acceso a la propiedad al arrendatario, y cerrar el círculo en el sentido, que el arrendador sólo puede obtener beneficio, si se queda definitivamente con el bien o si el arrendatario satisface el valor residual.

4. En cuanto a la forma, es escrita (art. 1.280 CC).

Si se trata de un contrato calificado por ciertas particularidades de la causa que configuran un tipo nuevo: el «leasing».

Si lo dicho es cierto, la opción y el arrendamiento, son dos figuras perfectamente integradas que forman este tipo contractual nuevo: el «leasing», regulado por la Ley. Por tanto deberíamos afirmar que el «leasing» contiene una opción legal.

Ahora bien, no es esta la única lectura que puede hacerse del contrato de «leasing». En efecto, en una segunda aproximación podemos distinguir diferentes fases:

Una primera, en la que el futuro usuario contacta con la empresa productora o distribuidora de los bienes que precisa.

Un segundo momento, en que el usuario encarga a la Compañía de «leasing», la adquisición de dichos bienes. Aquí se ha discutido si se trataba de un mandato o de un préstamo, sobre todo teniendo en cuenta que la propiedad de los bienes es de la Compañía de «leasing».

A continuación, dicha Compañía adquiere los bienes y los arrienda al usuario por un canon mensual, durante un plazo de tiempo determinado, finalizado el cual se establece una triple opción para el usuario:

1. Devolver los bienes dando por finalizado el contrato.
2. Establecer un nuevo contrato de «leasing», pero teniendo en cuenta para fijar la renta no el valor real de los bienes, sino el valor residual.
3. Una opción de compra a favor del usuario por el valor residual, que no ha de ser simbólico, sino real; ya que de lo contrario sería una compraventa a plazos.

De lo dicho cabe afirmar, que el arrendamiento financiero o «leasing», es un contrato que sólo puede ser celebrado por determinadas personas y su objetivo es limitado —bienes de equipo, capital productivo, vehículos y ciertos inmuebles— con la finalidad de promover la financiación de las empresas. Estas especialidades son suficientes para caracterizar este tipo secundario de arrendamientos: el arrendamiento financiero.

En cuanto a la opción de compra que generalmente contiene, no es un elemento esencial del contrato, no forma parte del tipo (la adquisición de la propiedad no es la causa final, sino la financiación de las empresas) y es voluntaria.

En efecto, el artículo 19 del Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977 sobre medidas fiscales y financieras, previene que: «A efectos de la presente disposición, constituyen operaciones de arrendamiento

financiero... Las mencionadas operaciones deberán incluir una opción de compra a favor del usuario al término del arrendamiento.» De lo que se deduce que, en caso de no incluir la mencionada opción, la única consecuencia es que no le será aplicable la normativa citada (12), pero esto no quiere decir que no sea un contrato de «leasing». Es más en algunos supuestos de maquinaria punta o de vehículos, generalmente se constituirá un nuevo «leasing», con nuevos bienes que incorporen los últimos adelantos, con lo cual la opción de compra no tiene sentido.

Creemos que esta segunda postura es la correcta, en función de la cual cabe afirmar que la opción de compra generalmente contenida en el contrato de arrendamiento financiero «leasing», es voluntaria, y que su inclusión en el mismo tan sólo supone la aplicación de determinada normativa para ciertas cuestiones, especialmente fiscales (RDL 25-5-77 RD 31-7-80 y RD 19-10-81). En estos casos, el arrendamiento y la opción, a pesar de ser dos contratos, forman parte de un sólo negocio. Es uno de los supuestos a los que Díez-Picazo denomina contratos coligados (13).

3. Constitución de la opción voluntaria

La opción se constituye por negocio *inter vivos* o *mortis causa* (14). Este negocio es el título constitutivo, que a su vez puede ser:

1. Bilateral, en cuyo caso estaremos en presencia de un contrato, que puede ser gratuito u oneroso.
2. Unilateral, por donación o legado.

3.1. *Bilateral*

Esta división que hemos establecido *a priori* debe ser justificada de forma conveniente, ya que la discusión, sobre todo en el caso de la opción de compra, de si se trata de una promesa uni o bilateral de un precontrato o de un contrato de opción, ha sido largamente tratada.

Cuestión previa es aclarar la distinción entre unilateralidad y bilateralidad de un negocio jurídico:

1. Un negocio es unilateral cuando sólo se da una declaración de voluntad y bilateral cuando su perfección exige dos declaraciones de voluntad, es decir, el mutuo acuerdo de las partes.

(12) CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: *Naturaleza del «leasing» o arrendamiento financiero*, «ADC», 1981, p. 62.

(13) Díez PICAZO, L.: *Fundamentos*, tomo I, p. 254.

(14) PEÑA, B. Q., M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, p. 348.

2. Si de un contrato nacen obligaciones para una sola de las partes es unilateral, y si nacen para las dos es bilateral.

Estos dos conceptos han sido usados indiscriminadamente a la hora de intentar explicar las diferencias entre promesa bilateral de compraventa y opción de compra, en especial por la Jurisprudencia; así en la Sentencia, ya clásica en la materia, de 23 de marzo de 1945.

Opción y promesa de compraventa

La citada Sentencia de 3 de marzo de 1945 intenta diferenciar opción de compra de promesa de compraventa. Propósito que no consigue al asegurar que, «la promesa de comprar y vender es bilateral y la opción rectamente entendida, aparte de su carácter preparatorio y consensual, es generalmente de condición unilateral, salvo el supuesto que en el caso litigioso no se da, de que el beneficiario de la opción haya de pagar una prima al que la otorga».

Es decir, afirma que la opción onerosa es bilateral, lo mismo que la promesa de comprar y vender, con lo cual no fija las diferencias entre ambas figuras.

Ahora bien, esta Sentencia, a pesar de no conseguir diferenciar plenamente promesa de compraventa de opción, considera no aplicable el artículo 1.451 del Código civil a esta última. En efecto, este artículo faculta a las partes a *reclamar el cumplimiento recíprocamente* en cambio, la opción de compra sólo da derecho al optante a instar al cumplimiento de la otra parte en el sentido de formalizar la compraventa.

De ahí es fácil deducir que promesa de compraventa y opción:

1. Tienen en común: la condición de negocios preparatorios y que son bilaterales en cuanto al acuerdo de voluntades.

2. Se diferencian: en su contenido.

No hay que confundir el hecho de que el promitente en la promesa de compraventa pueda exigir que el optante compre, con los supuestos de opción con precio, en los que el concedente puede exigir que le sea satisfecho. Veamos:

Existen dos negocios distintos: el contrato de opción, por un lado, perfecto desde que se da acuerdo de voluntades entre las partes, y una futura compraventa. En el contrato de opción está integrada la declaración de voluntad irrevocable del concedente —por cierto plazo de tiempo—, dirigida al optante sobre el objeto de la compraventa.

Por tanto hay un negocio constitutivo de la opción, y preparatorio de la compraventa que se perfeccionará, como dice la citada Sentencia de 23 de marzo de 1945, con «la aceptación del optante, que realizada (como fue) dentro del plazo establecido constriñe al titular del derecho al cumplimiento y fija definitivamente las recíprocas obligaciones...»

Por otra parte, la Sentencia de 10 de julio de 1946, en un nuevo intento de marcar diferencias, sigue el mismo razonamiento de la Sentencia de 23 de marzo de 1945, pero añade: «...en la opción el promitente ha ofrecido la venta, que al ser aceptada por el optante al ejercitar la opción queda la venta perfeccionada. Es decir, el segundo negocio, la compraventa, se perfecciona con el ejercicio de la opción».

Estas dos Sentencias «históricas» tienen el valor de contribuir a la configuración del título constitutivo de la opción, calificándolo de *contrato*. Torres Laña, dice que el título constitutivo de la opción siempre es un contrato (15), afirmación con la que no estamos completamente de acuerdo, ya que debe ser matizada: el contrato sólo será el título constitutivo en las opciones bilaterales.

La Sentencia de 18 de abril de 1978 establece con claridad el régimen jurídico aplicable al *contrato de opción de compra* y a la *promesa bilateral de comprar y vender*. Esta se rige por lo establecido en el artículo 1.451 del Código civil, mientras que el contrato de opción lo hace por las disposiciones generales sobre obligaciones y contratos, y a continuación relaciona los requisitos del contrato de opción:

1. Existencia de un convenio expreso entre las partes, en el que con claridad aparezca:

- El concurso de voluntades entre los que lo suscriben.
- La expresión clara y específica de la finca y objeto sobre el que recaiga.
- El precio que se fije para su posible adquisición por el optante.

2. Concesión por el optante de modo exclusivo de la facultad de exigir o no la ejecución del vínculo asumido por la contraparte.

3. Fijación de un plazo cierto para el ejercicio de dicha opción por parte de su titular.

En esta misma línea, abundante Jurisprudencia, tanto anterior como posterior, trata del tema. A título indicativo se puede citar:

1. Sentencia de 7 de febrero de 1966, que al referirse a la opción, dice: «la institución puede ser considerada como una verdadera relación contractual».

2. Sentencia de 7 de noviembre de 1967, recoge la idea de De Castro cuando habla del supuesto de formación sucesiva del contrato de compraventa civil, mediante el ejercicio de la opción.

3. Sentencia de 26 de mayo de 1976, sigue un criterio tradicional para la distinción: «en la promesa bilateral de compraventa recíprocamente aceptada las partes no venden y compran, sino que se obligan a vender y comprar..., en cambio, en la opción... el concedente ha ofrecido la venta que al ser aceptada por el optante, queda aquella perfeccionada».

(15) TORRES LANA, José Angel: *Contrato y derecho de opción*, Madrid, 1982, páginas. 33 y ss.

4. Sentencia de 16 de abril de 1979, distingue entre promesa de compraventa con cláusula de opción y precontrato de compraventa con cláusula de opción, que equivale a compraventa definitiva supeditada su efectividad al ejercicio de la opción.

Opción y promesa unilateral

Hasta aquí sólo hemos visto la contraposición opción-promesa de compraventa (bilateral); nos queda distinguir: promesa unilateral de venta (declaración unilateral de voluntad) y contrato de opción.

Esta diferenciación es mucho más clara. En efecto, la promesa unilateral «supondrá una simple y unilateral oferta mantenida», mientras que «para que exista el contrato de opción ha de existir un manifiesto acuerdo de voluntades entre dos partes contratantes, una que se compromete a mantener una oferta por determinado plazo y otra que se reserva gratuitamente o mediante un precio el derecho de decidir en ese período de tiempo entre aceptar el negocio en las condiciones ofrecidas o desistir de él». Sentencia de 14 de diciembre de 1974.

En esta misma línea Díez Picazo (16) señala que el contrato de opción guarda una cierta semejanza con la oferta irrevocable, pero se diferencia de ella en que en la oferta hay sólo, una declaración de voluntad, mientras que en la opción hay un negocio bilateral, que obliga a ambas partes y puede, por tanto, determinar para el beneficiario unos específicos deberes, como es en su caso el pago del precio.

En este punto es necesario determinar la diferencia existente entre *oferta irrevocable*, es decir, declaración unilateral de voluntad y *promesa o precontrato de venta*, en el que se da un acuerdo de voluntades. En este sentido De Castro (17) considera que el precontrato de compraventa en el que se reserva a una parte la facultad de exigir el cumplimiento, es el contrato de opción, mientras que la promesa bilateral, es decir, el precontrato de compraventa en el que ambas partes puedan instar el cumplimiento es la llamada «promesa de venta».

Resumiendo:

Promesa de compraventa (o precontrato de compraventa). Es un negocio bilateral, es decir, que supone acuerdo de voluntades y le será aplicable el artículo 1.451 del Código civil.

Contrato de opción (precontrato de compraventa). Es un negocio bilateral, precisa del acuerdo de voluntades. El optante es el único que puede exigir el cumplimiento, es decir, la compraventa.

Promesa unilateral. Promesa irrevocable. Es una declaración unilateral de voluntad; no hay acuerdo de voluntades.

(16) DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos*, tomo I, pp. 226 y ss.

(17) DE CASTRO, F.: *La promesa de contrato, algunas notas sobre su estudio*, «ADC», tomo III, vol. II, 1950, pp. 1113 y ss.

Hemos tratado hasta aquí de opciones constituidas en contrato, pero hay que tener en cuenta que el título constitutivo no condiciona la naturaleza jurídica de la opción en el sentido de configurarla como real o personal. El contrato es título apto para la creación de ambas.

En definitiva, el contrato de opción, de manera independiente, o coligado con otro, es título válido para crear tanto derechos personales como derechos reales de opción. En efecto, la Resolución de 7 de diciembre de 1978 de la Dirección General de Registro Notarial trata precisamente de la constitución de un derecho real de opción en un contrato de arrendamiento y por el plazo del mismo.

En todo caso de no aparecer claramente su configuración, habrá de investigar la voluntad de las partes (arts. 1.281 y s. Cc.).

Contrato de opción gratuito u oneroso

Se ha dicho que el acuerdo de voluntades supone el establecimiento de una relación contractual entre las partes: el contrato de opción.

Este contrato puede ser gratuito u oneroso. Será un contrato gratuito, si no hay contrapartida por parte del optante a la concesión de la opción por el concedente.

Por el contrario, si la concesión supone un precio, será un contrato oneroso. La posibilidad de que la opción sea onerosa, se contempla expresamente en el artículo 14 de la Ley Hipotecaria, en cuyo caso deberá hacerse constar el precio en la inscripción.

La función del precio de la opción puede ser la contrapartida del derecho que supone una ventaja para el optante, pero puede actuar también como señal y quedar absorbido por el precio de la compraventa (18).

3.2. Unilateral

Hasta el momento hemos estudiado la opción constituida en contrato, es decir, mediante acuerdo de voluntades entre optante y concedente; sin embargo, también existe la posibilidad de constituir un derecho de opción por declaración unilateral.

En efecto, esta posibilidad se dará en los supuestos de donación y legado de opción.

Donación

La donación de un derecho de opción, supondrá siempre la constitución de una opción real.

(18) DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos*, tomo I, p. 229.

En efecto, esta afirmación es consecuencia de la configuración unilateral de la donación. La opción personal supone una relación bilateral; como se ha dicho su título constitutivo es el contrato de opción.

Hemos de tener en cuenta que es necesario observar los requisitos de forma exigidos por los artículos 632 y 633 del Código civil. El derecho real de opción puede tener por objeto cosa, muebles, inmuebles y derechos. Siguiendo a Peña (19), creemos que quedan incluidos en los bienes incorporales los derechos reales distintos del dominio.

Lo dicho hasta aquí, no tiene nada que ver con la concesión de una opción personal gratuita, a través de un contrato gratuito de opción. Se tratará, entonces, de un contrato gratuito no una donación.

Podría plantearse algún problema a la hora de inscribir la opción en el registro, y determinar si se cumplen los requisitos del artículo 14 del Régimen Hipotecario, en especial, el consentimiento de las partes, o si necesariamente ha de entrar a través de los artículos 1.1 y 2.2 de la Ley Hipotecaria.

La donación no requiere acuerdo de voluntades, es un negocio unilateral, no supone consentimiento del donatario. La aceptación es un requisito de eficacia, no de validez. De ahí que su entrada en el Registro deba ser a través de los artículos 1.1 y 2.2 de la Ley Hipotecaria (20).

Legado

En la misma línea de la opción constituida en donación, se encuentra la opción por legado que entra dentro del campo de las posibilidades (21). Se trata también de una constitución unilateral y, por tanto, la opción será real.

Sin embargo, el legado puede presentar otra modalidad. Efectivamente, es posible que el testador encargue al heredero la constitución de una opción a favor de un tercero. Ahora bien, en este caso la opción no la constituye el causante, sino el heredero en cumplimiento de un mandato, y de no estar establecida expresamente en el testamento la configuración de la opción y las condiciones, el heredero podrá elegir entre constituirla unilateralmente como donación o a través de un contrato de opción con el acuerdo del tercero.

Evidentemente, en estos casos habrá de determinarse, si se trata de un legado o de un modo, y en este punto, siguiendo a Lacruz (22)

(19) PEÑA, B. Q., M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, p. 43.

(20) ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho Hipotecario*, tomo III, p. 553.

(21) PEÑA, B. Q., M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, p. 348. ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XII, vol. I, Madrid, 1981, «Comentarios al artículo 865 CC», p. 104.

(22) LACRUZ, J. L.: *Derecho de Sucesiones*, tomo I, Barcelona, 1976, p. 385.

es posible afirmar que el criterio de distinción entre modo y legado ha de reconducirse a la voluntad del testador (23).

III. PERFECCION Y EFICACIA DEL TITULO CONSTITUTIVO

Cuando nos referimos a la perfección es necesario distinguir dos momentos distintos correspondientes a dos negocios diferentes, si bien relacionados. En efecto, por un lado, la perfección del título de constitución de la opción, y, por otro, la perfección del negocio a que se opta.

1. La perfección del título constitutivo

Como se ha dicho, el título constitutivo de la opción, puede ser un contrato, una donación o un legado.

1.1. *Contrato*

El artículo 1.258 del Código civil, dice que: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento...», y el artículo 1.262.1 del Código civil añade que: «El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.»

No es este el lugar oportuno para tratar la problemática del momento en que se considera perfeccionado el contrato (24); baste decir que a efectos de considerar constituida la opción es suficiente el acuerdo de voluntades de las partes.

La inscripción en el Registro de la Propiedad de la opción constituida en contrato, podrá llevarse a cabo mediante la presentación de la escritura pública en la que conste dicho derecho de acuerdo con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, a través del artículo 14 del Régimen Hipotecario, si reúne los requisitos exigidos y también a través de los artículos 1.1 y 2.2 de la Ley Hipotecaria, si es una opción real.

Cuando el título constitutivo de la opción sea el contrato, caso de tratarse de opción real deberá documentarse en escritura pública (25), de la misma forma que si es una opción obligacional y pretende inscribirse.

(23) TORRALBA SORIANO, Vicente: *El modo en el Derecho Civil*, Alicante, 1966, pp. 184 y ss. MONTÉS PENADES, Vicente L.: *El modo testamentario y la prohibición de disponer*, «ADC», 1974, pp. 300 y ss. ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Consideraciones sobre algunos extremos del modo testamentario*, «ADC», 1984, pp. 1093 y ss.

(24) DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos*, tomo 1, pp. 211 y ss., donde expone las distintas teorías de la emisión, expedición, cognición y recepción.

(25) PEÑA, B. Q., M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, p. 44.

1.2. Donación

La donación puede ser título constitutivo de un derecho real de opción. El problema de determinar, cuál es el momento de perfección de la donación ha sido discutido abundantemente y se halla relacionado con la forma de la misma.

Siguiendo a Gullón (26), tenemos que:

- Las donaciones manuales y las de bienes inmuebles en las que conste la aceptación del donatario en la escritura de donación se perfeccionan en el mismo momento (art. 629 Cc.)
- Las donaciones muebles por escrito o de inmuebles en cuya escritura no conste la aceptación del donatario, se perfeccionarán en el momento en que el donante conozca la aceptación. Hasta este momento la aceptación es revocable (art. 623 Cc.)

A efectos del derecho real de opción:

1. La donación manual no es posible.
2. La donación de un derecho de opción sobre una cosa mueble o inmueble, se perfeccionará cuando haya sido aceptada por el donatario, es decir:

- Inmediatamente si la aceptación consta en el mismo documento.
- Cuando la aceptación es conocida por el donante, si el donatario la lleva a cabo *a posteriori* en documento privado, si es de opción sobre un bien mueble o en escritura pública si es bien inmueble.

En definitiva la perfección del derecho de opción otorgado en donación se producirá cuando el donatario haya aceptado la donación. Desde este momento la donación es irrevocable.

La donación y la aceptación de una opción sobre un bien inmueble deberán constar en escritura pública, mientras que para la opción sobre un bien mueble bastará documento privado. Peña (27) manifiesta que la opción real deberá constar necesariamente en escritura pública, pero tal afirmación no contradice lo dicho más arriba, ya que será cierta cuando el título de la opción sea un contrato, pero no será necesario cuando sea una donación. (Peña parte de considerar la donación como contrato que necesita título y modo.)

En efecto, en la opción real constituida en contrato será necesaria la *traditio* para que el optante adquiera el derecho, y la única forma será la *traditio* instrumental mediante escritura pública, tanto para una opción sobre bienes muebles como para bienes inmuebles. En cambio cuando el título constitutivo del derecho real de opción sea una donación, la adquisición del derecho no necesita de *traditio* y, por tanto, la adquisición por parte del donatario sólo dependerá de

(26) GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial*, Madrid, 1972, pp. 77 y ss.

(27) PEÑA, B. Q., M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, pp. 43-44.

los requisitos de forma (arts. 632 y 633 Cc.), con lo cual, para la opción sobre bienes muebles bastará el documento privado.

1.3. *Legado*

También el legado puede ser título constitutivo de la opción. Veamos: el artículo 865 del Código civil, establece que «es nulo el legado de cosas que están fuera del comercio». De ahí cabe afirmar que pueden ser objeto de legado no solamente las cosas, sino también los derechos, tanto reales como de crédito, corporales e incorporales, presentes y futuros, etc. [Albaladejo, dice (28): el verdadero espíritu del 865 del Código civil, aunque su letra se reduzca a excluir el legado de las cosas fuera del comercio, quizá sea la regla de que «lo que se legue, cosa o derecho, debe de reunir los requisitos adecuados a lo que sea»].

No parece existir inconveniente alguno al admitir la posibilidad de legar un derecho de opción. Ahora bien, el tipo de opción legada, dependerá de cómo el testador haya constituido el legado.

Al menos se plantean tres supuestos distintos, y conviene determinar en cada uno cuándo el legatario adquirirá el derecho de opción:

1. Si el testador ha constituido una opción a favor del legatario (legado de cosa específica propia del testador), a la muerte de aquél el legatario optante adquirirá el derecho real de opción (29). Pero si bien el derecho se ha transmitido, el beneficiario no tiene aún la posesión del mismo porque de acuerdo con el artículo 885 del Código civil, deberá pedir su entrega y posesión al heredero o albacea.

Pero el derecho de opción no supone posesión del bien, sino posesión del derecho, de ahí que sea aplicable el artículo 1.464 del Código civil y se entenderá que el otorgamiento de la escritura pública equivale a la puesta en posesión. Por tanto, el legatario deberá pedir al heredero el otorgamiento, no para que le transmita el derecho que ya lo tiene, sino para que le ponga en posesión del mismo.

Además, para inscribir la opción sobre un inmueble será necesaria la escritura de entrega otorgada por el legatario y por el contador partidor o albacea, facultado para hacer la entrega, o en su defecto por el heredero o herederos (art. 83.2 RH).

Cabría discutir la posibilidad de inscribir la opción directamente, sin necesidad de otorgar escritura pública, en el supuesto de la herencia repartida en legados, ya que el artículo 14 de la Ley Hipotecaria dice que: «El título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Regis-

(28) ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Comentarios*, tomo XII, vol. I, p. 105.

(29) En este sentido, la doctrina cita la importancia de la S. 26-10-28. OSSORIO MORALES, Juan: *Manual de Sucesión Testada*, Madrid, 1957, p. 359. ALBALADEJO, M.: *Comentarios*, tomo XII, vol. I, p. 281.

tro, es el testamento, el contrato sucesorio o la declaración judicial de herederos abintestato». Creo que sería posible (30).

2. Si el testador ha ordenado al heredero la constitución de la opción, será un legado con efecto obligacional, que no transmite el derecho real, sino que impone al heredero la obligación de realizar una prestación a favor del legatario. En este caso el legatario tiene derecho a exigir el cumplimiento, pero carece de la facultad de pedir la entrega de la posesión porque la opción aún no se ha constituido. Seguimos en este punto a Vallet (31), en el sentido de que «cuando la disposición que modaliza la atribución principal consiste en el deber de realizar una prestación en favor de personas determinadas, será un legado».

El heredero deberá constituir la opción a favor del legatario. En principio cabe suponer que se tratará de una constitución unilateral mediante una donación. En este punto nos remitimos a lo dicho sobre donaciones en la constitución de la opción por negocio jurídico *inter vivos*.

3. Nos queda analizar la posibilidad de que el causante encargue al heredero la realización de determinada conducta tendente a concluir un contrato de opción con un tercero. Este mandato del testador parece ser un modo, ya que, siguiendo a Montés (32), «el legatario es un “habiente-causa” del disponente, y el beneficiario del modo lo es del gravado. Por tanto, el modo es un beneficio indirecto, una carga accesoria».

Aparte de la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho de opción sobre inmuebles constituido por legado, es posible efectuar su anotación preventiva, por tratarse de un legado específico, de acuerdo con el artículo 47 de la Ley Hipotecaria, a fin de evitar, mientras no se traspase la posesión del derecho, que el heredero enajene el bien a un tercero de buena fe y por estar inscrito pueda defenderse con éxito frente al legatario (33).

2. La eficacia de la opción. Su transmisibilidad

Una vez perfecto el título de constitución es necesario determinar la eficacia de la misma. Para ello distinguiremos:

- Eficacia para el concedente.
- Eficacia para el titular de la opción.

(30) ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho Hipotecario*, tomo III, pp. 835 y ss.

(31) VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: *Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo, de 4-6 y 18-12-65*, «RCDI», 1966, pp. 176-8.

(32) MONTÉS PENADES, V. L.: *El modo...*, «ADC», 1974, p. 312.

(33) GETE ALONSO, M. Carmen: *Las garantías hipotecarias del legado*, «RJC», 1981, pp. 327 y ss.

La cuestión sobre la que centraremos la eficacia de la opción es la transmisibilidad, tanto referida a la del bien optado como a la del derecho de opción.

La transmisibilidad de ambos, viene determinada por el tipo de derecho de opción. Así, en principio cabe afirmar lo siguiente:

1. En caso de opción real, tanto el bien gravado como el derecho de opción son transmisibles sin ninguna traba.

2. En caso de opción obligacional, ésta se limita a las partes del contrato, no tiene eficacia frente a terceros, y por tanto determinados actos que supongan enajenación del bien o del derecho pueden ser ineficaces o significar un incumplimiento de contrato.

Veamos:

2.1. Eficacia para el concedente

La Jurisprudencia ha venido manteniendo en muchas Sentencias el criterio de considerar que la opción de compra obliga al concedente a no vender a nadie (que no sea el optante) la cosa «prometida» (en este sentido ya la S. de 23-3-45).

Sin embargo, en los casos tratados se refería a opciones constituidas en contrato de carácter obligacional y no inscritas; de ahí que este criterio no sea aplicable al supuesto de opciones inscritas en el Registro de la Propiedad.

En este sentido, la Resolución de la Dirección General de Registro Notarial, de 13 de diciembre de 1955, contempla un supuesto en que se intentaba inscribir una opción de compra (real, que se inscribió por el art. 14 del RH, no por los 1 y 2 de la LH) juntamente con una prohibición de disponer.

El caso era el siguiente:

La titular de una finca concedía un derecho de opción de compra a determinada persona que ya disfrutaba de las amplias facultades de administración sobre la finca en cuestión, pero además se trataba de inscribir una prohibición de disponer para la titular como garantía del derecho de opción, y como tal no comprendida (la prohibición), en el artículo 26 del Régimen Hipotecario.

El Registrador informó (informe que fue luego confirmado por el Presidente de la Audiencia) «que en Derecho español la opción puede configurarse como derecho personal, o como derecho real si así lo convienen las partes, en cuyo caso produce para el optante el efecto de poder ejercitar su derecho o contra el dueño de la finca o contra cualquier posterior adquirente, y para el titular registral del inmueble el de disponer del mismo o gravarlo, pendientes estos actos de la condición resolutoria derivada del posible ejercicio del derecho de opción por su titular». Lo que supone que la propietaria durante el plazo de la opción no tiene cerrado el Registro a los actos de dis-

posición, si bien, éstos quedan limitados en su ejercicio al mejor derecho del optante.

La prohibición de disponer que se impuso la propietaria a favor de la optante, entra de lleno en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria y, por tanto, no tiene acceso en el Registro.

En definitiva, en este supuesto se aprecia unanimidad ya que de entrada, tanto las partes como el Registrador (y el Presidente de la Audiencia) están de acuerdo en que la opción inscrita no priva del poder de disposición sobre la finca a la propietaria, y precisamente por esta causa se intenta inscribir una prohibición de disponer para asegurar la permanencia del bien en poder de la propietaria.

La inscripción del derecho de opción no cierra el Registro a los actos de disposición del titular del dominio y en consecuencia podrá transmitir. Pero en el caso de opción no inscrita, precisamente porque quedan delimitadas las partes del contrato definitivo, y el optante sólo puede dirigirse contra el concedente, éste queda vinculado y no puede disponer del bien; es una obligación derivada del contrato de opción, que puede provocar el incumplimiento del mismo.

Cuando el optante ejercite la opción y el concedente haya dispuesto del bien, nos hallaremos ante un supuesto de doble venta (para la solución del caso habrá de estarse a lo dispuesto en el art. 1.473 Cc.), y si en bien ha sido gravado, pongamos por caso con hipoteca, el ejercicio de la opción no perjudicará a terceros, la hipoteca se mantendrá y el optante adquirirá un bien gravado.

2.2. Eficacia para el optante

El derecho de opción, afirma Lacruz, de no existir pacto en contrario será transmisible por cualquier título (34). Podría añadirse, y tanto si se trata de un derecho real como obligacional, porque, en definitiva, un derecho puede cederse sin consentimiento del deudor (art. 1.205 Cc.). Esta afirmación es exacta en lo que se refiere a la transmisión *mortis causa*, pero para el caso de transmisión *inter vivos*, hace falta puntualizar un poco más.

En efecto, el derecho de opción supone la posibilidad de colocar al optante en una situación contractual compleja. Así, en la opción de compra, con el ejercicio, de la opción el optante se convierte en comprador, lo que supone ser deudor del precio y acreedor de la cosa. Ceder la opción, no es simplemente ceder un derecho, sino algo más, es ceder toda una situación.

De ahí que debamos centrar la cuestión, no tan sólo en el título constitutivo de la misma para saber si es una opción real u obligacional, sino también en el negocio jurídico optado.

(34) LACRUZ, J. L.: *Elementos*, tomo III, vol. II, p. 260.

Se trata de distinguir si se trata de la cesión de un derecho, o de la cesión de una posición contractual.

Para la cesión de un derecho es suficiente poner en conocimiento del deudor la cesión (art. 1.527 Cc.) a efectos especialmente de realizar el pago. En cambio, para la cesión de una posición contractual hace falta el *consentimiento* de las tres partes: cedente, cedido y cesionario.

Este criterio es el recogido en la Sentencia de 6 de marzo de 1973, si bien en el supuesto presentado es difícil determinar si se trata de la cesión de un derecho de opción o de una posición contractual.

En efecto, el caso es el siguiente: un grupo de particulares demanda a «Terrenos Canarios, S. A.» sobre declaración de derechos.

Esta Sociedad había concedido a «Playas de Jandía, S. L.», opción de compra sobre cuatro fincas, y que por no serle prohibido y por haberse constituido con el carácter expreso de transmisible, ésta cedió sus derechos a los actores con comunicación a la demandada «Terrenos Canarios, S. A.», [el TS calificó: opción mediadora (art. 1.257 Cc.)].

La demandada se opuso alegando que el plazo para el ejercicio de la opción había transcurrido y que no le unía ningún lazo contractual con los actores. Fue condenada a otorgar las escrituras de compraventa de las fincas.

El problema consiste en saber si la comunicación al cedido («Terrenos Canarios, S. A.») es suficiente para que se dé la transmisión de una situación contractual, o hace falta su consentimiento. Evidentemente hay que concluir que hace falta su consentimiento (art. 1.205 Código civil).

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, esta comunicación, al no ser contestada por la demandada, supuso un consentimiento tácito a la cesión, de manera que permite al Tribunal Supremo argumentar que se trata de la cesión de una posición contractual consentida por el cedido. Así, dice: «...dada la unidad interna inescindible entre el derecho de opción y la compraventa correspondiente, el objeto del contrato de cesión fue la facultad de dar efectividad a una compleja posición jurídica, integrada por derechos y obligaciones recíprocas, cuya transmisión no era dable realizar sin la autorización o consentimiento anterior, coetáneo o posterior del cedido, ya que a éste podía no serle indiferente la persona del comprador titular pasivo de unas obligaciones que para ser cedidas requerían el consentimiento del vendedor y concedente de la opción».

A pesar de lo dicho, entiende Peña (35) que del acto constitutivo de la opción, entendido de acuerdo a la buena fe y a los usos, puede también resultar que es transmisible el derecho de opción, sin necesi-

(35) PEÑA, B. Q., M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, p. 349.

dad de contar con el consentimiento del concedente, si éste carece de interés legítimo en la inmutabilidad del titular; por ejemplo, si para la efectividad del ejercicio de la opción se impone el pago total del precio acordado.

Esta misma interpretación parece deducirse de la Sentencia de 17 de julio de 1982, en la que si bien se produjo una cesión sin la intervención del concedente-cedido, ésta fue válida, ya que los cesionarios ejercitaron la opción pagando la totalidad del precio.

En este punto es necesario tener en cuenta la opinión de Roca Sastre (36) en el sentido de que a efectos de transmisión de la opción el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no protege al tercero, que no adquiere un derecho real, es decir, no protege al adquirente de opciones inscritas por el 14 del Régimen Hipotecario.

IV. EL EJERCICIO DE LA OPCION. EFECTOS

1. Perfección del negocio optado. El ejercicio del derecho de opción, otorgado en contrato

Se ha configurado el contrato de opción como un negocio jurídico que se perfecciona por el acuerdo de voluntades entre concedente y beneficiario, pero que además es preparatorio del negocio optado, en el sentido de que contiene la declaración de voluntad del concedente como oferta al optante en vistas al segundo negocio. Esta declaración de voluntad es irrevocable por el plazo fijado por la opción. Es decir, el contrato de opción delimita la declaración de voluntad del concedente, en el tiempo y en su contenido.

Precisamente porque el segundo contrato es incompleto, es conveniente determinar los requisitos necesarios y el momento de su perfección:

- *El requisito necesario*, es la declaración de voluntad del optante, en el sentido de aceptar la oferta del concedente.
- *El momento*, de la perfección del segundo contrato, se producirá cuando se dé el acuerdo de voluntades.

La declaración de voluntad del optante es el ejercicio del derecho de opción. Y esto supone a la vez:

- Consumación y extinción del contrato de opción.
- Perfección del contrato optado.

Es decir, desde este momento, el contrato optado, generalmente una compraventa, es perfecto y genera obligaciones, que deberán ser cumplidas por las partes consumando así el negocio. Este planteamiento se encuentra con dificultades, aunque no insuperables, tanto a nivel doctrinal como en la práctica.

(36) ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho Hipotecario*, tomo III, p. 568.

Apoyando, en cierta medida, la tesis mantenida, la Sentencia de 23 de marzo de 1945 habla de aceptación del optante y de forma más concreta, la Sentencia de 10 de julio de 1946 establece que, «...al hacer el optante uso de tal derecho (la opción), a la vez que se extingue el contrato de opción, por haber surtido ya sus naturales efectos nace o se perfecciona el de compraventa, al producirse con relación a éste, el concurso de consentimientos exigidos por la Ley».

En contra de lo expuesto, Roca Sastre (37), considera que la opción es siempre un pacto adherido a una compraventa perfecta, que condiciona su eficacia. Es decir, no hay contrato de opción preparatorio de una compraventa, sino compraventa perfecta, «que se encuentra congelada por la presión de la pendencia del pacto de opción». Parece que constituye a la opción como una condición suspensiva de la compraventa y deja su cumplimiento al arbitrio de una parte, lo que no puede mantenerse.

Como se ha dicho, en la práctica surgen problemas en los puntos citados derivados de la dinámica de dicha institución, y que a falta de regulación expresa habrá de aplicarse la teoría general, especialmente la de obligaciones y contratos. Los problemas anunciados se han agrupado como sigue:

1. La declaración de voluntad del optante:
 - Declaración de voluntad y aceptación.
 - Diferentes declaraciones de voluntad y momento de perfección del contrato.
2. Perfección y consumación del contrato:
 - Perfección y otorgamiento de escritura.
3. El cumplimiento de las obligaciones:
 - Perfección y nacimiento de las obligaciones.
 - El ejercicio de la opción y la consignación del precio.

1.1. *La declaración de voluntad. Declaración y aceptación*

La Jurisprudencia ha entendido, generalmente, que el ejercicio del derecho de opción supone aceptación del contrato de compraventa por parte del comprador, quedando así cerrado el círculo contractual (SS. de 7-11-67, 26-5-76, 16-4-79, 10-12-82, 9-2-85, etc.)

Ha de determinarse cómo se ejercita la opción. El ejercicio de la opción supone una declaración de voluntad por parte del optante en este sentido. La declaración es *recepticia*, de modo que la perfección del contrato se produce, «desde el momento en que llega a conocimiento del concedente-vendedor la declaración unilateral por la que el optante exterioriza su voluntad de comprar la cosa por el precio preestablecido...» (S. de 7-11-67).

(37) ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho Hipotecario*, tomo III, p. 547.

Según este criterio, la perfección tiene lugar cuando el concedente conoce la aceptación. Sin embargo, esta tesis cabe matizarla en el sentido de que, a pesar de tratarse de una declaración de voluntad recepticia, no puede exigirse al optante una diligencia superior al «standard» medio. Es decir, si ha hecho todo lo posible para que llegue al concedente y tal cosa no ha ocurrido, no podrá considerarse mal ejercitada la opción.

Este criterio no es exactamente el mantenido por la Sentencia de 26 de mayo de 1976, que al parecer añade otro requisito: no basta la diligencia del optante, sino que hace falta que la causa por la que se dio el desconocimiento sea imputable al concedente. En efecto, la Sentencia citada nos dice: «...es cierto que la declaración de voluntad del optante de dar efectividad al contrario tiene carácter recepticio, es decir, que ha de ser notificada al concedente durante la vigencia del plazo de la opción, también lo es que tal requisito debe estimarse cumplido... porque los hechos... ponen de manifiesto que el optante emitió oportunamente su declaración de voluntad y que *si ésta no llegó* a conocimiento del citado concedente... *fue por causa exclusivamente imputable a este último...*» Se trataba de un supuesto en que la notificación del ejercicio de la opción fue recibida dos días después de cumplido el plazo, pero *el concedente había cambiado de señas*.

Más completo es el planteamiento realizado por la Sentencia de 29 de septiembre de 1981, que fija igualmente la perfección del contrato en la aceptación del optante dentro del plazo establecido, y reconoce el carácter recepticio de la declaración de voluntad, pero hace varias puntualizaciones:

1. La declaración de voluntad del optante ha de ser notificada al concedente dentro del plazo de vigencia de la opción a fin de ser conocida.
2. Con la notificación sólo se pretende el conocimiento del oferente, pero no su conformidad con la declaración de compra del optante.
3. Había de considerarse recibida la declaración, aun en el supuesto de falta de recepción del documento que así lo contenga, cuando no estaba en la potestad del optante, y sí del destinatario oferente, el conseguir u obtener tal conocimiento.

En el mismo sentido, la Sentencia de 10 de diciembre de 1982. Parece que el Tribunal Supremo adopta la teoría de la recepción. La declaración debía ser conocida por el concedente. Si la causa del desconocimiento no es imputable a nadie, la opción está bien ejercitada si el optante ha actuado con la diligencia debida, porque al fin y al cabo el concedente conocía la posibilidad de dicho ejercicio, lo que supone una cierta carga por su parte de informarse.

Podemos concluir lo siguiente:

1. El ejercicio de la opción supone la declaración de voluntad del optante en el sentido de aceptar la oferta que el concedente había ofrecido al conceder la opción, cerrando el círculo contractual.

2. La declaración de voluntad emitida por el optante, ha de serlo dentro del plazo de vigencia de la opción, y es además recepticia; es decir, que ha de ser conocida por el concedente, dentro de dicho plazo.

3. Este último criterio se suaviza en el supuesto de que el optante haya ejercido su derecho en tiempo y con la diligencia debida, y el desconocimiento del mismo por parte del concedente, le sea imputable o no (aunque en la práctica siempre le será imputable, como se ha visto), en cuyo caso la notificación será eficaz, perfeccionándose el contrato optado. Lo correcto en estos casos será entender que el tiempo de la perfección es el momento en que el concedente debió conocer la notificación.

1.2. *Diferentes tipos de aceptación*

La aceptación puede darse de forma *expresa* y *tácita*. Hasta este momento hemos visto supuestos de declaraciones de voluntad expresas, con lo cual se plantea la cuestión, de si es posible ejercitar el derecho de opción de forma tácita.

La declaración de voluntad tácita, se constata a través de actos inequívocos que supongan que el sujeto se ha decidido en tal sentido. Para el caso de opción, no creemos exista ningún inconveniente en admitir tal forma de declaración.

Es éste, precisamente, el criterio mantenido por una curiosa Sentencia de 14 de abril de 1979, en un supuesto en que la empresa constructora «Viviendas del Vallés, S. A.», adquirió de un particular opción de compra sobre la finca.

La citada compañía:

- Aceptó la alteración del tendido eléctrico realizada por «FECSA», a petición suya.
- Realizó en la finca obras para preparación de otras posteriores mediante movimientos de tierras, corte de plantaciones y perjuicios en edificios de la finca.

De ahí el Tribunal Supremo dedujo que la citada Compañía había observado un comportamiento revelador del ejercicio del derecho de opción, en cuanto había realizado actos atributivos de facultades dominicales, y argumentó que no existe principio alguno que exija forma determinada referente al modo en que el aceptante debe manifestar su voluntad de aceptar la opción, y por tanto, puede ser perfeccionado tanto expresa como tácitamente. El problema de la declaración recepticia viene salvado en cuanto que el concedente tuvo noticia del ejercicio de la opción, desde el momento en que instó el cumplimiento del contrato.

En definitiva, el Tribunal Supremo condenó a la Compañía a pagar el precio de la opción, que se consideró ejercitada tácitamente.

Esta Sentencia de 16 de abril de 1979, además de admitir el ejercicio tácito de la opción, como se ha dicho, es curiosa en otro sentido, ya que a diferencia de la mayoría de pleitos provocados por el derecho de opción, es el concedente quien demanda el cumplimiento de la compraventa, y no el optante el que tiene problemas para hacer valer su derecho.

De ahí, se sigue que el derecho de opción puede ejercitarse tanto expresa como tácitamente, pero puede plantearse el problema de determinar cuándo un derecho puede considerarse ejercitado.

En efecto, la opción podrá suscitar dudas en ciertos casos, en cuanto a determinar el momento en que ha sido ejercitada, es decir:

- Si basta una notificación notarial.
- Es necesaria la interposición de la demanda para considerar el derecho ejercitado.

Téngase en cuenta que el problema tiene trascendencia al ser el plazo, para el ejercicio del derecho, de *caducidad*.

Se ha dicho que el ejercicio de la opción es la declaración de voluntad recepticia emitida por el optante que perfecciona el contrato optado. Una declaración de voluntad puede ser emitida mediante cualquier medio adecuado; siendo recepticia, es de esperar que se asegure fehacientemente esta recepción, para ello será oportuna la notificación notarial.

Por tanto, no hace falta la demanda para considerar ejercitada la opción, y la notificación notarial hecha dentro del plazo será suficiente para considerar declarada la voluntad del optante.

En este sentido, la Sentencia de 22 de junio de 1966 es suficientemente explícita. En efecto, se trata del siguiente supuesto: el *Casino de Villagarcía de Arosa* demandó por incumplimiento de contrato de compraventa a los concedentes de la opción de compra de la que era titular la citada Entidad. La Sentencia fue favorable, confirmada en la Audiencia y recurrida por los demandados. El Tribunal Supremo desestimó el recurso.

Pero uno de los motivos del recurso era que la opción había sido ejercitada fuera del plazo, pues la demanda fue interpuesta después de transcurridos los tres años para los que se había pactado, y los requerimientos notariales anteriores realizados dentro de plazo eran ineficaces por no haberse observado los requisitos acordados por la Junta general extraordinaria, si bien habían sido ratificados posteriormente fuera de plazo.

El Tribunal Supremo consideró que:

1. El contrato de opción produce en el optante la facultad exclusiva de prestar su consentimiento en el plazo señalado y comunicada al concedente perfecciona la compraventa.
2. Cuando el optante sea una persona jurídica, no es lícito inves-

tigar los acuerdos que ésta adopte para el ejercicio de la opción, siendo suficiente que el optatario conozca la decisión del optante.

3. *Es suficiente el ejercicio extrajudicial de derecho*, y por tanto hay que computar el plazo a partir de los requerimientos notariales, que además, al haber sido ratificados teniendo en cuenta que la ratificación tiene efectos retroactivos, han quedado convalidados (1.259 y 1.717 CC.)

En definitiva, queda perfectamente claro que es suficiente el ejercicio extrajudicial de la opción para perfeccionar el contrato optado. Basta también la notificación a través de acto conciliatorio, siempre que la papeleta aparezca presentada en tiempo hábil, ya que la conciliación es vía idónea para el ejercicio de los derechos y da constancia fehaciente del acto de comunicación de que se trata (S. de 12-7-79).

1.3. *Perfección y consumación del contrato*

La perfección del contrato supone que a partir de este momento nacen las obligaciones. En la opción el ejercicio de este derecho perfecciona la compraventa, y son exigibles:

- Al vendedor, la entrega de la cosa.
- Al comprador, el pago del precio.

Ahora bien, la entrega de la cosa consistirá, en el caso de inmuebles, en una entrega instrumental, mediante el otorgamiento de escritura pública.

Si el pago del precio no es aplazado, ambas obligaciones deberán cumplirse simultáneamente, son sinalagmáticas y aquí se predica el sinalagma funcional.

Ahora bien, quede claro que hemos diferenciado varios momentos:

1. Ejercicio de la opción, es decir, perfección de la compraventa, e inmediato nacimiento de las obligaciones.

Ejecución, cumplimiento de las obligaciones:

- Entrega de la cosa.
- Pago del precio.

El otorgamiento de la escritura pública forma parte del cumplimiento de un contrato de compraventa perfeccionado anteriormente, y por tanto en ningún caso supone perfección de dicho negocio.

Sobre este punto la reciente Sentencia de 24 de mayo de 1985 da una solución completamente distinta.

Trata del ejercicio de dos opciones de compra sobre sendas fincas, a las que el concedente se opone por estimar se da «lesión ultradividuum» en el precio concertado, y el Tribunal Supremo, en su caso, sólo se dará una vez se haya efectuado la transmisión.

Se plantean los siguientes problemas:

1. Determinar el momento de ejercicio de la opción y por tanto de perfección de la compraventa.

2. Qué supone el otorgamiento de la escritura.
3. Cuándo se da la lesión y cuándo puede evitarse.

(Nota: los artículos citados de la Compilación no corresponden a la numeración actual después de la reforma del 84. Los hechos son de 1974. Sigo la Sentencia.)

La citada Sentencia repite lo dicho en otras anteriores, afirmando que: «...al depender la perfección del contrato de opción, de modo exclusivo, de la aceptación del optante, realizada dentro del plazo establecido, constriñe al optatario al cumplimiento y fija definitivamente las obligaciones recíprocas que sobre su base han de ser posteriormente exigidas, lo que conduce a que dicho cumplimiento de las obligaciones del contrato exigido por el optante haya de referirse al momento posterior a dicha exigencia, y no al tiempo fijado para la opción...»

Sin embargo, a partir de este punto toma un nuevo giro, ya que condiciona al ejercicio de la opción. En efecto, dice que como consecuencia de lo anterior, «...el efecto en cuanto a la acción de rescisión por lesión... de que su ejercicio venga supeditado al otorgamiento del contrato de compraventa a que afecte (artículo 324 CDC)..., en tanto mediante dicho otorgamiento no queden fijados en definitiva las respectivas obligaciones de vendedor y comprador y se confirme en ese otorgamiento el también definitivo precio..., no puede conocerse la realidad de la desproporción pretendida, ya que hasta ese momento del otorgamiento, de darse efectivamente causa de tal lesión, puede impedirla el comprador y evitar la rescisión mediante el pago en dinero al vendedor del complemento del precio o valor lesivos» (art. 325.2 CDC), y añade:

«...Lo que es lógica consecuencia de que toda acción requiere existencia actualizada de causa que la determine y ésta *no se produce* en pretendida lesión por compraventa *hasta en tanto no se lleve a cabo el otorgamiento de éste...*, que es cuando podrán conocerse los términos precisos en que tal *acto trasmisivo* fue llevado a cabo...»

Hay que analizar estas afirmaciones con cierto cuidado:

1. El contrato de compraventa optado se perfecciona con la aceptación del optante. Desde este momento el contrato es perfecto y nacen las obligaciones previstas en el mismo, desde la concesión de la opción. Por tanto, desde la aceptación del optante puede apreciarse si hay lesión.

2. La deducción que en la Sentencia se hace derivar del artículo 324 del Código de Derecho Civil, no es correcta, porque se identifica «otorgamiento de contrato», con «otorgar escritura pública de compraventa», y no es este el recto sentido de esta expresión. En efecto, «otorgamiento del contrato» equivale a acuerdo de voluntades, que en el caso que nos ocupa supone ejercicio de la opción, es decir, declaración unilateral de voluntad del optante, que viene a sumarse a la declaración del concedente, comprendida en la opción.

Otorgar la escritura pública puede ser un acto transmisivo o una cuestión formal; supongamos que el optante tiene ya la posesión de hecho de las fincas (art. 1.279 y 1.280 Cc.)

3. La perfección de la compraventa, como se ha dicho, se da con el acuerdo de voluntades; esto se produce cuando el optante ejerce la opción y *desde este momento quedan fijadas definitivamente las obligaciones de las partes*. Si se conoce el precio, se conoce también la posible lesión. La efectiva transmisión no añade nada a la situación lesiva.

La acción de rescisión en el Código de Derecho Civil, a diferencia de la del Código Civil, no es subsidiaria, sino que es principal, esto quiere decir que va dirigida a evitar un perjuicio, no solamente como último recurso a enmendar una situación lesiva ya producida.

De todo lo dicho deducimos que:

El Tribunal Supremo ha querido seguir la doctrina ya clásica de considerar perfeccionada la compraventa con el ejercicio de la opción; pero debido a la especial interpretación que ha hecho de los artículos 324 y 325 del Código de Derecho Civil, se ha visto forzado a condicionar el ejercicio de la opción al otorgamiento del contrato en escritura pública, a fin de que transmita el bien y así justificar a partir de la transmisión la lesión efectiva y el nacimiento de la acción.

Claro está que, rectamente interpretados los artículos citados, la solución hubiera debido ser la contraria, porque el ejercicio de la opción se produce mediante declaración unilateral de voluntad por parte del optante; desde este momento el contrato de compraventa es perfecto y nacen las obligaciones. En consecuencia, desde este momento puede fijarse el importe de la lesión y nace la acción tendente a evitarla, ya sea rescindiendo el contrato o complementando el precio, a elección del deudor.

Siguiendo el criterio de dicha Sentencia se abre el camino a otro pleito, solicitando la rescisión, una vez se hayan otorgado las correspondientes escrituras, cosa completamente contradictoria con la economía, incluso con la procesal.

Este problema ya se había tratado en la Sentencia de 7 de noviembre de 1967, con una claridad ejemplar, que zanjaba la cuestión y que no ha tenido en cuenta la Sentencia de 24 de mayo de 1985. En efecto, se dice: «...debe estimarse que la fecha decisiva para el ejercicio de la acción de rescisión por lesión *ultra dimium* y para el cómputo del plazo cuatrienal de caducidad es la de la perfección del contrato de compraventa, y que tal fecha, cuando medió pacto de opción de compra, es aquella en que llegó a conocimiento del concedente vendedor la declaración de voluntad recepticia del optante comprador...»

1.4. *El cumplimiento de las obligaciones*

Un tercer grupo de cuestiones se refiere al momento en que nacen las obligaciones; en especial aparece cuando hay que determinar la necesidad de consignar el precio, al solicitar el otorgamiento de la escritura, y cuál es la calificación que deba darse a la exigencia de adelantar el pago como requisito para el ejercicio de la opción.

La doctrina dominante considera que el ejercicio de derecho de opción perfecciona el contrato optado y sólo después de este momento deben cumplirse las obligaciones estipuladas, es decir, el plazo de opción no supone que dentro del mismo deban cumplirse también las obligaciones del contrato definitivo. Así, las Sentencias de 23 de marzo de 1945, 18 de mayo de 1955, 22 de junio de 1966, 29 de septiembre de 1981, 10 de diciembre de 1982, etc.

Sin embargo, esta situación puede variarse en virtud del principio de libertad de las partes, artículo 1.255 del Código civil; así, en el caso de opción onerosa, cuya prima se paga por mensualidades y se imputa al precio.

Pero de aquí no puede deducirse que el pago o la consignación sean requisitos necesarios para el ejercicio de la opción, a no ser que se haya pactado. En todo caso la consignación será necesaria cuando se inste el otorgamiento de la escritura pública de compraventa, que supondrá el cumplimiento de las obligaciones de entrega de la cosa y pago del precio.

Este caso de pago es el tratado en la Resolución de 7 de diciembre de 1978. El supuesto de hecho contemplado es el siguiente:

Se constituyó derecho real de opción sobre una finca o parcelas de la misma y entre otras estipulaciones:

1. Se pactó que el optante pudiera otorgar unilateralmente escritura pública de ejercicio de la opción, es decir, con su sola intervención.
2. El ejercicio de la opción suponía la extinción de los derechos de los subadquirentes, titulares del dominio o derechos reales sobre la finca posteriores a la opción.

El Registrador denegó la inscripción. El presidente de la Audiencia confirmó, en parte, la nota del Registrador, contra la que se interpuso recurso de apelación ante la Dirección General de Registro Notarial.

Se trata de una opción real constituida en contrato, que previene la cancelación de los derechos de los subadquirentes sobre la finca lo que quiere decir que en el momento de ejercitar la opción ésta podría tener como titular a una persona diferente del concedente (caso que no se da en este supuesto, pero que cabe dentro de lo posible).

De ahí que la Dirección General de Registro Notarial prevenga que «el optante», al decidir la opción y como consecuencia del entramado de las recíprocas relaciones derivadas de una opción de compra en trance de consumación ha de haber cumplido las obligaciones que

le atañen, lo que hace necesario que en el momento de otorgar la escritura en que conste su decisión de ejercitar su opción y consumar la prevista adquisición, acredite ante el fedatario público la previa constitución del adecuado depósito, o al menos requerir al Notario autorizante para su constitución, mediante la entrega a tal efecto de la convenida contraprestación...», y en el caso que comentamos esta circunstancia está prevista, pero que se realice el depósito con posterioridad a la consumación del contrato de opción, de forma que no cubre la exigencia de la Dirección General de Registro Notarial.

En esta Resolución la Dirección General de Registro Notarial, acepta la posibilidad de que por acuerdo de las partes pueda prescindirse del concedente, a la hora de ejercitar la opción y en consecuencia de perfección de la compraventa, porque:

- La voluntad del concedente se ha integrado en la escritura de constitución de la opción.
- La voluntad del optante lo ha hecho en la escritura de ejercicio de la opción.

Como sea que a efectos de entrega las dos escrituras cumplen los requisitos de la misma, resulta que en el momento de ejercitar la opción se juntan:

1. Consumación del derecho de opción.
- 2. Perfeccionamiento de la compraventa.
3. Entrega de la cosa, es decir, cumplimiento por parte del concedente.

En consecuencia será necesario acreditar también en este momento la consignación del precio, de forma que así queda también consumada la compraventa.

De ahí que la Dirección General de Registro Notarial, considere que, justificar el pago en el momento de la inscripción, no es suficiente, ya que la consumación de la compraventa con intercambio de la cosa por precio se da en el momento del otorgamiento de la escritura, no en el de la inscripción de la misma en el Registro.

El considerando comentado de la Dirección General de Registro Notarial puede calificarse de lógica aplicación del artículo 1.124 del Código civil, porque quien puede exigir el cumplimiento debe haber cumplido previamente. Porque al otorgarse la escritura adquirirá el dominio; por tanto, el vendedor había cumplido, lógico es, que el comprador cumpla su obligación de pago del precio. Lo que no parece necesario es que conste en el contrato de opción esta exigencia; bastaría, como comenta Torres Lana (38), que se acreditara el depósito en el momento de otorgar la escritura.

(38) TORRES LANA, J. A.: *Contrato y...*, p. 262.

2. El ejercicio del derecho de opción, otorgado en negocio unilateral

Hasta aquí hemos visto supuestos de opciones constituidas en contrato, pero como se ha dicho, también pueden constituirse por donación o por legado. En estos supuestos se tratará generalmente de opciones reales.

El ejercicio de la opción actuará como condición resolutoria de los derechos adquiridos con posterioridad a la concesión de la misma y deberá ejercitarse frente al último titular de los bienes, es decir, frente a quien sea titular de los bienes en el momento de ejercitar la opción.

Para este último, el ejercicio de la opción supondrá:

— La resolución de su derecho.

— La obligación de realizar la entrega de los bienes y otorgar la correspondiente escritura de compraventa.

(La Resolución de la Dirección General de Registro Notarial, de 7 de diciembre de 1978, en este sentido dice: «...en todo caso el derecho de opción de compra inscrito actuará contra todo propietario del inmueble afectado, que estará siempre obligado a hacer el acto de transferencia...»).

En realidad, al adquirir el bien gravado se ha colocado en la situación que tenía el concedente (39).

El problema es determinar, cómo se perfecciona la compraventa, si el título de constitución de la opción no es un contrato, sino una donación.

De cara a la perfección de la compraventa, tanto el contrato de opción como la donación cumplen un papel preparatorio, y son vehículo válido para exteriorizar la declaración de voluntad del concedente en el sentido de querer realizar la venta; luego con el ejercicio de la opción ésta queda perfeccionada.

3. El ejercicio de la opción. Objeto y cuestiones registrales

3.1. Objeto del ejercicio

Se ha analizado el ejercicio de la opción en cuanto a los sujetos (activo y pasivo), a las circunstancias de tiempo, tanto en su ejercicio como en la consumación del negocio optado, pero falta todavía una cuestión. En efecto, nos referimos al objeto sobre el que recae el derecho de opción, es decir, el objeto optado.

Pueden ser objeto de opción los bienes (muebles e inmuebles) y los derechos (reales y de crédito).

(39) PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos del Derecho Civil*, tomo II, vol. II, Barcelona, 1982, p. 55.

El objeto de la opción debe reunir ciertos requisitos: existencia real o posible, ha de ser determinado o determinable y de lícito comercio.

Sin embargo, por lo que se refiere a las opciones reales, estos requisitos se hacen más rígidos, ya que los derechos reales, por sus características, requieren una identificación total del objeto sobre el que recaen.

Efectivamente, este es el caso contemplado en la Resolución de la Dirección General de Registro Notarial de 7 de diciembre de 1978. El supuesto de hecho hace referencia a una opción de compra real sobre varias fincas arrendadas, pero con la particularidad de que el derecho de opción podrá ejercitarse en una o varias veces mientras dure el arriendo:

- Sobre la totalidad de las fincas.
- Sobre alguna de las fincas.
- Sobre parcelas de las mismas.

El Registrador denegó la inscripción e informó que: la finca es el soporte de los derechos reales y el principio de especialidad recogido en los artículos 7 y 243 de la Ley Hipotecaria, impide que el optante pueda ejercitar su derecho sobre parcelas no inscritas que puedan constituirse, aun cuando se determine su superficie en metros cuadrados, siendo reiterada la Jurisprudencia de la Dirección General de Registro Notarial, que prescribe que los derechos reales recaigan siempre sobre la finca como unidad.

El Notario recurrente había argumentado que la inscripción del derecho no supone infracción alguna al principio de especialidad, porque negar la posibilidad de que sea concedida al optante la facultad de segregar para adquirir parcialmente, sería negar la posibilidad de que el mismo propietario pudiera segregar y vender, diciendo que esta posibilidad, al afectar a parte indeterminada de la finca, infringe el principio de especialidad.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador.

Evidentemente, el razonamiento del Notario recurrente nada tiene que ver con la cuestión debatida. Efectivamente, el titular del bien tiene sobre el mismo la facultad de disposición consiguiente, pero cuando se constituye un derecho real, éste debe ser determinado, en este caso se da un mismo tratamiento a las posibilidades de actuación del dueño que a un derecho real, situación a todas luces incongruente.

La razón que añade la Dirección General de Registro Notarial para la no inscripción de la opción se basa en la necesidad de que quede claramente determinada la extensión del derecho que se pretende inscribir (art. 5.2 y 51.6 RH), ya que una facultad de segregación tan indeterminada en cuanto al objeto, de acceder a los libros registrales, no permitiría conocer a los terceros los inmuebles sobre los que recae, y atenta al principio de especialidad y a la claridad que debe presidir la publicidad registral.

Este criterio es aplicable tanto a opciones reales como obligacionales, porque si bien el principio de especialidad va referido a los derechos reales, téngase en cuenta que las opciones inscritas a través del artículo 14 del Régimen Hipotecario son eficaces frente a terceros, y éstos deben saber exactamente sobre qué bienes recae la opción.

3.2. *La inscripción del ejercicio de la opción*

Por último, una sola pregunta: ¿Es posible inscribir en el Registro de la Propiedad el ejercicio de la opción?

La Dirección General de Registro Notarial, en la Resolución de 7 de septiembre de 1982, trató el tema. En efecto, el supuesto de hecho contemplado fue el siguiente:

La Sociedad «Recuperaciones Submarinas, S. A.», concedió en escritura pública un derecho de opción de compra a la Sociedad alemana «Eckhard y Co.Gm.b.H» por un plazo de cuatro años, que fue inscrito en el Registro de la Propiedad.

El plazo para el ejercicio de la opción finalizaba el 31 de octubre de 1981 y el 18 de septiembre de 1981 la Sociedad alemana requirió notarialmente a «Recuperaciones Submarinas, S. A.», para que compareciera en la Notaría que se indicó a otorgar la escritura de compraventa.

El día 23 de octubre de 1981 se presenta en el Registro de la Propiedad una instancia acompañada del acta notarial del día 18 de septiembre de 1981, acreditativa del ejercicio del derecho de opción, en la que se solicitaba se extendiera nota marginal del ejercicio del derecho de opción conforme a lo dispuesto en los artículos 23 de la Ley Hipotecaria y 177 del Régimen Hipotecario.

La inscripción fue denegada, y recurrida.

La Dirección General de Registro Notarial, confirmó la nota del Registrador, puntualizando diversos aspectos:

1. Se trata de un derecho de opción obligacional pactado en contrato, en virtud del cual, caso de ser ejercitado el derecho el concedente estaría obligado a otorgar la escritura de compraventa.

2. El tema que se trata, es determinar si puede constar en el Registro el ejercicio de la opción por requerimiento notarial.

3. A tal efecto, sí sería de aplicación analógicamente el artículo 23 de la Ley Hipotecaria y 177 del Régimen Hipotecario.

4. Que no cabe la aplicación de dichos artículos porque no se ha originado todavía una modificación jurídico real, en tanto no se dé cumplimiento a la obligación por ambas partes.

5. Que corresponde a la diligencia del optante procurar que, ejercitada la opción, pueda otorgarse la escritura pública de compraventa antes de que, vencido el plazo de opción convenido, deje de publicar el Registro su existencia, por caducidad, o en su defecto haya queda-

do anotada preventivamente la demanda en que se pretende el otorgamiento de la escritura.

Este problema fue visto ya por Roca Sastre (40), que apuntaba como posible solución para evitar la indefensión del optante la aplicación analógica del artículo 177 del Régimen Hipotecario.

6. Sería completamente distinto el caso de una opción pactada por las partes como real y que al amparo del artículo 7 del Régimen Hipotecario se hubiese previsto que la simple voluntad afirmativa del optante expresada en escritura pública fuera suficiente para que quedase perfeccionada la compraventa y consumada la tradición.

De ahí se deduce lo siguiente:

1. El ejercicio del derecho de opción, si es obligacional, sólo supone la perfección de la compraventa, pero no su consumación, para la cual hará falta cumplir las obligaciones. En consecuencia al no producirse la transmisión no se ha consumado la adquisición del derecho y no es aplicable el artículo 23 de la Ley Hipotecaria.

Sólo tendrá acceso el ejercicio de la opción al Registro de la Propiedad cuando haya sido otorgada la escritura de compraventa, ya sea por el vendedor o por el Juez (será en realidad la transmisión de la propiedad lo que tiene acceso al Registro).

2. En el ejercicio de la opción real, *si se ha pactado*, es posible prescindir del otorgamiento de la escritura de compraventa, porque la escritura de constitución de la opción con la voluntad del concedente, más la escritura del ejercicio de la opción que contendrá la voluntad del optante, serán suficientes para no sólo perfeccionar la compraventa (acuerdo de voluntades), sino para consumir la tradición. En este caso no se trataría también de hacer constar la adquisición por nota marginal, sino de inscribir el cambio de acuerdo con el artículo 7 del Régimen Hipotecario.

Esta cuestión queda abierta y sería conveniente hallar una solución, para los supuestos como el tratado en la Resolución, que se ejercita la opción los últimos días del plazo, pues el vendedor podría cancelar la inscripción y vender a un tercero de buena fe, quedando esté protegido en contra del optante que ha ejercitado su derecho, pero no ha tenido tiempo suficiente para anotar la demanda.

4. Efectos del ejercicio del derecho de opción

Como se ha dicho, la opción se concede por un plazo determinado durante el cual el beneficiario de la misma puede ejercitarla, con lo que queda extinguida. Ahora bien, si transcurre el plazo de la opción sin que el optante actúe o haciéndolo es incorrecta, la opción se extinguirá (SS. de 17-1-73, y de 22-6-78).

(40) ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho Hipotecario*, tomo III, pp. 570 y ss.

Sin embargo, una vez ejercitada la opción puede presentarse una nueva cuestión. En efecto, en los casos en que la opción conste en el Registro de la Propiedad y con posterioridad se hayan inscrito nuevos derechos sobre el bien, es necesario determinar cuál será la suerte que correrán los mismos.

El tema ha sido tratado por Roca Sastre (41), que distingue:

El último propietario. Cuando el concedente ha transmitido el bien a un tercero, éste queda obligado, no contractualmente, como el propietario o titular concedente de la opción, sino *ob rem*, como subadquirente. Añade Roca Sastre que, en rigor técnico, queda subrogado en la obligación personal asumida por el dueño o titular. Deberá otorgar la correspondiente escritura pública, lo que implicará la oportuna tradición, quedando apta para su ingreso en el Registro.

Titulares de derechos reales o cargas inscritos con posterioridad al derecho de opción, por el mismo propietario que constituyó la opción. El sistema a seguir es la liquidación de dichos derechos cargas y gravámenes, por entrañar su extinción el ejercicio del derecho de opción de compra, procediéndose a la cancelación de los asientos correspondientes, previo abono preferente de su importe.

La doctrina es unánime en cuanto a la liquidación de dichos derechos (42) y cargas, pero la operatividad del sistema no está establecida y hace falta recurrir a soluciones analógicas, establecidas para otros supuestos de adquirentes de derechos reales sobre bienes sujetos a condición resolutoria (art. 175.6 RH) y sólo puede cancelarse si se acredita la consignación del precio.

En este sentido la citada Resolución de la Dirección General de Registro Notarial, de 7 de diciembre de 1978, afirma que el ejercicio de la opción afecta de forma directa a los titulares de derechos posteriores inscritos, y en el caso que contempla no se establece ninguna garantía a favor de los mismos que verán cancelado su asiento, no ya sin su concurso, sino que ni siquiera pueden contar con el depósito a su disposición del precio del inmueble, careciendo de las garantías de los procedimientos judicial sumario y extrajudicial de ejecución hipotecaria, por lo que es necesario contemplar no sólo los intereses en juego, sino también las previsiones que hace la Ley Hipotecaria, artículo 107.7 (pacto de retro) y el artículo 175.6 del Régimen Hipotecario, de forma que pueda practicarse la cancelación automática de los derechos reales sujetos a condición resolutoria, sólo cuando se acredite la consignación en un establecimiento bancario o caja oficial del importe que haya de ser devuelto, o bien, de acuerdo con el artículo 235.0 del Régimen Hipotecario, que el sobrante se deposite a disposición de los titulares de derechos reales posteriores, en un establecimiento público destinado al efecto.

(41) ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho Hipotecario*, tomo III, pp. 566 y ss.

(42) PEÑA, B. Q., M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, p. 349.

En esta misma línea la Resolución de la Dirección General de Registro Notarial, de 28 de septiembre de 1982, trató un problema de opción de compra inscrita en el Registro de la Propiedad con posterior anotación de embargo. La cuestión consistía en determinar si bastaba la solicitud de los optantes para cancelar la anotación de embargo una vez inscrita la compraventa, o era además necesario consignar el precio.

La Resolución mantuvo el criterio de que los afectados con la cancelación de la anotación preventiva de embargo debían contar con el depósito a su disposición del precio del inmueble, para la satisfacción de sus créditos, teniendo en cuenta sobre todo que todas las actuaciones de los interesados tienen lugar privadamente y al margen de todo procedimiento judicial y con la falta de garantía que ello podría implicar para los terceros afectados.

En definitiva, se cancelarán estos derechos, pero los titulares de los mismos tendrán la garantía del precio pagado por el optante, porque sólo podrán cancelarse como dice Peña (43), si se acredita la consignación del precio en establecimiento público.

SENTENCIAS TS

STS. 23-3-45, A.443.
 STS. 8-7-46, A.938.
 STS. 17-10-61, A.3603.
 STS. 5-7-62, A.3116.
 STS. 26-3-65, A.1481.
 STS. 7-2-66, A.793.
 STS. 22-6-66, A.3440.
 STS. 7-11-67, A.4111.
 STS. 22-4-72, A.1899.
 STS. 17-2-73, A.477.
 STS. 21-10-74, A.3898.
 STS. 12-12-74, A.4674.
 STS. 26-5-76, A.2366.
 STS. 18-4-78, A.1361.
 STS. 22-6-78, A.2360.
 STS. 16-4-79, A.1401.
 STS. 12-7-79, A.2951.
 STS. 15-2-80, A.935.

STS. 23-5-80, A.1958.
 STS. 6-2-81, A.383.
 STS. 29-9-81, A.3247.
 STS. 17-7-82, A.4254.
 STS. 7-3-83, A.1424.
 STS. 13-7-83, A.4218.
 STS. 9-2-85, A.541.
 STS. 12-3-85, A.1140.
 STS. 24-5-85, A.2621.
 STS. 14-6-85, A.3274.
 STS. 26-6-85, A.3315.
 STS. 24-9-85, A.4407.

RESOLUCIONES DGRN:

R. 13-12-55, Anuario DGRN.
 R. 7-12-78, Anuario DGRN.
 R. 7-9-82, Anuario DGRN.
 R. 28-9-82, Anuario DGRN.

(43) PEÑA, B. Q., M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, p. 349.

