

## PRECONTRATO DE OPCIÓN Y DERECHO REAL DE OPCIÓN<sup>1</sup>

*Esteve Bosch Capdevila*

Catedrático de Derecho Civil  
Universitat Rovira I Virgili

---

TITLE: *Pre-contract of option and right in rem of option*

RESUMEN: El contrato de opción permite a una de las partes exigir la conclusión del contrato proyectado, ya determinado en sus elementos esenciales, o dar eficacia a este mismo contrato haciendo exigibles las recíprocas prestaciones. Si la opción recae sobre un contrato traslativo del dominio, como es el caso de la opción de compra, también puede constituirse como derecho real, lo que refuerza la eficacia del derecho y permite no solamente su ejercicio directo frente terceros, sino incluso la adquisición inmediata de la propiedad del bien. El régimen jurídico de ambas modalidades, personal y real, del derecho de opción, con especial referencia a la regulación que de esta última se ha llevado a cabo en el Código civil de Cataluña y en la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, constituye el objeto del presente trabajo.

ABSTRACT: *The option contract allows one of the parties to claim the conclusion of a projected contract, whose essential elements are already determined, or to give effect to this same contract by making the reciprocal benefits enforceable. If the option falls on an agreement for the transfer of property, as is the case of the purchase option, it can also be constituted as a right in rem. This reinforces the effectiveness of the right, and grants not only its direct exercise against third parties, but also the immediate acquisition of ownership of the good. This paper analyses the legal regime of both modalities -personal and real- of the right of option, with special reference to the regulation of the Civil Code of Catalonia and the Proposal for a Civil Code drafted by the Association of Professors of Civil Law*

PALABRAS CLAVE: Contrato de opción. Precontrato. Opción de compra. Derecho real de opción.

KEY WORDS: *Option contract. Pre-contract. Purchase option. Right in rem of option*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 1.1. *Concepto y finalidad.* 1.2. *Tipología.* 1.3. *Finalidad del trabajo.* 2. EL PRECONTRATO DE OPCIÓN. 2.1. *La escasa regulación legal del contrato de opción. Referencia al derecho comparado.* 2.1.1. *Derechos europeos.* 2.1.2. *Derecho español.* 2.1.3. *Propuestas armonizadoras del derecho de contratos.* 2.1.4. *Códigos americanos.* 2.2. *Semejanzas y diferencias con otras instituciones.* 2.2.1. *Oferta de contrato y contrato de opción.* 2.2.2. *Opción y contrato condicional.* 2.3. *El contrato de opción como precontrato de ejercicio unilateral.* 2.3.1. *Presentación. Opción y precontrato.* 2.3.2. *El precontrato y su relación con el contrato definitivo.* a) *El precontrato obliga a prestar un nuevo consentimiento.* b) *El consentimiento contractual ya se ha prestado con el precontrato.* c) *La*

<sup>1</sup> El presente trabajo se ha desarrollado en el marco del proyecto de investigación «Los derechos de adquisición y de preferencia» (PGC2018-094243-B-C21), del que es investigador principal el autor y la profesora Paloma de Barrón, proyecto que está coordinado con otro del mismo nombre y dirigido por las profesoras M<sup>a</sup>. Paz Sánchez y M<sup>a</sup> Amalia Blandino.

compatibilidad de ambas teorías. 2.4. Régimen jurídico del contrato de opción. 2.4.1. Ámbito. 2.4.2. Capacidad. 2.4.3. Objeto. 2.4.4. Forma. 2.4.5. Duración máxima. 2.4.6. La transmisibilidad del derecho de opción. 2.4.7. La transmisibilidad del bien sobre el que recae el derecho de opción. 2.4.8. Ejercicio de la opción: requisitos y efectos. 2.4.9. Opción y rescisión por lesión. 3. EL DERECHO REAL DE OPCIÓN. 3.1. Presentación. 3.2. La inscripción registral no determina por sí sola la naturaleza real del derecho de opción. 3.3. Constitución del derecho real de opción. 3.3.1. Requisitos de constitución. 3.3.2. Forma de constitución: cesión, reserva y división. 3.4. Menciones que deben constar en el título constitutivo. La duración del derecho real de opción. 3.5. Obligaciones del concedente mientras el ejercicio del derecho de opción está pendiente. 3.5.1. La obligación de conservación del bien. 3.5.2. Consecuencias del incumplimiento de la obligación de conservación. 3.5.3. La transmisibilidad del bien sobre el que recae el derecho real de opción. 3.6. La disponibilidad del derecho real de opción. 3.7. El ejercicio del derecho real de opción. 3.7.1. Requisitos para el ejercicio del derecho real de opción. a. La declaración de voluntad de ejercicio de la opción en la en la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. b. La exigencia del pago del precio en el Código civil de Cataluña. 3.7.2. Efectos del ejercicio del derecho real de opción con relación a la adquisición de la propiedad del bien por el optante. a. La perfección del contrato traslativo del dominio en la Propuesta de la Asociación de Profesores. b. La adquisición de la propiedad en el Código civil de Cataluña. 3.8 Efectos del ejercicio del derecho real de opción en relación con los derechos posteriores incompatibles. 3.8.1. La regla general: la extinción de los derechos posteriores incompatibles. 3.8.2. La consignación del precio. 3.9. Extinción. Cancelación registral. 4. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA. JURISPRUDENCIA.

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1. Concepto y finalidad del derecho de opción

El derecho de opción atribuye a su titular la facultad de decidir acerca la eficacia de una relación jurídica. El contenido de la relación ya se encuentra determinado, pero sus efectos están en suspenso hasta que una de las partes lo decida dentro de un plazo determinado<sup>2</sup>. Son, por tanto, sus notas más características:

1ª La vinculación de una sola de las partes (el concedente), y la facultad de decisión de la otra parte (el optante).

2ª La determinación de los elementos esenciales de la relación jurídica.

3ª La fijación de un plazo para el ejercicio de la opción.

En el tráfico económico se hace un uso frecuente del derecho de opción, con distintas finalidades<sup>3</sup>, entre ellas proporcionar al optante un cierto tiempo para reunir el capital

<sup>2</sup> La RDGRN 6 marzo 2014 (RJ 2014\1981) señaló que «La jurisprudencia define el contrato de opción como aquél en el que una parte concede a la otra la facultad exclusiva de decidir sobre la celebración o no de otro contrato, que ha de realizarse en un plazo cierto y en unas determinadas condiciones (Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1987 y de 1 de diciembre de 1992)».

<sup>3</sup> Véase TALMA CHARLES, Javier, *El contrato de opción*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1996, pp. 23 y ss.

necesario para hacer frente a los costes previstos, para concluir otras operaciones relacionadas, o bien para estudiar con cierto detenimiento un negocio que puede ser complicado o arriesgado. Asimismo, la opción también puede utilizarse con finalidades especulativas, o desempeñar una función de garantía<sup>4</sup>.

### 1.2. Tipología. Naturaleza

La relación jurídica cuya eficacia queda suspendida por la opción es generalmente un contrato. El derecho de opción puede recaer sobre todo tipo de contratos<sup>5</sup>, y cualquiera de las partes puede ser su titular; por ejemplo, tratándose de un contrato de arrendamiento, la opción de arrendar puede concederse tanto al arrendador como el arrendatario. La opción se puede calificar como un precontrato unilateral, en tanto que la eficacia del contrato depende de la decisión de una sola de las partes; el ejercicio de la opción determinará la puesta en vigor del contrato proyectado<sup>6</sup>. Ahora bien, cuando la opción se constituye para adquirir un bien, puede asimismo configurarse como un derecho real, lo que implica la desvinculación del derecho de opción del contrato –u otro título– que la constituye, y la consecución de independencia y sustantividad propia, al igual que cualquier otro derecho real. Además, la naturaleza real del derecho de opción puede determinar, entre otras consecuencias, un diferente mecanismo adquisitivo respecto a la opción personal<sup>7</sup>.

La opción de naturaleza personal responde a la concepción tradicional de la institución como un precontrato unilateral. Así se la ha configurado, por ejemplo, en el Código civil italiano, art. 1331; asimismo, la promesa de vender o comprar, prevista en el art. 1451 del Código civil español, encaja con esta naturaleza.

<sup>4</sup> Véase BOSCH CAPDEVILA, Esteve, «La opción en garantía», *Función de las condiciones en el tráfico inmobiliario*, dirigido por Ana Cañizares Laso, Tirant lo Blanch, Valencia, en prensa, pp. 263 y ss.

<sup>5</sup> Aunque esta afirmación debe matizarse en función de cómo se configure la opción (véase el apartado 2.3.2). Si la opción da lugar a una simple obligación de contratar, podrá efectivamente recaer sobre cualquier contrato, aunque se trate de un contrato real o de un contrato formal. En cambio, como explicamos en el apartado 2.3.2.c), si la opción se identifica con el contrato definitivo quedan excluidos de su ámbito los contratos reales, y también los formales si en estos no se observa la forma requerida para aquel; véase De CASTRO Y BRAVO, Federico, «La promesa de contrato (algunas notas para su estudio)», *Anuario de Derecho Civil*, 1950-4, p. 1172.

<sup>6</sup> La STS (1ª) 17 marzo 2009 (RJ 2009/1650) afirmó que el precontrato de opción de compra «es el más típico precontrato unilateral que permite al optante decidir, dentro del plazo previsto, la *puesta en vigor* del contrato de compraventa (sentencias de 11 de abril de 2000 y 5 de junio de 2003)»; como señalamos en el apartado 2.4.8, por *puesta en vigor* del contrato debe entenderse la exigibilidad de las recíprocas prestaciones.

<sup>7</sup> Véase el apartado 3.7.2.

La opción de naturaleza real como derecho de adquisición está regulada en la ley 461 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra<sup>8</sup> (en adelante CDCFN) y, con mucho más detalle, en el Código civil de Cataluña, artículos 568-1 y siguientes, en la redacción dada por la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales (en adelante CCCat)<sup>9</sup>. También la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (en adelante PAPDC o Propuesta) regula la opción dentro de los derechos reales de adquisición (arts. 3111-1 y ss.)<sup>10</sup>. Asimismo, el CCCat y la PAPDC configuran el derecho de redimir en la venta a carta de gracia (arts. 568-28 a 568-32 CCCat) y el derecho de readquisición (arts. 3113-16 a 3113-20 PAPDC) como un derecho real<sup>11</sup>, a diferencia del Código civil español en el que el denominado retracto convencional se presenta como una causa de

<sup>8</sup> Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, modificada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. La Ley 460 permite que la opción se constituya con naturaleza personal o real (el apartado primero de dicha ley dispone que «Los derechos de opción, tanteo y retracto voluntario, tendrán carácter real cuando así se establezca; si se constituyen con carácter personal se regirán por las disposiciones del título II del libro IV»); véase ELIZARI URTASUN, Leyre, «Ley 460», *Comentarios al Fuero Nuevo. Comentario del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por Enrique Rubio Torrano y María Luisa Arcos Vieira, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 1937-1940.

<sup>9</sup> El Código civil de Cataluña siguió, en líneas generales, la regulación de la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, servidumbre y adquisición voluntaria o preferente (en adelante LSSDA) que, al igual que la Compilación de Navarra, contemplaba la posibilidad de configurar el derecho de opción con naturaleza real o personal, con la novedad de que especificaba las consecuencias de la naturaleza real, que no aparecían en el derecho de Navarra. Además del Derecho de Navarra, también influyó en la LSSDA la opinión de Roca Sastre (ROCA SASTRE, Ramón M<sup>a</sup>., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho Hipotecario*, tomo V, Bosch, Casa Editorial SA, Barcelona, 8<sup>a</sup>. edición, 1994, p. 581), quien después de señalar que «en nuestro sistema inmobiliario registral el derecho de opción de compra a que se refiere el art. 14 del Reglamento Hipotecario constituye o tiene la naturaleza de derecho personal [...]», matizó que «esta afirmación no rechaza la posición que considera que el derecho de opción de compra puede implicar, no un propio derecho real, pero sí un gravamen o carga real [...]».

<sup>10</sup> Dicha Propuesta se publicó en forma de libro el año 2018 por la Editorial Tecnos. Posteriormente ha sido objeto de algunas modificaciones, que pueden encontrarse en la página web de la Asociación de Profesores de Derecho Civil ([www.derechocivil.net/publicaciones/propuesta-codigo-civil](http://www.derechocivil.net/publicaciones/propuesta-codigo-civil)). Véase MAS BADÍA, M<sup>a</sup> Dolores, «Los derechos reales de adquisición de constitución voluntaria: una propuesta de regulación sistemática en el Código civil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777 (2020-1), pp. 127-191.

<sup>11</sup> Respecto al derecho de redimir en la venta a carta de gracia es de obligada lectura la obra de DEL POZO CARRASCOSA, Pere, *La venda a carta de gràcia en el dret civil de Catalunya*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1993; con relación a su regulación en el CCCat, véase DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni, BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, Marcial Pons, Madrid, 6<sup>a</sup> edición, 2018, pp. 510-511; en cuanto al derecho de readquisición, véase MAS BADÍA, op. cit., pp. 166-171.

resolución de la venta<sup>12</sup>. Y, por otro lado, el artículo 14 del Reglamento Hipotecario (RH en adelante) establece los requisitos para la inscripción en el Registro de la Propiedad del contrato de opción de compra de un bien inmueble, inscripción que no es suficiente para otorgarle la categoría de derecho real<sup>13</sup>.

### 1.3. Contenido y metodología del trabajo

En el presente trabajo se pretende analizar el derecho de opción en su doble vertiente, personal (contrato de opción) y real (derecho de adquisición), y ofrecer un esquema claro y coherente de ambas modalidades. Respecto al contrato de opción, ante la falta de una normativa general en España, se utilizarán básicamente las aportaciones

<sup>12</sup> La naturaleza del derecho de retracto convencional regulado en los arts. 1507 y ss. CC es una cuestión discutida. La doctrina más moderna coincide, en líneas generales, en dos afirmaciones: la naturaleza real del derecho de retracto convencional, y su configuración como una causa de resolución de la compraventa. Rubio Torrano afirma que la doctrina dominante considera que la venta con pacto de retroventa tiene el carácter de venta con condición resolutoria (RUBIO TORRANO, Enrique, «Artículo 1506», *Comentario del Código Civil*, tomo II, dirigido por Cándido Paz Ares, Luis Díez Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 988 y ss.). Aranda Rodríguez pone de manifiesto que esta misma doctrina que califica el pacto de retro como condición resolutoria potestativa de la compraventa entiende que se trata de un «derecho subjetivo de carácter real» (ARANDA RODRÍGUEZ, Remedios, «Artículo 1507», *Código civil comentado*, coordinado por Ana Cañizares Laso, Pedro De Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2ª edición, 2016, volumen IV, pp. 256 y ss.). García Cantero, después de afirmar que el retracto convencional consiste en «una opción real sobre la cosa vendida», señala que «es prevalente entre nosotros la opinión de que el retracto convencional se configura como condición resolutoria de la compraventa en que se alberga» (GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Artículo 1507», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIX, dirigidos por Manuel Albaladejo, Revista de Derecho Privado, EDESA, Madrid, 2ª edición, 1991, p. 555). Díez Soto, por su parte, afirma que «el CC (arts. 1510 y 1520) configura inequívocamente el retracto convencional como un derecho de naturaleza real, dotado de eficacia *erga omnes*, sin perjuicio de que su oponibilidad frente a tales terceros pueda quedar supeditada a la correspondiente publicidad registral (art. 37.2.1º LH)» (DÍEZ SOTO, Carlos Manuel, «Artículo 1507», *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, dirigidos por Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 140). En cuanto a la jurisprudencia, no es muy esclarecedora; la STS (1ª) 23 octubre 2002 (RJ 2002/9305) afirmó que «se trata en definitiva de un pacto de reversión estipulado con el carácter de condición potestativa (S. 26 diciembre de 1984). Son notas características: a), que su ejercicio dependa de la simple voluntad del vendedor; b), que consista en un derecho a retraer o recuperar, no a adquirir de nuevo».

<sup>13</sup> Establece el art. 14 RH que «Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes: 1.ª Convenio expreso de las partes para que se inscriba. 2.ª Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción. 3.ª Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años. En el arriendo con opción de compra la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquél, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento»; véase el apartado 3.2.

jurisprudenciales acerca la figura del precontrato, con puntuales referencias al derecho comparado. Y para el estudio del derecho real de opción se recurrirá al Código civil de Cataluña, concretamente a sus artículos 568-1 y siguientes, que ofrecen una regulación relativamente completa de la institución, y a la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores, cuyos artículos 3111-1 y siguientes regulan los derechos reales de adquisición, entre ellos la opción (arts. 3113-8 y siguientes)<sup>14</sup>; además, existe una amplia jurisprudencia, civil y registral, sobre el derecho de opción de compra.

## 2. EL PRECONTRATO DE OPCIÓN

En primer lugar, trataremos del contrato de opción, que también denominamos opción de naturaleza personal, y que puede recaer sobre cualquier contrato, sea o no traslativo del dominio.

### *2.1. La escasa regulación legal del contrato de opción. Referencia al derecho comparado*

Ni en los principales códigos civiles europeos, ni tampoco en las propuestas armonizadoras del derecho de contratos, se contiene una regulación general del contrato de opción; ello puede venir motivado, como veremos más adelante<sup>15</sup>, porque la función que desarrolla la opción puede ser llevada a cabo por otras instituciones.

#### 2.1.1. Derechos europeos

La notable utilización de la opción en el tráfico económico no se corresponde con la escasa regulación legal de la misma en la mayoría de códigos civiles europeos<sup>16</sup>. El Código civil francés de 1804 desconocía la figura de la opción<sup>17</sup>; la denominada promesa unilateral de contrato se ha regulado tras la reforma de 2016<sup>18</sup>, que el art.

<sup>14</sup> Como se verá en el apartado 3, la regulación de la PAPDC está inspirada en gran medida en la del CCCat, aunque con importantes diferencias en un tema tan importante como es la consecuencia del ejercicio de la opción, limitado a la *perfección del contrato con finalidad traslativa* (art. 3113-10.4 PAPDC) y no a la adquisición de la propiedad.

<sup>15</sup> Véase el apartado 2.2.

<sup>16</sup> Véase FAVALE, ROCCO, «La figura dell'opzione nei modelli europei», en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, anno LXVI Fasc. 4 – 2012, pp. 1187-1202.

<sup>17</sup> Solamente se regulaba la promesa de venta en el art. 1589: «La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le Prix».

<sup>18</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

1124 define como aquel contrato por el cual una de las partes concede a la otra el derecho a optar por la celebración de un contrato cuyos elementos esenciales ya se han determinado<sup>19</sup>. El Código civil alemán ignora asimismo la opción en las disposiciones dedicadas al contrato (§§ 145 y ss.); el § 148 BGB, al prever que pueda establecerse una fecha límite para la aceptación de la oferta<sup>20</sup>, viene a asimilar la oferta vinculante con la opción, que se distinguen solamente por el más amplio plazo de decisión concedido al optante<sup>21</sup>. En cuanto al Código civil italiano, configura la opción, en el art. 1331, como una propuesta irrevocable de contrato<sup>22</sup>. En el derecho inglés la opción se asimila al contrato condicional o a la oferta irrevocable, y tiene su más amplio campo de aplicación en el contrato de arrendamiento, ya sea para adquirir el bien arrendado, o bien para prorrogar el contrato de arrendamiento<sup>23</sup>. Y las codificaciones europeas más modernas, inspiradas en buena medida en las propuestas armonizadoras del derecho de contratos, tampoco regulan el derecho de opción, como es el caso, por ejemplo, del Código Civil Holandés, en el que los artículos 6:217 y ss. regulan la formación del contrato por la oferta y la aceptación sin ninguna referencia a la opción.

### 2.1.2. Derecho español

El Código civil español, en la línea del Código civil francés de 1804, regula en el art. 1451 la promesa de comprar y vender, pero no contiene una regulación general de la opción como precontrato, que sí encontramos en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores, cuyo artículo 522-3 –dentro de la sección dedicada a los precontratos– define la promesa de contrato como el «contrato por el cual una de las

<sup>19</sup> El art. 1124 la define como «le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire»; y sigue diciendo el art. 1124 que «La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis. Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul».

<sup>20</sup> § 148 Bestimmung einer Annahmefrist: «Hat der Antragende für die Annahme des Antrags eine Frist bestimmt, so kann die Annahme nur innerhalb der Frist erfolgen».

<sup>21</sup> Así lo afirma VON EINEM, Henning, *Die Rechtsnatur der Option*, Duncker & Humblot, Berlin, 1974, p. 21: «Rechtstechnisch besteht außer der längeren Annahmefrist kein weiterer Unterschied zum "normalen" Vertragsangebot, dh. die Festofferte muß insbesondere inhaltlich hinreichend bestimmt sein und ein etwaiges Formerfordernis erfüllen».

<sup>22</sup> El art. 1331 dispone que «Quando le parti convengono che una di esse rimanga vincolata alla propria dichiarazione e l'altra abbia facoltà di accettarla o meno, la dichiarazione della prima si considera quale proposta irrevocabile per gli effetti previsti dall'articolo 1329 (1). Se per l'accettazione non è stato fissato un termine, questo può essere stabilito dal giudice».

<sup>23</sup> Respecto al derecho de opción en el *common law* puede consultarse el trabajo de CORBIN, Arthur L., «Option Contracts», *The Yale Law Journal*, vol. 23, No. 8 (June, 1914), pp. 641-663.

partes, el promitente, otorga a la otra, el beneficiario, el derecho, durante cierto tiempo, de optar por la celebración de un contrato distinto, cuyos elementos esenciales han sido ya acordados, de tal modo que si el beneficiario ejerce la opción se entiende que el promitente ya ha consentido el segundo contrato»<sup>24</sup>.

### 2.1.2. Propuestas armonizadoras del derecho de contratos

La escasa consideración que ha merecido la opción como figura autónoma en el derecho comparado permite entender su falta de regulación en las propuestas armonizadoras del derecho de contratos. Probablemente se consideró inútil regular una figura que fácilmente podría incardinarse dentro de otras instituciones legales<sup>25</sup>, como la oferta irrevocable o el contrato condicional. Los Principios Unidroit, los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), el Marco Común de Referencia (DCFR), la Propuesta de Derecho Común Europeo de la Compraventa (CESL) o el Código Europeo de Contratos (Proyecto de Pavía o Proyecto Gandolfi)<sup>26</sup>, no contienen ninguna referencia al derecho de opción ni a la promesa de contrato.

### 2.1.3. Códigos americanos

Algunos códigos del continente americano, herederos de la tradición latina, sí contienen, paradójicamente, una regulación más o menos amplia del contrato de opción; entre ellos, cabe citar el Código civil de Louisiana de 2009<sup>27</sup>, y el Código civil de Perú<sup>28</sup>, en los que se destaca la vinculación del concedente y, en el caso del primero, la exigencia de un plazo. Otros códigos prefieren, en cambio, hablar de promesa, entre

<sup>24</sup> Como podemos observar, se trata de un concepto inspirado en la reforma del derecho de contratos francés, y más en concreto en el proyecto de 2015, que contenía la mención explícita a la exigencia de un plazo cierto, a diferencia del texto vigente; véase la nota 35.

<sup>25</sup> FAVALE, op. cit., p. 1202.

<sup>26</sup> Señala FAVALE, ibídem, que el proyecto Gandolfi es el único que hace una referencia, indirecta, a la opción, en el art. 17.2, al regular la oferta irrevocable fruto del acuerdo entre las partes.

<sup>27</sup> El art. 1933 del Código civil de Louisiana de 2009 dispone que «An option is a contract whereby the parties agree that the offeror is bound by his offer for a specified period of time and that the offeree may accept within that time».

<sup>28</sup> Conforme al art. 1419 del Código civil de Perú, «Por el contrato de opción, una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no».



ellos el Código civil de Guatemala<sup>29</sup>, el Código civil Federal de México<sup>30</sup>, y el Código civil de Chile, que fija los requisitos para que la promesa de contratar produzca efectos<sup>31</sup>.

## 2.2. Semejanzas y diferencias con otras instituciones

Como hemos señalado en el apartado 2.1, el hecho de que en muchos ordenamientos no se regule el contrato de opción puede deberse, entre otras razones, a que la función que desempeña puede ser desarrollada por otras instituciones, en concreto la oferta de contrato y el contrato condicional.

### 2.2.1. Oferta de contrato y contrato de opción

La oferta de contrato presenta evidentes similitudes con el contrato de opción. En ambos casos, una de las partes (el ofertante o el concedente) queda vinculada para la conclusión de un contrato cuyo contenido se encuentra determinado en sus elementos esenciales. El art. II.-4:201 DCFR establece que «(1) Una propuesta equivale a una oferta cuando: (a) su finalidad es convertirse en un contrato en caso de aceptación por la otra parte, y (b) contiene términos lo suficientemente precisos para constituir un contrato»<sup>32</sup>. Tanto en la oferta como en la opción la conclusión del contrato depende de la decisión de la otra parte: de la aceptación por parte del destinatario de la oferta, o del ejercicio de la opción por parte del optante.

Sin embargo, existen importantes diferencias entre ambas figuras:

<sup>29</sup> El art. 1676 del Código civil de Guatemala señala que «La promesa unilateral es la estipulación que una persona hace a favor de otra, otorgándole la opción de adquirir una cosa o un derecho en las condiciones pactadas y por el tiempo convenido».

<sup>30</sup> El art. 2245 del Código civil Federal de México dispone que «La promesa de contrato sólo da origen a obligaciones de hacer consistentes en celebrar el contrato respectivo de acuerdo con lo ofrecido».

<sup>31</sup> Establece el artículo 1554 del Código civil de Chile que «La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurren las circunstancias siguientes: 1ª. Que la promesa conste por escrito. 2ª Que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces. 3ª Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato. 4ª Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten para que sea perfecto, la tradición de la cosa o las solemnidades que las leyes prescriban. Concurriendo estas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente», precepto que establece los remedios para los casos en que el deudor se constituya en mora en las obligaciones de hacer.

<sup>32</sup> Respecto al régimen de la oferta y la aceptación del contrato en el DCFR, véase BOSCH CAPDEVILA, Esteve, «Formación (del contrato y de otros actos jurídicos)», *Derecho Europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, coordinado por Antoni Vaquer Aloy, Esteve Bosch Capdevila y María Paz Sánchez González, Atelier, Barcelona, 2012, tomo 1, pp. 297-332.

1ª) En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la regla general es que la oferta es revocable, por lo que la analogía entre oferta y opción debería establecerse, en su caso, con la oferta irrevocable<sup>33</sup>.

2ª) La oferta constituye un acto jurídico unilateral del ofertante, mientras que el contrato de opción, en tanto que contrato, surge del acuerdo de voluntades.

3ª) Por ello, en la oferta el contenido esencial del contrato viene fijado por los términos propuestos por el ofertante. En cambio, el contenido del contrato de opción es, por lo general, fruto de las negociaciones de las partes.

4ª) Cuando se emite una oferta, la conclusión del contrato se produce por la concurrencia de dos actos jurídicos unilaterales (oferta y aceptación), mientras que en la opción la unilateralidad se limita al ejercicio de la opción, pero no a la conclusión del contrato.

5ª) En la oferta puede no haberse fijado plazo para la aceptación (art. II.-4:206(2) DCFR)<sup>34</sup>, mientras que en el contrato de opción es esencial la concesión de un plazo<sup>35</sup>.

6ª) La aceptación de la oferta con modificaciones puede dar lugar, en algunos casos, a la conclusión del contrato (art. II.-4:208(2) DCFR<sup>36</sup>), mientras que el ejercicio de la opción no permite ninguna modificación del contenido del contrato.

<sup>33</sup> El art. II.-4.202(3) DCFR señala los casos en los que la oferta es irrevocable: «(a) si la oferta indica que es irrevocable,

(b) si la oferta fija un plazo determinado para su aceptación,

(c) o si su destinatario podía creer de manera razonable que se trataba de una oferta irrevocable y hubiera actuado en función de dicha oferta».

<sup>34</sup> Que establece que «Si el oferente no hubiera fijado plazo alguno, la aceptación solamente producirá efectos si llega al oferente en un plazo razonable».

<sup>35</sup> Así lo exigen, por ejemplo, los arts. 14.3ª RH y 522-3 PAPDC; en cambio, conviene destacar que el art. 1124 del Código civil francés no exige expresamente el establecimiento de un plazo (véase el apartado 2.1.1), cuando sí lo preveía dicho precepto en el proyecto de 2015: «La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, consent à l'autre, le bénéficiaire, le droit, *pendant un certain temps*, d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire» (*Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*).

<sup>36</sup> Establece este precepto que «Una respuesta clara de aceptación de la oferta, aun cuando estipule o implique nuevos o diferentes términos, se entenderá como verdadera aceptación en tanto esas modificaciones no alteren de manera esencial los términos de la oferta. En tal caso, los nuevos términos o los términos modificados pasan a formar parte del contrato».

### 2.2.2. Opción y contrato condicional

La eficacia del contrato de opción depende de la decisión del optante, decisión que constituye un hecho futuro e incierto que podría asimilarse a una condición puramente potestativa o a una condición de querer, como la denominan algunos autores<sup>37</sup>. Por ello, el contrato de opción podría considerarse como un contrato condicional, sujeto a una condición puramente potestativa. No obstante, esta concepción no está exenta de problemas. El principal es que en los contratos condicionales el cumplimiento de la condición no puede dejarse al arbitrio de una de las partes, conforme al art. 1115 CC, lo que viene corroborado por el art. 1256 CC cuando establece que «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes»; ello separa radicalmente los contratos condicionales del contrato de opción<sup>38</sup>. Además, existen otras diferencias entre ambas instituciones:

1ª) Si el contrato es condicional el cumplimiento de la condición produce efectos retroactivos; el art. 1120.I CC empieza diciendo que «los efectos de la obligación condicional se retrotraen al día de la constitución de aquella». En cambio, los efectos del ejercicio de la opción se producen a partir de este ejercicio<sup>39</sup>.

2ª) Conforme al art. 1121.II CC, el deudor puede pagar antes del cumplimiento de la condición; si posteriormente se incumple la condición, tendrá derecho a la restitución de lo satisfecho. En cambio, en el contrato de opción el pago equivaldría a un ejercicio tácito de la opción.

En definitiva, aunque las analogías entre el contrato condicional y el contrato de opción son evidentes, este último tiene unas características y responde a unos intereses específicos que le confieren sustantividad propia.

<sup>37</sup> Véase CAÑIZARES LASO, Ana, «Condición potestativa, cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes y derechos potestativos», *Indret* 4/2017, p. 14.

<sup>38</sup> CAÑIZARES LASO, *Ibidem*, p. 12, afirma que el contrato de opción constituye una excepción a dicha regla general, al igual que ocurre con los contratos unilaterales.

<sup>39</sup> Ahora bien, a pesar del art. 1120.I CC, lo cierto es que dicha retroactividad no es tal en aspectos tan importantes como son la transmisión de la propiedad –que requiere título y modo-, y el abono de frutos, que se compensan en las obligaciones recíprocas. Por otra parte, aunque, como decimos, el ejercicio de la opción no tiene eficacia retroactiva, el art. 621-46.3 CCCat, siguiendo el derecho francés (art. 1675.II de su código civil), da a entender, cuando menos a efectos de la rescisión por lesión *ultradimidium*, que el contrato se concluye cuando se pactó la opción, al referir a este momento la existencia del desequilibrio entre las prestaciones de las partes.

### 2.3. El contrato de opción como precontrato de ejercicio unilateral

#### 2.3.1. Presentación. Opción y precontrato

En el precontrato las partes han acordado el contenido contractual, pero su eficacia queda en suspenso hasta que aquellas lo decidan<sup>40</sup>. En función de la teoría que se adopte sobre su naturaleza –a la que nos referiremos en el siguiente apartado-, el precontrato permitirá a las partes contratantes exigir la conclusión del contrato prometido, o conceder eficacia a un contrato ya celebrado. En el precontrato de opción, dichas facultades corresponden exclusivamente a una sola de las partes<sup>41</sup>. Así lo ha señalado, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 8 de marzo de 2012 (RJ 2012\5001), que calificó la opción de compra como un precontrato unilateral. Asimismo, son diversos los códigos civiles que consideran el contrato de opción como un precontrato unilateral<sup>42</sup>. El ejemplo más claro lo encontramos en un código latinoamericano, el Código civil de Guatemala<sup>43</sup>, cuyo artículo 1675 establece que «La promesa de contrato puede ser unilateral o bilateral», y define a la primera en el artículo 1676 como «la estipulación que una persona hace a favor de otra, otorgándole la opción de adquirir una cosa o un derecho en las condiciones pactadas y por el tiempo convenido».

<sup>40</sup> El término precontrato no aparece ni en el Código civil español, ni en el Código civil de Cataluña. No existe unanimidad en su denominación. Se habla también de *pactum de contrahendo*, «contrato preliminar», «contrato preparatorio», o «promesa de contrato». Esta última parece ser la expresión utilizada por el CC, que en el art. 1451 regula la «promesa de vender o comprar», y en el art. 1862 la «promesa de constituir prenda o hipoteca». La jurisprudencia, por su parte, sí utiliza frecuentemente la denominación de precontrato; así, por ejemplo, la STS (1ª) 2 diciembre 2014 (RJ 2014\6247), se refiere a la promesa de venta del art. 1451 CC como un «precontrato bilateral de compraventa». La PAPDC sí tiene una sección dedicada a los precontratos, entre los que incluye el «contrato marco» (art. 522-2) y la «promesa de contrato» (art. 522-3); solamente esta última responde al concepto de precontrato que utilizamos en el presente trabajo.

<sup>41</sup> Parte de la doctrina rechaza la configuración de la opción como un precontrato unilateral; así, por ejemplo, TALMA CHARLES, op. cit., pp. 78 y ss., afirma que entre el precontrato y la opción existen diferencias estructurales sustanciales que no permiten la identificación de ambas figuras.

<sup>42</sup> Entre ellos podemos citar el Código civil de Portugal, cuyos artículos 410 a 413 regulan el *contrato-promesa*, que puede ser unilateral o bilateral; el Código civil Federal de México, que regula en los artículos 2243 a 2247 la promesa de contrato y en el art. 2244 dice que «La promesa de contratar, o sea el contrato preliminar de otro, puede ser unilateral o bilateral»; y el Código civil de Bolivia, que en el artículo 463 dedicado al *contrato preliminar*, dispone que «El contrato preliminar, sea bilateral o unilateral, para la celebración de un contrato definitivo en el futuro, debe contener los mismos requisitos esenciales que este último, bajo sanción de nulidad».

<sup>43</sup> Que en sus artículos 1674 a 1685 regula *la promesa y la opción*.

En cualquier caso, a pesar de que, como decimos, somos partidarios de considerar la opción como una modalidad de precontrato, no podemos desconocer que entre el precontrato bilateral y el unilateral (la opción) existen importantes diferencias, especialmente en lo que hace referencia a su función económica. En el precontrato bilateral existe aparentemente un interés común de las partes en dar eficacia al contrato, y por ello ambas quedan vinculadas, en espera del momento en que pueda conseguirse aquella eficacia. En la opción, en cambio, la eficacia del contrato depende del exclusivo interés del optante, que será el único que podrá decidir acerca de dicha eficacia<sup>44</sup>.

### 2.3.2. El precontrato y su relación con el contrato definitivo

La relación entre el precontrato y el contrato definitivo ha dado lugar a diversas teorías, que pueden dividirse en dos grandes grupos: a) las que separan el precontrato y el contrato resultante del mismo, que requieren cada uno un consentimiento específico; y b) las que identifican ambos, que constituirían dos fases de un mismo contrato, de manera que el consentimiento contractual se habría prestado al concluir el precontrato y no haría falta reiterarlo<sup>45</sup>; sin embargo, como veremos en el apartado c), ambas teorías no son incompatibles, sino que pueden complementarse.

No cabe duda de que en el precontrato debe constar el contenido esencial del contrato definitivo. El precontrato no se sitúa en la fase de los tratos preliminares, sino que es precisamente el resultado de dichos tratos<sup>46</sup>, que desembocan en un contenido

<sup>44</sup> Por ello, lo usual es que no se conceda un derecho de opción si no es a cambio de una prima.

<sup>45</sup> Excede de la pretensión del presente trabajo el estudio de las aportaciones doctrinales realizadas al respecto. Entre los primeros trabajos de la doctrina española cabe citar los de GONZÁLEZ, Jerónimo, «El llamado derecho de opción», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 87, marzo 1932, pp. 188-204; ALGUER, José, «Para la crítica del concepto de precontrato», *Revista de Derecho Privado*, 1935-1936, números 265 (pp. 321-333), 266 (pp. 369-384), 267 (pp. 417-434) y 268 (pp. 1-15); ROCA SASTRE, Ramón M<sup>º</sup>, «Contrato de promesa», *Estudios de Derecho Privado*, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pp. 323-350; y CASTRO Y BRAVO, Federico de, «La promesa de contrato» cit., pp. 1133-1186. Más recientemente, ROMÁN GARCÍA, Antonio, *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Ed. Montecorvo S.A., Madrid, 1982; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «El precontrato», *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 59, abril-junio 1998, pp. 12-40; y CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Humberto, «Notas sobre el denominado precontrato», *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coordinado por J. M. GONZÁLEZ PORRAS y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, Murcia, 2004, volumen I, pp. 1081-1091.

<sup>46</sup> En este sentido, la STS (1<sup>ª</sup>) 13 octubre 2005 (RJ 2005\7235) afirma que el precontrato supone «[...] el final de los tratos preliminares y no una fase de ellos, en los que las partes, a partir de acuerdos vinculantes, tratan de configurar esos elementos esenciales del contrato, que no existen jurídicamente

contractual que, en su caso, será el mismo que el del contrato definitivo, cuando menos en dicho contenido esencial<sup>47</sup>. No hay precontrato si por existir algún elemento esencial del contrato por determinar se requiere un nuevo acuerdo entre las partes. No es óbice para la existencia del precontrato la falta de alguno de sus elementos –como tampoco lo sería para la existencia del contrato definitivo- si éste puede deducirse mediante el recurso a la autointegración, la ley<sup>48</sup>, los usos o la buena fe<sup>49</sup>. Por tanto, no se trata solamente de que en el precontrato se fijen las bases o líneas maestras del contrato futuro<sup>50</sup>, sino que en el mismo debe reflejarse, como decimos, el contenido esencial del contrato proyectado<sup>51</sup>.

---

hasta ese momento y que sin ellos no sólo no sería posible cumplimentar de forma obligatoria lo que todavía no existe, sino que permitiría a los interesados desistir de estos tratos, sin más secuelas que las que pudieran resultar de la aplicación del artículo 1902 CC caso de abrupta e injustificada separación de la fase prenegocial [...]».

<sup>47</sup> En el precontrato, además de la obligación de contratar, las partes se obligan a contratar «de una determinada manera», es decir, fijan el contenido del contrato definitivo. En este sentido, la STS (1ª) 25 junio 2013 (RJ 2014\4929), citando las STS (1ª) 14 diciembre 2006 (RJ 2006\8235) y 7 septiembre 2010 (RC 5036/2006), declaró que «el precontrato exige que el objeto esté perfectamente determinado y así, en el precontrato de compraventa conste la cosa vendida y el precio; si no estuvieren determinados e hiciera falta un nuevo acuerdo, se trataría de simples tratos previos, sin eficacia obligacional». Y así lo dicen expresamente algunos códigos: el art. 2246 del Código civil de México establece que: «Para que la promesa de contratar sea válida debe [...] contener los elementos característicos del contrato definitivo [...]»; en parecidos términos, el art. 1415 del Código civil de Perú dice que «El compromiso de contratar debe contener, por lo menos, los elementos esenciales del contrato definitivo».

<sup>48</sup> Por ejemplo, aunque no se fije el plazo para la entrega de la cosa, o para el pago del precio, el precontrato sería válido, como lo sería igualmente el contrato definitivo, dado que en estos casos es la ley la que dice que la cosa o el precio serán exigibles inmediatamente; ninguna de las partes podrá pretender modificar el régimen legal si en el precontrato nada se ha estipulado sobre este extremo.

<sup>49</sup> El art. 1451 del Código civil español, tratándose de una compraventa, hace referencia únicamente a la cosa y al precio como elementos que deben estar determinados. En cambio, en el Código civil de Cataluña, siguiendo la línea de las modernas propuestas armonizadoras del derecho de contratos, ni siquiera la fijación del precio es imprescindible para la existencia del contrato; el art. 621-5.1 CCCat establece que «Si el contrato suscrito no determina el precio ni establece los medios para su determinación, se entiende que el precio es el generalmente cobrado en circunstancias comparables, en el momento de la conclusión del contrato y con relación a bienes de naturaleza similar»; véase DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni, BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 410-411.

<sup>50</sup> Tesis mantenida por Ramón M<sup>a</sup>. ROCA SASTRE, «Contrato de promesa» cit., pp. 331 y 332), quien consideraba que en el precontrato las partes lo que hacen es sentar las bases de un futuro contrato, adquiriendo la obligación de desarrollarlas en el futuro.

<sup>51</sup> La pregunta que surge inmediatamente, si el precontrato es bilateral –distinto es, como veremos, el caso de la opción (promesa unilateral), que tiene una más evidente justificación y razón de ser– es ¿por qué las partes no celebran ya el contrato definitivo? Si el contenido esencial del contrato ha quedado ya determinado, y existe vinculación entre las partes, ¿por qué éstas celebran un precontrato y no el contrato definitivo? Si los contratantes desearan aplazar la eficacia del contrato, ello podría hacerse estableciendo un término inicial. Si lo que se quiere mediante el precontrato es eludir una prohibición, legat<sup>l</sup> o convencional, de contratar, o los requisitos de capacidad necesarios para celebrar un contrato, estaríamos ante una clara situación de fraude que debería conducir a su nulidad. Una legítima justificación del precontrato podría encontrarse en la dificultad o imposibilidad para las partes de

a) El precontrato obliga a prestar un nuevo consentimiento

Un primer grupo de teorías considera que para la eficacia del contrato proyectado las partes deben celebrar un nuevo contrato, lo que implica que han de prestar un nuevo consentimiento contractual<sup>52</sup>. En este sentido, es clara la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 3 de febrero de 2020 (RJ 2020\319), con relación a un derecho de opción de compra:

«[...] hay que diferenciar claramente entre: a) el nacimiento del derecho de opción de compra en virtud de la celebración del precontrato de opción, que como contrato consensual (además preliminar) que se perfecciona cuando concurre el consentimiento (manifestado por el concurso de la oferta y la aceptación) sobre el objeto y la causa que constituyen el contrato (cfr. arts. 1261 y 1262 CC; b) el ejercicio de la facultad de optar por parte del optante a través de la oportuna comunicación recepticia dirigida al concedente u optatario dentro del plazo previsto en el precontrato; y c) la consumación de la opción mediante la celebración del contrato de compraventa, la cual se perfecciona por el convenio o acuerdo sobre la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni una ni otro se hayan entregado (cfr. art. 1450 CC)».

Esta teoría plantea el problema de determinar qué ocurre ante la negativa de una de las partes a la prestación del consentimiento para la conclusión del contrato definitivo. Se han dado al respecto dos respuestas de distinto signo<sup>53</sup>. Una primera tesis considera

---

adoptar la forma requerida por la Ley para el contrato pretendido. Las partes desearían vincularse, y posiblemente querrían celebrar ya el contrato definitivo, pero existe algún inconveniente para ello como, por ejemplo, tratándose de contratos que deban constar en escritura pública, la falta de los documentos necesarios para ello, o la imposibilidad momentánea de hacer frente a los gastos notariales, registrales o fiscales que ello supone. En estos casos podría resultar útil la figura del precontrato, para conseguir una vinculación entre las partes. Por tanto, conforme a esta primera tesis, el precontrato tendría su mayor razón de ser en aquellos contratos que requieren una forma determinada como, por ejemplo, la constitución de un derecho de superficie o una hipoteca.

<sup>52</sup> La mayoría de códigos civiles que regulan la institución parecen seguir esta teoría, como por ejemplo el art. 2243 del Código civil de México, según el cual «Puede asumirse contractualmente la *obligación de celebrar un contrato futuro*». También son claros en este sentido el art. 1414 del Código civil de Perú, que dice que «Por el compromiso de contratar, las partes *se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo*», o el art. 1674 del Código civil de Guatemala, según el cual «Se puede asumir por contrato la *obligación de celebrar un contrato futuro*», completado con el art. 1679 conforme al cual «La promesa bilateral de contrato obliga a ambas partes y les da derecho a exigir la celebración del contrato prometido de entero acuerdo con lo estipulado». Asimismo, el art. 410 del Código civil de Portugal empieza diciendo que «A convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato [...]», y la Ley 516.III del Fuero Nuevo de Navarra dice en su inciso inicial que «La *obligación de contratar* que resulta de estas promesas [...]». También el Código civil de Chile, en su art. 1554, parece estar en esta línea, al fijar los requisitos para que la promesa de contratar produzca efectos; véase la nota 31.

<sup>53</sup> La STS (1ª) 25 junio 1993 (RJ 1993\5384) expuso las dos posiciones: «El precontrato es ya en sí mismo un auténtico contrato, que tiene por objeto celebrar otro en un futuro, conteniendo el proyecto o la ley

que la prestación del consentimiento es un acto de carácter personalísimo e incoercible, que no puede ser prestado por otra persona que no sea el contratante, ni éste puede ser forzado a prestarlo; si una de las partes se niega a prestar el consentimiento, se produce un incumplimiento de la obligación asumida mediante el precontrato, que dará lugar a la indemnización de los daños y perjuicios causados por tal incumplimiento, pero no a la celebración forzosa del contrato definitivo<sup>54</sup>. Esta posición presenta el inconveniente de que no garantiza la efectividad de la obligación de contratar asumida al concluir el precontrato. Por ello, otra tesis admite que, en el caso en que uno de los contratantes se niegue a dar el consentimiento para la celebración del contrato definitivo, la otra parte puede exigir judicialmente la prestación del mismo<sup>55</sup>, y si persiste la negativa será el Juez quien pueda otorgar el consentimiento necesario para el nuevo contrato<sup>56</sup>; la citada sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 3 de febrero de 2020 (RJ 2020\319) declaró que «el optante, desde el momento en que declara su voluntad de ejercicio de la opción, puede exigir dicha celebración, que se hará de mutuo acuerdo o por resolución judicial, tras el procedente proceso». Dicha prestación judicial del consentimiento está prevista en el

---

de bases del siguiente: debiéndose, por esta especialidad, quedar atemperada su fuerza vinculante, o cumplimiento forzoso, a dos posiciones extremas: entender que no es posible obligar a la contraparte a la prestación del consentimiento, o a la emisión de una declaración de voluntad, en lo que consiste la obligación del futuro contrato, ya que esto es un acto estrictamente personal y no coercible, quedando viva únicamente la posibilidad de una indemnización por los daños y perjuicios causados; o bien entender, con las más reciente jurisprudencia de esta Sala, que al consistir el objeto del precontrato en una obligación de hacer, una vez requerido el obligado para que cumpla su promesa, el Juez puede tener por prestado el consentimiento y sustituirlo en el otorgamiento; cumplimiento forzoso que sólo se reemplazará por la correspondiente indemnización, cuando el contrato definitivo no sea posible otorgarlo [SS. 16-10-1965; 1-7-1950; 2-2-1959; 26-3-1965 y 13-12-1989]».

<sup>54</sup> En este sentido, la STS (1ª) 4 julio 1991 (RJ 1991\5325) declaró que «El contrato preliminar o precontrato, según sentencia de 2 de febrero de 1960, consiste en vincular a las partes en el mismo intervinientes para la conclusión de un contrato futuro, que no se pudo o no se quiso celebrar al tiempo de suscribir el documento privado, y por ello tal contrato preliminar no se puede identificar con el que de celebración posterior ha de ser definitivo, *ni engendra otra obligación que la de prestar a éste el consentimiento por quienes a ello se obligaron, una vez realizado lo pactado, incumplimiento que si se diera entonces, podría producir el efecto de un resarcimiento de perjuicios*».

<sup>55</sup> Algunos Códigos parecen seguir, con diferentes matices, esta segunda tesis. El art. 1418 del Código civil de Perú dice que «La injustificada negativa del obligado a celebrar el contrato definitivo otorga a la otra parte, alternativamente el derecho a: 1. Exigir judicialmente la celebración del contrato. 2. Solicitar se deje sin efecto el compromiso de contratar. En uno y otro caso hay lugar a la indemnización de daños y perjuicios». Nótese que el precepto no habla de *formalizar*, sino de *celebrar* el contrato, pero no dice expresamente que el juez pueda prestar el consentimiento necesario para el nuevo contrato.

<sup>56</sup> En este sentido, la STS (1ª) 13 diciembre 1989 (RJ 1989\8824) declaró que «desde la Sentencia de 11 de noviembre de 1943 ya se señala la diferencia entre contrato preliminar y el que se celebre en cumplimiento del mismo, permitiéndose desde la de 1 de julio de 1950 el cumplimiento forzoso, con la sustitución de la voluntad del obligado por la del Juez, circunscribiendo el derecho e indemnización para el supuesto de que el contrato no se pueda cumplir –SS. de 2 de febrero de 1959 y 26 de marzo de 1965–».



art. 708.1 LEC, conforme al cual «Cuando una resolución judicial o arbitral firme condene a emitir una declaración de voluntad, transcurrido el plazo de veinte días que establece el artículo 548 sin que haya sido emitida por el ejecutado, el tribunal, mediante auto, resolverá tener por emitida la declaración de voluntad, si están predeterminados los elementos esenciales del negocio».

b) El consentimiento contractual ya se ha prestado con el precontrato

Un segundo grupo de teorías considera que al pactar el precontrato las partes ya han prestado el consentimiento contractual, de manera que para dar eficacia al contrato no hace falta reiterarlo. Conforme a esta tesis, el precontrato se identifica con el contrato definitivo, con su misma forma y contenido, del que constituye una fase previa en la que las obligaciones de las partes no son exigibles, hasta que cualquiera de las partes – el optante en este caso- lo decide, momento a partir del cual el precontrato se convierte en el contrato definitivo. Esta teoría también está avalada por diversas sentencias del Tribunal Supremo, como por ejemplo la STS (1ª) 18 julio 2006 (RJ 2006\4949), que señaló que «el contrato se perfeccionó por el ejercicio de la opción, y desde entonces nacieron las obligaciones propias de su naturaleza (entrega de la cosa y pago del precio), en otras palabras, se abrió la fase de consumación»<sup>57</sup>. Desde esta perspectiva, y con las matizaciones anteriormente apuntadas<sup>58</sup>, el precontrato se acerca al contrato sujeto a condición (puramente potestativa).

<sup>57</sup> Asimismo, la STS (1ª) 4 febrero 1994 (RJ 1994\910) afirmó que «una vez ejercitada la opción oportunamente se extingue y queda consumada y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa». En esta misma línea, la STS (1ª) 17 mayo 1993 (RJ 1993\3801) declaró que «la opción de compra supone una compra-venta concluida que no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio, bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compra-venta quede firme, perfecto y en estado de ejecución obligatoria para el cedente, sin necesidad de más actos, lo que la diferencia del *pactum de contrahendo*, pues es con la aceptación cuando quedan definitivamente fijadas las recíprocas obligaciones que han de exigirse después con el nacimiento y perfección de la compra-venta por obra del doble consentimiento que en el optante es simplemente retardado o pospuesto al término previsto [SS. 9-2-1985 y 17-11-1986], dependiendo la consumación del contrato de modo exclusivo de la decisión del optante, que, realizada dentro del plazo establecido, constriñe al titular del derecho al cumplimiento, bastando que se opere esa manifestación de voluntad y que le sea notificada al optatario para que, sin necesidad de ninguna otra actividad, se tenga por consumada la opción [S. 6-4-1987]».

<sup>58</sup> Ya hemos señalado en el apartado 2.2.2. las diferencias entre el precontrato y el contrato condicional.

### c) La compatibilidad de ambas teorías

Los dos grupos de teorías, lejos de ser excluyentes, deben complementarse, en el sentido de que cada una de ellas puede tener su propio campo de actuación; buena prueba de ello la encontramos en el Código civil español, concretamente en la regulación que se hace del denominado contrato de promesa, en el que la celebración de la promesa produce distintas consecuencias según se trate de una promesa de prenda o hipoteca o de una promesa de venta. La primera de las dos teorías puede encontrarse reflejada en la regulación de la promesa de prenda o hipoteca. El art. 1862 CC empieza diciendo que «La promesa de constituir prenda o hipoteca sólo produce acción personal entre los contratantes». Queda claro, por tanto, que la voluntad de cualquiera de las partes no puede dar lugar, por sí sola, a la constitución de la prenda o la hipoteca, sino que hace falta la colaboración de la otra parte; si la promesa se pactó en un documento privado, este por sí solo no puede constituir la hipoteca, que requiere escritura pública (además de la inscripción registral, art. 1875 CC)<sup>59</sup>. Y la segunda de las teorías aparece en la promesa de venta. El art. 1451 CC establece que «La promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato». En este caso el precontrato –la promesa- no obliga a concluir un nuevo contrato, sino que el contrato definitivo, y la consiguiente exigibilidad de las obligaciones derivadas del mismo, ya existirá cuando cualquiera de las partes decida dar eficacia a la promesa<sup>60</sup>.

La distinta eficacia de ambas promesas permite distinguir dos tipos de precontratos o contratos preparatorios, y dependerá de la voluntad de las partes, del tipo de contrato y de las exigencias legales que se adopte uno u otro: a) el que crea simplemente una obligación de contratar; b) el que se identifica con el contrato definitivo y que para su

<sup>59</sup> La SAP Murcia (5ª) 9 marzo 2007 (JUR 2007\264861) declaró que «la acción personal contemplada en el artículo 1.862 del Código Civil tiene por finalidad que el promitente realice los actos necesarios para que nazca la garantía prometida».

<sup>60</sup> Así lo establece, entre otras, la STS (1ª) 2 diciembre 2014 (RJ 2014\6247), que señala que el art. 1451 CC contempla un precontrato bilateral de compraventa «por el que las dos partes tienen el derecho y el deber de poner en vigor el contrato de compraventa que habían preparado; en el precontrato se concreta el contrato proyectado que las partes deberán poner en vigor, como primera fase del *iter contractus* y como segunda parte, es el cumplimiento de la anterior, que implica la vigencia de aquel contrato. De aquí que el contrato preparado debe reunir todos los elementos del mismo y debe contener el plazo de cumplimiento. Abundante jurisprudencia se ha ocupado de esta institución, siempre contemplando el plazo: así, sentencias de 31 de diciembre de 2001, 24 de junio de 2011».

eficacia requiere únicamente la voluntad de cualquiera de las partes<sup>61</sup>. Mientras esta segunda modalidad es la que mejor se adapta a las exigencias de la buena fe en tanto que evita la resistencia injustificada de una de las partes a la puesta en vigor del contrato, la primera también tiene su utilidad cuando se trata de contratos reales y de aquellos que requieren una forma determinada para su conclusión<sup>62</sup>.

#### 2.4. Régimen jurídico del contrato de opción

Como se ha señalado, en el derecho civil español no existe una regulación general del contrato de opción –y tampoco del precontrato–, por lo que debe acudir a la teoría general para esbozar sus características esenciales. En este apartado se hará referencia de manera concisa a aquellos aspectos que son más específicos del contrato de opción, sin perjuicio de que también puedan ser de aplicación otros que se tratarán dentro del estudio del derecho real de opción, como por ejemplo los requisitos del título constitutivo o el régimen de conservación del bien mientras está pendiente el ejercicio de la opción.

<sup>61</sup> Este esquema fue el seguido en la Propuesta de Regulación de la Teoría General del Contrato (BOSCH CAPDEVILA, Esteve, DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni, *Teoría General del Contrato. Propuesta de regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2016). El art. 32.2 de la Propuesta establece que «Son contratos preparatorios el compromiso de contratar y el precontrato». Al compromiso de contratar se refiere el art. 33: «1. El compromiso de contratar es un contrato en virtud del cual las partes se obligan a concluir, dentro del plazo previsto, el contrato definitivo. 2. El compromiso de contratar no requiere la observancia de la forma requerida para la conclusión del contrato definitivo. 3. Si una de las partes se niega, sin causa justificada, a prestar el consentimiento para concluir el contrato definitivo, la otra parte está legitimada para exigir los daños y perjuicios causados por este incumplimiento. 4. Son válidos los pactos en los que las partes: a) Estipulan una cláusula penal para evaluar la cuantía de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del compromiso. b) Acuerdan que, en caso de negativa injustificada de una de las partes a prestar el consentimiento para concluir el contrato definitivo, la autoridad judicial o un tercero designado por las partes otorgue ese consentimiento». Y el art. 34 trata del precontrato: «1. El precontrato es un contrato en el que el cumplimiento de las recíprocas prestaciones queda en suspenso hasta el momento en que cualquiera de las partes decide, dentro del plazo previsto, dar efectividad al contrato. 2. La conclusión de un precontrato precisa los mismos requisitos de forma que la conclusión del tipo contractual de que se trate. 3. La decisión de dar efectividad al contrato requiere la notificación de una de las partes a la otra, a la que le debe llegar dentro del plazo de duración del precontrato. 4. Una vez llega al destinatario la notificación a que se refiere el apartado anterior, devienen exigibles las recíprocas prestaciones derivadas del contrato. 5. Los contratantes deben abstenerse de realizar cualquier acto o negocio que impida la efectividad del contrato».

<sup>62</sup> La STS (1ª) 3 febrero 2020 (RJ 2020\319) admitió implícitamente ambas modalidades de precontrato: «Si bien esto último (la perfección automática de la compraventa) sólo tendrá lugar cuando el propio contrato de opción así lo haya previsto, pues en otro caso lo que nace con el ejercicio de la opción (a través de la emisión por el optante de una declaración de voluntad de carácter recepticia, manifestando su voluntad de celebrar el contrato principal –vid STS 690/2014, de 9 de diciembre)– es la facultad de exigir al optatario su celebración [...]».

#### 2.4.1. Ámbito

Al igual que ocurre con los contratos condicionales, cualquier contrato, y no solamente los traslativos del dominio, puede ver sometida su eficacia al ejercicio de un derecho de opción. Una compraventa, un arrendamiento, o un contrato de renta vitalicia, entre otros, pueden quedar sujetos a un derecho de opción, del que puede ser titular cualquiera de las partes del contrato. Así, por ejemplo, tratándose de una compraventa, aunque lo más habitual es que se pacte una opción de compra, también puede constituirse una opción de venta, de manera que podría ser el vendedor quien tuviese la exclusiva potestad de poner en vigor el contrato de compraventa.

#### 2.4.2. Capacidad

La capacidad para concluir un contrato sujeto a un derecho personal de opción viene determinada por la distinta vinculación de cada una de las partes. Mientras que el concedente precisa de la capacidad necesaria para celebrar el contrato definitivo, el optante requiere únicamente la capacidad general para contratar. Pongamos por caso un contrato de opción de compra de un bien inmueble. Mientras el optante/comprador precisa únicamente de la capacidad general para contratar –la capacidad necesaria para comprar se requerirá si, en su caso, ejerce el derecho de opción– el concedente/vendedor precisa ya ab initio de la capacidad para vender bienes inmuebles.

#### 2.4.3. Objeto

El carácter meramente obligacional del contrato de opción determina que, a diferencia de lo que ocurre con el derecho real de opción, pueda recaer sobre bienes futuros o sobre derechos no constituidos en el momento en que se pacta la opción; así, por ejemplo, puede concederse un derecho de opción tanto para adquirir la cosecha del año siguiente, como para adquirir un derecho de superficie ya constituido, o para constituir este mismo derecho.

#### 2.4.4. Forma

La forma requerida para constituir un derecho de opción viene determinada por la teoría que se adopte respecto a su naturaleza<sup>63</sup>. Si la opción simplemente obliga a

<sup>63</sup> Véase el apartado 2.3.2.

contratar, bastará cualquier forma, mientras que si la opción se identifica con el contrato definitivo se requerirá, lógicamente, la forma necesaria para concluir este contrato. En cualquier caso, resulta imprescindible que consten, además de los elementos esenciales del contrato, el plazo para ejercer la opción, y el domicilio del concedente para que se le pueda practicar, en su caso, la notificación de dicho ejercicio; además, si, como es habitual, la opción se ha constituido a título oneroso, deberá constar, la prima pactada para constituirlo<sup>64</sup>.

#### 2.4.5. Duración máxima

El derecho de opción implica una serie de restricciones de las facultades del concedente, que debe mantener el bien en el mismo estado, físico y jurídico, que tenía al constituirse la opción<sup>65</sup>. La constitución de un derecho de opción genera una situación de incertidumbre, no tan solo para el concedente, sino también para los terceros, que generalmente pospondrán cualquier negocio sobre el bien hasta que cese dicha incerteza. Por ello, el plazo para el ejercicio de la opción no debería ser excesivo. No hay que olvidar que estamos ante un contrato preparatorio de otro contrato, contrato que no puede estar en situación de pendencia durante mucho tiempo, más si dicha pendencia depende de la voluntad exclusiva de una de las partes del contrato. El artículo 14 del Reglamento Hipotecario fija un plazo máximo de cuatro años<sup>66</sup>. Ahora bien, si el contrato de opción se configura como un pacto accesorio de otro contrato, como es el caso, por ejemplo, del arrendamiento con opción de compra, el derecho de opción podrá tener la duración del contrato principal. Ello resulta razonable: el bien sobre el que recae la opción no se encuentra inactivo o improductivo, sino que proporciona un rendimiento al propietario.

<sup>64</sup> La STS (1ª) 1 diciembre 1992 (RJ 1992\10244) declaró que «constituye sus elementos principales: la concesión al optante del derecho a decidir unilateralmente respecto a la realización de la compra; la determinación del objeto; el señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición; y la concreción de un plazo para el ejercicio de la misma; siendo por el contrario elemento accesorio el pago de una prima».

<sup>65</sup> Véase el apartado 3.5.1.

<sup>66</sup> Plazo que era asimismo el establecido en el art. 25.2 LSSDA, y que prevé como supletorio el art. 522-3.2 PAPDC: «Si no se ha fijado plazo a la promesa, se entiende que este es de cuatro años». Otros Códigos no fijan ningún plazo como, por ejemplo, el italiano, el portugués, o el chileno, o un plazo menor: Argentina 1 año (art. 994.II), Bolivia 2 años (art. 464), Guatemala 2 años sobre inmuebles, 1 año sobre muebles (art. 1681). El Código civil francés ni siquiera prevé que exista plazo; véase la nota 35.

#### 2.4.6. La transmisibilidad del derecho de opción

La transmisión del derecho de opción supone la cesión de la cualidad de parte contractual, cesión que requiere el consentimiento de la otra parte contratante, es decir, del concedente<sup>67</sup>; como en cualquier otro contrato, la identidad de la otra parte puede ser un elemento decisivo a la hora de contratar o no. Lo que no es posible es hipotecar este derecho de opción, a consecuencia de su carácter personal. La transmisión del derecho de opción puede autorizarse expresamente en el propio título constitutivo del derecho, o en un acto posterior; asimismo, la autorización puede tener carácter general, u otorgarse solamente para un acto transmisivo concreto<sup>68</sup>.

#### 2.4.7. La transmisibilidad del bien sobre el que recae el derecho de opción

El concedente no debe desarrollar ninguna actividad jurídica que pueda impedir el ejercicio de la opción, como sería, por ejemplo, tratándose de una opción de compra, la transmisión del bien sobre el que recae la opción. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 17 de mayo de 1993 (RJ 1993\3801) afirmó que «es característica esencial del contrato de opción de compra la de obligar al promitente a no vender a nadie la cosa prometida durante el plazo que se ha señalado y a realizar la venta a favor del optante si éste utiliza la opción». Por tanto, el promitente está obligado a no enajenar y a no gravar el bien sobre el que recae la opción, dado que si el adquirente es de buena fe la regla general es que no le es oponible el derecho de opción<sup>69</sup>, y al optante en este

<sup>67</sup> Véase, por ejemplo, los arts. 1421 del Código civil de Perú, 412.2 del Código civil de Portugal, y 1678 del Código civil de Guatemala. Así lo establecía también el art. 28.2 LSSDA, conforme al cual, para que el optante pueda ceder su derecho, se requiere que esté expresamente facultado para ello.

<sup>68</sup> La cláusula de transmisibilidad es lo que caracteriza la denominada *opción mediatoria*, en la que el titular de la opción es un intermediario que no desea ejercitar el derecho de opción, sino simplemente aprovecharse del valor que este tiene para transmitirlo a un tercero, que será quien la ejercite. Sin embargo, la indeterminación del titular ha sido rechazada por la jurisprudencia registral. La RDGRN 4 enero 1999 (RJ 1999\610) no admitió como inscribible el pacto en el que se preveía el ejercicio del derecho «por el optante o por la persona física o jurídica que ésta designe». En este mismo sentido, la RDGRN 1 octubre 2003 (RJ 2003\8411) rechazó la inscripción de la cláusula en virtud de la cual la opción se ejercitaría por «la persona física o jurídica designada por la optante».

<sup>69</sup> La cláusula de transmisibilidad es lo que caracteriza la denominada *opción mediatoria*, en la que el titular de la opción es un intermediario que no desea ejercitar el derecho de opción, sino simplemente aprovecharse del valor que este tiene para transmitirlo a un tercero, que será quien la ejercite. Sin embargo, la indeterminación del titular ha sido rechazada por la jurisprudencia registral. La RDGRN 4 enero 1999 (RJ 1999\610) no admitió como inscribible el pacto en el que se preveía el ejercicio del derecho «por el optante o por la persona física o jurídica que ésta designe». En este mismo sentido, la RDGRN 1 octubre 2003 (RJ 2003\8411) rechazó la inscripción de la cláusula en virtud de la cual la opción se ejercitaría por «la persona física o jurídica designada por la optante».

caso le quedaría únicamente el derecho a exigir al concedente la indemnización por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento<sup>70</sup>.

Si el derecho de opción consta en el Registro de la Propiedad -lo que es posible conforme al art. 14 del Reglamento Hipotecario si se trata de una opción de compra de bienes inmuebles-, o si el adquirente conoce su existencia y por tanto no puede afirmarse que sea de buena fe, sí será oponible al tercero. En cualquier caso, conviene aclarar que la oponibilidad no implica necesariamente que el optante pueda ejercitar su derecho de opción directamente frente al tercero -lo que únicamente podría hacer si el derecho de opción tuviese carácter real-; en rigor, dicha oponibilidad implica que se pueda decretar la resolución de la enajenación, el retorno del bien al concedente, y el ejercicio del derecho de opción frente al concedente. Ahora bien, lo cierto es que la jurisprudencia ha concedido ciertos efectos reales a la opción inscrita en el Registro, al permitir el ejercicio de la opción directamente frente al tercer adquirente<sup>71</sup>. Ello no puede fundamentarse en un cambio en la naturaleza de la opción en virtud de la inscripción, sino en una cesión de la posición contractual del constituyente de la opción al adquirente del bien, cesión aceptada previa y tácitamente por la otra parte del contrato (el optante) al inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad.

#### 2.4.8. Ejercicio de la opción: requisitos y efectos

Para el ejercicio de la opción el único requisito imprescindible es su notificación al concedente dentro del plazo estipulado. De la misma manera que para concluir cualquier contrato solo se requiere, por regla general, el consentimiento de los

<sup>70</sup> En este sentido, el art. 30.3 LSSDA establecía que «Si el objeto se encuentra legalmente en poder de terceras personas, es procedente la indemnización de daños y perjuicios».

<sup>71</sup> Así lo ha señalado la RDGRN 26 enero 2015 (RJ 2015\6025), citando las RDGRN 23 julio 2005 (RJ 2005\6923) y 30 enero 2006 (RJ 2006\651): «[...] como tiene declarado el Tribunal Supremo [por ejemplo, STS 10.9.1998], con la inscripción, y, por efecto de la publicidad registral, el derecho de opción se impone *erga omnes*, de suerte que su existencia afectará o perjudicará a todo adquirente posterior a la inscripción del derecho de opción de compra, pero sin que tal inscripción opere el cierre del Registro por lo que el propietario de una finca concedente de un derecho de opción de compra, aún después de su inscripción en el Registro, puede enajenar o gravar la cosa ya que tal derecho no implica prohibición de disponer o de enajenar y sí tan sólo una facultad preferente de adquirir a favor de optante, si bien cuando un ulterior comprador adquiere el inmueble objeto de la opción inscrita, ésta surte efecto contra ese comprador; esto es, que el derecho de opción registrado opera contra el subadquirente como derechohabiente que es del que concedió la opción. En consecuencia, el derecho de opción de compra inscrito en el Registro de la Propiedad al amparo del art. 14 del Reglamento Hipotecario, no confiere a su titular derecho dominical alguno que impida posteriores enajenaciones del inmueble, sin perjuicio de que el titular del derecho de opción pueda exigir de todo propietario del inmueble afectado, sea el concedente, sean posteriores adquirentes del mismo, la venta de la cosa afectada».

contratantes, para el ejercicio de la opción únicamente hace falta la declaración de voluntad del optante, en principio sin ningún otro requisito adicional. Ahora bien, de igual manera que las partes pueden pactar que para la conclusión del contrato el comprador debe satisfacer una parte del precio (una paga y señal, por ejemplo), también puede pactarse que el ejercicio del derecho de opción debe ir acompañado del pago, parcial o total del precio. En este sentido, la STS (1ª) 15 enero 2019 (RJ 2019\82) declaró que «[...]si se ha pactado el pago o consignación del precio para que se entienda realizada efectivamente la compraventa, así habrá de exigirse sin que en otro caso pueda entenderse que se ha materializado el derecho de opción». No cabe duda que, en este último caso, la situación del optante no es la mejor, dado que el ejercicio de la opción, aunque haya ido acompañado del pago total del precio, no determina la adquisición de la propiedad del bien, sino que únicamente constituye al concedente en la obligación de entregarle el bien, entrega que será la que dará lugar a la adquisición de la propiedad.

En cuanto a los efectos de dicho ejercicio, dependen de la teoría que se adopte respecto a la naturaleza de la opción<sup>72</sup>. Si se parte de la primera tesis, el ejercicio de la opción obliga a las partes a la conclusión del contrato definitivo, mientras que conforme a la segunda de las teorías el ejercicio de la opción supone la puesta en vigor del contrato cuya eficacia se encontraba suspendida y la consiguiente exigibilidad de las recíprocas prestaciones. Esta segunda posición es la que ha adoptado el art. 522-3.1 PAPDC: “La promesa de contrato es un contrato por el cual una de las partes, el promitente, otorga a la otra, el beneficiario, el derecho, durante cierto tiempo, de optar por la celebración de un contrato distinto, cuyos elementos esenciales han sido ya acordados, de tal modo que si el beneficiario ejerce la opción se entiende que el promitente ya ha consentido el segundo contrato»; los efectos son, por tanto, meramente obligacionales, de manera que si, por ejemplo, se trata de una opción de compra, el comprador estará obligado a satisfacer el precio y el vendedor a entregar el bien, pero dicho ejercicio no producirá por sí solo la adquisición de la propiedad<sup>73</sup>.

<sup>72</sup> Véase el apartado 2.3.2.

<sup>73</sup> Así lo declaró la STS (1ª) 18 julio 2006 (RJ 2006\4949): «[...] el contrato se perfeccionó por el ejercicio de la opción, y desde entonces nacieron las obligaciones propias de su naturaleza (entrega de la cosa y pago del precio), en otras palabras, se abrió la fase de consumación. Pero la cosa vendida no se entregó al optante, no se transmitió la posesión a título dominical al mismo, pues no se otorgó escritura pública (art. 1462), y el que la tuviera en su poder como arrendatario no lo transforma automáticamente en poseedor a título de dueño»; en este mismo sentido se manifiesta la STS (1ª) 3 febrero 2020 (RJ 2020\319), con cita de la RDGRN 22 enero 2013 (RJ 2013/8422).



#### 2.4.9. Opción y rescisión por lesión

En los ordenamientos que permiten la rescisión del contrato por lesión *ultradimidium*<sup>74</sup>, y cuando la opción recaiga sobre un contrato oneroso traslativo del dominio, se plantea la cuestión del momento al que hay que atender para determinar si se produce dicha lesión o beneficio. Tratándose, por ejemplo, de un contrato de opción de compra, habría que determinar si el precio justo del bien –y por tanto la existencia o no de lesión- debe apreciarse en el momento en el que se pacta la opción, o cuando ésta se ejercita. La cuestión no está ni mucho menos clara, y existen argumentos en favor y en contra de cada una de las dos posiciones<sup>75</sup>. Así, por un lado, puede afirmarse que el contrato ya reunía todos sus elementos esenciales desde que se pactó la opción. Sin embargo, no es menos cierto que no existe vinculación entre las dos partes hasta que se ejercita la opción. Desde una óptica más economicista que jurídica, una de las razones que impulsa a pactar un derecho de opción –y, generalmente, a pagar un precio para ello– es la expectativa de revalorización del bien objeto del contrato, con el consiguiente beneficio para el optante, beneficio que podría desaparecer, en virtud de la rescisión por lesión, si el valor del bien se fijase en el momento de ejercicio de la opción<sup>76</sup>.

El Código civil de Cataluña se ha pronunciado al respecto y, siguiendo la más reciente jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (a partir de la sentencia de su Sala 1ª de 19 de mayo de 2003 [RJ 2003\6230]), establece en el art. 621-46.3 que «En los supuestos de opción de compra, el desequilibrio [...] ha de existir en el momento en que se pacta la opción»<sup>77</sup>. La norma encaja con la segunda de las tesis expuestas respecto al precontrato<sup>78</sup>, conforme a la cual el consentimiento contractual ya se ha prestado al pactar la opción.

<sup>74</sup> Por ejemplo, la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (leyes 500 a 506), o el Código civil de Cataluña (arts. 621-46 a 621-48).

<sup>75</sup> Véase BOSCH CAPDEVILA, Esteve, «Preu just, opció i rescissió per lesió. Comentari a la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 19 de maig de 2003», *Revista catalana de dret privat*, Vol. 5, 2005, pp. 197-207.

<sup>76</sup> En cualquier caso, cabría cuestionarse si el hecho de pagar una prima debe legitimar cualquier beneficio para el optante.

<sup>77</sup> Al igual que hace el art. 1675.II del Código civil francés, según el cual «En cas de promesse de vente unilatérale, la lésion s'apprécie au jour de la réalisation».

<sup>78</sup> Véase el apartado b) del apartado 2.3.2.

### 3. EL DERECHO REAL DE OPCIÓN

#### 3.1. *Presentación*

Como se ha señalado en el apartado 1.2, cuando la opción recae sobre un contrato traslativo del dominio también puede constituirse con carácter real. A esta modalidad de opción es a la que se refieren los artículos 568-1 y siguientes del Código civil de Cataluña y 3113-8 y siguientes de la Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil<sup>79</sup>. Ahora bien, aunque ambas normativas enmarcan la opción dentro del capítulo dedicado a los derechos reales de adquisición, lo cierto es que existe alguna sustancial diferencia entre ambas, la más importante que en el derecho civil catalán la naturaleza real de la opción determina la adquisición por su ejercicio del bien sobre el que recae, mientras que conforme al art. 3113-10.4 PAPDC «el ejercicio del derecho de opción determina la perfección del contrato con finalidad traslativa del dominio o derecho real proyectado».

La exposición del régimen jurídico de la opción de naturaleza real se hará a partir de la normativa del Código civil de Cataluña<sup>80</sup>, con referencias comparativas a la regulación de la Propuesta de la Asociación de Profesores<sup>81</sup>.

#### 3.2. *La inscripción registral no determina por sí sola la naturaleza real del derecho de opción*

Como hemos señalado, el artículo 14 del Reglamento Hipotecario permite la inscripción del contrato de opción de compra de un bien inmueble si se cumplen los requisitos que tal precepto establece. Para parte de la doctrina y de la jurisprudencia, la inscripción registral dota de naturaleza real al derecho de opción; en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 10 de septiembre de 1998 (RJ 1998\6609) declaró que «Verdaderamente, al permitir el artículo 14 del Reglamento Hipotecario la inscripción del contrato de opción de compra, ello viene a significar la naturaleza real del derecho de opción». En nuestra opinión, ello debe cuestionarse. La inscripción registral

<sup>79</sup> También la ley 461 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

<sup>80</sup> Respecto a la opción en el Código civil de Cataluña puede verse BOSCH CAPDEVILA, Esteve, «L'opció com a dret d'adquisició en el dret civil de Catalunya», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4-2008, pp. 11-59; también DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni, BOSCH CAPDEVILA, Esteve *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales* cit., pp. 494-511.

<sup>81</sup> Con relación a la justificación para tipificar como reales los derechos de adquisición en la Propuesta de la Asociación de Profesores, véase MAS BADÍA, op. cit., pp. 133 y ss.

determina la oponibilidad a terceros del derecho inscrito<sup>82</sup>, pero no cambia su naturaleza<sup>83</sup>. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 9 de octubre de 1987 (RJ 1987\6928) afirmó que mediante la inscripción «un derecho personal puede tener efectos frente a terceros», pero a continuación matizó que dicha inscripción no posee «la virtud de transmutar, convirtiendo a los personales en reales, la naturaleza de los derechos, ya que no se tiene un poder directo sobre la cosa, sino únicamente la facultad de exigir del sujeto pasivo el necesario comportamiento para que el contrato prefigurado sea llevado a su consumación»<sup>84</sup>. Asimismo, el Preámbulo de la ley catalana 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente (LSSDA) expresaba esta tesis bien claramente cuando señalaba que: «cualquier modalidad de derecho de adquisición puede tener dos naturalezas: la real, que depende de la voluntad negocial de los sujetos, y la personal, que, a su vez, puede ser inscrita de acuerdo con el artículo 14 del Reglamento Hipotecario vigente y, por lo tanto, oponible a tercero, o no inscrita». Y es que la naturaleza real de un derecho implica algo más que su oponibilidad a terceros, como tendremos ocasión de ver. En cualquier caso, y como veremos en el apartado

<sup>82</sup> En este sentido, la RDGRN 23 julio 2005 (RJ 2005\6923) declaró que «con la inscripción, y, por efecto de la publicidad registral, el derecho de opción se impone *erga omnes*, de suerte que su existencia afectará o perjudicará a todo adquirente posterior a la inscripción del derecho de opción de compra [...]».

<sup>83</sup> A este respecto, es clara la afirmación de YSÁS SOLANES: «Las opciones inscritas a través del artículo 14 del Reglamento 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 Reglamento Hipotecario para su inscripción, ya que tienen entrada en el Registro de la Propiedad a través a los artículos 1 y 2.2 de la Ley Hipotecaria» (YSÁS SOLANES, María, «El derecho de opción», *Anuario de Derecho Civil*, 1989-4, p. 1234). En el mismo sentido, TORRES LANA señala que «Entiendo que el derecho de opción es siempre de carácter personal, lo que no impide su inscripción, por expresa concesión positiva, como, por ejemplo, ocurre también con el arrendamiento. La inscripción potencia los efectos del derecho, pero no afecta a su naturaleza y, en este sentido, creo que el art. 14 del Reglamento Hipotecario ha tenido efectos contraproducentes al plantear más problemas de los que resuelve» (TORRES LANA, José Ángel, *Contrato y derecho de opción*, Trivium, Madrid, 2ª. edición, 1987, p. 202). Así lo declaró también la STS (1ª) 9 octubre 1989 (RJ 1989\6900): «A la vista del art. 14 del R.H., la naturaleza predicable de esta figura es la de un contrato y no la de un derecho real, tratándose, en puridad de doctrina, de un derecho personal que puede tener efectos frente a terceros mediante la inscripción, pero sin que ésta tenga la virtud de transmutar, convirtiendo a los personales en reales, la naturaleza de los derechos, ya que no se tiene un poder directo sobre la cosa, sino únicamente la facultad de exigir del sujeto pasivo el necesario comportamiento para que el contrato prefigurado sea llevado a su consumación, y buena prueba de ello lo suministra el propio art. 14 citado, pues si fuera un derecho real sería inscribible sin necesidad de los requisitos complementarios».

<sup>84</sup> Un caso similar al de la opción personal inscrita lo encontramos con el contrato de arrendamiento de bienes inmuebles, que conforme al art. 2.5 LH es inscribible en el Registro de la Propiedad; esta inscripción no convierte el arrendamiento en un derecho real, sino que simplemente lo hace oponible a tercero.

siguiente, para que la opción tenga carácter real no basta con la inscripción registral, sino que debe constituirse con tal naturaleza.

### 3.3. Constitución del derecho real de opción

#### 3.3.1. Requisitos de constitución

Mientras el derecho personal de opción se puede constituir únicamente por contrato – estamos ante un precontrato–, el derecho real de opción se constituye por cualquier título (art. 568-5.1 CCCat), tanto por actos entre vivos (contrato o donación, por ejemplo), como por actos *mortis causa*<sup>85</sup>. Y en tanto que derecho de adquisición, el titular del derecho de opción es únicamente una de las partes de la relación jurídica, el adquirente.

Para la constitución del derecho real de opción tanto el CCCat como la PAPDC exigen escritura pública<sup>86</sup>, y la inscripción en el Registro de la Propiedad si recaen sobre bienes inmuebles<sup>87</sup>. Además, en la escritura de constitución debe constar que a la opción se le confiere naturaleza real. Así lo expresan de manera clara los arts. 3111-3.2.a) y 3113-1.2.d) PAPDC respecto a los derechos de adquisición de origen voluntario<sup>88</sup>; en el mismo sentido, la ley 460 del Fuero Nuevo de Navarra establece que: «Los derechos de opción, tanteo y retracto voluntario tendrán carácter real cuando así se establezca»<sup>89</sup>.

<sup>85</sup> Así lo decía expresamente el art. 23 LSSDA: «Los derechos de adquisición pueden constituirse por actos entre vivos, a título oneroso o gratuito, o por causa de muerte [...]».

<sup>86</sup> Arts. 568-2.1 CCCat y 3111-3.2.b) PAPDC.

<sup>87</sup> La Propuesta de la Asociación de Profesores, en la revisión de la versión publicada por la Editorial Tecnos en 2018, exige la inscripción también para los bienes muebles en el Registro de Bienes Muebles (art. 3111-3.2.b); señala MAS BADÍA, op. cit., p. 142, que «El cambio se justifica con base en la seguridad del tráfico y en la consideración de que la existencia de los derechos de adquisición, dadas sus características, no se exterioriza por medio de la posesión».

<sup>88</sup> El primero de dichos preceptos, al enumerar los requisitos para que los derechos de adquisición voluntaria tengan naturaleza real, exige en la letra a) «Que en el título constitutivo se manifieste que el derecho se configura con tal carácter»; asimismo, en el art. 3113-1.2.d), relativo a las menciones que deben constar en el título constitutivo, se alude a «La voluntad del constituyente o constituyentes de configurar el derecho como real».

<sup>89</sup> En el derecho civil catalán, el art. 20 LSSDA exigía, para que el derecho de opción tuviese naturaleza real, que se constituyese con tal naturaleza. El CCCat suprimió tal exigencia, por lo que se plantea la cuestión de la naturaleza del derecho de opción constituido en escritura pública sin referencia alguna a su carácter real o personal. Para algún autor, como CUMELLA GAMINDE, el derecho es de naturaleza real en tanto que es el único regulado por la ley (CUMELLA GAMINDE, Antonio, *Derechos reales. Comentarios al Libro V del Código Civil de Cataluña*, coordinados por Giner Gargallo y Clavell Hernández, Registradors de Catalunya, Bosch, Barcelona, 2008, tomo 3, p. 1693). No obstante, la autonomía de la voluntad permite asimismo la constitución del derecho de opción con naturaleza personal, que conforme al art. 14 RH

### 3.3.2. Forma de constitución: cesión, reserva y división

El derecho real de opción suele ir referido al supuesto en el que el propietario de un bien concede a otra persona el derecho a adquirirlo. Sin embargo, también puede constituirse un derecho de opción en el supuesto inverso, es decir, cuando el propietario transmite el bien y es él quien se *reserva* el derecho de (re)adquirirlo. Como se ha señalado<sup>90</sup>, esta segunda modalidad de constitución del derecho de opción ha sido la que originariamente han regulado la mayoría de ordenamientos, aunque no bajo el esquema o la denominación de derecho de opción. El Código civil español dedica los artículos 1507 a 1520 al que denomina *retracto convencional*, que es definido en el primero de dichos artículos como el derecho del vendedor «de recuperar la cosa vendida». Por su parte, los artículos 568-28 a 568-32 del Código civil de Cataluña regulan el derecho de redimir en la venta *a carta de gràcia*<sup>91</sup>, y las leyes 475 a 480 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra disciplinan la venta con pacto de retro como garantía. Asimismo, la Propuesta de la Asociación de Profesores reglamenta el que denomina *derecho de readquisición* en los artículos 3113-16 a 3113-20.

Tanto el Código civil de Cataluña como la Propuesta de la Asociación de Profesores siguen el esquema correcto de configurar el derecho de redimir o el derecho de readquisición como una modalidad de los derechos de adquisición, al igual que el derecho de opción. El art. 568-1.1 CCCat enumera los derechos de adquisición y cita tanto la opción como el derecho de redimir: «1. Son derechos de adquisición voluntaria

---

puede ser inscrito en el Registro de la Propiedad; además, el art. 568-2.2 CCCat alude a que «[...] si el derecho se hubiese constituido con carácter real», con lo que implícitamente está admitiendo la posibilidad de constitución con naturaleza personal, y ello permite considerar, siguiendo además lo que establecían sus precedentes, que para que la opción tenga naturaleza real debe constituirse con tal naturaleza. En cualquier caso, lo discutible de la cuestión aconseja un pronunciamiento expreso al respecto de las partes en la escritura de constitución.

<sup>90</sup> Véase el apartado 1.2

<sup>91</sup> La Compilación del Derecho Civil de Cataluña de 1960 (CDCC), siguiendo la tradición jurídica, reguló la *venta a carta de gràcia* (arts. 326 a 328), que concede al vendedor el derecho de «redimir o recuperar la cosa vendida», normativa que se mantuvo tras la aprobación de la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente - que en los artículos 19 a 35 regulaban los derechos de adquisición-, lo que dio lugar a una dualidad de regímenes descoordinados y en ciertos aspectos contradictorios. Y ello a pesar de que la propia LSSDA reconocía explícitamente las diversas formas de constitución de los derechos de adquisición. Dicha dualidad se prolongó con la aprobación del libro quinto del CCCat por ley 5/2006, de 10 de mayo, que reguló el derecho real de opción en los artículos 568-8 y siguientes, y no fue hasta la aprobación de la ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del CCCat, cuando se derogaron los artículos. 326 a 328 de la Compilación y se introdujo una regulación del derecho de redimir en la venta a carta de gracia en el capítulo dedicado a los derechos de adquisición, en los artículos 568-28 a 568-32.

los siguientes: a) La opción, que faculta a su titular para adquirir un bien en las condiciones establecidas por el negocio jurídico que la constituye. [...] d) El derecho de redimir en la venta a carta de gracia, que faculta al vendedor para readquirir el bien vendido». En la misma línea, el art. 3111-1.1 PAPDC dice que «Son derechos reales de adquisición, el derecho de tanteo, el derecho de retracto, el derecho de opción y el derecho de readquisición». En ambos casos, se establece la aplicación supletoria de las normas del derecho de opción para lo que no esté regulado específicamente en la sección o capítulo dedicado al derecho de redimir y al derecho de readquisición (arts. 568-28 CCCat y 3113-20 PAPDC).

Asimismo, y aunque no sea lo más frecuente, el derecho de opción se puede constituir por vía de *división*<sup>92</sup>, en la que en un mismo negocio se produce el acto de transmisión y el de gravamen; se trataría del caso, por ejemplo, en que el causante atribuye a uno de sus sucesores la propiedad de un bien, y su vez constituye un derecho de opción a favor de otra persona.

#### 3.4. Menciones que deben constar en el título constitutivo

El título constitutivo del derecho real de opción debe contener una serie de menciones; además de la identificación de su titular y del objeto sobre el que recae, y la prima que, en su caso, se haya convenido para la constitución del derecho –que, salvo pacto en contrario, no se considera un pago a cuenta del precio–, han de constar las siguientes circunstancias (arts. 568-6 CCCat y 3113-1.2 y 3113-8 PAPDC)<sup>93</sup>:

- a) El plazo de duración del derecho, que se fija en ambas normativas en un máximo de diez años<sup>94</sup>.
- b) El precio o contraprestación a satisfacer para el caso de ejercerse la opción.
- c) El pacto que permita al optante el otorgamiento unilateral de la escritura de ejercicio de la opción. Sobre este pacto realizamos más adelante una serie de consideraciones<sup>95</sup>.

<sup>92</sup> El art. 23 LSSDA empezaba diciendo que «Los derechos de adquisición pueden constituirse por actos entre vivos, a título oneroso o gratuito, o por causa de muerte, mediante cesión, reserva o división».

<sup>93</sup> Como hemos señalado en el apartado 3.3.1, a estas circunstancias el art. 3113-1.2.d) PAPDC añade «La voluntad del constituyente o constituyentes de configurar el derecho como real».

<sup>94</sup> Al igual que ocurre con el contrato de opción de compra inscrito en el Registro de la Propiedad, este límite no existe cuando la opción se constituya como un pacto o estipulación integrados en otro negocio, como sería el caso por ejemplo del arrendamiento con opción de compra, en el que la opción puede alcanzar la duración total de aquel negocio, incluidas las prórrogas; así lo establecen expresamente los arts. 568-8 CCCat y 3113-9 PAPDC.

- d) El domicilio del concedente a efectos de las notificaciones preceptivas<sup>96</sup>.
- e) La manera de acreditar el pago del precio si se ha pactado el *ejercicio* unilateral de la opción<sup>97</sup>.

### 3.5. Obligaciones del concedente mientras el ejercicio del derecho de opción está pendiente

#### 3.5.1. La obligación de conservación del bien<sup>98</sup>

Como acabamos de señalar, en el título constitutivo del derecho real de opción debe constar el precio o contraprestación a satisfacer para el caso de ejercerse la opción, precio que generalmente viene determinado por el estado del bien en este momento<sup>99</sup>. Dado que el precio de adquisición no variará respecto al fijado en el título constitutivo, el estado del bien tampoco debería variar, salvo lo que resulte inevitable por el transcurso del tiempo; de ello resulta que el concedente está obligado a conservar el bien (arts. 568-10.1 CCCat y 3113-14 PAPDC). Para comprobar el estado de conservación de la cosa, los arts. 568-10.2 CCCat y 3113-14.2 PAPDC confieren al titular del derecho de opción la facultad de inspeccionar el bien, facultad que le debe permitir denunciar al juez su posible deterioro con el fin de que éste decrete las medidas necesarias para hacerlo cesar, sin perjuicio de la responsabilidad por la pérdida del bien o por su deterioro a la que hacemos referencia en el apartado siguiente. El propietario tampoco puede acometer alteraciones materiales que modifiquen sustancialmente el bien; no está permitida la realización de obras que produzcan la transformación del bien de manera irreversible, es decir, no se puede alterar su naturaleza o destino ni sus cualidades esenciales.

Conforme establece el art. 568-10.1 CCCat, «los propietarios están obligados a conservar con la diligencia debida el bien sujeto al derecho de opción y responden ante

---

<sup>95</sup> Véase el apartado 3.7.2.

<sup>96</sup> El art. 3113-1.2.f) PAPDC añade que «Adicionalmente las partes pueden señalar una dirección electrónica para la práctica de las citadas notificaciones siempre que se garantice la autenticidad de la comunicación y de su contenido, y quede constancia fehaciente del envío y recepción, y del momento en que se hizo».

<sup>97</sup> En realidad, no debería hablarse de *ejercicio*, sino de formalización unilateral de dicho ejercicio; véase el apartado b) del apartado 3.7.2.

<sup>98</sup> El régimen de conservación que a continuación exponemos, referido en los textos legislativos a la opción de naturaleza real, también sería aplicable a la opción personal.

<sup>99</sup> Sin perjuicio de que en ocasiones se pueda fijar un precio superior por las expectativas de revalorización del bien.

los optantes del deterioro que dicho bien sufre por culpa o dolo»<sup>100</sup>. En cambio, quedan eximidos de responsabilidad en los casos en que la pérdida se produce por caso fortuito, fuerza mayor o hecho de una tercera persona (art. 568-11.1 CCCat).

Los gastos *necesarios* de conservación corren a cargo del propietario (arts. 568-10.3.pr. CCCat y 3113-14.3 PAPDC), al ser inherentes a la obligación de mantenimiento del bien, y constituir la contrapartida a sus facultades de goce y disfrute. El concepto de *conservación* incluye las reparaciones ordinarias, es decir, las derivadas del simple transcurso del tiempo o del uso normal del bien. En cuanto a las reparaciones de carácter extraordinario –que son las producidas por un acontecimiento que nada tiene que ver con la utilización normal del bien, como por ejemplo las causadas por fuerza mayor–, el propietario no está obligado a realizarlas, dado que exceden del concepto de conservación, aunque, si las lleva a cabo, podrá exigir el reembolso de su importe al optante en el caso de que éste ejercite la opción; otra solución distinta daría lugar a un enriquecimiento injustificado para el optante, en tanto que si el propietario no las lleva a cabo –a lo que, como decimos, no está obligado– las debería acometer el optante al adquirir el bien<sup>101</sup>.

En cuanto a las mejoras, el art. 568-10.3 CCCat establece que pertenecen al optante, sin que tenga la obligación de pagar su importe, lo que tiene su justificación en el carácter voluntario de las mismas<sup>102</sup>. Similar solución sigue el art. 3113-14.3,4 PAPDC, que respecto a las mejoras *de puro lujo o recreo* precisa que el concedente puede retirarlas «si puede hacerlo sin menoscabo del bien».

### 3.5.2. Consecuencias del incumplimiento de la obligación de conservación

Si el bien sobre el que recae el derecho de opción se pierde o deteriora, el optante probablemente ya no ejercerá la opción porque no le interesará adquirirlo en este estado, sin perjuicio de que el concedente deba responder por ello si intervino culpa o

<sup>100</sup> En casi idénticos términos, el art. 3113-14.1 PAPDC dispone que «El propietario está obligado a conservar con la diligencia debida el bien sujeto al derecho de opción y responde ante el optante por el deterioro que sufra por su culpa o dolo».

<sup>101</sup> Corroborra esta opinión el hecho que el art. 568-31.c) CCCat, respecto a los requisitos para el ejercicio del derecho de redimir en la venta a carta de gracia, establece que el redimente debe abonar los gastos de reparación de la cosa.

<sup>102</sup> En cambio, respecto al derecho de redimir en la venta a carta a gracia, el art. 568-31.a) sí establece que se deben abonar al titular de la propiedad gravada los «gastos útiles, estimados en el aumento de valor que por estos haya experimentado la cosa en el momento de la redención, los cuales no pueden exceder del precio de coste ni, en ningún caso, el 25 % del precio fijado para la redención».



dolo; téngase en cuenta que, en muchas ocasiones, el optante habrá pagado una prima para constituir la opción. A diferencia de la PAPDC, que guarda silencio sobre el tema, los arts. 568-10.1 y 568-11 CCCat regulan esta cuestión, distinguiendo entre el simple deterioro del bien, y su pérdida total o parcial. Si se produce un deterioro del bien, el art. 568-10.1 CCCat se limita a decir que «los propietarios [...] responden ante los optantes por el deterioro que dicho bien sufre por culpa o dolo». La medida de tal responsabilidad viene determinada «por la disminución de valor que la cosa haya sufrido por causa imputable a él mismo y a los titulares anteriores»<sup>103</sup>; en cualquier caso, si el deterioro del bien es de tal importancia que impide o restringe su uso o disfrute ordinario, debe asimilarse a la pérdida, que analizamos a continuación. En caso de pérdida total del bien, el art. 568-11.1.II CCCat establece que «si la pérdida total se origina por culpa o dolo de los concedentes del derecho o de los propietarios, éstos deben devolver la prima pagada, sin perjuicio de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados». Y si la pérdida es parcial, dice el art. 568-11.2 CCCat que los titulares del derecho de opción pueden elegir entre no ejercer el derecho o ejercerlo sobre la parte subsistente; en este último caso, no deberán pagar toda la contraprestación previamente establecida, sino únicamente la parte proporcional — por otro lado, a veces difícil de cuantificar—. Además, si ha intervenido dolo o culpa del propietario, éste indemnizará a los titulares del derecho de opción por los daños y perjuicios ocasionados, tanto si deciden ejercer la opción sobre la parte subsistente como si no; en cuanto a la prima satisfecha, les será devuelta de manera proporcional, o en su totalidad, según decidan o no ejercitar la opción.

### 3.5.3. La transmisibilidad del bien sobre el que recae el derecho real de opción

A diferencia de lo que ocurre en la opción de naturaleza personal no inscrita en el Registro, el derecho real de opción puede ejercitarse frente a terceros —recordemos que, si la opción recae sobre inmuebles, debe inscribirse en el Registro de la Propiedad— Esta eficacia *erga omnes* del derecho real de opción permite al concedente, salvo estipulación en contrario, transmitir el bien a un tercero, ante quien el optante podrá ejercer su derecho. Resulta en consecuencia lógico que el art. 568-9.1 CCCat establezca que «los bienes sujetos a un derecho de opción son enajenables sin consentimiento de los optantes, y los adquirentes se subrogan en las obligaciones que, si procede, corresponden a los concedentes del derecho». En el mismo sentido se manifiesta el art.

<sup>103</sup> Así se deduce del art. 568-32.2 CCCat, relativo al derecho de redimir en la venta a carta de gracia,

3113-12 PAPDC, que añade la «obligación de notificar fehacientemente la transmisión al optante»<sup>104</sup>.

### 3.6. La disponibilidad del derecho real de opción

La disponibilidad de la opción es otro aspecto en el que se pueden apreciar las diferencias entre el derecho personal de opción y la opción de naturaleza real. Respecto al primero ya hemos señalado en el apartado 2.3.6 que para transmitir el derecho de opción se requiere el consentimiento del concedente, en tanto que supone la cesión de la cualidad de parte contractual. En cuanto al derecho real de opción, el Código civil de Cataluña y la Propuesta de la Asociación de Profesores coinciden en la regla general de su transmisibilidad. El art. 568-9.2 CCCat señala que «Los derechos de opción son transmisibles, salvo que se hayan constituido en consideración a su titular»; en semejantes términos, quizá de manera más precisa, el art. 3113-11.1 PAPDC dice que «El derecho de opción es transmisible sin necesidad de contar con el consentimiento del concedente, salvo que se haya constituido en consideración a su titular o se disponga lo contrario en el título constitutivo».

La facultad de transmitir el bien implica la de gravarlo. De ello no cabe duda en el Código civil de Cataluña, que en el art. 569-35.1 establece la regla general de que «los derechos de adquisición de carácter real se pueden hipotecar». Aunque no lo diga expresamente la norma, si por haberse así pactado se requiriese el consentimiento del propietario para enajenar, este mismo consentimiento sería exigible para hipotecar; para eliminar dudas, hubiese sido preferible que en el art. 568-9.2 CCCat se hablase no de *transmitir*, sino de *disponer*<sup>105</sup>. La Propuesta de la Asociación de Profesores no regula la hipoteca del derecho real de opción. En cualquier caso, la hipotecabilidad del derecho vendría dada por su naturaleza real, y por el hecho de que la Ley Hipotecaria regula la hipoteca del derecho de retracto convencional (art. 107.8ª LH)<sup>106</sup>.

<sup>104</sup> Establece el art. 3113-12 PAPDC: «1. El propietario del bien sujeto al derecho de opción puede enajenarlo sin consentimiento del optante salvo que en el título constitutivo se establezca una prohibición de enajenar. Tiene la obligación de notificar fehacientemente la transmisión al optante. 2. Los actos de enajenación no perjudican el derecho del optante, que persiste frente al nuevo propietario hasta el vencimiento del plazo».

<sup>105</sup> Y lo mismo cabría decir respecto al art. 3113-11.1 PAPDC.

<sup>106</sup> Así lo entiende asimismo MAS BADÍA, op. cit., p. 161.

### 3.7. El ejercicio del derecho real de opción

El distinto régimen de ejercicio del derecho de opción, tanto en lo que respecta a sus requisitos como a sus efectos, entre el Código civil de Cataluña y la Propuesta de la Asociación de Profesores, constata que solamente el primero lleva a sus últimas consecuencias el carácter real de la opción. En aras de una exposición más comprensible, alteraremos en este caso el orden seguido hasta ahora y abordaremos en primer lugar la regulación de la Propuesta, y a continuación la del Código civil de Cataluña.

#### 3.7.1. Requisitos para el ejercicio del derecho real de opción

a. La declaración de voluntad de ejercicio de la opción en la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil

El art. 3113-10 PAPDC establece que «el derecho de opción se ejerce mediante declaración de voluntad unilateral recepticia dentro del plazo de duración del mismo»; por tanto, para el ejercicio de la opción basta una simple notificación, sin que se requiera el pago del precio. Dicha notificación debe reunir una serie de requisitos<sup>107</sup>:

1º) Se trata de una declaración de voluntad recepticia, es decir, debe ir dirigida al concedente.

2º) No se exige que se haga por vía notarial, sino que basta con que sea fehaciente.

3º) Debe practicarse en el domicilio o en la dirección de correo electrónico fijada en el título constitutivo<sup>108</sup>.

4º) Ha de hacerse dentro de plazo. El apartado 3 del art. 3113-10 PAPDC aclara que «Se considera ejercido tempestivamente el derecho de opción cuando el optante emite la correspondiente declaración de voluntad antes de que transcurra el plazo de caducidad del derecho, aunque la misma llegue al concedente fuera de plazo sin culpa del optante».

<sup>107</sup> Observaremos que dichos requisitos coinciden con los señalados en el apartado 2.4.8 para el ejercicio del derecho personal de opción, lo que constituye un elemento a tener en cuenta a la hora de discernir la verdadera naturaleza de la opción regulada en la Propuesta.

<sup>108</sup> Como hemos señalado en el apartado 3.4, el apartado f) del número 2 del art. 3113-1 PAPDC establece que el título constitutivo, a los efectos de las notificaciones preceptivas, debe contener el domicilio del concedente de la opción, y las partes pueden señalar una dirección electrónica.

### b. La exigencia del pago del precio en el Código civil de Cataluña

En el Código civil de Cataluña, para el ejercicio de la opción no basta con la mera notificación de dicho ejercicio, sino que se requiere, además, el pago del precio. En cuanto a la notificación, el art. 568-12.4 CCCat dispone que «Los optantes, en el plazo de duración del derecho de opción, deben notificar fehacientemente a los concedentes o propietarios el ejercicio de dicho derecho en el domicilio que conste en el título de constitución». Y la exigencia del pago del precio viene establecida en el apartado primero del art. 568-12 CCCat: «Los optantes, sin perjuicio de lo que establezca el título de constitución, deben pagar el precio o la contraprestación al ejercer el derecho de opción o antes de ejercerlo [...]»<sup>109</sup>. Ello constituye una garantía para el concedente, que cuando se ejercite la opción quedará privado de la propiedad del bien. El principio de reciprocidad requeriría que transferencia de propiedad y pago del precio fuesen simultáneos<sup>110</sup>; sin embargo, la propia ley contempla la posibilidad de que el pago sea anterior al ejercicio<sup>111</sup>, y el pacto podría asimismo permitir un pago posterior a la notificación de ejercicio del derecho.

### 3.7.2. Efectos del ejercicio del derecho real de opción con relación a la adquisición de la propiedad del bien por el optante

En cuanto respecta a los efectos del ejercicio del derecho de opción se aprecia bien claramente la diferencia entre el régimen de la Propuesta de la Asociación de Profesores y el del Código civil de Cataluña. En el primer caso el ejercicio determina la perfección del contrato traslativo del dominio, mientras que en el Código civil de Cataluña se da un paso más y se produce la transmisión de la propiedad.

<sup>109</sup> Por ello, en el título constitutivo, además de las circunstancias antes mencionadas, debería constar también el número de cuenta corriente del concedente, o la manera cómo debería hacerse el pago.

<sup>110</sup> En este caso la notificación del ejercicio debería ir acompañada de la correspondiente transferencia o consignación.

<sup>111</sup> El pago anticipado solamente tiene sentido si va acompañado del ejercicio inmediato del derecho de opción. Así lo entendió la RDGDEJ 16 enero 2012 (JUS/19/2012, DOGC 23 de enero de 2012): «El art. 568-12.1 CCCat admite la posibilidad de que el pago del precio o de la contraprestación por parte del optante se realice antes de que ejercite el derecho de que es titular. Eso puede plantear alguna duda, ya que no exigiendo este ejercicio una declaración de voluntad formal, suscita la cuestión de diferenciar el pago anticipado de un ejercicio tácito en el cual la voluntad de hacer valer la opción se exteriorice a través de la satisfacción del precio o la contraprestación y lleva a pensar si este pago anticipado no lo es tanto en relación con el ejercicio del derecho de opción como con respecto a su formalización en un documento público. Ahora bien, la verdad es que el precepto admite el pago anticipado y si este pago tiene que tener entidad y efectos propios y distinguirse del ejercicio del derecho de opción, tiene que ser también un pago al que prácticamente de manera inmediata siga este ejercicio».

a. La perfección del contrato traslativo del dominio en la Propuesta de la Asociación de Profesores

El art. 3113-10.4 PAPDC establece claramente la eficacia obligacional del ejercicio del derecho de opción: «El ejercicio del derecho de opción determina *la perfección de contrato* con finalidad traslativa o derecho real proyectado, sin necesidad de que el concedente deba emitir a tal efecto una nueva declaración de voluntad»<sup>112</sup>. Por tanto, el ejercicio de la opción *perfecciona* el contrato, lo que determina no la adquisición de la propiedad del bien sino la exigibilidad de las recíprocas prestaciones –el pago del precio y la entrega del bien–, entrega que será la que producirá la transmisión de la propiedad, y que generalmente se producirá cuando se formalice el contrato en escritura pública<sup>113</sup>. A este respecto, el art. 3113-10.5 PAPDC establece que «Ejercida tempestivamente la opción, el optante tiene derecho a exigir la formalización del contrato en escritura pública. Si el concedente de la opción no se aviene a otorgarlo puede ser suplido por el juez»; además, si se ha pactado de manera expresa, el optante puede estar facultado para otorgar unilateralmente la escritura, una vez acreditada la notificación de ejercicio de la opción<sup>114</sup>. Observamos de nuevo la coincidencia con los efectos del ejercicio del derecho de opción personal señalados en el apartado 2.4.8.

<sup>112</sup> Señala MAS BADÍA, op. cit., p. 160, que «El ejercicio de la opción supone, en su caso, la consumación del contrato de opción y la perfección del contrato definitivo, sin necesidad de que el concedente deba emitir, a tal efecto, una nueva declaración de voluntad, pues ya prestó su consentimiento a este, con carácter irrevocable, en el contrato de opción».

<sup>113</sup> En este sentido, MAS BADÍA, op. cit., p. 156, afirma que «En la Propuesta de Código civil se opta por un sistema en que la adquisición de la propiedad (u otro derecho real) no es automática, sino que requiere tradición».

<sup>114</sup> El pacto de ejercicio unilateral de la opción ya fue admitido por la Dirección General de los Registros y del Notariado. La RDGRN 26 enero 2015 (RJ 2015\6025) declaró que «este Centro Directivo ha admitido la inscribibilidad y eficacia del pacto de ejercicio unilateral de la opción sin necesidad de la intervención del concedente del derecho, ya que en este caso “puede afirmarse que desde un punto de vista instrumental, y siempre que el dueño o dueños lo hayan consentido al pactarse el contrato preliminar [...] el título del adquirente en virtud de una opción de compra consumada por su declaración unilateral ha quedado integrado por la escritura de contrato de opción –otorgada como es obvio por ambas partes– y por la escritura de ejercicio de opción –otorgada unilateralmente por el adquirente, [...] ya que una vez autorizadas ambas el valor traditorio de la escritura y lo convenido por las partes produce la tradición adecuada para investir de dominio al adquirente” (cfr. Resoluciones de 7 de diciembre de 1978 y 19 de julio de 1991). Este ejercicio unilateral exige en todo caso que se ajuste a lo expresamente pactado– (cfr. Resolución de 20 de mayo de 2005)– y que se adopten las pertinentes garantías respecto a los terceros (cfr. artículo 175.6 del Reglamento Hipotecario y Resolución de 4 de marzo de 2014)».

## b. La adquisición de la propiedad en el Código civil de Cataluña

En cambio, en el Código civil de Cataluña el ejercicio de la opción produce la adquisición inmediata de la propiedad del bien por el optante. Así lo establece el art. 568-2.2 CCCat, conforme al cual «el ejercicio de los derechos de adquisición voluntaria comporta la adquisición del bien»; recordemos que dicho ejercicio requiere el pago del precio o la contraprestación estipulada (art. 568-12.1 CCCat)<sup>115</sup>. El título adquisitivo no es el contrato, sino el propio derecho real de adquisición; por ello, la adquisición de la propiedad no requiere de la *traditio*<sup>116</sup>, y no es aplicable la rescisión por lesión, limitada en el CCCat a los *contratos* onerosos (art. 621-46 CCCat).

Mientras la adquisición de la propiedad surge de un acto unilateral del optante –el ejercicio de la opción–, para adquirir la posesión y para formalizar la transmisión la regla general es que se requiere la colaboración del anterior propietario del bien, como medida para la protección de sus derechos ante un posible ejercicio irregular de la opción; si este se niega injustificadamente a la formalización, el juez podrá suplir su intervención<sup>117</sup>. Ahora bien, el art. 568-12.3 CCCat prevé que el optante pueda *formalizar* unilateralmente la opción si se dan una serie de requisitos<sup>118</sup>:

<sup>115</sup> Véase el apartado 3.7.1.b.

<sup>116</sup> Esta tesis no es, sin embargo, unánime dentro de la doctrina catalana; en contra, entre otros, CUMELLA GAMINDE, op. cit. pp. 1696 y ss., quien afirma que «Si el comprador precisa adquirir la posesión del bien comprado para devenir propietario, no puede el optante quedar desvinculado de esa necesidad, no puede adquirir la propiedad del objeto sobre el que opta a su compra, sea o no poseedor, por el mero ejercicio de un derecho que simplemente le otorga una facultad de comprar. O dicho de otro modo, no sería justificable que, no pudiendo ser propietario en la condición de comprador, sí lo pudiera ser en la de optante». Ahora bien, como hemos afirmado, el título adquisitivo no es el contrato de compraventa, sino el propio derecho de opción, que para constituirse habrá requerido de escritura pública.

<sup>117</sup> El documento en el que se formaliza el ejercicio de la opción tiene eficacia declarativa en cuanto a la adquisición de la propiedad, que se habrá ya producido con el ejercicio de la opción, y traslativa del traspaso posesorio, salvo que el optante ya tuviera la cosa en su poder.

<sup>118</sup> Debemos advertir que el art. 568-12.3 CCCat no habla de *formalizar* sino de *ejercer* unilateralmente en derecho de opción. La expresión utilizada no es correcta, dado que el ejercicio del derecho de opción es, por naturaleza, unilateral. En el Fuero Nuevo de Navarra, la ley 461, en su apartado cuarto y en la nueva redacción dada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, sigue la misma redacción errónea que el Código civil de Cataluña, al hablar de ejercicio y no de formalización unilateral: «El optante notificará al optatario su voluntad de ejercitar la opción en la forma pactada y en el domicilio que expresamente se hubiera hecho constar a tal efecto. Cuando así se hubiera previsto, el optante podrá ejercitar de forma unilateral su derecho si se encontrare en posesión de la cosa y consignare notarialmente el precio». Sin embargo, la jurisprudencia es clara en este sentido; la STS (1ª) 27 octubre 2005 (RJ 2005\8047) declaró que «su ejercicio [de la opción] es siempre, por naturaleza, unilateral, no necesita el concurso del concedente para su efectividad».

1º) Que así se haya pactado al constituir el derecho.

2º) Que el optante tenga la posesión del bien, o pueda adquirirla instrumentalmente por medio de la formalización del ejercicio de la opción.

3º) Que el precio o contraprestación «se deposite notarialmente a disposición de los propietarios y de las terceras personas que acrediten derechos inscritos o anotados después del derecho de opción en el Registro de la Propiedad si se trata de inmuebles, o que se garantice dicho pago o contraprestación si se había aplazado el pago». En cualquier caso, téngase en cuenta que, como se ha señalado, el pago del precio o el aseguramiento del mismo no es un requisito para la formalización unilateral de la transmisión sino para el ejercicio de la opción misma; el depósito notarial del precio solamente será necesario si existen derechos reales o gravámenes posteriores al del optante<sup>119</sup>.

4º) Además, y conforme al art. 568-6.e) CCCat, en el título constitutivo de la opción debe haberse establecido la forma cómo acreditar el pago del precio o contraprestación.

### 3.8 Efectos del ejercicio del derecho real de opción en relación con los derechos posteriores incompatibles

Si el optante ejercita el derecho real de opción, debe recibir el bien en el mismo estado –físico y jurídico- en el que se encontraba al constituir el derecho; por ello, la regla general es que se extinguen los derechos constituidos con posterioridad<sup>120</sup>. Ahora bien, tanto el Código civil de Cataluña como la Propuesta de la Asociación de Profesores, así como la jurisprudencia registral, prevén unas medidas para la protección de los derechos extinguidos, que se concretan básicamente en la consignación a disposición de los titulares de estos derechos del precio recibido por el propietario del bien hasta donde alcance el valor del derecho extinguido.

<sup>119</sup> Véase el apartado 3.8.2.

<sup>120</sup> La excepción es el caso en que se hubiere constituido un arrendamiento sujeto a la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU). El art. 13.1 LAU, tras la redacción dada por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, establece que «Si durante los cinco primeros años de duración del contrato, o siete años si el arrendador fuese persona jurídica, el derecho del arrendador quedara resuelto por [...] el ejercicio de un derecho de opción de compra, el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años o siete años respectivamente, sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1».

### 3.8.1. La regla general: la extinción de los derechos posteriores incompatibles

El art. 568-2.2 CCCat establece que «el ejercicio de los derechos de adquisición voluntaria comporta la adquisición del bien en la misma situación jurídica en que se hallaba en el momento de la constitución, así como la extinción de los derechos incompatibles constituidos con posterioridad sobre el bien si el derecho se había constituido con carácter real, sin perjuicio de lo establecido por la legislación hipotecaria». Por tanto, el optante sólo está obligado a soportar los gravámenes que existían al constituirse la opción, pero no los que se constituyan posteriormente; estos se extinguen, y si estaban inscritos podrá procederse a la cancelación registral<sup>121</sup>.

Esta misma regla establecía el inciso inicial del artículo 3113-13.1 de la Propuesta de la Asociación de Profesores<sup>122</sup>. Sin embargo, una revisión posterior de la misma admitió la posibilidad de que «el optante puede elegir que las cargas subsistan con deducción de su valor del precio a satisfacer».

### 3.8.2. La consignación del precio

En garantía de los derechos posteriores que se extinguen, el art. 568-12.2 CCCat establece que «el precio o contraprestación, si sobre el bien sujeto al derecho de opción inscrito existen derechos reales o gravámenes posteriores al del optante, se debe depositar o consignar a disposición de sus titulares, a los que debe notificarse el ejercicio del derecho de opción y el depósito o la consignación constituidos a su favor»<sup>123</sup>; similar regla se prevé en el art. 568-32.1 CCCat en caso de ejercicio del derecho de redimir<sup>124</sup>.

<sup>121</sup> A este respecto, la RDGRN 31 mayo 2017 (RJ 2017\3392) declaró que: «De acuerdo a la dilatada doctrina de este Centro Directivo (vid., por todas, Resoluciones de 18 de mayo de 2011 y 2 de marzo de 2015), una vez ejercitado un derecho de opción puede solicitarse la cancelación de las cargas que hubiesen sido inscritas con posterioridad al reflejo registral del mismo, pues no otra cosa significa la transcendencia real de la opción».

<sup>122</sup> El art. 3113-13.1 PAPDC, en la versión del año 2018 publicada por la Editorial Tecnos, disponía que: «Los derechos reales o gravámenes constituidos con posterioridad a la inscripción del derecho de opción no afectan al optante, que adquiere el bien libre de los mismos».

<sup>123</sup> Como ha señalado la RDGDEJ 16 enero 2012 «al derecho civil catalán le ha preocupado especialmente la posición de los titulares de las cargas y gravámenes reales posteriores al derecho de adquisición y ha tratado de evitar que su derecho, subordinado al de adquisición en atención al momento de su constitución, quede del todo desprotegido. Así pues, se establece que, por más que el bien gravado — una vez ejercido el derecho de adquisición— deja de estar afectado por estas cargas en virtud de la



La Propuesta de la Asociación de Profesores ha precisado más el régimen de la consignación, estableciendo las siguientes reglas (art. 3113-13 PAPDC):

1ª) La consignación del precio se establece como requisito para la cancelación de tales derechos o gravámenes en el Registro de la Propiedad.

2ª) La cantidad a consignar viene determinada por el límite máximo del valor de las cargas.

3ª) Debe notificarse a los titulares de las cargas el ejercicio del derecho de opción y la consignación a su favor.

4ª) Del importe a consignar pueden deducirse una serie de cantidades:

- La cuantía de la prima de la opción cuando se considere parte del precio. La norma debe entenderse en el sentido de que, aunque la prima para constituir la opción forme parte del precio, no deberá consignarse: la prima se habrá constituido y percibido con anterioridad al ejercicio de la opción, de manera que la consignación alcanzará únicamente a la cantidad satisfecha para el ejercicio de la opción.

- El importe de las cargas anteriores a la propia opción y preferentes a esta asumidas o satisfechas por el optante, aun cuando este importe absorba la totalidad del precio. La justificación es la misma que en el caso anterior: si bien el importe de estas cargas viene a constituir, total o parcialmente, el importe del precio para la adquisición del bien, dado que el propietario no ha recibido estas cantidades no deberá consignarlas, más aún si se tiene en cuenta que eran preferentes al propio derecho de opción<sup>125</sup>.

purga que el ejercicio comporta, el precio pagado como contraprestación queda afectado, aunque sólo hasta dónde llega, al pago de las cargas purgadas».

<sup>124</sup> Establece el art. 568-32.1 CCCat que «Una vez redimida la cosa vendida a carta de gracia, queda libre de las cargas o los gravámenes que el comprador o los sucesivos titulares de la propiedad gravada le hayan impuesto desde la fecha de la venta, pero el precio de la redención queda afecto, hasta donde alcance, al pago de tales cargas o gravámenes. Con este fin, el propietario del bien redimido debe depositar o consignar el precio recibido a favor de los titulares de las cargas o los gravámenes, a quienes debe notificar el ejercicio de la redención y el depósito o la consignación constituidos a su favor». La única diferencia se prevé en el inciso final del art. 568-32.1, cuando dice que «sin embargo, el redimente puede resolver los arrendamientos notoriamente onerosos que haya realizado el propietario», precepto que no parece aplicable por analogía al derecho de opción.

<sup>125</sup> La Propuesta sigue en esta cuestión la doctrina emanada de las RDGRN 27 septiembre 2014 (RJ 2014\5498) y 31 mayo 2017 (RJ 2017\3392); esta última señala que la regla general de la consignación «se excepciona en aquellos supuestos en los que se pacta por las partes contratantes del derecho de opción que el pago del precio se lleve a cabo en términos que, por ser oponibles frente a terceros, hagan inviable su consignación. La Resolución de 27 de septiembre de 2014 desarrolla esta doctrina en los siguientes términos: “Es también doctrina reiterada que el principio de consignación íntegra del precio establecido por diversas Resoluciones –entre ellas la de 11 de junio de 2002–, debe impedir pactos que

5ª) No existirá el deber de consignar cuando los titulares de cargas posteriores a la inscripción del derecho de opción, es decir, los sujetos a quienes aprovecharía la consignación, consienten la no consignación o admiten una prestación sustitutoria en lugar de la consignación del precio. En cambio, el pacto de compensar el precio con las deudas que el concedente tenga con el optante no excluye el deber de consignar<sup>126</sup>.

### 3.9. Extinción. Cancelación registral

El derecho de opción se extingue por las causas generales de extinción de los derechos reales y, además, por su ejercicio y por el vencimiento de su plazo de duración (art. 568-7.1 CCCat).

A la cancelación registral del asiento de inscripción del derecho de opción una vez transcurrido el plazo de duración se refiere el art. 3113-15 PAPDC<sup>127</sup>; para poder cancelar el asiento se exige que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- El consentimiento del optante.
- Resolución judicial que establezca que la opción se ha extinguido por su no ejercicio.
- La declaración por parte del concedente de que el derecho de opción ha caducado por el transcurso del plazo, siempre que al constituirse la opción se hubiese atribuido dicha facultad al concedente.
- El transcurso de cinco años desde la finalización del plazo para el ejercicio del derecho, salvo prórroga legal del asiento registral, siempre que no conste asiento

---

dejen la consignación y su importe al arbitrio del optante, pero no puede llevarse al extremo, pues implicaría, so pretexto de proteger a los titulares de los derechos posteriores a la opción, perjudicar al propio titular de la opción, que goza de preferencia registral frente a ellos. Así pues, es necesario analizar los eventuales pactos establecidos sobre este particular en cada caso concreto. Y así puede efectuarse la deducción del importe de la prima de la opción, es decir, de aquella cantidad que se ha abonado al concederla, o del importe de cargas anteriores a la propia opción que sean asumidas o satisfechas por el optante, igualmente no procede exigir tal consignación cuando el optante retiene la totalidad del precio pactado para hacer frente al pago del préstamo garantizado con la hipoteca que grava la finca y que es de rango preferente al derecho de opción ejercitado o cuando se haya pactado el pago por compensación siempre que no encubra una opción en garantía. Pero en todos estos casos es fundamental que todas estas circunstancias consten pactadas en la escritura de opción y que consten debidamente inscritas”».

<sup>126</sup> Dicho pacto de compensación ha sido mirado con recelo por la jurisprudencia; véase BOSCH CAPDEVILA, Esteve, «La opción en garantía» cit., pp. 263 y ss.

<sup>127</sup> Véase al respecto MAS BADÍA, op. cit., pp. 164-166.

alguno que indique haberse ejercido el derecho, modificado el título o reclamado judicialmente su cumplimiento.

#### 4. CONCLUSIÓN

A lo largo del presente trabajo se ha pretendido ofrecer un esquema, claro y coherente, del derecho de opción. El punto de partida ha sido la opción como un precontrato unilateral, en el que la conclusión del contrato definitivo o la eficacia del contrato, según las diversas teorías, depende de la decisión de solamente una de las partes: el optante.

Cuando la opción recae sobre un contrato traslativo del dominio, al aspecto de la opción como posición de parte contractual se añade el de la opción como derecho de adquisición. Es el caso de la opción de compra, institución de frecuente utilización práctica, sobre la cual la jurisprudencia civil y registral ha venido a llenar la amplia laguna legal existente. Esta jurisprudencia ha quedado plasmada en la regulación que de los derechos (reales) de adquisición hace la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Si a esta normativa se une la del Código civil de Cataluña sobre el derecho real de opción (arts. 568-1 y ss. CCCat), se nos muestra un amplio abanico de posibilidades para configurar la opción de compra.

1ª. Como derecho personal. Admite una doble configuración: como contrato que obliga a contratar, o como contrato que permite al optante ponerlo en vigor. En el primer caso el optante puede obligar al concedente a concluir un contrato de compraventa, mientras que en el segundo la compraventa ya se ha celebrado y la facultad que tiene el optante es la de dar eficacia a este contrato. En el primer supuesto hay dos contratos (precontrato y contrato definitivo), y en el segundo solo uno (cuando se ejerce la opción el precontrato se *convierte* en el contrato definitivo).

2ª. El derecho personal de opción de compra puede inscribirse en el Registro de la Propiedad. Así lo permite el art. 14 RH. Sin embargo, y contrariamente a lo que afirma un buen sector de la doctrina, dicha inscripción no convierte el derecho personal de opción en un derecho real, en tanto que el optante no tiene un poder directo sobre el bien sino solamente la facultad de exigir un comportamiento al sujeto pasivo. La inscripción registral simplemente permite que el derecho de opción pueda oponerse a terceros.

3ª. Como derecho real. El derecho de opción de compra puede constituirse con carácter real, lo que, entre otras consecuencias, permitirá la disponibilidad del bien, y

por tanto su hipoteca, y el ejercicio de la opción frente a terceros. Ahora bien, para la posición dominante en la doctrina y jurisprudencia españolas, de la que se ha hecho eco la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, las consecuencias de la naturaleza real de la opción no alteran el mecanismo adquisitivo. El ejercicio de la opción de compra no produce la adquisición del bien, sino la perfección del contrato proyectado «sin necesidad de que el concedente tenga que emitir una nueva declaración de voluntad» (art. 3113-10.4 PAPDC); observamos, por tanto, que es la misma consecuencia que se produce en la opción de naturaleza personal.

4ª. Sin embargo, y con relación al mecanismo adquisitivo, las consecuencias de la naturaleza real del derecho de opción pueden llegar más lejos. Estamos ante un derecho real de adquisición, cuyo ejercicio debería producir no únicamente un poder para exigir una conducta de una persona, sino un poder sobre el mismo bien; en otras palabras, la naturaleza real del derecho de opción no implica simplemente que su ejercicio atribuya al optante el derecho a exigir al propietario del bien que le transmita la propiedad, sino que dicho ejercicio produce directamente la adquisición de la propiedad. Téngase en cuenta que la traditio es requisito para la adquisición de la propiedad cuando el título adquisitivo es el contrato, pero en la opción de naturaleza real el título adquisitivo es el propio derecho real de opción, que al constituirse se ha independizado del contrato que lo ha creado y ha adquirido autonomía y vida propia. La intervención del (anterior) propietario del bien será precisa, en su caso, para la adquisición de la posesión, y para la formalización de la transmisión, pero no para la adquisición del dominio, que requiere únicamente la notificación del ejercicio de la opción con el cumplimiento de los requisitos establecidos, fundamentalmente el pago o consignación del precio.

La eficacia adquisitiva inmediata derivada del ejercicio del derecho real de opción no es una afirmación meramente dogmática, sino que es la que se desprende, con alguna imprecisión en la normativa legal y ciertas dudas en la doctrina y en la práctica jurídica, de la regulación del Código civil de Cataluña, cuyo art. 568-2.2 empieza diciendo que el ejercicio de los derechos de adquisición voluntaria «comporta la adquisición del bien». Lo que sí requiere el concurso del (anterior) propietario del bien es, como decimos, la formalización de la transmisión, salvo que se haya pactado la formalización unilateral por el optante y se cumplan los restantes requisitos del art. 568-12.3 CCCat.

Es evidente que la admisión de la transmisión de la propiedad mediante una simple declaración de voluntad del optante, y sin la intervención de fedatario público ni del concedente, puede generar, por su inseguridad, recelos en la práctica jurídica. No hay

que olvidar, sin embargo, dos circunstancias muy relevantes. La primera, que el ejercicio de la opción requiere el pago o consignación del precio -además de los otros requisitos que se hubiesen podido pactar-. Y, en segundo lugar, que si bien la transmisión de la propiedad ya se habrá producido por el ejercicio de la opción, sí se requerirá la intervención del anterior propietario para la adquisición de la posesión y para la formalización de la transmisión, sin la cual esta no podrá acceder al Registro de la Propiedad.

#### BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, “El precontrato”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 59, abril-junio 1998, pp. 12-40.

ALGUER, José, “Para la crítica del concepto de precontrato”, *Revista de Derecho Privado*, 1935-1936, números 265 (pp. 321-333), 266 (pp. 369-384), 267 (pp. 417-434) y 268 (pp. 1-15).

ARANDA RODRÍGUEZ, Remedios, «Artículo 1507», *Código civil comentado*, coordinado por Ana CAÑIZARES LASO, Pedro DE PABLO CONTRERAS, Javier ORDUÑA MORENO y Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2ª edición, 2016, volumen IV, pp. 256 y ss.).

BOSCH CAPDEVILA, Esteve,

- «Preu just, opció i rescissió per lesió. Comentari a la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 19 de maig de 2003», *Revista catalana de dret privat*, volumen 5, 2005, pp. 197-207.
- «L’opció com a dret d’adquisició en el dret civil de Catalunya», *Revista Jurídica de Catalunya*, número 4-2008, pp. 11-59.
- «Formación (del contrato y de otros actos jurídicos)», *Derecho Europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, coordinado por Antoni VAQUER ALOY, Esteve BOSCH CAPDEVILA y María Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Atelier, Barcelona, 2012, tomo 1, pp. 273-338.
- «La opción en garantía», *Función de las condiciones en el tráfico inmobiliario*, dirigido por Ana CAÑIZARES LASO, Tirant lo Blanch, Valencia, en prensa, pp. 253-283.

BOSCH CAPDEVILA, Esteve, DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni, *Teoría General del Contrato. Propuesta de regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

CAÑIZARES LASO, Ana, «Condición potestativa, cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes y derechos potestativos», *Indret* 4/2017.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Humberto, “Notas sobre el denominado precontrato”, *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coordinado por J. M. GONZÁLEZ PORRAS Y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, Murcia, 2004, volumen I, pp. 1081-1091.

CORBIN, Arthur L., «Option Contracts», *The Yale Law Journal*, volumen 23, número 8 (junio 1914), pp. 641-663.

CUMELLA GAMINDE, Antonio, «Artículos 568-1 a 568-12 CCCat», *Derechos reales. Comentarios al Libro V del Código Civil de Cataluña*, coordinados por Giner Gargallo y Clavell Hernández, Registradors de Catalunya, Bosch, Barcelona, 2008, tomo 3, pp. 1662-1703.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «La promesa de contrato (algunas notas para su estudio)», *Anuario de Derecho Civil*, 1950-4, pp. 1133-1186.

DEL POZO CARRASCOSA, Pere, *La venda a carta de gràcia en el dret civil de Catalunya*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1993.

DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni, BOSCH CAPDEVILA, Esteve,

- *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, Marcial Pons, Madrid, 6ª edición, 2018, pp. 494-511.
- *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

DÍEZ SOTO, Carlos Manuel, «Artículo 1507», *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Tirant lo Blanch, 2003, Tomo VII, pp. 140 y ss.

ELIZARI URTASUN, Leyre, «Ley 460», *Comentarios al Fuero Nuevo. Comentario del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por Enrique RUBIO TORRANO y María Luisa ARCOS VIEIRA, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 1937-1940.

FAVALE, Rocco, «La figura dell’opzione nei modelli europei», *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, anno LXVI Fasc. 4 – 2012, pp. 1187-1202.

GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Artículo 1507», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 2ª edición, 1991, tomo XIX, pp. 555 y ss.

GONZÁLEZ, Jerónimo, «El llamado derecho de opción», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 87, marzo 1932, pp. 188-204.

MAS BADÍA, M<sup>a</sup> Dolores, «Los derechos reales de adquisición de constitución voluntaria: una propuesta de regulación sistemática en el Código civil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777 (2020-1), pp. 127-191.

ROCA SASTRE, Ramón M<sup>a</sup>., «Contrato de promesa», *Estudios de Derecho Privado*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, tomo I, pp. 323-350.

ROCA SASTRE, Ramón M<sup>a</sup>., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho Hipotecario*, tomo V, Bosch, Casa Editorial SA, Barcelona, octava edición, 1994.

ROMÁN GARCÍA, Antonio, *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Ed. Montecorvo S.A., Madrid, 1982.

RUBIO TORRANO, Enrique, «Artículo 1506», *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido Paz Ares, Luis Díez Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, tomo II, pp. 988 y ss.

TALMA CHARLES, Javier, *El contrato de opción*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1996.

TORRES LANA, José Ángel, *Contrato y derecho de opción*, Trivium, Madrid, 2<sup>a</sup>. edición, 1987.

VON EINEM, Henning, *Die Rechtsnatur der Option*, Duncker & Humblot, Berlin, 1974.

YSÁS SOLANES, María, «El derecho de opción», *Anuario de Derecho Civil*, 1989-4, pp. 1233-1267.

#### JURISPRUDENCIA

##### *A) Tribunal Supremo*

- STS (1<sup>a</sup>) 3 febrero 2020 (RJ 2020\319)
- STS (1<sup>a</sup>) 15 enero 2019 (RJ 2019\82)
- STS (1<sup>a</sup>) 2 diciembre 2014 (RJ 2014\6247)
- STS (1<sup>a</sup>) 25 junio 2013 (RJ 2014\4929)
- STS (1<sup>a</sup>) 8 marzo 2012 (RJ 2012\5001)
- STS (1<sup>a</sup>) 7 septiembre 2010 (RC 5036/2006)
- STS (1<sup>a</sup>) 17 marzo 2009 (RJ 2009, 1650)
- STS (1<sup>a</sup>) 14 diciembre 2006 (RJ 2006\8235)
- STS (1<sup>a</sup>) 18 julio 2006 (RJ 2006\4949)
- STS (1<sup>a</sup>) 27 octubre 2005 (RJ 2005\8047)
- STS (1<sup>a</sup>) 13 octubre 2005 (RJ 2005\7235)
- STS (1<sup>a</sup>) 23 octubre 2002 (RJ 2002/9305)
- STS (1<sup>a</sup>) 10 septiembre 1998 (RJ 1998\6609)

- STS (1ª) 4 febrero 1994 (RJ 1994\910)
- STS (1ª) 25 junio 1993 (RJ 1993\5384)
- STS (1ª) 17 mayo 1993 (RJ 1993\3801)
- STS (1ª) 1 diciembre 1992 (RJ 1992\10244)
- STS (1ª) 4 julio 1991 (RJ 1991\5325)
- STS (1ª) 13 diciembre 1989 (RJ 1989\8824)
- STS (1ª) 9 octubre 1989 (RJ 1989\6900)

*B) Audiencias Provinciales*

- SAP Murcia (5ª) 9 marzo 2007 (JUR 2007\264861)

*C) Dirección General de los Registros y del Notariado [propiedad] (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública)*

- RDGRN 31 mayo 2017 (RJ 2017\3392)
- RDGRN 26 enero 2015 (RJ 2015\6025)
- RDGRN 27 septiembre 2014 (RJ 2014\5498)
- RDGRN 6 marzo 2014 (RJ 2014\1981)
- RDGRN 22 enero 2013 (RJ 2013/8422)
- RDGRN 30 enero 2006 (RJ 2006\651)
- RDGRN 23 julio 2005 (RJ 2005\6923)
- RDGRN 1 octubre 2003 (RJ 2003\8411)
- RDGRN 4 enero 1999 (RJ 1999\610)

*D) Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*

- STSJC (1ª) 19 mayo 2003 (RJ 2003\6230)

*E) Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña*

- RDGDEJ 16 enero 2012 (JUS/19/2012, DOGC 23 de enero de 2012)

Fecha de recepción: 14.04.2020

Fecha de aceptación: 10.9.2020