

## PRECONTRATO Y OPCIÓN

Esteve BOSCH CAPDEVILA\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El precontrato*. III. *La opción como precontrato de carácter unilateral*. IV. *Opción personal y opción real: precontrato y derecho real de adquisición*. V. *El régimen jurídico de la opción de naturaleza personal*.

### I. INTRODUCCIÓN

Una de las instituciones civiles más estudiadas por la doctrina en los últimos tiempos es el precontrato, también denominado, entre otras expresiones, *pactum de contrahendo*,<sup>1</sup> “contrato preliminar”, “promesa de contrato”, o “contrato preparatorio”. Por lo que al derecho español se refiere, no se puede decir que exista unanimidad, ni mucho menos, en lo que a la caracterización de la figura se refiere.<sup>2</sup> Las discrepancias, motivadas en parte

\* Profesor titular de Derecho civil, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, España.

<sup>1</sup> Esta es la denominación que tradicionalmente se ha dado a la institución, y que da a entender un origen romano. Y aunque efectivamente parece que es así, el *pactum de contrahendo* no ha sido objeto de una especial atención por parte de la romanística. Incluso hay autores que entienden que aunque el derecho romano podía ofrecer algunos ejemplos de figuras precontractuales, no tenía el grado de abstracción necesario para la creación de una teoría general sobre el mismo; en este sentido crítico, Alguer, José, “Para la crítica del concepto de precontrato”, *Revista de Derecho Privado*, octubre de 1935, p. 331, afirma que “En síntesis, el derecho romano no se elevó al grado de abstracción de las formas jurídicas, que constituye el campo abonado para el discurso jurídico creador del precontrato. Pueden hallarse ciertamente en el derecho romano fuentes casuísticas para forjar sobre ellas la idea de precontrato. Pero es menester un grado de predisposición de ánimo que, sin duda, no encajaría en el espíritu del jurista romano, ni en la “*suptilitas verborum*”.

<sup>2</sup> Un estudio detallado de la figura lo podemos encontrar en Román García, Antonio, *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Madrid, Montecorvo, 1982. Para

por la profunda laguna legal existente al respecto,<sup>3</sup> se producen tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, y afectan no solamente a la naturaleza jurídica de la figura, sino incluso a su admisión como categoría autónoma. Por ello, resulta comprometedor ofrecer una aproximación inicial al concepto de precontrato, sin que ello signifique tomar partido por alguna de las diversas teorías sobre el mismo. Puede existir un cierto consenso en entender que el precontrato permite a las partes (a una o a ambas, según sea unilateral o bilateral) dar eficacia a un contrato respecto al que se ha acordado ya su contenido. Las dudas surgen básicamente en torno a la relación entre precontrato y contrato definitivo.

En ocasiones, la razón de ser del precontrato ha sido puesta en tela de juicio. Si existe para las partes obligación de contratar, ¿por qué no celebrar directamente el contrato definitivo? La utilidad del precontrato podría encontrarse en que permite conseguir una vinculación entre las partes sin que sea preciso, de momento, cumplir los requisitos que precisa el contrato definitivo.<sup>4</sup> Mucho más clara es la razón de ser de una de las modalidades de precontrato: la opción,<sup>5</sup> muy utilizada en la práctica jurídica (piénsese, por ejemplo, en las denominadas *stock options*). En este caso sí es evidente la sustantividad de la figura, al hallarse vinculada —en cuanto a la fuerza obligatoria del contrato— solamente una de las partes.

En el presente trabajo pretendemos analizar ambas figuras, precontrato y opción, ofreciendo nuestra particular concepción de las mismas a partir del esquema que se deduce de la regulación del derecho de opción en el

una visión más sintética respecto a las principales líneas doctrinales en España, véase Clavería Gosálbez, Luis Humberto, “Notas sobre el denominado precontrato”, en González Porras, J. M., y Méndez González, F. P. (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. I, Murcia, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, 2004, pp. 1081 a 1091, y Albaladejo García, Manuel, “El precontrato”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 59, abril-junio de 1998, pp. 12-40.

<sup>3</sup> El Código Civil español solamente regula, y de una manera muy escueta, la promesa de compraventa (artículo 1451), y la de prenda (artículo 1862).

<sup>4</sup> Como señala Román García, Antonio, *El precontrato*, *cit.*, nota 2, p. 24, la utilidad del precontrato puede encontrarse en el deseo de vincularse a pesar de que exista algún inconveniente para celebrar el contrato definitivo (por ejemplo, falta la documentación necesaria), o para evitar una publicidad inconveniente.

<sup>5</sup> Como se verá más adelante, la opción puede tener naturaleza real, o naturaleza personal; en este último caso, constituye una modalidad de precontrato.

derecho civil de Cataluña,<sup>6</sup> normativa que es una de las más extensas que a nivel de derecho comparado existen sobre la institución, y que, dentro de sus limitaciones, permite sentar unas bases sólidas sobre las que construir una teoría general de tales figuras.

## II. EL PRECONTRATO

El precontrato ha sido denominado de diversas maneras. En los códigos que lo regulan se habla de contrato “preliminar” (artículo 1351, Código Civil de Italia de 1942; artículos 934 y ss., Proyecto Código Civil de Argentina de 1998), “promesa” de contrato (artículos 2244 y ss., Código Civil Federal,<sup>7</sup> artículos 1674 y ss., Código Civil de Guatemala; artículo 1554, Código Civil de Chile, artículo 1611, Código Civil de Colombia; artículo 410, Código Civil de Portugal; y artículo 22, *Code des obligations* de Suiza), o contrato “preparatorio” de otro contrato (artículos 1414 y ss., Código Civil de Perú; artículos 2243 y ss., Código Civil Federal), entre otras expresiones.<sup>8</sup> Se trata de una figura que plantea muchos interrogantes, entre ellos la relación entre precontrato y contrato definitivo, cuestión que ha dado pie a diversas teorías, la mayor parte de las cuales pueden dividirse en dos grupos: las que consideran que el precontrato es diferente del contrato definitivo, de manera que éste no existirá hasta que no se preste un nuevo consentimiento, y las que identifican el precontrato con el contrato definitivo, en el sentido que la manifestación de los consentimientos necesarios para la existencia del contrato definitivo ya se encuentra en el precontrato, y no hace falta reiterarlo.

<sup>6</sup> Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, servidumbre, y adquisición voluntaria o preferente (LSSDA). No obstante, debe tenerse en cuenta que, en fecha 5 de septiembre de 2005, el *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya* publicó el Proyecto de Ley por el cual se aprueba el Libro Quinto del Código Civil de Cataluña relativo a los derechos reales, que en sus artículos 568-1 a 568-27 regula los derechos de adquisición, estando dedicados los artículos 568-8 a 568-12 al derecho de opción.

<sup>7</sup> Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos, que empezó a regir el 1.º de octubre de 1932. Debe hacerse notar que los artículos 2243 y ss. emplean también los términos “contrato preparatorio” y “contrato preliminar”.

<sup>8</sup> En el Código Civil español, en el que no existe una regulación del precontrato, se utiliza el concepto de promesa de contrato (artículo 1451, que regula la “promesa de vender o comprar”), si bien doctrinal y jurisprudencialmente sí se habla de precontrato, expresión esta última también utilizada en el derecho alemán (*Vorvertrag*), que fue donde se acuñó tal denominación gracias al célebre mercantilista Thöl, quien la empleó a partir de la tercera edición de su *Derecho mercantil*, 1854. Alguer, José, “Para la crítica del concepto de precontrato”, *Revista de Derecho Privado*, octubre de 1935, p. 323.

1. *Tesis según la cual el precontrato obliga a prestar un nuevo consentimiento*

La teoría que podemos calificar como más clásica considera que la celebración del precontrato obliga a las partes a celebrar posteriormente un nuevo contrato, que como tal requerirá la prestación de un nuevo consentimiento. La mayoría de los códigos civiles que regulan la institución parecen seguir esta teoría, por ejemplo, el artículo 2243, Código Civil Federal, según el cual “Puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro”.<sup>9</sup>

Conforme a esta primera teoría, en virtud del precontrato las partes asumen una obligación: la de celebrar el contrato que han preparado mediante tal precontrato, en el cual constarán todos los elementos necesarios para la celebración del contrato definitivo. Es claro en este sentido el artículo 2245, Código Civil Federal, según el cual “La promesa de contrato sólo da origen a obligaciones de hacer consistentes en celebrar el contrato respectivo de acuerdo con lo ofrecido”. 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. Así lo dice el artículo 2246, Código Civil Federal: “Para que la promesa de contratar sea válida debe... contener los elementos característicos del contrato definitivo...”.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> También son claros en este sentido el artículo 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 artículo 1674 Código Civil de Guatemala, según el cual “Se puede asumir por contrato la obligación de celebrar un contrato futuro”, completado con el artículo 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 artículo 410 del Código Civil de Portugal empieza diciendo que “A convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato...”, y la Ley 516.3 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 artículo 1554, parece estar en esta línea, al fijar los requisitos para que la promesa de contratar produzca efectos: “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”.

<sup>10</sup> En parecidos términos, el artículo 1415, Código Civil de Perú dice: “El compromiso de contratar debe contener, por lo menos, los elementos esenciales del contrato definitivo”.

La pregunta que surge inmediatamente es, en el caso de la promesa bilateral,<sup>11</sup> por qué las partes no celebran ya el contrato definitivo. Si se ha determinado el contenido del contrato, y existe vinculación entre las partes, ¿por qué éstas celebran un precontrato y no el contrato definitivo? Si las partes 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, legal 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 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, 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 ordenamientos en los que se diesen las dos siguientes características:

- La exigencia de una forma específica para la validez de un contrato; por ejemplo, el artículo 2320, Código Civil Federal, exige que la venta se haga en escritura pública si “el valor de avalúo del inmueble excede de trescientos sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación”.
- Que no sujeten el precontrato a los mismos requisitos formales que el contrato definitivo; el artículo 2246, Código Civil Federal, empieza diciendo: “Para que la promesa de contratar sea válida debe constar por escrito”.

En consecuencia, conforme al Código Civil Federal, la celebración de un precontrato para la venta de un terreno, por ejemplo, tendrá su razón de ser en conseguir la vinculación de las partes eludiendo los inconvenientes que supone la necesaria celebración del contrato en escritura pública.

<sup>11</sup> Distinto es, como veremos, el caso de la opción (promesa unilateral), que tiene una más evidente justificación y razón de ser.

Como decíamos, según esta primera teoría, el contrato definitivo requiere una nueva prestación del consentimiento. Pero, ¿qué ocurre si una de las partes se niega a prestar tal consentimiento? Dos respuestas de distinto signo se han dado a tal pregunta:

- La posición más clásica considera que la prestación del consentimiento es un acto de carácter personalísimo e incoercible, en el sentido que ni puede ser prestado por otra persona que no sea el contratante, ni a éste se le puede forzar a prestarlo. Ello determina que si una de las partes se niega a prestar el consentimiento, se producirá un incumplimiento de la obligación asumida mediante el precontrato, que se deberá resolver en la indemnización de los daños y perjuicios causados por tal incumplimiento, pero no en la celebración forzosa del contrato definitivo. No cabe el cumplimiento forzoso de la obligación en forma específica, sino únicamente el cumplimiento por equivalencia, insatisfactorio en este caso.
- La anterior teoría presenta el inconveniente de que no queda garantizada la efectividad de la obligación de contratar frente a la negativa de una de las partes. Por ello, un sector de la doctrina admite que, en el caso en que uno de los contratantes se niegue a prestar el consentimiento para la celebración del contrato definitivo, la otra parte podrá exigir judicialmente la prestación del mismo, hasta el punto que, si persiste la negativa, será el juez quien pueda otorgar el consentimiento necesario para el nuevo contrato.

Algunos códigos parecen seguir, con diferentes matices, esta segunda teoría. Así, el artículo 2247 del Código Civil Federal empieza diciendo: “Si el promitente rehúsa firmar los documentos necesarios para dar forma legal al contrato concertado, en su rebeldía los firmará el juez...”, y en términos análogos se expresa el artículo 1683 del Código Civil de Guatemala: “Si el promitente se negare a otorgar la escritura para dar forma legal al contrato prometido, en su rebeldía lo hará el juez...”. Obsérvese, sin embargo, que tales preceptos no hablan de celebrar un nuevo contrato, sino de formalizarlo, es decir, de darle forma, concepto bien diferente, ya que supone que el consentimiento contractual ya existe, ya ha sido prestado, y por tanto no se requiere que el juez lo supla. Por su parte, el artículo 1418 del Código Civil de Perú dice: “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, en este caso, ya no se habla de formalizar el contrato, sino de “celebrarlo”, pero que el precepto no dice expresamente que el juez pueda prestar el consentimiento necesario para el nuevo contrato.

## *2. Tesis de la identidad entre precontrato y contrato definitivo*

La anterior teoría presenta como inconveniente principal que, al exigir la celebración de un nuevo contrato y por tanto la prestación de un nuevo consentimiento contractual, no se ofrece una solución satisfactoria a los problemas derivados de la resistencia de uno de los contratantes a celebrar el contrato al que se ha comprometido mediante el precontrato. El cumplimiento forzoso de la obligación en forma específica mediante la prestación del consentimiento por el juez podría resultar una solución muy eficaz, pero es dudoso que sea jurídicamente correcta, dado que el consentimiento contractual únicamente puede prestarse personalmente o mediante representación, legal o voluntaria, pero es muy discutible que admita su ejecución forzosa.

Ya se ha señalado que algunos códigos que parecen partir de la tesis de la existencia de dos contratos —precontrato y contrato definitivo—, no llevan esta teoría hasta sus últimas consecuencias, al hablar no de “celebración”, sino de “formalización” del contrato definitivo, con lo que implícitamente se está admitiendo la suficiencia del consentimiento precontractual para constituir el contrato definitivo. Y es que, según la tesis más extendida, tesis de origen italiano a la que nos adherimos, el consentimiento prestado al otorgar el precontrato hace innecesario un nuevo consentimiento para celebrar el contrato definitivo, con lo cual se identifican precontrato y contrato definitivo. Esta segunda tesis tiene las siguientes implicaciones:

1a. En el precontrato ya deben constar todos los elementos esenciales del contrato definitivo. No se puede hablar de precontrato si al pactarlo queda algún elemento esencial por determinar, determinación que requeriría 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 me-

diante el recurso a la autointegración, la Ley,<sup>12</sup> los usos o la buena fe.<sup>13</sup> Por tanto, no es que en el precontrato se fijen las “bases” o líneas maestras del contrato futuro,<sup>14</sup> sino que en él constan todos los elementos que integrarán el contrato definitivo. Lo que distingue el precontrato del contrato definitivo es que, aunque en el precontrato ya se dan los requisitos necesarios para la puesta en funcionamiento del contrato, ésta no se produce de momento —y puede que no llegue a producirse nunca—, sino que debe esperarse a un nuevo acto de voluntad de una de las partes. En definitiva, el precontrato supone la existencia de un contrato con todos sus elementos esenciales, en el cual su eficacia queda condicionada a la voluntad de las partes; cuando se dé dicha voluntad, no será preciso ningún nuevo acuerdo para la puesta en marchaefectividad del contrato, dado que su contenido ya estaba plenamente determinado con el acuerdo precontractual.

2a. Entre tales elementos esenciales del contrato debería incluirse, si es el caso, la forma. Es decir, según la tesis que mantenemos, si la ley exige con carácter *ad solemnitatem* una forma determinada para la celebración de un contrato, el precontrato debería otorgarse en la misma forma requerida para el contrato definitivo.

En el caso en que rija el principio de libertad de forma, y el precontrato se otorgue en forma privada, si una vez manifestada la voluntad de poner en funcionamiento el contrato se quiere dotar a éste de una forma pública, debe tenerse en cuenta que el contrato ya existirá, con lo que no estaremos ante un nuevo contrato, sino ante la elevación a público de un contrato privado, contrato este último que ya reunirá todos los requisitos necesarios para su eficacia. Por tanto, para tal elevación a público, no se requerirá un

<sup>12</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. Y si nada se ha estipulado sobre este extremo en el precontrato, ninguna de las partes podrá pretender modificar el régimen legal.

<sup>13</sup> El artículo 1451 del Código Civil español, tratándose de una compraventa, hace referencia únicamente a la cosa y al precio como elementos que deben estar determinados.

<sup>14</sup> Tesis ésta mantenida por el insigne jurista catalán Ramón Ma. Roca Sastre, en su trabajo “Contrato de promesa” *Estudios de derecho privado*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1948, t. I, pp. 331 y 332, quien considera 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.

nuevo consentimiento contractual, sino que estamos ante un acto debido que admitirá, en este caso sí, que la negativa de una de las partes pueda ser suplida por la actuación judicial.

3a. Para explicar el paso del precontrato al contrato definitivo se ha propuesto la teoría según la cual el contrato definitivo se encuentra sometido a la potestad de las partes que actúa como condición. El hecho que la efectividad del contrato quede sometida a la voluntad de los contratantes parece permitir una asimilación del precontrato al contrato sometido a una condición potestativa de las partes, que cuando alguna de ellas lo considere oportuno empezaría a desplegar sus efectos. El acto en virtud del cual alguna de las partes decide ejercitar su derecho y poner en funcionamiento el contrato se podría equiparar al cumplimiento de la condición suspensiva que recaía sobre el contrato. Con esta teoría del precontrato como contrato condicional, el precontrato perdería su autonomía e incluso se haría superfluo su concepto, al quedar engullido dentro de una de las modalidades de los contratos sujetos a condición.

No obstante, aunque ciertamente es evidente el paralelismo entre precontrato y contrato sujeto a condición suspensiva potestativa, existen también algunas importantes diferencias, entre ellas:

- Si el contrato es condicional el cumplimiento de la condición producirá efectos retroactivos,<sup>15</sup> que no existen en el precontrato.
- El contrato definitivo no puede decirse que existe hasta que el precontrato se ejercita, mientras que el contrato condicionado ya ha nacido cuando la condición aún está pendiente. El precontrato no se identifica —en cuanto a su existencia, sí en cuanto a su contenido— con el contrato definitivo, sino que se “transforma” en el contrato definitivo.

Ello hace que la figura del precontrato tenga sustantividad propia, sin que deba intentar asimilarse a otras instituciones.

4a. El contrato definitivo es el resultado de unos tratos preliminares que desembocan en el precontrato, el cual, si la parte o las partes quieren (se-

<sup>15</sup> En el Código Civil español, así lo dispone el artículo 1120; en el Código Civil Federal, artículo 1941.

gún la promesa tenga carácter unilateral o bilateral, respectivamente), se transformará en el contrato definitivo. El precontrato implica la existencia de una especie de cláusula en el contrato que condiciona su eficacia a la voluntad de las partes. Pero el precontrato no se sitúa en la fase de los tratos preliminares, sino que, al igual que el contrato, es precisamente el resultado de dichos tratos, que desembocan en un contenido contractual, que será el del precontrato y, en su caso, el del contrato definitivo.

5a. El precontrato se identifica con el contrato definitivo. No estamos ante un nuevo contrato, sino ante una transformación que experimenta un mismo contrato, que pasa de estar *in potentia*, a estar *in actu*. El contrato existe en potencia, está formado, pero para que sea efectivo y puedan resultar exigibles las obligaciones que derivan del mismo hace falta un requisito más, requisito que depende exclusivamente de un acto volitivo de las partes.

Cabe concluir señalando que ambas tesis son plenamente aceptables, siempre que se pueda ser consecuente respecto a sus implicaciones. La primera teoría encajaría especialmente en sistemas en que se exija forma específica para la validez de un contrato y se permita que el precontrato no esté sujeto a los mismos requisitos formales que el contrato definitivo, y en los que se admita que el juez pueda prestar el consentimiento contractual ante la negativa de una de las partes. En cuanto a la segunda teoría es, en nuestra opinión, dogmáticamente más atractiva y posiblemente más operativa, en tanto no requiere una reiteración en la prestación del consentimiento contractual, si bien presenta los inconvenientes derivados de su difícil construcción técnica, que obligarían al legislador a pronunciarse sobre las muchas cuestiones dudosas que puedan plantearse.

### III. LA OPCIÓN COMO PRECONTRATO DE CARÁCTER UNILATERAL

La conversión del precontrato en el contrato definitivo queda en manos de las partes. En función de si ambas partes pueden exigir esta transformación y la consiguiente puesta en funcionamiento del contrato, o sólo lo puede hacer una de ellas, estaremos ante una promesa bilateral, o unilateral, respectivamente ante una opción. La promesa unilateral, en la que sólo una de las partes queda obligada, la denominamos opción.

Anteriormente hemos puesto en tela de juicio la utilidad del precontrato (bilateral), dado que la recíproca vinculación de las partes lo equipara al contrato definitivo. En cambio, sí existe una importantísima diferencia entre el contrato y el precontrato unilateral, en tanto que en este último únicamente una de las partes se encuentra obligada, lo que lo separa radicalmente del contrato, regido por la regla según la cual su eficacia no puede quedar al arbitrio de una sola de las partes.<sup>16</sup> De esta opción o promesa unilateral sí se hace un frecuente uso en la práctica. En el mundo inmobiliario, es corriente oír hablar de la opción para comprar un determinado inmueble, o en la esfera empresarial de las denominadas *stock options*, e incluso en el ámbito deportivo de la opción para adquirir los derechos sobre algún futbolista. Aunque en ocasiones se ha utilizado la figura con una finalidad de garantía, encubriendo a veces un *pactum comisorium*,<sup>17</sup> la opción también puede responder a otras finalidades perfectamente lícitas,<sup>18</sup> como pueden ser conceder un plazo de reflexión al optante sobre la conveniencia de celebrar o no un determinado negocio; permitirle reunir el dinero necesario para hacer frente a la adquisición; o intentar aprovecharse de la eventual revalorización del bien sobre el que recae la opción.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Así lo establecen el artículo 1256 del Código Civil español, y el artículo 1797 del Código Civil Federal, que utilizan exactamente las mismas palabras: “La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.

<sup>17</sup> Efectivamente, la opción utilizada como garantía puede encubrir un *pactum comisorium*; si en caso de incumplimiento de una obligación se permite al acreedor optante hacer suyo, mediante el ejercicio de la opción, el bien del deudor dado en garantía, sin tener que abonar nada, o abonando un precio muy reducido, la similitud de esta situación con el pacto comisorio es evidente: el acreedor podrá hacer suyo el bien dado en garantía, y si este bien es de un valor muy superior al importe de la deuda, el perjuicio para el deudor es evidente. El pacto comisorio está prohibido en el artículo 1859, Código Civil español, según el cual “El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas”. En el mismo sentido, el artículo 2887, Código Civil Federal, dispone: “Es nula toda cláusula que autoriza al acreedor a apropiarse la prenda, aunque ésta sea de menor valor que la deuda, o a disponer de ella fuera de la manera establecida en los artículos que preceden”. En cambio, en el derecho civil catalán no existe una prohibición expresa.

<sup>18</sup> En la práctica profesional es relativamente frecuente la denominada “opción mediadora”, caracterizada por la circunstancia de que el titular de la opción es, en principio, un intermediario que no desea ejercitar la opción, sino simplemente aprovecharse del valor que tiene el derecho de opción para transmitirlo a un tercero, que será quien la ejercite. La razón de ser de esta “opción mediadora” se encuentra en el valor intrínseco que tiene el derecho de opción, cuando permita adquirir un bien por un precio inferior al real.

<sup>19</sup> Esta última es posiblemente la utilización más frecuente que se hace de la opción: se constituye una opción de compra sobre unos terrenos en espera de una recalificación

En todo caso, lo que conviene dejar claro es que la opción constituye una modalidad de precontrato, que se caracteriza porque la puesta en funcionamiento del contrato sólo puede ser exigida por una de las partes, quedando la otra a resultas de lo que aquélla decida. Mientras el optante puede ejercitar su derecho y poner en marcha el contrato —sin que a su vez pueda ser obligado a ello por la otra parte— el concedente queda a expensas de la decisión del titular del derecho de opción. Por lo demás, en la opción se dan todas las características del precontrato.

La mayoría de los códigos civiles que hasta el momento han regulado el precontrato siguen este esquema de considerar la opción como una modalidad de precontrato. Así lo hace el Código Civil de Perú, de 1984 que, tras los artículos 1414 a 1418 dedicados al denominado “compromiso de contratar”,<sup>20</sup> en el artículo 1419 regula el contrato de opción: “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”. Siguen asimismo este esquema el Código Civil Federal,<sup>21</sup> y el Código Civil de Portugal.<sup>22</sup> Pero quizás el código más claro al respecto sea el de Guatemala; sus artículos 1674 a 1685 regulan: “La promesa y la opción”; el artículo 1675 dice: “La promesa de contrato puede ser unilateral o bilateral”, y el artículo 1676 dispone: “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”.

#### IV. OPCIÓN PERSONAL Y OPCIÓN REAL: PRECONTRATO Y DERECHO REAL DE ADQUISICIÓN

La modalidad de opción más utilizada en la práctica es la opción de compra. Esta opción se ha venido encajando dentro del marco del pre-

urbanística que los haga subir de valor; si tal aumento de valor se produce, se ejercerá la opción y se adquirirán los terrenos, mientras que si no tiene lugar simplemente se dejará caducar el ejercicio de tal derecho.

<sup>20</sup> Definido en el artículo 1414, según el cual “*Por el compromiso de contratar, las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo*”.

<sup>21</sup> El Código Civil Federal regula en los artículos 2243 a 2247 la promesa de contrato; el artículo 2244 dice que “*La promesa de contratar, o sea el contrato preliminar de otro, puede ser unilateral o bilateral*”.

<sup>22</sup> Los artículos 410 a 413 del Código Civil de Portugal regulan el “*contrato-promesa*”, y también prevén que pueda ser unilateral o bilateral.

contrato y, por tanto, dentro de los derechos de naturaleza personal. El concedente queda vinculado, y asume una obligación de carácter negativo consistente en no hacer nada que obstaculice el posible ejercicio de la opción, como podría ser enajenar la cosa a un tercero. Ahora bien, si el concedente lleva a cabo tal enajenación, el derecho del optante devendrá inefectivo, ya que su derecho de crédito es frente al concedente, y solamente frente a él podrá ejercitarlo, pero no frente a terceras personas, a consecuencia de su naturaleza personal. Por ello, en la opción personal no solamente puede existir el peligro antes apuntado de que el concedente se niegue a celebrar el contrato definitivo, sino que puede existir la imposibilidad material de llevar a cabo dicho contrato, en el caso que el concedente haya enajenado la cosa a un tercero. Efectivamente, si se lleva a cabo dicha enajenación, el optante no podrá ejercitar su derecho de opción frente a este tercero y, normalmente, sólo podrá exigir al concedente la indemnización por los daños y perjuicios causados por su incumplimiento, pero no podrá adquirir el bien como pretendía.

La solución a tal inconveniente podría ser, por un lado, hacer oponible al tercero tal derecho de opción, lo que se podría conseguir mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad, inscripción que la ley española permite en el artículo 14 de su Reglamento Hipotecario, a pesar de tratarse de un derecho personal.<sup>23</sup> La otra posibilidad sería configurar la opción como un derecho real, lo que la dotaría intrínsecamente de la eficacia *erga omnes* necesaria para ser ejercitable frente a cualquier tercer adquirente.

La alternativa de configurar la opción con carácter personal o real está prevista en el derecho civil de Cataluña, lo que constituye una importante novedad desde un punto de vista legislativo y una importante aportación a la configuración jurídica del derecho de opción. En el ordenamiento jurídico catalán se contiene una regulación bastante completa de la opción,

<sup>23</sup> La regla general es, conforme al artículo 1.1 de la Ley Hipotecaria española, que “El Registro de la propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles”. No obstante, el artículo 14.1 del Reglamento Hipotecario establece 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: 1a. Convenio expreso de las partes para que se inscriba. 2a. Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción. 3a. Plazo para el ejercicio del derecho de opción, que no podrá exceder de cuatro años”.

pero bajo una estructura completamente diferente de la vista hasta ahora. Dentro del proceso de codificación del derecho patrimonial catalán,<sup>24</sup> la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, servidumbre, y adquisición voluntaria o preferente (LSSDA), regula, en sus artículos 197 a 35, los derechos de tanteo, retracto y opción,<sup>25</sup> y admite que la opción pueda tener naturaleza personal o real. El artículo 20.1 LSSDA empieza diciendo: “Los derechos de adquisición pueden tener naturaleza real o personal”. En consecuencia, en el derecho civil catalán la opción no siempre es un precontrato (no lo será si es de naturaleza real), de igual manera que el precontrato no siempre es una opción (no lo será si la vinculación tiene carácter bilateral). En la opción real, el contrato generador del derecho de opción desaparece al constituir tal derecho. La única función que tiene tal contrato es crear el derecho de opción. Una vez creado este derecho de opción de naturaleza real, adquiere autonomía y vida propia, independizándose del contrato que lo ha originado. Si se ejercita la opción y se produce la adquisición del bien, esta adquisición no tiene naturaleza contractual, sino que constituye un modo de adquirir diferente.

La distinción entre la opción real y la personal es importante. Aparte de otros aspectos más de detalle —como puede ser, por ejemplo, la for-

<sup>24</sup> Cataluña se halla inmersa en una fase codificadora de su derecho civil, que debería culminar con la completa publicación de su propio Código Civil, distinto del español. Lo que ocurre es que esta codificación no está exenta de polémica, por motivos competenciales, ya que el gobierno central mantiene que, conforme al artículo 149.1.8 de la Constitución española, ciertas materias civiles son de su competencia exclusiva. Véase al respecto Bosch Capdevila, Esteve, “Un supuesto de codificación de derechos civiles ‘regionales’: el Código Civil de Cataluña”, en Adame Goddard, Jorge (coord.), *Derecho privado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2005, pp. 595 y ss.

<sup>25</sup> Puede sorprender que, ¿cuál es la razón por la cual, a pesar de que se prevea que tales derechos puedan tener carácter personal o real, su regulación se encuentra ubicada dentro de una ley que regula diversos derechos reales y, no en sede de contratos? Ello puede deberse a las peculiaridades del derecho civil catalán, que por el momento no regula todas las instituciones civiles, sino solamente el derecho de sucesiones, y numerosas instituciones de derecho familiar y derechos reales. En cambio, la regulación en materia contractual es casi inexistente, en parte debido principalmente a los conflictos competenciales que ello plantearía con el Estado español. Por tanto, puede decirse que en el derecho catalán no se regula la opción dentro del marco del precontrato porque no existe el marco adecuado para una regulación de los contratos. Véase Bosch Capdevila, “Un supuesto de codificación de derechos civiles ‘regionales’: el Código Civil de Cataluña”, *cit.*, nota 24, pp. 601 y ss.

ma de constitución,<sup>26</sup> o el plazo máximo de duración del derecho—,<sup>27</sup> existen una serie de consecuencias de la distinción entre opción real y opción personal:

1. La opción personal la puede ejercitar el optante únicamente frente al concedente, mientras que la real es ejercitable *erga omnes*. Mientras esta última la puede ejercitar directamente el optante frente al tercero, para el ejercicio de la opción personal se requerirá siempre la intervención del concedente.

2. La regla general es que la opción personal no es oponible a terceros; la excepción será el caso en que la opción personal se halle inscrita en el Registro —y, si bien ello es discutible, también cuando el tercero sea de mala fe—. En cambio, la opción real, a consecuencia de la publicidad registral, siempre será oponible a terceros.

3. Mientras “el ejercicio de un derecho de adquisición de naturaleza real supone la adquisición de la cosa...” (artículo 29.1, LSSDA), en cambio, “el ejercicio de un derecho de adquisición de naturaleza personal supone la exigibilidad del cumplimiento de la obligación de entrega del objeto” (artículo 30.1, LSSDA), entrega que será la que producirá la adquisición de la propiedad. Por tanto, la diferencia se halla en las consecuencias del ejercicio de la opción: la eficacia adquisitiva inmediata del derecho real de opción, frente a la exigibilidad de la obligación de entrega de la cosa si la opción es personal. En la opción real la adquisición no es contractual, y en consecuencia no sería necesaria la traditio para la adquisición del dominio; en cambio, el ejercicio de la opción personal supone la transformación de la opción precontractual en contrato, lo que producirá las mismas consecuencias que la perfección de todo contrato: la exigibilidad de las recíprocas obligaciones, pero no la adquisición de la propiedad, que, en el derecho español y en el catalán, precisa de la traditio.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> La opción real precisa el acuerdo de las partes, en este sentido, la escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad (artículo 20, LSSDA). Por tanto, si nada se dice al respecto, la opción tendrá naturaleza personal.

<sup>27</sup> Superior en la real, 10 años sobre inmuebles, cinco sobre muebles, frente a los cuatro años de la personal (artículo 25, LSSDA).

<sup>28</sup> Artículo 609.2 *in fine* del Código Civil español, aplicable supletoriamente a Cataluña.

En definitiva, y con bien diferentes consecuencias, como vemos, en el derecho civil catalán la opción de compra se puede configurar como un precontrato (opción personal), o como un derecho real de adquisición (opción real).

## V. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA OPCIÓN DE NATURALEZA PERSONAL

A continuación se expondrá, de manera muy sistemática, el régimen de la opción de naturaleza personal, tomando como punto de partida la normativa del derecho civil catalán para los derechos de adquisición, posiblemente uno de los derechos que con mayor detalle ha regulado la opción, por lo que podría servir como modelo para otros códigos civiles que se decidan a regular o pretendan ampliar o modificar el régimen jurídico de tal figura.

### 1. *Capacidad*

El concedente de un derecho de opción precisa la capacidad necesaria para celebrar el contrato definitivo. La razón es que el consentimiento que el concedente presta para constituir la opción, es suficiente para la perfección del contrato definitivo, sin que tal consentimiento deba reiterarse. En cambio, mientras que el optante únicamente necesitará la capacidad general para contratar, dado que, una vez constituida la opción, para su eficacia es necesario que vuelva a manifestar su voluntad; ahora bien, si la opción se constituye a título oneroso, el optante requerirá la capacidad necesaria para disponer de la cosa dada como contraprestación para constituir la opción.

### 2. *Objeto*

El objeto de la opción puede ser muy variado, desde inmuebles, como locales, terrenos o pisos, hasta bienes incorpóreos, como acciones en una sociedad (las denominadas *stock options*) o los derechos para hacerse con los servicios de deportistas profesionales.<sup>29</sup>

<sup>29</sup> Efectivamente, en el mundo del deporte es relativamente frecuente que los clubes pacten derechos para adquirir o recuperar los servicios de determinados jugadores; la progresión del jugador, o la situación económica del club titular de la opción, serán los criterios básicos que determinarán el ejercicio o no de la opción.

El bien sobre el que recae el derecho de opción, además de los requisitos que debe reunir el objeto de todo contrato (que sea de posible existencia, lícito y determinado),<sup>30</sup> debe ser identificable. Y dado que el contrato sólo produce efectos obligacionales, es posible que la opción recaiga sobre bienes futuros —por ejemplo, los pisos de un edificio en fase de construcción (siempre que se encuentren perfectamente identificados)—, tal y como expresamente dispone el artículo 21.2, LSSDA. En este caso, la opción podrá ejercitarse aunque el bien todavía sea futuro. Se admite que pueda recaer sobre bienes futuros (artículo 21.2 LSSDA); por ejemplo, los futuros pisos de un edificio que el concedente se obliga a construir.

### 3. *Forma*

La opción puede constituirse por medio de un contrato independiente, o como un pacto integrado en otro contrato (artículo 23.II, LSSDA), como ocurre, por ejemplo, con el arrendamiento con opción de compra.<sup>31</sup>

Asimismo, conforme al mismo artículo 23, LSSDA, la opción se puede constituir por vía de cesión (el propietario concede a otra persona el derecho de opción), pero también por vía de división (el propietario transmite la propiedad a una persona y a la vez constituye un derecho de opción a favor de otra), o de reserva (el propietario transmite la propiedad, pero se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida).

Esta última modalidad constituye el denominado *pactum de retrovendo*,<sup>32</sup> que es en realidad una opción de recompra, por lo que su regulación debería venir enmarcada dentro de la del derecho de opción, y no como pacto agregado al contrato de compraventa, como se hace en la mayoría de derechos, entre ellos el derecho civil catalán.<sup>33</sup> El título constitutivo deberá contener una serie de menciones (artículo 24, LSSDA):

<sup>30</sup> Artículos 1271 a 1273 del Código Civil español, aplicables supletoriamente a Cataluña.

<sup>31</sup> Así también lo establece el artículo 1677 del Código Civil de Guatemala.

<sup>32</sup> Pacto que se encuentra prohibido por el artículo 2302 del Código Civil Federal, conforme al cual: “Queda prohibida la venta con pacto de retroventa, así como la promesa de venta de un bien raíz que haya sido objeto de una compra-venta entre los mismos contratantes”.

<sup>33</sup> El derecho catalán atribuye a tal pacto naturaleza real, y lo regula en los artículos 326 a 328 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña.

- Si el derecho de opción se ha constituido a título oneroso, la prima pactada para constituirlo.
- El domicilio del propietario del bien, para que se le pueda practicar la notificación de que el optante ejercita la opción.
- El plazo de duración del derecho.
- Si la adquisición es onerosa, debe constar también la contraprestación fijada para la adquisición del bien. Ahora bien, a este respecto consideramos más correcta la redacción del artículo 1415, Código Civil de Perú, que exige que consten todos los elementos esenciales del contrato definitivo.<sup>34</sup>

A diferencia de lo que ocurre con la opción real, la LSSDA no exige, en el caso del contrato constitutivo del derecho de opción, ni escritura pública ni que se inscriba inscripción en el Registro de la Propiedad. Ahora bien, como dispone expresamente el artículo 1674.2, Código Civil de Guatemala, la promesa de contrato debería otorgarse en la forma exigida por la ley para el contrato que se promete celebrar, a consecuencia de la identificación del precontrato con el contrato definitivo.<sup>35</sup>

Si constando la opción en documento privado, posteriormente se pretendiese inscribirla en el Registro de la Propiedad, y el concedente se negase a formalizar el contrato, el juez podrá suplir su consentimiento otorgando la escritura pública correspondiente.<sup>36</sup>

#### 4. *Duración máxima*

El derecho de opción personal supone una importante carga para el concedente, al cual se le obliga a no enajenar el bien. Como medida para su protección —se puede afirmar que el concedente es la parte débil del contrato— es patente la necesidad que la ley fije un plazo máximo de duración del derecho de opción, dado que el concedente no puede quedar indefinidamente sometido a la incertidumbre que supone saber que el optante, en cualquier

<sup>34</sup> Dice el citado artículo 1415, Código Civil de Perú: “El compromiso de contratar debe contener, por lo menos, los elementos esenciales del contrato definitivo”.

<sup>35</sup> Requisito que no sería necesario si se sigue la tesis de la separación entre el contrato preparatorio y el contrato definitivo, como ocurre en el Código Civil Federal, artículo 2246, que sólo exige que la promesa de contratar conste por escrito.

<sup>36</sup> Así lo disponen, entre otros, el artículo 1683, Código Civil de Guatemala.

momento, podrá ejercitar el derecho de opción. El plazo que la LSSDA fija es de 4 años (artículo 25.2), plazo que puede ser objeto de sucesivas prórrogas —prórrogas que, obviamente, requerirán el acuerdo de ambas partes—, cuya duración respectiva tampoco podrá ser superior a cuatro años.<sup>37</sup>

Debe tenerse presente que el plazo de duración del derecho es una mención necesaria del título constitutivo, de manera que si no se fija tal plazo el derecho será nulo.<sup>38</sup>

### 5. *Transmisibilidad del derecho de opción*

Dado que la transmisión del derecho de opción supone la cesión de la cualidad de parte de un contrato, requiere el consentimiento de la otra parte contratante, es decir, del concedente.<sup>39</sup> Así lo establece el artículo 28.2, LSSDA, conforme al cual, para que el optante pueda ceder su derecho, se requiere que esté expresamente facultado para ello.<sup>40</sup> La transmisión puede autorizarse expresamente en el propio título constitutivo del derecho de adquisición, o en un acto posterior; la autorización puede tener carácter general, u otorgarse solamente para un acto transmisivo concreto.

La consecuencia de la transmisión del derecho del optante, llevada a cabo sin la autorización del concedente, es que a éste no se le podrá oponer por el adquirente el ejercicio de la opción.

### 6. *Obligaciones del concedente en la fase de “pendencia” y consecuencias de su incumplimiento*

Las obligaciones del concedente de un derecho de opción mientras éste no se ejercita son las siguientes:

<sup>37</sup> En el Código Civil de Guatemala, artículo 1681, el plazo es inferior: dos años si la opción recae sobre inmuebles, y uno si afecta a muebles; en cambio, el artículo 1423 del Código Civil de Perú no parece fijar plazo máximo, sino solamente un plazo de un año para el caso en que las partes no hayan estipulado ninguno.

<sup>38</sup> En cambio, en otros ordenamientos se prevé que si las partes no fijan plazo, éste será el máximo que la ley prevé (artículo 1682, Código Civil de Guatemala), o se fija un plazo legal subsidiario (artículo 1423, Código Civil de Perú).

<sup>39</sup> Artículos 1421, Código Civil de Perú, 412.2, Código Civil de Portugal, y 1678, Código Civil de Guatemala.

<sup>40</sup> Ahora bien, esta necesidad de autorización, que como decimos es acertada para la opción personal, se exige también por el artículo 28, LSSDA, cuando la opción tiene naturaleza real, lo que ya no es tan correcto, dado que la regla general es que los derechos reales de contenido patrimonial son libremente enajenables.

1a. El concedente queda obligado al cuidado “material” de la cosa, en el sentido que no podrá dañarla, sino que deberá conservarla para que, si el optante ejercitara la opción, la cosa se encuentre en el mismo estado en el que se hallaba al constituirla.

2a. Asimismo, el concedente está sujeto a una obligación de carácter negativo, consistente en no desarrollar ninguna actividad jurídica que pueda impedir el ejercicio de la opción; por tanto, está obligado a no enajenar y a no gravar la cosa sobre la que recae la opción.

En cuanto a las consecuencias del incumplimiento de tales obligaciones, el artículo 30.3, LSSDA, regula las que se producen por haber sido el propietario quien ha transmitido la cosa sobre la que recaía la opción a un tercero; el precepto dice: “Si el objeto se encuentra legalmente en poder de terceras personas, es procedente la indemnización de daños y perjuicios”. Pueden distinguirse tres situaciones:

1. Si el tercero es de buena fe y ha realizado una adquisición válida, no hay duda que no quedará afectado por el derecho de opción del optante, y a éste le quedará únicamente el derecho a exigir al concedente responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

2. Si el derecho de opción constaba en el Registro de la Propiedad —lo que en el derecho catalán y español es posible, conforme al artículo 14 del Reglamento Hipotecario—, al tercero le será oponible el derecho de opción, tanto si conocía como si no la existencia de tal derecho. Que le sea oponible no quiere decir que el optante pueda ejercitar su derecho de opción frente al tercero —lo que únicamente podría hacer si el derecho de opción tuviese carácter real—, sino que le afectará tal derecho de opción, en el sentido que se podría decretar la resolución de la enajenación, el retorno de la cosa al concedente, y el ejercicio del derecho de opción frente al concedente.

3. El caso más discutible es cuando el derecho de opción no se encuentra inscrito en el Registro, pero el tercer adquirente es de mala fe, al conocer la existencia del derecho de opción. La doctrina está dividida al respecto, pero la opinión que consideramos más correcta —aunque no sea la que más se ajuste a la letra del artículo 30.3, LSSDA— es la que entiende que el tercero, a pesar de ampararse en el Registro, no quedará protegido, de manera que se podría decretar también en este supuesto la resolución de la enajenación.

### 7. Requisitos para el ejercicio del derecho de opción

Además de cumplir los otros requisitos que se hayan podido estipular, el optante está obligado a notificar al concedente, fehacientemente,<sup>41</sup> el ejercicio de su derecho (artículo 31, LSSDA). Éste es, de momento, el único derecho que tiene el concedente: que le sea comunicado el ejercicio de la opción y, en consecuencia, la efectividad del contrato.

### 8. Efectos del ejercicio del derecho de opción personal

Conforme al artículo 30.1, LSSDA, una vez ejercitado un derecho de opción de naturaleza personal, se producen las siguientes consecuencias:

- Se hace exigible el cumplimiento de la obligación de entrega del objeto. Mientras en la opción constituida con carácter real su ejercicio daba lugar a la adquisición de la propiedad del objeto, en la personal sólo surge la obligación de entregar.
- El optante queda obligado, “*si procede*”,<sup>42</sup> al pago de la contraprestación. A diferencia de la opción real, el pago del precio no es un requisito para el ejercicio de la opción,<sup>43</sup> sino que es un efecto de dicho ejercicio.

Por tanto, por el ejercicio de la opción no se pide el cumplimiento del contrato —el pago del precio y la entrega de la cosa, tratándose de una opción de compra—, sino que se perfecciona la relación contractual entre concedente y titular del derecho, de manera que ambos quedan obligados al cumplimiento de sus obligaciones: la entrega de la cosa por parte del concedente, y el pago de la contraprestación por el optante. Como en todo contrato, su perfección sólo crea obligaciones para las partes.

<sup>41</sup> Normalmente la notificación se hará por vía notarial, pero sería admisible cualquier otro medio de realizarla que diese fe de su contenido.

<sup>42</sup> La facultad de adquisición puede ser gratuita, en cuyo caso no se deberá pagar ninguna contraprestación.

<sup>43</sup> Los artículos 29.2 y 32.1, LSSDA, exigen, en la opción real, el pago del precio para el ejercicio de la opción; la justificación de la diferencia respecto a la opción personal se encuentra en que, en la opción real, su ejercicio convierte al optante en propietario de la cosa; en cambio, como decimos, si la opción es personal, el ejercicio de la opción sólo le otorga el derecho a exigir la entrega de la cosa.

### 9. *Anulación y rescisión del contrato resultante del ejercicio de la opción*

La apuntada configuración de la opción personal como un contrato único pero con dos “fases”, plantea importantes problemas que afectan al régimen de impugnación del mismo. En el optante existirán dos voluntades distintas: la que ha constituido la opción y, en su caso, la que la ha ejercitado. Si cualquiera de estas voluntades está viciada, se podrá impugnar el contrato, y los plazos de impugnación empezarán a correr a partir del momento en que se prestó el consentimiento viciado. En cuanto a la impugnación del contrato por un vicio en el consentimiento del concedente, dado que éste no presta un nuevo consentimiento para la perfección del contrato, sino que lo ha otorgado ya al constituir la opción, en este momento debería empezar a correr el plazo para anular tal consentimiento.

Tratándose de defectos que afecten al contrato en sí mismo —por ejemplo, si se ha realizado en fraude de acreedores, o si se ha producido una *laesio ultradimidium*, en aquellos ordenamientos que admiten la rescisión por lesión—, la acción de rescisión nacerá a partir del momento en que se ejercita el precontrato. Y en el caso de la rescisión por lesión *ultradimidium* se plantea también la cuestión de determinar el momento al que hay que atender para determinar el precio justo del bien. Se trata de un problema importante, y muy discutible, existiendo argumentos a favor de cada una de las dos posibilidades: atender al momento en que se pacta la opción, o cuando ésta se ejercita. El carácter polémico de tal cuestión requeriría que los códigos se pronunciasen expresamente sobre el mismo, lo que no ha ocurrido en el derecho civil catalán.<sup>44</sup>

Posiblemente, la solución dogmáticamente más correcta —si bien no la que más se ajusta a la finalidad generalmente perseguida por la figura— sería considerar que, dado que el contrato se perfecciona cuando la opción se ejercita, es éste el momento al que hay que atender para el cálculo del precio justo, momento que además coincide con el del inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de rescisión.

<sup>44</sup> Sí, en cambio, el derecho francés. La Ley francesa núm. 49-1509, de 28 de noviembre de 1949, estableció claramente el criterio de valoración al tiempo de ejercicio de la opción, introduciendo un nuevo artículo, el 1675.2, según el cual “*En cas de promesse de vente unilatérale, la lésion s’apprécie au jour de la réalisation*”.