

DERECHO DE OPCIÓN

Configuración legal.

Relevancia fiscal de su constitución y cesión.

Circunscripción a los inmuebles en construcción:

“Pases inmobiliarios”



Autora: María Diaz Miralles –abogada del despacho Garrigos, Ruiz, Beneyto & Durá–

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 22 de febrero

El presente trabajo pretende hacer un estudio del derecho de opción desde un punto de vista jurídico doctrinal, desarrollado sobre el ejemplo más típico de la compra venta, y así mismo sobre las repercusiones fiscales que produce o puede producir en el ámbito inmobiliario.

Y todo ello derivado de la situación que se ha venido produciendo en los últimos años, donde el “mercado del ladrillo” ha generado – en palabras de la Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal de 2006 – un fraude en el sector inmobiliario que ha requerido modificaciones legislativas a fin de obtener información que permita un mejor seguimiento de las transmisiones y del empleo efectivo que se hace de los bienes inmuebles.

Bajo el amparo de actuaciones conformes con la ley a nivel contractual se han movido cantidades ingentes de capitales en los últimos años, cantidades efectivas que resultan mayores que las declaradas y con el argumento de figuras contractuales que finalmente desembocan en negocios muy distintos a lo que las partes declararon en su momento celebrar.

Se busca con el presente trabajo, en definitiva, delimitar el problema de lo que ha venido a llamarse “pases inmobiliarios”. No tanto para ofrecer una clara y determinada solución, extremo que ha de dejarse para los técnicos en la materia y que son quienes trabajan en ello, sino más bien para señalar el punto de inflexión en este tipo de operaciones, y que sirve de “vía de escape” para aquellos que tienen un ánimo de defraudar.

Y todo ello bajo el principio que propugna que *“las cosas son lo que son, y no lo que las partes dicen que son”*, levantando el velo para dejar a la vista la realidad, y sembrar la duda respecto a si el estudio constante y dilatado en el tiempo sobre cómo conseguir que se declare todo movimiento de dinero y se cumplan las obligaciones que emanan de las operaciones inmobiliarias, no ha llevado a que se difumine el problema real y que ha de servir de punto de partida para avocar en una solución.

Contenido

<i>Configuración legal</i>	1
<i>Relevancia fiscal de su constitución y cesión</i>	1
<i>Circunscripción a los inmuebles en construcción</i> :	1
<i>“Pases inmobiliarios”</i>	1
DERECHO DE OPCIÓN	4
Naturaleza jurídica	4
Los derechos de Adquisición Preferente.....	6
Configuración de los derechos reales.	8
Elementos y caracteres de la opción.....	9
Requisitos.	9
Efectos. Eficacia registral. Cesión del derecho.....	10
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO	12
CONTRATO DE OPCIÓN DE COMPRA	16
Modelo de contrato de opción de compra de inmueble en construcción.	17
Comentarios al contrato.	22
ENTORNO FISCAL	24
PASES INMOBILIARIOS. “ESPECULADORES INMOBILIARIOS”	24
ENTREGA DEL BIEN. TRIBUTACIÓN EN EL IVA	25
OPCIÓN DE COMPRA. TRIBUTACIÓN EN EL ITP-AJD	27
CONCLUSIONES, ¿FINALES?	29

DERECHO DE OPCIÓN

De acuerdo con la Real Academia de la Lengua, la **opción** (Del lat. *optio*, *-ōnis*) es el derecho a elegir entre dos o más cosas, fundado en precepto legal o en negocio jurídico.

La concesión de una opción es un negocio jurídico atípico o innominado, que aún no encontrándose expresamente regulado en el Código Civil está reconocido a efectos registrales en el Art. 14 del Reglamento Hipotecario.

Por tal circunstancia se ha de recurrir a la doctrina y a la jurisprudencia para delimitar bien su objeto, establecer los requisitos constitutivos y analizar las consecuencias de su concesión. En definitiva, determinar su estatus jurídico.

Naturaleza jurídica

Existe un eterno debate sobre la naturaleza jurídica del derecho de opción, que ha derivado en diversas doctrinas o corrientes a partir de la distinción entre el derecho de opción de compra y el precontrato o promesa de venta, así como en su diferenciación respecto a otras figuras afines.

Las dos grandes vertientes contrapuestas postulan por considerar tal derecho como un derecho real, o por el contrario negar tal condición.

A.- Quienes, por un lado, niegan que se trate de un derecho real, hacen una distinción a fin de delimitar el contrato de opción entre éste y el precontrato.

El **precontrato** (o promesa de contrato) es la figura jurídica para la cual se han formulado, así mismo, diferentes teorías.

La teoría clásica o tradicional viene a entender que es un contrato cuyo objeto es la celebración de un futuro contrato. Para esta tesis es necesario que en el precontrato se determine el futuro contrato en todos sus elementos esenciales.

Ej. Precontrato de compra venta: consentimiento, objeto, precio, causa.

En realidad estamos ante un contrato, lo que sucede es que las partes no han querido darle aún eficacia jurídica.

Otra tesis considera que el precontrato origina la obligación de desenvolver las líneas básicas de un futuro contrato. Es decir, lo que van a hacer las partes es establecer esas líneas básicas.

El problema aquí es que es muy difícil diferenciar aquéllas de los tratos preliminares y qué se entendería como líneas básicas.

La teoría actualmente mayoritaria considera que el precontrato abre ya a las partes la relación contractual en el momento mismo de su celebración.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 22 de febrero

Lo que ocurre es que una de las partes, o las dos se reservan la facultad de exigir la puesta en vigor de ese contrato en un momento posterior. Por lo tanto lo que tenemos es que el precontrato genera un vínculo obligatorio entre las partes, del cual nace sólo la facultad de exigir la puesta en vigor del contrato, pero no nacen los derechos y obligaciones propios del mismo.

Esta tesis sí que explica bien la idea del precontrato y tiene una utilidad para las partes que no conseguirían de otro modo. Como el contrato todavía no existe, se tiene ese vínculo entre las partes pero no existen todos los efectos propios del contrato.

Para celebrar el precontrato las partes tienen que tener la misma capacidad que para el contrato proyectado, así como también tienen que recoger los requisitos requeridos para éste.

Por el contrario, el **contrato de opción** se caracteriza porque el optante tiene la facultad de realizar un acto jurídico cuyo contenido vincula al concedente por la mera declaración de voluntad del optante, siempre que la acción se ejercite en las condiciones establecidas en el contrato.

Teóricamente puede tener un amplio campo de acción. En la práctica, la figura que más se produce es la de opción de compra, es decir, una persona requiere garantizarse la preferencia para adquirir una cosa cuya adquisición, la cual todavía o no tiene decidida en firme o todavía no puede realizar en firme.

En el contrato de opción lo característico es que esa opción se tiene que ejercitar en el plazo previsto, pasado el cual ésta caduca. El optante se garantiza una preferencia pero puede ejercitarla o no.

Respecto al optante, en caso de incumplimiento, su declaración de voluntad puede ser suplicada por la declaración de un juez o tribunal (Art. 708 LEC)¹.

¹ **Artículo 708 LEC.** Condena a la emisión de una declaración de voluntad.

1. 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 competente, por medio de auto, resolverá tener por emitida la declaración de voluntad, si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio. Emitida la declaración, el ejecutante podrá pedir que el Secretario judicial responsable de la ejecución libre, con testimonio del auto, mandamiento de anotación o inscripción en el Registro o Registros que correspondan, según el contenido y objeto de la declaración de voluntad.

Lo anterior se entenderá sin perjuicio de la observancia de las normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación de actos y negocios jurídicos.

2. Si, en los casos del apartado anterior, no estuviesen predeterminados algunos elementos no esenciales del negocio o contrato sobre el que deba recaer la declaración de voluntad, el tribunal, oídas las partes, los determinará en la propia resolución en que tenga por emitida la declaración, conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 22 de febrero

Se plantea en qué medida puede establecerse como un derecho real; de lo que se trata es de si este contrato de opción afecta o es oponible a terceros.

En principio respecto de los bienes muebles la opción no afecta a terceros; pero respecto a los bienes inmuebles sí que afectaría al tercero adquirente que estaría vinculado al ejercicio de la opción.

En cualquier caso, esta tendencia descarta completamente su consideración como derecho real propiamente dicho.

B.- Quienes, por otro lado, sí entienden el derecho de opción como un derecho real propiamente dicho, basan su línea argumentativa en caracterizarlo como un derecho de adquisición preferente.

Los derechos de Adquisición Preferente

Los derechos de adquisición preferente conceden a una persona que se encuentra en una determinada situación jurídica la facultad de adquirir una cosa cuando su propietario ha decidido venderla.

El titular de estos derechos puede hacerlos valer no sólo contra el propietario que enajena la cosa, sino también frente a cualquier adquirente de la misma, es decir, tiene eficacia *erga omnes* y por tanto tienen el carácter de derechos reales.

La **opción** es el derecho que el propietario de una cosa concede a otra persona para que pueda adquirirla con preferencia a los demás pagando el precio estipulado por la cosa y, en su caso, el convenido por la opción.

La opción no otorga, por tanto, al titular de la misma un poder directo o inmediato sobre la cosa, sino simplemente la facultad de adquirirla con preferencia a otros.

Para que tenga eficacia *erga omnes* ha de ser inscrita en el Registro de la Propiedad y para ello han de cumplirse tres requisitos:

Ha de haber acuerdo expreso de las partes para que la opción se inscriba. Debe existir un precio cierto estipulado para la adquisición de la cosa, y en su caso precio cierto para la opción (la prima). Debe haberse fijado un plazo para ejercitar la opción que no podrá exceder de 4 años.

Cuando la indeterminación afectase a elementos esenciales del negocio o contrato sobre el que debiere recaer la declaración de voluntad, si ésta no se emitiera por el condenado, procederá la ejecución por los daños y perjuicios causados al ejecutante, que se liquidarán con arreglo a los [artículos 712 y siguientes](#).

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 22 de febrero

Si no se cumplen estos requisitos la opción es válida pero únicamente produce eficacia *inter partes* con los efectos derivados de un contrato.

Ejercitada de forma positiva la opción, el contrato de compra venta queda automáticamente perfeccionado sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes, y desde entonces quedan éstas obligadas a cumplirlo.

El derecho de opción es transmisible por parte de su titular pero necesita el consentimiento del propietario de la cosa, ya que equivale a la cesión de un contrato.

Vistas ambas corrientes, la idea de considerar la opción de compra un precontrato es la compartida y estudiada en el presente proyecto, sobre uno de los ejemplos más característicos: la opción de compra.

Con lo cual, y antes de entrar a ver los elementos y caracteres de la misma, o sus efectos, y descartada como parte de los derechos reales – de goce, garantía o adquisición – y dado que hay quien la cataloga dentro de este último grupo, es decir, de los derechos de adquisición preferente, resulta necesario diferenciarla de algunas figuras similares.

Derechos de adquisición preferente.

Recordar que tomábamos la definición de derechos reales de adquisición como aquellos que facultan a su titular para, concurriendo ciertos requisitos, convertirse en propietario del bien sobre el que recaen.

Pues bien, a su vez este derecho se puede dividir en derechos de **tanteo, retracto y opción**, teniendo todos ellos eficacia real por sí mismos, o reforzando la misma mediante el acceso al Registro de la Propiedad.

Mientras que, como veíamos, el derecho de opción concede a su titular poder adquirir una cosa, pagando su precio o realizando el cumplimiento de alguna prestación pactada con el concedente, dentro del plazo estipulado (por ejemplo, la opción de compra pactada en el ámbito de un contrato de alquiler; es decir, el **alquiler con opción a compra**, siempre que esta opción se registre en el Registro de la Propiedad), los derechos de tanteo y retracto buscan una misma finalidad, la de dotar a su titular de una preferencia en la adquisición de un bien, pero se diferencian de aquél.

El **derecho de tanteo**, por su parte, atribuye la posibilidad de adquirir un bien con preferencia a otros sujetos interesados, en el caso de que el titular del bien decida transmitirlo. Y en las mismas condiciones que los demás (por ejemplo, el derecho de tanteo de un vecino respecto a una finca colindante; si decidimos vender esta finca, nuestro vecino tiene el derecho de tanteo, es decir, de comprar la finca por el precio pactado con otros posibles interesados).

Y por otro lado, el **derecho de retracto** otorga el derecho a subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 22 de febrero

Si bien esta clasificación y distinción sirve de base para algunos a la hora de calificar como derecho real el derecho de opción, se debe seguir descartando tal consideración a la vista del marco general de los derechos reales.

Configuración de los derechos reales.

Las relaciones jurídicas, atendiendo a su aspecto básico, pueden clasificarse como relaciones persona – persona y relaciones persona – cosa; y a su vez, llevan a distinguir entre el Derecho de obligaciones y el Derecho de cosas, siendo el primero la regulación de las relaciones interpersonales basadas en el negocio jurídico y el segundo, por su parte, la regulación de las relaciones de aprovechamiento económico entre los sujetos y las cosas.

Los derechos reales son un ámbito de poder que el ordenamiento jurídico concede a las personas para actuar sobre las cosas, cuyas características esenciales son la inmediatez y la eficacia *erga omnes*.

Y si bien la diferencia entre éstos y los derechos de obligación no aparece formulada en el ordenamiento jurídico, sí es utilizada por el propio Código Civil para multitud de efectos, y así mismo la doctrina tiene criterios establecidos para su distinción, y que nos resultan de utilidad.

Los derechos reales implican siempre una relación del titular directa e inmediata con la cosa que no requiere la presencia de los demás, mientras los derechos de obligación implican una relación interpersonal en virtud de la cual una persona podría exigir a otra una determinada prestación. Si bien a esta teoría podrían presentarse objeciones dado que en determinados derechos reales surgen derechos interpersonales, cabe decir que en el ámbito del derecho personal el contenido de esas relaciones personales viene determinado por la autonomía de la voluntad, mientras que en el ámbito de los derechos reales las relaciones interpersonales nacen de las facultades que el propio Derecho les otorga.

Por otro lado, los derechos reales están dotados de eficacia *erga omnes*, mientras los derechos de obligación tienen eficacia relativa afectando en principio únicamente a las partes del contrato.

En cuanto a su duración, los derechos reales son normalmente indefinidos mientras los derechos personales son necesariamente temporales. Y en los derechos reales el sujeto pasivo ha de estar perfectamente determinado siempre, mientras que en los derechos reales el sujeto pasivo es toda la comunidad, es indeterminado.

Por último, añadir que los derechos de obligación no están sometidos a ningún sistema de publicidad, mientras los derechos reales sí que tienen un sistema especial de publicidad basado en la posesión para los bienes muebles y en el Registro de la Propiedad para los inmuebles.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 22 de febrero

Estas notas diferenciadoras avocan a considerar el derecho de opción como un derecho de obligación – entre el sujeto que otorga la opción y quien es beneficiario de la misma – más que como un derecho real.

Es más, y como última referencia de distinción entre ambos, nuestro ordenamiento jurídico acoge la conocida Teoría del Título y del modo. Como se desprende del artículo 609 del Código Civil, cuando se celebra un contrato mediante el cual se va a producir la transmisión de un derecho real, no es suficiente con el simple acuerdo contractual para que se produzca la transmisión de tal derecho, sino que además hace falta la tradición, es decir, la entrega del objeto del derecho real que se está transmitiendo – el modo – y el acto jurídico por medio del cual se establece la voluntad de transmitir el derecho real y con el cual surge tal obligación sería el título.

A la vista de todo lo cual, con la celebración de un contrato por el que se concede un derecho de opción se genera un vínculo o relación jurídica que obliga a las partes, relación o derecho de obligación; opción que podrá ejercitarse o no respecto a un bien sobre el que, en caso de celebrarse el contrato posterior, tal vez recaiga un derecho real.

Elementos y caracteres de la opción.

El elemento básico en el derecho estudiado es la **opción**, que se concede a una de las partes para que decida sobre la celebración del contrato posterior, de la compra venta. Se concede al optante del derecho a decidir unilateralmente y por su sola voluntad la realización de la compra venta.

Así mismo, el derecho debe presentar concreción en cuanto al **plazo** para el ejercicio de la opción.

Y ha de determinarse la cosa **objeto** de compra y el **precio** de la misma. Es necesaria la determinación del objeto contractual, de manera que la compra venta futura quede plenamente configurada así como el precio estipulado para la adquisición del bien.

Toda vez que el contrato por el que se otorga el derecho de opción recoja todos los elementos mencionados, será un contrato válido, consensual y unilateral.

Si además se añade la obligación del **pago de una prima** por parte del beneficiario de la opción, dicho contrato será bilateral.

Requisitos.

Aun no encontrándose el contrato que otorga un derecho de opción regulado expresamente en el Código Civil, resultan de obligada observancia los preceptos que establecen los requisitos para entender válidamente celebrados los contratos. No existe un ánimo de entrar a desarrollar la teoría general de los contratos, pero sí resulta relevante resaltar dos aspectos fundamentales dado el fin del presente trabajo.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 22 de febrero

Con ello, hay que señalar en primer lugar que se trata de un **contrato consensual**, lo que implica de acuerdo con el artículo 1258 del Código Civil que se perfecciona por el mero consentimiento, y desde entonces obliga no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley.

Apreciación más que obvia para cualquier técnico en derecho, pero que se hace necesario poner de relieve por las consecuencias que de tal precepto derivan en el ámbito fiscal que posteriormente se abordará.

Así mismo, recordar el requisito legal que establece el Código Civil en cuanto al **objeto del contrato**, en particular en sus artículos 1271 y 1273, de acuerdo a los cuales pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, *aun las futuras* (y de ahí que pueda concederse un derecho de opción sobre un inmueble aún por construir); y así mismo dicho objeto del contrato debe ser una cosa *determinada en cuanto a su especie*. En el ejemplo del trabajo que nos ocupa, la proyección que sobre el terreno llevará a cabo la promotora concesionaria de la opción, concretada en uno o varios inmuebles determinados y delimitados mediante proyecto.

Efectos. Eficacia registral. Cesión del derecho.

El concedente del derecho de opción, mientras el beneficiario – optante no la ejercita está obligado a no disponer de la cosa sobre la que recae la opción.

Si se ha convenido el pago de una prima, tiene derecho a que se le abone, como también puede exigir el beneficiario – optante el cumplimiento de cualesquiera otras estipulaciones que se hubieran pactado.

El beneficiario de la opción tiene en su haber el derecho a decidir la celebración o no de la compra venta, y debe abonar en su caso la prima pactada y cumplir las condiciones establecidas en el contrato de opción.

El ejercicio de tal derecho de opción deberá realizarlo dentro del plazo pactado, dado que en caso contrario se producirá la caducidad de aquél.

Es importante la distinta interpretación del derecho de opción como un derecho de naturaleza real, en cuyo caso el acuerdo expreso de inscripción en el Registro de la Propiedad es eludible, a si se entiende como un derecho de naturaleza personal, donde estaríamos ante un derecho fácilmente confundible con la promesa de venta.

Atendiendo al artículo 14 del Reglamento Hipotecario, donde se contempla la posibilidad de la inscripción del derecho de opción, se pueden extraer los requisitos para que la misma pueda efectuarse.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 22 de febrero

Recoge el artículo mencionado, expresamente, lo siguiente:

“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:

Convenio expreso de las partes para que se inscriba.

Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción.

Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años.

[...]”.

Como característica de la opción de compra se puede destacar también que el optante puede limitarse a ceder a un tercero su posición en el contrato de opción y no ser parte del definitivo. Cabe designarlo de modo genérico, por la posición que ostentará en el contrato definitivo o en aquel otro en el que la opción se inserta. Lo usual, sin embargo, es su designación nominal. Una de las finalidades prácticas que con la opción pueden pretenderse consiste en transformar al optante en una especie de intermediario entre el concedente y un tercero. Es la *opción mediatoria*, y a partir de la cual se han venido celebrando “pases” inmobiliarios en cadena.

Al arbitrio del optante se deja la decisión respecto a la posterior celebración del contrato ofrecido, lo que constituye no una obligación, sino un derecho. El tercero, al ocupar el lugar del optante, entra en una posición compleja. El problema no puede resolverse por la simple aplicación de las normas correspondientes a la cesión de créditos. Este cambio en la posición jurídica del optante queda sustancialmente alterado por la aparición de un tercero, cuya solvencia personal y patrimonial puede ser muy distinta de la del optante primitivo.

La sustitución implica la asunción por el nuevo sujeto de la cualidad de parte originaria, mientras que el optante desaparece de la escena. Así, el optante no garantiza al concedente la validez del negocio final con el nuevo sujeto, ni el cumplimiento por éste del contrato definitivo. Debe admitirse que las partes pueden constituir el contrato *intuitu personae*, con carácter personalísimo e intransmisible. Por la misma razón, las previsiones expresas de transmisibilidad son válidas y eficaces en los términos en que estén redactadas, al menos como solución general. Tales cláusulas pueden establecerse con carácter general, concediendo al optante plena libertad para elegir al sustituto, o bien ciñéndolas a una o varias personas, designadas nominalmente o por su relación con el optante.

Un abundante sector doctrinal considera que estas previsiones son requisito esencial para la validez y eficacia de la sustitución; en otro caso, habría de concurrir el consentimiento expreso del concedente. La Sentencia de 12 de Junio de 1956 trató de establecer una teoría general de la transmisibilidad de la opción. La pieza clave de la validez y eficacia de la cesión es para el Tribunal Supremo la cláusula en que se preveía expresamente ésta.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 22 de febrero

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Ante la amplia casuística que se deriva de las distintas situaciones jurídicas, y junto con las fuentes principales del Derecho – Ley, costumbre y principios generales – tal y como menciona el propio artículo 1 del Código Civil español, en su punto 6º, *“La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho”*.

Tal jurisprudencia del Tribunal Supremo adquiere mayor importancia, si cabe, ante circunstancias como la estudiada, en las que una figura jurídica – en nuestro caso, contractual – no encuentra regulación expresa en la ley y por tanto no se ve estrictamente ajustada a la aplicación de los modos de interpretación de las normas que por su parte establece el artículo 3 del mismo texto legal.

Como ya se hizo mención en el bloque anterior, el derecho de opción es un derecho de desarrollo doctrinal y jurisprudencial, lo que conlleva necesariamente que todos los argumentos hasta ahora vertidos se apoyen, a fin de reforzar la corriente compartida, con la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo hasta la fecha.

Es el propio Tribunal Supremo quien determina el **derecho de opción de compra como un precontrato o promesa de venta**, en reiteradas ocasiones.

A modo de ejemplo, la sentencia reciente, **STS de 22 de Septiembre de 2009** [Recurso nº 242/2005, resolución 607/2009, procedimiento de casación; Id Cendoj 28079110012009100609], delimita tal derecho de opción en el proceso de resolver problemas que puede plantear el mismo y sobre los que luego entraremos.

En palabras del Tribunal Supremo (Fundamento de Derecho Tercero):

*“el artículo 1451 del Código Civil en cuanto dispone en su párrafo primero 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» comprende, por un lado, la promesa bilateral de comprar y vender, que constituye un contrato preliminar o precontrato cuya finalidad es vincular a ambas partes respecto de la celebración definitiva de un contrato de compraventa, con plena conformidad en la cosa y en el precio, perfeccionándolo en un momento posterior, de modo que los contratantes pueden reclamarse recíprocamente que dicha perfección tenga lugar si ello resultara jurídicamente posible, pues la consumación de la promesa se produce cuando se perfecciona el contrato proyectado; habiendo señalado la doctrina que, aun tratándose de una promesa bilateral, ha de considerarse que existe una promesa de **compra** por una parte y de venta por otra, por lo que normalmente se ejercerá una u otra promesa u **opción de compra** o de venta. Pero también se comprenden en dicha norma la promesa unilateral de vender o de comprar, en cuya virtud es uno solo de los futuros contratantes el que, adelantando en firme su consentimiento para la celebración del contrato queda pendiente, en las condiciones pactadas, de que la otra parte decida sobre su definitiva perfección”*

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 22 de febrero

No sólo encuadra el derecho de opción de compra como un contrato preliminar o precontrato, acudiendo con ello al artículo 1451 del Código Civil, sino que además razona – como ya adelantamos en su momento – que puede tratarse de un contrato tanto unilateral como bilateral, con sus respectivas consecuencias jurídicas.

Sigue diciendo la Sentencia a continuación:

“[...] **opción de compra** concedida por el vendedor al comprador que se halla sujeta a su ejercicio en un determinado plazo. Así, asimilan la promesa unilateral de vender a la **opción de compra** las sentencias de esta Sala de 7 noviembre 1995 y 17 octubre 1997, precisando la más reciente de 9 febrero 2009 que *«la **opción de compra** constituye esencialmente un precontrato o promesa unilateral de contrato por parte del vendedor de modo que es el optante el que adquiere únicamente la facultad de decidir sobre la exigencia de cumplimiento de la venta proyectada y es ese consentimiento del optante el decisivo para que el contrato quede perfeccionado, si bien sujeto al plazo de ejercicio pactado de modo que, transcurrido el referido plazo, la **opción** queda extinguida y el comprador pierde su **derecho...** »*.

[...] La sentencia de 2 julio 2008 se expresa en los siguientes términos: *«Como recuerda la sentencia de 16 octubre 1997, en el contrato de **opción de compra** la compraventa futura está plenamente configurada,*

*y depende del optante únicamente que se perfeccione o no (SS. 16 abril 1979; 4 abril y 9 octubre 1987 ; 24 octubre 1990; 24 enero, 28 octubre y 23 diciembre 1991 y 13 noviembre 1992) pues constituye un convenio en virtud del cual una parte concede a otra la facultad exclusiva de decidir la celebración o no de otro contrato principal de compraventa, que habrá de realizarse en un plazo cierto, y en unas determinadas condiciones, pudiendo también ir acompañado del pago de una prima por parte del optante, constituyendo sus elementos principales: la concesión a éste (al optante) del **derecho** a decidir unilateralmente respecto a la realización de la compraventa, la determinación del objeto, el señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición y la concreción de un plazo para el ejercicio de la **opción**, siendo por el contrario elemento accesorio el pago de la prima»*.

Termina de cerrar el círculo alrededor del derecho de opción, señalando que el contrato al que va referida tal opción – la compra venta futura – ha de estar perfectamente delimitada, y señalando como elementos principales los que ya apuntamos en su momento, siendo accesorio el pago de la prima:

derecho a decidir unilateralmente respecto al contrato futuro, objeto, precio de la futura compra venta y el plazo.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 22 de febrero

La sentencia de referenciada trae causa de un recurso de casación presentado, cuya finalidad es que se pronuncie el Supremo en cuanto al argumento alegado por una de las partes contratantes respecto a la extinción de las obligaciones contractuales o resolución del contrato.

Abordar tal extremo, una vez delimitado el derecho de opción, resulta interesante en cuanto que en el desarrollo del litigio en estadios inferiores se recurrió al artículo 1504 del Código Civil, el cual establece la posibilidad por parte del comprador de bienes inmuebles de pagar el precio estipulado aún pasado el plazo establecido al efecto.

Y a tal respecto, el Tribunal Supremo es claro al determinar que *“dicha norma resulta de aplicación a las compraventas de bienes inmuebles ya perfeccionadas, pero no a la promesa unilateral de venta o **derecho de opción** en que dicha perfección queda pendiente de la decisión del comprador expresada en un plazo determinado, por lo que no existe en tal caso compraventa ni obligación alguna de pago del precio pactado hasta que dicha perfección se produzca y, en definitiva, no opera la previsión excepcional de dicha norma en el sentido de permitir al comprador pagar el precio -en las compraventas de bienes inmuebles- aún después de expirado el término fijado para ello mientras no haya sido requerido de resolución por el vendedor”*.

Tal valoración por parte del Supremo resulta importante por cuanto dota de luz a la cuestión planteada en un extremo al que será necesario acudir en el desarrollo del bloque fiscal del presente trabajo. A saber, diferencia claramente el derecho de opción de la compra venta sobre la que se articula el mismo, con lo que nos encontramos ante dos supuestos de hecho distintos.

Otro punto que merece ser mencionado dado el alcance del presente trabajo, y su importancia en el mismo, es la **transmisibilidad del derecho de opción**.

Sobre el mismo se pronuncia el Tribunal Supremo también en reiteradas ocasiones, y recientemente en la **STS de 30 de Abril de 2010** [Recurso nº 1120/2006, resolución 277/2010, procedimiento civil; Id Cendoj 28079110012010100258].

El problema de partida sobre el que argumenta el Supremo es una cláusula contractual en el otorgamiento de un derecho de opción en la que se permitía la cesión del mismo, y que resulta de relevancia para el bloque posterior en el que se ejemplifica un contrato de este tipo.

Se trata de una práctica frecuente hasta fechas recientes, la cesión de los contratos de opción de compra, cuyos fines han venido siendo, entre otros pero principalmente, la elusión de impuestos. Y las distintas opiniones en torno a cómo zanjar los problemas que ocasionan tales actuaciones derivan muchas veces en concluir la pertinencia de establecer cláusulas contractuales que limiten la cesión del derecho de opción o que prohíban la misma. Pero, como veremos, la solución no es tal.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 22 de febrero

En el supuesto de la sentencia mencionada, las partes previeron la transmisibilidad del derecho de opción "*sin necesidad de consentimiento de la parte concedente*", estableciendo para tal caso que "*la transmisión realizada se notificará fehacientemente a la parte concedente, indicando el nombre o razón social del adquirente y su domicilio*". La contestación por parte del Tribunal Supremo es clara:

“Se trata de un caso de cesión de contrato, en este caso de precontrato, de origen convencional, pactado en aras del principio de autonomía de la voluntad, respecto a la que deben destacarse tres extremos. El primero: la notificación es un requisito que se exige por razón del pacto, pero no es un presupuesto esencial de la cesión del contrato; es decir, debe hacerse, pero el no hacerlo no implica la nulidad de la cesión. El segundo: en el presente caso, se hizo la cesión primero en documento privado (4 de abril de 2003) y posteriormente en escritura pública (25 de septiembre de 2003) y se notificó aún tardíamente. El tercero: en todo caso, el que quedó obligado por el pacto, obligación de notificar, es el contratante (precontratante) que fue el cedente, no el cesionario que es quien ha ejercido la opción y a éste no le pueden alcanzar los efectos negativos de un incumplimiento por parte de aquél”.

Se puede concluir, por tanto, que debería no otorgarse tal posibilidad de transmisión, de cesión del derecho de opción, dado que en caso de otorgarla e intentar asegurar la misma requiriendo que medie notificación al efecto, la falta de tal notificación no haría nula la cesión.

Y es más, el Tribunal Supremo afirma que tal pacto es de obligado cumplimiento para el contratante inicial a cuyo favor se estableció el derecho de opción, pero no así quien posteriormente pase a adquirir tal derecho por serle cedido.

Conclusión que lleva aparejado inevitablemente que surja la duda en cuanto a qué obligaría al nuevo adquirente, al cesionario, respecto al resto del clausulado contractual.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 22 de febrero

CONTRATO DE OPCIÓN DE COMPRA

Una vez nos hemos aproximado al derecho de opción, lo hemos delimitado y nos hemos posicionado respecto a qué naturaleza atribuirle, observando la tendencia de las principales corrientes doctrinales y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, hemos de situarlo en un supuesto práctico, que bien podría ser el siguiente:

Acude un cliente al despacho, solicitante se le asesore respecto a una operación que quiere efectuar.

Afirma que después de muchos años de trabajo, él y su esposa han conseguido reunir algo de dinero para poder adquirir en propiedad una vivienda, y poder así dejar de arrendar aquella en la que viven y apartarse del centro de la ciudad. Ha visitado varias promotoras, una de las cuales tiene iniciados varios proyectos situados entre la ciudad en la que viven y la costa y que le han resultado muy interesantes.

Pero se le presenta el problema de no tener reunida todavía la cantidad suficiente para adquirir la bonita vivienda que sobre plano le mostró la promotora, y en la que su esposa y él ya están imaginando cómo distribuir los espacios.

Es cierto que no les urge, no necesitan de inmediato adquirirla, pero lo desean tanto que no saben qué hacer. Ya han acudido a varias entidades financieras a preguntar cómo podrían financiar su adquisición, y la promotora les ha explicado que están vendiendo las viviendas aún en construcción, práctica habitual, dado que hay una fuerte demanda. Y si bien quieren adquirirla, no saben si finalmente es lo oportuno a corto plazo.

Un conocido del matrimonio, con quien comentan su proyecto, les explica que hay otras posibilidades. Les dice que no tienen por qué adquirir ya la vivienda ni tampoco arriesgarse a perderla, que pueden realizar una operación con la promotora por la que, pagando algo de dinero, se la reserve hasta que tengan claro si pueden o desean comprar. Es más, dada la amistad que les une, les confiesa que conoce gente que realiza este tipo de operaciones, que vienen a ser *comprar un derecho sobre la vivienda*, a fin de obtener una ganancia con ello que posibilite obtener, relativamente rápido, la cantidad necesaria para adquirir finalmente la vivienda deseada.

Consiste en llegar a firmar con la promotora un contrato por el que conceda tal derecho sobre la vivienda, y posteriormente ceder el mismo a otra persona que esté interesada, obteniendo la cantidad que abonaron por él pero incrementada.

La pregunta que surgió fue obvia, cómo podían realizar ese tipo de operación sin que al final les resultase más perjudicial que beneficioso, dado que todo aquello conlleva otras obligaciones como pagar impuestos o escriturar las operaciones, y que supone más dinero.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 22 de febrero

La respuesta al cliente es clara. Cabe tal posibilidad, la de llegar a un acuerdo con la promotora por medio del cual, sin necesidad de efectuar de inmediato la compra venta, se pacte un derecho de opción sobre la vivienda, reservándose por un tiempo la posibilidad de adquirirla o no, pero estando totalmente determinada dicha operación de compra al tiempo de adquirir el derecho.

Si bien en las repercusiones fiscales de tal operación se ahondará en el bloque correspondiente del presente trabajo y sobre otro ejemplo cuyo trasfondo es el mismo, ahora se aborda el tema desde un punto de vista estrictamente jurídico – material.

Se efectúa un modelo de contrato para el cliente por el que materializar la operación, y que tras haber sido negociado con la promotora, podría ser el que sigue.

Modelo de contrato de opción de compra de inmueble en construcción.

En _____, a _____ de _____ de _____

REUNIDOS

De una parte, D/Dña. _____, mayor de edad, de profesión _____, vecino/a de la ciudad de _____, con domicilio en la calle _____ y con D.N.I nº _____, en adelante **el concedente**.

Y de otra parte D/Dña. _____, mayor de edad, de profesión _____, vecino/a de la ciudad de _____, con domicilio en la calle _____ y con D.N.I nº _____, en adelante **el optante**.

COMPARECEN

El concedente en nombre y representación de la mercantil _____ [promotora] con C.I.F _____ y domicilio social en _____ e inscrita en el Registro Mercantil de _____, Libro ____, tomo ____, folio ____, hoja ____, según poder otorgado ante el Notario de _____, D./Dña. _____, nº. de protocolo _____, en fecha _____ // en su calidad de _____ de la mercantil citada .

Y el optante en su propio nombre y representación;

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 22 de febrero

Reconociéndose ambas partes capacidad suficiente para el otorgamiento del presente contrato, y en su virtud:

MANIFIESTAN

PRIMERO.- Que la parte vendedora es dueña de pleno dominio de la siguiente finca:

[descripción]

SEGUNDO.- Que la vivienda con sus elementos comunes y anexos descritos están en construcción en fase de _____, habiendo sido otorgada escritura pública de declaración de obra nueva y de división de la propiedad horizontal ante el Notario de _____, D./D^a. _____, el día _____, n^o. de protocolo _____, debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad con los datos que constan en el apartado precedente, figurando en la citada escritura los Estatutos de la Comunidad.

TERCERO.- Que las obras de esta promoción en general y particularmente las relativas a la vivienda y anexos objeto del presente contrato se están ejecutando/ se han ejecutado conforme al proyecto realizado por el Arquitecto D./D^a. _____, domiciliado en _____, habiéndose obtenido las licencias y autorizaciones administrativas legalmente exigibles de las que se adjunta copia.

CUARTO.- Que la construcción ha sido contratada/realizada con la empresa _____, C.I.F. _____, con domicilio en _____.

QUINTO.- Que la parte vendedora ha obtenido/está gestionando la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria sobre la vivienda y, en su caso, anexos descritos con la Entidad Financiera _____, con un tipo fijo/variable de interés nominal fijado inicialmente en el _____% anual, que equivale al _____ % de TAE (Tasa Anual Equivalente) (revisable en periodos _____ conforme al tipo de interés vigente en cada período que resulte de aplicar al tipo referencial _____ +/- (tachar lo que no proceda) _____ puntos), ascendiendo la responsabilidad hipotecaria que corresponde a la vivienda a _____ EUROS (_____ €). Dicho préstamo tiene establecido un plazo de amortización de _____ años, ascendiendo la comisión por amortización anticipada al _____ %, calculada sobre el capital pendiente de amortizar.

Las modificaciones del tipo de interés están sujetas a los siguientes límites o circunstancias _____

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 22 de febrero

Se adjunta extracto de las condiciones del préstamo facilitado por la entidad financiera.

Expuesto cuanto antecede, las partes convienen en celebrar el presente contrato de opción de compraventa de la vivienda [y *anexos*] descrita en el expositivo primero conforme a las siguientes:

ESTIPULACIONES

PRIMERA.- OBJETO.

Que la mercantil [*promotora*], concede y otorga a _____, que acepta con plena sujeción y respeto a las estipulaciones fijadas en el presente contrato, la **OPCION DE COMPRA** sobre la finca descrita en la manifestación primera, la cual aparece debidamente indicada en el plano anexo que se acompaña a este documento y sobre la que el optante manifiesta que es de su entera satisfacción, conociendo de forma exacta su estado y emplazamiento.

SEGUNDA.- PRECIO DE LA FUTURA COMPRAVENTA.

El precio de venta, de ejercitarse la opción, se fija en la cantidad de _____ EUROS, (____ €), al que habrá que adicionársele el I.V.A., que se encuentre vigente al momento de realizar la compraventa. Dicho precio más su I.V.A., correspondiente será pagadero [*con anterioridad a la firma de la escritura pública de compraventa y en efectivo*]

No obstante, este precio permanecerá inalterable siempre que se ejercite la opción de compra dentro de los plazos establecidos en el mismo. Si por cualquier circunstancia justificada los plazos inicialmente establecidos se prorrogaran, el precio llevaría aparejado un incremento equivalente a los gastos de mantenimiento e impuestos que la mercantil soportaría hasta la materialización de la compra venta.

TERCERA.- PLAZO.-

La opción de compra sobre la finca reservada, que en este documento se concede, tendrá que ejercitarse por el optante, como máximo, en el plazo de, _____ **MESES** [*máximo de 4 años*] a contar desde la fecha de la firma del presente contrato, con arreglo a todo cuanto aquí se pacta y con sujeción a la resolución y prórroga del plazo que más adelante se indicará.

CUARTA.- CARGAS Y GASTOS.

De ejercitarse la opción, la finca descrita se transmitirá como cuerpo cierto y libre de cargas, salvo aquellas que consten en este documento o en la Escritura de compra venta. Asimismo y

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 22 de febrero

de conformidad a lo expresado en las Condiciones Generales de Venta adjuntas, todos los gastos e impuestos que ocasione tanto la presente Opción como la futura Compraventa, su posterior elevación a público, incluso honorarios de Notario y Registrador de la Propiedad, serán de cuenta y cargo de la parte compradora, incluyendo en ello una copia simple para la mercantil [*promotora*] y cualquier liquidación que pudiera practicarse y que, originada por la transmisión, figurara la vendedora como sujeto pasivo.

QUINTA.- RESERVA. PRECIO O PRIMA POR LA OPCIÓN.

Como prueba del firme y verdadero interés que tiene el optante en proceder a la compra de la finca que ha quedado descrita, y a fin de que la misma le sea reservada durante el plazo señalado en la cláusula tercera, hace entrega al cedente en concepto de prima, la cantidad de _____ EUROS, (____ €). Dicha cantidad no será devuelta al optante en el momento de formalizar en plazo la escritura pública de compra venta, dado que previo el desembolso por este último del precio total de la compraventa, la cantidad abonada en concepto de prima por la opción se restará de aquella.

SEXTA.- PENALIZACION. CLÁUSULA PENAL.

Como expresa cláusula penal que se pacta entre las partes, se acuerda que si por cualquier causa no imputable a la parte cedente y transcurrido el plazo establecido para ejercer la opción de compra, según las condiciones que más adelante se indicarán, no se procediera por parte del optante, a la formalización de la correspondiente escritura de compraventa, la cantidad ahora entregada pasará a ser propiedad del cedente, allanándose el optante a perderla sin que tenga nada que reclamar, ocasionándose además con ello la resolución automática del presente documento, y quedando por tanto la finca optada a plena disposición del cedente quien podrá realizar con ella lo que a su derecho convenga o interese.

SÉPTIMA.- RENUNCIA.

El derecho de opción subsistirá en los términos, condiciones y plazos establecidos siempre y cuando no se produzca una renuncia expresa o tácita por parte del optante. En el caso de producirse ésta, conllevará de forma automática la extinción del presente derecho de opción y la pérdida de la cantidad entregada.

[En cualquier caso, la presente opción de compra se declara como intransferible a todos los efectos.]

OCTAVA.- RESOLUCIÓN Y PRORROGA DE PLAZO.

Una vez trascurrido el plazo de la opción sin que el optante la haya ejercitado, por cualquier causa no imputable a la parte cedente, la mercantil [*promotora*], dará por resuelto sin más trámites el presente contrato de opción de compra, pudiendo poner de nuevo a la venta a terceros la finca hasta entonces reservada o realizar con ella lo que a su derecho convenga o interese.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 22 de febrero

No obstante lo anterior y siempre al menos con una antelación mínima de _____ DIAS antes de finalizar el plazo anteriormente indicado, el optante podrá solicitar por escrito a la mercantil [*promotora*] un nuevo plazo o prórroga de hasta un máximo de _____ MESES, si por cualquier causa justificada que deberá acreditar debidamente, no le fuera posible materializar la compra venta.

La mercantil [*promotora*] valorará libremente y según su único criterio si la causa alegada está debidamente justificada y acreditada, comunicando por cualquier medio al optante en el plazo más breve posible, la concesión o no de la citada prórroga.

Si no se concediese, la opción de compra quedará resuelta en la forma establecida en el primer párrafo de esta cláusula.

Si la prórroga se concediese, se indicará al optante en la misma comunicación el plazo máximo concedido, nunca superior a otros _____ MESES desde la fecha del vencimiento del primer plazo.

Finalizado el nuevo plazo o prórroga concedido, sin que el optante haya ejercitado la opción en los términos señalados, la opción quedará resuelta en la forma establecida en el primer párrafo de ésta cláusula.

NOVENA.- MODERACIÓN DISCRECIONAL DE DERECHOS.

La mercantil [*promotora*] a la vista de las circunstancias especiales o excepcionales que puedan concurrir en cada caso, podrá discrecionalmente y según su libre apreciación y criterio, moderar y/o flexibilizar la aplicación de los derechos y garantías que a su favor se le otorgan en éste documento, previa solicitud y justificación de la otra parte contratante, en un sentido menos gravoso a esta última.

Si modificadas dichas condiciones en un sentido más favorables para la otra parte contratante, esta última también las incumpliese, la mercantil [*promotora*] podrá en ese caso y a partir de ese momento, exigir la plena aplicación de los derechos, cautelas, garantías, penalizaciones, etc., que se le otorgan en el presente convenio.

DÉCIMA.- JURISDICCIÓN Y LEGISLACIÓN APLICABLE.

Para cuantas cuestiones surjan en orden a la interpretación y ejecución del presente documento y de los que lo acompañan, las partes se someten expresamente a la competencia de los Juzgados y Tribunales de _____, con renuncia expresa a cualquier otro que pudiera corresponderles.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 22 de febrero

Las relaciones derivadas del presente documento se encuentran plenamente sujetas al derecho privado y a la libre voluntad de contratación de las partes intervinientes, ateniéndose a la legislación civil o mercantil que corresponda.

Y en prueba de conformidad con el contenido del presente documento, lo firman las partes intervinientes en lugar y fecha indicados al inicio.

LA MERCANTIL [PROMOTORA]

EL OPTANTE

OTORGANTE

Comentarios al contrato.

El ejemplo de contrato anterior no deja de ser un modelo, que podría ser el resultado tras la negociación del mismo entre la promotora y el cliente.

Por tanto, resulta necesario hacer ciertos comentarios respecto al mismo, a modo de aclaración o indicación.

En cuanto al apartado en el cual las partes “manifiestan”, la descripción de la finca objeto del contrato de opción de compra sobre la futura compra venta es clave.

Si bien lo es en otros contratos, en el que sirve de ejemplo en el que se opera o contrata sobre un piso aún en construcción cobra mayor importancia. Y tal condición, la de encontrarse aún por construir o por finalizar no hace imposible su descripción dado que en el proyecto de obra se encuentra descrita la finca perfectamente – o debe ser así – en cuanto a dimensiones, materiales, y demás circunstancias que la concreten y la particularicen, y así mismo la promotora debe tener planos de la misma que la figuren como si de una fotografía se tratara, y que por tanto en el contrato que sirve de ejemplo hemos advertido que los mismos se anexan a aquél.

Por su parte, las estipulaciones o clausulado del contrato puede ser más o menos extenso según las necesidades o deseos de las partes. Pero es de advertir que si bien en otro tipo de contratos se acude a la ley para cubrir las lagunas contractuales, esta figura, el derecho de opción de compra, si bien identificado como un precontrato referido a una futura compra venta y que por tanto debe recoger los elementos esenciales de ésta, el no determinar bien todos aquellos extremos de importancia para las partes podría conllevar problemas futuros que han de reducirse al mínimo, o procurarlo, desde un inicio.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 22 de febrero

Así las cosas, y revisando algunas de las estipulaciones del contrato que sirve de ejemplo, en cuanto al objeto se ha determinado perfectamente que se trata del otorgamiento de un derecho de opción de compra. Si bien tal cláusula parece obvia no debe olvidarse, como tampoco el hecho de que pudiera pretender calificarse la operación de otro modo conllevaría inevitablemente a que fuera entendido el contrato como tal, dado que *“los contratos son lo que son, y no lo que las partes dicen que son”*, a la vista del documento en toda su extensión.

Por su parte, en cuanto al precio de la futura compra venta determinado en la estipulación segunda es requisito *sine qua non* del contrato, dado que se trata de un elemento esencial de la compra venta y por tanto debe estar recogido ya en el otorgamiento del derecho de opción, o bien de forma expresa y determinada o por parámetros que hagan posible su determinación.

El plazo por el cual se entiende posible el ejercicio del derecho de opción determina el tiempo durante el cual la promotora estará obligada a no realizar operaciones respecto a dicha finca, así como el tiempo durante el cual el beneficiado por tal derecho puede ejercitarlo. Cuanto más amplio sea dicho plazo, mayor riesgo cabe respecto a que pueda operar dicho beneficiario con terceros a fin de obtener un lucro operando y transmitiendo la opción, y los beneficiarios sucesivos en operaciones similares en cadena. Es más, ha de tenerse en cuenta que si se busca una protección por medio de la inscripción registral, habrá de ser dicho plazo inferior a cuatro años o el contrato no tendrá acceso al Registro.

Otra forma de evitar que se opere buscando un lucro con la cesión del contrato es establecer una estipulación como la recogida en el contrato en la cláusula de la renuncia, en el segundo párrafo, en la que se prohíbe expresamente la cesión del mismo.

La cesión de contratos es lícita, y uno de los fines que se buscan en las operaciones *inter partes* es obtener un beneficio económico. Pero el matiz que se está haciendo en esta ocasión va referido al lucro que se busca esquivando obligaciones, entre otras, fiscales.

Incluso puede que a las partes no les importe que dicho contrato sea cedido, pero de no ser así debe manifestarse expresamente. O incluso puede establecerse una “estipulación intermedia”, por la cual si bien no se prohíba la cesión del mismo, se establezcan condiciones como el hecho de que sea puesto en conocimiento de la mercantil promotora, se limite la cesión mediante la identificación del cesionario, etc.

En cuanto a la prima o precio por el derecho de opción, ésta hace que el contrato sea bilateral, generando la obligación de su pago al adquirente del derecho en contraprestación de la obligación de la mercantil promotora de no operar con la finca objeto del contrato hasta que se ejercite la opción o bien se desista de la misma.

Es importante, si se acuerda la entrega de dicha prima, que se especifique si formará parte del precio final de compra venta futura para el caso de que efectivamente se ejercite la opción, dado que los efectos varían de entenderse como tal o no.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 22 de febrero

Es más, y como así se ha recogido en el ejemplo de contrato del presente trabajo, cabe la posibilidad y puede resultar para las partes el establecer una cláusula penal por la cual se regule qué sucederá con tal cantidad entregada en concepto de prima, para el caso de que las partes desistan del contrato. Porque si bien el derecho de opción de compra es eso, un derecho y no una obligación, ya hay una cantidad de dinero entregada que de desistirse de la operación puede conllevar conflictos en lo que atañe a la obligación de su devolución o la posibilidad de que se entienda perdida en beneficio de la mercantil promotora.

Es una facultad que otorga el sistema civil español, y que es aconsejable incluir en el contrato.

ENTORNO FISCAL

Una vez efectuada una delimitación del derecho de opción de compra, desde un punto de vista jurídico estricto, como un derecho obligacional, entre partes, cedible, cuya inscripción en el registro no es obligatoria pero sí posible, temporal, y cuya realización depende casi únicamente de la voluntad del beneficiado por el mismo, cabe entrar en otro ámbito en el cual tiene gran repercusión, el ámbito fiscal.

Y dada la amplitud de ocasiones en las que resultaría de merecida mención la incidencia del derecho de opción en este campo, el hilo argumentativo de este trabajo – estudio se centrará en el sector inmobiliario, en los inmuebles en construcción y en las relaciones jurídicas que se establecen en torno a los mismos, siguiendo además el contrato tipo elaborado anteriormente.

PASES INMOBILIARIOS. “ESPECULADORES INMOBILIARIOS”

Se trata de analizar, recordamos, la situación en la que un sujeto, compra una vivienda sobre plano y efectúa su venta antes de la entrega de las llaves (pudiendo llevarse a cabo sucesivas ventas posteriores).

Ejemplo de esta situación, conocida como “dar el pase” o el guante, en palabras del Sr. Notario Joaquín Mateo es el siguiente:

Una promotora vende un piso a un particular (A) en 100.000 u.m. y deja por cobrar 80.000. (A) da el pase a (B) a cambio de una cantidad y a través de la realización de un contrato privado, de manera que recibe lo ya satisfecho más 10.000 u.m. de beneficio. Por su parte, (B) se compromete a pagar a la promotora los 80.000 u.m., a la vez que se subroga en la hipoteca.

Este tipo de operación no tendría mayor interés, salvo por el hecho de que se realizan con el argumento de la celebración de un contrato que concede un derecho de opción de compra (en sus propios términos, lícito), pero realizado con el fin de lucrarse, moviendo cantidades de dinero que no se declaran y evadiendo con ello impuestos.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 22 de febrero

Ante tal circunstancia, y bajo el amparo de la Nueva Ley de Prevención del Fraude Fiscal (de Diciembre de 2006), se exige a los compradores que demuestren ante Notario cómo han pagado los bienes inmuebles que están a punto de escriturar.

Si bien una de las posibilidades que se plantean en la práctica sería, como se advertía en los comentarios al contrato tipo elaborado, el añadir una cláusula al contrato de compra venta – o en el contrato de opción de compra – exigiendo al comprador que no vuelva a vender la vivienda hasta haber escriturado, tal solución zanjaría el asunto de los “pases” pero no garantiza que sean declaradas las cantidades efectivamente satisfechas.

La promotora ha de identificar los pagos que cobra, y la operación tiene que elevarse a documento público, tributando al 7% por TPO, además de su inclusión como ganancia patrimonial en la declaración de IRPF tributando así mismo entre un 20 y un 30 %. Pero continúa existiendo esa posibilidad de seguir ocultando dinero; ambas partes estipulan un precio de escritura y el resto se entrega “en negro”.

La transmisión de un derecho de opción de compra es una operación sujeta al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP-AJD), por el que tributa al tipo del 7 %. Pero la pregunta es sobre qué base se aplica el mismo, estableciendo la Dirección General de Tributos que se han de tomar iguales conceptos y tipos que si se transmite el bien inmueble, dado que con el ejercicio en el futuro del derecho adquirido se obtendrá un inmueble.

Pero estamos ante un simple derecho, un derecho de opción de compra, que en ningún caso implica un compromiso de ejercitar la opción final de la compra venta.

Hasta ahora, el “pase” o cesión del contrato de compra venta de un inmueble en construcción tomaba como base imponible el valor total del inmueble, es decir tributaba por el 7% de TPO en el momento del pase sobre el valor total y así mismo por el 7% de IVA en el momento de la entrega de la vivienda (la primera entrega no se encuentra excluida del ámbito de aplicación de la Ley del Impuesto sobre el valor añadido, LIVA).

Pero se modificó el tenor de la ley, pasando ahora a tributar sobre la base imponible del valor del inmueble en el momento de la cesión.

ENTREGA DEL BIEN. TRIBUTACIÓN EN EL IVA

El contrato por el cual se concede una opción de compra sobre un inmueble, opción que posteriormente se ejercita procediéndose a la compraventa, supone una operación que tiene repercusiones en el ámbito del Impuesto del Valor Añadido (IVA).

Hemos de partir del ejemplo del Sr. Notario Joaquín Mateo expuesto al principio de esta sección fiscal.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 22 de febrero

Al tiempo de concederse el derecho de opción, la promotora repercute IVA sobre la base imponible de la misma, que asciende a 20.000 u.m (la cantidad ya entregada), y al tiempo de efectuarse la compra venta y cobrar la cantidad restante del precio estipulado por el inmueble de 100.000 u.m, 80.000 u.m así mismo repercutirá IVA sobre la base de esta última cantidad. En consecuencia, el impuesto se habrá repercutido sobre la totalidad de las contraprestaciones pagadas y recibidas.

Pero ello es así en la medida en que las partes del contrato inicial, la promotora y el sujeto (A) beneficiario del derecho de opción de compra, sean los mismos al finalizar la operación, esto es que al formalizar la compra venta sean la promotora la parte vendedora y el sujeto (A) el comprador. Este supuesto lo analizaremos posteriormente.

En el ejemplo de partida, donde se describía una transmisión de derechos derivados de una compra venta inmobiliaria y donde la promotora otorga un derecho de opción de compra al sujeto (A), quien a su vez es cedente respecto a (B), cesionario, la **Dirección General de Tributos** (DGT) no tiene dudas.

Se identifican tres operaciones distintas: el contrato originario, la cesión del derecho y la final entrega del bien.

La tributación de tales operaciones, al ser distintas, también será distinta. Así, la cesión constituirá, en la mayor parte de las ocasiones, una operación sujeta a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITP-AJD; la entrega del bien es una operación sujeta y no exenta de IVA. Y la pregunta nace inevitablemente respecto al contrato celebrado entre la promotora y el cedente (el contrato original de opción), por el que se abonó también una cantidad (en el ejemplo, 20.000 u.m).

En el momento del devengo de la entrega de bienes, la promotora deberá repercutir el impuesto sobre el precio total de la compraventa, pero minorado en las cantidades que ya fueron objeto de repercusión al cedente. Es decir, la base imponible es el total de lo pagado por ambos compradores al promotor, pero no la suma de dichas partidas.

Pero en el otro ejemplo expresado, donde se otorga un derecho de opción pero éste no es transmitido sino ejercitado directamente por su beneficiario original, también es digno de análisis a la vista de la contestación de la DGT a diversas consultas al respecto [Ej. 01 de marzo y 01 de octubre de 2001, nº 0443-01 y 1788-01] calificaba tal ejemplo anterior comprensivo de dos operaciones independientes a efectos del IVA, comprendiendo una prestación de servicios la concesión del derecho de opción de compra y una entrega de bienes la compra venta posterior. Y a la conclusión que llevaba tal apreciación es que sus bases imponibles debían diferenciarse.

Así, la base imponible de la compra venta debía ser su importe total de 100.000 u.m., a tenor de lo dispuesto en el Art. 78 apartados uno y tres 2º de la LIVA:

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 22 de febrero

La base imponible del impuesto estará constituida por el importe total de la contraprestación de las operaciones sujetas al mismo procedente del destinatario o de terceras personas.

No se incluirán en la base imponible los descuentos y bonificaciones que se justifiquen por cualquier medio de prueba admitido en derecho y que se concedan previa o simultáneamente al momento en que la operación se realice y en función de ella.

Lo cual no es de aplicación cuando las minoraciones de precio constituyan remuneraciones de otras operaciones.

Si bien no puede mostrarse oposición a la argumentación de la DGT en cuanto que son dos operaciones distintas y cada una de ellas por tanto tiene su base imponible, cabe sin embargo hacer una interpretación distinta en cuanto a cómo han de valorarse tales bases de referencia.

Y ello dado que para entender qué es la base imponible hemos de acudir a la normativa comunitaria a la cual la legislación española se encuentra sujeta, en concreto la Directiva 2006/112/CE, y en particular su artículo 73, de acuerdo con el cual: *“en el caso de las entregas de bienes y las prestaciones de servicios [...] la base imponible estará constituida por la totalidad de la contraprestación que quien realice la entrega o preste el servicio obtenga o vaya a obtener, con cargo a estas operaciones, del adquirente de los bienes, del destinatario de la prestación o de un tercero, incluidas las subvenciones vinculadas al precio de estas operaciones”*.

En conclusión, la base imponible es la contraprestación recibida o que vaya a recibirse.

Y siguiendo la posición de la DGT finalmente se tributaría por una base imponible superior al precio que final y efectivamente se satisface, excediendo el importe de la contraprestación.

OPCIÓN DE COMPRA. TRIBUTACIÓN EN EL ITP-AJD

Las cantidades obtenidas en la operación por la que una persona, compradora de un inmueble en construcción, cede a un tercero los derechos del contrato privado de compraventa celebrado con el promotor, por medio de la cesión del contrato de opción antes de la finalización y consiguiente entrega de la construcción de dicho inmueble, están sujetas al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados, concretamente por la modalidad de TPO, de conformidad con el artículo 7.1 del TRLITPAJD.

Y de conformidad con el artículo 10.1, la base imponible de la cesión de los derechos del contrato privado de compraventa está constituida por el valor real del bien transmitido o del derecho que se constituya o ceda.

Ahora bien, para aclarar cómo determinar tal base imponible hay que acudir al artículo 17, el cual en su redacción anterior determinaba que “en la transmisión de créditos o derechos mediante cuyo ejercicio hayan de obtenerse bienes determinados y de posible estimación se

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 22 de febrero

exigirá el impuesto por iguales conceptos y tipos que los que se efectúen de los mismos bienes y derechos”:

Es decir, había que atender al valor real del inmueble cuyos derechos se cedían mediante la operación de cesión del derecho de opción, puesto que tal bien es el que obtendrá en su momento el cesionario de los derechos del contrato privado de compra venta cuando ejercite aquél.

Pero como el concepto de valor real es un concepto jurídico de difícil determinación, cabe acudir a la doctrina del Tribunal Supremo, el cual viene considerando como tal, el valor intrínseco o por naturaleza del bien o derecho, el valor verdadero, asimilándolo al valor de mercado (STS de 7 de mayo de 1991).

Con ello, el derecho de opción cedido, su importe tributa por TPO, y en el posterior momento de escritura pública del bien se debía tributar nuevamente sobre el valor de mercado de dicho bien.

La conclusión clara es que estamos ante un caso de doble imposición.

Con la Ley 4/2008 de 23 de Diciembre se modificó la normativa del ITP y AJD, entre otros aspectos, respecto a las bases imponibles en los “pases inmobiliarios”, como sabemos, cesión de derechos de adquisición de inmuebles en construcción, pasando a estar constituida por el valor real del bien en el momento de la transmisión del crédito o derecho, sin que pueda ser inferior al importe de la contraprestación satisfecha por la cesión.

Se modificó el artículo 17 del TRLITPAJD con la finalidad de reducir la base imponible del impuesto en los mencionados “pases inmobiliarios”. Con la nueva redacción del apartado 1 del artículo 17 se especifica que en el caso de inmuebles en construcción la base imponible estará constituida por el valor real del bien en el momento de la transmisión del derecho, sin que pueda ser inferior al importe de la contraprestación satisfecha por la cesión.

Aún con tal modificación, la solución dada resulta insuficiente por cuanto hay que acudir a una tasación en el momento de la firma de la cesión. Tal vez hubiera resultado más conveniente determinar la base imponible de acuerdo al importe de la contraprestación satisfecha por la cesión en todo caso, lo que hubiera ofrecido una mayor seguridad jurídica al obligado tributario y una base cierta sobre la que determinar el impuesto a ingresar.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 22 de febrero

CONCLUSIONES, ¿FINALES?

La situación plasmada y estudiada en el presente trabajo – proyecto, nacida de la consulta de aquel cliente quien acudió al despacho solicitando que se le asesorara y a quien se le ocurrió cómo realizar operaciones como la descrita por el Sr. Notario Joaquín Mateo, a fin de realizar negocios que le llevaran a conseguir la cantidad suficiente de dinero que posibilitara la adquisición de la vivienda deseada, y para quien se elaboró un contrato tipo, es uno de los tantos ejemplos que se han producido en los últimos años, unas veces buscando el fin señalado y en otras ocasiones intentando escapar de toda la consecución de obligaciones fiscales que conlleva operar y comercializar con el suelo y los inmuebles. Obligaciones pese a las cuales no deja de ser atractiva la idea de generar dinero en poco tiempo y de un modo relativamente fácil y rápido.

Ahora bien, tales situaciones generadoras de importantes ganancias patrimoniales pueden realizarse respondiendo a aquellas obligaciones y asegurándose cierta seguridad jurídica, o afrontando mayores riesgos y trazando unos entramados por lo que zigzaguear contractualmente, esquivando al propio Fisco tras una estela de entregas y recibos de dinero reales pero cuya constancia no se ve reflejada en ninguna parte.

Y es que una situación como la estudiada, una opción de compra sobre un bien inmueble, la operación se califica como equiparable a la propia compra del bien, de tal modo que si constituye un hecho imponible de transmisiones patrimoniales onerosas, la opción también recibirá tal calificación. La base imponible será por tanto el precio especial convenido en la opción, en cuyo defecto o de resultar inferior lo convenido a lo efectivamente entregado, se tomará un % sobre el precio de venta, un % sobre el valor del inmueble.

La atención recae en que si la opción está sujeta al impuesto del valor añadido también lo está por actos jurídicos documentados por ser inscribible en el Registro; y si está sujeta a transmisiones patrimoniales onerosas no se tributará por actos jurídicos documentados por ser incompatibles entre sí.

Concretada la situación en el momento del pase inmobiliario, si el valor real termina siendo mayor que el precio, se toma como base imponible el valor real del precio final por el porcentaje de ejecución a fecha del “pase”. Cuestión inevitable se plantea en cuanto a si entonces estará incluido el impuesto sobre el valor añadido dado que sería un impuesto sobre otro impuesto, debiendo en cada caso – en que se declare – argumentarlo.

Y el valor real o de mercado se estima como aquel que pactarían dos personas independientes; y faltaría ver quién puede recibir tal calificación en este tipo de operaciones.

Ahora, si por el contrario el valor real resulta inferior al precio estipulado y efectivamente satisfecho, la base imponible se determinaría de acuerdo a este último, es decir al precio.

ÁREA JURÍDICO-FISCAL-LABORAL

UPDATE! 22 de febrero

No es un problema actual, pero sí es fácilmente calificable entre el grupo de precedentes desencadenantes de este tiempo.

Y, ¿de dónde surge o surgió el problema, si estos contratos en sí mismos son lícitos?

El número de personas que buscaban el fin de la elusión de impuestos resultó una mayoría casi absoluta, frente a aquellos que optaron por dormir tranquilos, y que conllevó a que las medidas que se fueron adoptando para zanjar el problema llevaran a los pocos restantes a cuestionarse su decisión de hacer lo correcto o lo debido.

Y si bien tuvo sus frutos, o al menos hay quien así lo afirma con rotundidad, el hecho de intentar aproximar más a la realidad la obligación impositiva y declarativa, de modo que se creía tener acceso al gran movimiento de capitales que se produjo, ha quedado bastante lejos del ideal. Se ha ido cercando el problema con hilos de seda, con medidas incorporadas de un modo relativamente suave pero fuertes, que no han resultado sino ser lazos de algodón. Porque si bien se genera la obligación – o su creencia – para obtener una verdadera protección mediante la inscripción registral, que hace necesario la elevación a público de estos documentos, ahora sí por imposición legal, y que permite la vigilancia y control e informe correspondiente por parte de los señores Notarios, en la solución adoptada se ha obviado u olvidado, quien sabe si conscientemente, que éstos, los Notarios, no hacen más que ser testigos fieles de lo que ante ellos acontece o de la realidad que les plantean quienes a ellos acuden.

Luego, ¿qué obstáculo se ha generado en evitación de que las operaciones realmente realizadas y contraprestadas sean las declaradas y observadas?

Volvemos al principio de que las cosas, las situaciones, los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son. Volvemos al círculo del que partimos.

Pero es que todavía, para algunos, es posible ser fiel a un sistema cuando éste responde al mercado y a la realidad del momento. Pero mientras se alcanzan las pretendidas soluciones – tardías – flaquea la creencia de que lo correcto es lo debido.

Las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son. Créese pues un sistema ajustado a las necesidades.

Pero nuevo problema, éstas no son comunes y casi nunca las de todos o la mayoría.

Luego, ¿hay solución?