

## El pacto de opción

Federico Rocca

### **I. Introducción** [\[arriba\]](#)

En la dinámica negocial, a menudo se presentan situaciones que, al no encuadrar perfectamente en las categorías jurídicas conocidas, originan en el ocasional analista una incómoda perplejidad.

Antes tales circunstancias, el jurista suele afrontar su incertidumbre a la manera de Procusto, alterando los datos de la realidad examinada para poder encerrarla en moldes tradicionales y lograr así analizarla desde una posición más serena.

De tal modo, en lugar de observar cómo se desarrolla la conducta humana en interferencia intersubjetiva para intentar luego individualizar sus características y elaborar finalmente la construcción jurídica, existe una usual tentación a tomar el camino inverso, forzando a los hombres a encajar en el paradigma teórico que se ha preconcebido.

Este trabajo intenta demostrar que algo similar acontece con el tratamiento que la doctrina y jurisprudencia nacional mayoritaria ha dispensado al pacto de opción, tratando de dirigir la realidad en lugar de escotarla, incluso a contramano de la dirección que, al menos en lo referido a los institutos más difundidos, parece haber tomado nuestra legislación.

No son pocas las ocasiones en que, con el afán de incorporar valiosos conocimientos elaborados por notables exégetas de sistemas jurídicos diferentes, se pierde de vista la necesidad de estudiar nuestro derecho con criterio propio, empleando la mayor prudencia cuando se trata de institutos que no han recibido idéntica regulación.

Es probable que en el desarrollo de la presente investigación se incurra varias veces en el mismo error que se dificultades que la figura presenta y la magnitud del desafío implicado en su análisis.

De todas maneras, si la fattispecie fuera hallada yaciendo también en esta ocasión sobre el lecho de aquel posadero de la mitología griega, a punto de ser mutilada, debe tenerse presente que no se persigue aquí lograr una conclusión definitiva que supere cualquier análisis crítico.

Tampoco se ambiciona abordar todos los aspectos que el concepto jurídico de opción ofrece, pues ello constituiría una tarea faraónica que impediría alcanzar una profundidad satisfactoria en el análisis.

El objetivo es bastante más modesto: exponer apenas una discrepancia y sus razones.

### **Capítulo I: Generalidades** [\[arriba\]](#)

#### II. Delimitación del objeto de análisis

El vocablo “opción” evoca un sin número de acepciones en materia jurídica.

A modo de ejemplo, se habla de derecho de opción tanto para referirse a la facultad de un sujeto de adquirir una determinada nacionalidad, como a la facultad del heredero de aceptar o repudiar la herencia, o a la alternativa que la legislación laboral concedía expresamente al trabajador para accionar por la vía del derecho común, o a la libertad de elección que tiene el deudor o el acreedor de obligaciones alternativas, entre otras hipótesis.

La existencia de un abanico tan amplio de usos posibles exige que, para evitar confusiones, se establezca ab initio cuál será concretamente la situación que se examinará y sobre la cual se intentará extraer conclusiones útiles.

De lo que aquí se trata es de aquel supuesto que se configura cuando, en el marco de un contrato, se introduce una cláusula por la cual se otorga a una o ambas partes la facultad unilateral de crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos entre las mismas.

Constituyen ejemplos de este tipo de cláusulas, las siguientes:

Primer ejemplo:

“El ARRENDADOR otorga al ARRENDATARIO la opción de comprar la FINCA por un precio equivalente a cincuenta veces el canon de arrendamiento mensual estipulado, a cuyo fin el ARRENDATARIO tendrá la carga de notificar fehacientemente al ARRENDADOR su decisión de ejercer dicha facultad dentro de los treinta días contados a partir de la finalización del plazo de vigencia del arrendamiento”.

Segundo ejemplo:

“Por el presente se concede a ACCIONISTA la opción de vender su PAQUETE ACCIONARIO al OTORGANTE por un precio equivalente al quince veces su valor nominal. Para el ejercicio de la opción que por el presente se concede, el ACCIONISTA deberá notificar fehacientemente al OTORGANTE su decisión en tal sentido dentro de los sesenta días contados a partir de la celebración del presente”.

Tercer ejemplo:

“El PROPIETARIO vende al COMPRADOR la EMBARCACIÓN por el PRECIO CONVENIDO. La entrega de la posesión de la EMBARCACIÓN y el pago del PRECIO CONVENIDO tendrán lugar en forma simultánea a los sesenta días contados desde la fecha de celebración del presente. Cualquiera de las PARTES podrá optar por arrepentirse y dejar sin efectos la compraventa, a cuyo fin tendrá la carga de notificar fehacientemente su decisión a la contraparte dentro del plazo de treinta días contados a partir de la fecha de celebración del presente”.

Cuarto ejemplo:

“El LOCATARIO podrá optar por prorrogar la vigencia del presente contrato por dos años más, a cuyo fin tendrá la carga de notificar fehacientemente al LOCADOR su

decisión en tal sentido con una anticipación no inferior a los tres meses de la finalización del plazo locativo pactado”.

Quinto ejemplo:

“El presente contrato se considerará automáticamente renovado por iguales períodos a menos que cualquiera de las partes notificare fehacientemente a la otra su opción en contrario con una antelación superior a treinta días de la finalización del plazo de vigencia acordado”.

Sexto ejemplo:

“Cualquiera de las partes podrá optar por resolver el presente contrato sin invocación de causa, a cuyo fin será necesario que notifique fehacientemente a la otra su decisión en tal sentido, otorgando un preaviso de ciento ochenta días, transcurridos los cuales el vínculo quedará extinguido de pleno derecho sin necesidad de una nueva comunicación”.

Séptimo ejemplo:

“El CONCEDENTE otorga al CONCESIONARIO el derecho de explotar comercialmente el LOCAL durante el plazo de un año contado a partir de la fecha en que este último notifique fehaciente al primero su decisión de optar por hacer uso de tal derecho. Transcurridos treinta días contados a partir del día de la fecha sin que el CONCESIONARIO hubiera cursado la comunicación precedentemente prevista, el presente contrato se considerará extinguido de pleno derecho sin necesidad de notificación alguna”.

Como puede observarse, la figura en estudio abarca un amplio conjunto de supuestos, cumpliendo un papel meramente secundario en algunas ocasiones y asumiendo un mayor protagonismo en otras.

De conformidad con la reseña de ejemplos efectuada, quedan fuera del análisis aquellas hipótesis que no encuadren en la delimitación conceptual indicada al principio, de manera que, cuando en lo sucesivo se haga mención al pacto de opción, no se estará aludiendo a un acuerdo por el cual las partes convengan de manera expresa tornar irrevocable una oferta u otorgar a una o a ambas la facultad unilateral de exigir a la otra la celebración de un nuevo negocio, dado que, según podrá advertirse a lo largo del texto, no tendría mayor sentido ocuparse de dichas situaciones a los efectos de abordar las inquietudes que aquí se plantean.

### III. Antecedentes

Los intercambios entre romanos y fenicios del 3500 AC dan cuenta del empleo de términos similares a las opciones<sup>1</sup> para la comercialización de las mercaderías que transportaban en su naves<sup>2</sup>.

Sin embargo, el antecedente más remoto del que parece haber registro es la anécdota de las prensas de olivas del filósofo Thales de Mileto, quien, según refiere Aristóteles en Política<sup>3</sup>, pudo figurarse desde el invierno, gracias a sus conocimientos en astronomía, que la próxima recolección de aceite sería abundante, presunción que lo llevó a emplear el poco dinero que poseía para

asegurarse el arriendo de todas las prensas de Mileto y de Quíos, obteniéndolas baratas ante la ausencia de otros interesados. Llegado el tiempo de la cosecha, la súbita demanda de prensas por un creciente número cultivadores le permitió establecer monopolícamente el precio, logrando de esta manera una importante riqueza.

El derecho romano también brindó algunas muestras, tales como los pacta adiecta de la emptio venditio (el pactum in diem addictio, el pactum promitiseos, el pactum displicentiae, el pactum de retrovendendo y el pactum de retroemendo<sup>4</sup>) o la datio de res aestimata<sup>5</sup>.

Siglos después, las opciones alcanzaron un alto nivel de desarrollo durante el boom de los tulipanes holandeses del siglo XVII<sup>6</sup>. Este fenómeno, conocido como “tuli pomanía”, comenzó a originarse cuando, a los campesinos y comerciantes que se valían del empleo de la opción para asegurarse - respectivamente - frente a una eventual disminución o suba de los valores provocada por variaciones en los volúmenes de cosecha, vino a sumarse - paralelamente - un mercado secundario en el que los inversores, en lugar de perseguir una finalidad preventiva, especulaban con la volatilidad de los precios.

El alza parecía ilimitada y eso llevó a que la población fuera volcándose masivamente a la actividad, no sólo con sus ahorros, sino con todo lo que pudieron obtener por la venta de sus heredades. Las operaciones de futuro fueron desplazando poco a poco a las ventas genuinas hasta llegar un punto en que prácticamente no se negociaban más que créditos por bulbos no recolectados. Finalmente, la economía holandesa colapsó, debido parcialmente a los especuladores que, ante la baja de los precios, no cumplieron sus contratos, causando ello que la figura recibiera una muy mala reputación a lo largo de dicho país y en el resto de Europa<sup>7</sup>.

En 1925, en la edición decimoquinta del Diccionario de la Real Academia Española, se incluyó una nueva acepción del vocablo opción que lo definió como un convenio en que, bajo ciertas condiciones, se deja al arbitrio de una de las partes ejercitar un derecho o adquirir una cosa<sup>8</sup>.

#### IV. Naturaleza jurídica

La ausencia de una regulación sistemática dentro de nuestro ordenamiento legal<sup>9</sup> ha generado discrepancias doctrinarias respecto de la delimitación de la figura analizada, habiendo sido generalmente abordado su tratamiento junto a los contratos previos<sup>10</sup> o al encarar el estudio de la formación de los contratos definitivos<sup>11</sup>, cuando, en correcta técnica, su ubicación debería corresponder a la de los efectos que estos últimos producen.

Tres son, básicamente, las teorías que tradicionalmente se han desarrollado al momento de analizar su naturaleza jurídica: 1) la del contrato que origina para el concedente, durante todo el tiempo acordado, la obligación de celebrar un contrato futuro si el optante manifiesta su voluntad de perfeccionarlo<sup>12</sup>; 2) la del contrato cuyo perfeccionamiento queda subordinado a una condición suspensiva mixta o, incluso, casual, cuya constatación queda librada al juicio exclusivo del optante<sup>13</sup>; y 3) la del contrato que tiene por objeto la renuncia de uno de los contratantes, llamado concedente u otorgante, a su facultad de revocar la oferta que en esa misma convención efectúa, originando para la otra parte, llamada

beneficiario u optante, el derecho de aceptar o no, libremente, la propuesta que le es formulada<sup>14</sup>.

En Italia existe una antigua y célebre controversia judicial<sup>15</sup> que, al haber analizado en sus distintas instancias las tres teorías, resulta útil para facilitar la comprensión de la temática.

#### 4.1 Bocconi c. La Rinascente<sup>16</sup>

Por una convención de julio de 1917, la familia Bocconi dio en locación a una sociedad en formación, representada por Borletti, cinco establecimientos situados en Milán (2), Roma, Florencia y Nápoli, con la facultad de tornarse adquirente a un precio y por una cierta duración de tiempo.

Una vez constituida la sociedad bajo la denominación “La Rinascente”, el 3 de noviembre de 1917 se pactó en un nuevo instrumento lo siguiente: “Bocconi promete vender a la sociedad, que se reserva el derecho de adquirir en el término y en las condiciones abajo indicadas”, los establecimientos arrendados. El vendedor declaraba en el mismo acto que se consideraba “comprometido a la venta aquí convenida hasta el 20 de agosto de 1931 inclusive”, fecha límite hasta la cual la sociedad podía ejercer su derecho de adquisición.

Posteriormente, tras un incendio que causó daños en los establecimientos, el 30 de mayo de 1919 se celebró una transacción que puso fin a ciertos desacuerdos surgidos entre las partes y en la que se estipuló: “Queda firme el derecho de opción para la adquisición de los establecimientos alquilados, limitándose el ejercicio de tal derecho hasta el 20 de agosto de 1927 inclusive y aumentándose la cifra del precio convenido de 20 a 30 millones”.

Tres años antes del vencimiento del plazo pactado, el 26 de enero de 1924, el presidente de La Rinascente notificó al vendedor el ejercicio de la opción, emplazándolo para concurrir el siguiente 14 de febrero ante el escribano designado a los efectos de otorgar las respectivas escrituras y percibir el precio de 23 millones de liras.

En lugar de comparecer en la fecha indicada, el vendedor promovió en abril de ese mismo año una acción de rescisión por lesión ultra dimidium, dado que, durante el plazo transcurrido desde el otorgamiento del derecho de opción, el valor de las propiedades se había incrementado a una cifra desproporcionada si se la comparaba con el precio pactado<sup>17</sup>.

Su planteo se sustentaba en que no había hecho a favor de La Rinascente más que una simple “promesa unilateral de venta”, teniendo como contenido una obligación de hacer consistente en prestar un ulterior consentimiento. De tal modo, su negativa a celebrar el nuevo contrato lo podía hacer responsable por los daños irrogados, pero no podía, de tal promesa, derivar el efecto real de la transferencia de la propiedad de los establecimientos a favor de La Rinascente<sup>18</sup> y mucho menos sustituirse el consentimiento del vendedor por el pronunciamiento del magistrado.

En segundo lugar, el accionante manifestaba que tampoco podía serle imputada una responsabilidad por daños, dado que el contrato de venta era pasible de rescisión por lesión, en atención al formidable incremento que había

experimentado el valor de los establecimientos durante el intervalo de tiempo que transcurrió entre la promesa y los primeros meses de 1924.

Al contestar la acción, La Rinascente sostuvo que el negocio provenía de una transacción que, a su vez, tenía carácter aleatorio - dado el extenso plazo otorgado para el ejercicio de la opción -, situaciones frente a las cuales no era admisible la acción de rescisión por lesión. Por otra parte, la demandada interpretaba que se trataba de una venta bajo la condición si intra certum tempus emptori placuerit<sup>19</sup>, de manera que la fecha de iniciación del curso de prescripción bienal se remontaba, cuanto menos, al 30 de mayo de 1919 (la demanda había promovido en abril de 1924), época en la cual, por lo demás, el precio de 23 millones no era lesivo.

Planteado en dichos términos, el thema decidendum se circunscribía, en lo que aquí interesa, a establecer el dies a quo de la acción de rescisión, a cuyo fin resultaba determinante la calificación jurídica de la figura analizada.

La sentencia de primera instancia del 30 de diciembre de 1926 consideró que la venta de los establecimientos quedó perfeccionada con la notificación de la carta del 26 de enero de 1924 y con la exhibición del precio de 23 millones ante el escribano el 14 de febrero de 1924, asignando a este comportamiento el carácter de una “aceptación” de la “oferta” contenida en la opción.

Recurrido dicho pronunciamiento, la Corte de Apelaciones de Milán lo modificó parcialmente y rechazó la demanda por entender que no se trataba en el caso de una propuesta irrevocable, sino que, según la común intención de los contratantes, quienes al otorgar la opción utilizaron expresiones como “la venta aquí convenida”, se había concluido en la especie una verdadera enajenación bajo condición.

Señaló el tribunal que al consentimiento de Bocconi se le yuxtapone el recíproco propósito (consentimiento) de La Rinascente de comprar, aunque subordinado a un elemento accidental, a una condición por la cual la Sociedad se reservaba una ulterior decisión que vendría a “perfeccionar” la venta.

Tal condición, para los Juzgadores, era mixta, dado que su acaecimiento dependía de la voluntad de la parte y, simultáneamente, de un hecho independiente de esa voluntad, consistente en una situación económica favorable para adquirir los establecimientos y cuya apreciación quedaba reservada al comprador. De ese modo, la venta se consideró concluida en 1919 y la demanda de rescisión por lesión articulada en 1924 fue rechazada por haber sido promovida fuera del plazo de prescripción bienal.

Llegado el caso a la instancia superior, la Casación del Reino calificó de artificiosa la construcción jurídica elaborada por el tribunal de apelación, señalando que, a los efectos de establecer válidamente como condición un acto propio del obligado, que tenga la aptitud de constituir un vínculo a la voluntad contractual, “es esencial que el hecho sea susceptible de una apreciación objetiva, de modo de permitir un adecuado control de su acaecimiento aún contra la opinión del obligado; entonces la facultad concedida a un contratante de adquirir una cosa, si él y cuando él considere que tiene la posibilidad y la conveniencia de adquirirla, no puede considerarse una condición potestativa mixta añadida a un contrato de compraventa, a los fines de considerar tal compraventa retroactivamente

perfecta, en cuanto el eventual comprador declare verificada aquella posibilidad y conveniencia”.

El núcleo de la crítica formulada al inferior se centraba, así, en que no resultaba válido que la apreciación sobre el acaecimiento del hecho puesto como condición - situación económica favorable - quedara completamente remitido a un juicio absolutamente arbitrario del comprador, sin que su configuración pudiera ser suficientemente identificable por el vendedor<sup>20</sup>.

Descalificado el fallo, se casó la sentencia y se dispuso el reenvío de la causa a otro tribunal de apelación para emitir un nuevo pronunciamiento.

#### 4.2 Crítica a las tres teorías tradicionales

A continuación se explicarán los motivos por los cuales ninguna de las tres teorías logra definir con precisión la naturaleza jurídica de la figura analizada.

##### 4.2.1 Crítica a la doctrina de la promesa unilateral

Para entender las implicancias de esta tesis, es necesario comprender que, durante la etapa de las negociaciones relacionadas con un determinado contrato, puede ocurrir que una o ambas partes se obliguen convencionalmente a una prestación de hacer consistente en celebrar posteriormente el contrato definitivo, sea porque no quieren, no les conviene o no pueden concluirlo en ese momento<sup>21</sup>. Estos acuerdos son llamados contratos preliminares<sup>22</sup> o de promesa<sup>23</sup>, y se suelen clasificar en unilaterales, donde la obligación de celebrar el contrato definitivo es impuesta a una sola de las partes, y bilaterales, en los cuales dicha obligación recae sobre todos los contratantes<sup>24</sup>, resultando opinable la utilidad práctica que tanto unos como otros pueden representar en nuestro ordenamiento jurídico<sup>25</sup>.

Quienes encuadran a la opción como una subespecie dentro de los contratos de promesa, interpretan que esta cláusula hace surgir una obligación de hacer consistente en prestar el consentimiento para celebrar el contrato definitivo<sup>26</sup>.

Se advierte, de tal modo, que la corriente que identifica a la opción con el preliminar unilateral suele beneficiar a quien, como sucedía con Bocconi en la controversia judicial antes reseñada, pretende resistir el ejercicio de la opción cuando la situación se le presenta desventajosa.

En tal sentido, requerir que, después de ejercida la opción, se deba obtener un nuevo consentimiento para la celebración de un contrato sobre cuyos antecedentes constitutivos las partes se han puesto de acuerdo con anterioridad parece, cuanto menos, un circuitus inutilis que le resta eficacia al instituto y se presta a la especulación abusiva, dado que, ante el incumplimiento, el juez no podría sustituir la voluntad del contratante remiso y la obligación se resolvería en un resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados<sup>27</sup>.

Con el objeto de salvar esta circunstancia, se ha recurrido a la tesis de la identidad por vía de la cual, ante el incumplimiento de alguna de las partes, puede la otra accionar por ejecución del contrato definitivo sin antes demandar que se complete o desarrolle el contrato de promesa<sup>28</sup>, interpretación que, de algún modo, debilita

la fuerza argumental de la naturaleza jurídica que pretende sostener y a la cual hace lucir como una construcción más lógica y académica que real y práctica<sup>29</sup>.

#### 4.2.2 Crítica a la doctrina de la condición mixta

Decir que la cláusula de opción consiste en subordinar el “perfeccionamiento” del contrato a una condición suspensiva mixta o, incluso, casual, cuya constatación se libra al juicio exclusivo del optante, tampoco parece válido.

En primer lugar, tal posición sujeta al otorgante a una situación de incertidumbre extrema, dado que la condición podría verificarse y tornar exigibles las obligaciones recíprocas, sin que él pudiera siquiera notarlo hasta tanto llegue a su conocimiento la apreciación que efectúe el beneficiario. A la inversa, podría darse el supuesto de que el optante juzgara cumplida o incumplida la condición, sin que el otorgante de la opción pudiera demostrar que ello no ha ocurrido, aún cuando le asistiera la razón<sup>30</sup>.

A su turno, es demasiado artificioso interpretar que en el caso de la cláusula de opción pueda encontrarse involucrada una condición mixta o, incluso, casual no expresada (hipotética)<sup>31</sup>, dado que el ejercicio del derecho conferido al optante no requiere de la comprobación de ningún otro evento más que su propia manifestación de voluntad, con absoluta independencia de los motivos que la pudieran haber determinado<sup>32</sup>, a menos, claro está, que se hubiera pactado algo distinto, en cuyo caso nos encontraríamos frente a otra figura compleja<sup>33</sup>.

De otro lado, considerar que el contrato se “perfecciona” con el ejercicio de la opción implica asimilar la segunda manifestación de voluntad del optante a un consentimiento retardado<sup>34</sup>, a una condición *iuris*<sup>35</sup>, lo que excluye toda posibilidad de hablar de un contrato, siquiera subordinado.

Finalmente, al hablarse de condición “suspensiva” y de “perfeccionamiento”, existe un sinnúmero de evidentes hipótesis de opción que no hallarían respaldo dentro de esta doctrina, tal como ocurriría con aquellas que confieren al optante la facultad de resolver unilateralmente un contrato, prorrogarlo o impedir su renovación automática<sup>36</sup>.

#### 4.2.3 Crítica a la doctrina de la oferta irrevocable

Una oferta irrevocable tiene lugar cuando el sujeto que realiza la propuesta renuncia su facultad de revocarla o se obliga a permanecer en ella hasta una época determinada<sup>37</sup>, sin que se requiera que tal renuncia sea a su vez aceptada por el destinatario<sup>38</sup>.

Valiéndose de tal figura, la doctrina mayoritaria ha querido ver en la cláusula de opción un acuerdo que tiene por objeto tornar irrevocable la oferta que el otorgante formula al proponente.

Si bien los orígenes de esta corriente se remontan a la doctrina y jurisprudencia italiana anterior a la sanción del Código Civil de 1942<sup>39</sup>, es a partir de la disposición contenida en el artículo 1331 de dicho cuerpo normativo<sup>40</sup> que los partidarios de la teoría analizada comienzan a valerse de un argumento de fuente legal para sostener su posición.



Según la referida norma, que lleva por título “opción”, cuando las partes convienen “que una de ellas quede vinculada a su declaración y la otra tenga facultad de aceptarla o no, la declaración de la primera se considerará como propuesta irrevocable”.

De un cuidadoso análisis del texto transcrito surge claramente que, cualquiera haya sido la intención de sus redactores<sup>41</sup>, la disposición dice mucho menos de lo que los seguidores de esta corriente pretenden, pues, siguiendo escrupulosamente la terminología del código italiano, ¿qué otra cosa diferente de una “propuesta” irrevocable podría ser una “declaración” donde la contraparte “tenga la facultad de aceptarla”? <sup>42</sup>.

Es apenas el título “opción”, con el que comienza el mencionado artículo, lo que impide calificar de absolutamente superflua la tarea del legislador italiano, habida cuenta que al menos tiene el mérito de sugerir que el Código emplea tal denominación para referirse a esa situación fáctica y no a otra.

Se advierte fácilmente, entonces, que la referida previsión normativa se refiere concretamente, en su estricto significado, a una realidad diversa de la aquí estudiada, dado que, al hablar de la facultad de “aceptar” la “declaración” formulada por una de las partes, sólo entran dentro de su ámbito de aplicación los supuestos que expresamente se excluyeron en el presente trabajo al momento de delimitar el objeto de análisis<sup>43</sup>.

Ahora bien, no puede negarse que esta teoría tiene la utilidad de colocar al optante a resguardo de la eventual falta de colaboración del concedente, dado que la sola manifestación de voluntad del primero importa la aceptación de la propuesta convencionalmente formulada, perfeccionando el contrato de segundo grado tenido en miras sin necesidad de un nuevo consentimiento. Así, la figura agotaría su objeto de modo instantáneo, particularidad que la tornaría insusceptible de ser incumplida.

Pese a ello, son considerables las desventajas que acarrea para el beneficiario de la opción e insuperables las críticas de las que es pasible.

En primer lugar, considerando que la opción así entendida no hallaría con la oferta irrevocable mayores diferencias que la causa fuente, quedaría sujeta a todas las vicisitudes de formación del consentimiento. A modo de ejemplo, la irrevocabilidad coloca a la oferta al abrigo de la retractación por el oferente, pero no la deja a salvo de otras contingencias, como la muerte del mismo<sup>44</sup> y a su intransmisibilidad por actos entre vivos o mortis causae<sup>45</sup>.

Aunque algunos defensores de esta posición entienden que la muerte o incapacidad del proponente no afectaría la posibilidad de hacer efectiva la opción, ya que no jugaría, entonces, el principio de caducidad de la oferta<sup>46</sup>, lo cierto es que, a diferencia del ordenamiento jurídico italiano<sup>47</sup>, nuestra legislación ninguna salvedad efectúa respecto de las ofertas irrevocables ni de aquellas a cuya revocabilidad se renuncia convencionalmente<sup>48</sup>.

Tampoco parece posible, interpretar que una propuesta pueda ser aceptada por otra persona que no sea su destinatario<sup>49</sup>, de manera que la opción concebida como oferta irrevocable tornaría jurídicamente irrelevante su ejercicio por el

eventual cesionario del optante primigenio, a menos, claro está, que pudiera valerse de alguna facultad de representación otorgada por el cedente.

Por otro lado, si al otorgarse la opción no se hubiera establecido un plazo, la consideración de la figura como oferta irrevocable impediría recurrir a su fijación judicial, habida cuenta que nuestro ordenamiento no establece esa solución y, por el contrario, admite que la renuncia a la retractación sea por tiempo indeterminado<sup>50</sup>.

Y aún cuando se interpretara que, en tal caso, el plazo se extiende por un “tiempo razonable”, ello no habilita la acción de fijación sino, a todo evento, la apreciación judicial sobre cuándo se produciría su cumplimiento.

A su turno, para quienes en materia de derivados financieros interpretan - dentro de esta corriente - que uno de los caracteres de la figura es el de su aleatoriedad, se incurre en el absurdo de no advertir que, si el ejercicio de la opción origina el perfeccionamiento de un contrato definitivo, la aleatoriedad debe ser valorada en ese preciso instante, sin que sea válido efectuar comparación alguna con la fecha en que previamente se hubiera pactado la pretendida irrevocabilidad de la oferta<sup>51</sup>.

Además, esta teoría fuerza demasiado los conceptos, por cuanto pretende hacer aparecer como declaración unilateral de voluntad un contenido que proviene de un acto jurídico bilateral<sup>52</sup>.

En tal sentido, si en determinada situación se pone de manifiesto que una persona ofrece irrevocablemente a otra la celebración de un contrato definitivo, con o sin fijación de un plazo para aceptar, no se estará en presencia de un acuerdo de voluntades sino de un acto jurídico unilateral, aún cuando ello quedara expresado en la cláusula de un contrato escrito, pues en tal caso este último cumpliría a su respecto una mera función probatoria<sup>53</sup>.

Del mismo modo, si se celebra un contrato por el cual las partes acuerdan tornar irrevocable una oferta, ello implica como presupuesto la existencia de un acto jurídico unilateral (la propuesta) al que viene a sumarse un acuerdo de voluntades claramente destinado a excluir su revocabilidad<sup>54</sup>.

Muy distinta es la situación que se plantea en los supuestos descriptos al momento de delimitar el objeto de este análisis<sup>55</sup>, donde las partes no hablan de oferta, ni de irrevocabilidad, ni de aceptación, sino que establecen de consuno el contenido de la regulación jurídica que se aplicará en caso de ejercerse la facultad unilateral concedida al optante, resultando un verdadero contrasentido calificar como propuesta una configuración que proviene de un acuerdo de voluntades.

Tal razonamiento, llevado al extremo, conduciría a la paradoja de tener que interpretar que, en aquellos casos en que la opción hubiera sido otorgada a iniciativa del propio beneficiario, éste, al ejercer su derecho, estaría aceptando una propuesta resultante de la aceptación de su propia oferta<sup>56</sup>.

A mayor abundamiento, esta corriente no logra justificar cómo funcionaría la oferta irrevocable en determinados supuestos particulares, tales como las opciones de prórroga o de resolución anticipada, limitándose sus partidarios a sostener sin mayores explicaciones que, en esos casos, el ejercicio de la facultad conferida al

optante no determina la creación de un nuevo contrato, sino la alteración de los elementos de uno ya existente<sup>57</sup>.

Esto no hace sino demostrar una gran debilidad en la teoría esbozada, pues por el principio de no contradicción la figura no puede ser una oferta irrevocable para determinados casos - v.gr. las opciones de compra o de venta - y no serlo para otros - v.gr. las opciones de prórroga o de no renovación automática -.

Por lo demás, esta doctrina tampoco consigue justificar el caso de las opciones recíprocas, es decir, aquellas en que cualquiera de las partes puede ejercer unilateralmente el derecho de opción<sup>58</sup>, resultando absurdo concebir la coexistencia de dos consentimientos (dos ofertas yuxtapuestas) con idéntico objeto y causa, pero que, pese a estar reunidos, no logran engendrar un contrato.

#### 4.3 Condición simplemente potestativa suspensiva o resolutoria

Para la corriente a la que se adhiere en este trabajo, la existencia de un pacto de opción implica la presencia de un contrato definitivo ya perfeccionado, algunos de cuyos efectos se subordinan a una condición potestativa consistente en el ejercicio de una facultad unilateral otorgada al beneficiario u optante<sup>59</sup>.

Dos observaciones recibe usualmente esta tesis. En primer lugar, se afirma que la condición a la que se alude no es más que una condicio juris consistente en la aceptación por parte del optante<sup>60</sup>, lo que resultaría incompatible con la noción de negocio o contrato condicional cuya existencia depende de un consentimiento prestado previamente in totum<sup>61</sup>.

En segundo lugar, suele señalarse que, si se tratara de una condición potestativa, carecería de validez por la expresa prohibición establecida en el artículo 542 del Código Civil<sup>62</sup>, que se refiere a las condiciones que hacen depender absolutamente la fuerza de la obligación de la voluntad del deudor, de forma tal que el obligado sólo lo sea cuando él quiera<sup>63</sup>.

La primera objeción sólo era válida para la posición adoptada por el Tribunal de Apelación en el caso Bocconi c. La Rinascente, que encontraba en la opción un contrato cuyo "perfeccionamiento" quedaba subordinado a la condición suspensiva mixta o casual, cuya constatación se libraba al arbitrio del optante.

En cambio, para la doctrina que, a diferencia de la anterior, entiende que el contrato se encuentra perfeccionado ab initio, siendo sólo ciertos efectos los que se hallan sometidos a una condición potestativa, el ejercicio de la opción no se equipara a una aceptación<sup>64</sup>.

Distinguiendo debidamente entre causa fuente y obligación, no es el contrato en sí mismo el que se encuentra sometido a una condición, sino sólo algunos de los derechos y obligaciones resultantes del acuerdo de voluntades.

Quienes efectúan la referida impugnación parten de una premisa apriorística no demostrada, desde que no explican debidamente la razón por la cual el ejercicio de la opción deba necesariamente ser calificado como una aceptación. Para admitir que el ejercicio de la opción constituye una aceptación, primero debe

asumirse que este pacto tiene por objeto tornar irrevocable una oferta, teoría que, como fuera explicado, resulta merecedora de fundadas críticas.

Tampoco se produce aquí ninguna situación de incertidumbre sobre el acaecimiento del evento previsto, pues la verificación de la condición es susceptible de una valoración objetiva en el preciso instante en que se produce la manifestación de voluntad del optante, circunstancia que permite un adecuado control de su cumplimiento incluso contra la opinión del beneficiario<sup>65</sup>.

En cuanto a la segunda crítica que recibe esta corriente, lo primero que cabe replicar es que el encuadramiento de una situación en alguna categoría jurídica no puede verse alterado por las consecuencias desfavorables que eventualmente pudiera acarrear.

No se puede partir del resultado que se quiere alcanzar (por caso, la validez del pacto de opción) para luego acomodar al gusto particular del ocasional analista la realidad observada, sino que el proceso debe ser exactamente inverso, esto es, tomar las características que ofrece en los hechos la figura bajo estudio, individualizar la naturaleza jurídica a la que más se asimila y asumir - sin beneficio de inventario - las derivaciones respectivas.

Expresado en otros términos, si la estructura de la opción contractual fuera la de una condición puramente potestativa, no resultaría válido que el intérprete procurara asignarle otra distinta con la finalidad de eludir la consecuencia de la nulidad legalmente tasada, pues, por un elemental principio de lógica jurídica, la naturaleza de una especie no puede jamás venir merituada partiendo de sus efectos<sup>66</sup>.

De todas maneras, tampoco puede considerarse configurada en el caso de la opción la hipótesis del artículo 542 del Código Civil, por cuanto, al no poder ser derechamente asimilado el optante a un simple deudor<sup>67</sup>, el ejercicio de la facultad otorgada dista mucho de constituir una condición puramente potestativa.

En tal sentido, si bien la tesis de la condición potestativa implica atribuir al optante una potestad, una facultad de configuración<sup>68</sup>, lo cierto es que, al hacer uso de la opción, el beneficiario está ejerciendo el derecho de reclamar el cumplimiento al otorgante, aún cuando dentro de las consecuencias que ello desencadena se encuentre la exigibilidad de las obligaciones que él mismo ha asumido.

Esta circunstancia le quita a la condición (ejercicio de la opción) lo que puede tener de puramente voluntario con relación a las prestaciones que están a cargo del optante, tal como lo admite la nota al artículo 542 del Código Civil.

Efectivamente, si bien el acontecer condicional depende en cierta medida de la voluntad del beneficiario, en cuanto a si puede o no ejecutarlo, la decisión en uno u otro sentido le trae aparejadas consecuencias patrimoniales y exige sacrificios económicos que hacen que su voluntad no pueda actuar caprichosamente<sup>69</sup>.

En todo este análisis no debe perderse de vista que el precepto normativo antes citado se sustenta más en un acto de autoridad que en la protección de un interés concreto<sup>70</sup>. El argumento que suele utilizarse para justificarlo consiste en que no

tiene mayor sentido otorgar efectos jurídicos a una obligación condicionada a que el deudor quiera cumplirla, sin que ello le origine consecuencia alguna.

Pero cuando la decisión del deudor de la obligación acarrea, en caso de elegir no cumplirla, un sacrificio simultáneo, como, por ejemplo, la pérdida de un derecho recíproco contra su acreedor o la exigibilidad de otra prestación a su cargo, no puede desconocerse que media allí un vínculo obligacional, debilitado o precario si se quiere, pero con entidad suficiente como para merecer la atención jurídica.

Así, quien decida no ejercer una opción de compra, extinguirá su obligación condicional de pago mediante un simple acto de voluntad, pero perderá simultáneamente su derecho crediticio a exigir la entrega de la cosa. Quien opte por ejercer la facultad de resolver sin causa un contrato, quedará liberado de cumplir las prestaciones que a través del mismo haya asumido, pero no podrá exigir en lo sucesivo las que se encontraran a cargo de su contraparte.

Por supuesto que en los ejemplos anteriores y en las infinitas posibilidades que puedan imaginarse, si la decisión del optante es racional, tenderá a ejercer o a declinar la opción cuando ello le signifique mayores beneficios o menores pérdidas, mas esto no excluye la presencia de un sacrificio representado por las obligaciones o derechos crediticios que, simultánea y respectivamente, consolida o resigna.

De acuerdo a ello, no es correcto afirmar que la opción entendida como una condición suspensiva o resolutoria torna aplicable la consecuencia prevista por el artículo 542 del Código Civil, dado que, como se explicó, se trata de una hipótesis diferente.

Solo cabe agregar que, como se verá más adelante, la doctrina de la condición potestativa, además de gozar de suficiente respaldo normativo, halla adecuada solución a ciertas situaciones dudosas que pueden presentarse entre la celebración del pacto y el ejercicio de la opción, como, por ejemplo, la enajenación del bien<sup>71</sup> o su inexistencia<sup>72</sup>, la imposibilidad o prohibición del objeto<sup>73</sup>, la muerte o incapacidad de las partes<sup>74</sup>, el concurso preventivo o la quiebra de alguno de los contratantes<sup>75</sup>, y la excesiva onerosidad sobreviniente<sup>76</sup>, entre otras, supuestos con relación a los cuales el perfeccionamiento posterior del contrato ocasiona un sinnúmero de dificultades.

#### 4.4 ¿Contrato o pacto de opción?

Muchos han considerado que la convención por la cual se otorga un derecho de opción constituye un contrato autónomo, con función, objeto y efectos propios<sup>77</sup>.

Tal posición incurre en el error de no advertir que ese pretendido contrato no tiene una causa fin que lo califique en forma independiente del negocio al cual accede.

A diferencia de los contratos tanto típicos (v.gr. la compraventa, la locación, el leasing, etc.) como atípicos (v.gr. la concesión, la franquicia, la agencia, el contrato estimatorio, etc.), no existe la posibilidad de celebrar un “contrato de opción” en forma autónoma, dado que la validez de dicha estipulación exige que se encuentren reunidos al momento de su otorgamiento todos los elementos esenciales del contrato con relación al cual se acuerda, y, así, siempre habrá de

hablarse de opción “de compra”, opción “de venta”, opción “de alquiler”, opción “de préstamo”, opción “de concesión”, etc.

Ello no quita que, como cualquier estipulación, pueda tener una función, objeto y efectos propios, pero estos nunca serán autónomos. Así debería ser admitido, incluso, desde la tesis de la oferta irrevocable, habida cuenta que, en tal caso, la opción se enmarcaría accesoriamente en el proceso de formación del contrato principal, impidiendo la revocación del consentimiento del proponente<sup>78</sup>.

En realidad, es tan solo un pacto contingente<sup>79</sup> que - por definición - carece de existencia autónoma<sup>80</sup>, aún cuando en ocasiones pueda adquirir tal relieve que pareciera dominar todo el negocio del que forma parte<sup>81</sup>, siendo éste el enfoque que, como se verá a continuación, se ha adoptado en el Código Civil.

#### 4.5 El sistema en el Código Civil

Existen disposiciones en el Código Civil concernientes a la compraventa que, al referirse al más importante y frecuente de todos los negocios jurídicos<sup>82</sup>, permiten vislumbrar cuál ha sido el criterio rector sobre el que se ha cimentado, en materia de opciones contractuales, su organicidad sistémica.

La doctrina ha identificado a la venta a satisfacción del comprador, al pacto de retroventa, al pacto de reventa, al pacto de preferencia y al pacto de mejor comprador como auténticas hipótesis de opción contractual, sea en estado de pendencia, sea como derecho perfecto<sup>83</sup>, supuestos a los que cabe adicionar, para guardar coherencia, el pacto de arrepentimiento.

Más adelante se analizarán algunos aspectos vinculados al funcionamiento de estas modalidades, pero, en lo que por el momento interesa, debe asumirse sin vacilación que, ya por la ubicación que se les ha asignado, ya por el tratamiento que les ha sido brindado, el ordenamiento jurídico las conceptúa como cláusulas especiales<sup>84</sup> que permiten a las partes subordinar las obligaciones que nacen del contrato a determinadas condiciones <sup>85</sup>.

Incumbe investigar, entonces, a qué tipo de acontecimientos futuros e inciertos se refieren las condiciones a las que, en los pactos mencionados, se subordinan los derechos personales de los contratantes<sup>86</sup>.

Pues bien, a tenor del texto legal, estos eventos pueden consistir tanto en que la cosa vendida agradase al comprador<sup>87</sup>, cuanto en poderse arrepentir cualquiera o una de las partes<sup>88</sup>, como en la simple voluntad de querer recuperar del comprador la cosa vendida<sup>89</sup> o restituir al vendedor la cosa comprada<sup>90</sup>, hipótesis estas últimas que, a su vez, pueden encontrarse subordinadas, respectivamente, a querer el comprador venderla<sup>91</sup> o a la aparición de un mejor comprador<sup>92</sup>.

Estas reglas han venido integrando desde el siglo XIX el ordenamiento jurídico vigente y, dejando transitoria mente a un lado la discusión sobre la naturaleza jurídica de la venta a satisfacción del comprador<sup>93</sup> y del pacto de preferencia<sup>94</sup>, no ha trascendido, hasta donde se conoce, ninguna voz que se haya alzado contra la posibilidad de que, a través de estos pactos, se remita al arbitrio de uno de los contratantes la potestad de provocar el cumplimiento de la condición, mediante

una simple manifestación de voluntad, o impedir su cumplimiento, mediante el mero silencio<sup>95</sup>.

Como corolario, si la normativa sobre el más difundido de los negocios jurídicos admite que se pueda tomar como condición esta clase de acontecimientos, no puede dudarse de la validez en general de un pacto por el que se subordinen determinados efectos de un contrato a una ulterior manifestación de voluntad de cualquiera de las partes.

## V. Concepto

De acuerdo a lo expresado hasta aquí, el pacto de opción puede ser definido como la estipulación accesoria por la cual se subordinan ciertos efectos de un contrato a una condición suspensiva o resolutoria consistente en el ejercicio de un derecho potestativo por parte de uno de los contratantes.

Se trata de una estipulación accesoria, porque su presencia no puede ser concebida sino con relación a un contrato principal que constituye la razón de su existencia<sup>96</sup>.

Por otro lado, no todos los efectos del contrato quedan subordinados, dado que, en el caso de las condiciones suspensivas, al menos brotarán los efectos preliminares o prodrómicos desde la misma celebración del contrato<sup>97</sup>, mientras que en las resolutorias se producirán los efectos normales, como si el negocio jurídico no fuera modal<sup>98</sup>, hasta tanto opere la extinción ex nunc por la verificación del evento previsto o se tornen irrevocables los derechos y obligaciones por el decurso del plazo sin que éste sobrevenga.

Finalmente, es de la esencia del pacto de opción que el acontecimiento condicionante consista en el ejercicio de un derecho potestativo<sup>99</sup> por parte de uno de los contratantes, es decir, en un poder de modificar unilateralmente la situación jurídica preexistente mediante un acto de voluntad frente al cual el concedente se encuentra en estado de sujeción, sin que este último pueda hacer nada para impedirlo y sin que se necesite su colaboración<sup>100</sup>.

## VI. Su distinción de otras figuras

Establecida la naturaleza jurídica del pacto de opción y definido su concepto, pueden apreciarse de manera sencilla las diferencias que presenta con las figuras afines.

### 6.1 Distinción de la oferta irrevocable

El pacto de opción y la oferta irrevocable se diferencian, principalmente, por su origen, por su objeto y por los efectos que produce la ulterior declaración de voluntad<sup>101</sup>.

Respecto del origen, el pacto de opción presupone la existencia de un contrato con relación al cual se acuerda, en tanto la oferta irrevocable nace de un acto jurídico unilateral consistente en la mera declaración de voluntad del proponente, sin que se requiera la intervención del destinatario.

En cuanto a su objeto, el pacto de opción condiciona determinados efectos de un contrato al ejercicio de un derecho potestativo por parte del optante, mientras que la oferta irrevocable tiene por objeto la celebración de un contrato que, como derivación lógica, no se encuentra concluido.

Finalmente, mientras que la aceptación de la oferta irrevocable perfecciona el contrato, el ejercicio de la opción por parte del beneficiario importa el cumplimiento de la condición a la que se encuentran subordinados ciertos derechos y obligaciones emergentes del negocio originalmente celebrado.

## 6.2 Distinción del contrato preliminar o de promesa unilateral

De acuerdo a las características del preliminar unilateral antes expuestas<sup>102</sup>, las diferencias son notables en cuanto concierne al objeto y a los efectos.

Así, mientras la promesa de contrato constituye un anteacto o negocio de primer grado que tiene por objeto un negocio definitivo o de segundo grado en estado de pendencia<sup>103</sup>, en el caso del pacto de opción, el contrato con relación al cual se acuerda es en sí mismo el negocio definitivo.

La segunda distinción estriba en que el primero origina una obligación de hacer consistente en otorgar un ulterior consentimiento para la celebración de un nuevo contrato<sup>104</sup>, en tanto que el segundo subordina determinados efectos del negocio jurídico ya perfeccionado al ejercicio de un derecho potestativo por parte del optante<sup>105</sup>.

Sin perjuicio de ello, en todo contrato preliminar unilateral la obligación del promitente de celebrar el negocio jurídico de segundo grado se encuentra condicionada al ejercicio de un derecho potestativo por parte del otro contratante, de manera que, para conservar la unidad de criterio, no puede desconocerse que hay allí también un pacto de opción<sup>106</sup>.

## 6.3 Distinción de la prelación contractual

El pacto de preferencia, prelación o tanteo, conocido en el derecho romano como *pactum protimeseos* o *pactum praelationis*<sup>107</sup>, fue originalmente legislado en el Código Civil como cláusula accesoria de la compraventa<sup>108</sup>.

A través de este pacto, el otorgante se obliga, para el supuesto de pretender transmitir un bien u otorgar un derecho, a transmitirlo u otorgarlo a una determinada persona, siempre que esta última opte por adquirir el bien o derecho y cumpla con los recaudos que al efecto se establezcan, principalmente, en cuanto al plazo para ejercer tal facultad<sup>109</sup>.

La opción otorgada al beneficiario a través de un pacto de preferencia constituye un derecho en estado de pendencia, sometido a una condición suspensiva, en tanto la facultad que le ha sido conferida sólo puede ejercitarse si el acontecimiento futuro e incierto al que se encuentra sometida sobreviene<sup>110</sup>.

Este *factum* al cual se somete la eficacia de la opción del beneficiario, si bien consiste en que el concedente desee enajenar un bien u otorgar un derecho, no importa una condición puramente potestativa prohibida por el artículo 542 del Código Civil<sup>111</sup>, sino que se refiere a un acontecimiento que, al exigirle sacrificios



económicos, hace que su voluntad no pueda actuar caprichosamente, tal como lo admite la referida norma y su nota<sup>112</sup>.

Acaecido el hecho futuro e incierto previsto, el derecho subjetivo de ejercer la opción se considerará retroactivamente otorgado desde el día en que se celebró el pacto de preferencia y, si el beneficiario lo ejerciere en las condiciones estipuladas, el concedente se encontrará obligado a transmitirle el bien o a otorgarle el derecho que se hubiere acordado<sup>113</sup>.

De lo expuesto surge que la diferencia entre el pacto de prelación y el de opción radica en que, mientras el derecho conferido al beneficiario a través del primero se encuentra en estado de expectativa o pendencia por estar condicionado a un evento futuro e incierto, en la opción existe un derecho potestativo perfecto librado a la voluntad del optante<sup>114</sup>.

#### 6.4 Distinción del pacto de mejor contratante

El pacto de mejor contratante, una de cuyas especies es la cláusula de mejor comprador<sup>115</sup>, consiste en la estipulación de quedar deshecho el contrato, si una de las partes celebrare efectivamente con un tercero un nuevo negocio por el cual resultare acreedora de prestaciones más ventajosas<sup>116</sup>.

De acuerdo a ello, el beneficiario de esta cláusula también cuenta con un derecho de opción, pero - al igual que en la prelación - sometido a una condición suspensiva, en tanto su facultad de “deshacer” el contrato cobra eficacia sólo si sobreviene un tercero con el cual logra pactar mejores condiciones<sup>117</sup>.

Acaecido tal evento, el ejercicio del derecho potestativo del beneficiario podrá funcionar como condición tanto resolutoria cuanto suspensiva, interpretándose en caso de silencio que lo es en este último carácter<sup>118</sup>.

#### 6.5 Distinción del pacto comisorio

El pacto comisorio es la estipulación por la cual, en caso de un incumplimiento esencial del contrato, la parte que no ha faltado a sus obligaciones tiene la facultad de optar por exigir su cumplimiento o resolverlo unilateralmente<sup>119</sup>.

Si bien suele afirmarse que existe una diferencia sustancial con la condición resolutoria<sup>120</sup>, lo cierto es que la presencia de este elemento otorga al contratante cumplidor un derecho potestativo cuyo ejercicio produce los mismos efectos que aquélla, conforme termina por establecerlo categóricamente la legislación en materia de compraventa<sup>121</sup>.

Más precisamente, el pacto comisorio importa subordinar los efectos normales de un contrato a dos acontecimientos futuros e inciertos: de un lado, el incumplimiento esencial y, del otro, la decisión (opción) de resolverlo.

En razón de ello, tal como ocurre con la prelación y la cláusula de mejor contratante, media en el pacto comisorio un derecho de opción en estado de pendencia, bajo condición suspensiva<sup>122</sup>.

### VII. Requisitos de validez

Tratándose de una estipulación accesoria, su eficacia requiere, en primer lugar, que se encuentren reunidos al momento de su otorgamiento todos los elementos esenciales del contrato al cual accede, tanto de los generales (consentimiento, objeto y causa) cuanto de los especiales (v.gr., el precio y la cosa en la compraventa).

Ello determina que, como presupuesto del consentimiento, ambos contratantes deberán contar ab initio con la capacidad necesaria para celebrar el negocio jurídico en el que se inserta el pacto de opción<sup>123</sup>.

Respecto del objeto, no alcanzará con que las partes fijen las bases o lineamientos generales del negocio jurídico, sino que deben establecer su configuración de manera que, ya sea por las estipulaciones que han convenido o por las disposiciones legales supletorias que resulten aplicables, no devenga necesario para su cumplimiento la celebración de un nuevo acuerdo.

En cuanto a la causa, dadas las características de la figura, no será infrecuente que se produzca cierta disociación entre la que usualmente corresponde al negocio jurídico celebrado y aquella que las partes han tenido en miras al contratar, tal como podría ocurrir, por ejemplo, con una opción de compra por la que el beneficiario pretendiera prevenirse frente al riesgo vinculado a la volatilidad del precio de la cosa y el concedente tuviera conocimiento de ello, en cuyo caso la función de cambio quedaría desplazada por la de previsión.

Por otro lado, el contrato al que se aplique esta estipulación deberá cumplir con la forma requerida para el negocio jurídico involucrado (v.gr. compraventa, locación, etc.), de manera que, si se tratare de una formalidad impuesta ad solemnitatem (v.gr. la escritura pública en la donación inmobiliaria<sup>124</sup>), aquél carecerá de eficacia si la misma no hubiere sido observada.

En cuanto al pacto en sí mismo, no constituirá un requisito de validez la existencia de un acuerdo concreto sobre el plazo para el ejercicio de la opción, habida cuenta que, si no hubiere un término fijado, el derecho potestativo del optante deberá ejercerse en el tiempo que es verosímil que las partes entendieron que debía cumplirse<sup>125</sup> y, en caso de no resultar posible determinar cuál ha sido la voluntad de los contratantes, en el que el juez señale<sup>126</sup>, dentro de los límites legalmente admitidos<sup>127</sup>.

Tampoco es indispensable que resulte del contrato la manera en que se producirá el ejercicio del derecho potestativo por parte del beneficiario, dado que, a falta de previsión, su ejecución deberá realizarse de la manera en que las partes verosímelmente quisieron y entendieron que habría de efectuarse<sup>128</sup>. En su caso, será suficiente cualquier hecho exterior por el cual tal voluntad se manifieste, siempre que resulte inequívoco su sentido y sea posible un adecuado control de su verificación por parte del concedente<sup>129</sup>. Mediando acuerdo al respecto, rige en esta materia el principio de libertad de las formas<sup>130</sup>.

## VIII. Efectos del pacto de opción

El pacto de opción se circunscribe a condicionar determinados derechos y obligaciones emergentes de un contrato a una condición suspensiva o resolutoria consistente en el ejercicio de un derecho potestativo por parte de alguno de los

contratantes. Incluso, podría afirmarse, sin incurrir en error, que se trata del único efecto inmediato que dicha figura produce y con ello se agotaría su examen.

Pero, si se detuviera allí el análisis, es evidente que quedarían fuera de la investigación los efectos indirectos que son, precisamente, los que mayor gravitación adquieren sobre la esfera de intereses de las partes.

De ahí que, al hacer referencia a este aspecto del pacto de opción, resulte más interesante ocuparse de los efectos mediatos que de los directos.

Desde ese enfoque, es necesario clasificar las opciones según su ejercicio opere como condición suspensiva o como condición resolutoria.

Si se trata del primer grupo, los derechos y obligaciones subordinados a la facultad del optante producirán efectos preliminares o prodrómicos desde la misma celebración del contrato. En tal sentido, siendo la función fundamental de estos últimos la de tornar posible la verificación de los efectos definitivos del supuesto de hecho que actúa como condición, el optante podrá ejercer, ya desde el inicio, todos los actos conservatorios, necesarios y permitidos por la ley para la garantía de sus intereses y sus derechos<sup>131</sup>.

De tal manera, aún cuando ninguna de las partes podrá exigir el cumplimiento de las obligaciones subordinadas al acontecimiento pendiente, el beneficiario de la opción quedará habilitado para, según el caso, ejercer actos que tengan por objeto impedir que se destruya o deteriore la cosa objeto del negocio<sup>132</sup> o dirigirse contra terceros para interrumpir el curso de la prescripción<sup>133</sup>, mientras que cualquiera de los contratantes podrá pedir la formación de inventario en la sucesión del otro o la separación de los bienes de la herencia de este último respecto de los pertenecientes a los herederos<sup>134</sup>, entre otras posibilidades.

Además, si durante el tiempo que transcurre mientras permanece pendiente la condición, alguna de las partes hubiere entregado una cosa cuya transmisión se encontraba subordinada al ejercicio de la opción, la otra parte no habrá adquirido su titularidad y será considerada como administradora de cosa ajena<sup>135</sup>.

Finalmente, si las partes hubiesen satisfecho las prestaciones objeto de las obligaciones condicionadas y el derecho potestativo no se ejerciere, se hará restitución recíproca de lo que se hubieren entregado, compensándose los intereses y frutos que pudieran haber percibido<sup>136</sup>.

Pasando ahora al segundo grupo, es decir, a aquellos supuestos en que el ejercicio de la opción opera como condición resolutoria, los derechos y obligaciones subordinados a la facultad del beneficiario producirán inicialmente sus efectos normales, como si no fueran modales.

Mientras se encuentre pendiente el ejercicio de la opción y el plazo respectivo no esté vencido, las partes también podrán ejercer ciertos actos conservatorios para la garantía de sus intereses y derechos, tal como podría ocurrir, por ejemplo, con el vendedor que hubiere hecho tradición de la cosa o el comprador que hubiere entregado el precio<sup>137</sup>.

Transcurrido el plazo sin que la facultad del optante se verifique, los derechos subordinados a ella quedarán irrevocablemente adquiridos, como si nunca hubiese mediado opción<sup>138</sup>.

Si el derecho potestativo, en cambio, es ejercido, las partes deberán devolverse lo que hubieren percibido en virtud de las prestaciones condicionadas<sup>139</sup>, aplicándose las reglas sobre las obligaciones de restituir las cosas a sus dueños<sup>140</sup>, sin deberse los frutos percibidos en el tiempo intermedio<sup>141</sup> y sin que se readquiera el dominio hasta que se vuelva a verificar la tradición<sup>142</sup>.

Solo cabe agregar que ninguna de estas soluciones sería posible para las doctrinas de la promesa unilateral y de la oferta irrevocable. En el caso del preliminar, porque sólo existe la obligación de concluir el contrato definitivo, de manera que las únicas medidas conservatorias y necesarias que podría adoptar el promisorio serían las tendientes a asegurarse la celebración del negocio de segundo grado, pero no su cumplimiento.

En cuanto a la segunda corriente, el anteacto agota instantáneamente su objeto al tornar irrevocable la oferta, de manera que ya ni siquiera cabe hablar de obligación, ni pura ni condicionada, y, por lo tanto, no hay medida imaginable alguna que pueda cumplir, para esta situación, con el doble requisito de ser conservatoria y, a la vez, necesaria<sup>143</sup>.

#### IX. La opción como objeto de un contrato

De acuerdo a cuanto se ha afirmado hasta aquí, el pacto de opción constituye una estipulación accesoria y, por lo tanto, no se concibe la posibilidad de aislarlo en abstracto para erigirlo en objeto autónomo de un contrato.

Nótese que, aún en la hipótesis en que se celebrara un acuerdo sólo para introducir una opción de tales características en un negocio preexistente, el objeto de tal nuevo contrato no sería el pacto individualmente considerado sino la modificación de ciertos efectos de la relación jurídica primigenia<sup>144</sup>. Ello obedece a que, como sucede con todos los elementos accidentales, el pacto de opción puede incorporarse tanto al momento de celebrarse el contrato principal (*in continenti*) cuanto posteriormente (*ex intervallo*), al modo de los *pacta adiecta*.

Esto no implica negar la existencia y validez de ciertas figuras que en el mundo de los negocios se refieren, por ejemplo, a la transferencia de una “opción de compra” o de una “opción de venta”, pero sólo por una necesidad práctica del lenguaje puede emplearse tal terminología puesto que, en rigor técnico, de lo que se trata es de la transmisión de la posición contractual y no de la opción aisladamente considerada.

Efectivamente, la negociación del mencionado derecho potestativo sólo es admisible como parte integrante del negocio jurídico al que se refiere, a cuyo fin deberá determinarse previamente si las obligaciones emergentes del mismo son, por su naturaleza, susceptibles de transmitirse activa y pasivamente<sup>145</sup> o si, por el contrario, han sido establecidas teniendo en cuenta la persona de los contratantes<sup>146</sup>.

Una vez descartado que se trate de derechos u obligaciones *intuiti personae*, la cesibilidad de la posición contractual del optante quedaría todavía supeditada a

que tal posibilidad haya sido expresamente permitida en el negocio jurídico o que pueda resultar de la interpretación de la voluntad de las partes o de los usos y costumbres que la transmisión se encuentra tácitamente autorizada<sup>147</sup>.

Finalmente, si en el caso concreto se concluyera que la transmisión es jurídicamente viable y está autorizada, no habría inconvenientes en admitir que la opción sea ejecutada por una persona distinta del beneficiario originario, dado que el acontecimiento que opera como condición suspensiva o resolutoria no es la voluntad de un sujeto en particular sino el ejercicio concreto del derecho potestativo que, al haber sido cedido, sólo puede ser válidamente utilizado por el cesionario<sup>148</sup>.

En definitiva, todo dependerá de las particularidades de cada situación, aunque, si se tratara de una compraventa o de cualquier otro contrato al que se le apliquen supletoriamente sus reglas<sup>149</sup>, el derecho de opción -y de la posición contractual- habrá de presumirse iuris tantum libremente transmisible, pues así surge de las reglas que el Código Civil establece respecto de estas cláusulas<sup>150</sup>, salvo para el pacto de preferencia en las operaciones no comerciales<sup>151</sup> y para aquellos casos en que las prestaciones no se cumplan de manera simultánea<sup>152</sup>.

#### X. Ejercicio de la opción

El ejercicio de la opción importa el cumplimiento de la condición potestativa a la cual se subordinaron los efectos señalados por las partes, desencadenando la exigibilidad o extinción de los derechos que se hubieren previsto.

Se trata de un acto jurídico unilateral consistente en la manifestación de voluntad del optante efectuada con el objeto inmediato de crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos según lo convenido, exteriorización que, según se pacte, puede tener lugar tanto de manera directa como indirecta.

El ejemplo típico de la exteriorización directa es la declaración del optante dirigida al concedente haciéndole saber su decisión de ejercer la opción, en cuyo caso resultará de aplicación por vía analógica lo dispuesto por el artículo 1154 del Código Civil, a menos que las partes hubieren acordado otra solución (por ejemplo, disponiendo que la notificación deberá ser “recibida” por el otorgante dentro del plazo estipulado<sup>153</sup>).

Para la vía indirecta, las posibilidades son infinitas, pudiendo pactarse, por ejemplo, que su ejercicio resultará de la no devolución de la cosa al vencimiento del plazo de la locación con opción de adquirir, o del transcurso de un plazo sin formular determinada manifestación en la prórroga automática, o de la devolución del precio o la cosa en una cláusula de arrepentimiento, o del pago del precio en una “opción de compra”, entre otras alternativas<sup>154</sup>.

Por su lado, el ejercicio de la opción deberá ser total, dado que su ejecución parcial, aunque por hipótesis se refiera a un objeto divisible, no hará nacer en parte las obligaciones condicionadas<sup>155</sup>, a menos que resulte lo contrario de la voluntad de las partes.

A su vez, la opción deberá ejercerse en el plazo fijado o dentro del tiempo que verosímilmente los contratantes entendieron que debía tener lugar, puesto que el

derecho potestativo caduca si el término transcurre sin verificarse la misma o, todavía antes, si se hace indudable que no podrá ser ejecutado<sup>156</sup>.

Ejercida la opción, los efectos se retrotraen al día en que se acordó el pacto<sup>157</sup>, salvo voluntad en contrario de las partes y los derechos de terceros adquirentes de buena fe<sup>158</sup>.

## Capítulo II: Clasificación de las opciones [\[arriba\]](#)

Las categorizaciones que seguidamente se formulan no pretenden ser exhaustivas sino que, como toda clasificación, cumplen una función meramente instrumental destinada exclusivamente a facilitar la exposición.

Además, debe advertirse que la clasificación de las opciones puede verse absorbida por las diferentes finalidades que pueden satisfacer los negocios jurídicos que las contienen, pues existen contratos en los cuales el ejercicio de la opción importa un cambio en la titularidad de los bienes y, sin embargo, no cumplen una función económico social<sup>159</sup> de cambio sino financiera<sup>160</sup> o, incluso, de previsión de los riesgos vinculados a la volatilidad de los precios, de las tasas de interés o del tipo de cambio<sup>161</sup>.

### XI. CONSTITUTIVAS, EXTINTIVAS Y MIXTAS

Si bien la figura bajo análisis es susceptible de diversas clasificaciones, la más trascendente es la que, desde el punto de vista de los efectos que produce el ejercicio del derecho potestativo por parte del beneficiario, distingue entre opciones contractuales constitutivas, extintivas y mixtas.

Las constitutivas<sup>162</sup> son aquellas que están destinadas a la adquisición de uno o más derechos por parte del optante o de quien éste designe (si así hubiere sido estipulado), sin perjuicio de los que, según el contrato en el que se encuentre inserto el pacto, pueda adquirir recíprocamente el concedente<sup>163</sup>. Los ejemplos más comunes de estas opciones, que operan como condiciones suspensivas, son las opciones de prórroga, las de compra y las de venta.

En cuanto a las opciones de compra y de venta, el derecho potestativo que opera como condición suele adquirir una importancia más destacada en virtud de producir la suspensión de los efectos normales del contrato. No ocurre lo mismo con otros casos, tales como el del leasing, donde los efectos propios se producen desde el inicio, suspendiéndose solo los correspondientes a la adquisición del bien.

Respecto de la categoría de las extintivas, su ejercicio origina la pérdida de uno o más derechos inicialmente adquiridos por el optante, sin perjuicio de los que, según el contrato en el que se encuentre inserto el pacto, puedan extinguirse recíprocamente para el concedente. Estas opciones actúan como condiciones resolutorias y cumplen una función importante en las relaciones de duración<sup>164</sup>, donde se las utiliza para privar al contrato de sus efectos propios por decisión de una sola de las partes. En nuestra legislación, constituyen ejemplos de esta clase de opciones los pactos de reventa y retroventa en la compraventa, al imponer su ejercicio las obligaciones de “restituir” y “reembolsar”.

Finalmente, las opciones mixtas constituyen una combinación entre las constitutivas y las extintivas, de manera tal que originan en forma simultánea la

adquisición de unos derechos y la extinción de otros. Por ejemplo, esta clase de opción es común en aquellos contratos en que una de las partes es considerada como administradora de ciertos bienes de la otra y, al ejercer la opción, muta dicho carácter al de propietaria, extinguiéndose así las obligaciones que correspondían a su primer condición, mientras se produce el nacimiento de las vinculadas a su nuevo status (v.gr., pago del precio respectivo<sup>165</sup>).

La utilidad de esta clasificación resulta de los distintos efectos que unas y otras clases de opciones producen y de las distintas reglas que, en consecuencia, deben aplicarse.

## XII. DE PRÓRROGA, DE RENOVACIÓN Y DE RECONDUCCIÓN

Estas opciones se ubican dentro de la categoría de las constitutivas, dado que el beneficiario, al ejercer la opción, está consolidando la existencia de los derechos y obligaciones previstos para el segundo período, ocurriendo lo mismo con los derechos y obligaciones recíprocos que surgen en cabeza del concedente<sup>166</sup>.

Ello de ningún modo significa que las obligaciones pertenecientes al nuevo período recién se contraigan al momento de ejercerse la opción, pues el acaecimiento de la condición tiene efectos retroactivos.

Así, en el caso de las opciones de prórroga, su ejecución valdrá como si el contrato se hubiese celebrado ab initio por el plazo originario más el fijado en la opción<sup>167</sup>.

En cambio, tratándose de opciones de renovación o de reconducción, se producirá una desvinculación entre el período inicial y el correspondiente al nuevo término, aunque en ambos casos se considerará como si este último se encontrara pactado desde el inicio.

La diferencia estriba en que, una vez ejercida la opción, la prórroga implicará que el plazo total transcurrirá sin solución de continuidad entre el primer y segundo período, como si se tratara de un único plazo, mientras que la renovación y la reconducción importarán la extinción del término inicial y el nacimiento de uno nuevo (distinto).

Finalmente, estas dos últimas categorías se distinguen por el momento a partir del cual se inicia el nuevo término (que puede ir combinado con la modificación de algún otro elemento<sup>168</sup>), habida cuenta que, mientras en la renovación el comienzo del nuevo período se produce desde el mismo instante en que fenece el anterior, la reconducción supone la presencia de un intervalo de tiempo entre el primero y el segundo<sup>169</sup>.

Solo cabe agregar que la clasificación precedente no constituye un mero tecnicismo habida cuenta que la determinación del dies a quo puede incidir, por ejemplo, en la apreciación del término legal mínimo o máximo para una locación urbana, o en el monto de una cláusula penal tarifada en función del plazo transcurrido, entre otras hipótesis.

## XIII. DE CAMBIO DE TITULARIDAD O DE CAMBIO DE USO

A su vez, según los derechos potestativamente condicionados que el contrato principal otorgue sobre los bienes que constituyen su objeto, puede diferenciarse

entre opciones cuyo ejercicio origina cambios en la titularidad de un bien (v. gr. la opción de adquisición a favor del tomador en el leasing, la cláusula de arrepentimiento en la compraventa, etc.), y opciones cuya ejecución produce modificaciones en el uso de un bien sin alterarse su dominio (v. gr. la opción de prórroga en el contrato de locación).

#### XIV. GRATUITAS Y ONEROSAS

Las opciones también pueden clasificarse en gratuitas, cuando son otorgadas por el concedente independientemente de toda prestación pura y simple a cargo del optante, y onerosas, cuando no son concedidas sino por la presencia de una prestación a cargo del beneficiario que deberá ser satisfecha con total independencia del ejercicio de su derecho potestativo o, según el caso, a partir de su ejecución<sup>170</sup>.

Cabe notar que esta clasificación no se refiere a la onerosidad o gratuidad del contrato al cual accede el pacto, sino a la circunstancia de que el concedente otorga la opción a cambio de una contraprestación a cargo del beneficiario que, de ordinario, consistirá en el pago de un premio.

La categorización tiene incidencia en el análisis de diversos aspectos del negocio jurídico en el que se incluye la cláusula de opción, pudiendo señalarse, a modo de ejemplo, que, ante la presencia de una opción onerosa, la eventual desproporción entre el precio y la cosa vendida no se juzgará con el mismo rigor que el que se adoptaría en el caso de una gratuita.

#### XV. UNILATERALES Y RECÍPROCAS

Finalmente, las opciones pueden clasificarse en unilaterales o recíprocas, según que el derecho potestativo haya sido concedido, respectivamente, a uno o ambos contratantes. Son típicas especies de las primeras las opciones de compra o de venta, y las opciones de prórroga establecidas a favor de los arrendatarios o locatarios, entre otras.

En cuanto a las segundas, el ejemplo más difundido es el que aparece en los contratos de duración, en los cuales suele introducirse una cláusula que faculta a cualquiera de las partes a resolverlo sin causa.

Solo resta aclarar que el carácter recíproco de estas últimas no debe ser confundido con la exigencia de una bilateralidad en su ejercicio, dado que, en tal hipótesis, no se estaría en presencia de una opción sino de una figura distinta, por ser de su esencia que el derecho potestativo pueda ser ejecutado unilateralmente por cualquiera de las partes.

### Capítulo III: Situaciones particulares [\[arriba\]](#)

El conocimiento jurídico está lejos de circunscribirse a un rol pasivo meramente contemplativo de una esencia inteligible, pues, siendo constitutivamente práctico, este saber tiene una función creadora orientada a dirigir y valorar aquella parte de la conducta humana en la que aparece involucrada la justicia, constituyendo el análisis hermenéutico de la ley apenas una de las tantas proyecciones que puede tener la teoría de la interpretación del derecho<sup>171</sup>.



Bajo este paradigma<sup>172</sup>, la defensa de una tesis jurídica determinada reclama algo más que la simple comprobación lógica de sus conclusiones; exige una justificación de la razonabilidad y justicia de su aplicación práctica.

De acuerdo a esta premisa, deviene menester observar los resultados que esta concepción del pacto de opción produce en ciertas situaciones particulares.

## XVI. ENAJENACIÓN DEL BIEN

La temática que aquí se plantea se refiere a las consecuencias que se desencadenarían en aquellas situaciones en que el ejercicio del derecho potestativo trasunta en una obligación de transferir un bien después de haber sido enajenado a un tercero por parte de quien era su titular al momento de celebrarse el contrato principal<sup>173</sup>.

Lo primero que cabe analizar en estos casos es qué efectos produce el ejercicio de la opción entre las partes cuando se trata de una compraventa o de cualquier otro negocio jurídico al que se le apliquen supletoriamente sus reglas<sup>174</sup>, dado que éstos tienen prevista una regulación especial que introduce algunas modificaciones al principio general según el cual las cosas ajenas pueden ser objeto de los contratos<sup>175</sup>.

Está claro que, si la ejecución de la opción constituyera la aceptación de una oferta irrevocable o desencadenara la simple obligación de prestar un futuro consentimiento, el conocimiento que el comprador, permutante o cesionario pudiera tener de la enajenación del bien gravitaría sobre la validez del contrato de segundo grado, pues, si al momento de ejercerse el derecho potestativo sabe que el bien es ajeno, resultaría nulo que se contratara sobre el mismo como propio del vendedor, copermutante o cedente<sup>176</sup> y las partes nada se adeudarían, con la flagrante injusticia que ello generaría para el beneficiario de una opción onerosa<sup>177</sup>.

Por el contrario, al tratarse, como aquí se sostiene, de una condición potestativa, la validez del negocio principal y, consiguientemente, de las obligaciones que del mismo emanan no se vería de ningún modo conmovida por la eventual enajenación a un tercero, y sólo cabría hablar de un incumplimiento contractual por parte del deudor de la prestación de transferir el bien para el caso en que éste no lograra hacerlo adquirir en propiedad a favor del acreedor.

El segundo aspecto que debe abordarse es el vinculado al efecto relativo de los contratos frente a los terceros, pues el impacto de la *weltanschauung* es, en este punto, determinante.

Así, para quienes la ejecución de la opción implica la celebración de un nuevo contrato o la obligación de concluirlo, carece de toda relevancia indagar si el tercero a quien se ha transferido el bien es adquirente de buena o mala fe, pues no hay efecto alguno, siquiera relativo, que pueda serle opuesto<sup>178</sup>.

Diametralmente distinta es la solución para la doctrina de la condición simplemente potestativa que aquí se sostiene, dado que la buena o mala fe del tercero permitirá establecer la eventual aplicación de los principios generales en materia de obligaciones de transferir bienes para esta concepción, cuando el ejercicio de la opción se refiera a prestaciones de dar cosas ciertas no fungibles con el fin de transferir o constituir derechos reales, el acreedor tendrá una acción

de nulidad contra el tercero que, conociendo la existencia de la obligación primigenia del deudor, hubiera recibido la posesión del bien<sup>179</sup>. Si se tratara de cosas fungibles, la acción contra el tercero sólo procederá en caso de fraude<sup>180</sup>

A modo de ejemplo, si el otorgante de una “opción de compra” hiciera tradición de la cosa no fungible a un tercero de mala fe<sup>181</sup>, el optante podrá impugnar la validez de tal acto de transmisión, aún cuando todavía no hubiese ejercido su derecho potestativo, habida cuenta que, pendiente la condición suspensiva, tiene a su disposición todos los actos conservatorios, necesarios y permitidos por la ley para la garantía de sus intereses y de sus derechos<sup>182</sup>

No habiendo mediado tradición, el beneficiario de la opción será preferido frente a cualquier tercero cuyo título sea de fecha posterior<sup>183</sup>.

Similares principios se aplican en materia de obligaciones de transferir derechos cuando el segundo cesionario, culpable de mala fe o de una imprudencia grave, tuviere conocimiento del previo otorgamiento de la opción<sup>184</sup>.

## XVII. INEXISTENCIA DEL BIEN Y PROHIBICIÓN O IMPOSIBILIDAD DEL OBJETO

En los mismos supuestos de obligaciones de transferir, resulta trascendental el momento en que debe juzgarse si se ha contratado sobre un objeto prohibido, imposible o inexistente, o sobre una cosa no fungible como existente cuando todavía no existía o cuando ha dejado de existir, dado que ello redundará en la nulidad o validez del negocio jurídico<sup>185</sup>.

Así, para la doctrina de la oferta irrevocable o de la obligación de prestar un nuevo consentimiento, el contrato de segundo grado es nulo si el objeto es imposible o prohibido o la cosa no existe al momento de ejercerse el derecho potestativo, aún cuando hubiera sido posible o se encontrara permitido o hubiera existido al otorgarse la opción, lo que provoca una nueva situación de injusticia<sup>186</sup>.

A su turno, para ambas corrientes de opinión, si conservaran la congruencia, sería válido el otorgamiento de una opción vinculada a un contrato futuro, pero de objeto actualmente prohibido, erigiéndose ello en una poderosa herramienta para eludir disposiciones de orden público<sup>187</sup>.

En cambio, aplicando la teoría que aquí se sostiene, todas estas circunstancias deben apreciarse al momento de otorgarse la opción, careciendo de toda relevancia, a los efectos de su validez, que pudieran sobrevenir antes de ejercerse el derecho potestativo, en cuyo caso se aplicarán las reglas generales sobre imposibilidad del pago y las partes deberán restituirse todo lo que hubieren recibido por motivo de la obligación extinguida<sup>188</sup>, salvo pacto en contrario<sup>189</sup> o responsabilidad imputable al deudor de la prestación respectiva<sup>190</sup>.

Finalmente, cuando el ejercicio de la opción opere como condición resolutoria, las partes nada podrán reclamarse en ninguno de los casos antedichos<sup>191</sup>, salvo pacto en contrario.

## XVIII. MUERTE O INCAPACIDAD DEL OTORGANTE O DEL BENEFICIARIO

En caso de muerte del otorgante o del beneficiario, los efectos del contrato principal se transmitirán activa y pasivamente a sus herederos y sucesores

universales, a no ser que las obligaciones emergentes del mismo hubieren sido contraídas intuiti personae<sup>192</sup>, o que resultase lo contrario de una disposición expresa de la ley<sup>193</sup>, de una cláusula del contrato<sup>194</sup>, o de su naturaleza misma<sup>195</sup>.

Para el supuesto de incapacidad sobreviniente, será el curador quien represente al otorgante o beneficiario en el cumplimiento de sus obligaciones<sup>196</sup>, a no ser que la persona del representado hubiese sido elegida por su industria, arte o cualidades personales<sup>197</sup>.

En ambas hipótesis, cuando se configure alguna de las excepciones mencionadas, las obligaciones quedan extinguidas para ambas partes, y éstas deben devolverse lo que por razón de dichas prestaciones hubieren recibido<sup>198</sup>.

Naturalmente, ninguna de estas soluciones podría aplicarse para la doctrina de la oferta irrevocable, puesto que la muerte o incapacidad del oferente, antes de conocer la aceptación, o del destinatario, antes de haber aceptado, provoca la caducidad de la propuesta<sup>199</sup>, sin que el optante o sus sucesores tengan derecho a reclamo alguno.

## XIX. CONCURSO O QUIEBRA DEL OTORGANTE O DEL BENEFICIARIO

Para facilitar la exposición, se analizará en particular la situación de los contratos que confieren opciones constitutivas onerosas de cambio de titularidad frente al fenómeno concursal.

### 19.1 La situación del contrato ante el fenómeno concursal

Nuestra legislación concursal, insuficiente<sup>200</sup> -por cierto- para abarcar satisfactoriamente todo el género del derecho de la crisis empresarial respecto del cual constituye una simple arista, aborda el fenómeno de la insolvencia<sup>201</sup> a través de una vía denominada “extrajudicial” y dos judiciales orientadas hacia distintos fines.

La primera que aparece en el articulado de la LC es la solución preventiva judicial, en la cual la conservación de la empresa, en cuanto actividad útil para la comunidad, se erige en principio inspirador<sup>202</sup> (aunque subordinado actualmente al interés de los acreedores<sup>203</sup>), lo que conduce a que no exista desapoderamiento - o, si se prefiere, a que medie un desapoderamiento atenuado<sup>204</sup>-, pues el deudor conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del síndico (art. 15 LC), aunque se le prohíbe la realización de determinados actos y se le exige autorización judicial para otros (art. 16 LC).

Aquí la regla consiste en el respeto de los contratos celebrados con anterioridad a la presentación en con curso de cualquiera de los contratantes<sup>205</sup> en la medida que, conforme exige el art. 20 LC, existan “prestaciones recíprocas pendientes”, expresión derivada de una traducción del art. 1453 italiano (contratti con prestazioni corrispettive) que hasta el presente no ha logrado ser explicada con claridad y profundidad por la doctrina concursalista<sup>206</sup>.

Para estos casos, la norma confiere una facultas solutionis<sup>207</sup> en primer término al concursado y en segundo lugar, ante la inacción de éste, al contratante in bonis. Así, por un lado, se otorga al primero la posibilidad de decidir cuáles contratos

habrá de resolver -sin obligación de responder por los perjuicios que se deriven de esta decisión<sup>208</sup>- y cuáles habrá de continuar, a cuyo fin deberá en este último caso cumplir dos requisitos: a) obtener la autorización judicial respectiva, la que sólo podrá otorgarse previa vista al síndico; b) y efectuar la comunicación al cocontratante dentro de los 30 días de abierto el concurso preventivo<sup>209</sup>. Vencido dicho término, la parte in bonis podrá, sin perjuicio de la aplicación del artículo 753 del Código Civil, resolver el contrato, en cuyo caso deberá notificar al concursado y al síndico.

La segunda alternativa -en orden de aparición en la LC- destinada a abordar el fenómeno de la crisis empresarial es el acuerdo preventivo extrajudicial respecto del cual se ha interpretado que, en rigor, se trata de un concurso “abreviado” o “pre-armado”, de un subtipo concur sal<sup>210</sup>, aunque esta interpretación ha sido rebatida por prestigiosa doctrina<sup>211</sup>.

En lo que interesa a esta exposición, debe señalarse que este trámite, donde está ausente el desapoderamiento atenuado al que se hizo referencia, no torna aplicables a los contratos con prestaciones recíprocas pendientes las previsiones del art. 20 LC, habida cuenta que no existe remisión alguna del art. 76 LC a la sección II del Capítulo V del Título II y, por lo demás, no habría fecha de apertura a partir de la cual contar los 30 días para notificar la autorización de continuación, ni sindicatura a la cual conferir vista, ni privilegio a favor del contratante in bonis.

De otro lado, quienes califican a este trámite como un subtipo concursal o concurso “abreviado”, deberían - a los efectos de ser consecuentes con su pensamiento - admitir la aplicación directa del art. 753 del Código Civil, facultando al contratante in bonis a exigir el cumplimiento de la prestación antes del plazo, a menos que el deudor no se encontrara en estado de insolvencia sino atravesando dificultades económicas o financieras de carácter general.

Finalmente, la tercer vía legislativamente prevista para el tratamiento de la insolvencia es la quiebra, en la cual, considerando que el principio es la expeditiva liquidación de los bienes desapoderados a los fines de la distribución del producido entre los acreedores del fallido, el desapoderamiento y, su contracara, la incautación constituyen la natural consecuencia<sup>212</sup>.

Aquí la regla se invierte, dado que, a diferencia de lo que sucede con la solución preventiva, se producirá la resolución de pleno derecho de determinados contratos (arts. 146, 1o párrafo -salvo autorización judicial ante el expreso pedido del síndico y del tercero-, 147, 148, 153 y 158, LC), otros quedarán suspendidos hasta tanto sean resueltos o - excepcionalmente - continuados por el síndico (arts. 143, inc. 3° y 144, LC) y, finalmente, unos pocos continuarán (arts. 146, 2o párrafo, 154 y 157, inc. 1°, LC).

## 19.2 Las opciones frente a la solución preventiva

Un contrato que confiera una opción de compra o de venta encuadrará dentro de la categoría de “prestaciones presentación en concurso preventivo o, en su caso, de declaración de la quiebra, el beneficiario no hubiere ejercido el derecho potestativo que le ha sido otorgado o que, ejercido éste, las partes todavía se debieran mutuamente el bien y el precio.

En consecuencia, abierto el concurso preventivo del otorgante o del beneficiario, si éstos pretendieran continuar el contrato continente de la opción - de compra o de venta - deberían requerir autorización judicial en la forma prevista por el art. 20 de la LC y, transcurrido el plazo de treinta días allí previsto sin haberse notificado al contratante in bonis la decisión de continuarlo, nacería para este último la opción de resolver.

Autorizada la continuación en la forma indicada por el precepto aludido, las prestaciones que el contratante in bonis cumpla después de la presentación en concurso preventivo gozan de la condición de créditos prededucibles en los términos del artículo 240 LC, sin necesidad de verificación previa.

Si, en cambio, se produce la resolución del contrato, el caso no ofrecería mayores dudas cuando se tratare del concurso del beneficiario, toda vez que el dador no tendría derecho a reclamo alguno por virtud de que la opción no genera la obligación sino el derecho de comprar o vender, según el caso.

Distinta sería la situación en el caso de concurso del otorgante, dado que la extinción del contrato por aplicación del art. 20 LC no es generadora de responsabilidad por los perjuicios que de ella se deriven<sup>213</sup> y resulta evidente que al concedente concursado le convendrá de ordinario extinguir el contrato, toda vez que el sentido común indica que el optante sólo ejercerá su derecho potestativo en la medida que la comparación del precio de compraventa con el valor en plaza del bien objeto del contrato genere una diferencia a su favor.

En tal situación, si al beneficiario solo se le concediera el derecho a solicitar la verificación de la suma correspondiente a la prima<sup>214</sup> que por hipótesis hubiera pagado para obtener el otorgamiento de la opción, ello se prestaría a la especulación abusiva por parte del otorgante (principalmente en materia de derivados financieros extrabursátiles<sup>215</sup>), quien se vería tentado a concursarse a fin de liberarse de las consecuencias de un negocio cuyo resultado desfavorable avizora, sin otra responsabilidad que la de devolver las sumas recibidas en las condiciones que se establezcan en el acuerdo preventivo.

En función de ello y por aplicación de las directrices establecidas en el art. 159 LC, la solución debería hallarse por vía de analogía en el art. 153 de la LC que intenta asegurar equitativamente las expectativas de las partes de un contrato a término frente a la quiebra<sup>216</sup> dado que, si bien existen importantes diferencias entre ambas figuras, en las opciones de compra o venta aparecen ciertas características de aquél, como por ejemplo, además del diferimiento en el tiempo, la finalidad de certeza que se procura frente a la volatilidad del valor de plaza del bien objeto del contrato, cierto ánimo especulativo, y algún grado de álea<sup>217</sup> en el contenido económico que tendrá la prestación a cargo de las partes.

Así, habrá de estarse a la diferencia que al momento de producirse la resolución del contrato por causa del concurso pueda existir entre el precio de ejercicio de la opción<sup>218</sup> y el valor de plaza del bien respectivo. En caso de ser favorable al beneficiario, éste tendría derecho a solicitar la verificación de su crédito por el importe de dicha diferencia, quedando sometido a las condiciones de pago que resulten del acuerdo preventivo al que eventualmente pudiera arribarse. En la hipótesis contraria, es decir, si la diferencia fuera favorable al otorgante concursado, éste no podría reclamar al optante resarcimiento alguno, por cuanto,

como se explicó, la opción de compra o de venta no genera la obligación sino, respectivamente, el derecho de adquirir o enajenar.

De admitirse esta solución, podría ocurrir que al otorgante de la opción le resultara conveniente la continuación del contrato ante la fundada expectativa de que las futuras variaciones del valor de plaza del bien redujeran significativamente o suprimieran la diferencia que al momento de tomar la decisión de continuar pudiera existir a favor del optante.

Una solución alternativa podría ser permitir al optante solicitar la verificación por el valor que su derecho de opción pudiera tener en plaza, pero las dificultades para establecer dicho valor, sobre todo teniendo en cuenta la situación de concursamiento del otorgante, disuaden al intérprete de inclinarse a favor de esta vía.

### 19.3 Las opciones frente a la quiebra

En cuanto al supuesto de quiebra tanto del otorgante como del beneficiario, la consecuencia dispuesta por el art. 153 LC podría resultar perjudicial para los acreedores al originar la resolución de pleno derecho del contrato<sup>219</sup> sin atender a la conveniencia o inconveniencia de tal resultado. Además, debe recordarse que la aplicación analógica promovida en esta exposición para el concurso preventivo se circunscribió a la sola obtención de la fórmula para determinar la cuantía del crédito que habrá de verificarse.

De ahí que la solución deba rastrearse a través de la observación de la forma en que, frente a la quiebra, el legislador ha tratado al pacto de opción en el más difundido de los contratos que contienen este tipo de cláusulas, el leasing, de cuyo análisis resulta que en el art. 11 de la ley 25.248 se prevé allí un mecanismo similar al que establecen los artículos 143, inc. 3 y 144 de la LC220, de modo que serán estos últimos los que habrán de gobernar la situación de las opciones de compra o de venta frente a la quiebra de alguna de las partes.

En consecuencia, será el Juez del concurso quien, a instancia de la parte in bonis, de cualquier acreedor, de un interesado o, incluso, de oficio<sup>221</sup> habrá de decidir dentro de los plazos legales sobre la continuación del respectivo contrato y las garantías que deberán constituirse, teniéndoselo por resuelto si, transcurridos 60 días desde la publicación de edictos, el tercero contratante requiriera el pronunciamiento y no se le comunicara por medio fehaciente la decisión de continuación dentro de los 10 días subsiguientes.

En la hipótesis de continuación, las prestaciones del tercero gozarán de la condición de créditos prededucibles en los términos del art. 240 LC, sin perjuicio de las demás garantías que, previa petición al Juez, hubieren de constituirse a su favor.

Si, en cambio, el contrato se resolviera, habrá de distinguirse según el fallido sea el beneficiario u otorgante de la opción. Si se trata del primero, no habrá lugar a reclamo alguno, pues, reiterando lo antes manifestado, este pacto no genera para el optante la obligación sino el derecho de adquirir o enajenar, según se trate respectivamente de opción de compra o de venta.

En el segundo supuesto, el beneficiario de la opción tendrá derecho a solicitar la verificación de su crédito, cuya cuantía, por las mismas razones desarrolladas al analizar la cuestión relativa al concurso preventivo, debería calcularse por vía de la aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 153 de la LC.

#### 19.4 La situación de las otras doctrinas frente al fenómeno concursal

Ninguna de las soluciones propuestas se podría alcanzar si se adscribiera a la doctrina que ve en el pacto de opción una oferta irrevocable convencionalmente otorgada, dado que, en tal caso, al importar el ejercicio del derecho potestativo por parte del beneficiario una aceptación en los términos de los arts. 1.144 y ss. del Código Civil, el contrato definitivo se estaría celebrando con posterioridad a la presentación en concurso o declaración de quiebra.

Como consecuencia de ello, en el concurso preventivo del otorgante, o bien el contrato definitivo sería nulo por alterar la situación del optante como acreedor por causa o título anterior a la presentación (art. 16, 1o párr., LC) al permitirle percibir su prestación en especie pactada antes del concurso pero sin someterse a éste, o bien, en defecto de dicha solución, debería determinarse si el contrato definitivo se relacionara con bienes registrables, con la disposición o locación de fondos de comercio, con la emisión de debentures con garantía especial o flotante, con la emisión de obligaciones negociables con garantía especial o flotante, con la constitución de prenda, o con actos que excedan de la administración ordinaria del giro comercial del concursado. Si la respuesta fuera afirmativa, debería requerirse autorización judicial previa<sup>222</sup> (art. 16, últimos dos párrafos, LC), la cual, de ser denegada, no otorgaría al optante el derecho a solicitar la verificación de suma alguna. En caso contrario, el contratante in bonis se habría sustraído eficazmente del trámite concursal, pudiendo percibir su prestación en especie.

Si, en cambio, el concursado fuera el beneficiario, se aplicarían los dos últimos párrafos del art. 16 LC en la forma precedentemente indicada, sin considerarse nulo el contrato en los términos del primer párrafo de dicha norma por no poder ser asimilable la situación del otorgante de la opción a la de un acreedor, dado el estado de sujeción en que se encuentra respecto del derecho potestativo conferido al optante.

Frente a la quiebra del otorgante, el contrato definitivo sería válido (pues la inhabilitación del fallido no importa una incapacidad sino una prohibición), pero el beneficiario sólo podría hacer valer sus derechos sobre los bienes remanentes una vez liquidada la quiebra y cumplida la distribución, y los adquiridos luego de la rehabilitación del fallido (arg. art. 104 LC).

En cuanto a la quiebra del beneficiario, al no existir una norma que regule expresamente la situación, debería aplicarse por vía de analogía - sin que ello implique identificar la oferta irrevocable con una promesa de contrato - la solución del art. 146 LC<sup>223</sup>, en cuyo caso el contrato definitivo se podrá celebrar siempre que pueda ser continuado - rectius cumplido<sup>224</sup> - por el concurso y medie autorización judicial otorgada a pedido del síndico y -en un acto de puro altruismo - del concedente de la opción<sup>225</sup> formulado dentro de los 30 días de la publicación del art. 89 LC<sup>226</sup>.

En suma, todo un catálogo de manifiestas iniquidades de difícil justificación.

## XX. EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE

La teoría de la imprevisión se construyó sobre la razonable imposibilidad de que los contratantes pudieran y debieran estimar en sus convenciones la condición de que no se alteren las circunstancias o no se innove la base del negocio jurídico que celebran<sup>227</sup>.

Descendiente lejano de la cláusula *rebus sic stantibus*, se trata de un instituto morigerador del principio *pacta sunt servanda*, que no debería ser analizado desde la perspectiva de la eventual negligencia, culpa, irrazonable imprevisión, o injustificable ligereza de los contratantes, puesto que lo determinante es establecer si éstos, razonable y verosímelmente, declararon una voluntad común que pueda interpretarse inequívocamente como una forma de desentenderse de cualquier grado de modificación del equilibrio contractual<sup>228</sup>.

Si bien el auge de esta doctrina se produjo a partir de las crisis económicas que tuvieron lugar después de la primera guerra mundial, sus antecedentes se remontan al influjo canónico y de los post glosadores que llevaron a la ciencia jurídica a recoger la cláusula *rebus sic stantibus* y dotarla de efectos en el campo del derecho<sup>229</sup>.

El instituto, semejante a como se lo conoce hoy, aparece el 30 de marzo de 1916 como resultado de una creación jurisprudencial cuando, al emitir el Consejo de Estado de Francia su fallo en el caso de la “Compañía de Gas de Burdeos”, sentó las bases para la aplicación de la teoría de la imprevisión en el ámbito de las contrataciones administrativas<sup>230</sup>.

En dicho precedente, haciendo uso de la cláusula *rebus sic stantibus*, el Consejo reconoció una ayuda en favor del contratista con el objeto de permitirle compensar sus pérdidas (aunque no la totalidad de su déficit financiero) y continuar en la ejecución del contrato, manteniendo la continuidad del servicio público, decisión que provocó cierto escándalo y resistencia<sup>231</sup>.

Recogiendo la elaboración pretoriana y doctrinaria que precedió a su dictado, la ley 17.711 incorporó la teoría de la imprevisión al artículo 1198 del Código Civil, habiéndose interpretado que sus condiciones de procedencia serían: a) que se trate de contratos bilaterales conmutativos o unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada; b) que se haya producido una alteración extraordinaria de las circunstancias en la etapa de cumplimiento el contrato, en comparación con las existentes al tiempo de su celebración; c) que dicha alteración haya provocado una desproporción estridente entre las prestaciones de las partes contratantes, que derrumbe el contrato por aniquilamiento de las prestaciones; y d) que todo esto acontezca sin culpa o mora del afectado<sup>232</sup>.

La diferencia substancial entre la teoría de la imprevisión y el caso fortuito o la fuerza mayor radica en las consecuencias que uno y otro traen aparejadas respecto de la vida del contrato. Así, mientras el caso fortuito y la fuerza mayor consisten en acontecimientos imprevisibles y extraordinarios que hacen imposible el cumplimiento de la prestación y provocan, por lo tanto, la extinción del contrato, la teoría de la imprevisión requiere para su aplicación que aquél pueda continuar subsistiendo, aunque trasunte en una mayor onerosidad o incluso ruina para una de las partes<sup>233</sup>.



Ahora bien, de acuerdo a la tesis que en este trabajo se sostiene, resulta claro que la comparación a los efectos de determinar la excesiva onerosidad sobreviniente se debe efectuar entre la fecha del contrato principal en que se pactó la opción y la etapa de cumplimiento de las obligaciones emergentes del mismo<sup>234</sup>.

Por ejemplo, si durante el año 1999 se hubiera celebrado un contrato de arrendamiento rural por cinco años, con opción a compra al vencimiento a favor del arrendatario, y el precio de ejecución se hubiera establecido en pesos, el arrendador habría podido demandar la resolución del contrato cuando, en plena crisis económica, el arrendatario hubiera pretendido ejercer su derecho potestativo para adquirir el bien raíz por una cifra irrisoria, quedando para el optante la facultad de impedir la resolución mediante el ofrecimiento de una mejora equitativa de las prestaciones<sup>235</sup>.

Se trata, en sustancia, de la misma situación que se presentaba en la controversia “Bocconi v. La Rinascente”<sup>236</sup>, sólo que, debido al paradigma del racionalismo positivista<sup>237</sup> imperante en Italia durante aquella época<sup>238</sup>, ni las partes ni el tribunal plantearon la aplicación de esta teoría que no estaba prevista en la legislación, recurriendo, en lugar de ello, al instituto de la *laesio ultra dimidium*.

Desde la esfera de intereses del optante, la legislación argentina de emergencia posterior a la devaluación del año 2002 ofreció una solución muy similar para los contratos de leasing vinculados al sistema financiero, al no excluir el valor residual de las opciones de compra en moneda extranjera de la conversión a pesos<sup>239</sup> inspirada en la doctrina del artículo 1198 del Código Civil<sup>240</sup>.

No sucedió lo mismo con los derivados financieros que, por razón de su finalidad de previsión, y con algunas salvedades, quedaron exceptuados de la llamada pesificación<sup>241</sup>, pero, precisamente, tal exclusión constituye un indicio más de los principios que predominan cuando de legislar se trata, puesto que resultaría absurdo interpretar que la norma estuviera disponiendo algo tan superfluo como que las ofertas irrevocables, que por definición, no constituyen “obligaciones de dar existentes al 6 de enero de 2002”, no resultaban alcanzadas por la ley 25.561 y el decreto 214/2002.

Si, en cambio, como lo sostiene la doctrina mayoritaria, la ejecución de la opción importara la aceptación de una oferta irrevocable o la obligación de prestar un nuevo consentimiento, la teoría de la imprevisión hallaría en la figura bajo análisis un campo de aplicación exageradamente limitado, dado que la excesiva onerosidad debería sobrevenir durante el lapso que eventualmente pudiera transcurrir entre el ejercicio del derecho potestativo del beneficiario y el cumplimiento de las respectivas prestaciones<sup>242</sup>, pues antes de ello no habría contrato<sup>243</sup>.

Si se piensa en los ejemplos anteriores o en cualquier otro que no se refiera a opciones que cumplan una función especulativa o de previsión de riesgos financieros, parece bastante inicuo que, al adherir a esa doctrina, se esté colocando un valladar infranqueable a la recomposición del sinalagma funcional sobre la base del sinalagma genético.

## XXI. LESIÓN SUBJETIVA-OBJETIVA

Para salvar la eventual ruptura del equilibrio de las prestaciones al momento de ejercerse una opción, la alternativa que se han planteado quienes rechazan la

aplicación de la teoría de la imprevisión consiste en recurrir al instituto de la lesión subjetiva<sup>244</sup>, tal como lo prevé el artículo 1675 del Código Civil francés con relación a la compraventa inmobiliaria<sup>245</sup>.

De acuerdo a esta corriente, a los fines de determinar la presencia de la lesión subjetiva, ha de estarse a los valores existentes a la fecha de conclusión del contrato de segundo grado, y no al anteacto en el que fuera otorgada la opción<sup>246</sup>.

Según se explicará a continuación, esta cosmovisión de la temática es doblemente peligrosa.

A diferencia de la concepción clásica, que centraba su atención en el desequilibrio de las prestaciones, la redacción dada por la ley 17.711 al artículo 954 del Código Civil se enrola en la teoría moderna que, para tener por configurada la lesión, exige la concurrencia de un elemento objetivo, consistente en una “ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación” (“según valores al tiempo del acto”), y dos de carácter subjetivo: 1) situación de inferioridad provocada por un estado de necesidad, ligereza o inexperiencia; y 2) aprovechamiento de ese estado por parte del beneficiario de la ventaja.

Trasladados estos principios a la situación del otorgante de una opción concebida como oferta irrevocable, no parece posible identificar su estado de necesidad, ligereza o inexperiencia en un momento distinto que no sea el del anteacto, puesto que es en ese preciso instante que su consentimiento para la celebración del contrato de segundo grado puede verse afectado por su situación de inferioridad.

Lo mismo sucede con el deudor de una obligación de prestar un nuevo consentimiento, por cuanto, cualquiera sea su situación en la etapa de conclusión del negocio jurídico definitivo, no estaría haciendo más que ejecutar lo acordado en el contrato de primer grado<sup>247</sup>.

Para el optante, en cambio, su conocimiento e intención de aprovecharse de la situación de inferioridad del otorgante debe estar presente al momento de ejercer su derecho potestativo, pues es entonces cuando concurre a formar el consentimiento y puede explotar a su co contratante, siendo también en dicha oportunidad que debe configurarse el elemento objetivo, es decir, la ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación<sup>248</sup>.

Considerando estos tres requisitos, resulta dudoso que el instituto de la lesión subjetiva pueda venir a llenar el vacío dejado por esta corriente al excluir la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión, pues los acontecimientos extraordinarios que eventualmente pudieren sobrevenir desde el otorgamiento de la opción hasta su ejercicio carecen de toda relevancia a los efectos de determinar la presencia del elemento subjetivo tanto en uno como en otro contratante.

A modo de ejemplo, si el beneficiario de una opción de compra se aprovechara del notable incremento que pudiera haber registrado el valor del bien o del eventual envilecimiento de la moneda de pago (elemento objetivo), estos hechos sobrevinientes en nada alterarían la situación en la que anteriormente se encontraba el otorgante al momento de prestar su consentimiento (elemento subjetivo pasivo) y, por lo tanto, mal podría vislumbrarse en tales acontecimientos

la explotación de un desconocido y preexistente estado de necesidad, ligereza o inexperiencia (elemento subjetivo activo).

He ahí el primer peligro: no hay posibilidad alguna de recomponer por esta vía el desequilibrio que se pueda generar por circunstancias sobrevinientes al anteacto y ajenas a la voluntad de las partes.

Ahora bien, dejando a un lado las hipótesis que puedan elaborarse en el plano puramente teórico, parece altamente improbable que en la práctica puedan concurrir aquellos tres elementos con el desdoblamiento temporal que plantea la opción entendida como oferta irrevocable o como obligación de prestar un futuro consentimiento.

Sin embargo, si se hiciera el esfuerzo mental de suponer que en una determinada situación se encontraran configurados - sin desdoblarse temporalmente - los requisitos subjetivos-objetivo, la aplicación del instituto de la lesión a una opción concebida como oferta irrevocable o como obligación de prestar un nuevo consentimiento redundaría, las más de las veces, en resultados impredecibles.

Efectivamente, dado que los cálculos deben hacerse al tiempo del contrato definitivo, carecerá de toda relevancia el sinalagma genético del anteacto, es decir, el existente en oportunidad de otorgarse la opción, de manera que, aún cuando se hubiera tratado de una opción otorgada con fines de previsión de riesgos financieros, el reajuste tendrá exclusivamente en cuenta el equilibrio de los valores correspondientes al segundo momento.

Esta posibilidad expone a las partes a un nuevo peligro consistente en la paradoja de cercenar la justicia conmutativa por vía de un instituto creado precisamente para resguardarla.

Naturalmente, ninguna de esas situaciones tiene lugar desde la concepción de la condición simplemente potestativa, dado que, al no desdoblarse el negocio jurídico en un anteacto y un contrato definitivo, los cálculos de los valores y la concurrencia de los tres elementos debe juzgarse en un único momento: el del otorgamiento de la opción.

#### **Capítulo IV: Su funcionamiento en algunos contratos [\[arriba\]](#)**

Una vez establecidos los resultados prácticos de la teoría esbozada, se torna ineludible someter sus conclusiones a un breve examen de adecuación a la realidad de los negocios.

#### **XXII. EN LA COMPRAVENTA**

Se ha hecho referencia ut supra a ciertas cláusulas que, a simple título indicativo, el Código Civil pone a disposición de las partes para subordinar a condiciones potestativas las obligaciones que nacen del contrato de compraventa.

Es el momento, entonces, de abordar algunas cuestiones vinculadas a esos pactos que se relacionan con la teoría hasta aquí desarrollada, sin pretender con ello abarcar la multiplicidad de situaciones que pueden presentarse, dado que ello excedería la finalidad del presente trabajo.

## 22.1 Venta a satisfacción del comprador

La venta a satisfacción del comprador, cuyas principales subespecies son la venta ad gustum y la venta a ensayo<sup>249</sup>, es la que se hace con la cláusula de no haber venta, o de quedar deshecha la venta, si la cosa vendida no agrada al comprador<sup>250</sup>.

Se ha planteado en doctrina que en realidad se estaría en presencia de una condicio juris consistente en la prestación del consentimiento por parte del comprador, manifestación que no puede utilizarse como condición por no referirse a un acontecimiento futuro e incierto ajeno a los contratantes<sup>251</sup>.

Sin embargo, nuestra legislación es categórica al establecer que esta clase de ventas se reputa hecha bajo una condición suspensiva, y el comprador es considerado como un comodatario, mientras no declare expresa o tácitamente que la cosa le agrada<sup>252</sup>.

Esta regla se invierte en la hipótesis de no haberse previsto un plazo para el ejercicio de la opción, pues en tal caso asiste al vendedor el derecho de intimar judicialmente al comprador para que formule su declaración en un término improrrogable, bajo apercibimiento de quedar extinguida la facultad de “resolver” la compra<sup>253</sup>.

Lo trascendente a los fines de esta exposición es que la ley atribuye al ejercicio de la opción del comprador el carácter de una condición que subordina suspensiva o resolutoriamente, según el caso, los efectos normales del contrato.

## 22.2 Venta con pacto de arrepentimiento

La posibilidad de poder arrepentirse el vendedor, el comprador o cualquiera de ellos constituye el reverso de la venta a satisfacción del comprador.

Efectivamente, el pactum displicentiae - tres de cuyas subespecies son la señal o arras, el pactum de arrha danda y la multa penitenciales<sup>254</sup> -, debe su denominación al vocablo displicentia que revela una situación de desagrado, de displacer, de algo que disgusta<sup>255</sup>, lo que en materia de compraventa equivale a otorgar al comprador la facultad unilateral de resolver la operación si la cosa no le satisface.

En virtud de ello, su regulación no puede sino coincidir con el del pacto analizado en primer término, si bien invirtiendo ahora la regla general, pues aquí la venta se reputa hecha bajo una condición resolutoria, aun cuando el vendedor no hubiese hecho tradición de la cosa al comprador<sup>256</sup>.

Se trata, nuevamente, de una estipulación que subordina los efectos normales del contrato a una manifestación unilateral de voluntad de alguna de las partes.

Interesará distinguir en cada situación si se trata de una opción gratuita u onerosa, habida cuenta que en el primer caso quedará vedada la posibilidad de otorgar la facultad de arrepentirse al vendedor cuando hubiere mediado tradición en materia de cosas muebles<sup>257</sup>, mientras que en el segundo resultará de aplicación el

régimen general de las arras, el pactum de arrha danda y la multa penitenciales, admitidos para toda clase de contratos.

### 22.3 Venta con pacto de retroventa

En la venta con pacto de retroventa o rescate se otorga al vendedor el derecho de “recuperar” la cosa vendida ya entregada al comprador, restituyendo a éste el precio recibido, con exceso o disminución<sup>258</sup>, facultad ésta que no puede referirse a cosas muebles y cuyo plazo máximo no puede superar los tres años, al menos cuando se trate de una estipulación gratuita emergente de compraventas no comerciales<sup>259</sup>.

De acuerdo a la regulación que se le ha asignado, el ejercicio del derecho del vendedor (que puede cederse y pasa a sus herederos<sup>260</sup>) no origina la obligación del comprador de celebrar un nuevo contrato de restitución de la cosa y del precio, ni importa la aceptación de una oferta irrevocable con tal alcance, sino lisa y llanamente el cumplimiento de la condición resolutoria a la que se hallaba subordinada la venta<sup>261</sup>.

### 22.4 Venta con pacto de reventa

Pese al uso de la voz “reventa”, este pacto no se refiere a la posibilidad de volver a “vender”, sino que funciona como una verdadera “condición resolutoria potestativa”<sup>262</sup> al otorgar al comprador el derecho de “restituir” al vendedor la cosa comprada, recibiendo de éste el precio que hubiese pagado, con exceso o disminución<sup>263</sup>.

Se advierte de esta manera que, del mismo modo en que el pacto de arrepentimiento es el reverso de la venta a satisfacción del comprador, la reventa es la contracara del pacto de retroventa y, por lo tanto, le resultan aplicables sus reglas<sup>264</sup>, aunque con algunas reservas<sup>265</sup>.

### 22.5 Venta con pacto de preferencia

El pacto de preferencia es la estipulación por la cual el vendedor se reserva el derecho de “recuperar” la cosa vendida ya entregada al comprador, en el caso de que este último quiera venderla o darla en pago<sup>266</sup>.

La doctrina entiende en forma prácticamente unánime que no se está aquí en presencia de una compraventa subordinada a condición sino que el ejercicio de la facultad concedida al vendedor se traduce en la celebración de un nuevo contrato<sup>267</sup>.

Sin embargo, esta manera de pensar, que parece responder a las reminiscencias de la doctrina del desdoblamiento - en materia de opciones - entre anteacto y negocio definitivo, no tiene en cuenta que la ley se refiere al derecho del vendedor de “recuperar” la cosa y no al de celebrar un nuevo contrato por el cual obtenga tal derecho<sup>268</sup>.

En tal sentido, si el pacto de preferencia otorgara sólo el derecho a ser preferido en la celebración de una nueva compraventa, no resultaría posible justificar cómo podría existir “el derecho” del vendedor a “recuperar la cosa” antes de tener lugar ese contrato de segundo grado y tampoco encontraría mayor fundamento la

responsabilidad contractual que se atribuye al comprador en caso de incumplimiento<sup>269</sup>.

Con relación a esta última cuestión, existe otro debate vinculado a las consecuencias de la enajenación a un tercero en violación al pacto de preferencia, dado que la legislación establece que tal venta será válida sin mayores especificaciones<sup>270</sup>.

No obstante, las disposiciones de un cuerpo sistematizado como el Código Civil no pueden interpretarse de manera aislada, como pertenecientes a compartimentos estancos, sino en armonía y como integrantes de un todo orgánico, de manera que, si la norma no establece categóricamente que la enajenación será válida aún en el supuesto de mediar mala fe del tercero<sup>271</sup>, no resulta válido excluir dogmáticamente la aplicación de los artículos 592 a 594, 953, 1071 y 3269, entre otros<sup>272</sup>.

Nuestra legislación común excluye la posibilidad de transmitir el derecho de preferencia por actos entre vivos o mortis causae<sup>273</sup>, pues parte de considerarlo como una ventaja conferida en atención a la persona del vendedor -intuiti personae-, circunstancia que también imposibilitaría su ejercicio por parte de sus acreedores mediante la acción oblicua o indirecta.

Sin embargo, dicha prohibición se refiere exclusivamente al derecho de preferencia adquirido en una compraventa civil, motivo por el cual no cabría hacerla extensiva a otro tipo de operaciones, sobre todo en materia mercantil donde prima en este tipo de pactos un interés puramente especulativo<sup>274</sup>.

Como corolario, en la venta con pacto de preferencia hay también una opción extintiva en estado de pendencia, subordinada al acaecimiento de una condición suspensiva: la decisión del comprador de volver a enajenar.

**22.5 Venta con pacto de mejor comprador**El pacto de mejor comprador constituye el reverso del pacto de preferencia y consiste en la estipulación de quedar deshecha la compraventa, si el vendedor celebrare efectivamente con un tercero un nuevo contrato por el cual, a cambio de la enajenación de la cosa en venta o en dación en pago, resultare acreedor de prestaciones más ventajosas<sup>275</sup>.

A diferencia de la prelación, este derecho de opción puede ser cedido y pasa a los herederos del vendedor, encontrándose, además, facultados los acreedores de este último para ejercer la acción subrogatoria<sup>276</sup>. Su ejecución, como regla general, produce efectos resolutorios (a menos que se pacte que tenga el carácter de condición suspensiva<sup>277</sup>) y no puede acordarse con relación a cosas muebles<sup>278</sup>.

Finalmente, el ejercicio de esta facultad otorga al comprador primigenio, a su vez, el derecho de preferencia antes analizado, cuya ejecución vendría a operar como condición resolutoria del pacto de mejor comprador, dado que, en tal caso, el vendedor no puede disponer de la cosa a favor del tercero<sup>279</sup>.

### XXIII. EN EL LEASING

A diferencia del sistema anglosajón y de la Convención de Ottawa de 1988 sobre leasing internacional, la caracterización que el artículo 1 de la ley 25248 efectúa respecto de tal negocio erige a la opción de compra en elemento esencial

particular de esta figura<sup>280</sup>, a la cual, sin definirla, describe en los siguientes términos: “En el contrato de leasing el dador conviene transferir al tomador la tenencia de un bien cierto y determinado para su uso y goce, contra el pago de un canon y le confiere una opción de compra por un precio”.

Bajo este esquema, es evidente que no puede hablarse de la presencia de un “contrato de opción” autónomo, sino de un “pacto” cuya inclusión dentro de un negocio que reúna las demás condiciones establecidas por la referida norma importará la existencia de un leasing<sup>281</sup>.

Dado que el tratamiento de todos los aspectos que involucra este contrato excedería el marco de la presente exposición, sólo se analizarán aquí las disposiciones de la citada ley que se vinculan con los efectos que produce el pacto de opción.

La primer norma que aparece en este sentido es el artículo 11 que, para el caso de quiebra del tomador, confiere al síndico y a los acreedores del fallido (estos últimos por vía subrogatoria) la facultad de ejercer la opción de compra. Ya comienza a vislumbrarse aquí la tesis por la cual se ha inclinado el legislador, pues no podría verse en el ejercicio de esta potestad la aceptación de una oferta irrevocable, en tanto no es subrogable la facultad de contratar y, en todo caso, requeriría autorización judicial<sup>282</sup>.

A su vez, la misma disposición establece que, en la hipótesis de concurso o quiebra del dador, el contrato continúa por el plazo convenido, pudiendo el tomador ejercer la opción de compra en el tiempo previsto. Esta regulación también es incompatible con las tesis que asimilan la opción a una oferta irrevocable o a una promesa de contrato, pues a éstas últimas les serían aplicables, respectivamente, el requisito de autorización judicial previa establecido por el artículo 16 de la ley 24522 para el concurso preventivo<sup>283</sup>, y la inexigibilidad que establece el artículo 146 de la ley 24.522<sup>284</sup> para la quiebra.

El artículo 15 de la ley de leasing hace referencia a un pacto de opción distinto al admitir que el contrato pueda prever su prórroga por decisión del tomador, pues en tal caso no es la adquisición del bien sino la continuidad de la vigencia de la relación por el plazo posterior al vencimiento primigenio la que quedará supeditada al cumplimiento de la condición potestativa suspensiva consistente en la respectiva manifestación de voluntad del tomador en tal sentido.

Tampoco se advierte aquí la presencia de una oferta irrevocable ni de un acuerdo preliminar unilateral, pues el ejercicio de la opción de prórroga no implica la celebración de un nuevo contrato por el período posterior al vencimiento primigenio sino la simple extensión, sin solución de continuidad, del plazo de vigencia de la misma relación jurídica que nació al instrumentarse por vez primera el leasing<sup>285</sup>.

Finalmente, el artículo 16 confiere al tomador el “derecho a la transmisión” del dominio a partir del ejercicio de la opción de compra y del pago del precio respectivo conforme a lo determinado en el contrato, sin perjuicio de los demás requisitos que deban cumplirse para que esa transmisión de dominio se haga efectiva de acuerdo con la naturaleza del bien de que se trate<sup>286</sup>.

En este precepto, la ley vuelve a apartarse de la tesis de la oferta irrevocable, toda vez que para esta última, en materia de inmuebles, el ejercicio de la opción importaría la celebración de un boleto de compraventa que, por aplicación de los artículos 1184 y 1185 del Código Civil, en lugar de otorgar el derecho a la transmisión del dominio, sólo generaría la obligación “de hacer” la respectiva escritura pública<sup>287</sup> con la consiguiente duplicación de gastos frente a la previsión del artículo 8 de la ley 25248, excepción hecha, claro está, de que la opción misma fuera ejercida por instrumento público.

Más alejada todavía está la norma respecto de la posición doctrinaria que se refiere al contrato preliminar, pues ésta requeriría que, una vez ejercida la opción, el dador prestara un nuevo consentimiento para la celebración del contrato definitivo, el cual, tratándose de inmuebles, sólo generaría la obligación “de hacer” mencionada en el párrafo precedente.

#### XXIV. EN EL CONTRATO DE SOCIEDAD ANÓNIMA

Sin desconocer el origen histórico de la sociedad anónima<sup>288</sup>, resulta innegable la raíz contractual que el ordenamiento jurídico nacional le ha atribuido desde el inicio<sup>289</sup>, caracterización que, pese a las críticas recibidas desde el institucionalismo<sup>290</sup>, se encuentra fuertemente arraigada en nuestro medio, sobre todo después del aporte superador efectuado por los neocontractualistas<sup>291</sup>.

Ahora bien, con independencia de ello, la libre transmisibilidad de las acciones ha sido tradicionalmente considerada como una de las características esenciales de la sociedad anónima<sup>292</sup>, rasgo tipificante y criterio clásico de distinción respecto de las sociedades de tipo personalista<sup>293</sup>, orientada a facilitar el ingreso y egreso de los inversores sin necesidad del consentimiento de la sociedad y de los restantes socios, y sin mediar modificación del acto constitutivo o estatuto<sup>294</sup>.

Sin embargo, a partir de la sanción de la ley 19.550 se consagró legislativamente la posibilidad de establecer limitaciones estatutarias a la transmisión de las acciones nominativas y, posteriormente, la ley 22.903 las admitió para las acciones escriturales<sup>295</sup>, aunque en ambos casos sin hacerse referencia a las que pudieran pactarse por acuerdos celebrados al margen de los estatutos<sup>296</sup>.

Una de las formas que pueden asumir estas restricciones está dada por la cláusula de preferencia, prelación o tanteo<sup>297</sup>, que conforme fuera señalado antes, constituye un supuesto de derecho de opción en estado de pendencia.

##### 24.1 Reconocimiento legal del derecho de preferencia en materia de sociedades anónimas

Del análisis de las disposiciones de ley 19.550<sup>298</sup> surge que, aún en ausencia de toda previsión estatutaria o parasocial, el ordenamiento societario otorga a los accionistas un derecho preferente (inderogable en abstracto<sup>299</sup>), limitativo de la transmisibilidad de las acciones, en dos hipótesis: a) emisión de nuevas acciones<sup>300</sup>; b) enajenación por parte de la sociedad de las propias acciones adquiridas en los supuestos en que ello es admitido<sup>301</sup>.



Pese a que ambos supuestos se encuentran regulados del mismo modo en función de la remisión que efectúa el artículo 221 al 194, es evidente que responden a necesidades diferentes.

Así, en el primer caso, el derecho de preferencia procura mantener los derechos del accionista en la misma proporción existente al tiempo en que se decide una nueva emisión de acciones, evitando que se altere el porcentaje de su participación en el voto y en las utilidades<sup>302</sup>.

En el segundo caso, se asimila al de acrecer, pues tiende a preservar el elemento personal en la composición de la sociedad, otorgando a los accionistas la posibilidad de incrementar su participación proporcional y de evitar el ingreso de extraños<sup>303</sup>.

La violación del derecho de preferencia - sea que la resolución asamblearia no lo haya respetado, sea que los administradores hayan frustrado su ejercicio - da acción al afectado, a los directores y a los síndicos (artículo 196, párrafo 2o) para exigir judicialmente que la sociedad cancele "las suscripciones que le hubieren correspondido" (artículo 195, párrafo 1o), aún cuando el suscriptor sea de buena fe<sup>304</sup>, demanda que debe articularse dentro de los seis meses<sup>305</sup> por vía de la nulidad y que persigue la restitución del accionista a la posición relativa en que se encontraba antes de la violación de su derecho<sup>306</sup>.

Dispone el artículo 195, 2o párrafo, que, si la cancelación prevista no fuere posible por haberse entregado las acciones, el socio perjudicado tendrá derecho a una indemnización - no inferior al triple del valor nominal de las acciones - que deberán afrontar la sociedad y los directores solidariamente<sup>307</sup>.

Conviene destacar que esta disposición no puede ser entendida en el sentido de que toda entrega de las acciones constituirá un valladar infranqueable para exigir la cancelación, sino que se limita a otorgar una indemnización cuando se hubiere hecho tradición de las acciones y dicha tradición impidiera la cancelación<sup>308</sup>.

Esto último (imposibilidad de cancelar por entrega de los títulos) solo puede ocurrir cuando se esté ante un suscriptor o tercero adquirente de buena fe<sup>309</sup>, pues, en caso contrario, cabría la siempre la posibilidad de exigir la cancelación - dentro del plazo legal -, aún después de efectuada la entrega<sup>310</sup>.

Todos estos casos constituyen diferentes supuestos de opción contractual modal, pues, aún cuando se encuentren previstas directamente en la ley, no debe olvidarse que la sociedad, en su faz genética, es fruto de un contrato plurilateral en el cual el consentimiento de las partes, es decir, la declaración de voluntad común, incluye los derechos y obligaciones que el ordenamiento jurídico prevé para este tipo de actos.

En otras palabras, como ocurre con cualquier contrato, las disposiciones normativas, sean éstas supletorias o imperativas, integran la declaración de voluntad negocial, sin que por ello se vea conmovida su condición de contractuales<sup>311</sup>.

#### 24.2 Previsión del pacto de opción modal en el estatuto

El artículo 214 de la ley 19.550 permite al estatuto restringir la transmisibilidad de las acciones nominativas o escriturales, sin que dichas cláusulas puedan importar una prohibición absoluta - sea ésta directa o indirecta<sup>312</sup> -, debiendo constar la limitación en el título o en las inscripciones en cuenta, sus comprobantes y estados respectivos.

Precisamente, una de las formas que pueden asumir estas restricciones está dada por la cláusula de preferencia, prelación o tanteo, que otorga a los accionistas, la sociedad, a sus administradores, o - incluso - a terceros<sup>313</sup>, el derecho a ser preferidos en la transmisión voluntaria o forzosa<sup>314</sup> que alguno de ellos hubiere de hacer respecto de sus acciones<sup>315</sup>.

Si bien será la autonomía de la voluntad de las partes la que determine su contenido, deberá preverse mínimamente quiénes son los titulares del derecho<sup>316</sup>, la carga de comunicar la intención de transferir<sup>317</sup>, el plazo para ejercer la opción<sup>318</sup> y la forma de determinar el precio<sup>319</sup> (que no podrá apartarse de su valor real<sup>320</sup>), a fin de evitar que una eventual aplicación analógica del artículo 153 invalide la estipulación<sup>321</sup>.

Incorporado el derecho de preferencia en el estatuto, la cláusula respectiva se constituye en ley de circulación del título<sup>322</sup>, rigiéndose las sucesivas transmisiones de las acciones por lo establecido en ella, de modo que su vulneración no puede acarrear otra consecuencia que la nulidad de la operación<sup>323</sup>, aún cuando se inscribiera la transferencia en el libro previsto por el artículo 213 de la ley 19.550 en violación de la respectiva disposición estatutaria<sup>324</sup>.

En ese contexto cabría preguntarse si el estatuto puede incluir una cláusula que otorgue a todos los socios un derecho de opción de transferencia de acciones a favor de otro socio o de un tercero<sup>325</sup> cuando se cumplan determinadas condiciones<sup>326</sup>. La respuesta no puede ser sino afirmativa.

Las razones para sostener la admisibilidad de la introducción de tal tipo de estipulación en el acto constitutivo son las mismas que, durante la vigencia del texto original del Código de Comercio de 1859/62, se invocaron para admitir la validez de las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones: a) no existe una prohibición legal expresa o tácita para introducir tales cláusulas, valiendo al respecto lo establecido en los artículos 910 y 1197 del Código Civil y 19 de la Constitución Nacional<sup>327</sup>; b) se trata de cláusulas que pueden satisfacer necesidades prácticas lícitas<sup>328</sup>; y c) al incorporarse a la sociedad en calidad de accionista, el socio adhiere libremente al estatuto que contiene la cláusula respectiva<sup>329</sup>.

Es más, el texto del artículo 13, inciso 5, de la ley de sociedades confirma - a contrario sensu - la validez de las estipulaciones que permitan la determinación de un precio para la adquisición de la parte de un socio por otro, que no se aparte notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva.

Los fundamentos expuestos no se verían conmovidos por la eventual posibilidad de reducción a uno del número de socios (lo mismo podría ocurrir con las cláusulas de preferencia sobre cuya validez la doctrina está de acuerdo), no sólo porque tal situación podría sanearse mediante la incorporación de nuevos accionistas dentro del plazo previsto por el artículo 94, inciso 8, de la ley 19550, sino también porque

podría evitarse mediante la designación de un adquirente distinto al estilo de las opciones mediadoras<sup>330</sup>.

Claro que, para la licitud de una previsión estatutaria de ese tenor, debería establecerse el trámite para el ejercicio de la opción<sup>331</sup> y regularse un procedimiento de determinación del precio que garantice su adecuación al valor real<sup>332</sup>.

En cuanto a la posibilidad de incorporar estas cláusulas con posterioridad al acto constitutivo a través de una reforma estatutaria, si bien se ha interpretado en casos similares que no es necesario el voto favorable de todas las acciones representativas de la totalidad del capital social por no encontrarse afectados derechos adquiridos sino en simple estado de expectativa, la aplicación del principio mayoritario a este tipo de decisiones originaría resultados disvaliosos<sup>333</sup>.

#### 24.3 Efectos del pacto de opción modal en las convenciones parasocietarias

Si bien las restricciones a la transmisibilidad de las tenencias accionarias que se pueden pactar al margen de los estatutos suelen emplearse principalmente en los llamados sindicatos de bloqueo<sup>334</sup>, la limitación puede también surgir de un contrato diverso<sup>335</sup>.

Como sucede con las disposiciones estatutarias, una de las formas que pueden asumir estas restricciones está dada justamente por el pacto de preferencia, prelación o tanteo que en este caso otorga a sus contrayentes o a los terceros que éstos hubieren estipulado (artículo 504 del Código Civil) el derecho a ser preferidos en la transmisión voluntaria o forzosa<sup>336</sup> que alguno de ellos hubiere de hacer respecto de sus acciones.

Con relación al contenido del pacto parasocial rige en su plenitud lo dispuesto por el artículo 1197 del Código Civil, aunque habrán de respetarse las pautas establecidas por los artículos 13, inc. 5, y 214 de la ley de sociedades en cuanto al justo precio<sup>337</sup> y a la invalidez de la prohibición absoluta de la transmisibilidad<sup>338</sup>, siendo aquí también aplicables las consideraciones antes efectuadas respecto del contenido mínimo que deberá tener la estipulación (indicación de los beneficiarios, plazo de vigencia<sup>339</sup>, carga de aviso, plazo para el ejercicio del derecho y procedimiento para la determinación del precio). A diferencia de lo que ocurre con las limitaciones establecidas en el estatuto social, las restricciones pactadas en acuerdos parasociales no afectan la circulación de las acciones sino que sólo crean obligaciones personales a cargo de las partes contratantes y, en principio, resultan inoponibles a la sociedad y los terceros.

No obstante ello, tratándose de un contrato de compraventa con cláusulas condicionantes, al que le resultaría aplicable el artículo 592 del Código Civil, si un tercero adquiriese las acciones con conocimiento de la existencia del pacto de opción modal, el beneficiario del derecho de prelación tendría acción en su contra por tratarse de un adquirente de mala fe<sup>340</sup>.

#### 24.4 El régimen de participaciones residuales del decreto 677/2001

Los artículos 25 a 30 del decreto 677/2001 establecen, con confusa terminología, un régimen denominado “de participaciones residuales” aplicable a todas las

sociedades anónimas cotizantes que queden sometidas a lo que se da en llamar control “casi total”<sup>341</sup>.

Según el artículo 26, inciso a), se entiende que una sociedad anónima ha quedado sometida a control “casi total” cuando “otra persona física o jurídica, ya sea en forma directa o a través de otra u otras sociedades a su vez controladas por ella, sea titular del noventa y cinco por ciento (95 %) o más del capital suscrito”. Más adelante, en el último párrafo, dicha norma prevé la aplicación de este régimen “al supuesto de ejercicio de control casi total compartido por o concertado entre dos (2) o más sociedades, o entre una sociedad y otras personas físicas o jurídicas, aunque no formen parte de un mismo grupo ni estén vinculadas entre sí, siempre que el ejercicio de ese control común tenga características de estabilidad y así se lo declare, asumiendo responsabilidad solidaria entre todos ellos”.

Acaecida la situación prevista en el citado artículo, surge en cabeza de quienes detentan el control “casi total” y de quienes revisten la condición de accionistas minoritarios<sup>342</sup> el derecho recíproco de transferir las “participaciones residuales” al controlante, a cambio de un precio “equitativo”<sup>343</sup>, con diferentes matices procedimentales según este derecho sea ejercido por unos u otros sujetos<sup>344</sup>.

Se ha querido ver en este régimen una hipótesis de “rescisión parcial del contrato social”<sup>345</sup>, mas tal interpretación resulta inexacta desde que, a diferencia de lo que ocurre con el derecho de recesso, la transferencia de acciones se desarrolla en el ámbito de la llamada “fenomenología parasocietaria”, por tratarse de un acto jurídico que tiene lugar entre accionistas y que, aún cuando pudiera derivar del ejercicio de derechos previstos en cláusulas estatutarias o disposiciones legales, no altera ni integra la génesis ni el funcionamiento de la sociedad, a cuyo respecto es res inter alios acta<sup>346</sup>.

En realidad, si las normas involucradas son analizadas a la luz de las consideraciones formuladas hasta aquí, se advierte que el llamado “régimen de participaciones residuales” consiste, básicamente, en el establecimiento de un derecho de opción recíproca<sup>347</sup> de transferencia de acciones que se incorpora por vía legislativa al contrato plurilateral de organización mediante el cual se constituyó la sociedad.

Efectivamente, se presenta en el caso el binomio sujeción-facultad por el cual, tanto quien detenta el control “casi total” como el accionista “minoritario”, deben soportar recíprocamente el libre ejercicio del poder unilateral del otro de transferir las “participaciones residuales” (al controlante) sin que se necesite ninguna colaboración de su parte y sin siquiera la posibilidad jurídica de impedir sus efectos<sup>348</sup>.

No obstante, se trata de una opción modal, pues se encuentra en estado de expectativa o de pendencia al estar subordinada a la condición suspensiva de sobrevenir el acontecimiento futuro e incierto consistente en la situación de control “casi total”<sup>349</sup>. Sólo entonces tendrá la opción efectos plenos y definitivos, quedando cualquiera de los beneficiarios facultados a ejercer el correspondiente derecho de adquisición o enajenación, según se trate - respectivamente- del controlante o del “minoritario”, previo cumplimiento de los recaudos que el decreto establece.

A esta altura de la exposición, corresponde indagar si, dejando de lado el aspecto vinculado a la jerarquía normativa, resulta válido que el legislador establezca este tipo de disposiciones y qué efectos produce respecto de las relaciones jurídicas preexistentes.

Pues bien, la inclusión del referido derecho de opción de transmisión de acciones como elemento esencial particular del contrato plurilateral de organización de una sociedad anónima cotizante constituye una cuestión de política legislativa que ninguna tacha constitucional merece en tanto quien intervenga en el acto de constitución de la sociedad o adquiera las participaciones estando en vigencia una normativa de las características antes apuntadas estará adhiriendo voluntariamente al contenido que, por imperativo legal, ha pasado a tener el plexo contractual de la entidad a la que se incorpora<sup>350</sup>.

En cuanto a las relaciones y situaciones jurídicas nacidas al amparo de la legislación hasta entonces vigente, antes de echar mano del argumento relativo a la inviolabilidad del derecho de propiedad sobre las acciones debería recordarse que éstas, a diferencia de los títulos abstractos, se encuentran causadas en un contrato que no se consume ni agota en forma instantánea con su celebración, sino que, además de ser fuente de otros actos jurídicos, va desplegando dinámicamente sus efectos durante todo el plazo de duración de la sociedad a la que dio nacimiento, creando y extinguiendo derechos y obligaciones de sus integrantes por vía de la decisión colegiada de mayorías calificadas o simples que pueden dominar completamente las voluntades individuales de los socios, al punto que se admite la posibilidad de modificación íntegra del acto constitutivo -aún afectando derechos adquiridos- sin necesidad de unanimidad<sup>351</sup>.

Consecuentemente, tratándose de la simple “expectativa” del accionista de continuar manteniendo ese vínculo de raíz contractual con la sociedad y los socios, no existiría óbice para admitir a su respecto la plena vigencia de la nueva legislación, dado que ésta se estaría aplicando a las consecuencias jurídicas pendientes o no agotadas de la relación existente<sup>352</sup>.

## XXV. EN LOS DERIVADOS FINANCIEROS

Las definiciones que la doctrina brinda sobre los derivados financieros hacen hincapié en su caracterización como instrumentos cuyo valor económico deriva, depende o se encuentra directa o inversamente atado al valor de una variable subyacente<sup>353</sup> consistente en uno o más bienes -commodities o activos financieros (derivados de tipo traslativo)- o índices de dichos bienes (derivados de tipo diferencial)<sup>354</sup>.

Más útil parece ser la determinación de su finalidad económico social<sup>355</sup>, pues ésta constituye el elemento que permite definir su tipología y, a través de ésta, delimitar el régimen supletorio aplicable<sup>356</sup>; así, bajo esta pauta, puede afirmarse que los derivados financieros tienen por función principal la previsión de los riesgos vinculados a la volatilidad de los precios, de las tasas de interés o del tipo de cambio, permitiendo proyectar los negocios futuros con certeza<sup>357</sup>.

Esta particularidad origina importantes consecuencias prácticas al momento de analizar la gravitación que podrían tener sobre ellos ciertas instituciones jurídicas relacionadas con la excesiva onerosidad sobreviniente, la lesión subjetiva, el caso

fortuito o la fuerza mayor, más propias de las relaciones de cambio que de las de prevención de riesgos.

Dentro del género de los derivados financieros, la doctrina se refiere al “contrato de opción” como un acuerdo mediante el cual una parte (denominada titular, tomador, optante o beneficiario), contra el pago de una prima consistente en una suma de dinero, adquiere el derecho, sin contraer la obligación, de comprar o vender, según el caso, a la otra parte (denominada lanzador, emisor, optatario, otorgante o concedente) un bien determinado (activo subyacente), a una fecha o dentro de un plazo determinados (fecha de ejercicio)<sup>358</sup> y a un precio fijo (precio de ejercicio o strike price), independientemente de las variaciones que el valor real del bien pueda sufrir en el mercado<sup>359</sup>.

Puede notarse aquí también la presencia de un pacto de opción, aunque en este instrumento adquiere tal trascendencia que ha conducido a los especialistas a designar al contrato por el mismo nombre del derecho (opción) que confiere la aludida cláusula, cuando en realidad no es más que una compraventa cuyas prestaciones se someten a una condición potestativa consistente en una manifestación de voluntad (ejercicio de la opción) por parte del comprador o el vendedor, según el caso.

Sin embargo, no debe dejar de advertirse que esta particular forma de compraventa se aparta del tipo especial legalmente previsto, pues, como subespecie de los derivados financieros, excede la mera función de cambio de la titularidad de los activos subyacentes, para procurar indirectamente un objetivo superior de previsión de los riesgos de volatilidad de los valores de dichos activos, produciéndose de este modo una fractura entre aquella tipicidad legal y la finalidad económica perseguida.

Más allá de esa diferencia terminológica, lo interesante de la definición brindada por la doctrina se centra en la ausencia de toda mención a un segundo contrato definitivo, ya sea por vía de la teoría de la oferta irrevocable o del preliminar unilateral<sup>360</sup>, puesto que el derecho del titular - a comprar o a vender - y la correlativa obligación del lanzador - de vender o de comprar, respectivamente - nacen desde la misma celebración del llamado “contrato de opción”, aunque condicionados al oportuno ejercicio del derecho potestativo por parte del primero<sup>361</sup>.

Solo cabe agregar que los autores entienden mayoritariamente que se trata de un contrato<sup>362</sup> bilateral<sup>363</sup>, consensual, oneroso y aleatorio<sup>364</sup>, aunque esta última caracterización sería opinable a la luz de la doctrina que reserva la categoría de aleatorios para aquellos contratos en los cuales el acontecimiento que opera como condición no gobierna de idéntico modo las obligaciones de ambas partes sino que sólo afecta a la obligación principal asumida por una de ellas<sup>365</sup>.

Ello, por cuanto el pacto de opción somete por igual a las obligaciones recíprocas de ambas partes (transmisión del bien y pago del precio) a una misma condición (ejercicio del derecho potestativo), conociendo ellas de antemano cuál es la medida y extensión exacta de las prestaciones que, en caso de ejercerse la opción, habrán de cumplir y recibir recíprocamente (pago del precio determinado, entrega del bien determinado).

Pese a lo expuesto, no puede descartarse apriorísticamente la existencia de un cierto grado de álea<sup>366</sup> en el contenido económico que tendrá la prestación a cargo del lanzador en función del precio de mercado que al momento de ejercicio de la opción pueda tener el activo subyacente. Pero ese riesgo habrá de considerarse previsto y voluntariamente asumido por dicha parte al momento de celebrar el contrato (además de suficientemente compensado por el pago de la prima<sup>367</sup>), pues en el curso ordinario de las operaciones con derivados financieros resulta natural prever que el tomador sólo ejercerá la opción si obtiene una ventaja por la diferencia existente entre el precio de ejercicio y el precio de mercado, con la consiguiente pérdida para el lanzador.

## XXVI. EN EL FACTORING

La doctrina señala como antecedentes del factoring ciertas prácticas comerciales de los babilonios en tiempos del Código de Hammurabi o en negocios de los fenicios, la preposición institoria y la figura del institor del derecho romano, algunas operaciones de la Edad Media, y sus nuevas formas de expresión en tiempos de la colonización de los Estados Unidos de Norteamérica por el Reino Unido<sup>368</sup>. En cuanto al ámbito nacional, se pueden citar los artículos 17, inc. e, y 20, inc. e, de la ley 18.061 de entidades financieras que, sin designarlo por su nombre, autorizaban a los bancos comerciales, de inversión y compañías financieras a realizar operaciones similares a las que involucra esta figura.

Más allá de las diversas modalidades que puede asumir<sup>369</sup>, la acepción que más se ha generalizado en nuestro medio se la que define al factoring como un contrato en virtud del cual una parte - denominada factor - se obliga a adquirir la totalidad o una parte de los créditos actuales y futuros que la otra parte - denominada factoreado - pueda tener contra terceros deudores durante un período de tiempo determinado, pagando por ello un precio ordinariamente inferior al importe nominal de dichos créditos, obligándose esta última a efectuar la cesión correspondiente y prestar la colaboración necesaria para notificar la transmisión<sup>370</sup>.

Vuelve a resultar útil destacar la finalidad económica que este contrato persigue, pues si bien a primera vista podría considerarse que se trata de una figura destinada a regular una relación de cambio de la titularidad de los créditos involucrados, su verdadera función es eminentemente financiera, en tanto el factoreado persigue adelantar los plazos de recupero de las cobranzas provenientes de sus operaciones habituales y genuinas<sup>371</sup>, logrando un mejor apareamiento entre ingresos y gastos.

De ahí que, a los efectos de este contrato, la cesión de créditos cumpla un rol meramente instrumental, pudiendo las partes modalizar la transmisión bajo dos alternativas básicas: a) mediante la instrumentación de un contrato preliminar que deje para el futuro la concreción particularizada de la cesión individual de cada crédito, lo que requerirá una notificación también individual por cada cesión concretizada al respectivo deudor cedido; o b) por vía de la llamada cesión global anticipada de todos los créditos futuros en un solo acto al momento de la firma del contrato, para la cual es suficiente la notificación también global a cada deudor cedido, con el consiguiente mayor grado de certidumbre y ahorro de costos<sup>372</sup>.

En la práctica, el factor suele reservarse la facultad de excluir o no incluir dentro de la cesión instrumental determinados créditos, siendo entonces que, nuevamente, cuando se emplea la modalidad de cesión global anticipada, entra en

escena el pacto de opción, pues esta potestad que se confiere a favor del factor de elegir los créditos que se incluirán o, según el caso, se excluirán del contrato, no es otra cosa que un derecho de opción.

Y es aquí donde vuelve a tener una gravitación trascendental la naturaleza jurídica que se asigne al pacto de opción, pues si se adscribe a la teoría de la oferta irrevocable, se obtendrá el efecto no deseado de tornar inoperante la cesión y notificación global anticipada, en atención a que, recién con cada ejercicio del derecho de opción por parte del factor, éste estará celebrando un nuevo contrato de cesión individual respecto de los créditos que en cada oportunidad acepte, lo que también exigirá la correspondiente notificación individual a los deudores cedidos<sup>373</sup>.

Peores consecuencias acarrearía la aplicación de la teoría del contrato preliminar unilateral, pues ésta asignaría al ejercicio de la opción el mero efecto de tornar exigible la obligación del factoreado de celebrar un contrato de cesión individual respecto de los créditos involucrados en cada oportunidad, en cuyo caso debería aguardarse a la obtención del consentimiento respectivo para recién entonces cursar la pertinente notificación individual a los deudores cedidos.

Sólo asumiendo que el referido pacto de opción implica, en el factoring, subordinar la transmisión individual de cada crédito a una condición potestativa, suspensiva o resolutoria, en cabeza del factor, podrá asignarse a la cesión y notificación global anticipada el máximo efecto útil<sup>374</sup>.

Además, esta concepción permite brindar un marco jurídico adecuado para las dos alternativas que pueden presentarse en la práctica, es decir: a) cesión global anticipada de todos los créditos futuros que el factor no decida excluir individualmente, en cuyo caso el ejercicio de la opción operará como condición resolutoria respecto de cada crédito que se excluya; y b) cesión global anticipada de los créditos futuros que el factor decida incluir individualmente, en cuyo caso el ejercicio de la opción operará como condición suspensiva respecto de todos los créditos.

Sin embargo, debe advertirse que, si se utiliza la modalidad consistente en la facultad de exclusión (condición resolutoria), se logra atribuir una mayor eficacia práctica a la cesión y notificación global anticipada, pues el deudor cedido debe pagar al factor en tanto no se le comunique el rechazo individual de un crédito determinado. No ocurre lo mismo con la alternativa de la potestad de inclusión (condición suspensiva), pues ésta requerirá que se curse un aviso al deudor cedido (no es necesario que se trate de una nueva notificación por acto público en los términos del art. 1467 del Código Civil), poniendo en su conocimiento el cumplimiento de la condición a la que estaban sujetos los efectos traslativos de la cesión global<sup>375</sup>.

Finalmente, cabe acotar que resultaría perfectamente válido que el contrato previera que el derecho de opción conferido a favor del factor quede sujeto a su exclusivo arbitrio, sin requerirse ninguna clase de parámetros objetivos o discrecionalidad técnica<sup>376</sup>, pues el ejercicio de la opción importará siempre para el factor un sacrificio<sup>377</sup>, ya sea que éste consista en que no le serán cedidos los créditos que no se incluyan (condición suspensiva) o los que se excluyan (condición resolutoria), o bien que deba asumir los riesgos y efectuar los desembolsos



correspondientes a los créditos que se incluyan (condición suspensiva) o los que no se excluyan (condición resolutoria)<sup>378</sup>.

## XXVII. EN EL CONTRATO ESTIMATORIO

En la doctrina nacional, mucho se ha reflexionado acerca del contrato estimatorio sobre la base de las disposiciones contenidas en los artículos 1556 a 1558 del Código Civil italiano de 1942<sup>379</sup>, sin advertir que, ante la ausencia de un tratamiento normativo similar, deviene imprescindible interpretar nuestro derecho con criterio propio, usando cautelosamente la doctrina elaborada a propósito de un sistema diverso<sup>380</sup>, sobre todo cuando la legislación comparada ha merecido el calificativo de confusa<sup>381</sup>.

A modo de ejemplo, el mencionado artículo 1556 prescribe que, con el contrato estimatorio, una parte entrega una o varias cosas muebles a la otra y ésta se obliga a pagar el precio, salvo que restituya la cosa en el término establecido<sup>382</sup>, de manera que, así entendido, el negocio quedaría asimilado a una compraventa donde la prestación dineraria puede ser sustituida in facultate solutionis por la devolución de la cosa, al modo de las obligaciones facultativas, soslayándose de este modo la finalidad económico social que está destinado a satisfacer<sup>383</sup>.

El apego al derecho comparado para arriesgar definiciones conceptuales de contratos atípicos no resulta metodológicamente válido cuando en las costumbres negociales puede identificarse una reiteración de características que permiten advertir la presencia de cierto grado de tipicidad social<sup>384</sup>, pues se corre el riesgo de teorizar sobre modelos hipotéticos completamente desvinculados de la realidad.

En tal sentido, interpretar que en el contrato estimatorio se presenta una obligación de pagar el precio que el accipiens puede cancelar mediante la devolución de la cosa<sup>385</sup> conduce a privar al tradens del derecho de reclamar la restitución de esta última<sup>386</sup>, pues es de la esencia de las obligaciones facultativas que el acreedor deba circunscribir su demanda a la prestación principal<sup>387</sup>.

Ahora bien, considerando que el intento de abordar el fenómeno del contrato estimatorio en toda su dimensión (donde pueden rastrearse interesantísimos aspectos históricos<sup>388</sup>) excedería el limitado propósito de este trabajo, cabe ceñirse a mencionar la utilidad que puede reportar para las partes el empleo de un pacto de opción en este negocio.

Para ello, es relevante destacar que, mediante el contrato estimatorio, las partes procuran que el accipiens reconozca en el tradens la propiedad de las cosas, que se encuentre facultado a venderlas - pero sin estar obligado a hacerlo -, que asuma a su cargo el riesgo por el casus, que al vencimiento del plazo pague el importe "estimado" o las devuelva, y que - ante su incumplimiento -, el tradens conserve el derecho a recuperar lo entregado.

Todas y cada una de esas necesidades pueden satisfacerse de manera sencilla si se hace uso del pacto de opción en la forma en que ha sido concebido a lo largo de esta exposición.

Efectivamente, si se pretende que las cosas entregadas queden a resguardo de la agresión de los acreedores del accipiens, basta con introducir un pacto de opción -

adaptado a las características del negocio - y aplicar por analogía las reglas de las cláusulas que se pueden estipular en la compraventa, con las adecuaciones del caso.

A ese fin, las partes pueden establecer que la adquisición de las cosas por parte del accipiens quede suspensivamente condicionada a un derecho de opción que sólo puede ser ejercido de manera tácita, dentro del plazo pactado, a través de dos vías alternativas: la efectiva enajenación a un tercero (al modo del pacto de mejor comprador<sup>389</sup>) o el efectivo pago del precio (a la manera admitida para la venta a satisfacción del comprador<sup>390</sup>).

No se trata de la concurrencia de dos eventos distintos como constitutivos de una sola condición suspensiva que desembocan - cada uno - en diferentes situaciones jurídicas<sup>391</sup>. Por el contrario, se trata del ejercicio del derecho po-

testativo del accipiens que sólo puede manifestarse de esas dos maneras alternativas y que, en el supuesto de ejercerse, produce una adquisición a su favor, sin perjuicio de la eventual enajenación inmeditamente posterior que, cuando se trate de una venta, habrá realizado a favor del tercero.

En ese contexto, durante el tiempo que transcurre entre la entrega y el ejercicio del derecho potestativo, el accipiens será considerado un administrador de cosa ajena, por aplicación analógica de las reglas sobre la compraventa bajo condición suspensiva<sup>392</sup>, aunque, dadas las características propias del contrato, en caso de deterioro, pérdida o destrucción, aún por causas no imputables, deberá pagar el precio "estimado"<sup>393</sup>.

Si el accipiens devuelve la cosa dentro del plazo pactado, quedará liberado de sus obligaciones, pues ello revelará un comportamiento incompatible con un posterior ejercicio de su derecho potestativo - lo que equivale a una renuncia tácita<sup>394</sup> - y determinará que la condición suspensiva no pueda cumplirse en el futuro<sup>395</sup>.

Si, en cambio, el plazo acordado transcurre sin que se produzca la venta a un tercero o, según se trate, sin que sea satisfecho el precio "estimado", habrá de estarse a lo que las partes hubieran convenido, pudiéndose pactar a favor del acreedor el derecho de optar entre exigir el pago del precio o reclamar la restitución de las cosas<sup>396</sup>.

En caso de silencio de las partes, sólo quedará al tradens la posibilidad de demandar la devolución de lo entregado, por no haberse cumplido la condición suspensiva, aunque la obligación del accipiens de restituir las cosas a su dueño sufrirá la adecuación propia del riesgo que, por la tipicidad social del contrato, asume a su cargo y, por lo tanto, deberá sufragar el precio "estimado" ante la eventual imposibilidad de reintegrarlas.

Queda demostrado de esta manera que, así entendido, el pacto de opción permite articular adecuadamente las distintas necesidades que las partes se proponen satisfacer al momento de celebrar un contrato estimatorio.

XXVIII. EN EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN DE 1998

El Proyecto de Unificación que eleva el 18 de diciembre de 1998 la Comisión creada por el decreto 685/95 establece, en lo que interesa a este trabajo, lo siguiente:

ARTÍCULO 934. Disposiciones generales. Los contratos preliminares previstos en esta Sección generan obligaciones de hacer si el futuro contrato no es de formalidad solemne absoluta.

Deben contener el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen un futuro contrato.

El plazo de vigencia de la promesa de contratar, y el plazo para ejercer la opción de contratar, son de un (1) año, o el menor que convengan las partes, quienes pueden renovarlos a su vencimiento.

ARTÍCULO 936. Contrato de opción. El contrato de opción obliga a las partes a celebrar un futuro contrato mediante el otorgamiento irrevocable por una o varias, a la otra u otras, individual o colectivamente, de la facultad de requerir su conclusión.

La opción puede ser gratuita u onerosa, y es transmisible a un tercero si así se lo estipula o ello resulta de los usos.

El requerimiento del beneficiario se rige por las reglas y tiene los efectos de la aceptación respecto del futuro contrato.

Tal regulación es merecedora de diversas críticas.

Por lo pronto, conduce a que el ejercicio del derecho de opción ya ni siquiera produzca la consecuencia de acarrear la celebración de un nuevo contrato, como ocurriría para la doctrina de la oferta irrevocable, pues sus efectos quedan circunscriptos a originar la obligación de otorgar un posterior consentimiento con las consiguientes dificultades que la negativa a prestarlo acarrea para el beneficiario<sup>397</sup>.

En tal sentido, aún cuando en el párrafo final del artículo 936 se prescriba que el requerimiento del beneficiario quede regido por las reglas de la aceptación y produzca sus efectos, la norma parece aludir más a la expresión del consentimiento del optante que a tener por celebrado el nuevo contrato con el ejercicio de la opción, sobre todo si se tiene en cuenta la regla general del artículo 934 que atribuye a la figura analizada el carácter de contrato preliminar generador de obligaciones de hacer.

Por su lado, si bien resulta plausible que se exija el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen al negocio tenido en miras por las partes, su exclusión para los contratos que tengan establecida una formalidad solemne absoluta obstaría a su empleo, por ejemplo, a favor del donatario en una donación inmobiliaria<sup>398</sup>.

La mención sobre la gratuidad u onerosidad de la opción es intrascendente, habida cuenta que nada dice sobre las diferentes consecuencias que una u otra modalidad

podría producir, tal como, por caso, su gravitación en materia de imprevisión, lesión subjetiva, entre otras situaciones.

Igualmente superflua es la referencia a la posibilidad de establecer que la facultad pueda ser ejercida individual o colectivamente, dado que se trata, en definitiva, de la genérica admisibilidad de la pluralidad de partes en materia contractual.

Parece útil, en cambio, que se declare expresamente válida su transmisibilidad a terceros, tanto cuando así lo estipulen las partes como cuando ello se derive de los usos, aunque la posibilidad de aplicar este último criterio en los contratos bilaterales debería quedar excluida para aquellos supuestos en que las prestaciones recíprocas no sean de cumplimiento simultáneo<sup>399</sup>.

El límite máximo de un año luce exageradamente reducido frente a los tres años que el Código Civil admite para la opción de retroventa, además de provocar, en la práctica, la aniquilación del instituto de las opciones de prórroga en materia de contratos de mayor duración.

Finalmente, se omite la regulación concreta de las situaciones dudosas, como la muerte o incapacidad sobreviniente de cualquiera de las partes, el dies a quo del plazo para la acción por lesión objetiva-subjetiva, y la posibilidad de invocar la excesiva onerosidad sobreviniente, entre otras.

## Capítulo V: Conclusiones [\[arriba\]](#)

Frente a una normativa que, si bien guarda silencio sobre el régimen general aplicable al pacto de opción, admite su carácter condicionante - suspensivo o resolutorio - cuando regula algunas de sus subespecies, es necesario preguntarse qué principio superior del derecho impide aceptar en nuestro medio la plena eficacia jurídica de un acuerdo por el cual los efectos normales de un contrato ya concluido queden subordinados a una ulterior manifestación de voluntad de una de las partes.

Caer en el lugar común de la invocación del artículo 542 del Código Civil parece inadecuado, dado que, dejando a un lado el caso de la única parte obligada en los contratos unilaterales<sup>400</sup>, el optante se encontrará normalmente en una situación bifronte de acreedor y deudor<sup>401</sup>, de manera que el ejercicio o declinación de su facultad le acarrearán siempre un esfuerzo patrimonial, pues se verá precisado a elegir entre mantener sus obligaciones o resignar sus derechos<sup>402</sup>.

A su turno, si los resultados a los que conducen las doctrinas prevalecientes no sólo dejan insatisfechos los intereses de los contratantes sino que, en determinadas situaciones particulares, los exponen a consecuencias disvaliosas<sup>403</sup>, deviene ineludible tomar ese dato axiológico para evitar incurrir en un exacerbado cientificismo de principios abstractos, sobre todo cuando de interpretación jurídica se trata.

Considerar al pacto de opción como un contrato que origina la obligación de prestar un nuevo consentimiento o que se agota en tornar irrevocable una oferta, puede obedecer a necesidades prácticas en aquellas legislaciones que, como la italiana, establecen que la transmisión de los derechos reales se produce - por

regla general - solo consensu (sin requerirse la tradición), dado que ello hace cobrar un alcance distinto al efecto de la retroactividad<sup>404</sup>.

Esa problemática no tiene la misma dimensión en el ordenamiento nacional - donde, antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real<sup>405</sup> -, habida cuenta que la retroactividad supletoriamente establecida por la ley opera en el ámbito exclusivamente obligacional<sup>406</sup>, dejando a salvo los derechos de terceros de buena fe<sup>407</sup>.

Por estas razones, si se tienen presentes las contradicciones internas que presentan las corrientes de opinión predominantes<sup>408</sup>, no se advierte cuál es la ventaja de apegarse a criterios exóticos que no terminan de adaptarse a las exigencias de los negocios y al régimen especialmente establecido por nuestra legislación para algunas subespecies de la figura analizada.

Del otro lado, la tesis que atribuye al pacto de opción la función de subordinar ciertos efectos de un contrato al acaecimiento de una condición parece exteriorizar una mayor solvencia, pues se adapta mejor a la mencionada regulación especial y demuestra una considerable aptitud para brindar solución práctica y jurídica a las situaciones dudosas que la realidad puede presentar.

#### **Bibliografía** [\[arriba\]](#)

ACOSTA, Miguel Angel, “Las ofertas de compra presentadas a los corredores y sus garantías (reservas)”, La Ley, Buenos Aires, 1994, Tomo 1994-E, pp. 1132 y ss.

ADAME GODDARD, Jorge, “Los pactos en las ‘Sentencias de Paulo’ (Análisis del Título 1 del Libro Primero)”, Estudios Jurídicos en Homenaje a Marta Morineau, coordinada por GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, 1a Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2006, Tomo 1, pp. 1-30.

ALBERTI, Edgardo M., “La locación en el sistema concursal de la ley 19.551”, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Año 6, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 567.

ALEGRÍA, Héctor, “Introducción al estudio de los flujos de fondos en el concurso preventivo”, La ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003, Tomo 2003-E, pp. 1294 y ss.; “El aval en el cheque”, Revista Derecho Económico, Ediciones Interoceánicas, Buenos Aires, 1991, Tomo No 1, pp. 49-63; “La desmaterialización de los títulos-valores”, Revista del derecho comercial y de las obligaciones, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, Año 21, No 126, pp. 893-931.

ALTERINI, Atilio Aníbal, en “Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno” (Disertación pronunciada el 9 de octubre de 1997, con motivo de la designación como doctor honoris causa por la Universidad Nacional de Tucumán), La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1998, Tomo 1998-B, pp. 1172 y ss.; “Formas modernas de la contratación”, La Ley, Editorial La Ley, Tomo 1980-D, pp. 1109 y ss.; y CONTRATOS civiles comerciales de consumo, Primera Edición, Primera reimpresión, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.

ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M., Derecho de obligaciones civiles y comerciales, 1ra. edición, 1ra. reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

AMEAL, Oscar, Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Doctor Roberto M. López Cabana, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

ANAYA, Jaime Luis, "La sociedad como contrato", Contratos (Homenaje a Marco Aurelio Risolía), Abeledo-Perrot, 1997, pp. 15-29; "Sociedades inicialmente unipersonales", El Derecho, Universidad Católica Argentina, Tomo 124, pp. 724-738.

APARICIO, Juan Manuel, Contratos, Hammurabi, Buenos Aires, 1997

ARAYA, Miguel C., "Hacia la sociedad comercial del siglo XXI", VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Editado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 2001, Tomo I, pp. 43-50; Títulos circulatorios, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989;

ARECHA, Waldemar, "La personalidad de la S. A. ante el P. E.", en Revista de Derecho Comercial, Buenos Aires, 1948, pp. 14 y ss.; "Estado de socio", La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1959, Tomo 95, pp. 905 y ss

ARGÜELLO, Luis Rodolfo, Manual de derecho romano, 3a ed., 4a reimpr., Astrea, Buenos Aires, 1996.

ARICÓ, Rodolfo, "El precontrato", El Derecho, Editorial Universitas Buenos Aires, 1998, Tomo 178, pp. 947-963

ARISTÓTELES, Política

BAGLIETTO, Sebastián, "Hacia una interpretación de la solución legal en el supuesto de privación del ejercicio del derecho de preferencia", Jurisprudencia Argentina, t. 1996-IV, p. 639-646.

BLANCH NOGUÉS, Juan Manuel, "Pactos de vendendo y de retrovendendo entre historia y dogmática", en Revue internationale des droits de l'antiquité, editado por Office International des Périodiques, Diegem (Bélgica), 1998, Tomo XLV, 3a serie, pp. 387-411.

BOLLINI SHAW, Carlos - BONEO VILLEGAS, Eduardo J., Manual para operaciones bancarias y financieras, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

BONFANTE, Pietro, "La opción en el contrato de venta", Rivista del Diritto Commerciale, Milan, 1930, Tomo I, pp. 129-130; y, más actualmente.

BORDA, Guillermo, Tratado de Derecho Civil Argentino. Contratos, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1990; "La Reforma del Código Civil - Teoría de la Imprevisión", El Derecho, Editorial Universitas, Tomo 30, pp. 829 y ss.

BOSCH CAPDEVILA, Esteve, "Precontrato y opción", Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados, coordinado por Jorge Adame Goddard, Universidad Nacional Autónoma de México, Primera Edición, México, 2006, pp. 3-24.

CAIVANO, Roque J., "La formación del consentimiento entre ausentes en nuestro derecho positivo", La Ley, Tomo 1993-D, pp. 417-422.

CÁMARA, Héctor, en "El concurso preventivo y la quiebra", Editorial De Palma, Buenos Aires, 1990, Volúmenes I y III-B; Letra de cambio y vale o pagaré, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1972, Tomo I.

CAMMISA, Augusto G., "La irretroactividad el artículo 11 ley 25.561 y la ley 25.628", Revista La Ley de Córdoba 2005 -febrero-, Editorial La Ley, 2005, pp. 1 y ss.

CAMPOAMOR, Clara, "El derecho de opción y la adaptación de las rígidas formas contractuales frente a la unidad del fin económico (Crónica de Jurisprudencia española)", Jurisprudencia Argentina, Año 1951-II, Abril-Junio, Sección Jurisprudencia Extranjera, pp. 7-8.

CASSAGNE, Juan Carlos, "Los marcos regulatorios de los servicios públicos y la inserción de la técnica contractual", La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1994, Tomo 1994-D, pp. 948 y ss.

CASTAÑÓN, Alfredo J., "Concurso preventivo: contrato con prestaciones recíprocas pendientes", La ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1988, Tomo 1988-B, pp. 885 y ss.

CAZEAUX, Pedro N. TRIGO REPRESAS, Félix A., Derecho de las obligaciones, Editorial Platense, La Plata, 1971, Volumen II

D'ORS, Alvaro, "Derivación vulgar y bizantina del Contrato Estimatorio de Ulpiano", Prudentia Iuris, Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Buenos Aires, 2000, No 51, pp. 55-66.

DASSO, Ariel A., "El porqué de la caducidad de plazos en el concurso preventivo - en ocasión del caso Fargo", La Ley, Suplemento de Concursos y Quiebras 2005 (julio), Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005, pp. 1 y ss.

DE STEFANO, Carlos A., cuando en "Retroactividad y constitucionalidad de la leyes" -La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1979, Tomo 1979-C, pp. 784 y ss.

DI PIETRO, Alfredo y LAPIEZA ELLI, Ángel Enrique, Manual de Derecho Romano, 4a edición, Ediciones Depalma Buenos Aires, 1985.

DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Sistema de Derecho Civil, Editorial Tecnos, 6a Edición, 2a Reimpresión, Madrid (España), 1992, Volumen II, pp. 76-77; Sistema de Derecho Civil, Editorial Tecnos, 6a Edición, Madrid (España), 1997, Volumen III, pp. 47-49

DIEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, 5a Edición, Editorial Civitas, Madrid (España), 1996, Volumen primero.

DÖRR ZEGERS, Juan Carlos, “Notas acerca de la teoría de la imprevisión”, Revista chilena de derecho, Santiago, 1985, Vol. 12, No 2, pp. 253-270.

FARINA, Juan M., Contratos comerciales modernos. Modalidades de contratación empresaria, 2a Edición actualizada y ampliada, 1a reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.

FAVALE, Rocco, “La figura de la opción en el derecho europeo”, Annali del Dipartimento di scienze giuridicosociali e dell’amministrazione 5 (2003), Università degli studi del Molise, Napoli, 2004, Vol. I, pp. 297-334.

FERNANDEZ, Raymundo L. y GOMEZ LEO, Osvaldo R., Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial, Editorial LexisNexis - Depalma, Buenos Aires, 1993, Tomo III-A.

FERNÁNDEZ, Raymundo L., “El concepto técnicocientífico de ‘Cesación de pagos’”, Homenaje a Yadarola, Editado por la Universidad de Córdoba, Tomo II; Código de comercio comentado, Editorial Impresora Argentina, Buenos Aires, 1945, Tomo III.

FISSORE, Diego M., “El contrato de opción en Argentina”, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002, Tomo 2002-E, pp. 879-886

FONTANARROSA, Rodolfo O., Derecho comercial argentino, Editorial Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1974, Volumen II, “Doctrina General de los Contratos Comerciales.

FORCHIELLI, Paolo, “Pacto de opción y condición potestativa”, Revista Trimestral de Derecho Procesal Civil, Bologna (Italia), 1948, pp796-824.

FUEYO LANERI, Fernando, Derecho Civil, Universo, Santiago (Chile), 1964, tomo quinto, pp. 13-80.

GAGLIARDO, “Nuevas reflexiones acerca de las cláusulas restrictivas a la libre transmisibilidad de acciones”, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Año 32, Depalma, Buenos Aires, 1999, pp. 719 y ss.; “Restricciones a la libre transmisión de acciones: aspectos teóricos y prácticos”, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Depalma, Buenos Aires, 1980, Año 13, Nros. 73 a 78, pp. 685-695.

GALGANO, Francesco, El negocio jurídico, trad. de Francisco de P. BLASCO GASCÓ y Lorenzo PRATS ALBENTOSA, Tirant lo blanch, Valencia, 1992.

GAMARRA, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1990/2002, Tomo IX “Doctrina General del Contrato”, Vol. 2.

GAMES, Luis María y ESPARZA, Gustavo Américo, “Aspectos concursales de la nueva ley de leasing (25.248)”, El Derecho, Editorial Universitas, Buenos Aires, Tomo 189, pp. 539-553.



GARCÍA CÁFFARO, José L., “No puede ser cedido por solo endoso el crédito que prueba un cheque ‘no a la orden’”, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1986, Tomo 1986-C, pp. 427 y ss.

GARCÍA CUERVA, Héctor María, “El contrato de suscripción de acciones”, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1998; “Efectos de la apertura del concurso preventivo respecto del contrato de locación destinado a la explotación comercial”, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1978, Tomo 1978-A, pp. 198-800.

GARCÍA DEL CORRAL, D. Ildelfonso L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Primera Parte - Instituta- Digesto*, Jaime Molinas Editor, Barcelona, 1889.

GARRIDO, Roque Fortunato y ZAGO, Jorge Alberto, *Contratos civiles y comerciales, reimpresión*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998, Tomo I “Parte general”.

GASTALDI, José María, *Contratos*, Editorial AbeledoPerrot, Buenos Aires.

GHERSI, Carlos Alberto, *Contratos Civiles y Comerciales. Partes general y especial*, 4a edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, Tomo 1.

GIOVENCO, Arturo C., “Las opciones en la transferencia de acciones”, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007, Tomo 2007-E, pp. 1262-1268.

GOLDENBERG, Isidoro, “Cláusula rebus sic stantibus”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Tomo III, p. 48.

GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *Instituciones de derecho cambiario. Títulos de crédito*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, Tomo I; GÓMEZ LEO, Osvaldo, *Tratado del pagaré cambiario*, LexisNexis - Depalma, Buenos Aires, 2004; “Interpretación de los contratos”, La Ley, Buenos Aires, 1972, Tomo 146, p. 1013.

GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo, “El llamado derecho de opción”, *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, el Ministerio, Madrid, 1948, Volumen 3, pp. 209-222.

GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “Factoring. Un medio para incrementar negocios”, La Ley, Editorial La Ley, Tomo 1994-B, pp. 872 y ss.

GUALTIERI, Giuseppe y WINIZKY, Ignacio, *Títulos circulatorios*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972.

HALPERIN, Isaac BARBATO, Nicolás H., *Seguros*, Editorial LexisNexis - Depalma, Buenos Aires, 2001.

HALPERÍN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades Anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 1998.

HALPERÍN, Isaac, “Restricciones estatutarias a la transmisibilidad de acciones”, La Ley, t. 4, pp. 427 y ss.

HEREDIA, Pablo D., Tratado exegético de derecho concursal, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Tomo 1.

HINESTROSA, Fernando, “El contrato de promesa”, Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados, coordinado por Jorge Adame Goddard, Universidad Nacional Autónoma de México, Primera Edición, México, 2006, pp. 43-70.

IGLESIAS, José Antonio, “La filosofía de la ley de concursos y quiebras”, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1995, Tomo 1995-E, pp. 1188 y ss.

JIMÉNEZ HERRERA, Federico, “Documentos precontractuales habituales en las operaciones de transferencias accionarias de control”, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003, Tomo 2003-B, pp. 1018 y ss.

KATZ, Eliot, “History of Options” en Options: Essential Concepts and Trading Strategies, Editorial Irwin, Chicago (Estados Unidos de Norteamérica), 1995, 2a edición.

KUHN, Thomas, La estructura de las revoluciones científicas, Fondo de Cultura Económica, México, 1980, pp. 33 y ss.

LARROZA, Ricardo Osvaldo, “La lesión objetiva y subjetiva”, Contratos -dirigida por STIGLITZ, Rubén S.-, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1990, Tomo I, pp. 293-328.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Tratado De Derecho Civil. Parte General, 17a edición (actualizada por RAFFO BENEGAS, Patricio, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1997, Tomo II; Tratado de derecho civil. Obligaciones (actualizado por RAFFO BENEGAS, Patricio J.), Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2005, Tomo II-A.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín y ALTERINI, Atilio A., Código Civil Anotado (Arts. 1137 a 1433), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, Tomo III-A.

LOPEZ de ZAVALÍA, Fernando, Teoría de los Contratos, 4a Edición, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1997, Tomo I; Teoría de los Contratos, 3a Edición, Zavalía Editor, Buenos Aires, 2000, Tomo 2; Teoría de los Contratos, 4a Edición, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1997, Tomo 3; Teoría de los Contratos, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1995, Tomo 5.

LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Derecho y distorsiones macroeconómicas (La utilización de la cláusula rebus sic stantibus por la jurisprudencia argentina y española)”, Jurisprudencia Argentina, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 1998, Tomo 1998-III, pp. 905 y ss.

LORENTE, Javier, “Efectos del concurso preventivo sobre los contratos en curso de ejecución con prestaciones recíprocas pendientes”, Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, Mar del Plata, 1997, pp. 170 y ss.

LORENZETTI, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000, Tomo II; “Contratos modernos: ¿Conceptos modernos? Nuevos aspectos de la teoría del tipo contractual mínimo. Problemas contractuales típicos.

Finalidad supracontractual y conexidad”, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1996, Tomo 1996-E, pp. 851 y ss.

LUEGMAYER, Sebastián, “Los contratos derivados y su instrumentación jurídica”, La Ley, Buenos Aires, 2003, Tomo 2003-F, pp. 1404 y ss.

MACKAY, Charles, Extraordinary Popular Delusions And The Madness Of Crowds (Originalmente publicado en 1841 bajo el título “Memoirs of Extraordinary Popular Delusions”), Harriman House, Hampshire (Inglaterra), 2003.

MAFFÍA, Osvaldo J., “Aspectos de la nueva ley de concursos El régimen del ‘leasing’ y su incidencia en la verificación de créditos”, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1996, Tomo 1996-A, pp. 1468 y ss.; “Aspectos de la nueva ley de concursos (I): Responso para la ineficacia concursal”, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1996, Tomo 1996-B, pp. 862 y ss.; “Urgente una aclaratoria”, Jurisprudencia Argentina, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2005, Tomo 2005-III, pp. 1393 y ss.

MALUMIÁN, Nicolás, “Las opciones y los contratos derivados”, El Derecho, Editorial Universitas, Buenos Aires, Tomo 184, pp. 1221 y ss.

MANÓVIL, Rafael M., “Las participaciones residuales y el derecho de exclusión en el decreto 677/2001. Razonabilidad, constitucionalidad y crítica a un fallo de 1a instancia”, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, Tomo 2004-D, pp. 417 y ss.

MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Editorial LexisNexis Abeledo-Perrot, 1998, Tomo II.

MARISCOTTI, Eduardo E., “Los bancos, los derivados financieros y el derecho inglés”, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1997, Tomo 1997-A, pp. 911 y ss.

MARTORELL, Ernesto E., Tratado de los contratos de empresa, editorial Depalma, Buenos Aires, 1992, Tomo I.

MAYO, Jorge, “La opción como supuesto singular en la formación del contrato. Su regulación en el proyecto del Código Civil”, El Derecho, Editorial Universitas, Buenos Aires, 1999, Tomo 183, pp. 1508-1521; Código Civil y leyes complementarias Comentado, Anotado y Concordado, Dirigido por Augusto C. Belluscio y Coordinado por Eduardo A. Zannoni, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1993, pp. 776-777.

MENNA, Juan P., “Tratamiento de las rentas derivadas de las opciones sobre acciones entregadas a los trabajadores en los convenios para evitar la doble imposición”, en Revista Argentina de Derecho Tributario (RADT), Editorial La Ley, Buenos Aires, Tomo 2004 (julio-setiembre), pp. 1525 y ss.

MOEREMANS, Daniel E., “El plazo en las locaciones urbanas y opción de prórroga”, La Ley, Tomo 1993-D, pp. 272 y ss.

MOGGIA DE SAMITIER, Catalina, “La fianza en la locación. Artículo 1582 bis del Código Civil, La Ley del Litoral, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, Tomo 2004 (noviembre), pp. 1033 y ss.

MOLINA SANDOVAL, Carlos A. - JUNYENT BAS, Francisco, Ley de concursos y quiebras, Editorial LexisNexis - Depalma, Buenos Aires, 2003.

MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Restricciones a la libre transmisibilidad de las participaciones accionarias”, *El Derecho*, t. 198, pp. 935 y ss.

MORO, Emilio F., “Breves reflexiones sobre la sociedad unipersonal”, *Revista Argentina de Derecho Empresario*, Buenos Aires, 2005, Editorial Ad-Hoc, pp. 373-397.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, edición actualizada, reimpresión, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires; “El precio de la compraventa inmobiliaria”, *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Noviembre/Diciembre de 1975, No 744, p. 1880; *Teoría General del Contrato*, Ediciones Jurídicas Orbir, Buenos Aires, 1970.

MÜLLER, Enrique C., *Código Civil Comentado - Obligaciones* (Dirigido por TRIGO REPRESAS, Félix A. y COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H.), Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, Tomo I.

NICOLAU, Noemí L., “El ‘Leasing’. Algunos aspectos jurídicos. Su problemática en el ámbito inmobiliario”, *La Ley*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1987, Tomo 1987B, pp. 957 y ss.

NISSEN, Ricardo Augusto, *Ley de sociedades comerciales. Artículos 146 a 244*, 2a edición actualizada y aumentada, Ábaco, Buenos Aires, 1994, Tomo 3.

ODRIOZOLA, Martín, “Compra venta accionaria y take over. La función profesional”, *Negocios Parasocietarios*, Buenos Aires, 1994, Ad-Hoc, pp. 133-150.

ORTIZ DE ZÁRATE, Mariana DIEZ, Horacio P., “Perfiles de la contratación administrativa a la luz del decreto 1023/2001”, *RDA*, Editorial Lexisnexis - Depalma, Buenos Aires, 2003, pp. 49 y ss.

OSSORIO y GALLARDO, Ángel, “Opción (contrato de)”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964, Tomo XX, pp. 965-1017.

OVSEJEVICH, Luis, “El Consentimiento: sus términos”, *Contratos -de Videla Escalada*, Federico-, Editorial Victor P. de Zavalía, Buenos Aires, pp. 283-287.

PACCHIONNI, Giovanni, “De la promesa de venta con la denominada cláusula de opción y de algunos límites de admisibilidad de la acción de rescisión por lesión”, *Il Foro Italiano*, Roma, 1927, Volumen LII, pp. 1111-1118

PAILLUSSEAU, Jean, “La modernización del derecho de las sociedades comerciales. Una nueva concepción del derecho de las sociedades comerciales”, *La Ley*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1997, Tomo 1997-E, pp. 14081430.

PAOLANTONIO, Martín MOCCERO, Eduardo M., La naturaleza jurídica del cheque en la ley 23.549, La Ley, Editorial La Ley, Tomo 1988-D, pp. 1191 y ss.

QUINTANA FERREYRA, Francisco, Concursos, 1a reimposición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, Tomo 1.

RANGUGNI, Diego Emilio, "Limitaciones a la libre transferencia de acciones", La Ley, t. 1998-D, p. 445-453; "Reformas al estatuto social", La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1999, Tomo 1999-E, pp. 492 y ss.

REGGIARDO, Roberto Sergio, "Sobre la transmisión 'entre vivos' de acciones", El Derecho, t. 205, pp. 844 y ss.

REZZÓNICO, Luis María, Estudio de los contratos en nuestro derecho civil. Compraventa. Permuta, cambio o trueque. Cesión de derechos, 2a ed., Depalma, Buenos Aires, 1958

RICHARD, Efraín Hugo y MUIÑO, Orlando Manuel, Derecho Societario, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997.

RISOLÍA, Marco Aurelio, La venta de la cosa ajena, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960; Soberanía y Crisis del Contrato en Nuestra Legislación Civil, Valerio Abeledo-Editor, Buenos Aires, 1946.

ROCA, Eduardo A., "Acuerdos entre accionistas. Una sentencia de rigor doctrinario pero de proyección práctica", El Derecho, t. 194, pp. 88-106; "Legitimidad de las opciones concedidas en un convenio entre accionistas para el caso de su fallecimiento", El Derecho, t. 144, p. 950-952.

RODRÍGUEZ DÍAZ, Emma, "Antecedentes históricos del art. 1.453", en Revue internationale des droits de l'antiquité, editado por Office International des Périodiques, Diegem (Bélgica), 1998, Tomo XLV, 3a serie, pp. 585-646.

RODRÍGUEZ SIMÓN, Fabián J., "Los instrumentos financieros derivados (Principales pleitos en la materia)", La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1997, Tomo 1997-C, pp. 1123 y ss.

SANCIÑENA ASURMENDI, La opción de compra (Colección "Monografías de Derecho Civil" dirigida por D. Mariano Izquierdo Tolsada), Editorial Dykinson, Madrid (España), 2003.

SARAVIA FRÍAS, Bernardo, "El decreto PEN 992/02; Un golpe de muerte a los derivados financieros", El Derecho, Editorial Universitas, Buenos Aires, Tomo 201, pp. 828 y ss.

SCHÖTZ, Gustavo J., "Reconocimiento judicial de la cesión global anticipada de créditos futuros ('factoring' global)", La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002, Tomo 2002-E, pp. 762 y ss.

SEGRÈ, Gino, "El denominado derecho de opción y la acción de rescisión por lesión enorme", Rivista del Diritto Commerciale, Milan, 1928, Tomo II, p. 559-572.

SPOTA, Alberto O., Instituciones de derecho civil - Contratos, 2a reimpr., Depalma, 1986, Volumen IV; "Opción y prelación contractual", Jurisprudencia Argentina, To IV-1955, pp. 408-414; SPOTA, Alberto G., "Imprevisión contractual, lesión subjetiva, ofensa a la regla moral e indexación", La Ley, Tomo 1976-D, pp. 195-200.

TRIGO REPRESAS, Félix A., Código Civil Comentado - Obligaciones (Dirigido por TRIGO REPRESAS, Félix A. y COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H.), Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, Tomo I

TRUFFAT, Edgardo Daniel, "APE: un instituto concursal que carece de verificación de créditos, pero que requiere de alguna suerte de determinación del pasivo", Suplemento Especial Acuerdo Preventivo Extrajudicial 2004 (noviembre), Editorial La Ley, Buenos Aires, pp. 85 y ss.

VALDÉS MARTÍNEZ, María del Carmen, "Promesa de compraventa y transmisión de la propiedad", Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados, coordinado por Jorge Adame Goddard, Universidad Nacional Autónoma de México, Primera Edición, México, 2006, pp. 119-131.

VAN THIENEN, Pablo Augusto, "La declaración de adquisición en la sociedad anónima cotizada bajo control casi total: la 'expropiación de acciones' y la 'expulsión forzosa' del accionista minoritario (breves reflexiones a raíz del caso 'Tenaris')", El Derecho, Editorial Universitas, Buenos Aires, 2004, Tomo 206, pp. 981 y ss.

VAZQUEZ, Adolfo Roberto, "El mantenimiento de la ecuación económico-financiera en los contratos administrativos", El Derecho, Editorial Universitas, Tomo 94, pp. 418 y ss.

VERLY, Hernán, "Apuntes para una revisión del concepto de capital social (Con especial referencia a la sociedad anónima)", La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1997, Tomo 1997-A, pp. 756 y ss.

VIGO (h), Rodolfo Luis, "La interpretación de la ley como saber prudencial retórico", El Derecho, Editorial Universitas, Buenos Aires, 1985, pp. 858 y ss.

VILLANUEVA, Julia, Concurso preventivo, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, pp. 219 y ss.

VÍTOLO, Daniel Roque, "La identificación de los accionistas de sociedades por acciones y el orden público frente al fenómeno de la globalización", La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005, Tomo 2005-B, pp. 1129 y ss.

WILLIAMS, Jorge N., Títulos de crédito, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981.

YADAROLA, Mauricio L. Títulos de crédito, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1961, pp. 36-42.

ZAGO, Jorge A., “Consecuencias y alcance práctico jurídico de la opción contractual en materia de locación urbana”, *Jurisprudencia Argentina*, Tomo 1994-IV, pp. 387 y ss.

ZALDÍVAR, Enrique, MANOVIL, Rafael M., RAGAZZI, Guillermo E., ROVIRA, Alfredo L. y SAN MILLÁN, Carlos, *Cuadernos de Derecho societario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, Volumen I.

ZAPA, Gabriel P., “Contratos previos a otros futuros o definitivos”, *Contratos* (obra dirigida por Rubén S. Stiglitz), Depalma, Buenos Aires, 1993, pp. 131-138.

ZULETA PUCEIRO, Enrique, “Savigny y la teoría moderna de la interpretación”, *La Ley*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1979, Tomo 1979-D, pp. 732 y ss.

#### JURISPRUDENCIA NACIONAL

CNCiv., en pleno, 03/10/1951, “Cazes de Francino, Amalia v. Rodríguez Conde, Manuel”, *La Ley*, Tomo 64, pp. 476 y ss.

CNCom., Sala B, 25/11/1976, “Orsi, Guillermo F. c. Llanea Hnos. S.A.”, *El Derecho*, Buenos Aires, 1978, Tomo 76, p. 595.

CNCom., Sala B, 25/11/1976, “Orsi, Guillermo F. c. Llanea Hnos. S.A.”, *El Derecho*, Buenos Aires, 1978, Tomo 76, pp. 595 y ss.

CNCom., Sala C, 28/12/1984, “Augur S.A. s/ quiebra c/ Sumampa S.A.”, *El Derecho*, t. 114, pp. 373-382.

CNCom., Sala C, 29/03/1985, “Duperre, Ricardo c/ C.M. Sociología de empresa S.A.”, *La Ley*, t. 1985-B, pp. 409-413.

CNCom., Sala A, 26/06/1985, “Dubini, Julio C. y otros e. Carlos A. Piccardo y otros”, *El Derecho*, Editorial Universitas, Buenos Aires, Tomo 116, pp. 99 y ss., ,

CNCiv., Sala C, 02/07/1992, “Rossi, Gerardo A. c/Chorne, Isaac”, *La Ley*, Tomo 1993-D, p. 272-278.

CNCiv., Sala C, 03/12/1992, “Arlan S.C.A. c/Revestimientos La Europea S.A.”, *La Ley*, Tomo 1993-D, pp. 417-422.

CNCom., Sala B, 27/10/1993, “El Chañar S.A.”, *La Ley*, t. 1994-D, 275-277.

SCJM, , 30/12/1993, “Guiñazú, Félix E. c/ Castillo, Norman y Barrionuevo, Sergio Agustín”, *Jurisprudencia Argentina*, Tomo 1994-IV, pp. 387 y ss.

CNCom. Sala B, 15/12/1995, “Gran Turismo Hotel c/Cevitur” -voto del Dr. BUTTY, Enrique M.-, *La Ley*, Tomo 1996-E, pp. 28-31.

CNCom., Sala B, 25/11/1996, “Inversiones Rosario S.A. c/ Indosuez International Finance s/ medidas precautorias s/ incidente de apelación art. 250”, *El Derecho*, Editorial Universitas, Buenos Aires, 1997, Tomo 171, pp. 227-228.

CNCom., Sala B, 19/08/1997, “Comisión Nac. de Valores c. Garovaglio y Zorraquín S.A.”, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1999, Tomo 1999-E, pp. 493 y ss.

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial No 11, Secretaría No 22, 09/10/1998, “Warroquiers, Juan Pedro y otro c/Quintanilla de Madanes, Dolores y otros”, El Derecho, t. 194, pp. 91 a 121.

CNCom., Sala B, 09/08/1999, “De las Carreras, Daniel c/ Shaw, Guillermo E. y otros”, Jurisprudencia Argentina, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2000, Tomo 2000-III, pp. 858-863.

CNCom., Sala C, 23/04/2002, “Heller Sud Servicios Financieros S.A. c. Polisur S.A.”, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002, Tomo 2002-E, pp. 762 y ss.

CNCom., Sala D, 09/09/2004, “Koldobsky, Liliana E. c. Koldobsky, Carlos s/ diligencia preliminar”, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005, Tomo 2005-C, pp. 731 y ss.

CFCiv. y Com. de Córdoba, Sala A, 15/12/2005, “Viramonte Olmos, Gustavo S. v. Estado Nacional y otros”, Lexis No 70021970.

CNCom., Sala B, 14/03/2006, “Deconti S.A. v. Nielsen & Wuestrepp S.H.”, Jurisprudencia Argentina, Editorial Lexisnexis, Buenos Aires, 2006, Tomo 2006-III, pp. 196 y ss.

CSJN, 09/10/2007, “Koldobsky, Liliana E. c. Koldobsky, Carlos s/ diligencia preliminar”, Fallos: 330:4354.

CNCom., sala D, 31/03/2008, “Cablevisión S.A. s/APE”, Lexis No 35021515.

#### JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Corte de Apelación de Milán, 30/07/1927, “Società La Rinascente c. Bocconi”, Il Foro Italiano, Roma, 1927, Volumen LII, pp. 1110-1126.

Corte de Casación de Italia, 28/07/1928, “Bocconi c. La Rinascente”, Rivista del Diritto Commerciale, Milan, 1928, Tomo II, p. 559-572.

Bonde v. Weber, 6 Ill.2d 365, 374 (1995)

Bates v. Woods, 225 Ill. 126, 130-31 (1906).

Jensen v. Anderson , 24 Utah 2d 191, 192, 468 P.2d 366, 367 (1970).

Walker v. Bamberger , 17 Utah 239, 246, 54 P. 108, 109 (1898).

Cahoon v. Cahoon , 641 P.2d 140, 143 (Utah 1982). i Property Assistance Corp. v. Roberts , 768 P.2d 976, 978 (Utah Ct. App. 1989).

Hermes v. Wm. F. Meyer, Co., 65 Ill. App. 3d 745, 749 (1978).



## Notas [\[arriba\]](#)

1 En el presente trabajo, el vocablo “opción” se emplea como sinónimo del derecho potestativo conferido a uno de los contratantes a través de un “pacto de opción”.

2 Cfr. KATZ, Eliot, “History of Options” en *Options: Essential Concepts and Trading Strategies*, Editorial Irwin, Chicago (Estados Unidos de Norteamérica), 1995, 2a edición, Capítulo 1, pp. 1-13.

3 ARISTÓTELES en *Política*, Libro I, Capítulo 11, 1259a.

4 El *pactum in diem addictio* facultaba al vendedor a reservarse el derecho de rescindir el contrato para el caso de recibir una mejor oferta en determinado plazo; el *pactum promitiseos* acordaba al vendedor el derecho a ser preferido sobre cualquier tercero si el comprador decidía enajenar la cosa vendida; el *pactum displicentiae* subordinaba la venta a la condición resolutoria o suspensiva - según se conviniera- de que la cosa resultara del agrado del comprador dentro de un plazo determinado; el *pactum de retrovendendo* confería al vendedor la opción de readquirir la cosa enajenada dentro de un cierto plazo; el *pactum de retroemendo* otorgaba al comprador la opción de retransmitir la cosa al vendedor luego de transcurrido un plazo. Para una aproximación a los *pacta adiecta* aplicables a la compraventa, pueden consultarse las obras de ARGÜELLO, Luis Rodolfo, *Manual de derecho romano*, 3a ed., 4a reimpr., Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 322-323; y DI PIETRO, Alfredo y LAPIEZA ELLI, Ángel Enrique, *Manual de Derecho Romano*, 4a edición, Ediciones Depalma Buenos Aires, 1985, p. 295.

5 La *datio de res aestimata* otorgaba al accipiens la facultad de optar entre devolver lo recibido o pagar la estimación (sobre los orígenes y derivaciones del contrato estimatorio, puede consultarse la obra de D´ORS, Alvaro, “Derivación vulgar y bizantina del Contrato Estimatorio de Ulpiano”, *Prudentia Iuris*, Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Buenos Aires, 2000, No 51, pp. 55-66).

6 Ver RODRÍGUEZ SIMÓN, Fabián J., “Los instrumentos financieros derivados (Principales pleitos en la materia)”, *La Ley*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1997, Tomo 1997-C, pp. 1123 y ss.; SARAVIA FRÍAS, Bernardo, “El decreto PEN 992/02; Un golpe de muerte a los derivados financieros”, *El Derecho*, Editorial Universitas, Buenos Aires, Tomo 201, pp. 828 y ss.; LUEGMAYER, Sebastián, “Los contratos derivados y su instrumentación jurídica”, *La Ley*, Buenos Aires, 2003, Tomo 2003-F, pp. 1404 y ss.; y KATZ, op. cit., p. 1.

7 MACKAY, Charles, *Extraordinary Popular Delusions And The Madness Of Crowds* (Originalmente publicado en 1841 bajo el título “Memoirs of Extraordinary Popular Delusions”), Harriman House, Hampshire (Inglaterra), 2003, pp. 105-114

8 *Diccionario de la Lengua Española*, 15a Edición, Real Academia Española, Madrid, 1925, p. 874, c. 2. Esta acepción se mantuvo hasta la 20a edición de 1984 (p. 979, 2). Actualmente, la 22a edición del referido diccionario brinda las siguientes acepciones: “opción. (Del lat. *optio*, *õnis*). f. Libertad o facultad de elegir. || 2. Esa misma elección. || 3. Cada una de las cosas a las que se puede optar. || 4. Posibilidad de conseguir algo. El equipo no tuvo opción al triunfo. || 5. Derecho que se tiene a un oficio, dignidad, etc. || 6. Der. Derecho a elegir entre dos o más cosas, fundado en precepto legal o en negocio jurídico. || 7. Econ. Derecho a comprar o vender algo en plazo y precio previamente acordados. || ~ sobre acciones. f. Econ. La que, en algunos casos, se establece sobre activos financieros como remuneración de los directivos y empleados de una empresa”. La 6a

acepción transcrita tiene su antecedente en la definición brindada en Diccionario Manual e Ilustrado de la Lengua Española, 3a edición revisada, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1984, Tomo IV, p. 1545, c. 2.

9 Lo mismo ocurre con las legislaciones de Chile, Uruguay, Colombia, Cuba, Francia y Suiza, entre otras.

10 Cfr. AMEAL, Oscar, Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XXI.

Homenaje al profesor Doctor Roberto M. López Cabana, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001 págs. 1005; APARICIO, Juan Manuel, Contratos, Hammurabi, Buenos Aires, 1997; ARICÓ, Rodolfo, “El precontrato”, El Derecho, Editorial Universitas Buenos Aires, 1998, Tomo 178, pp. 947-963; BORDA, Guillermo, Tratado de Derecho Civil Argentino. Contratos, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1990; CAMPOAMOR, Clara, “El derecho de opción y la adaptación de las rígidas formas contractuales frente a la unidad del fin económico (Crónica de Jurisprudencia española)”, Jurisprudencia Argentina, Año 1951-II, Abril-Junio, Sección Jurisprudencia Extranjera, pp. 78; FISSORE, Diego M., “El contrato de opción en Argentina”, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002, Tomo 2002-E, pp. 879-886); FONTANARROSA, Rodolfo O., Derecho comercial argentino, Editorial Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1974, Volumen II, “Doctrina General de los Contratos Comerciales”; FUEYO LANERI, Fernando, Derecho Civil, Universo, Santiago (Chile), 1964, tomo quinto, pp. 1380; GAMARRA, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1990/2002, Tomo IX “Doctrina General del Contrato”, Vol. 2; GARRIDO, Roque Fortunato y ZAGO, Jorge Alberto, Contratos civiles y comerciales, reimpresión, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998, Tomo I “Parte general”; GASTALDI, José María, Contratos, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 207-212; GHERSI, Carlos Alberto, Contratos Civiles y Comerciales. Partes general y especial, 4a edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, Tomo 1, pp. 460-461; GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo, “El llamado derecho de opción”, Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil, el Ministerio, Madrid, 1948, Volumen 3, pp. 209-222; MARTORELL, Ernesto E., Tratado de los contratos de empresa, editorial Depalma, Buenos Aires, 1992; MOSSET ITURRASPE, Jorge, Contratos, edición actualizada, reimpresión, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, p. 138; OSSORIO y GALLARDO, Ángel, “Opción (contrato de)”, Enciclopedia Jurídica Omeba, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964, Tomo XX, p. 969, ZAPA, Gabriel P., “Contratos previos a otros futuros o definitivos”, Contratos (obra dirigida por Rubén S. Stiglitz), Depalma, Buenos Aires, 1993, pp. 131-138.

11 SPOTA, Alberto O., Instituciones de derecho civil - Contratos, 2a reimpr., Depalma, 1986, Volumen IV, pp. 139-141; DIEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, 5a Edición, Editorial Civitas, Madrid (España), 1996, Volumen primero, pp. 342-347; MAYO, Jorge, “La opción como supuesto singular en la formación del contrato. Su regulación en el proyecto del Código Civil”, El Derecho, Editorial Universitas, Buenos Aires, 1999, Tomo 183, pp. 1508-1521; OVSEJEVICH, Luis, “El Consentimiento: sus términos”, Contratos - de Videla Escalada, Federico-, Editorial Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, pp. 283 y 287.12 Esta es la posición de SPOTA, para quien “toda opción contractual hace surgir una obligación de hacer, o sea, la de prestar el consentimiento por parte de quien la confirió para celebrar el contrato definitivo si el cocontratante decide utilizar la prerrogativa jurídica que esa opción significa, es decir, si a su vez presta el consentimiento para que surja dicho contrato de segundo grado” (SPOTA, Alberto G., “Opción y prelación contractual”, Jurisprudencia Argentina, To IV-1955, p. 412). En igual sentido, MOSSET ITURRASPE considera que el concedente o promitente queda obligado a la celebración del futuro contrato durante todo el tiempo pactado -tiempo determinado o determinable por el juez a pedido de parte-, mientras que el optante u opcionario tiene libertad de ejercicio de la

potestad acordada. No obstante, el mencionado autor pareciera sostener que esa obligación sólo rige en el supuesto de una opción acoplada a una promesa de contrato, pues al referirse al caso de una opción acoplada a un contrato definitivo señala que “cuando el optante haciendo uso de la facultad acordada se decide por la efectividad, el contrato futuro queda perfecto o concluso”, agregando más adelante que en tal hipótesis queda el contrato definitivo en estado de cumplimiento (op. cit., pp. 138-139). ALTERINI también incluye al “contrato de opción” dentro de la categoría de los contratos preliminares que generan obligaciones de hacer, concediendo al optante la facultad de requerir, a su arbitrio, la conclusión de un futuro contrato, aunque asigna al requerimiento los efectos de la aceptación (ALTERINI, Atilio Aníbal, “Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno” - Disertación pronunciada el 9 de octubre de 1997, con motivo de la designación como doctor honoris causa por la Universidad Nacional de Tucumán-, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1998, Tomo 1998-B, pp. 1172 y ss.; id., “Formas modernas de la contratación”, La Ley, Editorial La Ley, Tomo 1980-D, pp. 1109 y ss.; e id., CONTRATOS civiles comerciales de consumo, Primera Edición, Primera reimpresión, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 338). También FISSORE se inclina por esta postura cuando, al referirse al objeto, destaca que consiste en una obligación de hacer, cual es celebrar el contrato definitivo cuando se ejerza la opción (op. cit., p. 883). La posición de MALUMIÁN, si bien no es del todo expresa, podría identificarse con esta teoría cuando rechaza la asimilación del “contrato de opción” a la oferta irrevocable y lo define como generador a favor del optante del “derecho, sin crearle la obligación, de concluir un contrato determinado” (MALUMIÁN, Nicolás, “Las opciones y los contratos derivados”, El Derecho, Editorial Universitas, Buenos Aires, Tomo 184, pp. 1221 y ss.). Se enrolaba también en esta corriente NICOLAU, cuando antes de sancionada la ley de leasing asimilaba la opción a un contrato preliminar unilateral, señalando que “una vez aceptada la promesa, debe celebrarse el contrato definitivo” (NICOLAU, Noemí L., “El ‘Leasing’. Algunos aspectos jurídicos. Su problemática en el ámbito inmobiliario”, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1987, Tomo 1987-B, pp. 957 y ss.). Ver también, MOLINA SANDOVAL, Carlos A. - JUNYENT BAS, Francisco, Ley de concursos y quiebras, Editorial LexisNexis - Depalma, Buenos Aires, 2003, comentario al art. 146, ap. II; y GIOVENCO, Arturo C., “Las opciones en la transferencia de acciones”, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007, Tomo 2007-E, p. 1262; entre otros.

En México, BOSCH CAPDEVILA denomina opción a “la promesa unilateral, en la que sólo una de las partes queda obligada” (BOSCH CAPDEVILA, Esteve, “Precontrato y opción”, Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados, coordinado por Jorge Adame Goddard, Universidad Nacional Autónoma de México, Primera Edición, México, 2006, p. 12).

En Perú, el Código Civil dispone en su art. 1419: “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”. En Cuba, el Decreto-Ley No 882 del 19 de febrero de 1935 (derogado por la ley 59), regulaba el pacto de opción en los siguientes términos: “La opción es un contrato por virtud del cual el propietario del bien o de un derecho, que es el optatario, se obliga, por tiempo fijo, con otra persona, que es el optante, a otorgar, con él, o con la persona que éste designe, un contrato determinado, con los pactos, términos cláusulas y condiciones que consten de la opción” (el actual Código Civil de Cuba no regula la opción).

13 PACCHIONNI, Giovanni, “De la promesa de venta con la denominada cláusula de opción y de algunos límites de admisibilidad de la acción de rescisión por lesión”, Il Foro Italiano, Roma, 1927, Volumen LII, pp. 1111-1118. Para MOSSET ITURRASPE, la doctrina mayoritaria se inclina por ver en el contrato sujeto al ejercicio de la

prerrogativa jurídica por el optante una condición suspensiva (op. cit., p. 139, nota 17).

14 FONTANARROSA dice al respecto que “Tal renuncia tiene por efecto mantener vigente la oferta durante el lapso convenido, de modo tal que bastará solamente la ulterior aceptación del destinatario para que el contrato definitivo quede automáticamente concluido” (op. cit., p. 82). En sentido similar, se pronuncian FERNANDEZ, Raymundo L. y GOMEZ LEO, Osvaldo R., Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial, Editorial LexisNexis - Depalma, Buenos Aires, 1993, Tomo III-A, pp. 50-51; GASTALDI, op. cit., p. 210, aunque formula una distinción entre contratos de opción y pactos de opción insertos en un contrato ya realizado; GAMARRA, op. cit., p. 145-146; APARICIO, op. cit., p. 324-325; MAYO, “La opción ...”, op. cit., pp. 1509-1513; DIEZ-PICAZO, Fundamentos ..., op. cit., pp. 342-347; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Sistema de Derecho Civil, Editorial Tecnos, 6a Edición, 2a Reimpresión, Madrid (España), 1992, Volumen II, pp. 76-77; íd., Sistema de Derecho Civil, Editorial Tecnos, 6a Edición, Madrid (España), 1997, Volumen III, pp. 47-49; JIMÉNEZ HERRERA, Federico, “Documentos precontractuales habituales en las operaciones de transferencias accionarias de control”, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003, Tomo 2003-B, pp. 1018 y ss. Aunque no es expreso, ésta parece ser la posición de LORENZETTI, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000, Tomo II, pp. 302-303; ACOSTA, Miguel Angel, “Las ofertas de compra presentadas a los corredores y sus garantías (reservas)”, La Ley, Buenos Aires, 1994, Tomo 1994-E, pp. 1132 y ss.; SANCIÑENA ASURMENDI, La opción de compra (Colección “Monografías de Derecho Civil” dirigida por D. Mariano Izquierdo Tolsada), Editorial Dykinson, Madrid (España), 2003, pp. 60-63; FUEYO LANERI, op. cit., p. 19; entre otros. ARICÓ, por su parte, entiende que la opción genera para el concedente la obligación de celebrar un contrato futuro si el optante manifiesta su voluntad de perfeccionarlo, significando ello que convencionalmente una de las partes queda vinculada a una determinada oferta mientras que la otra se reserva la libertad de aceptarla o no, dentro del plazo acordado. Más adelante aclara que el contrato se perfeccionaría con el simple ejercicio de la opción por parte del beneficiario, y termina por sostener que “En la opción existe convencionalmente pactada una oferta irrevocable, en virtud de la cual el concedente renuncia al derecho de retractarla durante el plazo fijado, con la correlativa y libre facultad del beneficiario de ejercer su derecho potestativo de opción, para perfeccionar el contrato” (op. cit., pp. 949). En igual sentido, CSJN, 09/10/2007, “Koldobsky, Liliana E. c. Koldobsky, Carlos s/ diligencia preliminar”, Fallos: 330:4354; CNCom., Sala D, 09/09/2004, “Koldobsky, Liliana E. c. Koldobsky, Carlos s/ diligencia preliminar”, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005, Tomo 2005-C, pp. 731 y ss.; CNCom., Sala A, 26/06/1985, “Dubini, Julio C. y otros e. Carlos A. Piccardo y otros”, El Derecho, Editorial Universitas, Buenos Aires, Tomo 116, pp. 99 y ss.; entre otros. Esta tesis proviene de la doctrina italiana, pudiendo citarse como precursores en su estudio específico a SEGRÈ, Gino, “El denominado derecho de opción y la acción de rescisión por lesión enorme”, Rivista del Diritto Commerciale, Milan, 1928, Tomo II, p. 559-572; BONFANTE, Pietro, “La opción en el contrato de venta”, Rivista del Diritto Commerciale, Milan, 1930, Tomo I, pp. 129-130; y, más actualmente, FAVALE, Rocco, “La figura de la opción en el derecho europeo”, Annali del Dipartimento di scienze giuridico-sociali e dell’amministrazione 5 (2003), Università degli studi del Molise, Napoli, 2004, Vol. I, pp. 297-334. La jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica considera que el “contrato de opción” tiene dos elementos, una oferta de hacer o de no hacer algo, que no llega a ser un contrato hasta tanto sea aceptada; y un acuerdo para dejar abierta la oferta por un período de tiempo determinado o razonable, pudiendo citarse: *Bonde v. Weber*, 6 Ill.2d 365, 374 (1995); *Bates v. Woods*, 225 Ill.

126, 130-31 (1906). *Jensen v. Anderson*, 24 Utah 2d 191, 192, 468 P.2d 366, 367 (1970); *Walker v. Bamberger*, 17 Utah 239, 246, 54 P. 108, 109 (1898); *Cahoon v. Cahoon*, 641 P.2d 140, 143 (Utah 1982); *Property Assistance Corp. v. Roberts*, 768 P.2d 976, 978 (Utah Ct. App. 1989); *Hermes v. Wm. F. Meyer, Co.*, 65 Ill. App. 3d 745, 749 (1978), entre otros. En México, HINESTROSA toma a la opción y a la promesa unilateral como sinónimos, pero entiende que dicha especie “permite la celebración del contrato con la sola toma de la opción por parte del promisorio”, agregando que “Del contrato de promesa unilateral (opción) surge un derecho subjetivo singular, el de celebrar el contrato con la sola manifestación de tomarla o ejercerla, en cuanto aquel sea de forma libre, o de obtener coactivamente la ejecución de obligación de hacer calificada, en el supuesto de que dicho contrato sea solemne” (HINESTROSA, Fernando, “El contrato de promesa”, *Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, coordinado por Jorge Adame Goddard, Universidad Nacional Autónoma de México, Primera Edición, México, 2006, pp. 61 y 65).

15 Así se refería al caso *SEGRÈ*, op. cit., p. 559.

16 Los datos y hechos jurídicamente relevantes que se narran en esta parte del trabajo fueron extraídos de las publicaciones de FAVALE (op. cit.), PACCHIONI (op. cit.), SEGRÈ (op. cit.), BONFANTE (op. cit.), y de los fallos anotados por los últimos tres autores. Los antecedentes del caso se remontan a mediados del siglo XIX, cuando dos jóvenes emprendedores, los hermanos Luigi y Ferdinando Bocconi, hijos de un mercader ambulante, decidieron embarcarse en un ambicioso proyecto comercial consistente en la apertura de un gran almacén, tomando como modelo la novedosa experiencia parisina de la casa “La Maison du Bon Marché”. Así, en 1865, con el nombre comercial de “Aux villes d’Italie” (posteriormente reemplazado por “Alle città d’Italia”), abrieron en Milán el primer establecimiento italiano de venta de ropa confeccionada, además de lienzos y muebles, local donde, gracias a las amplias vidrieras, la mercadería podía apreciarse desde al calle, siendo cuidadosamente expuesta a los fines de atraer la atención de los transeúntes. La iniciativa no tardó en despertar un creciente interés de parte del público, logrando un vertiginoso éxito que los llevó a decidir la apertura de un local de mayor tamaño en la Piazza Duomo y a expandir su idea hacia otras ciudades. Ocurrido el deceso de Luigi en marzo de 1900, la familia Bocconi atesoraba para entonces una importante fortuna. En 1902, Ferdinando, en homenaje a su hijo muerto en la Batalla de Ardua, fundó la conocida Universidad Comercial Luigi Bocconi, una de la primeras del mundo en ofrecer una licenciatura en economía y la primera de Italia. La reputación del hermano sobreviviente siguió creciendo al punto de ser elegido senador 1906, hasta que en 1908 también falleció. Ya sin sus fundadores, la empresa tuvo que sobrellevar las dificultades propias de un mercado cambiante, hasta que las pérdidas acumuladas para el año más penoso de la primera guerra mundial condujeron a la familia Bocconi a otorgar en julio de 1917 el arrendamiento de la hacienda comercial a un próspero empresario industrial del rubro textil, el milanés Senatore Borletti, quien había conformado un grupo de inversores con el apoyo de la Banca di Sconto.

17 Para la época en que se suscitó el litigio, la teoría de la imprevisión, tal como se la conoce actualmente, no sólo carecía de respaldo norma tivo en Italia y el resto de Europa, sino que se enfrentaba a los resabios del racionalismo positivista y de la concepción clásica del contrato. Si bien algún sector de la doctrina italiana aceptó tempranamente su aplicación, no fue sino hasta mediados de la década de 1930 que se produjo su consagración jurisprudencial, mientras que su recepción legislativa se produjo recién con el Código Civil de 1942. En función de ello, en el análisis del caso no debe perderse de vista la incidencia que pudo tener la ausencia de una herramienta que, excluida la aplicabilidad del instituto de la lesión enorme, permitiera resguardar el equilibrio contractual quebrado por las

catastróficas consecuencias económicas de la primera guerra mundial (sobre la evolución de la teoría de la imprevisión, ver DÖRR ZEGERS, Juan Carlos, “Notas acerca de la teoría de la imprevisión”, Revista chilena de derecho, Santiago, 1985, Vol. 12, No 2, p. 260).

18 Debe tenerse presente que, de acuerdo al Código Civil italiano de 1942 y a su antecesor de 1865, siguiendo la corriente de la legislación francesa, la transmisión de los derechos reales opera, como regla general, “solo consensus”, sin requerirse la tradición. En tal sentido, el artículo 1376 establece “Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato” (En los contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, la constitución o la transferencia de un derecho real o bien la transferencia de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmite y se adquiere por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado).

19 En Instituta, Libro Tercero, XXIII, 4, se lee: “Emptio tam sub condicione quam pure contrahi potest; sub condicione veluti ‘si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot’”. De acuerdo a este precepto, la compra podía hacerse tanto puramente como bajo condición, siendo un ejemplo de este último supuesto: “si dentro de tal plazo te hubiere agradao Stico, quedará comprado para ti en tantos áureos” (Cfr. GARCÍA DEL CORRAL, D. Ildefonso L., Cuerpo del Derecho Civil Romano. Primera Parte - Instituta-Digesto, Jaime Molinas Editor, Barcelona, 1889, p. 113).

20 Decía la Corte: “En la investigación sobre el carácter que debe presentar el hecho propio del obligado, puesto en condición, para no identificarse con el mero arbitrio del mismo obligado, la moderna doctrina, sobre la base de las enseñanzas del derecho romano, considera elemento esencial la aptitud de aquel hecho de ser considerado como dependiente de una causa separada de sí, y de ser apreciado objetivamente y debidamente controlado por el otro contratante, en su positiva consistencia y verdad. Por otro lado, sin vínculo de la voluntad no se concibe obligación válida, no sólo pura, sino tampoco condicionada. Si, como en el presente caso, el juzgamiento en torno al acaecimiento del hecho puesto en condición -situación económica del comprador favorable a la adquisición- es remitido enteramente al mismo comprador, entonces es necesario concluir que éste viene constituido desde el origen y permanece hasta la expiración del plazo, absolutamente libre de cualquier vínculo. En sustancia, la obligación del comprador en este caso adquiere vida, no desde la fecha de la reserva expresa o tácita de ejercitar la denominada opción (facultad de adquirir), en caso de que durante el largo término madure una situación económica favorable a éste, sino del momento en el cual, como resultado de la valoración del todo subjetiva de una situación tal, al mismo comprador le plazca ejercitarla”.

21 Cfr. FONTANARROSA, op. cit., p. 84; y OSSORIO y GALLARDO, op. cit., p. 969. Este último autor cita el siguiente párrafo de Felipe Clemente DE DIEGO: “Como consecuencia, podemos afirmar que es un contrato preparatorio, de garantía e innominado, cuyo fin consiste en la celebración de otro contrato. Su nombre es el de contrato preliminar o preparatorio (vorvertrag), pactum preparatorium, de contrahendo o de ineundo contractu”.

22 Concita de SPOTA, ARICÓ distingue a su vez los contratos preliminares de los preparatorios: “La nota típica que distingue ambas figuras es la obligatoriedad o no de celebrar el contrato ulterior, de ahí que los preliminares son pacta de contrahendo, pues existe la obligación de ir al contrato posterior o definitivo, en cambio, los preparatorios, son pacta de modo contrahendo, no obligan a celebrar ningún ulterior contrato, teniendo por finalidad reglar las eventuales vinculaciones

jurídicas si las mismas llegan a advenir” (op. cit., p. 948). Para GAMARRA la opción corresponde a la categoría de los negocios preparatorios, dado que su función consistiría en preparar o facilitar el surgimiento de un segundo contrato, mediante el procedimiento de volver irrevocable la oferta (op. cit., p. 126).

23 Cfr. MOSSET ITURRASPE, quien explica que en el derecho romano se lo conocía como pactum de contrahendo o pactum de inuendo contractus (op. cit., p. 134, nota 4).

24 Cfr. FONTANARROSA, op. cit., p. 85. Para MOSSET ITURRASPE, no obstante que parte de la doctrina (nacional y extranjera) efectúa esa clasificación, la promesa unilateral origina una opción (op. cit., p. 134, nota 5, y p. 139).

25 FONTANARROSA se pregunta respecto del contrato preliminar bilateral “... ¿qué objeto tendría o qué función desempeñaría un contrato preliminar tendiente a constituir la misma obligación que constituye el objeto del contrato definitivo? ¿No bastaría, al celebrar el contrato, pactar que la obligación del vendedor de hacer adquirir o de transferir el dominio queda diferida por el término que se conviniere?”. Más adelante agrega: “... qué sentido tiene en este supuesto asumir la obligación de consentir. O, dicho de otra manera y con referencia al ejemplo de la compraventa de muebles, si la obligación del vendedor consiste en hacer adquirir al comprador la propiedad de las cosas, ¿qué sentido tiene decir que mediante el preliminar el vendedor se obliga a prestar su consentimiento para obligarse a hacer adquirir la cosa vendida? Esa obligación de hacer adquirir ¿no es, acaso, la misma en el contrato preliminar y en el definitivo?” (op. cit., pp. 8788). Las mismas observaciones pueden formularse respecto del contrato preliminar unilateral en atención a que, una vez expresada la voluntad de la parte no obligada, nacería para ambas la obligación de obligarse nuevamente a través de la celebración del contrato definitivo, originándose un rodeo inútil.

BUTTY va más allá al señalar que, en el régimen argentino, tratándose de relaciones meramente obligatorias, en el sentido de que la conclusión por intercambio del consentimiento genera de suyo el nacimiento de las obligaciones de las partes, queda descalificada por principio la operatividad de convenios o promesas preliminares (CNCom. Sala B, 15/12/1995, “Gran Turismo Hotel c/Cevitur” -voto del Dr. BUTTY, Enrique M.-, La Ley, Tomo 1996-E, pp. 28-31).

26 Cfr. SPOTA, “Opción y prelación contractual”, op. cit., pp. 412.

27 Por un lado, no podría emplearse violencia contra la persona del incumplidor para arrancarle el consentimiento no brindado por la expresa previsión del art. 629 del Código Civil, y, por el otro, tampoco podría el Juez sustituirlo, pues en tal caso, en lugar de estar condenándolo a satisfacer específicamente la prestación debida (otorgar el contrato definitivo), se le estaría imponiendo otra de dar, de hacer o de no hacer, como si el contrato definitivo ya hubiere sido concluido.

Sobre el particular, resulta ilustrativo el debate sostenido durante el plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil in re “CAZES DE FRANCINO, Amalia v. RODRÍGUEZ CONDE, Manuel” del 3/10/1951 (La Ley, Tomo 64, pp. 476 y ss.). Se discutía en dicha oportunidad si, en el supuesto de que en juicio ordinario por escrituración de compraventa voluntario de un bien inmueble hubiera procedido la condena a escriturar, podía el juez firmar la escritura si no lo hacía el obligado, o si, por el contrario, debía resolverse la obligación en el pago de daños y perjuicios.

El Dr. Sánchez de Bustamante, centrando su enfoque en el derecho sustantivo, opinó que el Juez no podía sustituir al obligado, porque a ello se oponían los términos claros y expuestos de los artículos 1185 y 1187 del Código Civil. El Dr. Podetti, en cambio, tras efectuar un análisis preponderantemente procesalista, opinó con relación al Código Civil que el artículo 1187 no permite obligar al acreedor a recibir una indemnización en lugar del cumplimiento de la obligación, dado que el art. 505 establece, en orden lógico y en gradación de posibilidades, que, si no puede lograrse que el deudor procure aquello a que se ha obligado, el

acreedor tiene derecho a hacérselo procurar por otro a costa del deudor, y, en su defecto, sólo “como último recurso”, recibir la indemnización sustitutiva. Finalmente, el Dr. Funes, participando de la opinión del Dr. Podetti, señaló desde un punto de vista ontológico que la escrituración se refiere más a un acto de ejecución del contrato que al otorgamiento de un nuevo consentimiento; así, “escriturar la venta es realizarla, es pagar el precio y recibir la cosa; luego, pedir la escrituración es demandar la ejecución del contrato”. Si bien terminó prosperando la solución favorable a la posibilidad de otorgamiento de la escritura por parte del Juez, las particularidades que presentaba el caso (la escrituración, no como nuevo consentimiento, sino como acto de ejecución) impiden interpretar que puedan trasladarse mecánicamente sus conclusiones al contrato preliminar en general, de manera que subsiste la utilidad del desarrollo que efectúa el Dr. Sánchez de Bustamante en dicho precedente sobre las consecuencias de la promesa de contratar en nuestro medio. Con relación a la posición asumida por Bocconi en el antiguo precedente, debe aclararse que el Código Civil italiano de 1865 no contenía una disposición similar a la del artículo 2932 del año 1942 por la cual se puede obtener una sentencia que produzca directamente los efectos del contrato definitivo. Por tal razón, al comentar el fallo de la Casación del Reino, SEGRÉ consideraba que, si se trataba de promesa unilateral de venta, no se podría hablar de venta si no en la fase de su cumplimiento, y tampoco podría la sentencia tomar el lugar del contrato frustrado por negativa de una de las partes a cooperar a su conclusión, “por cuanto la promesa, aún bilateral de venta no es venta, y el juez tiene ciertamente la función de declarar la existencia, de condenar al promitente al resarcimiento de los daños presentes, de fijar un término perentorio para la conclusión del contrato, de condenar seguidamente a los daños futuros sin perdura la negativa, pero no puede sustituyendo a la parte pronunciar una sentencia constitutiva en el más lato sentido de la palabra” (SEGRÉ, op. cit., p. 551). VALDÉS MARTÍNES lo explica en estos términos: “Si de la promesa nace la obligación de celebrar un contrato determinado, y ese hacer consiste en un acto jurídico de naturaleza contractual, significa entonces que las partes, para cumplir, deberán convenir el contenido y las condiciones de un contrato cuya naturaleza y características se han determinado en un acto jurídico previo; por lo tanto, la obligación de hacer no puede ser ejecutada por otro. El cumplimiento realizado por tercero, en mi opinión, no es posible toda vez que por las características de la prestación, la sustitución no es posible. Por otra parte, el cumplimiento hecho por un tercero, no se actualiza con la firma del juez en el supuesto de rebeldía del promitente incumplidor” (VALDÉS MARTÍNEZ, María del Carmen, “Promesa de compraventa y transmisión de la propiedad”, Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados, coordinado por Jorge Adame Goddard, Universidad Nacional Autónoma de México, Primera Edición, México, 2006, p. 126).

28 Según esta teoría, “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” (BOSCH CAPDEVILA, op. cit., p. 9; ver también, MOSSET ITURRASPE, op. cit., p. 137, por remisión que efectúa en la p. 139). El Código Civil francés establece, en su artículo 1589, que “La promesa de venta se considerará como venta, cuando existiera consentimiento mutuo de las partes sobre la cosa y el precio”. El Código Civil italiano de 1942 es más genérico todavía al disponer en su artículo 2932 para todos los contratos que “Si el que se ha obligado a concluir un contrato no cumple la obligación, la otra parte, en tanto sea posible y no sea excluido en el título, puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluido”.

29 PACCHIONI, op. Cit., p. 1112.

30 Resultan aplicables las enseñanzas de ULPIANO cuando enunciaba: “Haec venditio servi ‘si rationes domini computasset arbitrio’ conditionalis est:



condicionales autem venditiones tunc perficiuntur, cum impleta fuerit condicio. Sed utrum haec est venditionis condicio, si ipse dominus putasset suo arbitrio, an vero si arbitrio viri boni? Nam si arbitrium domini accipiamus, venditio nulla est” (Dig.18.1.7pr.). El ejemplo se refiere a la venta de un esclavo bajo la condición de que éste formalizara debidamente las cuentas del señor, a cuyo juicio se libraba la verificación de tal circunstancia. Si el vendedor podía juzgar que la condición no se había verificado aún cuando la cuenta estuviera verídica y regularmente rendida, la venta era nula. La traducción literal dice: “Esta venta de un esclavo, ‘si hubiese formalizado las cuentas del señor a arbitrio’, es condicional; mas entonces se perfeccionan las ventas condicionales, cuando se hubiere cumplido la condición. ¿Pero esta es condición de la venta si el mismo señor las hubiese juzgado a su arbitrio o si a arbitrio de buen varón? Porque, si entendiéramos el arbitrio del señor, la venta es nula” (traducción de GARCÍA DEL CORRAL, op. cit., p. 890). Se ha omitido precedentemente la transcripción completa del ejemplo de Ulpiano, por cuanto a continuación del texto anterior asemeja la situación del vendedor a la de un mero deudor que se obliga si quiere (condición puramente potestativa), asimilación que, como se verá más adelante, no es válida en nuestro medio (ver, más adelante, páginas 24 y ss., y conclusiones en la página 108). El resto del texto dice: “Nam si arbitrium domini accipiamus, venditio nulla est, quemadmodum si quis ita vendiderit, «si voluerit», vel stipulanti sic spondeat: «si voluero, decem dabo»; neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus. Placuit itaque veteribus, magis in viri boni arbitrium id collatum videri, quam in domini; si igitur rationes potuit accipere, nec accepit, vel accepit, fingit autem se non accepisse, impleta conditio emtionis est, et ex emto venditor conveniri potest” (“Porque si entendiéramos el arbitrio del señor, la venta es nula, a la manera que alguno hubiere vendido así, «si él quisiere», o prometiera de este modo al que estipula, «si yo quisiere, daré diez»; porque no debe dejarse al arbitrio del reo, si quedará obligado. Así, pues, pareció bien a los antiguos, que esto se considere atribuido al arbitrio de buen varón, mas bien que al del señor; si, pues, pudo recibir las cuentas, y no las recibió, o las recibió, pero supón que el no las recibió, se cumplió la condición de la compra, y el vendedor puede ser demandado por la acción de compra” - traducción de GARCÍA DEL CORRAL, op. cit., p. 890 -).

31 Comentando la controversia “Bocconi c/ La Rinascente”, BONFANTE se preguntaba al respecto: “¿Se puede admitir una condición no expresada, sino hipotética? y, aunque se pudiera admitir, ¿se ha concebido el negocio de manera de remitir su perfeccionamiento a una condición cualquiera no expresada, sino presumible?” (BONFANTE, op. cit., p. 130).

32 No sin razón señala SEGRÉ que esta tesis confunde la voluntad del optante con los motivos que la pueden determinar (SEGRÉ, op. cit., p. 561).

33 Por ejemplo, podría hablarse de condición mixta si se estipulara expresamente que la opción queda subordinada a la previa configuración de determinada situación fáctica. En cambio, constituye un contrasentido lógico calificar a la opción como una condición casual, dado que esta última, por definición, debe consistir en un acontecimiento completamente ajeno a la voluntad de las partes.

34 Cfr. BONFANTE, op. cit., p. 130. SEGRÉ señala que, en tal caso, el consentimiento manifestado al instrumentarse la cláusula de opción quedaría subordinado a la condición de un nuevo consentimiento, una suerte de “declaro querer ahora, si declaro querer en el futuro”, un “acepto hoy comprar, si quiero comprar mañana” (SEGRÉ, op. cit., p. 559).

35 Enseña BONFANTE que “Se usa la expresión condición para significar los requisitos legales de un negocio, el consentimiento, el precio en la venta y así sucesivamente. Son las denominadas condiciones iuris: estas se encuentran incluidas entre las condiciones impropias con el título de condiciones tácitas o legales. Estas se emparentan con la otra serie de las condiciones impropias, como

las condiciones in praesens o in praeteritum, para advertir que no producen el efecto de las condiciones verdaderas y propias. El negocio subordinado a una condición in praesens vel in praeteritum es un negocio perfecto o nulo inmediatamente, aunque subsiste una incertidumbre subjetiva acerca de su perfección o nulidad, porque se ignora la realidad o no del hecho, que no está puesto en el futuro. Un negocio subordinado a una condicio iuris es un negocio nulo o pendiente, pero no es lo mismo que un negocio condicionado. La expresión condicio iuris revela ya con aquél epíteto que estamos fuera del campo de las condiciones, en el cual el efecto es subordinado a un factum, que no es cierto y presente como la ley. Las condiciones verdaderas y propias pertenecen, como es evidente, a los elementos accidentales, a los accidentalia negotii, las condiciones iuris a los essentialia negotii” (BONFANTE, op. cit., p. 131).

36 Cuando se ejerce la opción de resolución anticipada, es evidente que ella no acarrea el perfeccionamiento de ningún contrato y que éste no se hallaba subordinado a ninguna condición suspensiva. El mismo argumento vale para la facultad de optar por prorrogar un plazo o impedir su renovación automática.

37 Artículo 1150: “Las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas, a no ser que el que las hubiere hecho, hubiese renunciado a la facultad de retirarlas, o se hubiese obligado al hacerlas, a permanecer en ellas hasta una época determinada”.

38 Cfr. SPOTA, Instituciones ..., op. cit., p. 276-279; FONTANARROSA, op. cit., p. 81; OVSEJEVICH, op. cit., p. 291; MAYO, “La opción ...”, op. cit., p. 1511; ARICÓ, op. cit., p. 948; APARICIO, op. cit., p. 323. En sentido contrario, considera LOPEZ de ZAVALÍA que, siendo la renuncia misma retractable mientras no haya sido aceptada (art. 875 del Código Civil), la renuncia a la revocabilidad de la oferta será también retractable mientras no sea aceptada, recuperándose así el derecho a revocar la oferta (LOPEZ de ZAVALÍA, Fernando, Teoría de los Contratos, 4a Edición, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1997, Tomo I, pp. 186-187). De igual modo se pronuncia GARCÍA CUERVA, quien sostiene que se trata de un acto jurídico complejo, compuesto de dos actos de distintas naturalezas: prenegocial y unilateral la oferta, y bilateral y negocial la renuncia a la revocabilidad (GARCÍA CUERVA, Héctor María, “El contrato de suscripción de acciones”, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1998, Capítulo 9, p. 70). Pese a la autoridad de la doctrina precedentemente citada, su interpretación es susceptible de diversas réplicas. En primer lugar, el artículo 1150 no exige que, para tornar irrevocable la oferta, la renuncia a la revocabilidad formulada por el proponente deba ser aceptada por el destinatario. En segundo lugar, esa aceptación de la renuncia transformaría el acto jurídico unilateral de la oferta en un contrato cuyo objeto sería extinguir el derecho a la libre revocabilidad (arts. 944, 1137, 1167 y conc. del Código Civil), en cuyo caso sería innecesario por sobreabundante que una norma como la del artículo 1150 del Código Civil impidiera revocar la propuesta (arg. art. 1197 del Código Civil).

En tercer lugar, el propio artículo 875 del Código Civil se encarga de aclarar que la retractación es válida “salvo los derechos adquiridos por terceros, a consecuencia de la renuncia, desde el momento en que ella ha tenido lugar hasta el de su retractación”, de modo que el derecho adquirido por el destinatario de la oferta irrevocable no podría verse afectado por esa retractación. Finalmente, para quienes argumentaran que el destinatario de la oferta no puede ser considerado como un tercero, cabría recordarles que el ámbito de aplicación del artículo 875 del Código Civil se limita a la renuncia de los derechos del “acreedor” (ver TÍTULO XXI: De la renuncia de los derechos del acreedor), de modo que sus previsiones no resultan aplicables, siquiera por analogía, a quien en todo caso podría ser asimilado a un deudor por la eventualidad de quedar obligado en los términos de su oferta. En este último sentido, las razones de política legislativa que pueden

existir para permitir al acreedor retractarse de ese modo anormal de extinguir las obligaciones de su deudor, en tanto éste no haya manifestado su aceptación, no tienen la misma significación cuando se trata de un proponente que pretende deshacer los efectos vinculantes de su renuncia a la revocabilidad de la oferta que formuló.

39 La figura de la opción era ignorada en la legislación italiana, tanto en el Código Civil de 1865 como en el Código de Comercio de 1882, motivo por el cual la literatura no era rica y sólo a partir del precedente “Bocconi c. La Rinascente” vino a estallar la problemática de la admisibilidad y configuración de la opción (cfr. FAVALE, op. cit., p. 300).

40 Artículo 1331: “Opzione Quando le parti convengono che un adiesse rimanga vincolata alla propria dichiarazione e l'altra abbia facoltà di accettarla o meno, la dichiarazione della prima si considera quale proposta irrevocabile per gli effetti previsti dall'art. 1329. Se per l'accettazione non è stato fissato un termine, questo può essere stabilito dal giudice” (“Opción. Cuando las partes convinieran que una de ellas quede vinculada a su declaración y la otra tenga facultad de aceptarla o no, la declaración de la primera se considerará como propuesta irrevocable a los efectos previstos por el art. 1329. Si no se hubiese fijado un término para la aceptación, éste podrá ser establecido por el juez”; traducción de MAYO, “La opción ...”, op. cit., p. 1510, nota 21).

41 Según la Ponencia Ministerial italiana, el nuevo código no intentó determinar la naturaleza jurídica de la opción, sino que intentó gobernar sólo su efecto práctico, sin participar en la disputa suscitada en torno la misma (cfr. FAVALE, op. cit., p. 298).

42 Cfr. FORCHIELLI, Paolo, “Pacto de opción y condición potestativa”, Revista Trimestral de Derecho Procesal Civil, Bologna (Italia), 1948, p. 799.

43 Ver página 4. Existe una sustancial diferencia entre pactar que “Cayo quedará vinculado a su declaración y Ticio tendrá la facultad de aceptarla o no” y establecer que “Cayo confiere a Ticio una opción” (de comprar, vender, resolver, prorrogar, etc.). La primer hipótesis, al mencionar la facultad de “aceptar” una “declaración”, connota claramente la presencia de una propuesta, mientras que la segunda no permite vislumbrar, siquiera por vía de presunción, la intención de formular una oferta.

44 Cfr. LOPEZ de ZAVALÍA, Fernando, Teoría de los Contratos, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1995, Tomo 5, Cap II, Sección 8, II, p. 876 y 878.

45 Cfr. artículos 1148 y 1149 del Cód. Civ.

46 Solución sostenida por GAMARRA, op. cit., p. 145; y MAYO, “La opción ...”, op. cit., p. 1515.

47 El artículo 1329 del Código Civil italiano, en su última parte, establece: “... la morte o la sopravvenuta incapacità del proponente non toglie efficacia alla proposta, salvo che la natura dell'affare o altre circostanze escludano tale efficacia” (“... la muerte o incapacidad sobreviniente del proponente no resta eficacia a la propuesta, salvo que la naturaleza del negocio u otras circunstancias excluyan tal eficacia”).

48 Cfr. artículo 1149 del Código Civil (para el derecho uruguayo, art. 1268 del Código Civil).

49 Cfr. artículo 1148 del Código Civil.

50 Cfr. artículo 1150 del Código Civil.

En sentido contrario, se ha entendido que, si al formular esta pretendida “oferta irrevocable” no se ha fijado un plazo, “corresponderá que el juez lo establezca, a tenor de lo dispuesto por los arts. 509, 618 y 751 del cód. civil” (MAYO, “La opción ...”, p. 1518). Sin embargo, resulta claro que los partidarios de esta corriente no pueden justificar la aplicación del régimen de fijación judicial de plazo establecido para las obligaciones en general, en atención a que, hasta tanto opere la

aceptación de la pretendida oferta irrevocable (tal es el efecto que atribuyen al ejercicio de la opción), no puede hablarse de contrato y, por consiguiente, mucho menos de obligaciones.

51 De acuerdo al artículo 2051 del Código Civil, “Los contratos serán aleatorios, cuando sus ventajas o pérdidas para ambas partes contratantes, o solamente para una de ellas, dependan de un acontecimiento incierto”. El contrato por el cual se acuerde la irrevocabilidad de una oferta no dependerá de ningún acontecimiento incierto, pues su objeto quedará agotado instantáneamente al momento de su celebración. En cuanto al contrato de segundo grado, cualquier acontecimiento que se produzca entre la celebración del anteacto y la aceptación de la oferta carecerá de aptitud para tornarlo aleatorio, habida cuenta que, a menos que sea ignorado por las partes (dudosamente lo sea en ese momento, tratándose de derivados financieros), perderá el carácter de “incierto”.

52 Ver OSSORIO y GALLARDO, quien señala: “Con razón dice Don Jerónimo González que ‘en las opciones no hay una simple oferta comunicada, sino un acuerdo de voluntades, con ánimo de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas’ ”, op. cit., p. 978.

53 A modo de ejemplo, si en un contrato de locación se introduce una cláusula en la que se manifiesta que “El LOCADOR ofrece irrevocablemente en venta al LOCATARIO, durante todo el plazo de vigencia de la locación, el AUTOMOTOR objeto del presente contrato por el precio total y definitivo de cien mil pesos”, es evidente que no hay allí una estipulación contractual concreta sino una simple constancia de la existencia de tal propuesta. Y, si la formulación de tal oferta hubiera constituido una condición esencial de celebración del acuerdo, esa circunstancia no haría perder a la propuesta su carácter de acto jurídico unilateral documentado en el marco de un contrato.

54 Utilizando el ejemplo del contrato de locación, esta nueva situación podría considerarse configurada si la cláusula adquiriera el siguiente tenor: “El LOCADOR ofrece en venta al LOCATARIO el AUTOMOTOR objeto del presente contrato por el precio total y definitivo de cien mil pesos [acto unilateral]. Las partes convienen que la oferta precedentemente formulada es irrevocable y podrá ser aceptada por el LOCATARIO durante el plazo que transcurra hasta el vencimiento de la locación [acuerdo de voluntades]”. Se trataría, en tal hipótesis, del acto jurídico complejo al que alude GARCÍA CUERVA en su obra citada en la nota 38 de la página 17: prenegocial y unilateral la oferta; bilateral y negocial la renuncia a su revocabilidad.

55 Ver página 4.

56 Expresado en otros términos, si Cayo propuso a Ticio que éste le otorgara una opción, esta teoría tendría que interpretar que Cayo le ofertó a Ticio una oferta irrevocable del propio Ticio, una oferta de oferta irrevocable, una suerte de “te ofrezco que me ofrezcas irrevocablemente”. Luego, si Ticio brindara su consentimiento, estaría aceptando que ofrece irrevocablemente un contrato que Cayo le propuso que ofreciera, de manera que, al ejercer este último la opción, Cayo estaría aceptando una oferta irrevocable originada en la aceptación de su propia oferta inicial.

57 Véase GAMARRA, op. cit., p. 158; MAYO, “La opción ...”, op. cit., p. 1517; entre otros. Este último autor explica que “la opción puede, también, ser modificativa. Ello sucede con la opción de prórroga a favor del locatario, en el contrato de locación de cosas. Aquí, propiamente, la opción no determina el surgir de un nuevo contrato, sino la prolongación del ya existente. Por ello, este tipo de opción no importa un contrato autónomo, sino una cláusula o estipulación accidental de un contrato ya formado”.

58 Por ejemplo, cuando se pacta que cualquiera de las partes podrá resolver unilateralmente el contrato sin invocación de causa o cuando en un mismo

contrato una parte es beneficiaria de una opción de compra y la otra es beneficiaria de una opción de venta sobre la misma cosa, por el mismo precio y con las mismas estipulaciones.

59 Esta es la posición de LÓPEZ de ZAVALÍA, quien, después de destacar las diferencias entre el pacto de opción y el preliminar unilateral, además de las existentes con la oferta irrevocable, señala con relación al contrato de leasing: “Decimos que ese pacto de opción es directamente una compraventa bajo condición simplemente potestativa del comprador, es decir, en el caso, del tomador del leasing” (op. cit., Tomo 5, p. 876). También parecen adscribir a esta tesis SCHÖTZ, Gustavo J., “Reconocimiento judicial de la cesión global anticipada de créditos futuros (‘factoring’ global)”, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002, Tomo 2002-E, pp. 762 y ss.; GAMES, Luis María y ESPARZA, Gustavo Américo, “Aspectos concursales de la nueva ley de leasing (25.248)”, El Derecho, Editorial Universitas, Buenos Aires, Tomo 189, pp. 544-545; MOGGIA DE SAMITIER, Catalina, “La fianza en la locación. Artículo 1582 bis del Código Civil, La Ley del Litoral, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, Tomo 2004 (noviembre), pp. 1033 y ss.

60 Cfr. SPOTA, “Opción y relación contractual”, op. cit., p. 409, nota 5, y p. 411.

61 Cfr. MAYO, “La opción ...”, op. cit., p. 1511-1512.

62 Cfr. GAMARA, op. cit., p. 139 (con referencia al artículo 1413 del Código uruguayo); y MAYO, “La opción ...”, op. cit., p. 1511.

Cabe recordar que el artículo 542 de nuestro Código Civil dispone: “La obligación contraída bajo una condición que haga depender absolutamente la fuerza de ella de la voluntad del deudor, es de ningún efecto; pero si la condición hiciese depender la obligación de un hecho que puede o no puede ejecutar la persona obligada, la obligación es válida”.

63 Con cita de ZACHARIE, expresa VELEZ SARSFIELD en la nota al art. 542: “Toda obligación es nula cuando ha sido contraída bajo una condición potestativa, de parte de quien se obliga. Esta disposición es demasiado general: sólo es verdadera, en el caso de la condición puramente potestativa, es decir, de la que hace que el obligado sólo lo sea cuando él quiera. Pero la obligación es válida, cuando la condición potestativa se halla modificada por una circunstancia que le quite lo que pueda tener de puramente voluntario, de tal suerte que ella dependa, no de la sola voluntad del deudor, sino de un hecho que esté en su poder ejecutar o no. Por ejemplo, si yo os vendo alguna cosa con la condición de que iré a París, la obligación es válida, porque hay un vínculo de derecho, desde que me encuentro colocado entre la obligación de no ir a París o de venderos la cosa prometida en venta”.

64 Como explica FORCHIELLI, hay en este caso “una manifestación de voluntad dirigida a efectos prácticos jurídicamente tutelables, aunque esos efectos no se produzcan (porque así quisieron las partes) si no por el trámite de una segunda manifestación de voluntad. Nos preguntamos entonces: ante el silencio de la ley, a causa del principio de la autonomía contractual, en base a qué norma o principio se podría negar plena relevancia jurídica a una voluntad de las partes, la cual, en concreto, estableciera que los efectos del contrato concluido entre las mismas deban quedar subordinados a una ulterior manifestación de voluntad de una de ellas?” (FORCHIELLI, op. cit., p. 818).

65 Una vez que se ejerce la opción (expresa otácitamente), esa manifestación de voluntad puede ser objetivamente apreciada por el otorgante de la opción y opera como cumplimiento de la condición, de manera que en lo sucesivo el beneficiario no podrá desconocer las consecuencias que de ello se derivan, sea que se trate de la extinción de determinados derechos, o de la exigibilidad de ciertas obligaciones, o cualquier otra hipótesis.

66 Cfr. FORCHIELLI, op. cit., pp. 816-817, donde se destaca que “El procedimiento de valoración no podrá ser sino inverso: esto es, establecer la estructura de una

especie concreta para saber cuáles efectos deben, en base al ordenamiento, quedar reconectados a ésta”.

67 Utilizando el razonamiento de OSSORIO y GALLARDO (op. cit., p. 967), cabría preguntarse ¿quién es en este caso el deudor? ¿El concedente que debe cumplir la prestación que el optante reclama o el optante que debe cumplir a favor del concedente la obligación que el ejercicio de la opción dispara?. En realidad, los dos son acreedores y deudores recíprocos, dado que el ejercicio de la opción no implica la mera asunción de una deuda (en cuyo caso se trataría de una condición puramente potestativa), sino la simultánea y recíproca adquisición de derechos y asunción de obligaciones por un mismo acto. A todo evento, el optante se asimilaría más a un acreedor que a un deudor por el estado de sujeción en que se encuentra el concedente. Siguiendo a SEGRÉ puede señalarse que las palabras deudor o acreedor resultan en el caso equívocas (SEGRÉ, op. cit., p. 557-558), puesto que, en cualquier contrato bilateral, cada parte es recíprocamente acreedora de ciertas prestaciones y deudora de otras; así, el vendedor es deudor de la cosa y acreedor del precio (siendo a la inversa para el comprador), el locador de un inmueble es deudor del uso y goce de la cosa y acreedor del alquiler (siendo a la inversa para el locatario), etc. En ese sentido, en una compraventa subordinada a la aprobación del directorio de la vendedora se decidió que se trataba de una “compraventa condicional, en la cual el hecho condicionante potestativo -consistente en la aceptación por parte de la vendedora demandada en autos- no encuadra en la prohibición del art. 542 del cód. cit.; en el caso el comprador oferente había quedado obligado como deudor del precio, bajo condición potestativa de la acreedora de este precio, vale decir de la demandada, y el invocado art. 542 de la ley civil no rige este contrato, pues solo abarca la pura potestad ‘del deudor’” (CNCom., Sala B, 25/11/1976, “Orsi, Guillermo F. c. Llana Hnos. S.A.”, El Derecho, Buenos Aires, 1978, Tomo 76, p. 595). De todas maneras, resulta interesante el cuestionamiento que formula FORCHIELLI al preguntarse “En base a qué discriminación podemos sostener que, en el caso de quien declarase ‘dono si llego a querer’ el consentimiento no existe, y en cambio en el caso de quien dijese ‘acepto (la donación) si llego a querer’ el consentimiento existe, y entonces solo en este último caso el contrato debe considerarse concluido y perfecto? Admitido que algo de absurdo hay en la declaración ‘me obligo si llego a querer’, esto nos parece algo que existe en una y otra hipótesis. Por qué entonces, cabe preguntarse, el legislador se limita a sancionar la nulidad de la condición a parte debitoris?. Confesamos no saber responder a este interrogante; pero nos parece que esta diversidad de tratamiento no tiene fundamento lógico. Debemos entonces limitarnos a relevarla como un dato positivo de nuestro ordenamiento” (FORCHIELLI, op. cit., p. 818).

68 LÓPEZ de ZAVALÍA, op. cit., Tomo 5, p. 875

69 Cfr. CAZEAUX, Pedro N. TRIGO REPRESAS, Félix A., Derecho de las obligaciones, Editorial Platense, La Plata, 1971, Volumen II, p. 186. Así lo reconoce también MAYO, quien acepta que en las condiciones simplemente potestativas “el evento puede consistir en un acto meramente material o en una declaración de voluntad - unilateral- de uno de los sujetos [...] aclarando que el acto material debe importar, siempre, un sacrificio para el obligado”, aunque exige que tal voluntad “tenga un fin distinto de aquél al cual está dirigido el negocio condicional” (MAYO, Jorge A., Código Civil y leyes complementarias Comentado, Anotado y Concordado, Dirigido por Augusto C. Belluscio y Coordinado por Eduardo A. Zannoni, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1993, pp. 776-777).

70 Frente a una disposición similar contenida en el artículo 1355 del Código Civil italiano, FORCHIELLI interpreta que “sobre el plano de la lógica jurídica abstracta, no existe ningún obstáculo insuperable a que un negocio bajo condición si volam sea considerado plenamente concluido y perfecto, no diversamente de cualquier

otro negocio condicional” (FORCHIELLI, op. cit., p. 819).

71 Si el ejercicio de la opción perfeccionara un contrato definitivo u obligara a celebrarlo, el optante no podría valerse de las disposiciones de los artículos 592-599 y 1463 del Código Civil (que otorgan acción contra el tercero de mala fe), dado que no sería acreedor de ninguna obligación sino mero titular de un derecho de aceptación de una oferta. En cambio, concebir el pacto de opción como un elemento condicionante torna plenamente aplicables las referidas normas durante el período que transcurre entre la celebración del contrato y el ejercicio de la opción.

72 Si se trata de una promesa unilateral o de una oferta irrevocable, el ejercicio de la opción por parte del beneficiario con conocimiento de la enajenación o desaparición de la cosa tornaría nulo el contrato definitivo (arg. arts. 1172 y 1329 del Código Civil). Por el contrario, en el supuesto de la obligación sometida a condición, el contrato sería válido y se aplicarían las reglas generales de las obligaciones.

73 Si el objeto se tornare imposible después de otorgada la opción, pero antes de ejercerla, la teoría de la oferta irrevocable y la de la promesa unilateral conducirían a que el contrato definitivo fuera inválido (art. 953 del Código Civil). Tratándose de obligaciones condicionales, valdría lo afirmado en la nota precedente.

74 La teoría de la oferta irrevocable no impediría la caducidad de la propuesta en estas hipótesis, mientras que la tesis de la condición potestativa mantendría la validez de la obligación que, por el ejercicio de la opción, retrotraería sus efectos al día en que se contrajo (arg. art. 543 del Código Civil)

75 La teoría de la oferta irrevocable exigiría en la mayoría de los casos una autorización judicial para el perfeccionamiento del contrato (cfr. FISSORE, Diego M., op. cit., pp. 885-886), mientras que la tesis de la condición potestativa sometería al optante al mismo régimen que todos los acreedores por causa o título anterior a la presentación en concurso o declaración de quiebra, según el caso.

76 La oferta irrevocable y la promesa unilateral impedirían la aplicación de la teoría de la excesiva onerosidad sobreviniente al momento de ejercerse la opción, pues ésta solo puede producirse en el período de cumplimiento y no de perfeccionamiento del contrato. Advirtiendo esto, SPOTA considera que, si la notable desproporción de prestaciones ocurre en la etapa atinente al contrato de segundo grado, no procede la aplicación del instituto reglado en el artículo 1198 del Código Civil sino la disposición del artículo 954, que presume la explotación de un contratante por el otro (SPOTA, Alberto G., “Imprevisión contractual, lesión subjetiva, ofensa a la regla moral e indexación”, La Ley, Tomo 1976-D, pp. 198-199), lo que constituye una verdadera ficción, pues no mediaría realmente un aprovechamiento de la necesidad, ligereza o inexperiencia de una de las partes por la otra sino de su imprevisión.

77 Por ejemplo, ARICÓ, op. cit., p. 948, GAMARRA, op. cit., p. 125; MAYO, “La opción ...”, op. cit., p. 1513; entre otros, aunque debe aclararse que solo se refieren a la opción constitutiva, según clasificación que más adelante se explica. Otros autores parecen adoptar una posición intermedia al señalar que la “relación jurídica de opción”, además de surgir de los contratos de opción propiamente dichos, también puede nacer de una cláusula de opción incluida en otro contrato en la medida que dicha cláusula sea independiente y autosuficiente respecto de este último (FISSORE, op. cit., p. 880).

78 Cfr. FORCHIELLI, op. cit., p. 801. En sentido contrario, se ha dicho que “La opción es un negocio en sí mismo” (cfr. GIOVENCO, op. cit., pp. 1264-1265).

79 Si bien se ha sostenido que se trata de una “cláusula” contingente (Cfr. MOSSET ITURRASPE op. cit., p. 138), resulta más adecuado hablar de pacto. “El pacto [...] exige siempre un negocio jurídico bilateral o plurilateral. En cambio, la cláusula es

una particular disposición negocial, en cualquier clase de negocio jurídico, incluso en los unilaterales: por ejemplo, cláusulas testamentarias: cláusulas derogatorias o ad cautelam [...] la idea de cláusula alude más al documento en que el contrato se refleja que al contrato mismo [...] No puede hablarse de cláusulas en un contrato verbal, donde puede, en cambio, hablarse de pactos o estipulaciones” (DIEZ-PICAZO, Fundamentos ..., op. cit., p. 357). En cuanto a su objeto, los pactos cumplen la función de modificar algunos de los efectos normales o naturales de los contratos a los cuales acceden, excluyéndolos, ampliándolos o reduciéndolos (Cfr. MOSSET ITURRASPE, op. cit., p. 35; LORENZETTI, op. cit., 1999, Tomo I, pp. 302-303). Esto no ha sido siempre así; “En el derecho antiguo, el pacto era un convenio por el cual el autor de un delito evitaba una pena mediante el pago de una cantidad de dinero. De ahí que en época clásica el pacto continuara siendo un convenio por el que se evitaba una agresión procesal a cambio de alguna prestación” (ADAME GODDARD, Jorge, “Los pactos en las ‘Sentencias de Paulo’ (Análisis del Título 1 del Libro Primero)”, Estudios Jurídicos en Homenaje a Marta Morineau, coordinada por GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, 1a Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2006, Tomo 1, p. 3). “Los pactos son, efectivamente, acuerdos de voluntades, pero no generaban ningún efecto jurídico inmediato. Los pactos no producían obligación ni proporcionaban tampoco una acción para exigir el cumplimiento de lo pactado (ex nudo pacto actio non nascitur, nuda pactio obligationem non parit). La defensa inicialmente es sólo una defensa por vía de excepción. El demandado, para paralizar la acción del demandante, puede oponer la existencia del pacto (exceptio pacti). Posteriormente, sin embargo, algunos pactos fueron provistos de acción. Esto ocurrió singularmente con los llamados pacta adiecta o pactos añadidos a un contrato como complemento del mismo, pacta pretoria o pactos tipificados por el pretor (v. gr.: pacto de hipoteca) y pacta legitima o pactos a los cuales los emperadores concedieron una acción especial” (DIEZPICAZO, Fundamentos ..., op. cit., p. 119). En los comentarios de Ulpiano a los Edictos (Digesto, Libro 2, Título 14, Fragmento 1, párrafos 2 y 3), puede leerse “Pactum autem a pactione dicitur; inde etiam pacis nomen appellatum est. Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus” (“Mas dicese pacto, de pacción; de donde también se apellidó el nombre de paz. Y es pacto el consentimiento de dos o más sobre una misma cosa convenida”, trad. GARCÍA DEL CORRAL, op. cit., p. 275).

80 “En los judiciabonaefidei, en los cuales las relaciones jurídicas se deducen según el esquema del oportet ex fide bona, se admitió que pudieran hacerse valer pactos conexos con la relación principal. Tales pactos, llamados por los intérpretes adiecta, no tienen existencia autónoma, sino que se añaden a un contractus” (DIEZ-PICAZO, Fundamentos ..., op. cit., p. 356).

81 Cfr. OVSEJEVICH, op. cit., p. 287.

82 REZZÓNICO, Luis María, Estudio de los contratos en nuestro derecho civil. Compraventa. Permuta, cambio o trueque. Cesión de derechos, 2a ed., Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 3.

83 Cfr. SPOTA, “Opción y prelación...”, op. cit., p. 409; y MAYO, “La opción ...”, op. cit., p. 1510; FISSORE, op. cit., p. 882. Sin embargo, debe aclararse que, con relación a la venta a satisfacción del comprador, la posición de los dos primeros autores es de cierto escepticismo, dado que el primero entiende que el artículo 1377 del Código Civil debe ser sometido a una interpretación correctora, mientras que el segundo señala que, si se siguiera la naturaleza que el Código Civil asigna a esa “figura particular de opción”, podría caerse en error.

84 Conforme lo explicado en la nota No 79, el Código Civil debería decir “pactos” en lugar de “cláusulas”.

85 Todos estos pactos están regulados en el Capítulo IV (De las cláusulas especiales que pueden ser agregadas al contrato de compra y venta), del Título III (Del



contrato de compra y venta), de la Sección Tercera (De las obligaciones que nacen de los contratos), del Libro II (De los derechos personales en las relaciones civiles) del Código Civil, de manera que resultan alcanzados por el encuadramiento que inicialmente efectúa el artículo 1363 al establecer que “Las partes que contraten la compra y venta de alguna cosa, pueden, por medio de cláusulas especiales, subordinar a condiciones, o modificar como lo juzguen conveniente las obligaciones que nacen del contrato”.

86 Cfr. art. 497 del Código Civil.

87 Art. 1.365. “Venta a satisfacción del comprador”, es la que se hace con la cláusula de no haber venta, o de quedar deshecha la venta, si la cosa vendida no agradase al comprador.

88 Art. 1373. La venta con cláusula de poder se arrepentir el comprador y vendedor, se reputa hecha bajo una condición resolutoria, aunque el vendedor no hubiese hecho tradición de la cosa al comprador. Habiendo habido tradición, o habiéndose pagado el precio de la cosa vendida, la cláusula de arrepentimiento tendrá los efectos de la venta bajo pacto de “retroventa”, si fuese estipulada en favor del vendedor; o tendrá los efectos del pacto de “reventa”, si fuese estipulada en favor del comprador.

89 Art. 1.366. “Venta con pacto de retroventa”, es la que se hace con la cláusula de poder el vendedor recuperar la cosa vendida entregada al comprador, restituyendo a éste el precio recibido, con exceso o disminución.

90 Art. 1.367. “Pacto de reventa”, es la estipulación de poder el comprador restituir al vendedor la cosa comprada, recibiendo de él el precio que hubiese pagado, con exceso o disminución.

91 Art. 1.368. “Pacto de preferencia”, es la estipulación de poder el vendedor recuperar la cosa vendida, entregada al comprador, prefiriéndolo a cualquier otro por el tanto, en caso de querer el comprador venderla.

92 Art. 1.369. “Pacto de mejor comprador”, es la estipulación de quedar deshecha la venta, si se presentase otro comprador que ofreciese un precio más ventajoso.

93 Como se explicará infra, hay autores que no reconocen a este pacto la naturaleza jurídica de una condición, pese al texto expreso del artículo 1377 del Código Civil.

94 También se explicará infra que en la doctrina se interpreta que esta cláusula no implica la presencia de un contrato subordinado a condición.

95 Si bien el artículo 538 del Código Civil determina que la condición se tenga por cumplida cuando el obligado impide voluntariamente su cumplimiento, parece de toda obviedad que dicha regla no puede aplicarse cuando la imposibilidad proviene del legítimo ejercicio de un derecho (cfr. TRIGO REPRESAS, Félix A., Código Civil Comentado - Obligaciones (Dirigido por TRIGO REPRESAS, Félix A. y COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H.), Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, Tomo I, p. 272). Precisamente, en el caso se trata del legítimo ejercicio del derecho

potestativo de optar.

96 Ver artículo 523 del Código Civil y explicación brindada supra.

97 Según explica MAYO, la función fundamental de los efectos preliminares o prodrómicos es tornar posible la verificación de los efectos definitivos del supuesto de hecho que actúa como condición, tal como ocurre con los actos conservatorios, necesarios y permitidos por la ley que el artículo 546 del Código Civil reconoce al acreedor para garantía de sus intereses y sus derechos (“La opción ...”, op. cit., p. 1512, y su nota 31).

98 Por ejemplo, de acuerdo al artículo 1371, en la compra venta el vendedor y comprador quedarán obligados como si la venta no estuviera sometida a condición y, si ésta se cumpliera, se observará lo dispuesto sobre las obligaciones de restituir las cosas a sus dueños; mas el vendedor no volverá a adquirir el dominio de la cosa sino cuando el comprador le haga tradición de ella.

99 Pese a lo impropia que puede parecer la terminología “derechopotestativo”, se trata de la expresión más utilizada para identificar aquello que la doctrina denomina poderes (en lugar de derechos) de conformación (cfr. FORCCHIELLI, op. cit., p. 802).

100 En el contrato de opción se presenta el binomio sujeción-facultad: “... no se trata de una obligación en sentido técnico, ni de un deber (hacia el otro sujeto), sino de la circunstancia de que el destinatario del poder del otro soporta el ejercicio de aquél sin prestar ninguna colaboración, y sin siquiera la posibilidad jurídica de contrastar el ejercicio del poder y de impedir los efectos; es la figura de la denominada sujeción” (MAYO, “La opción ...”, op. cit., p. 1513; ver también GAMARRA, op. cit., p. 146).

101 En cambio, para quienes consideran que el pacto de opción tiene por objeto una renuncia, bilateralmente convenida, a la revocabilidad de una oferta, la única diferencia estaría dada por el origen (por ejemplo, FONTANARROSA, op. cit., p. 81; MAYO, “La opción ...”, op. cit., p. 1511; entre otros). Por su parte, para aquellos que sostienen que se trata de una obligación de hacer, la diferencia en los efectos estaría dada por el perfeccionamiento del contrato definitivo en el caso de la oferta irrevocable y por el nacimiento de la obligación de celebrarlo en el caso de la opción.

102 Ver páginas 12 y ss.

103 Cfr. SPOTA, “Opción y prelación ...”, op. cit., p. 410. Adviértase que esta manera de concebir el preliminar unilateral implica admitir que sus efectos normales se encuentren “condicionados” al ejercicio de un derecho potestativo por parte del promisorio.

104 En cuyo caso, tal como se explicó supra, la eventual negativa del obligado a celebrar el segundo contrato no podría ser suplida por el Juez (ver nota 27).

105 Distinta es la interpretación de quienes consideran que la opción contractual consiste en un acuerdo a través del cual el proponente renuncia a la facultad de revocar su oferta, pues entonces la diferencia existente entre ambas figuras radica en que, mientras que el ejercicio de la opción por parte del beneficiario perfecciona el contrato tenido en miras, el contrato preliminar o de promesa solo hace nacer la obligación de celebrar el definitivo (cfr. FONTANARROSA, op. cit., p. 82; GAMARRA, op. cit., pp. 126-129). En cambio, aquellos que ven en la opción contractual una obligación de celebrar un contrato futuro consideran que ella se asimila al contrato preliminar o de promesa unilateral, de modo que la diferencia sólo subsiste respecto de aquel acuerdo en el cual ambas partes quedan obligadas a la celebración del contrato definitivo, justamente en razón de su bilateralidad (cfr. MOSSET ITURRASPE, op. cit., p. 139). Señala GAMARRA que en esta confusión entre la opción y el contrato preliminar unilateral predomina en Francia, con muy escasas excepciones (op. cit., p. 131).

106 Adviértase, en tal sentido, que los partidarios de la doctrina de la promesa unilateral no podrían formular a la teoría que aquí se desarrolla la crítica vinculada a la nulidad de la condición potestativa, pues aquella corriente debe forzosamente reconocer que “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” o, más precisamente, a “un nuevo acto de voluntad de una de las partes” (BOSCH CAPDEVILA, op. cit., p. 10).

107 Cfr. ARGÜELLO, op. cit., p. 323; y REZZÓNICO, op. cit., p. 310, nota 32.

108 Cfr. artículos 1368, 1392 a 1396 y 1453 del Código Civil.

109 La definición se aparta del artículo 1368 del Código Civil en tanto éste sólo se refiere, como se dijo, a la compraventa. Más adelante se efectuará una definición circunscripta a este último contrato.

110 Cfr. SPOTA, “Opción y prelación contractual”, op. cit., pp. 408-414. El autor citado agrega en la nota (3) del artículo doctrinario citado lo siguiente: “... el

derecho subjetivo completo es aquel que ha nacido de acuerdo con el 'factum' al cual el derecho objetivo imputa el surgir de tal derecho, al cumplirse todos los elementos que configuran ese hecho jurídico. Cuando ello no ocurre así, nos hallamos frente a derechos que penden del acaecer pleno de todos los elementos que determinan ese 'factum' [...] Los derechos en expectativa o derechos en estado de pendencia, son, por lo tanto, aquellos en los cuales su adquisición se halla 'pendiente' del advenimiento de elementos que vienen a completar el supuesto de hecho que, conforme al ordenamiento legal, los hacen surgir plenamente, pero quedando la incertidumbre, mientras ello no ocurra, de si sobrevendrá o no la adquisición del derecho, en cuanto se presenten o no esos elementos condicionantes del derecho subjetivo perfecto o acabado". En cuanto a la noción de condición suspensiva, el artículo 545 del Código Civil dispone: "La obligación bajo condición suspensiva es la que debe existir o no existir, según que un acontecimiento futuro e incierto suceda o no suceda".

111 Ver nota 63.

112 Ver páginas 22 a 27 y, en particular, notas 67, 69 y 70.

113 Cfr. artículo 543 del Código Civil.

En contra, con relación al pacto de preferencia para la compra de un determinado bien, se ha señalado que no puede hablarse de contrato condicionado porque "no puede haber venta allí donde no hay precio determinado o determinable, debiendo recordarse que según la doctrina del art. 1355, el precio es indeterminado y el contrato nulo, cuando la cosa se vendiere 'por lo que otro ofreciere por ella'" (LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, Teoría de los Contratos, 3a Edición, Zavalía Editor, Buenos Aires, 2000, Tomo 2, p. 340). Pese a la agudeza de la observación, tal crítica parece no tomar en consideración que la presencia de un pacto de opción o preferencia importa someter al contrato a una regulación que se aparta del tratamiento general, tal como surge del contenido dado por el codificador al Capítulo IV (De las cláusulas especiales que pueden ser agregadas al contrato de compra y venta), del Título III (Del contrato de compra y venta), de la Sección Tercera (De las obligaciones que nacen de los contratos), del Libro II (De los derechos personales en las relaciones civiles) del Código Civil. La norma del artículo 1355 del Código Civil, que no encuentra en las fuentes citadas por Velez en su nota un antecedente idéntico, se refiere a una compraventa con prestaciones incondicionadas en la que carece de sentido obligar a las partes en firme a pagar y recibir un precio que les resulta absolutamente imprevisible. Muy distinto es el caso de la preferencia, donde las obligaciones se encuentran subordinadas a la voluntad del concedente de enajenar (decisión que, si actúa racionalmente, responderá a una evaluación sobre la conveniencia de vender al precio que el tercero ofrece) y a la recíproca voluntad del optante de ejercer su derecho potestativo (la que también resultará, en general, de una previa evaluación racional). Por lo demás, bastará con que en la preferencia se establezca un precio determinable para sortear sin mayores inconvenientes esta observación.

114 Cfr. SPOTA, Instituciones ..., op. cit., pp. 262-263; íd., "Opción y prelación ...", op. cit., p. 409; FONTANARROSA, op. cit., p. 84; ARICÓ, op. cit., p. 950; FISSORE, op. cit., P. 882.

115 Cfr. LOPEZ de ZAVALÍA, Teoría ..., p. 353. Enseña allí el prestigioso autor que: "El pacto de mejor comprador no es en definitiva sino una variedad de una institución más amplia, la que a falta de regulación genérica, debe sujetarse a las específicas normas sub examen. A tal institución bien puede denominársela 'pacto de mejor contratante', pues es obvio que la situación puede darse -por obra de la autonomía privadatanto en la compraventa, como en otros contratos".

116 Cfr. DIEZ PICAZO, Sistema ..., op. cit., Tomo III, p. 48. Enseña LOPEZ DE ZAVALÍA que, pese a lo que surge del artículo 1369 del Código Civil, no basta con el simple ofrecimiento del tercero sino que el segundo contrato debe encontrarse

efectivamente celebrado: “He aquí que Primus vendió a Secundus con pacto de mejor comprador, y luego Tertius ofrece a Primus un mejor precio. Según las reglas del pacto, si Primus desea concluir la operación con Tertius, deberá primeramente verificar la pertinente comunicación a Secundus, a fin de que éste utilice su derecho de preferencia. Sólo si Secundus no ejerce su preferencia, podrá Primus disponer de la cosa a favor de Tertius (art. 1401). Pero supongamos que hubo la oferta de Tertius, y que habiéndose dado la comunicación a Secundus, éste no ejerció su preferencia... Y supongamos que concluidos todos esos pasos, Primus no vende a Tertius. ¿Se dirá que la operación entre Primus y Secundus quedó ‘deshecha’? Estimamos que no. El complejo que constituye el acontecimiento resolutorio solo queda completo cuando Primus vende a Tertius, pues sólo entonces hay un ‘comprador’ en el sentido del art. 1369. Pretender lo contrario sería posponer sin razón a Secundus, y dar en definitiva la cosa, no a Tertius, sino al vendedor, contra el espíritu del art. 1402” (op. cit., Tomo 2, p. 354).

117 El pacto de mejor contratante deberá indicar las condiciones o prestaciones que habrán de compararse para determinar la presencia de mayores ventajas (v.gr. plazo, precio, dimensiones, tasa de interés, etc.) y, en caso de no resultar fácilmente apreciables, establecer algún mecanismo para su valoración (v.gr. la ubicación del nuevo inmueble que el tercero ofrece en venta o alquiler).

118 Arg. artículo 1398 del Código Civil.

119 Arg. artículos 1203, 1204 y 1374 del Código Civil, y 216 del Código de Comercio.

120 Así lo expresa el codificador en la nota al artículo 555 del Código Civil: “debemos decir, que la condición resolutoria ordinaria no es lo mismo que la cláusula conocida bajo el nombre de ‘pacto comisorio’. En la condición resolutoria, desde que ésta se cumple, la obligación queda para ambas partes como no sucedida; lo contrario sucede en el ‘pacto comisorio’. A pesar del cumplimiento de la condición prevista, la obligación no se resuelve mientras no lo quiera la parte que ha estipulado esa condición especial, y se conservará si quiere mantenerla, no obstante la voluntad contraria de la otra parte. Cuando yo os he vendido mi casa, estipulando que la venta será resuelta, si no me pagáis el precio en el término fijado, el cumplimiento de esta condición no trae necesariamente la revocación de la obligación, y podré obligaros a cumplir la obligación, o perseguiros para obtener el precio que rehusáis pagarme”. En cuanto a la doctrina actual, se afirma: “La diferencia sustancial entre ambos consiste en que, mediando condición resolutoria, su cumplimiento produce indefectiblemente y de pleno derecho la extinción de la obligación; en tanto que existiendo pacto comisorio, la resolución es sólo una facultad que se le confiere a la parte beneficiada por el instituto: ante el incumplimiento de la prestación por parte del obligado, el acreedor insatisfecho puede optar por la resolución, o solicitar la ejecución compulsiva de la deuda, con más los daños y perjuicios consecuentes” (TRIGO REPRESAS, Código ..., op. cit., Tomo I, p. 305).

121 Así resulta del artículo 1374 del Código Civil: “Si la venta fuese con pacto comisorio, se reputará hecha bajo una condición resolutoria”.

122 Es interesante destacar al respecto que en el antiguo derecho romano la condicio sólo producía efectos suspensivos, habida cuenta que la figura a la que nuestra legislación designa como “condición resolutoria” constituía en aquel ordenamiento un pacto resolutorio suspensivamente condicionado, concepción que recién vino a quedar superada con el advenimiento del pandectismo (cfr. BLANCH NOGUÉS, Juan Manuel, “Pactos de vendendo y de retrovendendo entre historia y dogmática”, en *Revue internationale des droits de l’antiquité*, editado por Office International des Périodiques, Diegem (Bélgica), 1998, Tomo XLV, 3a serie, p. 398).

123 En cambio, para quienes adhieren a la doctrina de la oferta irrevocable, sólo el concedente de la opción debería contar con la capacidad necesaria para celebrar

el contrato definitivo, mientras que el optante requeriría tan solo la capacidad general para contratar, dado que el objeto actual se circunscribiría exclusivamente a establecer la irrevocabilidad de la propuesta. De este modo, quienes quisieran eludir una prohibición o incapacidad legal, contarían con una poderosa herramienta para asegurarse contractualmente un derecho que momentáneamente se encuentran impedidos de adquirir.

124 En cuyo caso, la opción sólo podría otorgarse válidamente a favor del donatario y nunca del donante, pues a ello se opondría el artículo 1802 del Código Civil al establecer que este último “No podrá, sin embargo, bajo pena de nulidad de la donación, subordinarla a una condición suspensiva o resolutoria, que le deje directa o indirectamente el poder de revocarla, de neutralizar o de restringir sus efectos”.

125 Cfr. arts. 533 y 541, 1a parte, del Código Civil.

126 Ello por aplicación analógica del artículo 561 del Código Civil (cfr., aunque desde un enfoque distinto, MAYO, Código Civil ..., op. cit., p. 774 y sus citas; mismo autor, “La opción como ...”, op. cit., p. 1518; SPOTA, Instituciones ..., pp. 277-278).

127 Por ejemplo, el plazo máximo para el ejercicio del derecho de retroventa no puede exceder de tres años desde el día del contrato (cfr. art. 1381 del Código Civil).

128 Cfr. artículo 533 del Código Civil.

129 Ver nota 30. Por ejemplo, si se hubiera otorgado una “opción de venta” sobre un cuadro original y el beneficiario decidiera venderlo a un tercero, resultará posible interpretar ha renunciado a ejercerla. Si se tratara de una “opción de compra”, la notificación que el optante curse al concedente intimándolo a entregar la cosa y a recibir el precio bajo apercibimiento de iniciar acciones judiciales importará una manifestación tácita de su previa decisión de ejercer la opción.

130 En cambio, para quienes adhieren a la doctrina de la oferta irrevocable, al consistir el ejercicio de la opción en una aceptación, esta manifestación del consentimiento deberá respetar la forma impuesta para la celebración del contrato de que se trate.

131 Cfr. arts. 546 y 1370 del Código Civil.

132 Arg. art. 3158 del Código Civil.

133 Cfr. Nota al art. 3773.

134 Cfr. arts. 3433 y 3434 del Código Civil.

135 Arg. art. 1370, inc. 2, Código Civil.

136 Arg. arts. 547, 548 y 1370, inc. 3, Código Civil.

137 Arg. art. 1371, inc. 1, Código Civil.

138 Art. 554 del Código Civil.

139 Cfr. art. 555 del Código Civil.

140 Cfr. art. 1371, inc. 2, del Código Civil que, de tal manera, reenvía a los arts. 684 a 591, 555 y 557.

141 Cfr. art. 557 del Código Civil.

142 Cfr. arts. 577 y 1371, inc. 2, in fine, del Código Civil.

143 Considerando que la medida conservatoria debe guardar una relación de medios a fines, no resulta posible imaginar qué medio podría ser útil para el fin de asegurar la irrevocabilidad de una oferta que, valga la redundancia, ya es irrevocable. A su turno, esa misma característica torna innecesaria cualquier medida tendiente a asegurar su objeto, es decir, la irrevocabilidad.

144 Lo mismo ocurriría si se celebrara un contrato para introducir un pacto comisorio expreso en un negocio jurídico preexistente: ¿cabría referirse a tal convención como un “contrato de pacto comisorio” y decir que su objeto es el pacto en sí mismo? Tratándose de una estipulación accesoria que carece de

autonomía, el objeto del nuevo acuerdo no es el pacto sino la modificación del negocio principal para establecer una causal de resolución contractual que no había sido originalmente prevista. El pacto, en tal caso, funciona como la herramienta jurídica de la que se valen las partes para posibilitar el objeto (modificación) de su nuevo contrato.

145 A modo de ejemplo, los artículos 1396 y 1453 del Código Civil establecen para la compraventa no comercial la intransmisibilidad del derecho de preferencia.

146 Cfr. art. 1195 del Código Civil.

147 Por ejemplo, en materia bursátil, el carácter eminentemente fungible de la persona de los contratantes determina que la cesibilidad de la opción debe considerarse tácitamente autorizada por quienes intervienen, dado que por las características propias del sistema el cumplimiento de las obligaciones recíprocas se encuentra suficientemente asegurado.

148 Expresado en otros términos, los derechos y obligaciones no quedan condicionados a la manifestación de voluntad de un sujeto en particular, sino al ejercicio concreto de un derecho potestativo concedido a esa persona, de manera que, si tal derecho saliera de su patrimonio por vía de un contrato de cesión, su ejecución será jurídicamente válida si, y sólo si, fuera realizada por el cesionario.

149 Por ejemplo, la permuta (art. 1492) y la cesión de créditos (art. 1435).

150 Cfr. arts. 1386 (para la reventa y retroventa, esta última por remisión del art. 1391) y 1397 (para el pacto de mejor comprador) del Código Civil.

151 Cfr. arts. 1396 y 1453 del Código Civil. Cabe notar que ambas disposiciones parecen establecer una prohibición que, al no tener prevista una sanción específica para el caso de inobservancia, quedarían subsumidas en la nulidad residual del artículo 18 del Código Civil. Sin embargo, al no encontrarse comprometido ningún principio de orden público, se ha interpretado que nada impediría a las partes estipular la cesibilidad y transmisibilidad hereditaria del derecho de preferencia, tal como lo admiten diversos códigos civiles modernos, lo preconizan algunos tratadistas y lo ha consagrado la jurisprudencia predominante en Francia (cfr. REZZÓNICO, op. cit., p. 319). Además, dichas normas se refieren exclusivamente al derecho de preferencia otorgado al vendedor en una compraventa civil donde la cosa ya ha sido entregada al comprador (cfr. art. 1368), motivo por el cual, dado el carácter restrictivo con que deben ser interpretadas las prohibiciones, no cabe hacerla extensiva a otro tipo de situaciones. Desde la posición contraria se sostiene que “Este pacto suele fundarse en razones puramente sentimentales; el dueño de una cosa se aviene a desprenderse de ella a condición de que la posea quien sepa valorarla o cuidarla, pero desea evitar que caiga en manos de extraños. Se trata, por tanto, de motivaciones íntimas, que no valen para sus sucesores o cesionarios. Por ello y porque conviene evitar las normas que traban la libre disposición de los bienes, la ley le otorga un carácter eminentemente personal. Por similares motivos, debe admitirse que este derecho no puede ser ejercido por los acreedores del vendedor en ejercicio de la acción subrogatoria” (cfr. BORDA, op. cit., p. 272). Esta última interpretación es criticable por cuanto no siempre se trata de razones puramente sentimentales y existen innumerables ejemplos donde ello no ocurre, principalmente en materia comercial (ver REZZÓNICO, op. cit., p. 310, nota 32). En autos “Warroquiers, Juan Pedro y otro c/Quintanilla de Madanes, Dolores y otros” (Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial No 11, Secretaría No 22, El Derecho, t. 194, pp. 91 a 121), se consideró que el derecho de preferencia otorgado en un pacto de sindicación de acciones era intransmisible por sucesión, dado el carácter intuiti personae que le fue adjudicado por el magistrado en función de las estipulaciones que contenía, las cuales no hacían presumir que la intención de las partes hubiera sido extender sus efectos a los herederos de los herederos. La doctrina que ha adherido al fallo anterior, admite que los

contratantes puedan “regular cómo podrán las partes ceder sus derechos o transferirlos en caso de fallecimiento” (ROCA, Eduardo A., “Acuerdos entre accionistas. Una sentencia de rigor doctrinario pero de proyección práctica”, *El Derecho*, t. 194, pp. 88-106), lo que implica una implícita aceptación de la transmisibilidad de la preferencia.

152 Ante el silencio de las partes, si el pago del precio y la entrega de la cosa (o cesión del derecho) han de producirse en momentos diferentes, el derecho de opción sólo será transferible cuando el optante deba satisfacer su prestación antes que el concedente, puesto que, en caso contrario, no es indiferente para este último la persona del beneficiario. Al respecto, se ha dicho: “En la opción de compra, como ejemplo más claro, entendemos que es transmisible el derecho, si la compra ha de efectuarse al contado y con pago simultáneo del precio. En cambio, si el precio queda aplazado, no es irrelevante para el concedente la determinación de quién comprará, a quién se transmitirá y quién consiguientemente soportará la obligación de pagar el precio. Lo mismo ocurre cuando se trata de opción de un contrato duradero con obligaciones sinalagmáticas (p. ej., derecho de opción a un arrendamiento). En todos los casos en que el ejercicio de la opción crea una relación jurídica obligatoria con obligaciones a cargo del adquirente, si la transmisión del derecho de opción no está autorizada por el contrato, no se trata de genuina transmisión de un derecho, sino de cesión de contrato, esto es, de cesión de la compleja posición jurídica que resulta del contrato de opción y del contrato que mediante este se prepara. Por todo ello, en los casos antedichos, toda cesión que no se encuentre previamente estipulada, tiene que ser a posteriori concedida por el concedente. Sin ello, no es eficaz frente a él” (DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos ...*, op. cit., pp. 347). Nótese el esfuerzo que, desde la doctrina de la oferta irrevocable, se realiza para hablar de una cesión de contrato que, para tal corriente, no podría encontrarse formado y por ello se habla de “cesión de la compleja posición jurídica que resulta del contrato de opción y del contrato que mediante este se prepara”.

153 En tal supuesto, si el otorgante de la opción se las ingeniara para evitar la recepción de la comunicación, el ejercicio de la opción se juzgaría cumplido en forma ficta por simple aplicación del principio que dimana de los artículos 537 y 538 del Código Civil.

154 En cambio, para quienes adscriben a la teoría de la oferta irrevocable, el ejercicio de la opción debe por principio cumplir con los recaudos establecidos para el contrato que se va a perfeccionar (v.gr. la opción debería ejercerse mediante escritura pública en los casos en que se establece dicho recaudo como forma ad solemnitatem), lo cual, tal como destaca LÓPEZ de ZAVALÍA con relación al leasing, parece excesivo (op. cit., p. 878).

155 Cfr. artículo 535 del Código Civil.

156 Cfr. artículos 539 y 540 del Código Civil.

157 Cfr. artículos 543 y 554 del Código Civil. En toda esta materia debe recordarse que la retroactividad se refiere exclusivamente a la órbita de los derechos personales de los contratantes, de manera que, por ejemplo, si se tratara de una prestación consistente en dar una cosa, la obligación se considerará contraída o resuelta desde la misma fecha de celebración del contrato principal, pero los derechos reales sobre el bien se registrarán por la regla general del artículo 577 del Código Civil.

158 Cfr. artículos 549, 550 y 552 del Código Civil.

159 Sobre este aspecto, puede consultarse el trabajo de LORENZETTI, Ricardo L., en “Contratos modernos: ¿Conceptos modernos? Nuevos aspectos de la teoría del tipo contractual mínimo. Problemas contractuales típicos. Finalidad supracontractual y conexidad”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1996, Tomo 1996-E, pp. 851 y ss., donde se señala que la doctrina ha identificado las siguientes

funciones económicas de los contratos: A – Función de cambio de la titularidad. B – Función de cambio en el uso. C – Función financiera. D – Función de garantía. E – Función de custodia. F – Función de colaboración gestoría. G – Función de colaboración asociativa. H – Función de colaboración asociativa en redes. I – Función de previsión. J – Función de recreación. K – Función extintiva. L – Función de gratuidad.

160 Por ejemplo, el leasing.

161 Por ejemplo, en materia de derivados financieros, el llamado contrato de opción.

162 La locución “constitutiva” no es del todo precisa, dado que los derechos y obligaciones subordinados a la opción no se “constituyen” con su ejecución sino que sus efectos se retrotraen al día en que se pactaron (cfr. art. 543 del Código Civil). Sin embargo, el vocablo facilita la comprensión al connotar que, al momento de ejercerse el derecho potestativo, la existencia de la obligación o el derecho condicionado adquiere el carácter de perfecta y definitiva.

163 Desde una posición diferente, para quienes adhieren a la teoría de la oferta irrevocable, la opción constitutiva estaría dirigida al perfeccionamiento del contrato definitivo (ver MAYO, “La opción ...”, op. cit., p. 1517; y GAMARRA, op. cit., p. 158; entre otros).

164 Cfr. MAYO, “La opción ...”, op. cit., p. 1517.

165 En la venta a satisfacción del comprador, este último es considerado como un comodatario hasta que ejerce su derecho potestativo, momento a partir del cual, en caso de agrardarle la cosa, adquiere el derecho real de dominio sobre la misma (cfr. artículo 1377 del Código Civil).

166 Para la doctrina a la que se adhiere en el presente trabajo, esta clase de opción implica que los derechos y obligaciones establecidos para el período que se inicia al finalizar el plazo original se encuentran subordinados al ejercicio de la opción, de manera que, al ejecutarla, se consolida retroactivamente la existencia de aquellos, como si desde el inicio se hubiera pactado el término al que se refiere la opción.

167 Cfr. MOEREMANS, Daniel E., “El plazo en las locaciones urbanas y opción de prórroga”, *La Ley*, Tomo 1993-D, p. 277. Así fue interpretado también en el fallo comentado por el referido autor correspondiente a la Sala C de la CNCiv., del 02/07/92, en autos “Rossi, Gerardo A. c/Chorne, Isaac” (*La Ley*, Tomo 1993-D, p. 272-278), aunque luego el tribunal modificó su criterio en otro caso. Si, en cambio, el ejercicio de la opción de prórroga importara la aceptación de una oferta irrevocable, la manifestación de voluntad del beneficiario implicaría la celebración de un nuevo contrato al momento de hacer uso de la misma. En ese sentido se han pronunciado la SCJM, 30/12/93, “Guiñazú, Félix E. c/ Castillo, Norman y Barrionuevo, Sergio Agustín” (con nota de ZAGO, Jorge A., “Consecuencias y alcance práctico jurídico de la opción contractual en materia de locación urbana”), *Jurisprudencia Argentina*, Tomo 1994-IV, pp. 387 y ss.; y la CNCiv., Sala C, 03/12/92, “Arlan S.C.A. c/Revestimientos La Europea S.A.” (con nota de CAIVANO, Roque J., “La formación del consentimiento entre ausentes en nuestro derecho positivo”), *La Ley*, Tomo 1993-D, pp. 417-422. Esta interpretación genera una serie de dificultades para los casos de enajenación del bien (v.gr. el contrato de locación celebrado después de la enajenación del bien sería inoponible al nuevo adquirente) o su desaparición (el contrato sería nulo); la imposibilidad sobreviniente del objeto (ídem); la muerte o incapacidad (la oferta habría caducado); el concurso preventivo o la quiebra (necesidad de autorización judicial); la excesiva onerosidad sobreviniente (inaplicable a la etapa de formación del contrato), etc. Para sortear esas dificultades, algunos seguidores de esta teoría señalan que en el caso no se trataría de una opción constitutiva sino modificativa, que no hace surgir un nuevo contrato sino prolongar el existente (cfr. MAYO, “La



opción ...”, op. cit., p. 1517; y GAMARRA, op. cit., pp. 158-159), lo que implica asignar distinta naturaleza jurídica a una y a otra clase de opción, sin advertirse mayores razones para tal diferenciación. Cabría preguntarse si, al aceptar que la opción modificativa prolonga el mismo contrato, no están admitiendo tácitamente la tesis de la condición potestativa (ver páginas 17 y ss).

168 Así, por ejemplo, el artículo 29 de la ley 24.441 (actualmente derogado por la nueva ley de leasing, No 25.248) establecía que la partes podían convenir la opción a favor del tomador del leasing de renovar el contrato “sustituyéndose las cosas que constituyen su objeto por otras nuevas en las condiciones que se hubiesen pactado”.

169 Desde un punto de vista diferente se interpreta que la prórroga proviene del mismo contrato, mientras que la reconducción y la renovación son el resultado de nuevos negocios jurídicos, agregándose que estas últimas “se distinguen en esto: en la reconducción, el nuevo contrato es con cláusulas iguales al anterior, del cual solo difiere en el díaes a-quo computable, en tanto que la renovación supone cláusulas distintas” (LOPEZ de ZAVALÍA, Fernando, Teoría de los Contratos, 4a Edición, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1997, Tomo 3, pp. 430-432). La discrepancia radica en que, si se trata de un nuevo contrato, aún cuando tenga por objeto la reanudación del anterior ya fenecido, parece contradictorio hablar de “las mismas cláusulas”, pues hay al menos una, el plazo, que será distinta y que en algunos contratos, como el de locación de cosas y el de leasing, constituirá, precisamente, un elemento esencial. En definitiva, un nuevo contrato implica nuevas cláusulas, aunque la determinación de su contenido se efectúe mediante remisión a un negocio jurídico anterior.

170 Un ejemplo de opciones onerosas en las que la se debe satisfacer la prestación a partir de su ejecución está dado por las arras, promesas de arras y multas penitenciales, en las cuales el que ejerce el derecho potestativo debe pagar o perder a favor del otro la respectiva suma.

171 Cfr. VIGO (h), Rodolfo Luis, “La interpretación de la ley como saber prudencial retórico”, El Derecho, Editorial Universitas, Buenos Aires, 1985, pp. 858 y ss.

172 KUHN define a los paradigmas como “realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica” (KUHN, Thomas, La estructura de las revoluciones científicas, Fondo de Cultura Económica, México, 1980, pp. 33 y ss.).

173 Ejemplos de tales situaciones serían: la enajenación de la cosa a un tercero durante el plazo previsto para el ejercicio tanto de una “opción de compra” como de una “opción de venta”; la cesión de un crédito a un tercero en el factoring durante el plazo previsto para que el factor ejercite su derecho de incluirlo o excluirlo de la cesión global; etc.

174 Por ejemplo, la permuta (art. 1492) y la cesión de créditos (art.1435).

175 Cfr. art. 1177 del Código Civil.

176 Cfr. artículos 1329 del Código Civil y 453 del Código de Comercio. Distinta sería la situación si el negocio jurídico no se refiriera al bien como propio del vendedor, permutante o cedente, puesto que en tal situación el contrato sobre el bien ajeno sería válido. Juegan al respecto tres principios cardinales que, según RISOLÍA, pueden sintetizarse de esta manera: 1) las cosas ajenas pueden venderse siempre que haya plazo para lograr transferir el dominio; 2) las cosas muebles ajenas pueden venderse en toda ocasión a un comprador que ignore la circunstancia, sea la operación civil o comercial; 3) nunca pueden venderse como propias las cosas ajenas (RISOLÍA, Marco Aurelio, La venta de la cosa ajena, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960, p. 28).

177 Por ejemplo, en la compraventa, si la opción hubiera sido otorgada a favor del comprador, bastaría con que llegara a su conocimiento que la cosa ha sido vendida a un tercero para que, en el supuesto de ejercerse el derecho potestativo, el

contrato de segundo grado se tornara nulo, en cuyo caso ningún resarcimiento podría exigir, dado que ni siquiera podría invocar la violación del contrato de primer grado que, al agotar su objeto en la irrevocabilidad de la oferta, resultaría insusceptible de incumplimiento. Desde el punto de vista de la opción otorgada a favor del vendedor, siempre tendría a su alcance la posibilidad de sanear la nulidad mediante la ulterior readquisición del bien (cfr. artículo 1330 del Código Civil).

178 Sin embargo, al referirse al pacto de preferencia, SPOTA hace jugar, desde la doctrina del contrato preliminar unilateral, un papel preponderante a la buena o mala fe del tercero (Instituciones ..., op. cit., p. 139).

179 Cfr. artículos 550, 551, 592 y 594 del Código Civil. Tras desechar que se trate de una acción reivindicatoria o de inoponibilidad, Llambías interpreta que “Se trata de una acción de nulidad que impugna la validez del acto de transmisión de la posesión de la cosa, practicado por el deudor a favor del poseedor actual. Ese acto tiene un objeto prohibido, y por ende, es anulable por cuanto ‘la prohibición de su objeto’ no resulta ‘conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho’ (art. 1045 cláusula 3a). Decimos que el acto es de objeto prohibido porque infringe el art. 953 en cuanto este precepto exige, so pena de nulidad, que ‘el objeto de los actos jurídicos deben ser... hechos que no... perjudiquen los derechos de un tercero’. Ahora bien, lo obrado por el poseedor, ‘con conocimiento de la obligación del deudor’ (art. 592), es lesivo del derecho del acreedor a quien le impide ‘emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado’ (art. 505, inc. 1o), y por tanto, cae bajo la sanción que fulmina el art. 953. Se está, pues, en presencia de una propia acción de nulidad” (LLAMBIÁS, Jorge J., Tratado de derecho civil. Obligaciones (actualizado por RAFFO BENEGAS, Patricio J.), Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2005, Tomo II-A, Lexis No 7007/001145).

180 Cfr. artículo 549 del Código Civil.

181 La mala fe, según los artículos 592 y 594 del Código Civil, consiste en saber la existencia de la anterior obligación de dar.

182 Cfr. artículo 546 del Código Civil.

183 Cfr. artículos 593 y 595 del Código Civil, aunque este último exige la escritura pública en materia de inmuebles.

184 Cfr. artículo 1463 del Código Civil. Es importante destacar que la norma exige un conocimiento de la obligación precedente acumulado a una mala fe o a una imprudencia grave del segundo cesionario.

185 Cfr. artículos 953, 1167, 1172 y 1328 del Código Civil.

186 Siguiendo el ejemplo de la “opción de compra”, si la cosa se destruyera antes de ejecutarse el derecho potestativo, el posterior ejercicio de éste desembocaría en un contrato nulo y el optante carecería de acción para reclamar siquiera la devolución de la prima que hubiera pagado, pues el contrato de primer grado o anteacto conservaría su validez. Desde la doctrina de la oferta irrevocable se ha descrito a “la imposibilidad de cumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor” como un supuesto de “caducidad de la opción” (MAYO, “La opción ...”, op. cit., p. 1515).

187 Desde ya que tal herramienta podría ser igualmente utilizada para eludir incapacidades de derecho, situaciones de incompatibilidad, etc. Una situación particular se presentó en los autos “Cablevisión S.A. s/APE” (CNCom., sala D, 31/03/2008, Lexis No 35021515). Según surge de la sentencia, el acuerdo preventivo extrajudicial había sido impugnado por determinados acreedores con sustento en que, entre otros motivos, se incluyó a los efectos del cómputo de la mayoría el voto de una sociedad extranjera beneficiaria de ciertas “opciones de compra” sobre acciones de Cablevisión S.A. El argumento consistía en que, a través del referido instrumento, existía una situación de control que tornaba procedente

la exclusión de voto prevista por el artículo 45 de la ley 24.522. Si bien resulta del fallo que el instrumento carecía de firmas, circunstancia más que suficiente para rechazar esa impugnación, el Tribunal descartó de plano que por vía de una opción pueda configurarse una situación de control, dado que, según interpretó, “el documento indicado, de aceptarse su eficacia obligacional, no perfeccionó adquisición accionaria alguna, sino que solamente daba la opción de lograr ese objetivo en un contrato de compraventa de acciones futuro. Cabiendo observar, al respecto, que el contrato del 26/10/2004 refirió, precisamente, que las opciones de compra [...] podían ser ejercidas hasta el 28/2/2005 y desde el 18/11/2004, o sea, a partir del día siguiente de la asamblea de obligacionistas, por lo que mal puede decirse que al momento de votar en ella las acreedoras [...] eran, a la vez, controlantes de Cablevisión S.A.. Ello es así, máxime ponderando que la perfección del contrato por el ejercicio de la opción no tiene efectos retroactivos”. Llevado al extremo, ese modo de razonar - innecesario, para resolver el caso particular - conduciría a admitir sin reservas que, a cambio de prestar la conformidad para la aprobación del acuerdo, el acreedor pueda recibir una opción para ser ejercida después de la emisión de su voto, pues no habría conflicto de intereses ni incompatibilidad alguna.

188 Cfr. artículo 895 del Código Civil.<sup>189</sup> Por ejemplo, si el deudor hubiera asumido convencionalmente a su cargo el caso fortuito.

190 Por ejemplo, si el deudor de la obligación afectada hubiere provocado su imposibilidad.

191 Cfr. artículo 556 del Código Civil.

192 Por ejemplo, cuando la persona del contratante hubiese sido elegida por su industria, arte o cualidades personales (cfr. artículo 626 del Código Civil).

193 Por ejemplo, el artículo 1396 establece que el derecho adquirido por el pacto de preferencia en una compraventa no pasa a los herederos del vendedor.

194 Por ejemplo, si se incorporara al contrato una cláusula de intransmisibilidad.

195 Cfr. artículo 1195 del Código Civil.

196 Cfr. artículo 57 del Código Civil.

197 Cfr. artículo 626 del Código Civil.

198 Cfr. artículo 627 del Código Civil.

199 Cfr. artículo 1149 del Código Civil. Ver nota 44.

200 “Legislación obsoleta” decía CÁMARA, Héctor, en “El concurso preventivo y la quiebra”, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1990, Volumen III-B, p. 566. Si bien se refería a la ley 19.551, sus apreciaciones subsisten respecto de la ley 24522, puesto que, como explicara MAFFÍA, ésta “no es, sustancialmente, una ‘nueva’ ley de concursos, pues se limita a reeditar el estatuto anterior hasta en errores conceptuales y lexicográficos notorios –el síndico, funcionario y parte en el mismo proceso; créditos ‘verificados o declarados admisibles’ en el incidente de verificación tardía; ‘deberes y facultades’ del síndico, entre otros– ; y si bien introdujo cambios, mitad in melius, mitad in peius, se trató siempre de variaciones episódicas que en nada modifican la estructura esclerosada del régimen anterior; mismos institutos, mismo presupuesto capital, mismos sujetos legitimados, misma limitación del juez a lo pedido por quien insta el trámite; nada de actuación preinsolvencia, nada de examen de una empresa en dificultades en vista a procurar una salida, nada de estudios sobre la posibilidad de recuperación, nada sobre plan de salvataje, nada sobre el coste de ese salvataje como exigen los economistas de Yale, nada de contemplación de otros intereses en la conservación de una empresa que ultrapasen la remota ecuación acreedores-deudor, por tanto nada tampoco de jueces y órganos con atribuciones para examinar las posibilidades, la oportunidad y la conveniencia de que supuestas fuentes de trabajo y producción continuaran su actividad” (MAFFÍA, Osvaldo J., “Aspectos de la nueva ley de concursos El régimen del ‘leasing’ y su incidencia en la verificación de créditos”, La Ley, Editorial La

Ley, Buenos Aires, 1996, Tomo 1996-A, pp. 1468 y ss., posición que se reitera en “Aspectos de la nueva ley de concursos (I): Responso para la ineficacia concursal”, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1996, Tomo 1996-B, pp. 862 y ss.).

201 Se utiliza el término insolvencia como sinónimo de cesación de pagos, pues, según FERNÁNDEZ, “La cesación de pagos es el nombre que se dio, en su origen, a la insolvencia del comerciante, por donde resulta que ambas expresiones traducen exactamente el mismo fenómeno” (FERNÁNDEZ, Raymundo L., “El concepto técnico-científico de ‘Cesación de pagos’”, Homenaje a Yadarola, Editado por la Universidad de Córdoba, Tomo II, p. 226).

202 Cfr. “Exposición de Motivos” de la ley 19.551. Aclara QUINTANA FERREYRA que “el objetivo de conservar la empresa, tiene un límite: se la protege, se la conserva, en tanto en cuanto constituya una ‘actividad útil a la comunidad’, concepto que debe interpretarse a la luz de dos elementos que requieren coherencia: a) que sea factible proseguir las actividades, es decir, el obrar dinámico en constante evolución, propio de la empresa; b) que esas tareas importen una utilidad, no en sentido económico, sino con el alcance de un positivo beneficio respecto de las relaciones laborales, de los intereses de los acreedores y de su incidencia en el ámbito de dichas actividades. En otras palabras y a manera de corolario: 1) las normas que regulan el principio de conservación de la empresa no constituyen -ni por asomo- una panacea para la solución de dificultades económicas o financieras; 2) proteger a la empresa no importa -necesariamente- protección al empresario; 3) aquellas normas no son de aplicación obligatoria en todos los casos de concursos; 4) no toda empresa merece ser conservada” (QUINTANA FERREYRA, Francisco, Concursos, 1a reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, Tomo 1, p. 98).

203 Cfr. IGLESIAS, José Antonio, “La filosofía de la ley de concursos y quiebras”, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1995, Tomo 1995E, pp. 1188 y ss., donde se afirma: “La tutela del interés de los acreedores constituye el valor supremo en la ley que comentamos. A ella se incardinan otros principios que le son subsidiarios, y que están preordenados a asegurar, en las más diversas situaciones, la efectiva protección de aquel interés”.

204 Cfr. GAMES - ESPARZA, op. cit. en nota 59.

205 Cfr. DASSO, Ariel A., “El porqué de la caducidad de plazos en el concurso preventivo -en ocasión del caso Fargo”, La Ley, Suplemento de Concursos y Quiebras 2005 (julio), Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005, pp. 1 y ss.

206 Cfr. GAMES y ESPARZA, op. cit. en nota 59. Por ejemplo, GARCÍA CUERVA entiende que la norma “no se refiere a una categoría especial de contratos, sino a un estado de cumplimiento de las prestaciones obligacionales emergentes del contrato. Y esto aparece como claro en virtud de que el artículo se refiere a los contratos en curso de ejecución que se oponen a los contratos de ejecución inmediata. Los contratos en curso de ejecución pueden clasificarse, teniendo en cuenta la modalidad de las prestaciones en: a) Contratos de ejecución diferida: En dichos contratos el objeto de la obligación se encuentra diferido en el tiempo, las prestaciones de una sola de las partes ó las prestaciones de ambos; y b) contrato de ejecución continuada o fluyentes, en los que el cumplimiento de las prestaciones no se agotan en un momento determinado, sino que se van cumplimentando a través del tiempo de manera tal que si bien se trata de similares prestaciones, las mismas se van cumplimentando de manera individual y distinta a través de distintos momentos temporales, reiterándose periódicamente y se oponen a los contratos de ejecución inmediata” (GARCÍA CUERVA, Héctor María, “Efectos de la apertura del concurso preventivo respecto del contrato de locación destinado a la explotación comercial”, La ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1978, Tomo 1978-A, pp. 198-800; ver también en sentido similar ALBERTI, Edgardo M., “La locación en el sistema concursal de la ley 19.551”, Revista del Derecho

Comercial y de las Obligaciones, Año 6, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 567; VILLANUEVA, Julia, Concurso preventivo, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, pp. 219 y ss.). ALEGRÍA, por su lado, sostiene la interpretación contraria: “Aun cuando el tratamiento general de esta presunta categoría de contratos excede este trabajo, debemos recordar que una autorizada doctrina los excluye -en especial al contrato de locación- de la aplicabilidad de las normas del art. 20 de la LCQ. El argumento principal consiste en que no se trataría de un contrato ‘con prestaciones recíprocas pendientes’. Por nuestra parte discrepamos de esta autorizada opinión desde que en el citado contrato, si bien la principal obligación del locador (entrega de la cosa) se ha cumplido, la prestación subsiguiente al concurso (mantenimiento en el uso y goce el bien -arts. 1515 y sigtes., Cód. Civil-) sigue prestándose y su correlato es el alquiler. Por otro lado la inclusión de los contratos de locación dentro de la regla del art. 20 permitiría los siguientes efectos positivos: i) el control por el juez y el síndico de los eventuales contratos abusivos, que perjudican el patrimonio del deudor y el interés de los acreedores; ii) la posibilidad del deudor de hacer cesar aquellos contratos que fueran ruinosos o perjudiciales para la organización de su actividad y para su flujo de fondos con posterioridad a la presentación. iii) La posibilidad de mantener contratos respecto de los cuales se hubiera producido una causal de resolución todavía no invocada con eficacia automática resolutoria efectiva (y a todo evento, la imposibilidad de invocar el pacto de resolución automática para el caso de concurso)” (ALEGRÍA, Héctor, “Introducción al estudio de los flujos de fondos en el concurso preventivo”, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003, Tomo 2003-E, pp. 1294 y ss.; ver también en sentido similar: CASTAÑÓN, Alfredo J., “Concurso preventivo: contrato con prestaciones recíprocas pendientes”, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1988, Tomo 1988-B, pp. 885 y ss.; LORENTE, Javier, “Efectos del concurso preventivo sobre los contratos en curso de ejecución con prestaciones recíprocas pendientes”, Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, Mar del Plata, 1997, pp. 170 y ss.). Una posición intermedia puede verse en QUINTANA FERREYRA, quien distingue según el destino del bien: si se trata del establecimiento comercial o industrial del deudor, considera que es absurdo requerir la autorización judicial para proseguir con la locación; si, en cambio, el inmueble está destinado a vivienda, permanente o periódica, se requerirá la autorización judicial por su eventual carácter suntuario o la excesiva onerosidad de su mantenimiento (QUINTANA FERREYRA, op. cit., pp. 264 a 266).

207 Cfr. CÁMARA, op. cit., Volumen I, p. 538.

208 Cfr. ALEGRÍA, op. cit.; HEREDIA, Pablo D., Tratado exegético de derecho concursal, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Tomo 1, p. 528; y VILLANUEVA, op. cit., p. 226.

209 El art. 20 LC establece que “La continuación del contrato autoriza al cocontratante a exigir el cumplimiento de las prestaciones adeudadas a la fecha de presentación en concurso bajo apercibimiento de resolución. Las prestaciones que el tercero cumpla después de la presentación en concurso preventivo, y previo cumplimiento de lo dispuesto en este precepto, gozan del privilegio previsto por el artículo 240. La tradición simbólica anterior a la presentación, no importa cumplimiento de la prestación a los fines de este artículo”.

210 Ver, por todos, TRUFFAT, Edgardo Daniel, “APE: un instituto concursal que carece de verificación de créditos, pero que requiere de alguna suerte de determinación del pasivo”, Suplemento Especial Acuerdo Preventivo Extrajudicial 2004 (noviembre), Editorial La Ley, Buenos Aires, pp. 85 y ss.

211 MAFFÍA, con su habitual mordacidad, replica: “Malgrado, la buena prensa de la frase, ni el padre de la criatura, ni el magistrado convalidante ni el jurista que legitimó su nacimiento explicaron: a) ¿Hay subespecies en el ‘concurso’? b) ¿Hay subtipos de acuerdo? c) ¿Qué es eso de ‘subtipo’ y/o de ‘subespecie’? d) ¿El

‘subtipo’ o la ‘subespecie’ nacen del legislador, o se trata de un recurso heurístico del intérprete? Rogamos a Truffat, con humildad cristiana pero bajo amenaza de excomunión, que en la nueva entrega de su libro, tan esperada, explique por qué habla de ‘subtipo’ y/o de ‘subespecie’ y por qué operaría un subtipo o una subespecie, sea del concurso, sea del acuerdo o de ambos, en el trámite que, empezando con un contrato, puede alcanzar la entidad de APE. si el magistrado homologa el arreglo privado, que es todo lo que instrumenta el acto del art. 69 [...] Ciertamente que las ansias por tomar de la ley 24522 cuanto favoreciera la marcha del APE llevó a sostener, en indulgente exceso, que el juez, tras la presentación de la demanda del art. 72, dicta un ‘auto de apertura’, lo cual no tiene sustento normativo como para que pase de ser un deseo tan acariciado que termina por hacerse cierto. No creemos necesario comparar el informal proveído subsiguiente a la presentación del art. 72 con la pieza del art. 14, limitándonos a recordar que esta última es una sentencia judicial, entidad que ni los apistas más desafortunados asignan al proveído rutinario que sigue a la presentación de la demanda prevista por el art. 72 párr. final” (MAFFÍA, Osvaldo J., “Urgente una aclaratoria”, *Jurisprudencia Argentina*, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2005, Tomo 2005-III, pp. 1393 y ss.).

212 Cfr. GAMES - ESPARZA, op. cit.; DASSO, “El porqué ...”, op. cit.

213 Ver nota 208.

214 Se denomina prima al importe que eventualmente debe pagar el beneficiario al dador por el otorgamiento de la opción. En materia de derivados financieros señala SARAVIA FRÍAS, op. cit., que “la prima es en definitiva lo que equilibra la asimetría propia de este contrato, donde de lo contrario, la balanza en cuanto a derechos y obligaciones se inclinaría claramente a favor del titular de la opción”.

215 Ver páginas 95 y ss.

216 La Exposición de Motivos de la ley 19551 (que introdujo esta solución para el caso de la quiebra) explicaba que “En el contrato a término se han propuesto soluciones particulares (art. 157) que difieren de las previsiones de otros ordenamientos legislativos, particularmente el italiano de 1942. La norma elaborada se entiende más justa porque contempla la compensación de las eventuales situaciones favorables al tercero o al concurso. En esas condiciones se ha entendido que el proyecto asegura de una manera equitativa las expectativas del tercero y del concurso, porque se ven en esa medida equilibradas”.

217 SANCINIENA ASURMENDI, op. cit., refiere tres sentencias del Superior Tribunal Supremo de España en las que se desestima la invocación de la cláusula rebus sic stantibus y aplica el principio pacta sunt servanda, estableciendo que el “contrato de opción” tiene un cierto álea, aunque no sea aleatorio.

218 La definición de precio de ejercicio es similar a la empleada en la nota 215.

219 Sobre la resolución que se opera por aplicación del artículo 153 LC, se ha dicho que “Si bien es cierto que la ley señala expresamente en el párrafo final que el contrato se resuelve de pleno derecho si se da la circunstancia que allí se menciona, no lo es menos que implícitamente considera que la resolución se opera igualmente de pleno derecho, en los dos supuestos que prevén los párrs. 1o y 2o. Es obvio que la comprobación de la existencia de un crédito a favor de alguna de las partes, tiene como presupuesto ineludible dicha resolución” (QUINTANA FERREYRA, op. cit., Tomo 2, p. 576).

220 No obstante, existen importantes diferencias entre el art. 11 de la ley 25.248 y la legislación falimentaria, explicadas por GAMES - ESPARZA cuando señalan que “Es oportuno dejar consignado que la norma que comentamos difiere de lo dispuesto en la LCyQ 24.522 en sus arts. 143, inc. 3o y 144. En efecto, ahora es únicamente el síndico -y no el dador in bonis- quien goza de la titularidad de optar por la continuación del contrato en las condiciones pactadas o resolverlo, y el plazo para pronunciarse es de 60 días del decreto de quiebra. Además se obvia

todo el trámite requisitos y recaudos exigidos en el art. 144 de la LCyQ toda vez que la LL no remite a lo dispuesto en aquella. La LL también en esta regulación se aparta de la LCyQ en cuanto a los plazos y legitimados, ya que en el ordenamiento falencial el contratante, un acreedor o un tercero tienen un plazo de 20 días para manifestar la decisión de continuar el contrato o resolverlo (pudiendo ser ello abreviado cuando existan circunstancias que lo justifiquen). En cambio en la LL es de 60 días, y no contempla que terceros u otros acreedores se expidan sobre este contrato” (op. cit.).

221 Por ejemplo, cuando, valiéndose de la opinión del síndico expuesta en el informe del art. 190 LC, decide la continuación de la explotación de la empresa y de determinados contratos (incs. 2 y 3, art. 144 LC). Es más, en casos excepcionales, cuando las circunstancias del caso exijan mayor premura, también podría disponer oficiosamente esa continuación con anterioridad, previa vista al síndico y al tercero contratante, fijando a tal fin los plazos que estime pertinentes.

222 Esta es la posición de FISSORE, Diego M., op. cit., pp. 885-886.

223 Esta es la solución que, en forma indiscriminada para la quiebra de cualquiera de las partes, confundiendo a la opción con una promesa de contrato, proponen MOLINA SANDOVAL y JUNYENT BAS, op. cit. en el comentario al art. 146, ap. II, de la LC, donde señalan: “Esta idea también abarca a los contratos de opción (que son una especie de contrato preliminar, definidos como aquellos por los cuales una de las partes se obliga a la celebración de un contrato futuro -concedentesi la otra parte -optantemanifiesta su voluntad de perfeccionarlo) y de preferencia (en los cuales una de las partes se obliga frente a la otra, para el caso de que llegara a decidirse a celebrar un contrato futuro, a preferirla respecto de otros eventuales interesados en la contratación). En todos estos contratos (promesa de contrato, de opción, de preferencia, etc.) la idea dominante es una sola y es la que lo caracteriza: se trata de un contrato en el cual se prevé la futura conclusión de otro contrato (futuro) entre idénticas partes”.

224 No es la promesa de contrato la que se continúa sino el contrato definitivo el que se celebra en la medida en que pueda cumplirse por el concurso. 225 Se trataría de un acto de puro altruismo, porque al otorgante le convendría evitar que la opción pudiera ser ejercida, pues con ello neutralizaría el álea de la diferencia entre el valor en plaza del bien objeto del contrato y el precio de ejercicio.

226 No cabe aquí hablar de inexigibilidad frente al concurso, porque el otorgante de la opción no puede exigir al beneficiario que haga ejercicio de la misma desde que para éste se trata de un derecho potestativo y no de una obligación.

227 Cfr. SPOTA, “Imprevisión contractual ...”, op. cit., pp. 195-200.

228 Según GOLDENBERG, la aludida cláusula vendría a significar “permaneciendo así las cosas”: rebus (las cosas), sic (así) y stantibus (estando o permaneciendo). Goldenberg, Isidoro, “Cláusula rebus sic stantibus”, Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, Tomo III, p. 48, nota 1.

229 Cfr. RISOLÍA, Marco Aurelio, Soberanía y Crisis del Contrato en Nuestra Legislación Civil, Valerio Abeledo-Editor, Buenos Aires, 1946, p. 150.

230 Cfr. ORTIZ DE ZÁRATE, Mariana DIEZ, Horacio P., “Perfiles de la contratación administrativa a la luz del decreto 1023/2001”, RDA, Editorial Lexisnexis - Depalma, Buenos Aires, 2003-49.231 Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, “Los marcos regulatorios de los servicios públicos y la inserción de la técnica contractual”, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1994, Tomo 1994-D, pp. 948 y ss.

232 Cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Derecho y distorsiones macroeconómicas (La utilización de la cláusula rebus sic stantibus por la jurisprudencia argentina y española)”, Jurisprudencia Argentina, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 1998, Tomo 1998-III, pp. 905 y ss.; BORDA, Guillermo, “La Reforma del Código Civil - Teoría de la Imprevisión”, El Derecho, Editorial Universitas, Tomo 30, p. 829, entre

otros.

233 Cfr. VAZQUEZ, Adolfo Roberto, "El mantenimiento de la ecuación económico-financiera en los contratos administrativos", *El Derecho*, Editorial Universitas, Tomo 94, p 418.

MARIENHOFF lo explica de la siguiente manera: "Si bien existe una evidente correlación ente imprevisión y fuerza mayor, las diferencias entre ellas son fundamentales. Ambas figuras reposan sobre la misma noción básica: los acontecimientos que respectivamente las determinan deben ser ajenos o extraños a la voluntad de las partes. Además, tanto la fuerza mayor como la imprevisión deben responder a acontecimientos imprevisibles. Tales son las semejanzas. Pero difieren fundamentalmente: a) En lo que respecta a la ejecución del contrato. La fuerza mayor torna imposible tal ejecución; la imprevisión sólo la hace más onerosa. b) Mientras la fuerza mayor altera el equilibrio contractual de manera definitiva, la teoría de la imprevisión sólo es explicable cuando tal trastorno es temporario o transitorio. Con acierto, un autor dijo que la teoría de la imprevisión es una teoría administrativa de la fuerza mayor" (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial LexisNexis Abeledo-Perrot, 1998, Tomo II, No 776).

234 Aunque no se refería a la teoría de la imprevisión, este criterio fue aplicado en un precedente para la determinación de la fecha en que debía estimarse el precio en una compraventa de un automotor, dado el incremento que se había registrado durante el plazo concedido al directorio para aprobar la operación (CNCom., Sala B, 25/11/1976, "Orsi, Guillermo F. c. Llaneza Hnos. S.A.", *El Derecho*, Buenos Aires, 1978, Tomo 76, p. 595).

235 Cfr. artículo 1198 del Código Civil.

236 Ver páginas 9 y ss.

237 El pensamiento ligado al paradigma dogmático o racionalista, reduce la función interpretativa a una mera reproducción mecánica de las palabras de la ley para el caso concreto por vía de un simple silogismo deductivo avalorado, desvinculándose de la creación y de la aplicación del derecho. Así, SAVIGNY dirá que la interpretación consiste en "la reconstrucción del pensamiento -claro u oscuro, es indiferente expresado en la ley, en cuanto el mismo es reconocible en la ley" (SAVIGNY, Federico C. de, *Juristische Methodenlehre, nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm*, Editorial G. Wesenberg, Stuttgart - Alemania-, 1951, p. 350, traducido por ZULETA PUCEIRO, Enrique en "Savigny y la teoría moderna de la interpretación", *La Ley*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1979, Tomo 1979-D, pp. 732 y ss.). Más específicamente, en su Sistema del derecho romano actual explica que aquellos a quienes va dirigida la ley "deben colocarse en el punto de vista del legislador, reproducir artificialmente sus operaciones y recomponer la ley en su inteligencia. Tal es el procedimiento de la interpretación, que puede, por tanto, definirse de esta manera: la reconstrucción del pensamiento contenido en la ley" (op. cit., Editorial F. Góngora y Compañía, Madrid, 1878, t. I, pp. 149 y ss.).

238 Si bien algún autor italiano admitía ya en 1898 la revisión de los contratos frente a la ruptura de la equivalencia de las prestaciones en razón del "estado de necesidad" en que se encontraría el deudor, su aceptación doctrinaria se fue generalizando cuando promediaba la década de 1930 hasta llevar al legislador italiano a incorporar esta teoría en el Código Civil de 1942 (véase DÖRR ZEGERS, op. cit., p. 260-261).

239 Sobre la conversión a pesos del valor residual de la opción de compra en el leasing puede consultarse: CNCom., Sala B, 14/03/2006, "Deconti S.A. v. Nielsen & Wuestrepp S.H.", *Jurisprudencia Argentina*, Editorial Lexisnexus, Buenos Aires, 2006, Tomo 2006-III, pp. 196 y ss.; C.Fed. de Córdoba, Sala A, 15/12/2005, "Viramonte Olmos, Gustavo S. v. Estado Nacional y otros", *Lexis* No 70021970; entre otros.



240 Puede observarse en la parte final del actual artículo 11 de la ley 25.561 (modificado por la ley 25.820) una explícita referencia a la teoría de la imprevisión al disponerse que “El Poder Ejecutivo nacional queda facultado a dictar disposiciones aclaratorias y reglamentarias sobre situaciones específicas, sustentadas en la doctrina del artículo 1198 del Código Civil y el principio del esfuerzo compartido”.

241 Cfr. artículo 1, inciso d, Decreto 410/2002.

242 En tal sentido, SPOTA, “Imprevisión contractual ...”, op. cit., pp. 198-199.

243 Esto es lo que sucedió en los autos “Koldobsky, Liliana E. c. Koldobsky, Carlos s/ diligencia preliminar” (citado en la nota No 14) fallado por la Sala D de la CNCom. y confirmado por la CSJN. Según surge de la sentencia, el día 08/06/1999 Liliana Estela Koldobsky otorgó a Carlos Koldobsky una opción irrevocable de compra de ciertas acciones, por el plazo de tres años y por un valor establecido en U\$S240.000. Sobrevenida la emergencia económica, el 14/05/2002 Carlos Koldobsky comunicó su decisión de hacer efectiva la opción de compra otorgada a su favor, para lo cual informó que pagaría el correspondiente precio “...que en virtud de lo normado dec. 214/02 art. 8 y complementarios ha quedado convenido a la suma de pesos 240.000”. Tal comunicación fue rechazada por la Sra. Liliana Estela, quien, una vez transcurridos los tres años desde la fecha de otorgamiento de la opción, promovió el 08/08/2002 una acción para que se declarara “...caída la opción de compra por vencimiento del plazo de la oferta irrevocable [...] que [el demandado] no ejerció en el modo y forma debido”. En primera instancia, se hizo lugar a la demanda por considerarse “que el decreto 410/02 y el posterior decreto 992/02 excluían a los contratos de futuro y opciones” del régimen pesificador del decreto 214/02. La Cámara, en cambio, descartó con buen criterio que el thema decidendum pudiera subsumirse en las previsiones de los decretos 410/2002 y 992/2002 (referidos a derivados financieros), pero, al asignar al instrumento analizado la naturaleza jurídica de una oferta irrevocable de venta, determinó que al momento de dictarse el decreto 214/2002 no existía una obligación de dar suma de dinero alguna, sino una simple oferta pendiente de aceptación, de manera que, al comunicar Carlos Koldobsky el ejercicio de la opción, modificó las condiciones originales formulando una contrapropuesta en los términos del artículo 1152 del Código Civil. Con base en esos argumentos, la Cámara confirmó el fallo de primera instancia. Arribada la causa a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Procurador General, al cual adhirió el voto unánime de los jueces, opinó que al 06/01/2002 (fecha de corte establecida por el actual artículo 11 de la ley 25.561 para la pesificación) “no existía en la especie ninguna obligación de dar suma de dinero, sino solamente una oferta de venta de acciones”, motivo por el cual el recurso extraordinario del demandado fue rechazado. Cabe agregar que a lo largo del dictamen se incurrió en el mismo error que cometiera el Juzgado de Primera Instancia al subsumir una típica relación de cambio en una normativa como la del artículo 1, inciso d, del decreto 410/2002 (modif. por el decreto 992/2002) claramente dirigida a contratos de previsión de riesgos como lo son los derivados financieros.

244 Así sucedió, como se explicó antes, en el caso “Bocconi v. La Rinascente”.

245 Dispone la citada norma: “En caso de promesa de venta unilateral, la lesión se apreciará en la fecha de la realización” (texto modificado por Ley del 28 de noviembre de 1949, Diario Oficial del 29 de noviembre de 1949).

246 Cfr. SPOTA, “Imprevisión contractual ...”, op. cit., p. 198.

247 Véase MOSSET ITURRASPE, Jorge, “El precio de la compraventa inmobiliaria”, Revista del Notariado, Buenos Aires, Noviembre/Diciembre de 1975, No 744, p. 1880. Debe destacarse que no resultaría válido argüir que el estado de necesidad al momento del contrato de segundo grado consiste en la obligación de celebrarlo, dado que, “la necesidad a la que alude el art. 954 no es aquella que obliga al

individuo a realizar en forma forzada un acto, sin que tenga la posibilidad de accionar de un modo distinto. El caso que la ley nos presenta se refiere al estado de necesidad que induce a una persona a concertar un negocio en franca desventaja para su patrimonio con el objeto de evitar un mal mayor” (LARROZA, Ricardo Osvaldo, “La lesión objetiva y subjetiva”, Contratos -dirigida por STIGLITZ, Rubén S.-, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1990, Tomo I, p. 321)

248 De acuerdo al 4o párrafo del artículo 954 del Código Civil, “Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto”.

249 Cfr. LOPEZ DE ZAVALIA, Teoría ..., op. cit., Tomo 2, p. 307. Otros autores, en cambio, se inclinan por establecer una separación neta entre la venta “ad gustum” o a satisfacción del comprador y la venta a prueba o ensayo (SPOTA, “Opción y ...”, op. cit., p. 409; REZZÓNICO, op. cit., pp. 108-113; BORDA, Tratado ..., op. cit., pp. 296-297; entre otros).

250 Artículo 1365 del Código Civil.

251 Cfr. SPOTA, “Opción y prelación ...”, op. cit., p. 409, nota 5; y MAYO, “La opción ...”, op. cit., pp. 1511-1512. En respuesta a tal postura, debe señalarse que, según se ha explicado antes, nuestra legislación admite la validez de las condiciones potestativas, es decir, sujetas a la voluntad de uno de los contratantes, en la medida en que su decisión en uno u otro sentido le reporte sacrificios o esfuerzos, tal como ocurre con la obligación de pagar el precio, si el comprador se expresa en sentido positivo, o la pérdida del derecho a la entrega de la cosa, si lo hace en forma negativa.

252 Cfr. artículo 1377 del Código Civil.

253 Cfr. artículo 1379 del Código Civil. La redacción de esta norma lleva a razonar que, si lo que se extingue es el derecho a “resolver” la compra, la declaración del comprador operaba hasta entonces como condición resolutoria y no como suspensiva.

254 “La estipulación de una seña, en el ámbito civil, comporta un pacto de displicencia, que autoriza a ambas partes a ejercer la facultad de arrepentirse, privando al contrato de sus efectos” (MOSSET ITURRASPE, Jorge, Teoría General del Contrato, Ediciones Jurídicas Orbir, Buenos Aires, 1970, pp. 481-482). “El convenio sobre arras constituye un contrato real, unilateral, oneroso y accesorio. 7. a) Es un contrato real, adecuándose a la definición del art. 1141 porque se perfecciona con la entrega de las arras. Los términos del art. 1202 no dejan lugar a dudas, suponiendo siempre que las arras se ‘dan’. Hay un tradens y un accipiens. Distinto del pacto de arras son tanto el de multa penitencial como el pactum de arrha danda. Estos últimos son consensuales. El pacto de multa penitencial consiste en la promesa de pagar algo para el caso de arrepentimiento; el pactum de arrha danda es una promesa de arras, es decir un contrato preliminar de arras” (LOPEZ DE ZAVALIA, Teoría ..., op. cit. Tomo 1, pp.671-672). Sin embargo, debe recordarse que no cabe atribuir a estas figuras el rango de contratos sino de pactos accesorios (ver nota No 79).

255 “La denominación de este pacto deriva del término ‘displicentia’ que [...] es animi effectio, qua quis sibi displicet, es decir, un estado de ánimo, una situación que causa desagrado; displiceo est non placeo, es desplacer, es lo que disgusta. Hablar de pactum displicentiae sería lo mismo que hablar de ‘convenio por causa de desagrado’; en una interpretación menos literal, pacto de desistimiento o venta a prueba, ‘Kauf auf Probe’, como lo denomina la doctrina alemana. Los juristas bizantinos no dedicaron a este pacto ningún título específico; su conocimiento viene disperso en varios fragmentos de la compilación en los que ni siquiera se halla el enunciado ‘pactum displicentiae’. Las fuentes suelen recoger la expresión ‘pactum ut si res displicuerit intra certum diem inempta sit’” (RODRÍGUEZ DÍAZ, Emma, “Antecedentes históricos del art. 1.453”, en Revue internationale des droits de l’antiquité, editado por Office International des Périodiques, Diegem

(Bélgica), 1998, Tomo XLV, 3a serie, pp. 607-609).

256 Cfr. artículo 1373 del Código Civil.

257 Cfr. artículos 1373 y 1380 del Código Civil.

258 Cfr. artículo 1366 del Código Civil.

259 Dado que la cláusula de rescate es estrictamente una venta con derecho de poder arrepentirse el vendedor (cfr. BORDA, Tratado, op. Cit., Tomo 1, p. 249), en el caso de las opciones onerosas el pacto quedaría absorbido por el régimen especial de las arras, pactum de arrha danda y multas penitenciales (ver lo explicado en páginas 71 y ss.). A su turno, al estar contenidas estas limitaciones en los artículos 1380 y 1381 del Código Civil, no debería descartarse apriorísticamente la posibilidad de interpretar que, por virtud de los principios que rigen en materia de derecho comercial, tal pacto pueda tener validez respecto de cosas muebles y por un plazo mayor cuando se trate de operaciones mercantiles.

260 Cfr. artículo 1363 del Código Civil.

261 Cfr. artículo 1373 del Código Civil. En sentido diferente, con referencia a los pactos de retroventa y reventa (y a la opción de compra en un contrato de arrendamiento), se ha dicho que “Es claro que las figuras mencionadas incluyen una Opción entendida como la facultad de celebrar un contrato futuro” (FISSORE, op. cit., 882).

262 Cfr. REZZÓNICO, op. cit., p. 350.

263 Cfr. artículo 1363 del Código Civil.

264 Cfr. artículo 1391 del Código Civil.

265 Cfr. BORDA, Tratado ..., op. cit., Tomo I, pp. 267-269. A modo de ejemplo, si el propio comprador (optante) hubiere enajenado el bien, no se producirá la extinción de tal transmisión con el simple ejercicio de la opción (como ocurriría en el caso de la retroventa), sino que será necesario el consentimiento - y tradición - del tercero adquirente para lograr ese efecto.

266 Cfr. artículos 1368 y 1392 del Código Civil. Suele señalarse como requisito de ejercicio del derecho de preferencia la exigencia de que el vendedor iguale las condiciones ofrecidas por el tercero al que se le va a realizar la transferencia, pero ello constituye una mera regla supletoria que, al igual que otras disposiciones referidas a este pacto, puede quedar perfectamente desplazada por la autonomía de la voluntad de las partes (por ejemplo, fijando otro precio o el procedimiento para determinarlo).

267 Cfr. REZZÓNICO, op. cit., p. 313; SPOTA, Alberto G., Instituciones de derecho civil. Contratos, 2a reimpr., Depalma, 1986, Volumen IV, pp. 139-141; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín y ALTERINI, Atilio A., Código Civil Anotado (Arts. 1137 a 1433), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, Tomo III-A, pp. 466-470; BORDA, Tratado ..., Tomo 1, pp. 271-272; LOPEZ DE ZAVALÍA, Teoría ..., Tomo 2, pp. 339-341; LORENZETTI, Tratado ..., Tomo 1, pp. 315-318; entre otros. Existe entre el primero de dichos autores y los restantes una diferencia: mientras REZZÓNICO interpreta que se trata de una promesa unilateral subordinada a la condición de que el comprador quiera vender, los demás entienden que la estipulación engendra una obligación de formular una oferta para la celebración de un nuevo contrato.

268 Cfr. artículos 1368 y 1392 del Código Civil.

269 Al otorgar el artículo 1394 del Código Civil al vendedor el derecho a una reparación plena, va implícito que el pacto no puede enmarcarse dentro del proceso de formación de un nuevo contrato, pues, en tal caso, la indemnización debería limitarse al interés negativo.

270 Sobre la validez de la compraventa se pronuncian, entre otros, LLAMBÍAS y ALTERINI, op. cit., p. 469; y BORDA, Tratado ..., op. cit., Tomo 1, pp. 275-276.

271 Semejante previsión exigiría un cuidadoso examen de validez a la luz de los artículos 19 y 28 de la Constitución Nacional.

272 REZZÓNICO, op. cit., p. 817; y SPOTA, Instituciones ..., op. cit., p. 139.

Llamativamente, estos autores aceptan la aplicación de dichas disposiciones pese a entender que el ejercicio del derecho del vendedor deriva en la celebración de un nuevo contrato, con lo cual no se podría hablar de una obligación -siquiera condicional- de dar cosas ciertas que constituye, justamente, el presupuesto de procedencia de la acción contra el tercero de buena fe. Desde la posición contraria, sostiene BORDA que: “1) El conocimiento de la existencia del pacto no quiere decir que el tercero sea de mala fe, ya que puede creer que el comprador originario ha hecho la notificación debida; no hay por qué obligarlo a que exija del comprador-vendedor la prueba de que ha hecho la notificación, ya que ésta es una obligación que a él no le concierne; además, no bastaría con la prueba de la notificación sino que también sería menester la prueba negativa, y por tanto imposible, de que no se ha recibido contestación y aceptación del vendedor originario. 2) La promesa de venta realizada por el comprador al vendedor es res inter alios acta para el tercero. 3) La ley establece categóricamente que la operación será válida, sin hacer distinción alguna, adoptando así el sistema más congruente con la naturaleza del derecho del vendedor, que no es otro que la facultad de aceptar una promesa de venta hecha bajo condición suspensiva; es decir, que crea una relación estrictamente personal entre vendedor y comprador. 4) Finalmente, el art. 594, que se invoca para apoyar el punto de vista contrario, se refiere como lo señala MACHADO, a ventas perfectas y concluidas, en que las partes se han obligado a entregar la cosa y pagar el precio, faltando únicamente las consecuencias. La mala fe del tercero ni siquiera permitiría exigirle el pago de daños y perjuicios, porque el responsable del incumplimiento de sus obligaciones es el comprador y no el tercero; por ello, el art. 1394 sólo abre la acción de daños contra el comprador”. La respuesta que merece la posición transcrita es la siguiente: 1) La creencia del tercero relativa a haberse efectuado la notificación debida al beneficiario servirá para acreditar su buena fe - en la medida que no provenga de una negligencia culpable -, pero el argumento de BORDA introduce un nuevo elemento (creencia) que modifica el supuesto de hecho consistente en el mero conocimiento de la preferencia; además, la interpretación jurídica no debe verse contaminada por la mayor o menor facilidad probatoria y, por su parte, el mismo razonamiento que efectúa BORDA podría oponerse a cualquier intento de aplicación de los artículos 592 a 594, convirtiendo en letra muerta lo dispuesto por estos últimos. 2) Las obligaciones a las que se refieren los artículos 592 a 594 y 1463 del Código Civil también son res inter alios acta para el tercero y, sin embargo, le resultan oponibles. 3) La ley no establece categóricamente que la operación será válida aún en el supuesto de mediar mala fe (ello sería contrario al espíritu moral que inspira diversas disposiciones del Código Civil, como los artículos 592 a 594, 953, 1071, 1463 y 3269, entre otros) ni excluye la aplicación de las normas generales previstas en la Sección Primera del Libro Segundo y en el Título Preliminar del Libro Cuarto que también se refieren a relaciones personales; además, es inexacto que la ley atribuya a este pacto el mero carácter de una promesa condicionada, dado que, como se dijo antes, la norma habla del “derecho” a “recuperar” la cosa, derecho que no podría todavía existir si se requiriera la celebración de un nuevo contrato. 4) Los artículos 592 a 594 se refieren a todas las obligaciones de dar cosas ciertas sin distinguir entre obligaciones puras y simples y obligaciones condicionales, cuya regulación específica, por lo demás, remite expresamente a la buena o mala fe del tercero (cfr. artículos 549 a 551); tampoco efectúa tal distinción el artículo 1463 con relación a la cesión de créditos; finalmente, el hecho de que el artículo 1394 sólo abra una acción contra el comprador está lejos de demostrar lo que BORDA pretende, pues, cuando se trate de un tercero adquirente de buena fe, no habrá responsabilidad que le pueda ser atribuida, mientras que si es de mala fe, la acción de resarcimiento se torna innecesaria por la declaración de nulidad (ello sin

perjuicio de la posibilidad de invocar el artículo 1109 del Código Civil en caso de haber padecido un daño).

273 Cfr. artículos 1396 y 1453 del Código Civil.

274 Nótese que el artículo 1453 del Código Civil sólo dispone que no puede cederse el derecho adquirido por pacto de preferencia “en la compraventa”. Ver nota 151.

275 Cfr. artículo 1369 del Código Civil.

276 Cfr. artículo 1397 del Código Civil.

277 Cfr. artículo 1398 del Código Civil.

278 Cfr. artículo 1400 del Código Civil. Vale al respecto lo manifestado con relación a las opciones de retracto onerosas y a las operaciones mercantiles (ver nota No 259).

279 Cfr. artículo 1401 del Código Civil.

280 Lo mismo sucede en España con el artículo 19 del Real Decreto Ley del 25 de febrero de 1977 de Ordenación Económica, el artículo 2 del Real Decreto del 31 de julio de 1980 sobre Arrendamiento financiero de inmuebles y el párrafo primero de la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, del 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

281 Nótese que incluso quienes reclaman la autonomía del “contrato de opción” declinan de alguna forma su posición cuando están en presencia del contrato de leasing afirmando que: “El contrato de leasing en sentido estricto -el arrendamiento y la opción de compra- constituye una figura atípica sui generis, en unidad de contrato con una causa propia, específica, legítima y única. El contrato de arrendamiento financiero es indivisible. Integra una cesión al arrendatario del bien para su uso y una opción de compra. Pero no es un arrendamiento más una opción de compra; sino que ambos pactos se integran y funden en una unidad, modificándose tanto las características del arrendamiento como las de la opción de compra” (SANCINIENA ASURMENDI, op. cit., pp. 102-103).

282 Ver página 63. Ver también LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., pp. 876 y 878.

283 Ver FISSORE, quien, pese a asimilar el “contrato de opción” al preliminar, señala que, si el concurso preventivo no ha concluido y el contrato definitivo versa sobre alguno de los aspectos incluidos en el art. 16 de la ley 24.522, penúltimo párrafo, el obligado concursado y el beneficiario deben solicitar la autorización judicial establecida en la mentada norma (op. cit., p. 885).

284 Confrontar con la opinión de MOLINA SANDOVAL y JUNYENT BAS, op. cit., quienes consideran que “el contrato de opción” es una subespecie del contrato preliminar y, por lo tanto, sometido a lo prescripto por el artículo 146 de la ley 24.522.

285 Al ejercer la opción, el tomador estará adquiriendo nuevos derechos para el período correspondiente al período de la prórroga (uso y goce), ocurriendo lo mismo con los derechos recíprocos que surgen en cabeza del dador (cobro del canon). De ahí que se trate de una opción constitutiva. Ello de ningún modo significa que las obligaciones pertenecientes al período de la prórroga recién se contraigan en ese momento, pues, como explica MOEREMANS: “el ejercicio del derecho de opción tiene efectos retroactivos, es decir, como si ab initio el contrato se hubiese celebrado por el plazo originario más el fijado en la opción” (ver lo explicado en la nota 167).

286 Es criticable la estricta exigencia del pago del precio como requisito tanto para la adquisición del derecho a la transmisión del dominio, cuanto para la transmisión del dominio misma, pues no solo restringe la autonomía de la voluntad de las partes en perjuicio del tomador, sino que modifica el régimen general de enajenación y adquisición de bienes que, en materia de derechos reales, sólo exigía título y modo, sin perjuicio de los demás recaudos para su oponibilidad a terceros.

287 Esta aguda observación es formulada por LÓPEZ DE ZAVALÍA en Teoría ..., op.

cit., Tomo 5, p. 878. Señala allí el referido autor que dicha tesis exigiría que la opción misma se ejerciera mediante escritura pública.

288 Las sociedades anónimas descienden de aquellas compañías navieras del siglo XVII instituidas por el derecho público para la conquista, la colonización y la empresa comercial ultramarina, donde la magnitud de los riesgos involucrados y la envergadura de los recursos necesarios para afrontar las expediciones hizo que el Estado, con la finalidad de alentarlas y procurarles financiamiento, dispusiera la limitación de la responsabilidad de los inversores al aporte realizado y la posibilidad de liquidar sus participaciones mediante la negociación de títulos libremente transmisibles. En tal sentido, ver ANAYA, Jaime Luis, "La sociedad como contrato", Contratos (Homenaje a Marco Aurelio Risolía), Abeledo-Perrot, 1997, pp. 15-16; íd. "Sociedades inicialmente unipersonales", El Derecho, Tomo 124, p. 724; ARECHA, Waldemar, "La personalidad de la S. A. ante el P. E.", en Revista de Derecho Comercial, Buenos Aires, 1948, pp. 14 y ss.; HALPERÍN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., Sociedades Anónimas, Depalma, Buenos Aires, 1998, Capítulo I; VERLY, Hernán, "Apuntes para una revisión del concepto de capital social (Con especial referencia a la sociedad anónima)", La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1997, Tomo 1997-A, pp. 756 y ss.; y VÍTOLO, Daniel Roque, "La identificación de los accionistas de sociedades por acciones y el orden público frente al fenómeno de la globalización", La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005, Tomo 2005-B, pp. 1129 y ss. Este último autor señala como ejemplos los siguientes: "... 'Sociedad Inglesa de las Indias Orientales', del año 1599; las 'Compañías Holandesas de las Indias Orientales', de 1602; y en Francia, 'Las Compañías Generales de Seguros y Préstamos a la Gruesa', de 1686; 'La Compañía de las Indias Orientales', creada por Colbert en el año 1664; 'La Nueva Compañía de Indias', creada por el financista inglés John Law, en 1717 ...". Para otros autores, como RICHARD y MUIÑO, el primer antecedente corresponde en cambio a la Casa di San Giorgio (luego, Banca di San Giorgio), fundada en Génova en 1409 (RICHARD, Efraín Hugo y MUIÑO, Orlando Manuel, Derecho Societario, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 4).

289 Tras un proceso de paulatina evolución hacia una concepción privatística, la codificación francesa del Siglo XIX estableció la aplicación subsidiaria de las disposiciones previstas para la sociedad civil, a la cual consideraba como uno más de los contratos, eliminando en 1867 el requisito de autorización del gobierno para las anónimas. El influjo que la legislación napoleónica tuvo en nuestro medio llevó a que, en su artículo 282, el Código de Comercio de 1859 para el Estado de Buenos Aires (posteriormente declarado Código Nacional mediante la ley 15 de 1862) también concibiera a la compañía o sociedad como un contrato, aconteciendo lo propio con la regulación que posteriormente les dispensara el Código Civil de 1869 en sus artículos 1648 a 1788, lo que constituye una clara inclinación hacia la tesis contractualista que se mantuvo en nuestro medio jurídico hasta promediar el siglo XX. Sobre el tema, puede consultarse ANAYA, "Sociedades inicialmente unipersonales", op. cit.; íd. "La sociedad como contrato", op. cit. El mencionado autor destaca allí un dato interesante al señalar que Vélez Sarsfield, pese a considerarla un contrato más, reservó a la sociedad anónima un tratamiento legal diferenciado de las demás, caracterizándola en el artículo 313 -hoy derogado- del Código de Comercio como la simple asociación de capitales para una empresa o trabajo cualquiera (definición que toma cierta distancia de la contractualidad), atribuyéndole comercialidad aunque no tenga por objeto actos de comercio (art. 282, también derogado), estableciendo el requisito proveniente de la codificación francesa original consistente en el juicio de mérito favorable de parte del gobernante (art. 318, también derogado), e incluyendo sólo a la sociedad anónima en la nómina de personas jurídicas (texto original del art. 33, inc. 5, del Código Civil). Para VAN THIENEN, la noción contractualista de la sociedad anónima

continúa fuertemente arraigada entre nosotros (VAN THIENEN, Pablo Augusto, “La declaración de adquisición en la sociedad anónima cotizada bajo control casi total: la ‘expropiación de acciones’ y la ‘expulsión forzosa’ del accionista minoritario (breves reflexiones a raíz del caso ‘Tenaris’)”, *El Derecho*, Editorial Universitas, Buenos Aires, 2004, Tomo 206, pp. 981 y ss.).

290 Las mayores críticas recibidas por el contractualismo fueron formuladas por la teoría institucionalista proveniente del derecho francés, cuyos autores demostraron que los principios generales de la autonomía privada se veían notablemente conmovidos en materia de sociedades, donde el acto constitutivo surgía de la confluencia de intereses económicos comunes (no necesariamente contrapuestos como en las relaciones de cambio), originando el nacimiento de una persona moral (una institución) con un interés distinto (el interés común o social) que, por mayorías calificadas o simples, podía dominar completamente las voluntades individuales de los socios al punto que en las sociedades de capital se admitía la posibilidad de modificación íntegra del acto constitutivo y aun la exclusión de algún fundador sin necesidad de unanimidad. En tal sentido, ver ZALDÍVAR, Enrique, MANOVIL, Rafael M., RAGAZZI, Guillermo E. y ROVIRA, Alfredo L., *Cuadernos de Derecho societario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, Volumen I, Capítulo 1. ANAYA señala que ya en 1867 Otto von Gierke había iniciado una corriente anticontractualista, que no encontró mayor repercusión en nuestro medio, pero que en Italia fue continuada después de la sanción del Código de 1942 a través de Mossa y Messineo (ANAYA, “La sociedad como contrato”, op. cit., p. 18).

291 Las teorías neocontractualistas, con la finalidad de superar aquellas objeciones y mantener a la sociedad bajo el paradigma de la declaración de voluntad común, pasan a encuadrarla como un contrato plurilateral de organización, donde las notas distintivas son la comunión de fin - que no excluye la presencia de intereses contrapuestos -, la plurilateralidad de partes - caracterizada en las sociedades de capital por su variabilidad -, y la instrumentalidad - como forma de organizar una actividad productiva - (cfr. ANAYA, “La sociedad como contrato”, op. cit., pp. 20-22). Si bien la ley 19.550 adhiere a esta última posición en lo que respecta a la fase genética de la sociedad, es decir, al negocio constitutivo (arts. 1o, 4o, 5o, 16 y ss., entre otros), incluye diversas disposiciones previstas para su etapa de funcionamiento que se orientan hacia una concepción institucionalista, tales como la subsistencia de la sociedad reducida a un solo socio (arts. 94, inc. 8, y 140), el principio de conservación de la empresa (art. 100), la intervención judicial (arts. 113 y ss.), la fiscalización estatal permanente para determinadas sociedades (arts. 299 y cc.), entre otras (Cfr. ZALDÍVAR, MANOVIL, RAGAZZI, y ROVIRA, op. cit.). Las actuales tendencias doctrinarias se inclinan, en cambio, hacia la caracterización de la sociedad como una técnica neutral de organización jurídica de las empresas, sea de raíz institucional o contractual, corriente que desencadena toda una serie de consecuencias en materia de política legislativa al privilegiarse la flexibilización normativa para el desarrollo de actividades productivas por sobre cualquier concepción que se tenga acerca de la naturaleza jurídica del instituto. Al respecto, ver PAILLUSSEAU, Jean, “La modernización del derecho de las sociedades comerciales. Una nueva concepción del derecho de las sociedades comerciales”, *La Ley*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1997, Tomo 1997-E, pp. 1408-1430). Siguiendo el informe del senador Philippe Marini, el autor citado sostiene que la construcción del derecho de las sociedades debe estar comandada por esta definición funcional de la sociedad como técnica de organización de las empresas, debiendo estas últimas hallar en el ordenamiento jurídico no trabas sino los útiles necesarios para su desarrollo. Sin embargo, esta visión pragmática de la función legislativa resulta sumamente opinable, pues las necesidades impuestas por la realidad del mundo de los negocios, más allá de constituir un dato de ineludible observancia para el

legislador, nada predica sobre el valor axiológico que indispensablemente debería tener para constituirse en una pauta que justifique por sí sola la introducción de modificaciones estructurales en un sistema normativo, resultando insoslayable un análisis más profundo sobre sus implicancias finales (Cfr. MORO, Emilio F., “Breves reflexiones sobre la sociedad unipersonal”, Revista Argentina de Derecho Empresario, Buenos Aires, 2005, Editorial Ad-Hoc, pp. 373-397).

292 No obstante, el advenimiento de la sociedad de responsabilidad limitada y la propia evolución de las sociedades anónimas provocó cierta relativización de la noción intuitiva de estas últimas al abandonarse la concepción que atribuía a la libre transmisibilidad la condición de “esencial” para tender a considerarla un carácter simplemente “natural”, aceptándose de este modo la introducción de cláusulas estatutarias restrictivas de la circulación de las acciones en la medida que se mantuviera la posibilidad de transferir la participación. Las razones que se invocaron para admitir la validez de estas restricciones durante la vigencia del anterior régimen instituido por el Código de Comercio se centraron en la inexistencia de una prohibición legal expresa o tácita, en las necesidades prácticas que dichas cláusulas satisfacían y en la libre adhesión del accionista al estatuto que establecía el requisito (Ver. HALPERÍN, Isaac, “Restricciones estatutarias a la transmisibilidad de acciones”, La Ley, t. 4, pp. 428-429; GAGLIARDO, “Nuevas reflexiones acerca de las cláusulas restrictivas a la libre transmisibilidad de acciones”, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Año 32, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 719; ZALDIVAR, MANÓVIL, RAGAZZI y ROVIRA, op. cit., Volumen III, p. 229; RANGUGNI, Diego Emilio, “Limitaciones a la libre transferencia de acciones”, La Ley, t. 1998-D, p. 447-448). La dimensión estrictamente capitalista de la sociedad anónima cedió así ante la influencia de factores relacionados con la personalidad de sus socios, adquiriendo la libre transmisibilidad un valor relativo como simple técnica de organización (Cfr. GAGLIARDO, “Nuevas reflexiones ...”, op. cit., p. 719; y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Restricciones a la libre transmisibilidad de las participaciones accionarias”, El Derecho, t. 198, pp. 935 y ss.). A partir de la sanción de la ley 19.550 se consagró legislativamente la posibilidad de establecer limitaciones estatutarias a la transmisión de las acciones nominativas y, posteriormente, la ley 22.903 las admitió para las acciones escriturales (art. 214), aunque en ambos casos sin hacerse referencia a las que pudieran pactarse por acuerdos celebrados al margen de los estatutos. La cuestión se vincula también con la definición de título de crédito que dio el Maestro VIVANTE: “El título de crédito es un documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo que en él se menciona” (VIVANTE, Cesare, Tratado de derecho mercantil, Tomo III, p. 136, Madrid 1932/36. En la página 123 de la versión italiana del Trattato di Diritto Commerciale, Volume III, Le Cose, quinta edizione riveduta e ampliata, Milano, 1924, N° 953, la definición es la siguiente: “Il titolo di credito é un documento necessario per esercitare il diritto letterale ed autonomo che vi é menzionato”). En tal sentido, el sistema cartáceo se orienta a favorecer la circulación del crédito a través de la preservación de los siguientes valores: a) certeza en la existencia y en la adquisición del derecho representado en el documento; b) rapidez en la negociación del título por vía de la simplificación de formalidades; y c) seguridad en realización final del crédito, garantizando que el derecho permanecerá inalterable e imperturbable tras las sucesivas transmisiones de las que sea objeto (Cfr. GÓMEZ LEO, Osvaldo R., Instituciones de derecho cambiario. Títulos de crédito, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, Tomo I, pp. 24-25; y YADAROLA, Mauricio L. Títulos de crédito, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1961, pp. 36-42). Con base en ello, existe entre los autores una tendencia generalizada a considerar que la posibilidad de circulación hace a la esencia de estos títulos (ver, por ejemplo, ALEGRIA, Héctor, “El aval en el cheque”, Revista Derecho Económico, No 1, p. 58; ARAYA, Celestino, Títulos



circulatorios, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 352; PAOLANTONIO, Martín MOCCERO, Eduardo M., La naturaleza jurídica del cheque en la ley 23.549, La Ley, Editorial La Ley, Tomo 1988-D, pp. 1191 y ss.; FERNANDEZ, Raymundo L., Código de comercio comentado, Editorial Impresora Argentina, Buenos Aires, 1945, Tomo III, p. 187; CAMARA, Héctor, Letra de cambio y vale o pagaré, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1972, Tomo I, p. 510; WILLIAMS, Jorge N., Títulos de crédito, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 213; y GUALTIERI, Giuseppe y WINIZKY, Ignacio, Títulos circulatorios, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, pp. 52-53 y 99-102; GARCÍA CÁFFARO, José L., “No puede ser cedido por solo endoso el crédito que prueba un cheque ‘no a la orden’”, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1986, Tomo 1986-C, pp. 427 y ss., entre otros). Se trata de una postura equivocada pues, como explica GÓMEZ LEO, la posibilidad de circulación sólo representa una de las eventuales funciones económicas que puede llenar el título de crédito (GÓMEZ LEO, Osvaldo, Tratado del pagaré cambiario, LexisNexis - Depalma, Buenos Aires, 2004, Lexis No 1610/002081, No 23), opinión que en materia de acciones era ya sostenida por HALPERÍN cuando expresaba que “la negociabilidad hace a la naturaleza de la acción, mas no a su esencia” (HALPERÍN, Sociedades Anónimas, op. cit.). A ello cabe agregar que, en lo que respecta a nuestro medio jurídico, careciendo en la Argentina de una normativa genérica sobre títulos valores (a pesar de lo dispuesto por el artículo 226 de la ley 19.550) y teniendo en cuenta, además, la nominatividad forzosa legalmente establecida, no resulta aplicable a las acciones la normativa del decreto-ley 5965/63 que podría ser el sustituto del ausente régimen genérico (ver REGGIARDO, Roberto Sergio, “Sobre la transmisión ‘entre vivos’ de acciones”, El Derecho, t. 205, pp. 844 y ss.). Sobre la relativización de los postulados de VIVANTE en materia de títulos, puede verse ALEGRÍA, Héctor, “La desmaterialización de los títulos-valores”, Revista del derecho comercial y de las obligaciones, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, Año 21, No 126, p. 907.

293 Cfr. HALPERÍN, op. cit., pp. 428; ZALDÍVAR, MANOVIL, RAGAZZI, y ROVIRA, op. cit., Volumen III, p. 228; ODRIOZOLA, Martín, “Compra venta accionaria y take over. La función profesional”, Negocios Parasocietarios, Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 135; NISSEN, Ricardo Augusto, Ley de sociedades comerciales. Artículos 146 a 244, 2a edición actualizada y aumentada, Ábaco, Buenos Aires, 1994, Tomo 3, p. 236; MOLINA SANDOVAL, op. cit.; y RANGUGNI, op. cit., p. 446.

294 Cfr. ZALDIVAR, MANÓVIL, RAGAZZI y ROVIRA, op. cit., Volumen III, p. 229; y GAGLIARDO, Mariano, “Restricciones a la libre transmisión de acciones: aspectos teóricos y prácticos”, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Año 13, Nros. 73 a 78, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 686. Esta cualidad, que con el tiempo ha pasado a ser considerada como característica meramente natural (ver nota 292.), se acentúa todavía más en materia de sociedades cotizantes, donde el inversor bursátil que adquiere acciones, si bien se incorpora a la sociedad y asume el carácter de socio con todos los derechos y obligaciones que de tal status resultan, prioriza de ordinario la liquidez del mercado derivada de la posibilidad de realizar rápidamente el título en el momento que considere más conveniente a sus intereses. Para la noción de “status” de socio puede consultarse la obra de ARECHA, Waldemar, “Estado de socio”, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1959, Tomo 95, pp. 905 y ss.

295 El artículo 214 de la ley 19.550 reformado por la ley 22.903 dispone: “La transmisión de las acciones es libre. El estatuto puede limitar la transmisibilidad de las acciones nominativas o escriturales, sin que pueda importar la prohibición de su transferencia. La limitación deberá constar en el título o en las inscripciones en cuenta, sus comprobantes y estados respectivos”. De todos modos, debe tenerse presente que, sin perjuicio de las restricciones convencionales o estatutarias que puedan establecerse, existen algunas que son directamente

impuestas por la ley, tales como: a) la exigencia de la conformidad del directorio para la transmisión de las acciones nominativas con prestaciones accesorias (art. 50, ley 19.550); b) el derecho de preferencia otorgado a los accionistas en la emisión de nuevas acciones (art. 194); c) la prohibición de adquirir las propias acciones por parte de la sociedad (art. 220); y d) el derecho de preferencia otorgado a los accionistas respecto de las acciones adquiridas por la sociedad que deben ser enajenadas (art. 221).

296 El artículo 35 del anteproyecto de la comisión creada por la resolución 112/02 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos incorpora la regulación de las convenciones parasociales en la ley de sociedades.

297 Además de la cláusula de preferencia, son comunes las siguientes: a) cláusulas de consentimiento, que imponen la aprobación de la transmisión por parte de algún órgano de la sociedad (las estatutarias) o de las personas que se indiquen en el acuerdo parasocial; b) cláusulas que establecen ciertos requisitos que deben reunir quienes pretendan adquirir las acciones (Cfr. ZALDIVAR, MANÓVIL, RAGAZZI y ROVIRA, op. cit., p. 230; MOLINA SANDOVAL, op. cit.); y c) cláusulas que establecen una prohibición transitoria (o temporal) y razonable de la transferencia (Cfr. GAGLIARDO, “Nuevas reflexiones ...”, op. cit., p. 719; solución que es tomada por el artículo 214 del anteproyecto citado anteriormente al disponer: “El estatuto puede vedar la transferencia de las acciones por un período no superior a TRES (3) años desde su constitución o desde la fecha en que la prohibición se introduce”).

298 La ley 19.550 se refiere en varias de sus disposiciones a diversas hipótesis de derechos preferentes, aunque no todas se refieren a restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones (ver artículos 79, 85, 88, 153, 154, 194 a 197, 216, 217, 221, 235 -inciso 5-, 334 y 386 - inciso n-).

299 De acuerdo al artículo 194, Los derechos de preferencia y de acrecer no pueden ser suprimidos o condicionados, a menos que la asamblea lo limite o suspenda, en cuyo caso deben cumplirse las siguientes condiciones que establece el artículo 197: a) que lo exija el interés de la sociedad; b) que se trate de casos particulares y excepcionales; c) que su consideración se incluya en el orden del día; d) que se resuelva en asamblea extraordinaria; e) que se decida por el voto favorable de la mayoría de las acciones con derecho a voto, sin aplicarse la pluralidad de voto; f) que se trate de acciones a integrarse con aportes en especie o que se den en pago de obligaciones preexistentes.

300 Los artículos 194 a 197 regulan el derecho preferente otorgado a los titulares de acciones ordinarias de suscribir nuevas acciones de la misma clase en proporción a las que posean y de acrecer en proporción a las acciones que haya suscripto en cada oportunidad, derechos que pueden ser limitados por asamblea extraordinaria en determinados supuestos taxativamente previstos, y que también pueden ser extendidos a las acciones preferidas por el estatuto o resolución de la asamblea que disponga la emisión. Por su parte, haciendo aplicación del mismo principio, el artículo 334 lo establece para el supuesto de emisión de debentures convertibles en acciones. GAGLIARDO (Sociedades Anónimas, op. cit.) considera que el derecho otorgado por el artículo 194 no constituye un derecho de preferencia sino una opción, brindando los siguientes argumentos: “En cuanto a las proyecciones de ambas figuras, los distingos se hacen más evidentes si se tiene en cuenta que la opción significa una renuncia a la facultad de revocar la propuesta contractual, perfeccionándose tan pronto el destinatario manifieste su aceptación; en la prelación no hay propuesta contractual sino un reconocimiento al beneficiario de ser preferido frente a cualquier otro interesado y en paridad de condiciones, en caso de que el promitente decidiera la celebración del negocio jurídico tenido en vista al concederla. Su incumplimiento significará para el promitente la obligación de resarcir daños e intereses. Por el contrario, en la

opción la revocación carece de efecto, y una modalidad de ésta es el derecho de suscripción preferente, aun cuando la utilización de ambos conceptos jurídicos parezca contradictoria. Una compatibilidad de lo antes expuesto, a nuestro juicio, consiste en considerar que se trata de una opción, sin perjuicio de que, además, con relación al accionista, se lo considere como una prelación o preferencia”. HALPERÍN, en “Restricciones ...”, op. cit., p. 433, criticando a la doctrina francesa, destaca con relación al derecho de preferencia lo siguiente: “El derecho de retirar de la venta la acción que se quiere ceder, violenta reglas fundamentales de la oferta y de las obligaciones, cuando se han fijado en los estatutos las normas a seguirse en la fijación del precio. A falta de una cláusula expresa, o subentendida dadas las modalidades de la restricción, nos parece una solución forzada”. Esta parece ser la respuesta adecuada, toda vez que, cumplida la condición futura e incierta a la que se encontraba supeditado el nacimiento de la obligación, el deudor no podrá ya liberarse revocando su decisión de enajenar por resultarle de aplicación lo dispuesto en el artículo 538 del Código Civil. Finalmente cabe señalar que las primeras normas gubernamentales que se conocen a nivel nacional con relación al derecho de suscripción preferente son los decretos 1260 del 31/01/1955 (B.O. 8/II/55) y 852 del 14/10/1955 (B.O. 20/X/55), aunque GAGLIARDO destaca que la autoridad administrativa lo venía exigiendo como requisito en los estatutos.

301 El primer párrafo del artículo 221 de la ley 19.550 dispone que el directorio debe enajenar las acciones adquiridas en los supuestos 2o y 3o del artículo 220 dentro del término de un (1) año; salvo prórroga por la asamblea, aplicándose el derecho preferente previsto en el artículo 194. Por su parte, las hipótesis contempladas en los supuestos 2o y 3o del artículo 220 son las siguientes: “2o) Excepcionalmente, con ganancias realizadas y líquidas o reservas libres, cuando estuvieren completamente integradas y para evitar un daño grave, lo que será justificado en la próxima asamblea ordinaria; “3o) Para integrar el haber de un establecimiento que adquiere o de una sociedad que incorpore”.

302 Cfr. CNCom., Sala C, “Duperre, Ricardo c/ C.M. Sociología de empresa S.A.”, La Ley, t. 1985-B, p. 410, donde el Dr. ANAYA cita en su apoyo a GASPERONI para poner de relieve que este derecho “no deriva directamente de la acción como los frutos derivan de las cosas, sino que está íntimamente conexo a la persona de los accionistas que han contribuido a constituir la situación económica de la sociedad y que deben, consecuentemente, beneficiarse de las relativas ventajas”. Sobre los intereses que pone en juego la emisión de acciones originada en un aumento de capital, ver también CNCom., Sala C, “Augur S.A. s/ quiebra c/ Sumampa S.A.”, voto del Dr. ANAYA, El Derecho, t. 114, p. 373.

303 BAGLIETTO, Sebastián, “Hacia una interpretación de la solución legal en el supuesto de privación del ejercicio del derecho de preferencia”, Jurisprudencia Argentina, t. 1996-IV, p. 639, donde se señala con relación al derecho de acrecer que “Está claro que el legislador ha tenido en miras conservar una misma estructura de participación en cuanto a socios, dando en consecuencia preferencia a los mismos socios para que acrecienten su participación antes que permitir el ingreso de terceros”. Sobre el derecho de acrecer, ver también GAGLIARDO, Sociedades Anónimas, op. cit., Nros. 100 a 103, Lexis No 1601/11021.

304 Cfr. HALPERÍN y OTAEGUI, op. cit., Lexis No 5701/11291.

305 Así lo dispone el artículo 196, 2o párrafo, aclarando HALPERÍN y OTAEGUI (op. cit.) que “la brevedad relativa del plazo obedece a las exigencias de seguridad jurídica, porque la inacción por un plazo prolongado permite inducir la renuncia del derecho, y para que no se especule con la mejora de la situación económico-financiera de la sociedad”. En realidad, estando en juego la integración del aumento suscripto, cabría interpretar que se trata de una de las tantas formas en que la ley procura preservar la intangibilidad del capital social como garantía de

los acreedores.

306 Cfr. CNCom., Sala C, “Duperre, Ricardo c/ C.M. Sociología de empresa S.A.”, op. cit., p. 410-411, donde el Dr. Anaya destaca que la fuente directa de la norma es el artículo 243 del Código de Comercio de Honduras.

307 Ello sin perjuicio la acción social de responsabilidad del ente contra los directores, gerentes, síndicos e integrantes del consejo de vigilancia por aplicación de los artículos 274 , 280 y 296.

308 No es lo mismo decir “Si por tratarse de acciones entregadas no puede procederse a la cancelación prevista”, que decir “Si se hubieren entregado las acciones no podrá procederse a la cancelación prevista”. La ley establece lo primero, no lo segundo.

309 Arg. artículo 3269 del Código Civil.

310 Dado que la mala fe resultará del conocimiento del derecho de preferencia (arg. artículos 592 a 594 y 1463 del Código Civil), que por encontrarse incorporado al estatuto no podrá alegarse su ignorancia, el suscriptor o tercer adquirente deberá demostrar su buena fe. BAGLIETTO (op. cit.) parece sustentar la posición contraria al sostener que, tratándose de acciones nominativas, la suscripción e integración aunada a la inscripción en el libro de registro de accionistas obstaría a la cancelación y sólo otorgaría al perjudicado el derecho a la indemnización, a menos que lograre obtener la nulidad por vía del artículo 251 de la ley 19.550. La crítica que puede formularse a esta posición es que se aparta del texto de la norma que sólo se refiere a la entrega de acciones que impidiere la cancelación y no a la que pudiere derivar de la inscripción prevista por el artículo 215.

311 Como ejemplo de lo manifestado, piénsese en la caracterización que el artículo 1 de la ley 25248 efectúa respecto del contrato de leasing, donde se erige a la opción de compra en elemento esencial particular de esta figura, sin que ello conmueva en modo alguno su raíz contractual.

312 Será directa cuando la cláusula se enuncie de manera prohibitiva y será indirecta cuando, no obstante no enunciarse de manera prohibitiva, produjere iguales efectos (cfr. MOLINA SANDOVAL, op. cit.).

313 Por ejemplo, establecida en el estatuto una cláusula de consentimiento, podría preverse el derecho de preferencia en favor de un tercero que la sociedad debería presentar para adquirir las acciones.

314 HALPERIN, “Restricciones ...”, op. cit., p. 432, donde destaca que la eficacia de la restricción aún respecto de los herederos legítimos es perfectamente posible y legal, y que la misma razón lleva a extenderla a los supuestos de enajenación forzosa (el caso que comentaba en esa publicación versaba justamente sobre la eficacia de la cláusula limitativa respecto de un adquirente en subasta). Respecto de los sucesores universales, ver CNCom., Sala B, “El Chañar S.A.”, La Ley, t. 1994-D, 275-277, donde, vista la sociedad como contrato, se resuelve que la restricción para el caso de transmisión mortis causa es válida con fundamento en lo establecido por el artículo 1195 del Código Civil, según el cual los efectos de los contratos no se extienden a los herederos y sucesores universales cuando una cláusula así lo dispusiere. El tema es exhaustivamente desarrollado por NISSEN, op. cit., No 466, pp. 240 y ss.

Es interesante destacar que desde la teoría de la oferta irrevocable parece imposible justificar el funcionamiento de la preferencia para el caso de fallecimiento del socio, pues resulta claro que en esta situación el otorgante del derecho potestativo no puede formular su ofrecimiento después de muerto. 315MOLINA SANDOVAL, op. cit., destaca: “En este tipo de cláusulas se pacta, por lo general, que cuando algún accionista pretenda enajenar sus títulos accionarios, debe comunicarlo de manera previa a la sociedad (o a los socios), concediéndose a determinadas personas el derecho de adquirirlas de manera preferente, comprometiéndose -a su veza no transmitir las a sujeto distintos de los

preferentes. “Estas cláusulas deben respetar el siguiente esquema procedimental: i) La transmisión deberá ser comunicada a la sociedad antes de ser realizada; ii) los administradores, dentro de un plazo determinado, están obligados a comunicar al titular del derecho de adquisición preferente (generalmente los socios) el número y circunstancias de las acciones que desean transmitirse, iii) dentro del plazo expresamente establecido, los que gozan del derecho preferente, deberán comunicarlo a los administradores para que se determine quiénes las adquirirán; iv) si nadie ejercita el derecho de adquisición preferente, el accionista está facultado para transmitir las acciones a quien estime conveniente; v) los estatutos pueden ser variables en la determinación del precio”.

316 Se puede establecer que lo sean todos los accionistas, los accionistas de una determinada clase de acciones (art. 207, párr. 2°), los directores, la propia sociedad (en los supuestos admitidos por el artículo 220), o terceros. Asimismo, se puede determinar entre ellos un orden de prioridad para ejercerlo y el prorrateo de las acciones entre los que optaren por adquirirlas. Ante la falta de previsión al respecto, habrá de interpretarse que fue establecida en favor de todos los accionistas (cfr. HALPERIN y OTAEGUI, op. cit. Lexis No 5701/11521, nota 32; en igual sentido, MOLINA SANDOVAL, op. cit.).

321 Ver NISSEN, op. cit., pp. 238 y ss., y MOLINA SANDOVAL, op. cit. RANGUGNI, op. cit., p. 452, dice: “Así como rechazamos la aplicación analógica del plazo de caducidad incorporado al art. 153, tampoco compartimos extraer de la regulación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada la disposición que invalida la limitación estatutaria ante la imprevisión del procedimiento para su ejercicio. Pese a que la consideramos una regla muy saludable, no creemos acertado forzar su inclusión en el régimen de las sociedades anónimas por una vía inapropiada”.

322 Arg. artículos 40 y 1197 del Código Civil. Ver ZALDIVAR, MANÓVIL, RAGAZZI y ROVIRA, op. cit., p. 257, donde se indica que constituyen normas que despliegan sus efectos erga omnes, afectan la transmisibilidad de todas las acciones y hacen a la naturaleza circulatoria de los títulos de crédito, y que “... encuentran razón de ser en el condicionamiento que la entidad emisora impone a la ley de circulación del título o en el propio contrato social cuando regula la transmisión de la calidad de socio ...”. Ver, asimismo, GAGLIARDO, “Nuevas reflexiones ...”, op. cit.

323 Cfr. NISSEN, op. cit., p. 239; y REGGIARDO, op. cit., p. 844. En contra, GAGLIARDO, op. cit., p. 694, VERÓN, Alberto V., Sociedades comerciales. Ley 19.550 y modificatorias, Astrea, Buenos Aires, 1998, t. 3, pág. 550; y MOLINA SANDOVAL, op. cit., para quienes el acto es inoponible a la sociedad pero eficaz entre las partes. La crítica que cabe formular a esta posición es que, constando en el estatuto y en el título la restricción, el tercero no puede alegar desconocimiento de la cláusula, de modo que su adquisición siempre será de mala fe (artículos 592 a 594 y 1463 del Código Civil) y en perjuicio de terceros (los beneficiarios del derecho), circunstancia que tornará anulable el acto por prohibición de su objeto (artículos 953 y 1045 del Código Civil).

324 En contra, MOLINA SANDOVAL, op. cit., para quien, a raíz del efecto integrativo y constitutivo que tiene la inscripción en la ley de sociedades, al perjudicado sólo le quedarían las vías impugnativas del sistema societario. Esta posición incurre en la confusión de otorgar a la inscripción (integrativa y constitutiva) un efecto saneatorio que no surge de ninguna disposición legal.

325 Como sucede con los denominados tag along right (derecho de adhesión) y drag along right (derecho de arrastre).

326 Por ejemplo, que la participación del eventual accipiens supere un determinado porcentaje sobre el capital social.

327 Ver HALPERÍN, “Restricciones ...”, op. cit., p. 429; GAGLIARDO, “Nuevas reflexiones ...”, op. cit., p. 719.

328 Necesidades reales del tráfico de los negocios como, por ejemplo, la de

permitir al accionista externo la salida de una sociedad subordinada a políticas grupales o sometida a un control prácticamente total, facilitar la ejecución de políticas empresarias grupales (aún dentro de los límites que impone el interés social), evitar hipótesis de abusos de una minoría hostil, etc.

329 Ver. HALPERÍN, “Restricciones ...”, op. cit., p. 429, 330 Las opciones mediadoras son comunes en el contrato de corretaje y consisten en brindar a una de las partes, que interviene como intermediario, la posibilidad de designar, dentro del plazo que se estipule al efecto, un tercero para adquirir el bien de que se trate (cfr. MAYO, “La opción ...”, op. cit.; y GAMARRA, op. cit., p. 159, con cita de SÁNCHEZ FONTÁNS).

331 Si no se previera el trámite respectivo, una eventual aplicación analógica del artículo 153 de la ley 19.550 podría invalidar la estipulación (ver nota 321).

332 Ello a fin de no violentar la prohibición contenida en el artículo 13, inc. 5, de la ley 19.550 (ver nota 319).

333 A favor de la aplicación del principio mayoritario se ha pronunciado la CNCom., Sala B, 19/08/1997, “Comisión Nac. de Valores c. Garovaglio y Zorraquín S.A.”, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1999, Tomo 1999-E, pp. 493 y ss. Esta es, además, la postura de VAN THIENEN con referencia concreta a la cláusula que nos ocupa (op. cit.). Sin embargo, tal tesitura, trasladada a la hipótesis analizada, parece opinable en atención a que los accionistas disconformes quedarían expuestos a que la mayoría pudiera decidir en todo momento modificar las bases estructurales del contrato plurilateral de organización al cual adhirieron, con el único fin de adquirir sus participaciones (véase, además, la posición de HALPERÍN en “Restricciones ...”, op. cit., p. 433). Con criterio similar al que utiliza NISSEN cuando analiza las cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad de las acciones (Ley de sociedades comerciales ..., op. cit., p. 239), RANGUGNI sugiere como solución permitir al accionista disconforme ejercer el derecho de receso (RANGUGNI, Diego Emilio, “Reformas al estatuto social”, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1999, Tomo 1999-E, pp. 492 y ss.), propuesta que no resulta pacífica, no sólo porque que dicho derecho está previsto para los supuestos taxativamente enumerados en el artículo 245 (donde no se menciona la hipótesis de incorporación de una cláusula semejante por vía de reforma), sino principalmente porque originaría una situación disvaliosa al obligar al socio a optar por aceptar esa modificación o desprenderse de sus acciones a cambio del exiguo valor de reembolso que puede resultar del último balance aprobado o que deba aprobarse. De todos modos, debe reconocerse que asiste la razón a este último autor cuando señala que no es contraria a la ley de sociedades la posibilidad de afectar derechos adquiridos por vía de una decisión mayoritaria, sino que tal posibilidad ha sido expresamente admitida cuando se otorga en determinados casos taxativamente enumerados el derecho de receso ante la alteración de las condiciones esenciales a las que se sometió el accionista al incorporarse.

334 Ver ZALDIVAR, MANÓVIL, RAGAZZI y ROVIRA, op. cit., p. 257, donde se indica que los sindicatos de bloqueo “Consisten en limitaciones o condicionamientos a la transmisibilidad de las tenencias accionarias de los integrantes del sindicato a terceros no sindicados, otorgando o no derechos de opción de compra preferente a sus adherentes así como también contienen, en ciertos casos, restricciones relativas a acciones que los sindicatos puedan adquirir en el futuro”.

335 Por ejemplo, un inversor puede celebrar un acuerdo con un accionista para asegurarse la adquisición preferente de las acciones de las cuales éste es o puede llegar a ser titular; un accionista puede celebrar un contrato para asegurarse la adquisición preferente de las acciones que un tercero pueda llegar a adquirir en el futuro, etc.

336 ROCA, Eduardo A, “Legitimidad de las opciones concedidas en un convenio entre accionistas para el caso de su fallecimiento”, El Derecho, t. 144, p. 950-952,

donde se señala que la cláusula es válida pero sólo en la medida que el perjuicio que sufre el heredero vendedor de la participación social, derivado de un eventual menor precio, no disminuya el valor de su parte legítima en el haber sucesorio.

337 Ver artículo 1654, inc. 3, en cuanto a los herederos. 338 Ver artículo 1364 del Código Civil que prohíbe la cláusula de no enajenar a persona alguna.

339 El artículo 35 del anteproyecto mencionado al principio dispone al respecto lo siguiente: “Las convenciones no pueden tener una duración superior a CINCO (5) años y también se entienden estipulados por tal duración si las partes han previsto un término mayor; son renovables a su vencimiento. Si son celebradas por tiempo indeterminado, cada contrayente tiene derecho a receder de ellas con un preaviso de seis meses”.

340 Ver lo explicado en las páginas 49 y ss.

En contra, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial No 11, Secretaría No 22, “Warroquiers, Juan Pedro y otro c/Quintanilla de Madanes, Dolores y otros”, op. cit, donde se señaló que ningún tercero estaba obligado a respetar el derecho de preferencia instrumentado en un pacto de sindicación de acciones. Lo paradójico es que allí se cita en apoyo de la argumentación a SPOTA quien, como fuera expuesto antes, considera que el pacto de preferencia es oponible a terceros y que al adquirente (cuya mala fe resultará del conocimiento de la obligación preexistente) le son aplicables los artículos 592 a 594 del Código Civil.

ROCA, “Acuerdos ...”, op. cit., p. 102, sin adoptar una postura definida sobre el punto, destaca que en Francia se ha discutido acerca de si la consecuencia del incumplimiento no sería la nulidad de la cesión, aunque la jurisprudencia dominante entiende allí que sólo cabe la indemnización por daños y perjuicios, a menos que se demuestre colusión fraudulenta.

En el derecho comparado, se pronuncia también en contra GALGANO, Francesco, El negocio jurídico, trad. de Francisco de P. BLASCO GASCÓ y Lorenzo PRATS ALBENTOSA, Tirant lo blanch, Valencia, 1992, pp. 180-188. Para el autor italiano, si un socio vende su paquete de acciones a un comprador sin entregarle los títulos y posteriormente transfiere el mismo paquete a un tercero, entregándole esta vez los títulos, el primer comprador no tendría acción alguna contra el tercer adquirente que hubiere conocido la obligación preexistente por cuanto éste habría adquirido según la ley de circulación de los títulos de créditos. La solución propiciada por el prestigioso doctrinario no parece aplicable en nuestro derecho frente a la expresa disposición del artículo 592 del Código Civil, a lo que cabe agregar que, a pesar de lo dispuesto por el artículo 226 de la ley 19.550, se carece en la Argentina de una normativa genérica sobre títulos valores y, además, la nominatividad forzosa legalmente establecida le resta directamente aplicabilidad a gran parte de lo que podría ser el sustituto del ausente régimen genérico: la normativa del decreto-ley 5965/63 (ver REGGIARDO, op. cit.). Por otra parte, la autonomía que se predica respecto de los títulos de crédito no fungibles se refiere a la relación interna que los mismos originan (en el caso, a la del socio en relación a la sociedad y los restantes socios), pero de ningún modo juzga las acciones que pueden tener lugar entre compradores o cesionarios y adquirentes de mala fe.

341 Más allá del sentido peyorativo que importa la palabra “residuales” empleada para designar las tenencias minoritarias, o de la vaguedad ínsita en la expresión “control casi total”, lo cierto es que no se trata de un régimen “de participaciones residuales” (que, por definición, debería orientarse a reglamentarlas) sino del establecimiento de una causa especial de transmisión de las acciones consideradas “residuales” (Cfr. MANÓVIL, Rafael M., “Las participaciones residuales y el derecho de exclusión en el decreto 677/2001. Razonabilidad, constitucionalidad y crítica a un fallo de 1a instancia”, La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, Tomo 2004-D, pp. 417 y ss.).

342 “Se define como accionistas minoritarios a los titulares de acciones de

cualquier tipo o clase, así como a los titulares de todos los otros títulos convertibles en acciones que no sean de la persona controlante” art. 26, inc. d), quienes gozarán del derecho de opción previsto en la medida que “acrediten la titularidad de sus acciones o de sus otros títulos a la fecha en que la sociedad quedó sometida a control casi total; para el caso de sociedades que ya se hallen en esa situación a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, la legitimación corresponde a quienes acrediten tal titularidad a esta última fecha; la legitimación sólo se transmite a los sucesores a título universal” (inc. e).

343 De acuerdo a los artículos 27 y 28 del referido decreto, el precio equitativo debe ser fijado conforme las pautas del artículo 32 inciso d) que establece: “El precio ofrecido deberá ser un precio equitativo, pudiéndose ponderar para tal determinación, entre otros criterios aceptables, los que se indican a continuación: I) Valor patrimonial de las acciones, considerándose a ese fin un balance especial de retiro de cotización. II) Valor de la compañía valuada según criterios de flujos de fondos descontados y/o indicadores aplicables a compañías o negocios comparables. III) Valor de liquidación de la sociedad. IV) Cotización media de los valores durante el semestre inmediatamente anterior al del acuerdo de solicitud de retiro, cualquiera que sea el número de sesiones en que se hubieran negociado. V) Precio de la contraprestación ofrecida con anterioridad o de colocación de nuevas acciones, en el supuesto que se hubiese formulado alguna Oferta Pública de Adquisición respecto de las mismas acciones o emitido nuevas acciones según corresponda, en el último año, a contar de la fecha del acuerdo de solicitud de retiro. Estos criterios se tomarán en cuenta en forma conjunta o separada y con justificación de su respectiva relevancia al momento en que se formule la oferta y en forma debidamente fundada en el prospecto de la oferta, debiendo en todos los casos contarse con la opinión de los órganos de administración y de fiscalización y del comité de auditoría de la entidad. En todos los casos el precio a ser ofrecido no podrá ser inferior al que resulte del criterio indicado en el apartado IV precedente”.

344 Por ejemplo, mientras que el controlante se halla en condiciones de formular su declaración unilateral de voluntad de adquisición de la totalidad del capital social remanente en poder de terceros desde el mismo momento en que se configura la situación de control “casi total”, el accionista minoritario debe intimar previamente al controlante para que éste haga una oferta de compra a la totalidad de los accionistas minoritarios y sólo puede accionar judicialmente si, transcurridos sesenta días contados desde la intimación, aquél no efectúa una Oferta Pública de Acciones ni la declaración de adquisición. Como contrapartida, el controlante sólo tiene seis meses para emitir su declaración unilateral de voluntad de adquisición, mientras que el accionista minoritario puede cursar su intimación en cualquier tiempo.

345 Así lo interpreta VAN THIENEN cuando sostiene que “producida la situación de control casi total tanto el socio minoritario como el controlante pueden rescindir parcialmente el contrato social con la nota característica de que en ambos casos tal resolución será forzosa” (op. cit.)

346 Cfr. CNCom., Sala B, 25/11/1996, “Inversiones Rosario S.A. c/ Indosuez International Finance s/ medidas precautorias s/ incidente de apelación art. 250”, El Derecho, Editorial Universitas, Buenos Aires, 1997, Tomo 171, pp. 227-228; íd. misma Sala, 09/08/1999, “De las Carreras, Daniel c/ Shaw, Guillermo E. y otros”, Jurisprudencia Argentina, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2000, Tomo 2000-III, pp. 858-863).

347 Las opciones recíprocas son aquellas que pueden ser ejercidas unilateralmente por cualquiera de las partes.

348 Ver MAYO, op. cit., p. 1513; y GAMARRA, op. cit., p. 146.

349 Según lo manifestado en la nota 344, en el caso del accionista “minoritario” el



condicionamiento es doble, pues se adiciona la exigencia de que el controlante no formule la oferta pública de adquisición dentro del plazo de intimación de 60 días previsto en el art. 27.

350 Se trata en definitiva de la regla de la libre adhesión del accionista al contrato que legalmente tiene imperativamente incorporado ese derecho, del mismo modo que sucede, por ejemplo, con las previsiones que ya contiene la ley 19.550 en lo que respecta al derecho de preferencia o al imperativo impuesto a la sociedad para que enajene sus propias acciones. Adviértase que este deber de enajenar establecido por el artículo 221 de la ley 19.550 constituye un típico ejemplo de cuestión de política legislativa, pues la tenencia de acciones propias en cartera por parte de la sociedad emisora es una modalidad admitida en otros ordenamientos jurídicos y permite ciertas prácticas socialmente útiles tales como, por ejemplo, el otorgamiento de opciones sobre acciones a los trabajadores como una forma de estímulo a la productividad (sobre este tema, ver MENNA, op.cit., pp. 1525 y ss.). El legislador, del mismo modo en que ha erigido a la opción de compra en elemento esencial del contrato de leasing (ver nota 311), puede imponer a los celebrantes o adherentes de un contrato plurilateral de organización de una sociedad una opción de transmisión de “participaciones residuales” al controlante ejercible tanto por éste como por los accionistas “minoritarios”. No parecen convincentes las objeciones que, dejando de lado lo relativo al principio de jerarquía normativa, formula VAN THIENEN respecto del aspecto sustancial del régimen de participaciones residuales (“La declaración de adquisición ...”, op. cit.), pues utiliza como pauta de referencia normas infraconstitucionales vinculadas a la relación sociedad-socio (hipótesis de exclusión del socio en la ley de sociedades) que no resultan trasladables, ni en forma directa ni mutatis mutandi, al vínculo accionista-accionista. Además, como señala MANÓVIL, la alternativa que propone el autor consistente en que el accionista pueda ser excluido, mas a cambio de recibir acciones de la controlante conforme a alguna relación de canje implicaría, ahora si, una violación del derecho de no asociarse (art. 14 de la Constitución Nacional), pues el accionista sería forzado, de este modo, “a ser socio de una sociedad por la que no optó, lo cual es mucho más violatorio de su voluntad que recibir el justo valor en dinero de lo que representaba su participación minoritaria” (cfr. MANÓVIL, op. cit.).

351 Cfr. RANGUGNI, “Reformas al estatuto”, op. cit.

352 Cobrarían aquí sentido las consideraciones vertidas por la Sala B de la CNCom. en la causa “Comisión Nac. de Valores c. Garovaglio y Zorraquín S.A.” (citada en la nota 333), cuando, con relación a una cláusula que imponía la carga de formular una oferta pública de compra para poder continuar ejerciendo los derechos políticos después de superado un determinado porcentaje de participación, entendió que sólo se encontraba afectada la expectativa de los accionistas de negociar sus acciones. Según CAMISSA, “tanto las situaciones o relaciones jurídicas como las consecuencias de las mismas, que se encuentren pendientes o no agotadas, pueden ser objeto de regulación de la nueva norma, en virtud del efecto inmediato” (CAMMISA, Augusto G., “La irretroactividad el artículo 11 ley 25.561 y la ley 25.628”, Revista La Ley de Córdoba 2005 -febrero-, Editorial La Ley, 2005, pp. 1 y ss.; ver asimismo, sobre la cuestión vinculada a la retroactividad de las leyes en materia civil, la interesante visión crítica de DE STEFANO, Carlos A., cuando en “Retroactividad y constitucionalidad de la leyes” -La Ley, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1979, Tomo 1979-C, pp. 784 y ss.- promueve la derogación del párr. 3o del art. 3o del Código Civil). La cuestión relativa al “estado de socio” podría ofrecer alguna duda en cuanto a la existencia de un derecho adquirido, mas ésta se disipará a poco que se tenga presente que en materia de sociedades de capital ese “status” se encuentra “escindido de la persona del socio y asentado en algunos de sus derechos, cual de sus prestaciones puramente materiales a la

sociedad y las titularidades que de ello se derivan” (cfr. ARECHA, Waldemar, “Estado de socio”, op cit.).

353 Ver SARAVIA FRÍAS, op. cit.; RODRÍGUEZ SIMÓN, op. cit.; MALUMIÁN, op. cit., LUEGMAYER, op. cit., y MARISCOTTI, op. cit., pp. 911 y ss. Ver también el considerando segundo del decreto 1130/97.

354 MENNA explica esta clasificación del siguiente modo: “Los contratos derivados pueden ser de tipo traslativo o de tipo diferencial. En la primera tipología se encuentran comprendidos aquellos contratos de los cuales deriva el derecho u obligación de ceder o adquirir a término instrumentos financieros, valores, metales preciosos o mercaderías. Estos presentan la configuración de verdaderos contratos traslativos, puesto que, su ejecución importa el derecho u obligación de efectuar o recibir la entrega o prestación de la actividad financiera subyacente. La segunda categoría mencionada comprende, en cambio, los contratos de los cuales deriva el derecho u obligación de recibir o efectuar a término uno o más pagos vinculados con tasas de interés, cotizaciones o valores de instrumentos financieros, monedas extranjeras y metales preciosos entre otros. Estos contratos revisten la configuración de contratos diferenciales puesto que son ejecutados -a su vencimiento a través del pago de una diferencia de dinero. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con los contratos derivados de tipo traslativo, a través de la estipulación de un contrato diferencial las partes pueden obtener ganancias conforme varíen las cotizaciones de títulos, monedas, mercaderías sin que en ningún momento se realice la adquisición o cesión de aquellos bienes o actividades subyacentes” (MENNA, op. cit., pp. 1525 y ss.).

355 Ver nota 159.

356 LORENZETTI explica en la publicación citada que existe una férrea identidad entre tipicidad y finalidad económico social, correspondiendo al tipo contractual especial cumplir una función facilitativa (supletoria) de la actividad de los particulares y delimitativa de las contrataciones que se apartan del deber ser, sin que le corresponda cumplir funciones programáticas. Sin embargo, aclara que la referida identidad puede fracturarse ante la existencia de contratos que pueden cumplir funciones diversas y otros que son usados como instrumentos de finalidades distintas de las que realmente tienen, produciéndose deformaciones del tipo. (“Contratos modernos ...”, op. cit.).

357 Cfr. SARAVIA FRÍAS, op. cit.

358 Ver, con algunas variantes, SARAVIA FRÍAS, op. cit.; RODRÍGUEZ SIMÓN, op. cit.; LUEGMAYER, op. cit.; y MARISCOTTI, op. cit., quien agrega que los contratos de opción no solo pueden recaer sobre bienes, sino también tasas de interés, índices y otros parámetros de carácter financiero, en cuyo caso los subsume dentro de la categoría de contratos derivados de tipo traslativo.

359 Esta independencia del precio de ejercicio respecto de las variaciones que pueda experimentar el valor de mercado del activo subyacente, se encuentra ausente en las definiciones brindadas por los autores mencionados en la nota precedente y ha sido introducida por MENNA, op. cit., al explicar el concepto de opciones sobre acciones. Nótese que esta independencia es crucial en la definición, pues, como se explicó, la finalidad de los derivados financieros es prevenir los riesgos de esa volatilidad.

360 En contra, MALUMIÁN, op. cit., sostiene que el “contrato de opción” otorga el derecho de “concluir un contrato determinado”.

361 Esta interpretación rige solo para las operaciones extrabursátiles (over the counter), pues el artículo 26 del Reglamento operativo del Mercado de Valores de Buenos Aires señala con extrema vaguedad que, en las “operaciones ... de opción”, el lanzador “se obliga” ante el tomador “a venderle o comprarle”, lo que implicaría la presencia de un contrato de compraventa con prestaciones subordinadas a la condición potestativa del ejercicio de la opción, mientras que,

en la parte final, dispone contradictoriamente con lo anterior que “el ejercicio implica un nuevo contrato”. Afortunadamente, los mecanismos de los que se valen los mercados institucionalizados para asegurar el fiel cumplimiento de las operaciones (v.gr. mediante la utilización de márgenes y el mark-to-market) disipan los peligros que generaría en determinados casos (v.gr., incapacidad, concurso o quiebra, etc.) esa forma equívoca de conceptualizarlos.

362 Aquí la voz “contrato” se emplea para designar esta especie particular de operación negocial, sin que ello implique atribuir al pacto de opción contenido en esta última el carácter de un contrato autónomo (ver nota 79).

363 Es bilateral para SARAVIA FRÍAS, op. cit., MALUMIÁN, op. cit., y LUEGMAYER, op. cit. En sentido contrario, FISSORE, op. cit., señala que “Es un contrato unilateral, en tanto sólo una parte asume obligaciones, aunque como acto jurídico es bilateral, ya que requiere el concurso de dos o más voluntades”

364 Así lo interpretan SARAVIA FRÍAS, op. cit., y LUEGMAYER, op. cit.

365 Ver LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. cit., Tomo 2, p. 212-213; y HALPERIN, Isaac BARBATO, Nicolás H., Seguros, Editorial LexisNexis - Depalma, Buenos Aires, 2001, Capítulo I, Acápites II, Nros. 7 y 9. También puede citarse la opinión de MARTORELL para quien, siguiendo a ASCARELLI, “el álea que induce a definir un contrato como aleatorio es la que reúne los siguientes requisitos: 1) concierne a la verificación de un evento que escapa al control de las partes; 2) dicho evento suele ser definido por las partes en el mismo cuerpo del contrato suscrito; 3) puede llegar a implicar incluso la falta absoluta de una prestación por una parte o por la otra; 4) la verificación de esa eventualidad no habrá de influir en la medida de la contraprestación” (MARTORELL, Ernesto E., Tratado de los contratos de empresa, Editorial LexisNexis - Depalma, Buenos Aires, 1998, Tomo I, Capítulo VII, Acápites I, Nro. 2, letra e).

366 Ver nota 217. 367 Ver nota 214. 368 Ver MARTORELL, op. cit., Capítulo X, Acápites I, No 1; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “Factoring. Un medio para incrementar negocios”, La Ley, Editorial La Ley, Tomo 1994-B, pp. 872 y ss.

369 Destaca GREGORINI CLUSELLAS, op. cit., que “El factoring constituye un moderno producto financiero y de gestión, que encierra una amplia gama de modalidades posibles y no se presenta idéntico en los distintos países. En el espectro de servicios comprendidos se señalan hasta 20 alternativas, pudiendo 4 de ellas considerarse las más frecuentes y la concurrencia de como mínimo 2 como configurativas del contrato. Son ellas: a) gestión de la cartera de deudores; b) cobranza de deudas; c) protección del riesgo crediticio y d) financiación”.

370 Ver MARTORELL, op. cit., Capítulo X, Acápites II; GREGORINI CLUSELLAS, op. cit., BOLLINI SHAW, Carlos - BONEO VILLEGAS, Eduardo J., Manual para operaciones bancarias y financieras, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, Capítulo XVI, No 1.

371 Ver SCHÖTZ, op. cit., pp. 762 y ss.

372 Véase el análisis pormenorizado que efectúa SCHÖTZ al respecto en la obra citada en la nota precedente. Asimismo, sobre la validez de la cesión y notificación global, puede consultarse el fallo analizado por el referido autor en la publicación citada (CNCom., Sala C, 2002/04/23, “Heller Sud Servicios Financieros S.A. c. Polisor S.A.”).

373 De ahí que, conforme a la cláusula 3.1. que SCHÖTZ transcribe en su nota doctrinaria, el alcance que la Cámara otorgó en la causa “Heller Sud Servicios Financieros S.A. c. Polisor S.A.” a la notificación global cursada fue desacertado, por cuanto el procedimiento que las partes habían pactado consistía en la presentación de un listado por parte del cliente junto con otra documentación que importaba “la oferta irrevocable de cesión de las facturas comprendidas” disponiendo el factor “de dos días hábiles para manifestar la aceptación o rechazo de todas o algunas de las facturas ofrecidas en cesión” (SCHÖTZ, op. cit.,

transcripción efectuada en su nota 16).

374 Explica GOMEZ LEO que el principio del máximo sentido útil se encuentra contenido en el inciso 3o del artículo 218 del Código de Comercio (aplicable por analogía a todos los contratos en virtud del artículo 17 del Código Civil) y encuentra su fundamento en los fines perseguidos por las partes contratantes al obligarse (GOMEZ LEO, Osvaldo Roberto, "Interpretación de los contratos", La Ley, Buenos Aires, 1972, Tomo 146, p. 1013).

375 Cfr. SCHÖTZ, op. cit.

376 En contra, MARTORELL, op. cit.; y SCHÖTZ, op. cit.

377 Ver páginas 22 en adelante.

378 Es útil destacar que, con relación a la facultad de exclusión, los propios partidarios de la doctrina de la oferta irrevocable entienden que la prohibición del artículo 542 del Código Civil no rige para las condiciones resolutorias sino que sólo juega respecto de las suspensivas (cfr. MAYO, Código Civil "...", op. cit., p. 779). No obstante, sin perjuicio de la tesis que se sostiene en el presente trabajo, tal interpretación parece equivocada, por cuanto el artículo 542 del Código Civil no distingue entre condiciones suspensivas y resolutorias.

379 Ver, por todos, FARINA, Juan M., Contratos comerciales modernos.

Modalidades de contratación empresaria, 2a Edición actualizada y ampliada, 1a reimpression, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 614-632.

380 Cfr. RISOLÍA, La venta ..., op. cit., p. 13.

381 "Dicho texto legal crea confusiones porque, en último análisis, no se sabe cuál es la función económica del contrato estimatorio, ya que pareciera colocarnos en presencia de una compraventa condicionada a la restitución de la cosa dentro del plazo estipulado" (Cfr. FARINA, op. cit., p. 617).

382 "Con il contratto estimatorio una parte consegna una o più cose mobili all'altra e questa si obbliga a pagare il prezzo, salvo che restituisca le cose nel termine stabilito".

383 "No es posible hablar del tradens y del accipiens sin enlazar el negocio con la finalidad de distribuir, que es la razón de su celebración" (LORENZETTI, Tratado ..., Tomo I, p. 497). Esta desviación del fin que las partes se proponen alcanzar en la legislación italiana queda parcialmente corregida con los dos artículos subsiguientes del Código Civil:

"Art. 1557 Impossibilità di restituzione. Chi ha ricevuto le cose non è liberato dall'obbligo di pagarne il prezzo, se la restituzione di esse nella loro integrità è divenuta impossibile per causa a lui non imputabile" (Imposibilidad de restitución. El que ha recibido la cosa no queda liberado de la obligación de pagar el precio, si su restitución total deviene imposible por causa que no le sea imputable). "Art. 1558 Disponibilità delle cose. Sono validi gli atti di disposizione compiuti da chi ha ricevuto le cose; ma i suoi creditori non possono sottoporle a pignoramento o a sequestro finché non ne sia stato pagato il prezzo. Colui che ha consegnato le cose non può disporne fino a che non gli siano restituite" (Disponibilidad de la cosa. Son válidos los actos de disposición realizados por quien ha recibido la cosa; pero sus acreedores no pueden someterla a embargo o a secuestro hasta que no se encuentre pagado el precio. Aquél que ha entregado la cosa no puede disponer hasta que no le haya sido restituida).

384 Cfr. LORENZETTI, Tratado ..., Tomo I, p. 497.

385 Cfr. FARINA, op. cit., p. 632.

386 Aún cuando el artículo 648 del Código Civil establece que "Si el objeto de la prestación principal hubiere perecido o se hubiese hecho imposible por culpa del deudor, el acreedor puede pedir el precio de la que ha perecido o la cosa que era el objeto de la prestación accesoria", tal previsión no parece aplicable para las obligaciones dinerarias, pues *genus nunquam perit* (cfr. artículos 604 y 894 del Código Civil).

387 Cfr. MÜLLER, Enrique C., Código Civil Comentado - Obligaciones (Dirigido por TRIGO REPRESAS, Félix A. y COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H.), Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, Tomo I, p. 593.

388 La concepción del contrato estimatorio en Ulpiano sufrió una significativa vulgarización con los compiladores, quienes lo asimilaron a un mandato para la venta donde el accipiens debía entregar el precio obtenido y, si había tenido la iniciativa del negocio, respondía tanto por la pérdida de la cosa como por el incumplimiento de su obligación de vender (cfr. D'ORS, op. cit., pp. 55-66).

389 Así como el pacto de mejor comprador subordina suspensiva o resolutoriamente la compraventa a la efectiva celebración de un nuevo contrato sobre la misma cosa por parte del vendedor (artículo 1398 del Código Civil), bien puede aquí condicionarse suspensivamente la enajenación a favor del accipiens a la efectiva compraventa que éste haga de la cosa que originalmente pertenecía al tradens.

390 Rige al respecto la autonomía de la voluntad de las partes, de forma tal que, si éstas acuerdan que el pago del precio opere como condición suspensiva, el accipiens no podrá ser reputado hasta entonces como acreedor de ningún derecho a la adquisición de la cosa, aún cuando haya manifestado su voluntad de optar por conservarla para sí. Cabe agregar que la utilización del pago del precio como medio de manifestación de la opción por parte del adquirente se encuentra expresamente admitida por el artículo 1378 del Código Civil para la venta a satisfacción del comprador.

391 En sentido contrario, FARINA, op. cit., p. 620. Para descartar que en el contrato estimatorio pueda intervenir una condición suspensiva consistente en la venta que el accipiens haga a un tercero o en el pago del precio por la eventual adquisición que él haga de la cosa, el autor citado entiende "que no puede admitirse la concurrencia de dos hechos distintos como constitutivos de una sola condición suspensiva, dado que la verificación de uno y otro desemboca en distintas situaciones jurídicas: en un caso adquiere el accipiens y en el otro los terceros". Tres órdenes de réplica merece la posición precedente: Por un lado, es perfectamente válido que una obligación quede subordinada a "varias condiciones disyuntivamente", en cuyo caso, "basta que una de ellas se cumpla para que la obligación quede perfecta" (cfr. artículo 536 del Código Civil). Expresado en otros términos, no se está en presencia de dos hechos distintos constitutivos de una sola condición, sino de dos condiciones disyuntivas a las que se subordina suspensivamente la obligación de pagar el precio o devolver las cosas. Por otro lado, carece de toda relevancia que el acaecimiento de una u otra situación redunde en diferentes efectos jurídicos para la esfera de los derechos reales del accipiens o de los terceros, pues tales transferencias patrimoniales no son la consecuencia del cumplimiento de la condición, sino, precisamente, el antecedente que forma parte del acontecimiento futuro e incierto al que se encontraban subordinadas las obligaciones emergentes del contrato estimatorio. Finalmente, no parece tan sencillo interpretar que, al efectuar la venta a los terceros, el accipiens no haya adquirido transitoriamente las cosas, pues "Es obvio que el dominio hay que tenerlo en el momento en que se hace efectiva la transmisión, en el momento del pago (art. 738, Cód. Civ.). Si entonces no se lo tiene, el pago carece de validez, por aplicación natural de la regla nemo plus juris, recogida en el art. 3270. El art. 738, sin perjuicio de las observaciones a que se presta su segunda parte, debe ser concordado con el art. 1329" (RISOLÍA, La venta de la cosa ajena, op. cit., p. 16). Si se toma la autorización de venta otorgada por el tradens como ratificación en los términos del artículo 1330 del Código Civil, el contrato se consideraría celebrado por el autorizante, solución incompatible con el funcionamiento del contrato estimatorio. Tampoco satisface el recurso al artículo 2412 del Código Civil, dado que coloca al comprador en una situación de

“presunción” de propiedad, como si su título padeciera alguna anomalía y se encontrara expuesto a una eventual demostración que pudiera desvirtuar aquella presunción. Luce más razonable, entonces, interpretar que el accipiens, cuando logra vender la cosa, la ha adquirido previa e instantáneamente para poder transferir válida y normalmente su dominio al tercero.

392 Cfr. artículo 1370, inciso 2, del Código Civil.

393 En sentido contrario, se ha dicho “que esto no explica nada, porque la aestimatio indica sólo un valor pecuniario, y la colocación del riesgo a cargo del accipiens debe buscarse en otro fundamento” (FARINA, op. cit., p. 631). Sin embargo, al momento de recorrer el camino de la argumentación, esta corriente de opinión no revela el fundamento concreto de la responsabilidad del accipiens, sino que se limita a indicar el régimen legal que le parece conveniente aplicar: “la responsabilidad del accipiens en el supuesto de pérdida de la cosa en su poder por caso fortuito, resulta de aplicar las disposiciones sobre obligaciones facultativas, lo cual se pone de resalto comparándolas con las alternativas [...] en el contrato estimatorio la prestación principal es el pago del precio estimado (y no la restitución de la cosa). Si perece el objeto de la prestación facultativa (las cosas), el accipiens sólo puede liberarse mediante el pago del precio, es decir, cumpliendo la prestación principal” (id.). Ese modo de razonar apunta más a las simples ventajas que acarrearía la aplicación del régimen de las obligaciones facultativas que al fundamento concreto de por qué habría que interpretar que las partes del contrato estimatorio pactan siempre y en todo momento que el accipiens asume a su cargo una obligación principal y otra facultativa. Ventajas que, por lo demás, son sólo aparentes, habida cuenta que, como ya fuera explicado, dejan al tradens sin la posibilidad de optar por la restitución de la cosa en caso de incumplimiento del contrato, puesto que en las obligaciones facultativas sólo puede demandarse el cumplimiento de la prestación principal (pago del precio). Consecuentemente, aún para la corriente de opinión precedentemente comentada, no resulta posible eludir la necesidad de recurrir a los usos y costumbres (artículo 17 del Código Civil) y admitir que, por la función económico social de este contrato, el riesgo del casus es asumido por el accipiens, a menos que se hubiere pactado lo contrario.

394 Cfr. artículo 873 del Código Civil.

395 Cfr. artículo 539 del Código Civil.

396 Igualmente válido sería que pactaran que la no devolución de la cosa opere como otro ejercicio tácito del derecho potestativo del accipiens, de manera que el tradens sólo pueda demandar el pago del precio estimado.

397 Ver nota 27.

398 Desde la doctrina de la oferta irrevocable también podría efectuarse la misma crítica, a menos que se adhiriera a la interpretación que ve en el artículo 1793 del Código Civil una excepción a la regla del artículo 1150. Así, se ha dicho que “no es posible en nuestro derecho una oferta irrevocable de donación, a tenor de lo que resulta de lo dispuesto por el artículo 1793 y concs. del cód civil” (MAYO, “La opción como supuesto ...”, op. cit., p. 1515).

399 Ver lo explicado en las págs. 40 y ss.

400 Por ejemplo, el donante en la donación.

401 En los contratos unilaterales, el optante no obligado sólo revestirá la condición de acreedor, de manera que la previsión del artículo 542 del Código Civil carecería de toda vinculación con su situación.

402 Tal es la situación en que se encuentra el obligado en el ejemplo que brinda Velez en la nota al artículo 542 del Código Civil, cuando señala que “si yo os vendo alguna cosa con la condición de que iré a París, la obligación es válida, porque hay un vínculo de derecho, desde que me encuentro colocado entre la obligación de no ir a París o de venderos la cosa prometida en venta”. En términos más generales, todo contrato bilateral produce una modificación en los patrimonios de los

contratantes al incorporar, como mínimo, algún derecho crediticio recíproco, de manera que la opción concedida a cualquiera de ellos no podría ser tachada de condición meramente potestativa, habida cuenta que el optante se encontrará siempre “colocado” en la encrucijada de mantener sus obligaciones o resignar sus derechos.

En toda esta temática no debe perderse de vista que el redactor de nuestro Código Civil, tan criticado en su metodología (ver, por todos, LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Tratado De Derecho Civil. Parte General, 17a edición (actualizada por RAFFO BENEGAS, Patricio, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1997, Tomo II, p. 921), reservó la prohibición del artículo 542 exclusivamente para las obligaciones individualmente consideradas y no para los negocios jurídicos en general.

403 Ver páginas 49 y ss.

404 En tal sentido, al comentar el caso “Bocconi c. La Rinascente”, BONFANTE criticaba la doctrina del contrato condicionado, expresando “Que yo tenga retroactivamente la propiedad de un objeto que elijo ahora, sería una enormidad” (BONFANTE, op. cit., p. 134). No obstante, aún en el marco de aquel ordenamiento, debe destacarse que “el objetivo práctico de la retroactividad, en el instituto condicional, es el de suplir un defecto de previsión de los sujetos. Se dice: si no hubiese estado la incertidumbre sobre como vendría a determinarse una situación futura, las partes habrían querido, desde el momento de la estipulación originaria, que los efectos se produjeran inmediatamente. De donde, una vez que la incertidumbre caiga por la verificación del evento indicado, es lógico que el legislador, que quiere brindar una tutela jurídica plenamente ajustada a la voluntad de las partes, deba disponer la retroactividad de los efectos” (FORCHIELLI., op. cit., p. 806).

405 Cfr. artículo 577 del Código Civil.

406 Efectivamente, si se tratara de una condición suspensiva, la retroactividad determina que el derecho personal a la entrega de la cosa existió desde la misma fecha en que se contrajo la obligación, pero la propiedad de la misma se reputará adquirida sólo a partir del momento en que se hubiere efectuado su tradición. Así, en el ejemplo de la venta a satisfacción del comprador, la propiedad de la cosa ya entregada quedará adquirida por vía de la traditio brevi manu (cfr. artículo 2387 del Código Civil) cuando éste manifieste su agrado, pues, hasta entonces, será considerado un simple comodatario (cfr. artículo 1377 del Código Civil).

407 Cfr. artículos 549 a 552 del Código Civil. 408 Por ejemplo, lo relativo a la teoría de la identidad para la tesis de la promesa unilateral (ver página 15) o lo vinculado a las opciones de prórroga y recíprocas para la doctrina de la oferta irrevocable (ver página 21).