

Comisión N° 4. Contratos: “Formación progresiva del contrato: tratativas y pactos preliminares”

LA OPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Autor: Catalina Rosa Moggia*

Resumen:

- 1.- *Resulta auspicioso que se haya incorporado a la opción como contrato autónomo en la etapa de tratativas contractuales.*
- 2.- *El contrato de opción no debe ser confundido con otras categorías de actos o contratos tales como la cláusula de opción, la oferta irrevocable, la promesa de contrato, el contrato ad referendum o el contrato condicional.-*
- 3.-*Debe analizarse en forma diferenciada la capacidad del concedente y la del optante, el primero debe tener la capacidad para el contrato definitivo, capacidad que también debería exigirse al optante.*
- 4.- *Expresamente se ha dispuesto que la forma del contrato de opción es la exigible para el contrato definitivo.*
- 5.- *El plazo de un año para el ejercicio de la opción es un plazo de caducidad.-*
- 6.- *El objeto del contrato está constituido por el contrato para el cual se concede la opción el que se perfecciona una vez que el optante haya ejercido su derecho potestativo.*
- 7.- *El ejercicio del derecho de opción es un acto unilateral y recepticio, el que puede ser ejercido tanto el propio optante como por medio de representante*

1. Introducción.

Es sabido que hasta la entrada en vigencia del Código Unificado, la opción carecía de regulación como contrato autónomo, consecuentemente estaba librada a la decisión de los contratantes, quienes podían establecer su plazo y condiciones, según las necesidades del negocio para el cual la misma era concedida.

El nuevo ordenamiento ha incorporado al contrato de opción en la Sección destinada a las Tratativas Contractuales, al decir en el artículo 996 que el contrato que contiene una opción de concluir un contrato definitivo, otorga al beneficiario el derecho irrevocable de aceptarla. Agrega que puede ser oneroso o gratuito; que debe observarse la forma exigida para el contrato definitivo y que salvo pacto en contrario, la opción no es transmisible a un tercero.-

Este artículo reconoce como antecedente al artículo 936 del Proyecto de Unificación de 1998, que decía: "El contrato de opción obliga a las partes a celebrar un futuro contrato

* Ex profesora adjunta DS,-jubilada- de la Cátedra de Derecho Civil III de la Universidad Nacional del Litoral y actual integrante del cuerpo docente de los posgrados de Derecho de Daños y de Especialización en Derecho de la Empresa de la misma Universidad.

mediante el otorgamiento irrevocable por una o varias, a la otra u otras, individual o colectivamente, de la facultad de requerir su conclusión"

De su simple lectura surge que mientras la actual regulación concede al optante el derecho irrevocable de aceptar el contrato, lo que en alguna medida lo acerca a la oferta irrevocable, en el proyecto de 1998 sólo se le acordaba el derecho de requerir su conclusión.

De todos modos el contrato de opción al igual que otros contratos preparatorios cumple con una finalidad práctica, cual es la dar tiempo y ocasión para adoptar decisiones importantes, las que incluso pueden depender de negocios previos. Puede pactarse respecto de cualquier tipo de contrato, y a diferencia del contrato de promesa puede referir a contratos que tenga una forma impuesta bajo pena de nulidad, en tanto la misma sea observada al pactarlo.

2. Diferencia con otros contratos o negocios.

Al contrato de opción se lo debe diferenciar de otros contratos o negocios con los que guarda similitud a saber:

a) **De la cláusula de opción:** Acertadamente se sostiene que no cabe confundir el "contrato de opción" que es aquél que contiene una "opción de concluir un contrato definitivo", acordando a una de las partes un derecho potestativo, que funciona en forma parecida a la oferta irrevocable, con lo que se denomina "cláusula de opción" que es la que se incluye en un contrato ya formalizado para permitir por ejemplo su continuación o renovación.¹

Hay autores como Mosset Iturraspe, que si bien definen a la opción en forma similar a la del nuevo ordenamiento, luego concuerda con el criterio de Roca Sastre en el sentido de que la misma es sólo una cláusula acoplada a un contrato definitivo y no un contrato autónomo.²

También hay quienes pretenden distinguir entre contrato de opción, que entienden no ha sido regulado, y la opción de concluir un contrato al que le asignan el carácter de promesa de celebración del contrato definitivo, que sólo sería generador de una obligación de hacer³, Se advierte por el contrario que se han regulado separadamente las promesas de contrato que efectivamente generan obligaciones de hacer y el contrato de opción que acuerda al optante un derecho irrevocable de aceptar el contrato. En suma se ha incluido a la opción entre los contratos preparatorios, diferenciándolo claramente de la promesa de contrato, con lo cual debe asumirse que el legislador ha reconocido la autonomía del primero siguiendo en ello el criterio de autores como Fontanarrosa.⁴

b) **De la promesa de contrato:** La promesa está regulada en el artículo 995, y consiste en la posibilidad acordada a ambas partes contratantes de obligarse a celebrar un contrato futuro. Esta posibilidad sólo es concedida respecto de los contratos que no exijan una forma determinada bajo pena de nulidad, recaudo no exigido para la opción.-

¹ GASTALDI, José María y GASTALDI, José Mariano, "Los Contratos en General", en RIVERA, Julio César (DIRECTOR) y MEDINA, Graciela (Coordinadora), Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, 2012, p.. 597-

² MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos-Edición Actualizada*, 1995, p.138.

³ GAYOL, Pablo "Contrato de opción y opción de concluir un contrato" LA LEY 14/08/2015 , 1

⁴ FONTANARROSA, Rodolfo O., *Derecho Comercial Argentino, Doctrina General de los Contratos Comerciales*, 1987, p. 84,

En la opción se concede al optante el derecho de aceptar el contrato para el cual fue concedida. Es decir que mientras en la promesa ambas partes quedan obligadas a celebrar el contrato definitivo, en la opción sólo el concedente de halla obligado a contratar, y esa posibilidad queda sujeta a la decisión exclusiva del optante.

c) De la oferta: Habitualmente se asimila al contrato de opción con la oferta irrevocable, sin embargo son advertibles notorias diferencias, pues mientras que la oferta es un acto jurídico unilateral, la opción a la que refiere el nuevo ordenamiento constituye un acto jurídico bilateral, dado que requiere el acuerdo de concedente y optante. Por otra parte, la oferta caduca por muerte o incapacidad del oferente, lo que no ocurre con la opción.-

Sólo en el caso de que no se haya pactado la transmisibilidad de la opción, la misma quedaría sin efecto por muerte del optante, pero no por muerte o incapacidad del concedente.-

d) Del contrato condicional: La condición refiere a hechos futuros e inciertos de los cuales depende la eficacia o resolución del contrato, según sea suspensiva o resolutoria, atento lo prescripto por el artículo 343 del C.C. y C. A su vez constituyen condiciones prohibidas las que dependan exclusivamente de la voluntad del obligado, según expresa el artículo 344 del mismo cuerpo legal. En cambio, la opción depende de la libre voluntad del optante, como resultado del acto bilateral celebrado.- En realidad el ejercicio de la opción no se trata de una condición potestativa, sino de un derecho potestativo que forma parte del contenido esencial del contrato de opción.⁵

e) Del contrato ad referéndum. Según el artículo 999 del nuevo código unificado, el contrato cuyo perfeccionamiento depende de una conformidad o de una autorización de otra persona o personas, queda sujeto a las reglas de la condición suspensiva, mientras que la opción es un acto bilateral que produce plenos efectos desde que se perfecciona por el consentimiento de las partes.

f) Del pacto de preferencia. Mientras que en la opción el concedente está sujeto a la voluntad del optante, en la preferencia el concedente no queda obligado a contratar, pues sólo se obliga a preferir al beneficiario en caso de decidir hacerlo.

3. Caracteres.

a) Es consensual. Se perfecciona por el mero consentimiento de las partes contratantes, categoría que ahora se asigna a todos los contratos, al haberse suprimido la de los contratos reales

b) Es temporal. No tiene vocación de permanencia y el plazo para su ejercicio debe ser entendido como rasgo inherente a la misma.-

El plazo fijado para su ejercicio es de un año, pero se ha contemplado el eventual interés de los contratantes en contar por un plazo mayor al establecer la posibilidad de permitir su ampliación al vencimiento del término anual.⁶

Debe señalarse que la cuestión del plazo no es pacífica pues hay quienes sostienen que el límite anual está referido exclusivamente a las "promesas de contrato" y no

⁵ TALMA CHARLES, Javier. "El Contrato de opción" Barcelona 1996,p.66.-

⁶ ARIZA, Ariel. *Código Civil y Comercial Comentado*. Dir. Ricardo Lorenzetti. Ed. Rubinzal Culzoni, T. V, p.686-687.

propriadamente al "contrato de opción", puesto que el artículo 994 refiere al plazo de vigencia de las promesas previstas en esta Sección.

Al respecto debe tenerse en cuenta que dentro de esa misma sección se contempla todo lo referente a los contratos preliminares, entre los que se encuentra el contrato de opción, razón por la cual resulta razonable concluir que el plazo anual debe hacerse extensivo a todos los contratos contenidos en la misma y no limitarlo exclusivamente a las promesas de contrato.

Hay autores como Gastaldi, que entienden que el plazo anual sólo se aplica a la opción contractual, es decir a la opción como contrato preparatorio y no a la cláusula de opción inserta en otro contrato, criterio admisible en tanto se reconozca la autonomía del contrato de opción.

De todos modos el plazo establecido ha merecido críticas pues hay autores como Rivera quien considera que si bien la finalidad del legislador ha sido que con estas cláusulas no se afecte la libertad de las acciones, al establecer un plazo tan breve se presentarán dificultades en muchos negocios en los que es de práctica otorgar opciones por términos mucho más extensos.⁷

Sin embargo debe tenerse en cuenta que no es bueno dejar abierta en el tiempo una preferencia favor de un beneficiario, pues no sólo limita la libertad del concedente, sino además porque al ordenamiento le interesa que las situaciones pendientes se resuelvan rápidamente⁸. De todos modos se ha contemplado el interés de los contratantes al permitir su prolongación.

Este plazo debe ser reputado como de caducidad.- En consecuencia una vez vencido sin que el optante haya ejercitado su derecho se extingue.

c) Como regla es intransferible. La opción, como regla, es concedida sólo al concedente, pero no se trata de una norma imperativa dado que puede autorizarse la transmisión del contrato mediante pacto en contrario, lo que habilitaría la celebración de la denominada opción mediadora.

d) Puede ser un contrato gratuito u oneroso: según que la opción se conceda o no gratuitamente y en consecuencia también podrá ser unilateral o bilateral.

4. Presupuestos de la opción.

a) Capacidad: Debe distinguirse la capacidad del concedente de la del optante.

a.1.Capacidad del concedente: Importando la opción su consentimiento para el contrato definitivo, no cabe duda que deberá tener capacidad requerida para el mismo.- Por esa razón no tendrá incidencia la pérdida de su capacidad estando pendiente la opción.-

a.2.Capacidad del optante. No hay regulación específica respecto de la capacidad del optante, y en ese aspecto hay quienes consideran que debe ser la genérica para contratar, pues supone para él un mero acto conservativo⁹. Sin embargo al exigirse que el contrato respecto del cual se concede la opción deba cumplir con la forma establecida para el

⁷ RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (Directores), "Código Civil y Comercial de la Nación" Comentado, Tomo III, Thomson Reuters La Ley, 2014, p. 482.

⁸ ARIZA, A. op.cit. pg.944/5

⁹ MAZEAUD, H, *Lecóns de Droit civil*. Paris 1987, T III."p.84; BORDA, G. *Tratado de Derecho Civil-Contratos* I-370

definitivo, resultaría razonable que se exigiera también la capacidad requerida para su celebración.

En cambio la tesis minoritaria¹⁰ considera que debe ser capaz para la celebración del contrato para el cual la opción es concedida, pues al derecho no le interesa la celebración de contratos que puedan llegar a ser de cumplimiento imposible. Este criterio sin embargo no resulta congruente con la posibilidad de pactar la transmisibilidad de la opción.

b) Forma: La forma de la opción es la que se requiere para el contrato que se pretende celebrar con posterioridad, recaudo que no se ha previsto para la promesa de contrato.-

5. Objeto del contrato de opción.

El objeto del contrato de opción consiste en el derecho otorgado al optante de aceptar el contrato para el cual la misma fue concedida.

En consecuencia el contrato definitivo es parte inescindible del objeto de la opción, va de suyo debe estar determinado y ser válido para validar a su vez el preliminar, en función de lo establecido en los artículos 1103, 1104 y 1105 del C.C. y C. Es decir que en el contrato de opción debe contener la íntegra regulación del contrato definitivo, el que quedará perfeccionado una vez que el optante ejercite el derecho que le fue concedido

6. Caracteres del ejercicio de la opción.

El ejercicio de la opción constituye un acto unilateral y recepticio. Es unilateral porque el optante ejercita su derecho por sí solo, y puede hacerlo incluso en contra de la voluntad del concedente.- Es recepticio en razón de que la aceptación tiene que estar dirigida al concedente.-No se trata en cambio de un acto personalísimo y consecuentemente puede ser ejercitado por medio de representante.-

En síntesis, una vez ejercido el derecho de opción el contrato definitivo que ha sido su objeto queda concluido, de allí la exigencia de que deba realizarse con las formalidades prescriptas para el contrato para el cual se lo concede.

7. Extinción del contrato de opción.

a) Causas voluntarias:

Entre este tipo de causas que hayan sido previstas expresamente en el contrato; la renuncia del optante o el mutuo acuerdo de partes o por consumación es decir por el ejercicio de la opción concedida.-

b) Causas involuntarias:-

Entre este tipo de causas pueden citarse la nulidad; la resolución por incumplimiento sobre todo en la opción onerosa; la imposibilidad sobrevenida de celebrar el contrato para el cual se otorgó la opción, o por muerte del optante en el caso de no haber pactado la transmisibilidad del contrato.

¹⁰ OSSORIO Y GALLARDO. “*El contrato de Opción*. Madrid 1915, pg.128,