



Estudios de Derecho de Contratos

Coordinadores

Antonio Flamini
Freddy Andrés Hung Gil

Estudios de Derecho de Contratos

Coordinadores
Antonio Flamini
Freddy Andrés Hung Gil

Coordinadores: Antonio Flamini
Freddy Andrés Hung Gil
Edición y corrección: Freddy Andrés Hung Gil
Diseño interior y de cubierta: Di. Mario Villalba Gutiérrez
Emplane digital: Di. Mario Villalba Gutiérrez

Sobre la presente edición:
© Freddy Andrés Hung Gil. Cuba, 2021.
© Editorial UNIJURIS, 2021.
Estudios de Derecho de Contratos.
ISBN 978-959-7219-67-5

Unión Nacional de Juristas de Cuba
Sociedad cubana de Ciencias Penales
Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana

Redacción y Administración
Calle 21 No. 552, esq. D, Apartado Postal 4161, Plaza, C.P. 10400,
La Habana, Cuba.
Teléfonos: (53)7832-9680/7832-7562; Email: unjc@unjc.co.cu
Web: www.unjc.co.cu

*A nuestra querida compañera y amiga Serafina Larocca,
in memoriam.*

ÍNDICE

Prólogo / VI

Notas sobre la buena fe desde una perspectiva comparada / 1
FRANCESCA BENATTI

La *actio pro forma* en sede contractual. A propósito del artículo 313 del Código Civil cubano / 17
LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO Y NAIMÍ CHIKOC BARREDA

La tutela de los datos personales en los contratos de la sociedad de información / 51
LUCIA RUGGERI

Revocación del consentimiento contractual para el tratamiento de datos y el derecho al olvido / 85
SERAFINA LAROCCA

***Home banking* y tutela de los datos personales / 112**
MANUELA GIOBBI

Derecho civil constitucional y Derecho de consumo / 132
LORENZO MEZZASOMA

Sobreendeudamiento y *par condicio* en el nuevo código de la crisis e insolvencia empresarial de Italia / 153
FRANCESCO RIZZO

Estipulación del contrato y la protección de los datos personales del consumidor en el suministro de energía eléctrica y gas / 178
ANTONIO FLAMINI

Apuntes para un estudio sobre la compraventa de viviendas en Cuba / 204

FREDDY ANDRÉS HUNG GIL

Intercambios en la red, ¿contrato de permuta? / 227

CARIDAD DEL CARMEN VALDÉS DÍAZ

La disciplina del contrato de seguro en Italia: perfiles de actualidad / 251

GIOVANNI BERTI DE MARINIS

La calificación del negocio contractual atípico / 262

TERESA DELGADO VERGARA

La responsabilidad del médico empleado / 277

CHIARA TENELLA SILLANI

El contrato de opción y los terceros / 295

ELISABETTA PANZARINI

La tutela de los derechos del consumidor en el sistema jurídico cubano / 323

NANCY DE LA CARIDAD OJEDA RODRÍGUEZ

Anexo / 349

El contrato de opción y los terceros

ELISABETTA PANZARINI*

El tema que abordaré es el contrato de opción en Italia (con alusiones a otros países europeos) y más específicamente el contrato de opción y los terceros.

1. La opción en el ordenamiento italiano con su estructura y función

En Italia, el contrato de opción se define en nuestro Código Civil (que es de 1942) en el art. 1331, si bien hay distintos ordenamientos jurídicos en los que se regula la opción, nuestro Código es el primero que la contempla de forma expresa. Sin embargo, la opción estaba ya extendida y se utilizaba desde hacía mucho, tanto en Italia como en el extranjero y era muy conocida, especialmente en el derecho español, en referencia a las compras de minas (no es una casualidad que en España la opción se regulase, en el Reglamento Hipotecario de 1947, contemplándose las condiciones en las que puede aplicarse la opción inmobiliaria).

En la actualidad existen otros sistemas jurídicos en los que se prevé o regula esta opción, pero nuestro Código es el primero que la prevé expresamente.

Entre los sistemas jurídicos españoles, una disciplina específica se encuentra en el Codi Civil de Cataluña (Ley 5/2006, art. 568-8 ss.) y en el Fuero Nuevo de Navarra (Ley 1/1973, Ley 517 Opción de compra y Ley 460-461). Recientemente, la opción se ha previsto en el Código ruso (con la Ley Federal 42 de 8 de marzo de 2015) en el artículo 429.2, y en el Código civil de Rumanía (nuevo código que entró en

* (Profesora Asociada de Derecho Privado, Universidad Estatal de Milán, Italia.

vigor en octubre de 2011, artículo 1278 y artículo 1668 sobre la opción de venta). Y ciertamente vale la pena mencionar el artículo 1124 del *Code Civil* francés, que, después de los cambios legislativos realizados por el “*Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*” describe la “*promesse unilatérale*” como “*le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l’autre, le bénéficiaire, le droit d’opter pour la conclusion d’un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire*”, disponiendo, en el segundo *alinéa*, que “*la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n’empêche pas la formation du contrat promis*” y disponiendo, en el tercer *alinéa*, que “*le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l’existence est nul*”.

En el Código Civil italiano la opción se describe como un mecanismo de celebración del contrato, pero ya a su vez es un contrato (o una cláusula contractual), como el preliminar (que se menciona en el código solo en el tema de *forma ad substantiam*, necesaria para el preliminar si el definitivo es un contrato formal) y el derecho de tanteo (que no está regulado, únicamente figura en algunas normas). Obviamente no puede asimilarse a las cartas de intenciones, porque estas no vinculan a las partes a la celebración del contrato definitivo.

La opción, el preliminar, el derecho de tanteo, se definen en la doctrina como contratos “instrumentales” o “preparatorios”, porque están destinados a la celebración (aunque sea solo eventual) de un contrato final y definitivo, pero son ya contratos vinculantes para las partes o para una de ellas. Para un estudioso de las relaciones instrumentales (Giovanni Gabrielli, *Il rapporto giuridico preparatorio*, 1974) dentro de dichos contratos instrumentales entraría también la propuesta irrevocable, que tendría naturaleza de opción gratuita.

La opción es distinta del contrato preliminar (que obliga a ambas partes a celebrar el contrato definitivo), y del preliminar unilateral (que obliga a una sola parte a celebrar el definitivo), porque en este caso es necesario que las partes hayan celebrado el contrato definitivo, y si la parte obligada se niega, se solicitará al juez que emita una sentencia que resulte del consenso no prestado por la parte obligada. Al ejercer la opción, el contrato final está perfeccionado.

También es distinta del contrato condicionado: bien porque el beneficiario de la opción es libre de aceptar o no (y su aceptación no puede verse como condición del contrato sino que es un elemento de perfec-

cionamiento del contrato final) porque el contrato condicionado por la suspensión tiene efectos retroactivos entre las partes, mientras que en la opción el contrato resulta perfecto y eficaz desde el momento en el que se ejerce la opción.

Sin embargo algunas normas del contrato condicionado (como las que se refieren a la buena fe y al deber de no perjudicar la posición de la parte contraria hasta que no se verifique la condición) pueden ser útiles para regular de la misma manera el contrato de opción mientras dura el periodo de tiempo concedido al oponentario para ejercer el derecho de opción.

Pero veamos la norma.

El art. 1331 (*Opción*) viene tras la propuesta, la aceptación y la propuesta irrevocable y dispone: “1. Cuando las partes acuerden que una de ellas quede vinculada a su declaración y la otra tenga la facultad (pero se trata de un derecho potestativo: n.d.a.) de aceptarlo o no, la declaración de la primera se considerará como propuesta irrevocable a los efectos del art. 1329. 2. Si no se ha fijado un término para la aceptación, este podrá establecerlo el juez”.

Hay que tener en cuenta que en nuestro derecho la propuesta, incluso cuando fija un término para la aceptación, siempre es revocable antes de que se celebre el contrato y por tanto antes de que a quien hace la propuesta le llegue la aceptación del destinatario de la misma (art. 1328); la aceptación debe llegar dentro del término indicado por quien lo propone o dentro del término necesario según sea la naturaleza de los negocios o según los usos (art. 1326).

La propuesta será irrevocable sólo “Si quien la propone se ha comprometido a mantener firme la propuesta durante cierto tiempo”, y en este caso “la revocación no tiene efecto”: art. 1329 c.c.

Nuestra jurisprudencia excluye que la propuesta sea irrevocable solo porque se haya fijado un término para la aceptación: es preciso fijar un término y especificar que la propuesta es irrevocable. Si se especifica que la propuesta es irrevocable pero sin fijar un término concreto o un lapso temporal concreto, también en este caso, para nuestros tribunales, la propuesta es simple y puede ser revocada (Tribunal de Casación, sentencia n. 13776 del 17/06/2014; Cass. Sezioni Unite 24 mayo 1975, n. 2103).

La doctrina está dividida entre quien considera que el término que no haya sido prefijado en la propuesta firme o llamada “irrevocable” pueda ser la que se contempla en el art. 1326 del Código Civil por la eficacia

de la propuesta simple (el término necesario según la naturaleza de los asuntos o según los usos para recibir una aceptación); que considera que se puede solicitar al juez que fije el término de irrevocabilidad, como está previsto para la opción; pero la doctrina apoya mayoritariamente la tesis de la jurisprudencia (la propuesta irrevocable que no fija un término de irrevocabilidad es una propuesta simple).

El contrato final se celebrará si el oponente "ejerce la opción", es decir, comunica al concedente la opción de "aceptar" la "declaración" a la que el concedente ya se ha vinculado. El ejercicio de la opción es un negocio unilateral (ejercicio de un derecho potestativo) de recepción y puede asimilarse a la aceptación porque es de recepción y porque perfecciona el contrato final. Si para el contrato final es necesaria la forma escrita so pena de nulidad, tanto el contrato de opción como el ejercicio de la misma han de hacerse por escrito.

El contrato de opción (celebrado entre concedente y oponente somete al concedente al derecho potestativo del beneficiario de perfeccionar el contrato final mediante el ejercicio de la opción (aceptación). Una vez ejercida la opción de forma tempestiva, el contrato final estará perfecto y surtirá todos sus efectos: transfiere el bien objeto de la compraventa si la opción es de venta o de compra y obliga al comprador a pagar el precio. Si la opción concierne a la celebración de un contrato distinto, mediante el ejercicio de la opción el contrato obliga a prestaciones recíprocas.

La diferencia entre propuesta irrevocable y opción es, para casi toda la doctrina y para la jurisprudencia italiana, que la opción es un contrato mientras que la propuesta irrevocable es un acto prenegocial (o un negocio) unilateral.

Sin embargo no toda la doctrina y la jurisprudencia extraen las consecuencias coherentes de ello: efectivamente, aunque la opción sea un contrato (autónomo), no son pocos los autores y los tribunales que consideran que la responsabilidad del concedente respecto a la opción que se sustrae al vínculo adquirido (a la sujeción) - por ejemplo al vender el bien objeto de la opción de compra a un tercero - es una responsabilidad precontractual (comportamiento contrario a buena fe en la formación del contrato final), olvidando que el contrato de opción ya está cerrado y es vinculante, y que por lo tanto, en realidad la responsabilidad del concedente de la opción es por incumplimiento del contrato de opción. En efecto, la conclusión del contrato final es eventual, pero el derecho del beneficiario a ejercer la opción o a renunciar a la misma debe permanecer íntegro hasta el término fijado por las partes,

y si él que concede la opción menoscaba dicho derecho vendiendo el bien a terceros, habrá infringido el contrato de opción.

Obviamente para obtener un derecho potestativo de opción se puede pagar un importe correspondiente (el premio): que el opcionario perderá si después no ejecuta la opción, y que podrá imputarse al precio de la venta final si se ejecuta la opción. Si se determina y se paga un premio, pero las partes no especifican si este debe imputarse al precio del contrato final, surgen problemas de interpretación porque la ley no dice nada en este sentido. En mi opinión pueden ser útiles algunos indicios (si el premio es un porcentaje alto del precio previsto para la compra del bien, probablemente una vez ejecutada la opción debe imputarse el precio), pero si no hay indicios o no están lo suficientemente claros, considero que el premio tiene que entenderse como precio del derecho de opción, y por lo tanto no se imputará al precio de compra del bien en el contrato final. Así, por ejemplo, se prevé en el Codi Civil de Catalunya, donde, en el segundo párrafo del artículo 568-5 (relativo a los “*drets d’adquisició*”, incluida la opción), se afirma que «*La prima pactada en la constitució del dret s’imputa solament al preu d’adquisició si així s’ha estipulat expressament*».

En muchos casos sin embargo no se contempla un premio (el pago de una cantidad), pero el contrato de opción es oneroso, porque se enmarca dentro de un reglamento contractual más amplio, en el que frente a la concesión del derecho de opción el concedente obtiene otro beneficio de importe correspondiente. Son muy frecuentes los casos en los que en los pactos parasociales los socios se atribuyen opciones recíprocas. Por ejemplo, el socio A tiene una opción *put*, para vender sus acciones o cuotas al socio B, si concurren ciertas condiciones, a un precio determinado; el socio B tiene una opción *call*, para comprar algunas acciones o cuotas del socio A, si concurren ciertas condiciones, a otro precio.

En el caso de opciones “cruzadas” en el ámbito de pactos parasociales, o también en los contratos de venta de paquetes de acciones, en los que quien vende solo una parte de sus acciones puede pretender el derecho de vender también la parte restante de su participación (opción *put* sobre la participación residual), o el comprador puede pretender el derecho de comprar la parte residual de la participación del vendedor (opción *call* sobre la participación residual), la opción está justificada bajo el perfil causal y es de naturaleza onerosa.

Sin embargo, puede plantearse la duda sobre si la opción tiene que ser siempre onerosa o puede ser gratuita. El código no dice nada en

este sentido. Algunos autores (Rodolfo Sacco principalmente) así como algunas sentencias en este sentido (aparentemente superadas) consideran que la opción es onerosa por su propia naturaleza, y esto la distinguiría perfectamente de la propuesta irrevocable; por tanto debe haber siempre un premio o una contraprestación que justifique el vínculo que asume el concedente de la opción.

En realidad parece más correcto considerar que la opción también pueda ser gratuita, sin importes correspondientes o contraprestaciones, cuando se justifique con un interés-beneficio económico del concedente. Si por el contrario el interés del concedente es de liberalidad, la opción podría verse como una donación o una donación indirecta, sobre la base del contenido concreto del contrato. Si, por ejemplo, concedo a alguien una opción para comprar en un plazo de tres años a partir de hoy una casa que vale 1000 por un precio de 500, aunque se contemple el pago de un premio de 10 para la opción, es evidente que el contrato de opción es oneroso, pero el contrato final, si se ejecuta la opción, es un acto mixto de donación. A menos que la venta a un precio bajo esté justificada por otras razones económicas o beneficios para el concedente.

Lo cierto es que para evaluar la causa del contrato de opción hay que evaluar todas las previsiones contractuales (precio, plazos de tiempo para ejercer la opción, condiciones para el ejercicio de la opción) y comprender qué función concreta tiene el contrato en su conjunto, también en relación a otros posibles contratos relacionados con este.

Por otra parte la causa típica del contrato de opción sería solo permitir a una parte diferir en el tiempo el momento de su adhesión al contrato (a cualquier tipo de contrato) completo con todos sus elementos, al que el concedente ya está vinculado (sujeto).

Si se piensa que las opciones pueden ser de larga duración (en Italia se considera que también son válidas las opciones por diez años), con la opción se atribuye a una parte una ventaja económica notable, que, en mi opinión, sería incompatible respecto a una propuesta irrevocable.

De hecho en mi primer volumen sobre la opción (¹) expresaba mi tesis personal según la cual la opción realiza (frente a un pago o una pres-

¹ () E. Panzarini, *Il contratto di opzione. I. Struttura e funzioni*, Giuffrè, 2007; este volumen fue seguido por un segundo, que trata de los efectos y la disciplina del contrato de opción (E. Panzarini, *Il contratto di opzione. Effetti e disciplina*, Giuffrè, 2018).

tación, pero también de forma gratuita, si hay intereses económicos que lo justifiquen) una atribución que se caracteriza por su patrimonialidad: el poder del oponente de celebrar a su discreción un contrato determinado, en un plazo de tiempo más amplio que el característico de una propuesta que espera una aceptación, crea un vínculo con el concedente (no ya meramente procesal, sino) de naturaleza sustancial, que implica un sacrificio económicamente evaluable. Y, en mi opinión, una propuesta irrevocable durante un tiempo demasiado largo (que supere el lapso de tiempo que sería suficiente para que el destinatario dé una propuesta para considerar el asunto y decidir si aceptar, es decir el tiempo razonable para que llegue la aceptación al proponente) no sería una auténtica propuesta irrevocable sino una opción gratuita (un contrato unilateral, con obligaciones/sujecciones solo del proponente, y que se forma sin que sea expresamente aceptado por el beneficiario) respecto a la que hay que verificar si hay una justificación causal suficiente o carece de causa (y por lo tanto es nula) o si tiene una causa donativa.

Más allá de esta causa típica de la opción (diferir en el tiempo la celebración del contrato final al atribuir el poder de perfeccionarlo a una sola parte mientras que la otra ya está vinculada), toda verificación de la función del contrato y de su causa en concreto, y por lo tanto también cualquier verificación de licitud del contrato, se efectuará considerando toda la normativa y el contenido contractual: plazos de tiempo, modos y condiciones para el ejercicio de la opción, entidad del precio, entidad del premio, tipología del bien objeto del contrato - bien de género o bien infungible, por ejemplo - y las previsiones específicas de las partes reguladoras de la relación "provisional", o sea, del periodo que transcurre entre el momento en el que se celebra el contrato de opción y aquel en el que se ejerce la opción y el contrato final de perfección (o se abandona la opción).

Precisamente porque el contenido puede ser muy variado, el contrato de opción es un instrumento sumamente versátil y capaz de desempeñar muchísimas funciones: de planificación industrial, de organización y estratégica, en las sociedades que cotizan en bolsa puede tener una finalidad anti escalada, muchas veces sirve para garantizar un crédito, otras en cambio se puede utilizar como penalización en caso de incumplimiento, por último, en el caso de las opciones financieras, su finalidad es puramente especulativa o de cobertura.

Se utiliza muchísimo en los pactos parasociales, en las operaciones de reestructuración de una empresa o sociedad, en las operaciones de *venture capital* (en los pactos parasociales cuyo objetivo es regular

las relaciones y las obligaciones entre *co-venturers*, en las *joint ventures* las opciones tienen la finalidad de resolver situaciones de estancamiento o de permitir una salida al *co-venturer* discrepante respecto al cambio de composiciones societarias o a un cambio de gestión de la *joint venture*), o de *acciones privadas* (en las operaciones de *acciones privadas* la función de las opciones *put* atribuidas al socio financiador es instrumental a una operación que no es de participación en el capital de riesgo del nuevo socio sino de financiación y está destinada a conseguir determinados objetivos, con la recuperación final, mediante el ejercicio del *put* de las cantidades financiadas y de los intereses). Lo conocemos todos bien, como cláusula contractual, asimismo en el *leasing* y en los arrendamientos con opción a compra.

Pero precisamente por este motivo hay que remitirse siempre a la situación concreta, a los intereses que las partes pensaban satisfacer con la opción, a la normativa y a los elementos del contrato.

Además, al ser la opción (onerosa o gratuita) un contrato, incluso en ausencia de una normativa contractual del periodo de irrevocabilidad, las partes del contrato deben comportarse según las reglas de la corrección, de conformidad con el art. 1175 C.C., y cumplir con sus obligaciones de forma diligente, de conformidad con el art. 1176 C.C. Dado que el opcionario, en caso de previsión del pago del premio o de compromiso con otra prestación, estará obligado a corrección y diligencia en el cumplimiento y el concedente estará obligado a respetar con corrección y diligencia su sujeción al vínculo: lo cual significa no perjudicar las expectativas del beneficiario. Además está la integración del contrato ex artt. 1374 y 1375 C.C. (y sobre todo la obligación de realizar de buena fe el contrato) de dar vida a las obligaciones contractuales más específicas, cuyo contenido dependerá de cada situación concreta de opción, relacionada necesariamente con el contenido del contrato final.

El examen del contenido del contrato y de su posible conexión con otros contratos, sirve también para resolver los problemas que atañen, por ejemplo, a la sobrevenida onerosidad de la prestación objeto del contrato.

Así, si el comprador de un paquete de acciones mayoritarias ha concedido a su vendedor la opción *put* con la que el vendedor podrá venderle las acciones de las que sigue siendo propietario hasta 5 años después desde la celebración del contrato, para entender cómo gestionar la situación concreta si en la fecha del ejercicio de la opción las acciones no valen nada o la sociedad está en liquidación, habrá que establecer qué

precio han indicado las partes para la compra de las acciones: ¿el que ya se fijó para la primera venta, del paquete de acciones mayoritario? ¿El precio que las acciones tendrán en la fecha del ejercicio de la opción? ¿Un precio determinado sobre la base de un método patrimonial o de renta?

Si el precio estaba prefijado, el que concede la opción *put* (sujeto a la compra) ¿podrá decir que se ha producido un caso de excesiva onerosidad? ¿O que las acciones de una sociedad en liquidación o en quiebra constituyen un objeto distinto de aquel en el que se basaba originariamente la opción? ¿O se debe imputar el riesgo de los cambios del objeto y del valor del bien?

Se trata de indagar cuál es el riesgo que ha asumido el que concede la opción. Y, para ello, es preciso evaluar todo el contrato: en el caso de opciones de venta o compra de acciones o cuotas de sociedades que puedan fácilmente perder valor, o que la sociedad pueda tener problemas (hasta llegar a la liquidación o a la quiebra) es previsible y por tanto (salvo que haya elementos en sentido contrario) será difícil para el que concede el *put* sustraerse al pago del precio preacordado y prefijado 5 años antes aduciendo la excesiva onerosidad sobrevenida o la desaparición del objeto del contrato.

En cualquier caso hay que comprobar el grado de aleatoriedad que tenía el contrato para las partes.

Por ejemplo, en el caso de una opción *put* que se haya concedido al socio que, al querer enajenar inmediatamente toda su participación mayoritaria en una sociedad, el comprador le pida que le transfiera la participación en tres tramos para que el comprador pueda limitar el desembolso inicial y de hecho abonar el precio por partes.

Si, en el momento en el que se puede ejercer la opción de venta la participación del socio enajenante ha perdido mucho valor (o lo ha perdido totalmente), el remedio a la excesiva onerosidad sobrevenida (del contrato de opción o del contrato final) no sería reconocible, ya que el comprador quería una venta escalonada en el tiempo que el vendedor solo habría aceptado garantizándose el *put* al precio fijado originariamente para toda la participación: el que concede el derecho *put* ha asumido el riesgo de posibles depreciaciones, aunque imprevisibles y extraordinarias, de la participación residual.

Pero si el precio determinado por las partes en la opción *put* está relacionado, en lugar de con el valor de la participación en la fecha de estipulación del contrato de opción, al valor que aquella tendrá en la

fecha de ejercicio, sobre la base de criterios de determinación de los que se deduce que las partes no pretendían imputar al comprador las posibles oscilaciones anómalas o imprevisibles del valor del bien, sino solo garantizar al enajenante la facultad de liberarse de la participación al precio que, en la fecha de ejercicio de la opción habría sido el de mercado o su precio justo, las conclusiones cambian: sucesos imprevisibles y excepcionales, no contemplados por las partes en la definición de los criterios de cálculo del precio en la fecha de ejercicio de la opción, podrían de hecho legitimar la demanda de resolución del contrato por excesiva onerosidad.

Precisamente para evitar problemas más adelante, en muchos casos, en las opciones *put* o *call* sus participaciones accionarias (como sucede en las emisiones de *warrants* de acciones) los criterios de cálculo del precio están muy detallados y se contemplan una serie de rectificaciones del precio de las participaciones (o mecanismos de determinación o de ajuste del precio) que tienen en cuenta las posibles variaciones del capital, operaciones societarias extraordinarias, operaciones de la empresa, desinversiones de ramas de la empresa o de participaciones, y en general de aquellos acontecimientos que pueden influir sobre el valor de la participación o sobre la consistencia o calidad del patrimonio social, o sobre la cuota percentual del capital social representada por el mismo número de acciones objeto del contrato de opción. Otra solución es prever que se determine el precio, una vez ejercida la opción, con un procedimiento en dos fases: en una primera el precio se determina mediante acuerdo de las partes; si las partes no alcanzan dicho acuerdo, se contempla poner en marcha un procedimiento de determinación ex art. 1349 c.c. a cargo de un tercero (normalmente, un banco de inversiones o una empresa auditora).

Si en cambio se trata de un inmueble que en las moras del contrato de opción resulta destruido por un huracán, se podría alegar al opcionario que ejerce el derecho *put* (de venta), que el bien ha sido destruido y que el contrato final tiene un objeto imposible (y por lo tanto es nulo). Y si el inmueble no queda destruido pero sufre un gran deterioro, se podría pedir la rescisión del contrato final por excesiva onerosidad de la prestación o porque el bien es distinto de aquel que es objeto de la opción (*aliud pro alio*).

La entidad o exigüidad del premio, o la posible desproporción entre el premio y el sacrificio asumido por el concedente, podrían ser indicios de "anomalías" de la relación: así, si el concedente paga un premio muy consistente pero después no ejerce la opción que sin embargo sería conveniente y económicamente razonable ejercer, la operación podría

inducir a considerar que la concesión de la opción ha sido simulada para permitir y aparentemente justificar una transferencia ilícita de cantidades del simulado opcionario al simulado concedente.

En cambio, en caso de premio irrisorio y de premio simbólico, parece más correcto verificar si la atribución de la opción del concedente al beneficiario está justificada por otras ventajas concurrentes o elementos convenientes que el primero obtiene al celebrar el contrato de opción. De hecho aunque la opción gratuita puede ser válida cuando la atribución del derecho potestativo encuentra fundamento en razones objetivas suficientes para justificar el sacrificio del concedente; por el contrario, ni siquiera la previsión de un premio elevado justifica la concesión de la opción allí donde, en la consideración global de los intereses de las partes, se dé la ausencia de una causa concreta del contrato, a parte de la (ilícita o inmerecedora de tutela, o indirectamente donativa) de un simple desplazamiento patrimonial (el premio) de un sujeto a otro.

La problemática que se plantea es diferente cuando resulte simbólico o irrisorio el precio de venta del bien en el contrato final. En este caso se tratará de evaluar si se recae en un caso de liberalidad (eventualmente carente de la forma necesaria *ad substantiam*) o de una venta mixta de donación (sujeta, en teoría, a cotejo para comprobar la diferencia entre el valor del bien y el precio adjudicado) o si, en ausencia de una causa liberal, el contrato resulta nulo por falta de causa en la indicación de un precio simbólico; en otros casos, y siempre en relación al caso concreto y a las demandas de las partes, será preciso verificar si el contrato es simulado o revocable o si concurren los supuestos para rescindir el contrato por lesión, o si puede tener fundamento una demanda de anulación por dolo o violencia.

En resumen: la disciplina depende del contenido individual concreto del contrato de opción, tal como haya sido estipulado por las partes y cómo esté caracterizado según sea la naturaleza del contrato final, el objeto y el tipo de bien, el precio y los criterios con los que se haya determinado.

En referencia a las hipótesis de nulidad, existen algunos casos que son de especial interés y que han sido objeto de decisiones por parte de nuestros tribunales. Informo aquí del caso más discutido en los últimos tiempos, que es la posible violación de la prohibición del "*pacto leonino*" (art. 2265 c.c.).

La doctrina y la jurisprudencia han afrontado varias veces el tema de la licitud de opciones pactadas entre los socios de una sociedad y un socio que suscribe una parte del capital social con finalidad de finan-

ciación de la misma, cuando a este último se le da una opción put de la participación suscrita a un precio prefijado.

Normalmente el socio financiador (una sociedad financiera, sociedad con participación estatal) suscribe un aumento de capital de la sociedad, o participa en la constitución de la sociedad, con el fin de aportar liquidez a la misma, de permitir su saneamiento en un momento de dificultad, o de hacerla "despegar" y desarrollarse; la participación del socio financiador se busca de forma temporal (precisamente porque responde a la función de financiación), y la devolución del préstamo se produce mediante el instrumento de la opción de venta atribuida a este último.

Dado que el precio en estos casos está determinado de tal manera que al socio financiador se le garantice de hecho la recuperación de las cantidades invertidas (también las que se hayan aportado con posterioridad) y una cantidad ulterior correspondiente a los intereses (o explícitamente cuantificada e indicada como interés a un tipo determinado), nos hemos preguntado si el contrato ha de considerarse ilícito por violación de la norma del art. 2265 C.C., que prohíbe el pacto leonino, o sea, el pacto mediante el cual uno o varios socios quedan excluidos de cualquier participación en los beneficios o en las pérdidas: norma que aunque esté prevista para las sociedades de personas se considera aplicable a las sociedades de capitales.

Para nuestra jurisprudencia la exclusión «de forma absoluta y sustancial de los riesgos de la pérdida y del derecho a los beneficios para algunos de los socios respecto a otros» viola un principio de orden público económico, porque ninguno de los socios debe encontrarse en una situación de total indiferencia respecto a las decisiones y a la gestión de la empresa o en conflicto con los intereses de los otros socios participantes en los beneficios y en las pérdidas ⁽²⁾: sin embargo sería válido el pacto incluso cuando supone la exclusión total de los beneficios y de las pérdidas de un socio, al que se pueda reconocer una función causal autónomamente merecedora de tutela, de conformidad con el art. 1322 C.C. ⁽³⁾.

² () Así Cass. 29 octubre 1994, n. 8927, en *Società*, 1995, p. 179.

³ () Cass. 29 octubre 1994, n. 8927, cit.; Lodo arbitrale 7 abril 2000 Minervini, Cuffaro, Giorgianni (en *Contr. e impr.*, 2000, pp. 977-978; Tribunal Milán 30 diciembre 2011, en *Società*, 2012, p. 1158 ss.; Lodo arbitrale 15 noviembre 2006, en *Riv. dir. imp.*, 2007, p. 205 ss., mencionado por A.A. Rinaldi, Patti parasociali di «put and call» e divieto del patto leonino; Trib. Cagliari 19 junio 2000, en *Riv. Giur. sarda*, 2001, p.

En un reciente examen de un pacto parasocial, el Tribunal de Milán ha consagrado (en sintonía con la jurisprudencia de legitimidad ya indicada) la nulidad de la opción put con la cual el concedente se obligaba a pagar al opcionario, como precio de venta, una cantidad, aumentada con los intereses convencionales, que incluía todo lo que el opcionario hubiera pagado originariamente por la compra de las acciones aumentado con todas las aportaciones a patrimonio neto que el opcionario hubiera efectuado a la sociedad (aumentos de capital, financiaciones a fondo perdido u otras aportaciones sin derecho de reembolso) hasta el ejercicio de la opción ⁽⁴⁾: en particular, considerando que el art. 2265 C.C. se aplique también en referencia a sociedades de capitales y que su violación pueda efectuarse mediante pactos ajenos al estatuto social que produzcan el efecto leonino, el Tribunal ha incluido la violación de la norma en presencia de una «exclusión incondicionada del socio financiador del riesgo de pérdidas» y de un pacto parasocial que establece una «garantía ilimitada » expedida por el otro socio sobre la depreciación de la aportación de capital realizada por el beneficiario de la opción en la sociedad participada. Retomando el conocido precedente de la Casación ⁽⁵⁾, el límite máximo a la autonomía estatutaria (y también parasocial) se incluye no en la falta de equilibrio entre poderes administrativos y patrimoniales o en la gradación del riesgo de empresa sino en la «exclusión absoluta y constante del riesgo de pérdidas o de la obtención de beneficios»: con alteración radical del estatus de socio, sustraído a la relación riesgo/poder que caracteriza a la participación societaria. Se sustraerían por tanto a la nulidad solo aquellos pactos parasociales en los que, incluso en presencia de una cláusula de exclusión de riesgos y de beneficios (que se cargarían a los otros contrayentes) surgiese una función autónoma merecedora de tutela, de conformidad con el art. 1322 C.C.

La orientación de la jurisprudencia puede compartirse, considerando que permite y admite que las partes del pacto parasocial pacten opciones put a favor del socio financiador, siempre que no se produzca una exclusión absoluta y constante del riesgo de pérdidas o surja una razón autónoma que justifique el pacto.

471; Trib. Cagliari 3 abril 2008, en Banca, borsa, tit. cred., 2009, p. 746 ss.; Cass. 21 enero 2000, n. 642, en Società, 2000, p. 550.

⁴ () Trib. Milán, 30 diciembre 2011, en Giur. párrafo., 2012, II, p. 729 ss..

⁵ () Se trata de Cass. 29 octubre 1994, n. 8927, cit.

En una sentencia posterior, también del Trib. de Milán, 3 de octubre 2013 se lee que «es necesario, por tanto, verificar ante pactos que permitan a un socio la salida en condiciones preacordadas, de modo y de tiempo, y no solo si aquellos son idóneos para excluir a un socio de la participación en las pérdidas de modo absoluto y constante, sino si dicha exclusión constituye su función esencial (su “causa”) o si por el contrario responden a una función causal autónomamente merecedora de tutela, donde no entren en contraposición con la ratio de la norma que se cita en el art. 2265 C.C. y la necesidad de salvaguardar los intereses de los socios implicados en la buena gestión de la empresa»: en el caso que nos ocupa la opción *put* de la que se impugnaba la validez también en relación con el art. 2265 C.C. era ejercible (durante un periodo de cinco años) por un precio equivalente a la mitad del valor que tenía la participación en la fecha de concesión de la opción, garantizando al socio solo de las pérdidas que hubieran depreciado el valor de la participación más allá de dicho valor, debiéndose detracer del precio pactado los dividendos que hubieran podido producirse en el periodo de referencia, de manera que el juez ha considerado que no subsiste la exclusión absoluta y constante de las pérdidas que caracteriza el pacto leonino prohibido (el Tribunal de Milán ha excluido también que el socio titular de la opción *put* tuviera el poder de incidir de hecho o de derecho en la gestión de la sociedad participada).

Sin embargo el Tribunal de Casación, recientemente, n. 17498, 4 de julio 2018, parece inclinarse por la validez de estas opciones: en el caso que se examina, la razón práctica del acuerdo era financiar la empresa financiando a otro socio en una operación de alianza estratégica destinada a realizar algunas adquisiciones societarias, y la Casación ha considerado lícito y merecedor de tutela el acuerdo de negocio, mediante el cual, con ocasión de la financiación participativa, un socio sí había obligado a garantizar al otro de las posibles consecuencias negativas del otorgamiento efectuado en la sociedad, mediante la atribución del derecho de venta (c.d. *put*) dentro de un término determinado y la correspondiente obligación de compra de la participación social a un precio predeterminado, igual al de la compra, con el añadido de intereses sobre el importe debido y del reembolso de las aportaciones operantes en las moras a favor de la sociedad.

Ha de añadirse que a justo título se ha indicado en la doctrina que las opciones *put* y *call* a precio predefinido podrían incurrir también en una posible violación del pacto comisorio, dado que la operación en la que se pactan a menudo está constituida por una financiación en la que el financiador suscribe un aumento de capital reservado o adquiere ac-

ciones ya emitidas, asumiendo así el papel “formal” de socio, pero de hecho manteniéndose en la posición de un financiador (que, al ejercer la opción *put* podrá ceder su participación recuperando toda la financiación y los intereses convencionales sobre el mismo, aparte del hecho de que, en ciertos casos, cualquier desembolso posterior o gasto relativo a su participación en la sociedad), garantizado por la titularidad de las acciones ⁽⁶⁾.

2. Los efectos de la opción entre las partes y en relación con terceros

Es importante indicar que solo cuando se ejerce la opción se realizan el efecto traslativo del bien (si el contrato final tiene efectos reales inmediatos) y los efectos obligatorios que son propios del contrato final. Por lo tanto, el contrato de opción no puede tener – por definición – ni los efectos reales ni los efectos obligatorios del contrato final.

Naturalmente, la posible revocación o retractación del concedente antes de ejercer la opción (revocación o retractación ineficaz, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1331 y 1329 del Código Civil), no es un obstáculo para celebrar el contrato final y — si el bien sigue siendo propiedad del concedente — para que se produzcan sus efectos traslativos en el momento de ejercer la opción por parte del beneficiario de esta última; pero si el bien ha sido alienado a un tercero antes de que el beneficiario haya ejercido la opción de compra, el optante no podrá reivindicar el bien.

Es prácticamente evidente - aunque algún autor haya intentado demostrar que la opción comportaría un vínculo de indisponibilidad oponible a terceros: en particular Ernesto Cesàro (*Il contratto e l'opzione*, 1969), que la considera incluso transcribible en los registros inmobiliarios - la opinión de que el contrato de opción no surte el efecto de hacer que el concedente pierda el poder de disposición del bien: la enajenación

⁶ () Cfr. las reflexiones de F. Delfini, *Opciones put a precio determinado “final”, arbitraje de la parte y nulidad*, cit., p. 745 ss.: la operación estructurada de esta manera podría violar la norma material que figura en los arts. 2744 y 1963 C.C., o constituir una compra simulada de participaciones sociales, que figure una financiación mediante pacto comisorio.

del bien objeto del contrato final por parte del concedente, la opción constituye sin duda incumplimiento contractual (para una parte de la doctrina se trataría de responsabilidad precontractual), pero el contrato celebrado con el tercero sigue siendo válido y eficaz.

La tesis de la relevancia externa del contrato de opción y de su transcribibilidad, aunque no totalmente aislada, no ha tenido pruebas en jurisprudencia y ha sufrido una gran oposición en la doctrina: es cierto que hay varios autores que a justo título subrayan que la opción implica un vínculo de inalienabilidad cuando se concede una opción de compra de un bien identificado, sin embargo la oponibilidad a terceros del vínculo no sería reconocible (como no lo es en el caso de pacto de no alienación ex art. 1379 c.c.) y el remedio en caso de venta del bien objeto de opción a un tercero consistiría solo en el resarcimiento de daños y perjuicios.

En particular, a la relevancia externa del contrato de opción se ha objetado: que la sujeción no comporta en sí misma ningún efecto traslativo, manteniendo el concedente el poder de disponer del bien hasta la fecha de ejercicio (positivo o negativo) de la opción; que son transcribibles solo aquellos documentos que producen la transferencia de derechos reales inmobiliarios, mientras que la transferencia, en el caso del contrato de opción, se produce únicamente con el ejercicio del derecho potestativo; que al contrato de opción le faltan aquellas características (estructurales, de efecto y funcionales) del contrato sujeto a condición suspensiva que permiten la transcripción, solo para el caso condicional, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2659, último párrafo, C.C. Como es conocido, por los arts. 1343-1345 y 1418 C.C. y por la previsión legislativa de remedios específicos para la violación fraudulenta de los derechos de un tercero, se deduce la imposibilidad de invocar la nulidad del contrato mediante el cual el concedente aliena a terceros el bien objeto del contrato de opción de compra por elusión del derecho del beneficiario.

Como defensa de la tesis según la cual no podría atribuirse al contrato de opción ninguna relevancia externa, remitimos a cuanto se dispone en el art. 1372 C.C., o sea, la relatividad de los efectos contractuales, reforzado – desde el punto de vista de la inoponibilidad a terceros – por el art. 1379 c.c. (el pacto de no enajenación surte efecto sólo entre las partes), y se afirma que hasta que no se ejerce la opción el concedente sigue siendo titular del bien y por tanto puede siempre disponer del mismo de forma válida.

El tercero, por tanto, garantiza su venta: en todo caso, si tuviera conocimiento de la existencia de la opción, podrá responder del daño, junto al concedente de la opción (7).

En este sentido, podría haber una tutela indirectamente real del beneficiario del derecho de opción, si se admitiese de forma específica el resarcimiento del daño sufrido por el beneficiario perjudicado por la compra de otro, cuando al tercero comprador pueda imputársele la responsabilidad extracontractual por dolo en la compra del bien. Si ya está aceptada, en el ordenamiento italiano, la posibilidad abstracta de sancionar con el resarcimiento del daño al tercero cómplice del incumplimiento contractual (aunque con distintas tesis respecto al “grado” de dolo idóneo a entrar dentro de la responsabilidad), al tercero comprador del bien objeto de la opción call se le puede extender la demanda resarcitoria del optante que ha sufrido el incumplimiento del concedente, sin embargo sigue siendo contestada (y sobre todo no figura en la jurisprudencia) la tesis de la resarcibilidad del daño sufrido por el contrayente perjudicado de forma específica ex art. 2058 C.A., es decir transfiriendo al contrayente perjudicado el bien adquirido por el tercero. De hecho, se considera, que el resarcimiento de forma específica es admitido por el art. 2058 C.C. “en el caso de que sea posible”, entendiéndose esta puntualización no solo en referencia a la posibilidad material sino también a la jurídica: de manera que respecto a las ventas efectuadas infringiendo el pacto de no alienar, admitir el resarcimiento de forma específica llevaría a cabo lo que el ordenamiento ha negado, es decir la oponibilidad a terceros de los pactos ex art. 1379 C.C., frustrando así la ratio de garantizar la seguridad en la circulación de los bienes. Del mismo modo, tampoco se podría, en el caso de doble venta inmobiliaria, alterar el régimen de circulación de los bienes y el interés en la certeza de las adquisiciones que rigen las normas en materia de transcripción.

A pesar de la coherencia lógica de estas objeciones, una tutela total del contrayente perjudicado, frente al conocimiento del tercero de perjudicar un derecho de otro, respondería con eficacia a una instancia de prevención de comportamientos ilícitos que merece una atención especial. Tampoco carecen de fundamento jurídico las tesis de quien

⁷ () En el Código Civil francés, tras la norma jurídica posterior del 2016, la tutela del beneficiario de la opción es mucho más fuerte: de hecho, el art. 1124 del Código Civil, contempla, en su párrafo tercero, que “*Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul*”.

sostiene que, una vez admitido que el tercero (si es con mala fe) está obligado a responder del daño sufrido por el contrayente (primer comprador en la doble venta inmobiliaria, beneficiario de un derecho de tanteo contractual), no habría ninguna razón para negar la elección de la devolución de forma específica, hasta que esta sea posible, como único medio de tutela del sujeto perjudicado capaz de reconstituir el status quo ante la titularidad que ostenta del bien ilegítimamente transferido a terceros ⁽⁸⁾. En este momento dicha tesis no encuentra aplicación en las soluciones jurisprudenciales, por lo que hoy solo la autonomía contractual, como se verá, puede permitir una tutela del beneficiario de la opción contra los actos de disposición del bien por parte del concedente.

3. La (no) transcribibilidad de la opción sobre bienes inmuebles

El problema de la relevancia externa de la propuesta irrevocable y del contrato de opción está estrechamente unido al de la transcribibilidad en los registros inmobiliarios de propuestas irrevocables o de contratos de opción destinados a celebrar un contrato de venta de un bien inmueble. La opinión negativa es preponderante, bien porque el contrato de opción no se menciona entre las hipótesis que figuran en la lista taxativa del art. 2643 C.C., bien porque al no comportar el contrato de opción ningún efecto traslativo inmediato, no subsistirían las razones jurídicas para su transcribibilidad. Por último, el contrato de opción carece de aquellas características (estructurales, de efecto y funcionales) del contrato condicionado a suspensión que permiten, solo para el caso condicional, la transcripción de conformidad con el art. 2659, último párrafo, C.C.

⁸ () Cfr., para la posibilidad, en la hipótesis de doble alienación inmobiliaria, de la devolución de forma específica de parte del segundo comprador con mala fe, G. Gabrielli, *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, en *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 458 (respecto a la doble alienación inmobiliaria); en referencia al beneficiario de un derecho de tanteo contractual, G. Vettori, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988, p. 185. Secondo P. Schlesinger, *Parere (sobre los límites subjetivos de la eficacia del acuerdo entre accionistas)*, en *Contratto e impresa*, 1990, p. 546 s., sería admisible incluso una tutela de forma cautelar, destinada a suspender la eficacia de la alienación ilegítimamente realizada por el obligado al tercero con mala fe.

La introducción en el código del art. 2645 *bis*, que atribuye a la transcripción del contrato preliminar (y según algunos autores también del preliminar unilateral) eficacia de reserva, y permite hacer retroceder a la fecha de transcripción del preliminar la oponibilidad de los efectos reales del contrato definitivo, ha inducido a muchos autores a considerar que también para la opción se podría contemplar una posibilidad semejante. Sin embargo, por el momento sigue siendo un auspicio de *jure condendo*.

En otros ordenamientos europeos la opción es transcribible.

En España la opción no tiene una disciplina normativa, pero es conocida y ha sido estudiada desde finales del siglo XIX (en particular con referencia a las compras de minas allí donde los interesados en la venta querían verificar el contenido y efectuar las comprobaciones necesarias, solicitando un término dentro del cual decidir si comprar o no); y el art. 14 del *Reglamento Hipotecario* contempla que se pueda transcribir el contrato de opción de venta (no el derecho), siempre que se satisfagan algunos requisitos ⁽⁹⁾.

En el *Fuero Nuevo* de Navarra, de 1973, la opción (y del mismo modo) el “*tanteo y retracto*”, o sea, el derecho de tanteo y el retracto, entendido como el derecho del prelacionario de incorporarse a la situación jurídica del tercer comprador en caso de enajenación al tercero infringiendo el tanteo) puede tener carácter real o personal según la voluntad de las partes: el “*derecho de opción de carácter real*” debe tener un plazo

⁹ () Textualmente dice lo siguiente: Artículo 14 del *Reglamento Hipotecario*: «Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes: 1ª) Convenio expreso de las partes para que se inscriba. 2ª) Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción. 3ª) Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años. En el arriendo con opción de compra la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquél, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento». La previsión de esta norma es fuente en el derecho español de debates sobre la naturaleza real o personal del derecho de opción, incluso aunque prevalezca la tesis de que el derecho tiene naturaleza personal adquiriendo el carácter de la oponibilidad a terceros mediante la inscripción en el *Registro Hipotecario*: las distintas tesis y orientaciones jurisprudenciales son expuestas por CAMINO SANCIRENA ASURMENDI, *La opción de compra*, cit., pp. 164-177; e pp. 181 ss., donde se trata la disciplina del contrato de opción inmobiliaria transcrito en el *Registro de la Propiedad*.

máximo de diez años y puede transcribirse en el *Registro de la Propiedad* durante un plazo máximo de cuatro años, tácitamente prorrogable durante otro periodo igual; si el derecho accede a un arrendamiento a un derecho de superficie, hipoteca u otro derecho real transcribible, la opción puede durar lo mismo que el derecho al que accede, incluidas las posibles prórrogas voluntarias, expresadas o tácitas ⁽¹⁰⁾.

En el *Codi Civil de Catalunya*, en el Cap. VIII del Título VI del quinto libro, relativo a los derechos reales y, entre estos, a los “*drets d'adquisició*” (derechos de compra), la opción está sujeta a una disciplina muy detallada que incluye las obligaciones de las partes y las modalidades y efectos del ejercicio del derecho, que hacen que se asemeje claramente a un contrato de venta condicionado ⁽¹¹⁾. El derecho de opción que

¹⁰ () Ley 517, Fuero Nuevo de Navarra (*Opción de compra*): «La promesa de opción de compra que produzca efectos reales se registrará por las Leyes 460 y 461». Ley 460 (*Naturaleza y caracteres*) «Los derechos de opción, tanteo y retracto voluntario tendrán carácter real cuando así se establezca; si se constituyen con carácter parasonal se registrarán por las disposiciones del título IX del presente libro (Título IX, «*Las estipulaciones*», Cap. I «*De las promesas en general*», Ley 517 «*Opción de compra*») serán transmisibles por actos *inter vivos* o *mortis causa*, salvo disposición el, contrario. Pueden constituirse por actos *inter vivos* o *mortis causa* a título oneroso o lucrativo, bien por constitución directa mediante enajenación o concesión, bien mediante reserva o retención en un acto de transmisión de la propiedad. Pueden recaer sobre bienes inmuebles o establecimientos mercantiles o industriales, acciones de sociedades, participaciones o cuotas sociales, derechos de propiedad industrial o intelectual y cualesquiera otros bienes muebles susceptibles de identificación. Para su eficacia deberán reunir los requisitos de forma que en cada caso corresponda según la Ley. Serán inscribibles en el Registro de la Propiedad u otros registros que correspondan en razón de su objeto». Ley 461 (*Opción*): «El derecho real de opción puede constituirse por un tiempo determinado no superior a diez años. Para su inscripción en el Registro de la Propiedad el plazo máximo será de cuatro años, tácitamente prorrogable por otro período igual. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el derecho de opción de compra se haya constituido como anejo a un arrendamiento, superficie, hipoteca u otro derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad, su duración podrá alcanzar la totalidad del plazo de éstos, así como sus prórrogas voluntarias, expresas o tácitas. La opción de compra deberá ejercitarse por el precio fijado o el que resulte según el procedimiento establecido para su determinación y, en su caso, conforme a las cláusulas de estabilización, si se hubieren previsto. Los actos de disposición por el dueño de la cosa objeto de 463 la opción no perjudicarán este derecho, que subsistir a hasta el vencimiento del plazo».

¹¹ () El art. 568-1 contempla la opción entre los *drets d'adquisició voluntària*, junto al *tanteig* y al *retracte* (osea el derecho de tanteo y el derecho de retracto correspondientes al mismo en caso de enajenación al tercero en violación del tanteo). El art. 568-2 (*Constitució i eficàcia*) preve para los *drets reals d'adquisició* el requisito

se regula en el art. 568-8 tiene carácter real (“*dret real d’opció*”) (derecho real de opción) y no puede tener una duración superior a 10 años (pero la duración puede ser prorrogada mediante acuerdo entre las partes, para periodos no superiores a 10 años); si el derecho de opción es un pacto que figura en otro contrato no puede superar la duración de este último, con sus prórrogas correspondientes ⁽¹²⁾.

4. La tutela convencional en el contrato de opción

Al no poderse atribuir eficacia externa al contrato de opción, en la incertidumbre sobre las consecuencias legales en caso de infringir el contrato de opción y sobre la admisibilidad de medidas cautelares, serán las partes del contrato, cada vez con más frecuencia, las que establecerán las medidas adecuadas para impedir al sujeto vinculado la venta del bien a terceros, o al menos, a prevenir y desincentivar el incumplimiento contractual.

Es en el reglamento contractual donde pueden contemplarse cláusulas para evitar la venta a terceros de los bienes objeto de opción: por ejemplo mediante la previsión de una obligación de no enajenar y de una penalesación para el caso en el que el concedente con la opción *call* enajene el bien; o contemplando un *escrow*, o sea el depósito del bien a cargo de un tercero fiduciario al cual las partes dan instrucciones

de la escritura pública y si tienen como objeto bienes inmuebles la inscripción en el *Registre de la Propietat*. En el segundo párrafo se establece que el ejercicio del *dret d’adquisició voluntària* conlleva la venta del bien en la misma situación jurídica en la que este se encontraba en el momento de la constitución del derecho y la extinción de los derechos de otro constituidos sobre el bien posteriormente a la constitución del derecho. En la sección dedicada a los *drets d’adquisició voluntària*, entre las disposiciones generales, el art. 568-5 indica los requisitos que debe contener el título constituyente del derecho (duración del derecho que si no está prefijada la ley la fija en cuatro años; precio o criterios de determinación del precio del bien objeto del derecho; posible premio acordado; domicilio de las partes; modalidades de pago del precio); la disciplina específica del derecho de opción está detallada en los artículos del 568-8 al 568-12.

¹² () La norma para la doctrina española contrasta con los cuatro años de duración máxima de la opción para los contratos transcribibles según el art. 14 del *Reglamento Hipotecario* (que es aplicable en todo el territorio español), y puede dar lugar a incertidumbres de aplicación: cfr. CAMINO SANCIÑENA ASURMENDI, *La opción de compra*, cit., p. 179.

sobre las modalidades de su gestión, entrega y transferencia (al sujeto que habrá ejercido la opción *call* o al concedente, una vez expirado inútilmente el término del ejercicio de la opción *call*). Si se refiere a participaciones societarias, estos tipos de tutela inducen a considerar que el contrato de opción realice un sindicato de bloqueo (*lock-up*) sujeto a las normas de ley sobre los pactos parasociales relevantes, objeto de una disciplina societaria especial.

De forma general debe reconocerse la legitimidad de cláusulas de autotutela pactada y de disciplina de la relación contractual, independientemente de la verificación (pero evidentemente se trata de un problema distinto), que su introducción no entre en oposición con normas de ley específicas que prohíban determinados comportamientos o no incluya casos que impongan obligaciones determinadas.

Entre las previsiones de pactos que se adoptan frecuentemente han de recordarse las cláusulas penales para el caso en el que el concedente la opción *call* infrinja el contrato alienando a terceros el bien (a menudo acompañadas de la expresa afirmación de una obligación de no alienar ex art. 1379 C.C.), con la posible concesión de garantías reales o personales para el pago de la penalización. No debería haber dudas sobre la legitimidad de la introducción de penalizaciones (y de garantías prestadas como tutela del posible crédito consiguiente⁽¹³⁾). La única jurisprudencia que ha afirmado la inconciliabilidad de la previsión de cláusulas penales con el contrato de opción se funda sobre una premisa que no puede compartirse en modo alguno, es decir, que el pacto de opción no configure un contrato perfecto y que del mismo no resultan vínculos contractuales⁽¹⁴⁾. Por contra, basta observar que los pactos de no alienación, según la doctrina común, pueden reforzarse incluyendo cláusulas penales, ya que estas últimas no realizan ningún intento elusivo o fraudulento respecto al principio de la inoponibilidad a terceros de la obligación ex art. 1379 C.C., sino que sancionan el in-

¹³ () Considera que la cláusula penal es atribuible a un pacto de opción G. De Nova, capítulo Cláusula penal, en Dig. disc. priv., Sez. civ., II, Torino, 1988, p. 378.

¹⁴ () Se trata de la no reciente sentencia de la Casación, n. 989, de 27 de febrero de 1978, en Mass. Foro it., 1978, según la cual «puesto que el pacto de opción, que se traduce en la propuesta irrevocable de una parte, con facultad de aceptación de la otra parte, no configura un contrato perfecto, aunque esté condicionado, debe considerarse inconciliable con el propio pacto la previsión de una cláusula penal, destinada a reforzar un vínculo contractual, para los casos de incumplimiento o de retraso en el cumplimiento de las obligaciones asumidas con el mismo ».

cumplimiento del sujeto obligado ⁽¹⁵⁾, donde puede llegarse a la misma conclusión respecto al contrato de opción, y ello también en ausencia de una asunción expresa por parte del concedente del call, de la obligación de no alienar.

Por el contrario, hay que indicar que la presencia de una penalización en el caso de alienación a terceros del bien al que se refiere el derecho call, parece implicar la asunción de la obligación de no alienación, con la consecuencia, por un lado, de que debería verificarse la oportunidad de su límite temporal (la duración del plazo para el ejercicio de la opción) y, por otro lado, que — si la penalización está prevista en contratos que tienen como objeto participaciones accionariales — el contrato de opción ha de ser calificado con un contrato parasocial acordado (sujeto a las correspondientes normas societarias del Código Civil y del TUF -Texto Único de disposiciones en Materia Financiera-).

Un tema totalmente distinto es el de la función de penalización que puede asumir la previsión de un derecho call a un precio muy inferior respecto al valor efectivo de las acciones o de la participación, atribuido en los pactos parasociales (relativos frecuentemente a joint ventures) a uno de los socios, y que puede ejercerse en caso de incumplimiento del otro socio o de sujetos relacionados con aquel ⁽¹⁶⁾: caso en el

¹⁵ () Respecto a la admisibilidad de cláusulas penales en el ámbito de pactos de no alienación cfr. las reflexiones de A. Fusaro, que pueden compartirse, *Il divieto contrattuale di alienazione*, in *I contratti in generale*, dirigido por Alpa y Bessone, IV, t.1, Torino, 1991, p. 64; véase también V. Lojacono, capítulo *Inalienabilidad (cláusula la)*, en *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 898.

¹⁶ () La determinación de un precio de opción aumentado (en caso de opción put) o descontado (en caso de opción call) respecto al valor de mercado en el momento de ejercer la opción podría también tener una finalidad "punitiva" semejante a la de la penalización por incumplimiento. Pensemos en las opciones que pueden ejercer los socios de un pacto parasocial en el caso de que no se renueve el pacto o de receso del pacto parasocial (cuando el pacto es a tiempo indefinido): el fijar un precio muy bajo para el ejercicio del call por parte de los otros socios, puede servir para desincentivar la decisión de las partes de no renovar en un determinado plazo o de retractarse del pacto parasocial. Cfr. el pacto parasocial, *Di Benedetto AS Roma LLC y Unicredit Spa*, del 20 aprile 2011, relativo a la gestión de un holding (destinado a la compra de AS ROMA spa y de otras sociedades) constituida por las mismas: en el caso de que el banco comunique que no renueva el Pacto parasocial, *Di Benedetto* puede ejercer una opción call sobre la participación de Unicredit a un precio equivalente al 80% al precio que tienen las acciones en el mercado; por el contrario se concede al banco una opción put de su propia cuota, a un precio equivalente al 120% del precio que tienen las acciones en el mercado, en el caso de

que cabría preguntarse por la posibilidad de reducir la penalización (la adecuación del precio de la participación) y, en una hipótesis extrema, su posible contradicción con la prohibición del contrato de prenda del pacto (¹⁷).

Otra tutela convencional que a menudo adoptan las partes para evitar que el concedente incumpla el call — y así sobre todo la alienación a terceros del bien, pero también la constitución sobre el bien de vínculos o la transferencia de derechos reales menores sobre el mismo existentes — existe la previsión de un *escrow* (¹⁸), o sea del depósito del bien en un tercero fiduciario, al que las partes dan instrucciones sobre las modalidades de gestión, entrega y transferencia (al sujeto que haya ejer-

que Di Benedetto declarase que no renueva el pacto parasocial en el momento de su vencimiento natural.

¹⁷ () Se trata de verificar la compatibilidad de la opción en condiciones “punitivas” (con una finalidad sancionadora de la decisión de no renovación del pacto o de receso), con interés en la movilidad de los marcos de propiedad y en la posibilidad del control, presidido por la libertad de las partes que pactan de no renovar el pacto parasocial o de retractarse del pacto parasocial a tiempo indefinido: con posible nulidad en concreto del negocio de concesión de la opción a precio penaleszante, condicionada a la falta de renovación del pacto. Se trata también de verificar, si se reconoce una función de penaleszación por incumplimiento a las opciones call a precios punitivos (bajos) o put a precios punitivos (altos) si puede invocarse la reducción en igualdad de la penaleszación manifiestamente excesiva de conformidad con el art. 1384 C.C., que, en el caso que nos ocupa se traduciría en una modificación del precio a cargo del juez.

Las opciones *put* o *call* destinadas a operar cuando el pacto parasocial se anule por falta de renovación o en caso de resolución pueden considerarse como previsiones destinadas a condicionar la voluntad de los pactistas que por ley debería ser libre en orden a la renovación o a la resolución del pacto, concretándose en una posible elusión de las normas imperativas en materia de duración de los pactos parasociales y de libre determinación de los pactistas: cfr. en este sentido Coll. Arb. 7 de mayo 2007 (Collegio Abriani, Libonati, Trimarchi), citado por N. ABRIANI, in AA.VV., *La società per azioni*, en Trattato di derecho commerciale dirigido por Cottino, Padova, 2010, pp. 552-553. Il Lodo, inédito, ha sido objeto de examen y consideración por parte de G. Rescio, *Gli strumenti di controllo: i patti di sindacato*, en Riv. dir. soc., 2008, p. 68 ss.; de L. Sambucci, *Durata dei patti parasociali e autonomia privata*, en Riv. dir. comm., 2008, p. 924 ss.; de M. Pratelli, *Rinnovo di patti parasociali e opzioni put & call*, en Giur. comm., 2010, I, p. 931 ss.

¹⁸ () Sobre el tema véase. A.M. LUCIANI, *Escrow*, en *Contr. e impr.*, 2005, 2, p. 801 ss.; A. FUSARO, *La clausola di escrow account*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 566 ss. Sobre la utilización del *escrow agreement* en los pactos parasociales, también respecto a la presencia de cláusulas de *drag-along* cfr. U. DRAETTA-C. MONESI, *Los contratos de compra de sociedades y de empresas*, Milano, 2007, pp. 521 ss.; P. DIVIZIA, *Le clausole di tag e drag along*, Milano, 2013, p. 91 ss.

cido la opción call o al concedente, una vez vencido inútilmente el plazo de ejercicio de la opción call). Se trata de una previsión que permite al beneficiario garantizarse la obtención del bien cuando ejerza la opción, impidiendo al concedente, entretanto, que disponga de aquella: por este motivo, si se refiere a participaciones societarias, dicho tipo de tutela induce a pensar que el contrato de opción encierra un contrato de accionistas sujeto a las normas de ley, ya recordadas, en los pactos parasociales relevantes.

Por último, no son infrecuentes, las cláusulas resolutivas que se expresan en el contrato de opción a causa de la infracción, por parte de uno de los contrayentes, de obligaciones de las partes en el periodo en el que está pendiente la opción. Por ejemplo, respecto a los contratos de opción call o put en participaciones societarias, puede haber previstas cláusulas resolutivas para el caso de incumplimiento de la opción de compra con obligación de voto en asamblea que se acordará de forma previa entre concedente y beneficiario; de incumplimiento de obligaciones del concedente de efectuar o no efectuar determinadas operaciones societarias; de incumplimiento de obligaciones de no permitir (o no consentir a) la transformación de la sociedad cuyas acciones son objeto de opción de compra. También aquí subsiste a posibilidad de que este caso incluya un pacto parasocial según lo dispuesto en los arts. 2341 ter C.C. y 122 TUF (Texto único de las disposiciones en materia de intermediación financiera, D. Lgs. 58/1998).

En algunos contratos de opción puede figurar la previsión para la parte concedente de la opción put o call del poder de rescindir el contratto ad nutum, mediante el pago de una fianza o el poder de rescindir cuando concurren determinadas circunstancias o se den determinados hechos constatados por las partes: se trata de una cláusula que, según su formulación, podría considerarse no válida o, por el contrario, vinculante.

Un poder de rescisión ad nutum por parte del concedente de la opción parece entrar en contradicción con la propia concesión de la opción, aunque estuviera previsto el pago de una fianza, legitimando las dudas sobre la validez de todo el contrato (y no solo de la previsión de rescisión); sin embargo parece admisible el poder de rescisión del concedente para el caso en el que se den determinadas circunstancias, al asemejarse la situación a la del contrato de opción sujeto a condición resolutive, de manera que — si no es ilícita la condición o el evento que autoriza el receso — el contrato de opción debería considerarse válido.

Como tutela del beneficiario de la opción put, a menudo se prevé la constitución de garantías reales o la entrega por parte del concedente

de fianzas o garantías autónomas expedidas por un tercero, para el caso de que, en la fecha de ejercicio de la opción que perfecciona la venta, el concedente no pagase el precio del bien. La admisibilidad de tales garantías no parece discutible, al tener como objetivo garantizar el futuro (aunque sea eventual) crédito del beneficiario que ejerciera el put.

5. La opción a favor de un tercero (y menciones a las cláusulas drag-along o derecho de arrastre)

La jurisprudencia y la doctrina italianas reconocen la posibilidad de la opción a favor de un tercero. De hecho, los arts. 1411 ss. C.C. italiano, que regulan el contrato a favor del tercero no serían aplicables solo a los contratos en los que figuran obligaciones sino también a contratos con efectos reales (en este sentido, pero sobre todo en relación a las servidumbres prediales, la jurisprudencia, mientras que la doctrina está dividida sobre este tema), en cualquier caso se puede entender por “prestación” también la atribución a favor del tercero del derecho potestativo que corresponde al beneficiario da una opción ⁽¹⁹⁾.

¹⁹ ⁰ En Jurisprudencia se considera posible el contrato preliminar de compraventa a favor de un tercero y a *fortiori* el contrato de opción a favor de un tercero Cass., n. 18321, 1 de diciembre de 2003, (en *Foro it.*, 2004, I, 1464, y en *Notariato*, 2005, p. 147 ss., con *Commento* de L. DI LORENZO) ya que con la opción a favor de un tercero «el sujeto promitente, en lugar de obligarse únicamente, en la forma del contrato preliminar bilateral o unilateral, con el otro estipulante a prestar su consentimiento a la venta definitiva de un bien suyo a favor de un tercero, queda vinculado a su propia declaración de irrevocable propuesta contractual, mientras que al tercero beneficiario, libre de aceptarla, basta la simple aceptación para que se produzcan a su favor los efectos del contrato, para cuya conclusión se ha acordado la opción». En el caso que nos ocupa, la S.C. ha considerado correcta la cualificación formulada por el juez correspondiente en términos de contrato a favor del tercero del pacto mediante el cual las partes, en el ámbito de un contrato de compraventa de un fondo inmobiliario con una construcción anexa, acordaron que comprador del fondo estuviese obligado a transferir, por una cantidad determinada, una parte de la actual «*barchessa*» comprada y vendida a favor de los herederos varones del vendedor en el caso de que la restante propiedad de este último resultara transferida a continuación y aquellos hubieran pensado construir allí un garaje para un único coche: el pacto se consideró válido y eficaz en virtud del acuerdo solo de los estipulantes, sin que formara parte de aquel el tercero beneficiario. En un comentario a la sentencia observa S. DELLE MONACHE, *Sulla figura del patto di opción a favore di terzi*, en *Riv. not.*, 2005, p. 765 ss., que, aunque se puede compartir la sentencia cuando afirma la admisibilidad del contrato de opción a favor de terceros, los argumentos resultan

Es necesario mantener clara la declaración del tercero-optante de querer acogerse a la estipulación a su favor (art. 1411, segundo párrafo, C.C.) con la que hace irrevocable e inmodificable la compra de la opción, por la declaración destinada al ejercicio de la opción que lleva a su perfección el contrato final, siendo posible que el favorito (siempre que, mientras tanto el estipulante no haya revocado o modificado la estipulación) ejerza la opción sin haber declarado antes querer acogerse a la estipulación a su favor ⁽²⁰⁾.

Surge alguna duda en el caso de que el estipulante revoque la disposición a favor del tercero o de que el tercero rechace el disfrutarla ⁽²¹⁾. De hecho el art. 1411, tercer párrafo, C.C., prevé que en tal caso la prestación quedará a beneficio del estipulante a menos que sea distinta la voluntad de las partes o la naturaleza del contrato: en el caso en el que la prestación consista en el derecho a perfeccionar un determinado contrato, se podría pensar que no es irrelevante para el concedente de la opción la persona que será (en el caso de ejercicio de la opción) su contraparte contractual. Se tratará, si no hay especificado nada en la estipulación a favor de un tercero, de verificar si la opción concedida (a favor del tercero, pero rechazada, o revocada por el estipulante) puede considerarse por su naturaleza destinada a un sujeto determinado (solo el tercero) o si la persona del optante (futura contraparte) es indiferente para el concedente.

Respecto al contrato de opción a favor de terceros, cabe recordar que la jurisprudencia reciente ha calificado los llamados “*drag-along rights*” (frecuentemente pactados entre socios en los pactos parasociales o previsto en los estatutos societarios) como «opciones de compra (*call*) concedidas por el socio minoritario al socio mayoritario, a favor de un tercero», condicionadas temporalmente al hecho de que el tercero se ofrezca a comprar todo el capital social y que el promitente (el socio minoritario sujeto a la opción *call*) no tenga intención de ejercer el derecho de primera opción sobre la cuota de mayoría ⁽²²⁾. En la doctrina se ha propuesto también la cualificación de dichas cláusulas como opcio-

simplistas: advierte el autor que, en el caso descrito, la propia cualificación de la posición del beneficiario en términos del derecho de opción suscita ciertas dudas.

²⁰ ⁰ Cfr. S. DELLE MONACHE, *Sulla figura del patto di opzione a favore di terzi*, cit., p. 765 ss.

²¹ ⁰ También sobre este punto, S. DELLE MONACHE, *Sulla figura del patto di opzione a favore di terzi*, cit., p. 765 ss.

²² ⁰ Trib. Milán, ordenanza 2008, de 31 de marzo 2008, en *Società*, p. 1379 (con nota de C. DI BITONTO) y en *Riv. dir. comm.*, 2010 (con nota de L. ROSSANO); Trib. Milán 24

nes *call* para sí mismo o para una persona que habría de designarse, siempre condicionadas ⁽²³⁾. En cualquier caso es conveniente indicar que muchos autores ponen en tela de juicio la cualificación de los pactos de *drag-along* en términos de opción *call*, prefiriendo reconocer en la cláusula de *drag along* un mandato para vender *in rem propriam* irrevocable, con o sin representación ⁽²⁴⁾. La cualificación depende obviamente de la formulación concreta de la cláusula, aunque nos parece indudable que el mecanismo utilizado más frecuentemente es el de una opción *call*; la reconducción al contrato a favor de un tercero resulta, por lo menos de forma general, y salvo formulaciones concretas que excludan la alusión al art. 1411, la más coherente con el mecanismo operativo del *drag-along*: con la puntualización de que el tercero (el sujeto interesado en la compra de las participaciones) es indeterminado, pero determinable, sobre la base de la propia cláusula contractual o estatutaria, en el sujeto que se ofrecerá como comprador, y que de la lectura de las cláusulas parasociales o estatutarias que prevén el *drag-along right* surge la (implícita) derogación a la previsión dispositiva del tercer párrafo del art. 1411, según la cual la prestación queda en beneficio del estipulante en caso de rechazo del tercero de disfrutar de la estipulación a su favor ⁽²⁵⁾.

de marzo de 2011, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, II, p. 59 ss., con nota de N. De LUCA.

²³ Cfr. D. PROVERBIO, *I Patti parasociali, Teoria e prassi*, Milano, 2004, p. 68 ss.. El autor configura la cláusula de *drag-along* como una opción *call* estipulada por el titular del *drag-along right* para sí o para una persona que habría que designar (donde la persona será después identificada en el tercer comprador futuro), condicionada de forma temporal a que se produzcan los acontecimientos que figuran en el pacto parasocial (o en un acuerdo separado entre socios individuales); cualificación que puede compartirse si en concreto resulta que, una vez que se cumplen las condiciones, el tercero compra las acciones de los sujetos concedentes del *drag-along right* mediante su declaración de compra unilateral (ejercicio de la opción).

²⁴ Cfr. el "Lodo Mazzoni", cit., que figura en *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, p. 493 ss.; v. también P. DIVIZIA, *Le clausole di tag e drag along*, cit., p. 147 ss.

²⁵ En este sentido, véanse los análisis de L. BALLERINI, *I patti di co-vendita nelle società: funzioni e struttura*, in *Contr. e Impr.*, 2014, p. 1022, sobre la reconstrucción de la opción *call* (o del contrato preliminar unilateral) en las declinaciones del contrato propuestas «a cuenta de a quien corresponda», del contrato «por persona que ha de designarse», o del contrato «a favor de tercero» (indeterminado), y los argumentos que lleva a considerar preferible (más coherente) esta última posibilidad.

