



Rescate de acciones en el nuevo código civil y comercial. Ahora qué hacemos?

Nadie puede ser obligado a vender sino cuando se encuentre sometido a una necesidad jurídica de hacerlo. Así reza el nuevo artículo 1128 del nuevo código civil y comercial.

Si comparamos este texto con el texto del viejo artículo 1324 del código de Vélez observaremos que en esencia dice lo mismo, salvo por los supuestos expresamente previstos en el código de Vélez y que hoy han quedado derogados ... para siempre.

El viejo artículo 1324 decía: *“Nadie puede ser obligado a vender, sino cuando se encuentre sometido a una necesidad jurídica de hacerlo, la cual tiene lugar en los casos siguientes:*

1° expropiación, por causa de utilidad pública;

2° Cuando por una convención, o por un testamento se imponga al propietario la obligación de vender una cosa a persona determinada;

3° Cuando la cosa fuese indivisible y perteneciese a varios individuos,

4° Cuando los bienes del propietario de la cosa hubieren de ser rematados en virtud de ejecución judicial;

5° Cuando la ley impone al administrador de bienes ajenos, la obligación de realizar

Aquel dispositivo parece que nos remitía a un numerus clausus admitiendo que sólo en los supuestos 1 a 5 el vendedor estaría forzado a vender. Fuera de esos casos, la obligación de vender no era posible.

Eliminando estos “casos” el nuevo código deja abierta la puerta para imaginar nuevos “casos”, y esto sí parece una buena noticia.

Interesa aquí analizar el viejo inciso 2 de aquel artículo pues aquel era la fuente jurídica que permitía darle validez o justificar el negocio de rescate, y hasta incluso, el rescate forzoso de participaciones societarias.

Veamos:

1. *El rescate de acciones y el artículo 220 (2) de la ley 19.550.*

Recordemos que esta norma admite el rescate de acciones como negocio de excepción, financiado con cargo a reservas o ganancias acumuladas, y siempre que tenga por finalidad evitar un *daño grave*. Fuera de este supuesto la Ley General de Sociedades sería refractaria al negocio de rescate, o autocartera, tal como lo conoce la doctrina española.

Sin embargo, dicha norma no significa que la SA esté impedida de rescatar su capital mediante otros mecanismos ajenos al expresament e previsto en el artículo

220 (2). Y aquí recobraba vigor el viejo inciso 2 del artículo 1324 pues, pactada la opción de rescate mediante una opción call, ésta obliga al dador de la opción a transferir debiendo cumplir la prestación comprometida: vender.

El rescate de acciones puede derivar de una opción de compra concedida por el accionista a la sociedad, estando aquel obligado a vender sus acciones una vez ejercida la opción por la sociedad. Este negocio encajaba perfectamente en el inciso 2 del viejo artículo 1324 del código de Vélez: Nadie está obligado vender, salvo ... “*cuando por una convención, (...) se imponga al propietario la obligación de vender ...*”



La pregunta aquí es si esas causas pueden ser asimiladas a “necesidad jurídica”, tal como lo indica el nuevo artículo 1128 del código civil y comercial.



Está claro que la obligación de vender resultaba de la opción de compra (call option) ejercida por la sociedad emisora.

Si hurgáramos más a fondo aquel inciso (hoy derogado) se observa que dicha obligación de venta no resulta de un acto forzoso, imperativo o mandatorio, tal como lo prevén los casos 1, 3, 4 y 5; sino de una convención; o sea, del previo acuerdo de partes. O sea, presupone la existencia de un consenso, de un negocio jurídico bilateral que obliga a una de las partes cumplir una prestación: vender.

Ergo, este inciso no encajaría con el espíritu de aquella norma, que consistía en prohibir la venta forzosa, imperativa y sin consenso, con la excepción de los “casos” expresamente mencionados.

Qué ocurre ahora?

2. *El nuevo artículo 1128.*

Este dispositivo deja abierta las puertas “de par en par” para fundar un rescate de acciones. Esta norma ya no limita la venta forzosa “a los siguientes casos” sino que lo deja abierto a la autonomía contractual. Y sin duda el viejo inciso 2 podrá formar parte de aquel elenco de casos.

La duda hoy, consiste en descifrar qué significa y cuál es el alcance de la “necesidad jurídica”.

Hasta el código de Vélez teníamos claro que la necesidad jurídica de vender podía

resultar de una expropiación, de un remate judicial, de la venta de un condominio, etc. Hoy, “el sometimiento a una necesidad jurídica de vender” puede resultar de situaciones de hecho o de situaciones de derecho, pero lo cierto es que ya no hay “casos” de origen legal, sino casos de origen contractual o de facto.

Sin duda la venta de acciones como consecuencia de un pacto de rescate obliga al accionista a disponer, enajenar y vender sus acciones; ahora bien, me pregunto: esa venta resulta del sometimiento a una “necesidad jurídica” o de un pacto de rescate?



A mi modo de ver las cosas la obligación de venta surge del pacto y no del sometimiento a una necesidad jurídica. En todo caso, el “sometimiento” a la necesidad jurídica de vender tiene su causa

fuelle en el pacto de rescate.

3. *La necesidad jurídica y, qué hacer de ahora en adelante?*

Si bien puedo compartir que el nuevo artículo 1128 haya derogado “los casos” del viejo código, veo muy peligroso dejar abierta la definición de “necesidad jurídica” pues esa necesidad no sabemos muy bien qué significa o cuál puede ser su alcance. O sea, por un lado la norma habilita una fórmula amplia eliminando los “casos”, pero al mismo tiempo cierra la puerta al exigir la “necesidad jurídica” de hacerlo. Y como vimos antes esa “necesidad” puede ser de

fuente contractual, extracontractual o legal. Ergo, entiendo que en el negocio de autocartera diseñado en forma contractual, debe estar claramente definida en el acuerdo de rescate, o en su defecto, en las condiciones de emisión de las acciones, la necesidad como elemento causal del negocio.

Sin duda este aspecto es muy negativo pues exige incluir en el negocio de rescate un elemento innecesario pues la necesidad jurídica de rescatar (sea el rescate una opción call o una opción put) esa necesidad no es más, ni menos, que la causa fuente o causa fin del negocio de rescate.

Veamos dos ejemplos:

1. Rescate de acciones por opción call.

La opción de rescatar las acciones puede tener su causa en múltiples factores subjetivos u objetivos. A modo de ejemplo

podemos citar, cambio de control en el accionista, violación de ciertas obligaciones contractuales, insolvencia, etc. Estos hechos o actos jurídicos son la causa que dispara el ejercicio de la opción. La pregunta aquí es si esas causas pueden ser asimiladas a “necesidad jurídica”, tal como lo indica el nuevo artículo 1128 del código civil y comercial.

2. Rescate de acciones por opción put.

La opción put significa que la sociedad está obligada a rescatar porque el accionista decide vender o disponer de sus participaciones societarias. Las razones para ejercer este derecho de venta pueden ser múltiples. Estas razones son, en definitiva, la causa fuente del rescate. La pregunta aquí es si esas causas pueden ser asimiladas a “necesidad jurídica”, tal como lo indica el nuevo artículo 1128 del código civil y comercial.

