

Rescate de capital en Sociedades de Responsabilidad Limitada: ¿pacto estatutario expreso?

Comentario al fallo "Travaglini"

Por:

Pablo Augusto Van Thienen

Director

Colaboradores

Iván Di Chiazza

Florencia Paolini de Vidal

Miguel La Vista

INDICE

I. PLANTEO.	3
II. EL CASO.	3
III. LA POSTURA DEL TRIBUNAL AD QUEM. NUESTRA POSTURA.	3
IV. RESCATE DE CUOTAS Y REDUCCIÓN DE CAPITAL.	3
V. RESCATE DE CUOTAS: ¿REDUCCIÓN DE CAPITAL?	4
VI. EL ADN DEL RESCATE.	5
VII. RESCATE DE CUOTAS Y OPCIÓN DE PREFERENCIA A FAVOR DE LA SRL.	5
VIII. RESCATE DE CUOTAS Y APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 220.2 LSC.	6
IX. RESCATE DE CUOTAS Y <i>DAÑO GRAVE</i> .	7
X. ¿QUÉ ES EL NEGOCIO DE RESCATE?	7
XI. RÉGIMEN ESPAÑOL CON RESPECTO SRL.	9
XII. EL RECIBO DE PAGO FRENTE AL NEGOCIO DE RESCATE.	10

I.

Planteo

En el caso que anotamos, la Sala D de la Cámara Nacional Comercial resolvió que una SRL no se encuentra habilitada para adquirir sus propias cuotas si ello *no se encuentra expresamente previsto en el contrato social*. Resolvió además que, el negocio de adquisición de cuotas implica *reducción de capital*.

Si bien la discusión sobre la posibilidad del rescate de participaciones sociales no es el eje central del fallo (en el caso lo era la rendición de cuentas), cierto es que la posición del Tribunal reaviva un tema de sumo interés científico y académico: el rescate de capital en una SRL.

Entendemos que la sentencia equivoca el camino al restringir el rescate de capital en el ámbito de una SRL y en el convencimiento de que el debate es hartamente interesante, queremos aprovechar esta ocasión para compartir algunas reflexiones.

II.

El caso

Se trata de una rendición de cuentas entre socios de una SRL. El demandado opuso falta de legitimación activa. Fundó su defensa en que los actores habían cedido sus cuotas sociales perdiendo por lo tanto legitimación.

La documentación sobre la cual se basó la discusión del pleito involucró presuntos recibos por el pago de precio de la cesión de cuotas. Dichos recibos contenían la siguiente leyenda: *"Recibí de Italvira SRL la cantidad de pesos ..."*.

El juez *a quo* rechazó la demanda por considerar carente de legitimación a los actores, admitiendo la excepción opuesta por la defensa.

La alzada adhirió al rechazo del reclamo pero por otra razón de fondo: *es improcedente la rendición de cuentas en el ámbito de una sociedad regular (sic)*.

No obstante la adhesión de la alzada, ésta puso en entredicho el sustento argumental del juez *a quo* quien tuvo por acreditada la cesión de cuotas. La sala D juzgó que, a lo sumo, lo que podrían probar los presuntos recibos es una adquisición de cuotas, no por parte del

demandado, sino por la propia sociedad. Recordemos que los recibos decían: *"Recibí de Italvira S.R.L. la cantidad de pesos..."*. A partir de aquí el tribunal se embarcó en una tarea nada fácil: analizar el artículo 153 LSC y establecer su aplicación al caso concreto.

El juez *ad quem* postuló su tesis afirmando lo siguiente: *"...es sabido que la validez de la adquisición por una sociedad de responsabilidad limitada de sus propias cuotas (y correlativa pérdida de la titularidad de ellas por el enajenante) está sujeta, como único caso legalmente admisible, a que en el contrato social se prevea una cláusula de adquisición"*.

Teniendo en cuenta que la única documentación que acreditaría la cesión de las cuotas serían los recibos de pago extendidos por la propia sociedad y atento a que Italvira SRL no se encontraba habilitada contractualmente para rescatar sus propias cuotas, la Sala D consideró no probada la cesión. Siendo esto así revocó la sentencia *a quo* en cuanto a la falta de legitimación activa.

III.

La postura del tribunal *ad quem*. Nuestra posición

La Sala D consideró que para que una SRL pueda válidamente adquirir sus propias cuotas el negocio de adquisición debe estar expresamente habilitado en el contrato. De esa forma la sociedad puede válidamente ejercer su opción de compra preferente.

El Tribunal sentenció que el negocio de rescate en sede de la limitada conlleva necesariamente a una reducción de capital jurídico.

Para llegar a estas dos afirmaciones el juzgador partió de una interpretación parcial del artículo 153 de la LSC. Por nuestra parte creemos que el negocio de rescate de participaciones sociales no conlleva necesariamente a la reducción de capital jurídico pudiendo incluso derivar en un negocio de autocartera.

Pasamos a explicarnos:

IV.

Rescate de cuotas y reducción de capital

Alguna doctrina pasada planteó que el negocio jurídico de adquisición de propias cuotas puede sólo concretarse con cargo a capital y para cancelarlas. De acuerdo con esta corriente de

opinión el rescate de cuotas exige un acuerdo de reducción de capital no siendo de aplicación el artículo 220 inciso 2º de la LSC; vale decir, el rescate de capital en sede de la sociedad de responsabilidad limitada sólo funciona con cargo a capital (reducción) no siendo posible que las cuotas sean mantenidas en cartera para su posterior enajenación. Esta corriente de opinión niega el negocio de autocartera para este tipo social¹.

La Sala D fundó su veredicto sobre la base de dichos criterios doctrinarios confirmando la tesis de que el negocio de rescate de cuotas implica, sí o sí, una reducción de capital con cancelación y consecuente reforma del contrato asociativo.

En opinión de alguna doctrina *la adquisición de sus propias cuotas por la sociedad sólo puede llevarse a cabo para su cancelación*. Incluso se ha sostenido que *la adquisición por la sociedad de sus propias cuotas es un supuesto de reducción de capital*².

La severidad de esta afirmación descarta toda otra opción. El negocio de adquisición de cuotas sólo puede llevarse a cabo a través del expediente de reducción de capital jurídico y consecuente cancelación de las cuotas sociales emitidas, por lo que no sería posible para una SRL adquirir sus propias cuotas sin reducir capital.

Está claro que la SRL puede adquirir sus propias cuotas con cargo a capital (reducción de la cifra jurídica del patrimonio de retención) o con cargo a utilidades -reservadas o no- (reducción del patrimonio de libre disponibilidad). El propio artículo 153 LSC así lo expresa. Este dispositivo expresamente dice que *son lícitas las cláusulas (...) que confieran un derecho de preferencia a los socios o a la sociedad si ésta adquiere las cuotas con utilidades o reservas disponibles o reduce su capital*.

La fórmula del artículo 153 LSC permite a la limitada adquirir su propio capital

¹ Cfr. HALPERIN, ISAAC, “*Sociedades de Responsabilidad Limitada*”, Depalma, Buenos Aires, 1972; MARTORELL, Ernesto E., “*Sociedades de Responsabilidad Limitada*”, Depalma, Buenos Aires, 1989; VERÓN, Víctor A., “*Sociedades Comerciales. Ley 19.550, Comentada, Anotada y Concordada*”, t. 2, Astrea, Buenos Aires, 2007.

² POLAK, Federico, “*Sociedad de responsabilidad limitada*”, Ábaco, Buenos Aires, 1999, pág. 154.

imputándolo a reservas libres; es decir, sin tener que tocar el capital jurídico de retención ni cancelar las cuotas emitidas.

Siendo esto así nos preguntamos: ¿porqué reducir capital?

V. Rescate de cuotas: ¿reducción de capital?

No estamos convencidos de que el negocio de rescate de cuotas sociales implique necesariamente el negocio jurídico societario de reducción de capital. Lo cierto es que el artículo 153 LSC expresamente dispone que el ejercicio de la opción de preferencia por parte del ente puede realizarse con cargo a utilidades retenidas.

Este dispositivo autoriza a la sociedad limitada rescatar sus propias cuotas sin necesidad de alterar la cifra de retención, ni modificar el contrato social por este motivo. No hay razones para entender que el único camino para que una SRL ejerza la opción de preferencia sea la reducción del capital jurídico cuando la propia ley de sociedades traza otro sendero mucho más amplio y menos sinuoso que el trámite de reducción voluntaria con los efectos que ello trae aparejado; entre otros, aplicar el régimen de oposición de acreedores. Es decir, un simple negocio de compra de cuotas que se financia con cargo a utilidades retenidas enfrenta a la sociedad a costes transaccionales añadidos tales como (i) publicación de edictos, (ii) aceleración de pasivos y (iii) potenciales embargos sobre activos.

Lo cierto es que estos costes transaccionales añadidos, el legislador los previó para los casos de reducción voluntaria de la cifra de capital como prenda común de los acreedores, situación que no se presenta en el negocio de compra de cuotas con cargo a utilidades o reservas disponibles.

El artículo 153 LSC expresamente dice que la opción de preferencia podrá ser instrumentada con cargo a utilidades retenidas. Esta fórmula ya nos anticipa que no fue intención del legislador *tocar* el capital a los efectos de llevar a cabo el negocio de compra de cuotas. Todo lo contrario, el legislador buscó facilitar la salida del socio dándole liquidez a la participación social incorporando al negocio de compra un tercer participante: la propia sociedad.

La opción de preferencia para la adquisición de cuotas no es un reembolso de capital, sino, otro negocio jurídico completamente diferente.

Mientras el reembolso implica reducción de la cifra de retención con restitución del aporte y cancelación de las cuotas o acciones (vrg., arts 204, 220.1 y 235.3 LSC), el rescate es un negocio de transferencia donde el capital social se mantiene inalterado con reducción del neto patrimonial contable. Mientras el primero debe ser resuelto por los propietarios, el segundo compete a los administradores.

No se trata aquí de atarnos a una interpretación literal del artículo 153 LSC, sino todo lo contrario, de reinterpretar este dispositivo de forma tal de dotarlo de toda la plasticidad posible como norma habilitadora para la recompra de cuotas por la propia sociedad evitando la alteración injustificada de la cifra jurídica de retención patrimonial.

Somos concientes de que el artículo 153 LSC ha quedado a mitad de camino en cuanto a regular con un poco más de precisión los derechos políticos y económicos de las cuotas en cartera; como así también el plazo para su enajenación. Sin embargo este silencio no puede conducirnos a creer que el único negocio posible para el ejercicio del derecho de preferencia sea la reducción de capital puesto que no vemos impedimento alguno para aplicar por vía analógica los artículos 221 y 222 LSC. El artículo 16 del código civil autoriza esta solución.

Insistimos: el tipo SRL no está inhibido de comprar sus propias cuotas con cargo a ganancias líquidas y realizadas o reservas libres para ejercer la opción de preferencia.

La razón a esta afirmación la encontramos en el propio inciso 1° del artículo 220 que nos remite al negocio de rescate con cargo a capital social donde el efecto jurídico es: la reducción.

VI. El ADN del rescate

Para nosotros el mecanismo de adquisición de cuotas para el ejercicio del derecho de preferente compra posee un ADN diferente al negocio de reducción de capital.

Varios elementos nos llevan a este convencimiento:

El primero tiene que ver con el órgano competente. En efecto, la adquisición la decide

el directorio o la gerencia sin tener que obtener el placet previo de los socios. En cambio en el negocio de reducción el órgano competente para resolverlo es la asamblea extraordinaria.

El segundo tiene que ver con la naturaleza jurídica del negocio. Mientras la adquisición es un negocio bilateral y consensual (o forzoso, según el caso), el negocio de reducción de capital es necesariamente colectivo, imperativo y a *pro rata*.

El tercero tiene que ver con los efectos patrimoniales del negocio. Mientras la adquisición implica reducción del patrimonio contable sin alterar el capital emitido, el negocio de reducción implica reducción del patrimonio contable con cargo a capital social.

El cuarto tiene que ver con los efectos jurídicos del negocio. Mientras la adquisición no implica reembolso de capital sino pago de un precio o valor, el negocio de reducción de capital implica, sí o sí, un negocio de reembolso que puede incluir o no la noción de precio o valor.

El quinto tiene que ver con el régimen de impugnaciones. Mientras la adquisición es un negocio jurídico bilateral y consensual celebrado entre la sociedad adquirente y el socio enajenante donde la nulidad del acto se rige por el artículo 848.1 del código de comercio; el negocio de reducción de capital es esencialmente colegiado pudiendo sólo atacarse por vía de acción de impugnación societaria conforme lo prevé el artículo 251 LSC.

En síntesis, no negamos que la opción de preferencia del artículo 153 LSC pueda llevarse a cabo vía reducción de capital. Nuestra crítica apunta a desechar la idea de que éste sea el único camino posible.

VII. Rescate de cuotas y opción de preferencia a favor de la SRL

Está claro que el artículo 153 LSC tiene por objetivo *blindar* el *affectio societatis* evitando la incorporación de terceros extraños al contrato asociativo. Teniendo en cuenta el perfil cuasi capitalista del tipo, el legislador autorizó a la sociedad participar del negocio de adquisición cuando la participación de un socio es objeto de enajenación.

Frente a la amenaza de incorporarse un tercero al contrato el legislador autoriza agregar a un tercer comprador interesado en adquirir las cuotas.

A fin de habilitar este negocio la norma pone a disposición de la sociedad dos caminos: (i) comprar las cuotas con cargo a capital social o, (ii) comprar las cuotas con cargo a reservas de libre disponibilidad. En ambos casos la ley fija un techo al precio de adquisición: no podrá superar el valor contable del patrimonio social. Vale decir, la sociedad no podrá pagar más que el valor contable de su propio patrimonio.

La fórmula del artículo 153 LSC permite al socio enajenante salir de la sociedad incorporando al elenco de potenciales compradores a la sociedad participada. Sin duda este dispositivo busca darle mayor liquidez a la venta de la participación. Frente a la falta de recursos suficientes de los socios para comprar las cuotas la participación activa de la sociedad en este negocio es una posible solución para destrabar la operación.

Parece evidente que el ejercicio de la opción de preferencia por parte de la sociedad nos enfrenta inequívocamente a un negocio de compraventa siendo un elemento esencial del mismo el precio³.

La Sala D postuló que el negocio de adquisición sólo es posible si se encuentra expresamente pactado en el contrato social. Lo cierto es que lo que debe pactarse no es la adquisición, sino, la preferencia. En efecto, lo que el artículo 153 LSC regula no es el negocio de adquisición o compra de cuotas por la propia sociedad, sino, el derecho de preferente compra a favor de ésta.

Para nosotros una SRL puede libremente adquirir sus propias cuotas aún cuando nada diga el contrato social, si previamente el socio vendedor las ofreció a los restantes socios y a terceros. Ante la ausencia de compradores interesados en adquirir las cuotas parece razonable que la propia sociedad pueda

³ Nótese que mientras el artículo 153 LSC nos habla de *compra* preferente, el artículo 220.2 LSC nos remite sólo al negocio de *adquisición*. Este último es mucho más dilatado que el primero y es razonable que así sea puesto que aquel tiene por objetivo evitar un daño. En cambio el artículo 153 LSC sólo tiene por objetivo evitar la incorporación de terceros ajenos al elenco estable de socios.

adquirir las cuotas con cargo a capital o con cargo a reservas disponibles. Este negocio es decididamente lícito.

El legislador sólo procuró darle preferencia a la sociedad emisora de las cuotas; y como toda preferencia la misma debe estar pactada o, en su defecto, reconocida en una ley. En este caso el legislador optó por reconocerlo contractualmente dentro del marco de la autonomía negocial que tienen los socios de una SRL.

Afirmar que la preferencia a favor de la sociedad sólo debe surgir de un pacto expreso no significa afirmar que la SRL sólo está habilitada a adquirir su capital si está expresamente pactado en una cláusula. Una cosa no lleva a la otra.

En síntesis, la sociedad puede adquirir su capital sin preferencia y para ello no precisa de cláusula expresa de ninguna especie. Si uno de los socios quisiera salir del contrato social enajenando su participación y la sociedad quisiera adquirirlas, ésta podrá comprarlas; lo que no tendrá será el derecho de prevalecer sobre otros.

Mirado el problema desde el interés individual del socio enajenante, la cláusula de preferencia a favor de la sociedad podría significar un coste de oportunidad excesivo complicando la liquidez de la inversión. Desde esta perspectiva parece razonable que el legislador obligue la incorporación de la cláusula de preferencia. De esta forma se protege el interés individual del socio. El otorgamiento de la preferencia a favor de la sociedad será cuestión de conveniencia.

En definitiva, el artículo 153 LSC sólo regula el derecho de compra preferente a favor de la sociedad y no incluye otras operaciones comerciales donde la sociedad puede libremente adquirir sus propias cuotas para mantenerlas en cartera; o incluso, para reducir su capital.

VIII.

Rescate de cuotas y aplicación del artículo 220.2 LSC

¿Implica el artículo 153 LSC negar la aplicación del artículo 220.2 LSC al tipo SRL?

Para nosotros no existe óbice legal alguno a favor de la aplicación analógica del artículo 220.2 LSC al caso de la SRL toda vez que la mención del artículo 153 LSC, en modo alguno es excluyente de aquella norma pues regula situaciones de hecho diferentes.

El artículo 220.2 regula el rescate con cargo a reservas libres para evitar un daño; mientras que el artículo 153 LSC se refiere al rescate con cargo a reservas libres por ejercicio del derecho de preferencia. Interesa destacar que en ambos supuestos la sociedad termina siempre rescatando su propio capital, lo único que difiere es la causa fuente del negocio: en uno se busca evitar un daño y el otro permitir el ejercicio de la preferencia.

Consideramos que la SRL puede adquirir bajo cualquier título sus propias cuotas en el marco de un negocio jurídico autónomo de adquisición; esto quiere decir sencillamente adquirir sus propias cuotas cualquiera sea la causa que lo motive sin que el artículo 153 LSC funcione como valladar infranqueable, tal como pretende verlo alguna doctrina y lo confirma la Sala D.

IX.

Rescate de cuotas y *daño grave*

Está claro que el artículo 220.2 autoriza a la SA rescatar sus acciones para evitar un daño. La pregunta que brota naturalmente es: ¿está vedado este procedimiento al tipo SRL? Creemos que no.

Es llamativo que en el tipo SRL donde la persona del socio adquiere una especial relevancia no se haya previsto una cláusula de salida semejante a la fórmula del inciso 2º del artículo 220. Sin embargo, esa omisión no significa que aquel mecanismo de rescate sea inaplicable al tipo SRL.

El caso *El Chañar SA* habilita ir por la interpretación amplia en la aplicación del artículo 220.2 a la SRL. En efecto, si tenemos en cuenta que en aquel antecedente fue aceptado traspasar a un tipo social capitalista (SA) la fórmula de preferencia del artículo 153 LSC; fácil es concluir que para el supuesto de daño al interés social, la SRL pueda adquirir su propias cuotas; y ninguna duda cabe que el situación de conflicto entre socios pone a riesgo el interés social quedando así habilitado el negocio de rescate en interés de la sociedad.

El antecedente *Frigorífico La Pampa SA* también habilitaría el rescate de cuotas frente a la ocurrencia de un potencial daño al interés social por cambio del elenco de socios. En este expediente el tribunal admitió como potencial

daño el riesgo de alteración de la conducción pacífica de la sociedad por cambio del elenco de accionistas. Se trataba de un 17% del capital social. Resulta interesante destacar que en este caso la sociedad es de tipo capitalista (SA), y lo más llamativo, la sociedad cotizaba sus acciones en bolsa.

El recate de participaciones sociales para evitar un daño al patrimonio social habilita llevarlo a cabo sin pacto estatutario expreso. Bastará que así lo resuelva la gerencia o el órgano de administración para luego justificarlo en la primera reunión ordinaria de socios.

X.

¿Qué es el negocio de rescate?

Tal como lo hemos expresado en otra oportunidad, el negocio jurídico de *rescate* no está tipificado en la LSC. Sólo se encuentra una breve referencia en el artículo 235.3, el cual, al tratar los asuntos que son competencia de la asamblea extraordinaria establece: “*Rescate, reembolso y amortización de acciones*”⁴.

Este vacío obliga afinar la noción de rescate para darle su correcto alcance jurídico atento las ambigüedades conceptuales que el mismo genera. Para tal cometido es imprescindible enfocar no sólo la noción de *rescate*, sino también otros muy emparentado: el *reembolso*.

Desde una perspectiva semántica el vocablo *rescate* refiere a recobrar o recuperar alguna cosa o bien. En el ámbito de la SA, este término suele ser asociado con dos nociones diferentes: (i) el rescate de acciones propiamente dicho (en adelante “rescate de acciones”) y (ii) el rescate (en cuanto recobro o recupero) de ex - títulos accionarios para su anulación (en adelante “rescate de títulos”). Son dos situaciones completamente distintas.

Por su parte, la voz *reembolso* estaría dando la noción de entregar, devolver, restituir. El reembolso entendido como el hecho jurídico de devolver o reintegrar sumas invertidas, puede

⁴ Vid., VAN THIENEN, Pablo – DI CHIAZA, Iván, “Análisis del impuesto de igualación en las operaciones de rescate, distribución de utilidades, devolución de aportes irrevocables y reembolso de capital: un enfoque societario”, Working paper N° 15 CEDEF - Law & Finance.

imputarse contablemente (i) con cargo a capital social (*vid.*, arts. 203, 204, 220.1 y 235.2 LSC) y ello constituye una reducción de capital; (ii) con cargo a ganancias líquidas y realizadas (*vid.*, art. 223 LSC) y ello configura una amortización o (iii) con cargo a reservas libres y ganancias líquidas y realizadas (*vid.*, art. 220.2 LSC), lo cual da lugar al rescate propiamente dicho o adquisición de acciones propias.

Ahora bien, girando el análisis hacia la óptica del rescate de acciones nos preguntamos: ¿cuál de estas situaciones corresponde, en sentido jurídico estricto y preciso, que sean calificadas como *rescate*?

A nuestro criterio, sólo en las hipótesis de amortización (ii) y adquisición de acciones propias (iii) hay *rescate* de participaciones sociales (sean acciones o cuotas). En la hipótesis de reducción de capital (i) no hay *rescate*, a lo sumo, puede haber un *rescate de títulos*, cosa bien distinta.

Corresponde a continuación dar cuenta de las diferentes hipótesis involucradas.

a. Rescate con cargo a capital

EL ART. 220.1 LSC ALUDE AL NEGOCIO DE ADQUISICIÓN DE ACCIONES PROPIAS PARA CANCELARLAS, PREVIA REDUCCIÓN VOLUNTARIA DE CAPITAL (ART. 235.2 LSC).

EN RIGOR, SI AGUDIZAMOS UN POCO LA MIRADA VEREMOS QUE DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA Y ECONÓMICA EL ARTÍCULO 220.1 NO REGULA UN RESCATE DE ACCIONES SINO ALGO MUY DISTINTO: EL REEMBOLSO DEL CAPITAL POR CANCELACIÓN DE ACCIONES. LA REDUCCIÓN DEL CAPITAL LLEVA A LA CANCELACIÓN DE LAS FRACCIONES IDEALES DE LA CIFRA DE RETENCIÓN ESTATUTARIA; O SEA, LA CANCELACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN SOCIAL, MÁS NO UN RESCATE.

EL NEGOCIO JURÍDICO COLEGIADO DE REDUCCIÓN DE CAPITAL NO PRODUCE UN RESCATE, NI ÉSTE ES SU EFECTO JURÍDICO NATURAL; SINO QUE EL EFECTO PROPIO DE LA REDUCCIÓN DE CAPITAL ES LA CANCELACIÓN ACCIONARIA RESPECTIVA. LA SOCIEDAD NO RESCATA NI ADQUIERE NADA, SÓLO SE PROCEDE A CANCELAR EN EL LIBRO DE REGISTRO LAS ACCIONES REPRESENTATIVAS DEL CAPITAL SOCIAL REDUCIDO. NO ES NECESARIO PROCEDER A RESCATE ALGUNO DE ACCIONES, SENCILLAMENTE, PORQUE LAS MISMAS, EN CUANTO FRACCIONES IDEALES DE CAPITAL, YA NO EXISTEN POR EFECTO PROPIO DE LA REDUCCIÓN DECIDIDA.

Cierto es que generalmente se identifica dicho rescate de acciones con la consecuencia fáctica de retirar de circulación los ex - títulos representativos de las fracciones ideal del capital que han sido objeto de la reducción y por ende canceladas.

Así entonces, como consecuencia de la reducción, a lo sumo, sólo habrá una recuperación de los viejos títulos por parte de la sociedad, más no de acciones. de hecho, los títulos podrían no existir y ello no haría más que simplificar el ritual antes referido, más no obstaría a su perfeccionamiento.

EN EL LLAMADO RESCATE CON CARGO A CAPITAL NO SE PRODUCE UNA ADQUISICIÓN EN SENTIDO TÉCNICO - JURÍDICO, NI TRADICIÓN DE LA ACCIÓN A NOMBRE DE LA SOCIEDAD PARA CANCELARLAS, NI TRANSFERENCIA DE DOMINIO SINO QUE SIMPLEMENTE SE PROCEDE A LA CANCELACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN SOCIAL (ACCIÓN O CUOTA) Y CONSECUENTE PAGO DEL REEMBOLSO COMO RESULTADO DE LA REDUCCIÓN DE CAPITAL SOCIAL.

B. RESCATE CON CARGO A GANANCIAS LÍQUIDAS Y REALIZADAS O RESERVAS LIBRES

ESTA OPERACIÓN FUNCIONA SÓLO PARA EVITAR UN DAÑO GRAVE AL INTERÉS SOCIAL (*VID.*, ART. 220.2 LSC).

EN ESTE NEGOCIO LA SOCIEDAD ADQUIERE SUS PROPIAS ACCIONES SIN QUE OPERE UNA REDUCCIÓN DE CAPITAL, NI CANCELACIÓN DE LA ACCIÓN, NI ANULACIÓN DE LOS TÍTULOS PORQUE LAS ACCIONES ADQUIRIDAS SON MANTENIDAS EN EL PATRIMONIO CON CARGO A RESERVAS HASTA SU ENAJENACIÓN.

ESTA OPERACIÓN JURÍDICA REPRESENTA UN GENUINO RESCATE Y ABARCA TANTO NEGOCIOS CONSENSUADOS (VRG., COMPRAVENTA DE ACCIONES) COMO NEGOCIOS FORZOSOS (VRG., EXCLUSIÓN DEL ACCIONISTA)⁵.

EL RESCATE DE ACCIONES DESCRITO EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 220.2 LSC RESULTA APLICABLE POR ANALOGÍA A LA SRL.

C. RESCATE CON CARGO A GANANCIAS LÍQUIDAS Y REALIZADAS PARA AMORTIZAR

EL NEGOCIO JURÍDICO DE AMORTIZACIÓN DE ACCIONES SE ENCUENTRA TIPIFICADO EN EL ART. 223 LSC Y REFERENCIADA EN EL ART. 235.3 LSC. SI BIEN EN ESTE CONTEXTO EL RESCATE ES LA CONSECUENCIA JURÍDICA INELUDIBLE DE LA OPERACIÓN DE AMORTIZACIÓN DEL CAPITAL SOCIAL, ATENTO AL ENREDO CONCEPTUAL QUE SE GENERA CON RESPECTO AL RESCATE ACCIONARIO Y, CONSIDERANDO ADEMÁS QUE LA AMORTIZACIÓN IMPLICA UN RESCATE, ES IMPORTANTE CLARIFICAR AQUELLA NOCIÓN.

LA AMORTIZACIÓN SE ENCUENTRA

REGULADA EN EL ARTÍCULO 223 LSC Y CONSISTE EN LA DISTRIBUCIÓN ENTRE LOS ACCIONISTAS DE SUMAS DERIVADAS DE FONDOS CONSTITUIDOS POR GANANCIAS RESERVADAS QUE SE EFECTIVIZAN EN CONCEPTO DE REEMBOLSO TOTAL O PARCIAL DE LOS APORTES INTEGRADOS SEGÚN EL JUSTO PRECIO FIJADO POR LA ASAMBLEA. DE MANERA TAL QUE LA AMORTIZACIÓN CONSTITUYE UN PAGO ANTICIPADO DE SU PARTICIPACIÓN EN EL PATRIMONIO SOCIAL SIN QUE TENGA QUE AGUARDAR LA LIQUIDACIÓN.

LA AMORTIZACIÓN PUEDE SER CONSECUENCIA DE UNA VOLUNTARIA DECISIÓN ASAMBLEARIA O DE SITUACIONES AJENAS A DICHA VOLUNTAD COMO SER EN EL CASO DE LA PÉRDIDA DE SUSTANCIA DEL PATRIMONIO SOCIAL POR ACTIVOS PERECIBLES MATERIALMENTE (EXPLOTACIÓN DE MINAS) O FINANCIERAMENTE (EXPLOTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS CON REVERSIÓN GRATUITA AL ENTE CONCEDENTE DE LOS ACTIVOS AFECTADOS A LA CONCESIÓN).

LA NORMATIVA SOCIETARIA EXIGE QUE LA AMORTIZACIÓN DE ACCIONES SE REALICE CON CARGO A GANANCIAS REALIZADAS Y LÍQUIDAS (ART. 223 LSC).

EL RÉGIMEN EN CUESTIÓN, TAMBIÉN ES PERFECTAMENTE APLICABLE AL ÁMBITO DE LA SRL.

XI. Régimen español con respecto a las SRL.

el proceso de reforma de la legislación mercantil española, como consecuencia de la necesaria adaptación de la legislación a las directivas comunitarias en materia de sociedades, experimentó un importante avance en 1995.

la ley 2/1995, de sociedades de responsabilidad limitada introdujo una mayor flexibilidad en el régimen jurídico de este tipo social configurándolo como una sociedad esencialmente cerrada en la

⁵ La Declaración Voluntaria Unilateral de Adquisición de Acciones del decreto 677/01 es un ejemplo vivo de esto que decimos.

que conviven en armonía elementos personalistas y capitalistas que la hacen especialmente aconsejada para pequeñas y medianas empresas.

La Ley 2/1995 admitió la libre adquisición derivativa de las participaciones propias de una sociedad limitada o de acciones o participaciones de su sociedad dominante en los siguientes supuestos: (i) cuando las participaciones o acciones formen parte de un patrimonio adquirido a título universal, sean adquiridas a título gratuito o sean judicialmente adjudicadas para pago de un crédito de la sociedad frente a su titular; (ii) cuando las participaciones propias se hayan adquirido en ejecución de una reducción del capital social aprobada por la Junta General; (iii) cuando la sociedad haga uso de su derecho de adquisición preferente de participaciones propias, si estuviera estatutariamente reconocido, en el caso de embargo de tales participaciones sociales.

Sólo y exclusivamente en esas circunstancias la sociedad limitada podría adquirir derivativamente sus propias participaciones o las acciones o participaciones de su sociedad dominante.

Las participaciones propias lícitamente adquiridas debían ser inmediatamente amortizadas. En cambio, las acciones o participaciones de la sociedad dominante debían ser enajenadas en el plazo máximo de un año a contar desde su adquisición.

La Ley 7/2003, de la sociedad limitada Nueva Empresa modifica la Ley 2/1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada para permitir, por una parte, la emisión de participaciones sin voto y, por otra, posibilitar la adquisición y tenencia temporal por la sociedad de sus propias participaciones sociales.

La Ley 7/2003 ha ampliado los casos en los que la sociedad limitada puede adquirir sus propias participaciones o las acciones o participaciones de su sociedad dominante, añadiendo un nuevo apartado -letra d)- al art. 40.1 LSRL.

Se trata de permitir la adquisición de participaciones propias o participaciones de la sociedad dominante cuando concurren tres circunstancias:

1. Autorización de la Junta General, a pesar de ser la adquisición un acto de gestión. De este modo la Junta General controla la actuación de los administradores.

2. Adquisición con cargo a beneficios o reservas de libre disposición sin disminuir el capital ni las reservas legal o estatutariamente indisponibles.

3. Que la adquisición sea efecto de alguna de estas tres causas: (i) aplicación de una cláusula restrictiva de transmisión, (ii) separación o exclusión de un socio, (iii) transmisión mortis causa.

El Derecho español nos sirve como botón de muestra para darnos cuenta que el rescate de cuotas sociales de una sociedad de responsabilidad limitada es posible sin necesidad de reducir capital pudiendo la sociedad adquirir sus propias cuotas para mantenerlas en cartera.

El artículo 153 LSC permite rescatar cuotas con cargo a utilidades o reservas disponibles a los efectos de ejercer el derecho de compra preferente. Este negocio no implica reducción de capital ni cancelación de las participaciones adquiridas.

XII.

El recibo de pago frente al negocio de rescate

Llama la atención que la Sala D haya negado el negocio de rescate en base a los recibos arrimados a la causa como prueba y que decían: *Recibí de Italvira SRL la cantidad de pesos ...*

Analizando estos recibos de pago la alzada concluye que estamos ante un negocio de rescate. Ahora bien, frente al negocio jurídico de rescate de participaciones sociales lo que habría que mirar no son sólo los recibos de pago extendidos por el socio enajenante a favor de la sociedad sino; los libros contables de la sociedad adquirente. Estos registros son lo que deben soportar el negocio.

A esta altura todo sabemos que el rescate puede ser con cargo a capital o con cargo a utilidades o reservas disponibles. Siendo esto así lo que debemos mirar cuando estamos analizando un negocio de rescate de participaciones sociales es el estado patrimonial de la sociedad adquirente. Sólo de los estados contables surgirá la prueba del rescate y no de un simple recibo. Lo cierto es que puede haber rescate de cuotas sin que se extienda recibo; si de los registros contables de la sociedad

surge indubitavelmente la variación del patrimonio por efecto de la adquisición.

Los recibos sólo estarían acreditando que Italvira SRL canceló una obligación. La duda que se presenta es si la deuda cancelada es propia o ajena (vgr., tercero adquirente de las cuotas). Si la cancelación fuera por una obligación propia (pago de precio por compra de cuotas sociales según artículo 153 LSC) corresponde hacerlo con cargo al patrimonio neto (capital social o reservas). Ocurrido esto necesariamente el patrimonio disminuye.

Ahora bien, si la deuda es por una obligación de un tercero el patrimonio se mantiene inalterado por dos razones: (i) porque no se reduce capital ni las reservas y, (ii) la deuda ajena cancelada por la sociedad genera un crédito contra el tercero compensando así el activo social.

Con esto queremos decir que el *Recibí de Italvira SRL la cantidad de pesos...* no acreditaría por sí solo un negocio de rescate de participaciones societarias ya que perfectamente se podría estar ante un pago por terceros conforme los autoriza el artículo 727 del CCiv. Analizar los estados contables de Italvira SRL resulta esencial a la hora de juzgar el negocio de rescate de cuotas y la falta de legitimación activa negada por la alzada a raíz de aquel presunto negocio.