

308909

11

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA U.N.A.M.



**“EL CAPITAL VARIABLE Y SU FORMA DE RETIRO
EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES”**

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MARIO ANTONIO GONZALEZ MARTINEZ

DIRECTOR DE LA TESIS: LIC. EDUARDO PRECIADO BRISEÑO

282851

MEXICO, DISTRITO FEDERAL

2000



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A Mariana

A Emilia, ... y los que faltan

A mis papás, Antonio y Gabriela

A todos y cada uno de mis hermanos

INDICE GENERAL

INTRODUCCION

CAPÍTULO I.- CONCEPTOS GENERALES.

1.1.- Sociedad mercantil.

1.2.- Clasificación de las sociedades mercantiles.

1.3.- Diversos tipos de sociedades mercantiles.

1.3.1.- Sociedad en nombre colectivo.

1.3.2.- Sociedad en comandita simple.

1.3.3.- Sociedad de responsabilidad limitada.

1.3.4.- Sociedad anónima.

1.3.5.- Sociedad en comandita por acciones.

1.3.6.- Sociedad cooperativa.

1.4.- Capital social.

1.4.1.- Capital social.

1.4.2.- Capital contable.

1.4.3.- Capital variable.

CAPÍTULO II.- ORIGEN Y FUNCION DEL CAPITAL
VARIABLE Y SUPUESTOS DE RETIRO DEL CAPITAL SOCIAL.

2.1.- Origen del capital variable.

2.1.1.- Sociedades cooperativas.

2.1.2.- Ley General de Sociedades Mercantiles.

2.2.- Función del capital variable.

2.2.1.- Función económica del capital variable;

2.2.2.- Función jurídica del capital variable.

2.3.- Supuestos de retiro del capital social.

2.3.1.- Retiro de carácter objetivo.

2.3.2.- Retiro de carácter subjetivo.

CAPÍTULO III.- DETERMINACION DEL MONTO QUE
RECIBE EL SOCIO QUE RETIRA CAPITAL VARIABLE.

- 3.1.- Pago del valor nominal del capital retirado.
- 3.2.- Pago del valor contable del capital retirado.
- 3.3.- Pago del valor patrimonial del capital retirado.
 - 3.3.1.- Balance especial elaborado por la sociedad.
 - 3.3.2.- Balance especial judicial.
 - 3.3.3.- Teoría mixta.
- 3.4.- Interpretación de autoridades judiciales.
- 3.5.- Interpretación de autoridades administrativas.
- 3.6.- Opinión personal.

CAPITULO IV.- CONSIDERACIONES RELATIVAS AL
CAPITAL VARIABLE.

4.1.- El Capital Variable como garantía social.

4.2.- Utilidad del capital variable.

4.3.- Sociedades mercantiles que pueden operar con capital
variable

4.4.- Emisión y suscripción del capital variable.

4.5.- Reglas relativas al capital variable.

CONCLUSIONES.

INTRODUCCION

La idea de desarrollar el presente trabajo surgió de una controversia concreta que se suscito en relación con la forma como se debía pagar el monto del capital variable retirado por algunos accionistas de una sociedad anónima.

Por tanto, es posible afirmar que la presente investigación, como una parte importante de las que se desarrollan en el ámbito del derecho, surge de una práctica que, en el caso concreto, no puede ser formalmente considerada todavía como profesional. A pesar de lo anterior, consideramos que la importancia de este hecho radica en que la presente investigación puede llegar a ser aplicable a la vida jurídica de nuestro país.

Por supuesto que no pretendemos con esta afirmación soslayar las múltiples deficiencias que se presentarán a lo largo de las siguientes páginas, por el contrario, queremos afirmar nuestra convicción de que

valdrá la pena profundizar en el tema que aquí se presenta y perfeccionar tan incompleta investigación.

Si bien es cierto que el presente trabajo surgió de una problemática real y concreta, no es menos cierto que durante la investigación realizada para buscar una solución adecuada a éste, se hizo patente la necesidad de conocer en primer término las principales características y la función del capital social, dentro de las sociedades mercantiles.

Es por esto que se dedica el primer capítulo de la presente investigación a definir a la sociedad mercantil, explicar los diversos tipos que existen en nuestra ley y aclarar los conceptos que resultan torales, como lo es el de capital social, el de capital contable y el tema motivo de este estudio, el capital variable.

Después de estas definiciones, consideramos de suma importancia hacer un estudio más detallado del capital variable antes de abordar el tema materia de esta investigación, por lo que el segundo capítulo se dedicó a

su estudio, con el objeto de conocer los antecedentes y la historia de esta modalidad y la forma como la misma se instituyó en las sociedades mercantiles de nuestro país.

Se analizan también en este capítulo segundo las diversas formas de retiro del capital social contempladas por nuestra ley, tanto las que encuentran su origen en una causa objetiva, reguladas en todas las legislaciones de derecho continental, como la que se funda en la sola voluntad del socio, regulada únicamente para el capital variable de las sociedades mercantiles por nuestra legislación, que es por cierto la única que acoge esta modalidad del capital ; para algunos casos muy limitados en otras legislaciones de tipo continental.

En el capítulo tercero se aborda el tema central de la investigación y la materia que le dio origen, es decir, la forma como se debe pagar el capital social, con la modalidad de variable, que se retira de una sociedad mercantil.

En este capítulo se hace una exposición de las principales teorías elaboradas en relación con este tema, se analizan los criterios establecidos en nuestro país por las autoridades judiciales y administrativas y, finalmente, se emite nuestra opinión personal.

A pesar de que al momento de concebir este trabajo el capítulo tercero fue considerado como el central y principal, a lo largo de la presente investigación nos percatamos de la enorme trascendencia que las conclusiones a las que se llega implican para todo el sistema de las sociedades mercantiles en nuestro país, por dos razones fundamentales; la falta de una regulación completa y adecuada en relación con la modalidad del capital variable y la práctica corporativa que ha hecho de esta modalidad la mas usual en las sociedades mercantiles.

Con base en estas consideraciones es que se concibió el cuarto y último capítulo de la presente investigación, el cual pretende aclarar un poco la naturaleza y función del capital variable en las sociedades mercantiles, así como la forma como éste debería regularse

en nuestra legislación y aplicarse en la vida comercial mexicana.

La presente investigación nació de la defensa de la postura sostenida por el socio que retiró su capital social variable e inició con la búsqueda de una forma adecuada para proteger los derechos minoritarios, ya que consideramos que el retiro que se comenta en la presente investigación será realizado, esencialmente, por socios que tengan una participación minoritaria en el capital social.

A pesar de esto, procuramos siempre guiarnos por un principio esencial dentro del derecho societario; el de que la voluntad de la mayoría debe prevalecer y su consecuencia lógica, que es la de que no es posible permitir que la minoría controle a una sociedad, por sobre la mayoría.

Consideramos sin embargo que no sólo hemos procurado regirnos por este principio, sino que la presente investigación fortalece en gran medida a las sociedades mercantiles, al postular por el establecimiento de un

sistema que permitiría a todas aquellas constituidas con el carácter de sociedades de capitales, pero que no tienen acceso al gran público inversionista y en muchos casos tampoco a alguna institución de crédito o sistema de financiamiento, a una forma mas sencilla y transparente para obtener el capital necesario para su actuación y crecimiento regular.

Capítulo I.- CONCEPTOS GENERALES

1.1.- Sociedad mercantil.

"El hombre no es sólo un animal gregario, es además un animal social."¹ Esto significa que el ser humano únicamente puede desarrollar su personalidad y tomar conciencia de sí en la sociedad, a través de un proceso de interacción con los otros individuos del grupo, a tal grado que puede afirmarse que sin sociedad la personalidad individual ni siquiera puede llegar a existir.

En el hombre lo social no está condicionado por mecanismos de tipo biológico, no pertenece al mundo de lo orgánico, sino de lo supra orgánico, las pautas que regulan su comportamiento no son ingénitas ni se transmiten de un individuo a otro por medio de la herencia biológica. Lo biológico únicamente proporciona la materia prima que luego lo cultural se encarga de elaborar y desarrollar.

¹ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomo XXV, Editorial Driskill, S.A.: Buenos Aires, Argentina: 1980; pág. 662.

El hombre, desde sus orígenes, ha vivido en grupos sociales, ya sean primitivas tribus nómadas, clanes, familias, sociedades, etc, y han sido siempre estos grupos los que han marcado su comportamiento, cultura, tradiciones y, finalmente, los que han determinado su forma de vida.

Esta característica del hombre como ser social determina el que toda actividad la lleve a cabo mediante la asociación con otras personas, incluyendo desde luego aquella relacionada con la obtención de bienes materiales.

El concepto de asociación comprende a toda unión voluntaria de personas que, de un modo durable y organizado, ponen sus esfuerzos para conseguir un objeto determinado.

Partiendo de lo anterior y consciente de que la asociación es cualquier unión voluntaria y duradera de personas para conseguir un fin determinado, el maestro Bruneti hace referencia al concepto de sociedad y afirma

que ese concepto "está íntimamente ligado al de asociación, mejor dicho, este deriva directamente de aquel"².

Comentando a esta definición de Brunetti el colombiano Jose Ignacio Narváez afirma que "con base en el sentido lato de asociación que da Brunetti, las finalidades pueden ser económicas, políticas, religiosas, científicas, deportivas, de beneficencia, profesionales, recreativas o de esparcimiento, culturales, gremiales, etc. Pero *stricto sensu*, asociación es un ente con capacidad de contenido y con normación específica propia."³ De esta forma, se agregan dos nuevos elementos al concepto asociación, que exista una capacidad de contenido y una normación específica propia.

También el maestro Narváez establece una diferencia entre los conceptos asociación y sociedad, al afirmar que "los términos asociación y sociedad se usan comúnmente como sinónimos, pero en verdad no son

² BRUNETI, Antonio: "Tratado del Derecho de las Sociedades": Editorial UTEHA: Buenos Aires. Argentina: 1960: primer tomo; pág. 3

³ NARVÁEZ GARCÍA, Jorge Ignacio: Teoría General de las Sociedades: Editorial Temis. Bogotá. Colombia. Sexta Edición. 474 páginas.

equivalentes. La asociación es el género y la sociedad una de sus especies y el régimen de una y otra es distinto."⁴

De esta forma, es posible afirmar que la sociedad es, respecto de la asociación, lo que la especie es al género, y que la característica preponderante de aquella dentro del género asociación, es que tiene un objetivo económico mas intenso.

De esta forma, existirá asociación siempre que varios individuos se reúnan de forma durable y ordenada para lograr un fin común, pero sólo podrá considerarse que existe sociedad cuando esta asociación tiene una finalidad que, en mayor o menor medida, tiene un objetivo económico.

Esta diferencia encuentra su mayor grado de expresión en las sociedades mercantiles, pues estas no sólo contemplan dentro de sus características un objetivo económico concreto, sino que sus actividades deben implicar una especulación comercial.

⁴ IBIDEM. pag. 3.

De acuerdo con el maestro Cervantes Ahumada el elemento indispensable para determinar a la sociedad mercantil moderna es la personalidad jurídica propia, la cual es una creación del derecho moderno, "para satisfacer la necesidad de los comerciantes de limitar su responsabilidad frente a los riesgos que suponía el ejercicio del comercio."⁵

No es objeto de la presente investigación el realizar un análisis profundo de la historia y evolución de la sociedad mercantil moderna, por lo que nos limitamos a afirmar con el maestro Cervantes Ahumada que "la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles es una creación del derecho, inventada en la Edad Media, que comenzó a desarrollarse con intensidad a partir del Renacimiento, como consecuencia de los grandes descubrimientos geográficos que ampliaron los horizontes del mundo y fomentaron la necesidad de asociaciones entre enormes capitales, que permitiesen la realización de

⁵ CERVANTES AHUMADA, Raúl: "Las Sociedades Mercantiles: Editorial Herrero, S.A.: México D.F.: Cuarta Edición: 1984; pág. 38.

empresas que, por su magnitud, se hacían imposibles para una sola fortuna."⁶

1.2.- Clasificación de las sociedades mercantiles.

Existen muchas y muy variadas formas de clasificar a las sociedades mercantiles, sin embargo, para los efectos de la presente investigación nos limitaremos a emplear la clasificación que distingue a las sociedades de personas y a las de capitales.

De acuerdo con el maestro Cervantes Ahumada, las sociedades de personas son aquellas que se constituyen tomando en consideración las calidades personales de quienes intervienen en el acto constitutivo y tienen como una de sus principales características el que los socios, en mayor o menor grado, responden de las consecuencias de las actividades de la sociedad.

Por su parte este tratadista afirma que "las sociedades de capitales son aquellas en las que no tienen

⁶ IBIDEM. pág 39

relevancia las cualidades personales de los socios y que se constituyen para formar, por las aportaciones hasta cierto punto impersonales de los socios participantes en el acto constitutivo, un capital que habrá de quedar destinado a la actividad comercial a la que la sociedad se dedicará", y tiene como una de sus principales características el que los socios no responden frente a terceros de las consecuencias de los actos de la sociedad.

De un análisis de las sociedades mercantiles enunciadas en nuestra legislación, se desprende que existen sociedades que pueden ser consideradas como mixtas, dado que estas se constituyen mediante la participación de algunos socios que se obligan únicamente hasta el monto de su aportación y otros que son responsables de los actos de la sociedad.

De acuerdo con la clasificación anterior, es posible distinguir de entre las sociedades mercantiles reguladas por la ley como sociedad eminentemente de personas a la sociedad en nombre colectivo, como sociedad eminentemente de capitales a la sociedad anónima y como

CERVANTES AHUMADA. RAUL: Ob. cit.; pág. 42

sociedades mixtas a las sociedades en comandita, simple o por acciones, mientras que la sociedad de responsabilidad limitada adquiere un carácter elástico, que permita considerar que su organización tiene en parte características de la sociedad de personas y la de capitales.

Caso aparte representa la sociedad cooperativa, la cual se regula por su propia ley y que para efectos de la presente investigación, será analizada con posterioridad.

1.3.- Diversos tipos de sociedades mercantiles.

Las sociedades comerciales están reguladas en nuestro derecho por la LGSM, que contienen las reglas generales de esta figura jurídica y que en su artículo primero enumera los tipos de sociedades mercantiles, siendo estas las sociedades en nombre colectivo, en comandita simple, de responsabilidad limitada, anónima, en comandita por acciones y cooperativa.

1.3.1.- Sociedad en nombre colectivo, que es definida por la ley como aquella que existe bajo una razón social y en la que todos los socios responden, de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales.⁸

En relación con este tipo societario el maestro Rodríguez y Rodríguez afirma que "la sociedad colectiva es la forma mas espontánea de organización mercantil, ya que surge de un modo natural, del hecho de que los miembros de una familia trabajen en común, o cuando varios amigos explotan conjuntamente un negocio"⁹

De esta forma, el propio Rodríguez y Rodríguez añade a la definición legal de este tipo societario un elemento mas, al afirmar que es una sociedad personalísima y destacar el "papel especialmente importante que desempeña el *intuitus personae*; es decir, la consideración a la calidad individual de las personas que la componen"¹⁰

⁸ Artículo 25 LGSM

⁹ RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquin: Tratado de sociedades mercantiles; Editorial Porrúa, S.A.; México. 1947; Tomo I; pág. 233.

¹⁰ IDEM, pág. 236.

Afirma Rodríguez y Rodríguez que este tipo social ofrece varias ventajas, ya que todos los socios están en situación de igualdad, en tanto que cada socio aporta sus esfuerzos y el riesgo se distribuye entre todos los participantes, lo que les permite tomar parte activa de la operación y los negocios sociales.

Sin embargo, afirma también que existen un gran número de inconvenientes, señalando como el primer de ellos el que, por su estructura, sólo es posible que opere con un pequeño número de socios, lo que le impide concentrar un capital importante.

Otros problemas son la repercusión de los problemas de los socios en la sociedad y las enormes dificultades para su administración, ya que, dada la responsabilidad, en ella deben participar en forma activa todos los socios.

Estos problemas prácticos y el hecho de que los socios responden ilimitadamente de las operaciones sociales

y la facilidad para constituir sociedades de capitales en forma indiscriminada, ha traído como consecuencia que este tipo societario caiga en desuso.

1.3.2.- Sociedad en comandita simple, que es definida por el propio Rodríguez y Rodríguez como "una sociedad mercantil, personalista, que existe bajo una razón social y que se compone de uno o varios socios comanditados que responden de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales y de uno o varios socios comanditarios, que únicamente están obligados al pago de sus aportaciones"¹¹

La nota característica que define a esta sociedad, consiste en la desigualdad jurídica de sus socios, ya que por lo menos debe haber un socio que responda ilimitadamente y otro que limite su responsabilidad a la cuantía convenida en sus aportaciones.

La administración de esta sociedad queda encomendada a los socios comanditados y se rige por las

¹¹ IDEM, pág. 270.

mismas reglas de administración que la sociedad en nombre colectivo.

Los socios comanditarios no pueden inmiscuirse en la administración de la sociedad, ni representarla en forma alguna. En caso de que algún socio comanditario viole esta prohibición, responde para con los terceros ilimitadamente de todas las obligaciones de la sociedad surgidas en virtud de los actos en que haya participado o de toda la operación de la sociedad, si es que ha administrado habitualmente los negocios de ésta.

Este tipo social suple alguna de las dificultades expresadas al comentar la sociedad en nombre colectivo, ya que establece las mismas reglas para este tipo societarios, pero permite el ingreso de socios capitalistas que sólo responden de sus aportaciones y no tienen injerencia en la administración social.

Sin embargo, persisten algunas de las limitaciones de la sociedad en nombre colectivo, por lo que

la sociedad en comandita tampoco tiene un gran auge dentro de la economía moderna.

1.3.3.- Sociedad de responsabilidad limitada, que es definida por la ley como "la que se constituye entre socios que solamente están obligados al pago de sus aportaciones, sin que las partes sociales puedan estar representadas por títulos negociables, a la orden o al portador, pues sólo serán cedibles en los casos y con los requisitos que establece la presente ley."¹²

Esta sociedad es definida por el maestro Barrera Graf como "la sociedad mercantil formada por dos o mas socios, personas físicas o morales, cuya responsabilidad se limita al pago de sus aportaciones, las que sólo pueden ser de capitales, no de industria o de servicios, sin que las participaciones de los socios estén representadas por títulos de crédito; que se ostentan bajo una razón social o una denominación; en la que todos los socios son los administradores, salvo que el contrato social disponga otra cosa; que se compone de dos órganos

¹² Artículo 58 LGSM.

obligatorios, la asamblea de socios como órgano supremo y el órgano de administración, a cargo de uno o mas gerentes, y uno facultativo, el órgano de vigilancia".¹³

La administración de esta sociedad queda a cargo de uno o varios administradores, que adoptan el nombre de gerentes y cuyo nombramiento deriva de un acuerdo de la sociedad y no de un contrato, razón por la cual no se trata de un mandatario.

Al estudiar la regulación de esta sociedad, se encuentran diferencias y similitudes con las sociedades de personas y con la sociedad anónima.

Sus similitudes con las sociedades de personas son que la sociedad de responsabilidad limitada puede ostentarse con una razón social, que la cesión de las partes sociales se sujeta a un acuerdo unánime o, al menos, al voto de la mayoría de los socios, que su administración suele recaer en los propios socios y que el contrato social puede rescindirse, respecto a uno o algunos de los socios, en los casos eminentemente personales que regula el

¹³ BARRERA GRAF, Jorge: Ob. cit., pág. 363.

artículo 50 de la LGSM, es decir, el uso de la firma social para negocios propios, la infracción al pacto social o a las disposiciones legales que rijan a la sociedad, la comisión de actos fraudulentos o dolosos contra la propia sociedad y la quiebra del socio.

Sin embargo, encuentra también una enorme diferencia con las sociedades de personas, ya que no existe la responsabilidad ilimitada de ningún socio, no permite aportaciones de industria, tiene un capital fundacional, el voto se lleva a cabo en función del capital social y no de las personas y se encuentra una clara distinción entre la asamblea de socios y el órgano de administración.

Estas diferencias con la sociedades de personas constituyen precisamente sus similitudes con la sociedad anónima. Sin embargo, sus diferencias de este tipo social consisten en que su capital no está dividido en acciones, en que puede tener una razón social, en que no puede constituirse mediante el procedimiento de la suscripción pública, en que la ley fija un número máximo de socios y en

que el órgano de vigilancia de esta sociedad es excepcional y no obligatorio.

Al referirnos a la clasificación de las sociedades mercantiles como de personas y de capitales, se afirmó que la sociedad de responsabilidad limitada tiene un carácter elástico, que le permite operar o ser englobada en ocasiones como sociedad de personas y en otra como de capitales.

En efecto, se mencionó que las sociedad eminentemente de capitales es la anónima y la eminentemente de personas es la de nombre colectivo y se dijo que las sociedades en comandita, tanto simple como en acciones, tenían elementos de ambas, ya que los socios comanditados operan como en la sociedad de personas y los comanditarios como en la de capitales.

Sin embargo, la elasticidad de la sociedad de responsabilidad limitada consiste precisamente en que, a pesar de que goza del elemento esencial de la sociedad anónima, es decir, la responsabilidad tan sólo hasta el

monto de las aportaciones, sus reglas de operación, válidas para todos los socios, tienen similitudes y diferencias con ambas clases sociales.

En nuestro país existe un importante número de Sociedades de Responsabilidad Limitada, sin embargo, este tipo social ha caído en desuso. En relación con este tema, el maestro Jorge Barrera Graf afirma que "la S. de R.L. tiende a ser absorbida por la S.A. La razón empero de esta tendencia no radica en virtudes propias de la S.A., o en defectos de la S. de R. L., sino en que, sin control y vigilancia alguna por parte del Estado, e inclusive sin la debida protecciones a los socios (minoritarios) y a los acreedores sociales, todo el mundo prefiere constituir y formar parte de una S.A., que tiene un número ilimitado de socios y que brinde la amplia y expedita circulación del capital social"¹⁴

De esta forma, consideramos que valdría la pena replantear el papel de la sociedad de responsabilidad limitada en la economía moderna, ya que tal parece que existe en la actualidad una enorme cantidad de sociedades

constituidas como anónimas, pero que su operación y funcionamiento corresponde en mayor grado a las características de la sociedad de responsabilidad limitada.

1.3.4.- Sociedad anónima; que es definida por la ley como "aquella que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones"¹⁵

A pesar de que la presente investigación se enfoca al capital variable y su derecho de retiro y de que, como se verá mas adelante, esta clase de capital y su retiro operan en todas las sociedades mercantiles, no es posible negar que la sociedad que representa una mayor importancia para el desarrollo de este tema es la anónima, pues es evidente que este tipo social se ha convertido en el mas empleado en la actualidad, por lo que el esquema y características de esta sociedad serán analizados con mayor detalle en el transcurso de la presente investigación.

¹⁴ BARRERA GRAF, JORGE: Ob. Cit.: pág. 370.

¹⁵ Artículo 87 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Por ahora tan sólo nos limitamos a comentar que el maestro Rodríguez y Rodríguez afirma que la definición legal de la sociedad anónima es la siguiente: "la sociedad mercantil de estructura colectivo capitalista, con denominación, de capital fundacional, dividido en acciones, cuyos socios tienen su responsabilidad limitada al importe de sus aportaciones."¹⁶

1.3.5.- Sociedad en comandita por acciones, que es definida por la ley como "la que se compone de uno o varios socios comanditados, que responde de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales, y de uno o varios comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus acciones."¹⁷

La LGSM establece que esta sociedad se rige por las reglas relativas a la sociedad anónima, salvo las disposiciones expresas de la propia ley.

Dentro de las disposiciones expresas de la ley que regulan a esta sociedad en forma diferente a la

¹⁶ RODRÍGUEZ Y RODRIGUEZ. Joaquín: Ob. cit.: pág. 230.

¹⁷ Artículo 207 de la LGSM.

anónima, se establece que el capital social esta divididos en acciones, pero que estas no pueden cederse sin el consentimiento de la totalidad de los comanditados y el de las dos terceras partes de los comanditarios; que puede existir bajo una razón social que se forma con el nombre de uno o mas comanditarios y que son aplicables a este tipo social los artículos 28, 29, 30, 53, 54 y 55 y, únicamente en relación con los comanditarios, los artículos 26, 32, 35, 39 y 50 de la LGSM.

Los artículos 28, 29 y 30 regulan la responsabilidad del extraño a la sociedad que permita que su nombre figure en la razón social y prescribe el uso de la palabra "sucesores" cuando se separe un socio cuyo nombre permanece en la razón social o cuando haya servido este nombre a otra compañía, cuyos nombres se hubiesen transferido.

Los artículos 53, 54 y 55 prohíben al socio comanditario incluir su nombre en el objeto social o administrar la sociedad y establecen la obligación de

agregar el nombre "Sociedad en Nombre Colectivo" o sus abreviaturas "S. de C.L."

En relación con los comanditados, el artículo 26 establece que no produce efectos frente a terceros la cláusula de limitar la responsabilidad de estos socios.

El artículo 32 establece que a la muerte del socio puede la sociedad continuar con sus herederos. El artículo 35 contiene una prohibición a los socios para dedicarse a negocios del mismo género que los que constituyen el objeto social. El artículo 39 establece que, en caso de que se pacte la inamovilidad de un socio administrador, este sólo podrá ser removido judicialmente, por dolo, culpa o inhabilidad y el artículo 50 establece las formas en que se puede rescindir el contrato societario respecto a un socio.

De este análisis puede concluirse que la sociedad en comandita por acciones adopta una reglamentación base igual a la comandita simple, a pesar de lo cual se rige en todos los demás aspectos; régimen de

acciones, balances, estados financieros, etc, de la misma forma que la sociedad anónima.

1.3.6.- Sociedad cooperativa, que es una sociedad mercantil, pues así la determina el artículo 1° de la LGSM, sin embargo, se trata de un tipo societario que se regula por una ley propia, la ley de sociedades cooperativas.

La sociedad cooperativa constituye el antecedente inmediato del capital variable en el resto de las sociedades mercantiles, por lo que este tipo social será estudiado a profundidad en el siguiente capítulo de la presente investigación.

1.4.- Capital social.

1.4.1.- Capital social.

El capital social es un concepto estático, que se establece en la escritura constitutiva de toda sociedad y que refleja el monto de las aportaciones con que cuenta

la sociedad en un momento determinado, ya sea cuando inicia sus operaciones o en el momento en que se decreta un aumento y éste es suscrito y pagado.

Este capital es definido por Adrián Iturbide Galindo de la siguiente forma; "el capital social es igual a la suma de las aportaciones de los socios, es el núcleo y el nivel mínimo que debe alcanzar el patrimonio social e inicialmente siempre coincide con este."¹⁸

Por su parte, Rafael de Pina y Vara afirma que "el capital social equivale a la suma del valor de las aportaciones de los socios, suma que deberá expresarse en moneda del curso legal"¹⁹

El maestro Luis Muñoz afirma que "el capital social es la suma del valor de las aportaciones o del valor nominal de las acciones en que esta dividido"²⁰. Continúa afirmando que "capital social es distinto a patrimonio social. Del patrimonio forman parte las reservas legales y

¹⁸ Iturbide Galindo, Adrián: EL REGIMEN DE CAPITAL VARIABLE DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS; Editorial Porrúa. S.A.; México, 1985, pág. 25.

¹⁹ DE PINA VARA, Rafael: DERECHO MERCANTIL MEXICANO; Editorial Porrúa. S.A.: Segunda Edición, México 1964; pág. 85

voluntarias, en su caso, y otros valores patrimoniales... La universitas juris constituida por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones, susceptibles de valoración pecuniaria, se llama patrimonio"²¹

Esta diferencia, destacada por el maestro Luis Muñoz, da pié a la existencia de dos conceptos relacionados con el capital de una sociedad mercantil, el del capital social y el del capital contable.

Continuando con su comentario relativo al capital social, el maestro De Pina Vara afirma que "siendo el capital social la garantía de los acreedores sociales, es natural que el legislador se haya preocupado por mantener su integridad, es decir, se pretende que la cifra indicada como capital social corresponda a bienes realmente poseídos por la sociedad, que el capital social tenga como contrapartida un conjunto de bienes y valores realmente poseídos por la sociedad (patrimonio social)"²²

²⁰ MUÑOZ, Luis; Derecho Mercantil; Librería Herrero; México, D.F., 1952, pág. 403.

²¹ IBIDEM, pág. 403.

²² DE PINA VARA, Rafael; Ob. cit., pág. 86

El comentario del maestro De Pina Vara es plenamente válido si se entiende hecho en relación con la imposibilidad que tiene una sociedad de ostentarse con un capital social diferente al que realmente tienen; podría incluso ser pertinente si se refiere a la necesidad de evitar que la sociedad se ostente con un capital social mayor al monto de su patrimonio, lo que la ley busca mediante la prohibición de la sociedad para repartir utilidades cuando existan pérdidas pendientes de resarcir, mientras no se hayan recuperado éstas o se haya realizado una disminución del capital social.

Sin embargo, genera también una duda en relación con la posibilidad de que la sociedad cuente con un capital social menor al valor real de su patrimonio, lo que ocurre todos los días en el mundo de la realidad societaria. Esta diferencia da lugar a la existencia del concepto del capital contable, que será analizado en el siguiente tema de la presente investigación.

La importancia fundamental que tiene el capital social en la vida de todas las sociedades mercantiles y

especialmente en las sociedades de capitales, estriba precisamente en que siendo el capital social el núcleo del patrimonio social, constituye la única garantía que tienen los socios y los terceros respecto a la operación de la sociedad.

En relación con este tema Jorge Zunino afirma lo siguiente; "es este, por tanto, el que figurando en el contrato constitutivo, debe ser inscripto con el, permaneciendo invariable a lo largo de la gestión social y pudiendo alterarse sólo mediante modificación del precitado contrato, en los casos y con los requisitos impuestos por la ley. Lo brevemente expuesto sirve para destacar la importancia atribuida al capital social, en este caso, en cuanto a la protección del interés de los acreedores sociales, ya que como una cifra colocada en el pasivo (pasivo nominal) del balance, se convierta en la unidad de medida par al distribución de ganancias entre los socios, es decir, que solamente podrá considerarse que existe ganancia cuando el activo de la sociedad supera la cifra del capital de la misma"²³

²³ ZUNINO, Jorge O; SOCIEDADES COMERCIALES, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN, Tomo I; Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina. pág. 327.

1.4.2.- Capital contable.

Dado que, como se ha dicho, el capital contable constituye un concepto elástico cuyo movimiento depende de una variación en el contenido estructural de las sociedades y en su contrato constitutivo, es preciso considerar también un concepto dinámico, que se actualice en cada momento, como lo es el de capital contable.

El patrimonio social debe ser considerado como una existencia de hecho, "puesto que representa el conjunto de todos los bienes (corporales e incorporales) de propiedad de la sociedad al constituirse y que varía con las contingencias de los negocios sociales, aumentará con las ganancias y disminuirá con las pérdidas."²⁴

Es decir, el patrimonio social o capital contable se obtiene mediante la valorización de todos los activos de la sociedad y la disminución de todos los pasivos, por lo que evidentemente se trata de un concepto

²⁴ IBIDEM.. pág. 328.

que constantemente varía y aumenta o disminuye de acuerdo con la buena o mala operación de la sociedad y con algunos otros elementos, como pueden ser la revalorización de los activos o el aumento en el valor de diversos bienes o derechos de la sociedad.

Con la finalidad de aclarar estos conceptos, Jorge Zunino afirma que el capital puede ser denominado capital fundacional (cita a Brunetti), o simplemente capital nominal; mientras que el patrimonio ha sido también llamado capital efectivo (cita a Vivante) o capital real (cita a Garo). Para efectos de la presente investigación, nos limitaremos a denominar al primero como capital social y al segundo, atendiendo a la forma de denominación empleada generalmente en nuestro país, como capital contable.

Como corolario de este inciso, no podemos dejar de mencionar que consideramos que sería interesante el explorar la posibilidad de que la ley estableciera a las sociedades mercantiles la obligación de equiparar cada determinado plazo el monto del capital social con el del

capital contable, al menos en lo que se refiere a la revalorización de activos, especialmente en un país con procesos inflacionarios como los que han existido en los últimos años en México.

Esta obligación tendría como finalidad primaria el evitar la disparidad que existe en las sociedades mercantiles entre el monto del capital social consignado en sus estatutos y el valor real de su patrimonio o capital contable, pero consideramos también que esta obligación, bien reglamentada, podría poner fin a un sin número de abusos corporativos que se llevan a cabo en nuestro país.

Dejamos sin embargo esta inquietud tan sólo como tal, puesto que el análisis y profundización de este tema, que por si mismo puede ser materia de un trabajo similar al presente, rebasa con mucho los fines de esta investigación.

1.4.3.- Capital variable.

"Sociedades de capital variable son aquellas en que puede alterarse el monto del capital social sin modificar la escritura constitutiva"²⁵.

Esta simple definición, de la que aparentemente se desprende como única diferencia con el capital fijo, que éste sólo puede modificarse mediante la variación de la escritura constitutiva, lo que evidentemente implica la aprobación de la asamblea extraordinaria de la sociedad, con los requisitos que ello implica, mientras que el variable no requiere de esta modificación, lo que permite su variación mediante una asamblea ordinaria.

En principio, es preciso aclarar que efectivamente las formalidades necesarias para aumentar el capital variable de una sociedad mercantil son infinitamente menores al aumento del capital fijo, pues basta con un simple acuerdo en asamblea ordinaria de la sociedad, que requiere de un menor quórum de asistencia y

²⁵ Mantilla Molina; Roberto L.; DERECHO MERCANTIL; Editorial Porrúa, S.A.; Vigésimo Tercera Edición; México; 1984; pág.441.

de un menor porcentaje del capital para su aprobación, además de que no es necesario la inscripción de esta variación en el Registro Público de Comercio en que se encuentra inscrita esta sociedad.

De acuerdo con el artículo primero, *in fine*, de la LGSM, esta modalidad del capital variable puede ser adoptada por cualquiera de las sociedades reguladas por ella.

En relación con este tipo de capital social el maestro Mantilla Molina afirma que "la variabilidad en nada contradice el concepto de capital social, pues este se conserva igual a la suma de las aportaciones de los socios, de manera que únicamente varía la forma como se aumenta o disminuye estas aportaciones, pues no es necesario modificar la escritura constitutiva."

Sin embargo, el problema es mucho mas complicado de lo que se expone en las anteriores líneas, puesto que la propia regulación legal del capital variable trae consigo muchas mas consecuencias que la simple

diferencia en la forma como se aumenta o disminuye éste, por lo que es preciso primeramente analizar a fondo el origen, causas y regulación de este tipo de capital, para poder posteriormente comentar estas consecuencias, lo que será materia de los próximos capítulos de la presente investigación.

Capítulo II.- ORIGEN Y FUNCION DEL CAPITAL VARIABLE.

2.1.- ORIGEN DEL CAPITAL VARIABLE

El maestro Cervantes Ahumada afirma que "la institución del capital variable, como una figura de derecho positivo expresamente regulada, proviene del derecho francés, en donde se instituyó la modalidad del capital variable por las sociedades cooperativas, por la ley de 1867"²⁶

2.1.1.- Sociedades Cooperativas.

Podemos por tanto afirmar, con Cervantes Ahumada, que la figura del capital variable encuentra su origen en las sociedades cooperativas, razón por la cual resulta de suma importancia el estudio de esta sociedad mercantil sui generis, al que se dedicará una parte importante de este capítulo.

²⁶ CERVANTES AHUMADA, Raúl; "Derecho Mercantil"; Editorial Herrero. S.A.; Cuarta Edición; México D.F., pág. 189

El nacimiento de las sociedades cooperativas se debe entender, durante el primer tercio del siglo XIX, dentro del ámbito de una nueva corriente social, el cooperativismo o mutualismo, que se expresa como una corriente mas del socialismo utópico.

En relación con el cooperativismo como una figura jurídica, el maestro Barrera Graf afirma que "el cooperativismo surge en Inglaterra, en 1844, con los *Equitable Pioneer de Rochdale*, como una cooperativo de consumo que buscaba satisfacer las necesidades económicas privativas de los miembros de la asociación"²⁷

Con este antecedente en Inglaterra, el cooperativismo se desarrollo rápidamente en Europa y fue finalmente contemplado legislativamente por las leyes francesas, en el año de 1867.

El cooperativismo es una corriente social clasista y por tanto, opuesta a los principios en los que

²⁷ Barrera Graf, Jorge; Ob. Cit. Pág. 745

se basa el capitalismo y se distingue de las demás sociedades mercantiles en cuanto a que su finalidad no debe ser especulativa. Esto lo confirma el artículo primero de la Ley General de Sociedades Cooperativas, el cual establece que la finalidad de éstas no debe ser especulativa, es decir, no persigue fines de lucro.

En este tenor la sociedad cooperativa, mas que obtener utilidades, sólo obtiene rendimientos, que los socios tienen derecho a recibir periódicamente.

El maestro Mario Bauche Garciadiego define a la sociedad cooperativa como "aquella integrada por personas de la clase trabajadora que aportan a la sociedad su trabajo personal una veces (cooperativas de productores), o se aprovisionan a través de ella o utilizan los servicios que ésta distribuye (cooperativas de consumidores) y que existen con un número de socios no menor de diez, y un capital variable, funcionan sobre principios de igualdad de derechos y obligaciones de sus miembros, que tienen un solo voto, no persiguen fines de lucro, procuran el mejoramiento social y económico de sus miembros y reparten a prorrata

entre los propios miembros, en proporción al tiempo de trabajo o al monto de las operaciones realizadas, los rendimientos que obtengan y su duración es indefinida"²⁹

Por su parte, el artículo 1° de la Ley General de Sociedades Cooperativas establece que estas sociedades son aquellas que estén integradas por individuos de la clase trabajadora, que aporten a la sociedad su trabajo personal, cuando se trate de cooperativas de productores, o se aprovisionen a través de la sociedad o utilicen los servicios que esta distribuye, cuando se trate de cooperativas de consumo, que deben además funcionar sobre principios de igualdad en derechos y obligaciones de sus miembros.

Resulta por tanto evidente la diferencia que existe entre la sociedad cooperativa y el resto de las sociedades mercantiles, puesto que la primera tiene por objeto fundamental el desarrollo de sus socios, con lo que adquiere un papel preponderante la presencia personal de cada uno de ellos, al grado de que se hace imposible la

²⁹ BAUCHE GARCIADIEGO, Mario; "La Empresa; Editorial Porrúa, S.A.: 2ª Edición; México. 1983; pág. 628.

permanencia como socio sin esta presencia personal, mientras que en las segundas se busca un fin preponderantemente lucrativo y comercial que, aun en el caso de las sociedades de personas, no requiere la presencia personal y constante, mediante la realización de actos positivos del socio, para su operación ordinaria.

Es por esto que las sociedades cooperativas siempre debe operar con capital variable, es decir, siempre deben permitir a sus socios el retiro de su capital, cuando decidan dejar de trabajar en la cooperativa o dejar de consumir los productos y servicios de ésta.

De aquí que podamos llegar a la conclusión de que la función preponderante del capital variable, como históricamente fue concebido en la sociedad cooperativa, es la de permitir a un socio retirar su capital, siempre que decida abandonar a la sociedad, sin que tenga importancia alguna la causa de este abandono.

Esta conclusión resulta de la mayor importancia para el desarrollo de la presente investigación, pues la

misma nos permite conocer la razón de ser del capital variable, concepto que resulta por demás importante para conocer su naturaleza y para entender las reglas que en relación con éste se han establecido en la LGSM.

2.1.2.- Ley General de Sociedades Mercantiles.

La modalidad del capital variable fue tomada de la sociedad cooperativa e introducida a todos los tipos de sociedad mercantil por la LGSM, en el año de 1934.

En relación con la adaptación del capital variable a las sociedades mercantiles reguladas por la LGSM, en la exposición de motivos de esta ley se afirma lo siguiente:

"Se estimó conveniente también aceptar para todas las sociedades la posibilidad de que se constituyeran como de capital variable. Con esto no se creó un tipo nuevo, sino simplemente una modalidad que de segura hará mas dúctil el sistema de la ley, facilitando la adopción de determinadas instituciones jurídicas que vienen tropezando con el obstáculo de la rigidez del Código de Comercio, en particular, como se verá mas adelante, tratándose de sociedades anónimas..."

"Acogida, pues, la modalidad de las sociedades de capital variable, la sociedad cooperativa puede ya desenvolverse no como una figura a la que equivocadamente se acude por las ventajas que su estructura flexible ofrece, sino precisamente como a un tipo propio, cuya caracterización, determinada no en función de datos formales, sino materiales, el proyecto ha creído que debe reservarse a la legislación especial sobre la materia...

La flexibilidad compatible con el sistema fue introducida, según se expresa varias veces en esta exposición, a través de los preceptos del capital variable..."

Del contenido de estas líneas es posible obtener las siguientes conclusiones:

a.- Resulta importante destacar, como un primer comentario relacionado con esta exposición de motivos, que el propio autor de la ley afirmó de forma categórica que la figura del capital variable no implica la creación de un nuevo tipo societario, sino simplemente la de una modalidad, que de seguro hará mas dúctil el sistema de la ley.

b.- Otra importante conclusión a la que se llega del análisis de estos comentarios, es la de que el legislador instituyó la figura del capital variable como

una modalidad aplicable a todas las sociedades mercantiles reguladas en la ley cuyos motivos se exponen, con la finalidad de que evitar que las nuevas sociedades mercantiles adquirieran la forma de sociedades cooperativas únicamente por la ventaja que "su estructura flexible ofrecía."

Por tanto, la ley societaria adoptó el régimen del capital variable en todas las sociedades mercantiles, con la finalidad principal de evitar la simulación a la que frecuentemente se asistía antes de esta adopción para que sociedades que notoriamente tienen una conformación diferente a las cooperativas, se constituyesen bajo este régimen social, para acogerse al beneficio que ofrecía la estructura flexible, en lo relativo a la forma de variar el capital social.

Resulta entonces claro que el objetivo del legislador con esta adopción, fue el de evitar la constitución de sociedades de otro tipo mercantil con el carácter de cooperativas y de la propia exposición de motivos se desprende que la razón por la que se procuró

evitar esta simulación, fue la de buscar que la sociedad cooperativa pueda desenvolverse no como una figura a la que equivocadamente se acude por las ventajas que su estructura flexible ofrece, sino precisamente como a un tipo propio, cuya caracterización se determina en función de datos materiales y no formales.

c.- Es importante también destacar que el propio autor de la ley consideró que, a pesar de que la posibilidad de constituirse como de capital variable se concibió para todas las sociedades mercantiles, esta figura encontraría su mayor grado de expresión en la sociedad anónima, es decir, en la sociedad eminentemente de capitales.

d.- Otro importante comentario es que el propio autor de la ley consideró que la figura del capital permitiría la adopción de instituciones jurídicas que antes de la existencia del capital variable se topaban con la rigidez del Código de Comercio.

Queda claro que en este comentario se hace alusión a la posibilidad de variar el capital de una sociedad mercantil sin verse obligado a cumplir con todo el procedimiento y los trámites que en aquella época establecía el Código de Comercio y que actualmente se contemplan en las reglas para el aumento de capital fijo de las sociedades que establece la LGSM.

Continúa la exposición de motivos comentando, en torno al capital variable, lo siguiente:

De esta manera y según se desprende claramente de los artículos respectivos, si bien nunca se dará el caso de que una anónima se presente ante el público con un capital que no ampare reales aportaciones en dinero o en naturaleza, constituyéndose como de capital variable si estará capacitada para admitir gradualmente, dentro de los límites que fijen sus estatutos o el acuerdo de la asamblea, nuevos socios en su seno y consiguientemente capital nuevo que haga posible el crecimiento regular de la empresa.

Según se indicó ya, la ley acoge como una modalidad para todas las sociedades, el de constituirse como de capital variable.

Aunque de utilidad para hacer flexible el sistema de la ley, en lo que toca a cualquiera de los tipos aprobados, el Gobierno estima que esa modalidad será particularmente importante en las sociedades por acciones, supuesto que constituyéndose como de capital variable podrán adoptar instituciones como

la de las acciones emitidas y no suscritas que no habría podido hallar lugar, de haberse conservado íntegramente el sistema rígido del Código de Comercio".

e.- En este comentario se reitera la especial importancia que el autor de la ley concede a este nuevo tipo de capital social para las sociedades por acciones, es decir, eminentemente de capitales, pero resulta aun mas importante el comentario que brevemente se expone en torno a la posibilidad que otorga este capital para que estas sociedades adopte instituciones que les permitan obtener nueva inversión, mencionando el propio autor de la ley como un ejemplo a las acciones emitidas y no suscritas.

Resulta por tanto sumamente interesante el análisis de las pocas líneas que la exposición de motivos de la LGSM concedió al tema del capital variable, de las que se obtienen conclusiones tan importantes como las anteriormente expresadas y que constituirán una importante base para el desarrollo de la presente investigación, como mas adelante se comentará, especialmente en relación con la forma clara y directa como se adoptó esta figura de las sociedades cooperativas y con la manera como se proyecta la

importancia económica de esta modalidad a la que pueden acceder todos los tipos sociales.

2.2.- FUNCION DEL CAPITAL VARIABLE.

2.2.1.- Función económica del capital variable.

Dentro de la vida de las sociedades mercantiles, especialmente de la anónima, el capital variable tiene una función preponderantemente económica, como lo estableció el propio legislador, mediante la exposición de motivos de la LGSM antes comentada y en la cual se afirmó textualmente que "si bien nunca se dará el caso de que una anónima se presente ante el público con un capital que no ampare reales aportaciones en dinero o en naturaleza, constituyéndose como de capital variable si estará capacitada para admitir gradualmente, dentro de los límites que fijen sus estatutos o el acuerdo de la asamblea, nuevos socios en su seno y consiguientemente capital nuevo que haga posible el crecimiento regular de la empresa."

Puede entonces concluirse que el legislador consideró como principal objetivo del capital variable el que se permita a la sociedad recabar fondos necesarios para su operación, mediante la fórmula de eximirla de los trámites que implica la realización de una asamblea extraordinaria y modificación del estatuto para aumentar su capital.

Sin embargo, esta exposición deja un enorme hueco en lo relativo a la forma operativa como la sociedad obtendría fondos mediante esta nueva modalidad y las consecuencias de esto, lo que ha dado lugar a lo que consideramos como un gran error de la práctica mercantil mexicana, tema que se comentará a detalle en el último capítulo de la presente investigación.

2.2.2.- Función jurídica del capital variable.

A pesar de que el capital variable fue concebido por el legislador con una función preponderantemente económica, es preciso aclarar que también tiene una muy importante función jurídica, ya que

se concibió con la finalidad de equiparar la realidad existente antes de su introducción en la ley, que implicaba la creación de muchas sociedades materialmente mercantiles con la formalidad de las cooperativas, con el objeto de acogerse a las ventajas que implicaban la variabilidad del capital de este tipo social.

Esta adecuación del derecho a la realidad es una de las principales funciones de toda norma jurídica de nueva creación, lo que da una enorme trascendencia jurídica a esta regulación, pues el legislador, conociendo la realidad, consideró que la forma de adecuar la ley a esta era la de adoptar el régimen del capital variable a todas las sociedades mercantiles.

Desafortunadamente, consideramos que el legislador, a pesar de la loable intención de realizar esta adecuación, cometió un error, al limitarse a traspasar una figura jurídica propia de las sociedades cooperativas a los demás tipos mercantiles, sin regular en forma clara la aplicación y consecuencias del traspaso.

2.3.- SUPUESTOS DE RETIRO DEL CAPITAL VARIABLE.

Como ya se ha mencionado, el rasgo preponderante de el capital variable, de acuerdo a la forma como se le concibe en la sociedad cooperativa, es el de permitir al socio que desea abandonarla, la posibilidad de recuperar su capital. Esta finalidad, totalmente acorde con los principios y el sistema de la sociedad cooperativa, que hacen imposible la permanencia como socio de quien deja de tener relación personal y directa con la sociedad, se adoptó también en el capital variable que la LGSM autorizó para toda sociedad mercantil.

De modo que en las sociedades mercantiles mexicanas el derecho de separación, de retiro o de receso, como se le conoce en las distintas legislaciones, tiene dos tipos diferentes de causas determinantes de su existencia y ejercicio. Las primeras de carácter objetivo y las segundas de carácter subjetivo.

2.3.1.- Retiro de carácter objetivo.

Los supuestos del retiro de carácter objetivo se fundan en la teoría de la causa y requieren de la existencia de alguna condición o del surgimiento de algún acontecimiento específico que determine su procedencia y que deben consignarse expresamente en un catálogo cerrado (*numerus clausus*) en la legislación específica que regule a las sociedades en cuyo seno habrán de ejercerse.

En estos casos es requisito *sine qua non* la existencia de la causa generadora, sin la cual existen sólo como un derecho contingente o eventual. En otras palabras, se trata de un derecho que requiere para su ejercicio de un acontecimiento ajeno a la voluntad de su titular.

Estas causas objetivas del retiro se encuentran reguladas por diversas disposiciones de la LGSM, de acuerdo con cada tipo de sociedad.

Por lo que hace a la sociedad en nombre colectivo, este derecho de retiro se encuentra regulado por

los artículos 34, 38 y 42, los cuales establecen lo siguiente:

"Artículo 34.- El contrato social no podrá modificarse sino por consentimiento unánime de los socios, a menos que pueda acordarse la modificación por la mayoría de ellos. En este caso, la minoría tendrá el derecho de separarse de la sociedad"

"Artículo 38.- Todo socio tendrá el derecho a separarse cuando, en contra de su voto, el nombramiento de algún administrador recayera en persona extraña a las sociedad."

"Artículo 42.- El administrador podrá, bajo su responsabilidad, dar poderes para la gestión de ciertos y determinados negocios sociales; pero para delegar su encargo necesitará el acuerdo de la mayoría de los socios, teniendo la minoría el derecho de retirarse cuando la delegación recayera en persona extraña a la sociedad."

Estos mismos supuestos son aplicables a la sociedad en comandita simple, ya que a ellos remite, de forma expresa, el artículo 57 de la LGSM al regular a este tipo social.

En cuanto a lo sociedad de responsabilidad limitada, el artículo 86 de la LGSM reconoce únicamente los derechos de retiro consagrados en los artículos 38 y 42 que ya han sido citados.

Para la sociedad anónima, el artículo 206 de la LGSM establece los casos de carácter objetivo en que se concede a los accionistas la posibilidad de separarse y obtener el reembolso de sus acciones en proporción al activo social, estableciendo lo siguiente:

"Artículo 206.- Cuando la asamblea general de accionistas adopte resoluciones sobre los puntos comprendidos en las fracciones IV, V y VI del artículo 182, cualquier accionista que haya votado en contra, tendrá derecho de separarse de la sociedad y obtener el reembolso de sus acciones, en proporción al activo social, según el último balance aprobado, siempre que lo solicite dentro de los quince días siguientes a la clausura de la asamblea."

En resumen, podemos afirmar que la ley societaria reconoce el derecho de retiro, por causas de carácter objetivo en once diferentes supuestos. Tres para la sociedad en nombre colectivo, tres para la sociedad en comandita simple, dos para la sociedad de responsabilidad limitada y tres para la sociedad anónima

Estos once supuestos tienen la naturaleza de derecho objetivo de separación y requieren de la existencia

de cualquiera de los supuestos indicados en estos preceptos.

El artículo 34 concede el derecho de retiro a la minoría que se opone a la modificación del contrato social, a los socios de la sociedad en nombre colectivo y de la sociedad en comandita simple, no así a los miembros de la sociedad de responsabilidad limitada, pues en este tipo social todo cambio del contrato social relativo al objeto o a las reglas que determinan las obligaciones de los socios requieren de la unanimidad de votos.

Por su parte, los artículos 38 y 42 conceden el derecho de retiro por la inconformidad en la designación de las personas encargadas de la administración de la sociedad, cuando esta recae en personas ajenas y concede este derecho de retiro no únicamente por lo que hace al nombramiento del administrador, sino que también respecto a las personas a las cuales se deleguen las funciones de este administrador.

Estas causas, que requieren el voto en contra en el primer supuesto y la designación en los otros dos casos, se incluyen en las sociedades descritas, pues estas tienen el carácter de sociedades de personas o el caso de las mixtas, al menos una administración y participación mas importante de los socios y se excluyen en el caso de la sociedad anónima, que tiene el carácter de sociedad de capitales.

Por lo que hace al derecho consagrado para la sociedad anónima por el artículo 206, este se refiere al caso en que la asamblea de esta sociedad acuerde un cambio en el objeto de la misma, en su nacionalidad o su transformación, por lo que estas causas pueden considerarse como equiparables a las que, para el caso de sociedades de personas, regula el artículo 34 caso que, como hemos dicho, se excluye de la sociedad de responsabilidad limitada.

En estos once supuestos, el derecho de retiro opera respecto de las aportaciones que como requisito indispensable debieron hacerse a cada una de las sociedades mencionadas y en ellos este derecho de retiro es de

carácter objetivo y tiene la naturaleza de derecho de sanción o de oposición.

Dado que se trata de un derecho minoritario de oposición, la ley concede un plazo para su ejercicio y es además preciso que se haya votado en contra de esta resolución, aprobada por mayoría en las asambleas.

2.3.2.- Retiro de carácter subjetivo.

Además de estos supuestos de carácter objetivo, el artículo 220 de la LGSM reconoce para todas las sociedades, en forma abierta y sin limitación alguna, la posibilidad de que los socios o accionistas titulares de partes sociales o acciones de capital variable se separen, con la única restricción respecto a la temporalidad que refiere este precepto, el cual señala lo siguiente:

Art. 220.- El retiro parcial o total de aportaciones de un socio deberá notificarse a la sociedad de manera fehaciente y no surtirá efectos sino hasta el fin del ejercicio anual en curso, si la notificación se hace antes del último trimestre de dicho ejercicio y hasta el fin del ejercicio siguientes, si se hiciere después."

A diferencia del derecho de retiro que tiene su origen en causas de carácter objetivo, el que se origina por cuestiones de carácter subjetivo, de acuerdo con el artículo transcrito, no requiere e la existencia de una causa, basta la voluntad de un titular para su ejercicio.

Al igual que el de carácter objetivo, el derecho subjetivo tiene que ser reconocido por la ley, pero no requiere de un catálogo de supuestos que determinen su existencia o procedencia. Existe por el solo y puede ejercerse en cualquier tiempo, la ley únicamente establece una limitación, relacionada con la fecha en que éste surte sus efectos.

Esta carácter subjetivo deviene de que, como se ha precisado en el capítulo anterior, el capital variable tiene su origen en las sociedades cooperativas, sociedades de personas que debían constituirse como de capital variable y que presentaban la ventaja de permitir el retiro voluntario de sus socios, mediante la simple notificación de su deseo de separarse, con la correlativa obligación

para este tipo societario, de que sólo podían emitir acciones nominativas.

Es esta la razón por la cual este derecho subjetivo no resulta un derecho eventual, sino permanente y tampoco reviste el carácter de una oposición o sanción, sin que se trata de un privilegio, el cual no puede ser tasado y mucho menos restringido.

En suma, el derecho de retiro es aquel que la ley confiere a los accionistas o socios de una sociedad, para separarse de esta en los casos específicamente previstos (ya sean objetivos o el derecho subjetivo) y obtener con ello el reembolso del capital social, representado por los títulos de acciones o partes sociales que retiran. La forma de obtener este retiro será materia del siguiente capítulo.

De manera que, cada acción o parte social otorga un derecho indivisible y que el socio o accionista titular de una o mas acciones o partes sociales puede

decidir si retira todas a algunas de las que le corresponden.

Para la sociedad se genera a partir de la fecha en que surta efectos la solicitud correspondiente de acuerdo con la ley, el cambio automático de una relación jurídica preexistente, quién se retira cambia su naturaleza jurídica de parte en un contrato colectivo, para adquirir la de acreedor ajeno a la sociedad, en lo que se refiere al importe del capital que retira.

Capítulo III.- REGULACION DEL RETIRO DEL CAPITAL VARIABLE.

De acuerdo con lo analizado en el anterior capítulo, el retiro del capital variable es una forma de retiro de capital social de carácter subjetivo, que se encuentra regulada por la LGSM, en primera instancia por el capítulo relativo al capital variable que es el que prescribe esta forma de retiro, especialmente en sus artículos 213 y 220

Estos preceptos legales son muy claros al permitir el retiro del capital variable por parte de un socio y regulan la forma como este derecho debe ejercitarse y los plazos para el pago del mismo. Sin embargo, no establecen el importe que debe recibir el accionista que retira su capital.

Debido a esto, se han gestado diversas opiniones e interpretaciones en torno a este tema, por lo cual el objetivo del presente capítulo será el estudiar éstas, de manera que se pueda determinar cuánto se debe

pagar al accionista de una sociedad mercantil que ejerce su derecho de retiro del capital variable.

A pesar de que la doctrina ha contemplado un mayor número de soluciones, consideramos que estas pueden agruparse en tres teorías diferentes, por lo que a continuación exponemos estas.

3.1.- Pago del valor nominal del capital retirado.

La primera teoría que busca solucionar este problema afirma que el socio que retira su capital variable de una sociedad mercantil se encuentra legitimado para recibir el valor nominal de su parte social o acciones, es decir, lo que pagó al momento de convertirse en titular de este capital.

Esta solución se base en la afirmación de que este retiro de carácter subjetivo se encuentran limitativamente regulados por el capítulo VIII de la LGSM, que en los artículos 213 y 220 dispone que, para el caso de

retiro, serán restituidas al accionista las aportaciones que haya hecho al capital social.

Se funda en que el artículo 213 establece qué aumentos y retiros del capital variable de cualquier sociedad se llevarán a cabo "sin mas formalidades que las establecidas por este capítulo" por lo cual, para solucionar este problema, no resulta aplicable ningún otro precepto legal y es indispensable interpretar todo lo relativo al retiro de capital variable con base en este capítulo, dentro del cual los artículos 213 y 220 hacen referencia a "el retiro parcial o total de aportaciones de un socio".

De estos preceptos, aplicados limitativamente y con base en la palabra aportaciones, se desprende que la sociedad se encuentra obligada a pagar al socio que se retira la cantidad que aportó para adquirir las acciones que retira, es decir, exactamente la misma cantidad que entregó a la sociedad al momento de convertirse en socio.

Los partidarios de esta opinión afirman que la misma es sustentada por el maestro Mantilla Molina quien en un pie de página de su obra Derecho Mercantil, afirma lo siguiente: "dada la frase devolución de aportaciones, no encuentro inconveniente que el socio reciba la misma cantidad en pesos que entregó a la sociedad²⁹".

Se afirma además que así debe pagarse el retiro, pues el capital social es precisamente la garantía con la que cuentan todos los miembros de la sociedad y los terceros que contratan con la sociedad y que la práctica mercantil mexicana ha adoptado la costumbre de constituir a las sociedades mercantiles como sociedades con capital variable, especialmente refiriéndose a la sociedad anónima.

Dado que este capital es la garantía de socios y terceros, es imposible permitir el retiro de capital variable a su valor contable, pues existiría la posibilidad de reducir el capital social de una forma drástica,

²⁹ MANTILLA MOLINA, Roberto; Derecho Mercantil; Editorial Porrúa. S.A.; Vigésima Edición; México; 1992; pág. 446.

cometiendo con esto un fraude en perjuicio de los acreedores.

Afirman que la práctica de constituir sociedades de capital variable, permitida por la ley, trae como consecuencia que en la actualidad exista un gran número de sociedades mercantiles con un capital fijo muy pequeño, prácticamente de carácter significativo y cuyo patrimonio real se encuentra representado por el capital variable, por lo que bastaría con realizar un retiro generalizado de esta parte del capital para automáticamente extraer casi todo el capital social, dejando a los acreedores y terceros que han contratado con la sociedad sin la garantía adecuada respecto al cumplimiento de estas obligaciones o dejando a la sociedad imposibilitada para seguir operando, en perjuicio de los socios que permanecen en ella.

Por tanto, el legislador reguló este retiro a valor nominal de las acciones o partes sociales, de manera que no baste con un retiro del capital variable para descapitalizar a la sociedad, como una garantía para los

terceros que han contratado con ésta y para los mismos socios.

Concluye esta teoría que, si bien es cierto que la ley permite el retiro del capital variable por cualquier socio, este retiro deberá pagarse por la sociedad al valor nominal de las acciones o parte social que se retiran, pues así lo ordena expresamente la ley, con el claro objeto de evitar que se descapitalice a la sociedad en perjuicio de los mismos accionistas o de los terceros que han contratado con ella.

3.2.- Pago del valor contable del capital retirado.

Esta segunda solución no comulga con la interpretación literal que se expresa con anterioridad y parte de la consideración de que resultaría arbitrario e injusto y además ilegal el devolver al socio que retira su capital variable la misma cantidad que entregó a la sociedad al momento de adquirir sus acciones o sus partes sociales.

Como punto de partida se expone que, el liquidar al socio el valor nominal de sus acciones o parte social, implica una tremenda injusticia, la cual puede llevarse a cabo, tanto en perjuicio del accionista que se retira, como en perjuicio de la sociedad.

En efecto, suponiendo que la sociedad no ha tenido una operación exitosa y, fruto de varios proyectos fracasados, ha visto disminuir su capital contable, de manera que este es inferior al capital social, bastaría con que un socio decida retirar su parte de capital variable, derecho que de acuerdo con la ley puede ejercerse en cualquier momento, para que la sociedad se vea obligada a reembolsarle la misma cantidad que aportó para adquirir sus acciones o partes sociales, en pleno detrimento de la sociedad y de los terceros que con esta hubiesen contratado, pues deberá pagar una cantidad mayor al valor que la acción o parte social que se retira tiene en la realidad.

En el caso contrario, si la sociedad ha tenido una operación exitosa y fruto de ésta su capital contable es mayor a su capital social, al retirar alguno de los socios su capital variable y recibir el valor que invirtió al adquirir acciones o una parte social de la empresa, existiría una diferencia entre uno y otro valor; excedente que conservaría la sociedad, en beneficio de los socios que permanecen en ella, quienes se enriquecerían sin que hubiese causa para ello, y en franco perjuicio del socio que retira su capital.

Una vez establecido el principio base que, de acuerdo con esta teoría, permite determinar como improcedente el pago del capital social retirado a su valor de aportación, esta teoría expone diversos argumentos legales, de interpretación y doctrinales que permiten sustentar el pago del capital variable retirado con base en el valor real de este, los cuales se exponen a continuación.

En primer término, se afirma que es preciso realizar un análisis e interpretación mas profundos de los

artículos que regulan al capital variable y especialmente al retiro de éste.

Para realizar este análisis es preciso referirse al capítulo VIII de la LGSM³⁰, que lleva por título "De las sociedades de capital variable", aunque es evidente que lo que regula no son sociedades de capital variable, sino a la parte de capital variable que cualquier tipo de sociedad mercantil puede tener, ya que no existen "sociedades de capital variable", sino sociedades de cualquiera de los tipos que la ley reconoce como mercantiles, con capital variable.

Dentro de este capítulo el artículo 214 de la LGSM establece lo siguiente:

"Artículo 214.- Las sociedades de capital variable se registrarán por las disposiciones que correspondan a la especie de sociedad de que se trate, y por las de la sociedad anónima relativas a balances y responsabilidades de los administradores, salvo las modificaciones que se establezcan en el presente capítulo."

³⁰ Como marco de referencia cabe aclarar que este capítulo comprende los artículos 213 a 221 de la LGSM.

Este precepto se explica en función de que, como se ha dicho, no existen sociedades de capital variable, lo que existe son sociedades con capital variable y él mismo afirma literalmente que las sociedades que tienen capital variable se rigen por las disposiciones del tipo social al que pertenezcan y en el capítulo relativo únicamente se expidan algunas reglas concretas respecto a esta modalidad, nunca para el de toda la sociedad.

Por tanto, se afirma que resulta difícil creer que el capítulo VIII de la L.G.S.M. sea de carácter limitativo, ya que mas bien el artículo 214 prescribe que las sociedades que tienen capital variable se regirán por las disposiciones de su tipo social y que en el título que regula este capital únicamente se expresan lineamientos concretos relativos a algunas situaciones de esta porción de capital.

De este razonamiento se desprende que cuando el artículo 213 ordena que los aumentos o disminuciones del capital variable se hagan sin mas formalidades que las establecidas por el capítulo VIII, lo que hace es eximir a

éstos del formalismo que, para el aumento o disminución del capital fijo, debe de cumplirse en cada sociedad.

Además, se afirma que este capítulo autoriza al socio para que ejerza el derecho de retiro del capital variable, libremente, sin supeditararlo a la existencia de una causa fijada por la ley, como ocurre en el caso del capital fijo, pero que este capítulo en ningún momento establece el monto que un socio deba recibir con motivo del retiro de capital variable, y mucho menos que este sea la misma cantidad que entregó a la sociedad al momento de ingresar a ella.

Como se ha dicho, la teoría que afirma lo contrario, parte de la base de que, tanto el artículo 213 como el 220 de La L.G.S.M., mencionan la frase "retiro parcial o total de las aportaciones" y de aquí concluye que lo que debe pagarse al socio que se retira es lo que aportó, es decir, la misma cantidad nominal que pagó a la sociedad al momento de adquirir sus acciones o su parte social.

Sin embargo, se afirma que no es posible realizar una interpretación literal de la palabra aportaciones contenida por estos preceptos, en razón a dos causas principales:

i.- En primer lugar, no es válida la interpretación que se pretende dar a estos dos preceptos de la L.G.S.M., porque no es éste el contexto que se da a la palabra aportaciones.

Cuando estos artículos hacen referencia a la disminución del capital social mediante el retiro parcial o total de las aportaciones, lo que persiguen y, por tanto, la voluntad del legislador, es la de permitir el retiro de capital variable, sin exigirse alguna causa objetiva para realizarlo y si el legislador usó la palabra aportaciones es porque quiso referirse en forma genérica a todas las formas de capital social, que en algunos casos son acciones y en otros simplemente partes sociales, pero de ninguna manera pretendió regular el pago de ese retiro a su valor nominal.

ii.- Además, de una la interpretación a contrario sensu de estos preceptos de la L.G.S.M. y de su correcta integración, resulta mas evidente esta afirmación, pues si el legislador hubiese deseado que los socios que retirasen su capital variable de una sociedad recibieran el valor nominal de este capital, así lo hubiera establecido expresamente, redactando el artículo de manera que afirmara que se retira el valor nominal y no únicamente estableciendo que puede reducirse el capital mediante el retiro de aportaciones.

Por tanto, el problema se centra en interpretar la intención que tuvo el legislador al plasmar la palabra aportaciones. Para esta teoría es muy claro que la intención buscada fue la de permitir al socio con capital variable retirar este capital libremente, sin requerir de causa objetiva alguna.

Además, esta teoría establece que el error al pretender interpretar el concepto aportación, se basa en la ley emplea el término aportaciones para definir la cantidad, ya sea dinero o especie, que un socio aporta o se

obliga a aportar a la sociedad, pero es evidente que esta aportación, por sí misma, va incrementándose proporcionalmente a la forma como aumenta el valor de la sociedad.

Se afirma que esta es la esencia y la naturaleza de toda sociedad mercantil y todo aquel que decide invertir en ésta, lo hace con el objeto de recibir utilidades y de que se incremente el valor de sus aportaciones, es decir, que día con día sea mayor el valor del capital que ha invertido.

Es por tanto claro que el objetivo del legislador no fue el de regular el retiro del capital variable a su valor nominal y que, de acuerdo con la ley, no es ese el monto que debe recibir el socio que se retira, pues es evidente que no es éste el objetivo del legislador con la palabra aportaciones, por lo que esta falta de técnica legislativa debe resolverse con base en una interpretación conjunta de la L.G.S.M. y en la equidad.

La equidad es un principio general del derecho, de acuerdo con el cual se exige al juzgador aplicar la justicia al caso concreto. Comentando este tema el maestro Eduardo García Maynez, afirma que "La seguridad jurídica demanda que los jueces llamados a resolver una controversia, cumplan su cometido aplicando con la mayor fidelidad posible los preceptos de la ley escrita; pero cuando en un determinado caso no hay ley aplicable y se han agotado los recursos que brinda la interpretación, la justicia exige, y el derecho positivo permite, que el juzgador se inspire en criterios de equidad, ya que no está autorizado para abstenerse de resolver las contiendas."³¹

Por lo tanto, es preciso realizar una interpretación de la ley societaria de nuestro país y contemplar el principio de equidad antes descrito, lo que de acuerdo con el maestro García Maynez es perfectamente válido y posible, para resolver el problema que se plantea.

En relación con esa interpretación conjunta de la ley, esta teoría continúa afirmando que si el capítulo

³¹ GARCÍA MAYEZ, Eduardo: Introducción al Estudio del Derecho: Editorial Porrúa, S.A., Cuadragésima Edición: México, Distrito Federal, 1989; página 378.

relativo al capital variable de la L.G.S.M. no regula el monto que debe recibir el socio que se retira, es porque éste se encuentra determinado ya por las disposiciones de esta ley relativas a cada sociedad.

Se afirma que esta regulación se contiene en los preceptos que la L.G.S.M. establece para cada sociedad, en relación con los diversos casos en que un socio puede retirar su capital por causas de carácter objetivo, obviamente del capital fijo. Por lo que hace a las sociedades anónimas, el artículo 206 se refiere a que el valor de reembolso de las acciones se determinará según el último balance aprobado. Respecto a las demás sociedades, ni el artículo 34, ni el 38, ni el 42 señalan el monto, la forma o el valor que deberá entregarse al socio que se retira, porque estas cuestiones que ya han sido reguladas por el artículo 15, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 15.- En los casos de exclusión o separación de un socio, excepto en las sociedades de capital variable, la sociedad podrá retener la parte de capital y utilidades de aquel hasta concluir las operaciones pendientes al tiempo de la exclusión o separación, debiendo hacerse hasta entonces la liquidación del haber social que le corresponda."

El precepto que se analiza, contenido dentro del capítulo primero de la L.G.S.M., "De la constitución y funcionamiento de las sociedades en general", y por tanto aplicable a todas las sociedades mercantiles y de acuerdo con el artículo 214 al capital variable que estas tengan, establece la regla general que rige el principio de valuación de las aportaciones que se retiran en los once casos en que la ley reconoce el derecho de separación al referirse a "la liquidación del haber social que le corresponda". Esta norma prescribe también el régimen de excepción del capital variable, respecto a cuyo retiro la sociedad no puede retener esa parte del capital ni las utilidades, lo que si puede hacer respecto del capital fijo en todos los supuestos.

Es esta la razón por la que los artículos 34, 38 y 42, que contemplan diversas causas de retiro del capital variable, no establecen la cantidad que se debe entregar al socio que se retira, pues es muy claro que se le debe entregar "el haber social que le corresponda", es decir, el valor real o contable de su parte social. Por su

parte el artículo 206 establece que se debe entregar al socio que se retira el reembolso de sus acciones, en proporción al activo social (es decir, al haber social), de acuerdo con el último balance aprobado.

Por lo tanto, la regla general respecto al monto que se debe entregar al socio que retira su capital variable de una sociedad mercantil la establece el artículo 15 de la L.G.S.M. y el artículo 206 únicamente corrobora esta regla, con el objetivo principal de adecuar la misma al régimen particular de la sociedad anónima, fijando que este pago se debe hacer en base al último balance aprobado por la sociedad y un plazo concreto para ejercer el retiro en materia mercantil, con el objeto de evitar que los socios que permanecen intenten abusar del derecho del socio que, con causa justificada, se retira o que el socio que desea retirarse abuse de la sociedad.

Ahora bien, continúa afirmando este teoría que el título relativo al capital variable de la L.G.S.M. no regula el monto que se cubre al socio que retira su capital variable porque este monto ya ha sido regulado por el

artículo 15 y al igual que lo hace el artículo 206 para el caso del retiro objetivo de capital social, únicamente establece una forma especial para este retiro, el cual deberá notificarse a la sociedad de manera fehaciente, y no surte efectos sino hasta el final del ejercicio anual en que se realiza, si se hace dentro de los tres primeros trimestres del ejercicio y hasta el año siguiente si el retiro se lleva a cabo en el último trimestre del ejercicio.

De acuerdo con este razonamiento, llega a esta teoría a la conclusión de que el socio que retira su capital variable se le debe cubrir su porcentaje en el haber social y en caso de tratarse de una sociedad anónima el valor de las acciones de capital variable que retira, a su valor contable. La única regla especial para este retiro subjetivo es la forma referida por el artículo 220 de la L.G.S.M.

Se afirma también que esta interpretación conjunta de la ley, que se opone a la teoría de que, dado que el título de capital variable de la ley menciona la

palabra aportaciones, al socio que se retira deber cubrirse el valor nominal de su parte social o acciones, se desprende también de interpretación del propio artículo 220 de la L.G.S.M.

Se afirma que ese artículo prescribe las formalidades que rodean al retiro subjetivo y una de estas reglas es que él mismo no surtirá efectos sino hasta el fin del ejercicio anual en curso, si la notificación se hace antes del último trimestre de dicho ejercicio y hasta el fin del ejercicio siguiente si se hiciera después.

De acuerdo con esta regla, si el retiro se notifica a la sociedad antes de que concluya el mes de septiembre del año en que se retira, no surtirá efectos hasta el final de ese ejercicio anual y hasta concluir el año siguiente si se retira en los meses de octubre, noviembre o diciembre.

Esta regla tiene una razón de ser muy sencilla, el artículo 15 de la LGSM prohíbe a la sociedad retener las utilidades o la parte de capital variable que se retira,

por tanto, resulta necesario el que se establezca una mecánica adecuada que permita determinar claramente el haber social o el valor contable de las acciones, lo cual puede ser realizado por la sociedad hasta el final del ejercicio anual.

Las sociedades mercantiles se encuentran obligadas a operar por medio de ejercicios anuales, los cuales empiezan a correr el primer día del año calendario y terminan el último día de este año. Esto es lo que se conoce como ejercicio anual y es hasta el final de este ejercicio en que la sociedad elabora los estados financieros de todo el año.

Por lo tanto, no es posible a la sociedad determinar el valor de las aportaciones o acciones de capital variable antes de que elabore los estados financieros del ejercicio, pues de estos se desprenden todos los datos necesarios para calcular con precisión el valor contable de cada acción o parte social.

El valor nominal de una acción es un valor fijo y conocido por la sociedad en todo momento, si un socio aportó una cantidad determinada o adquirió cierto número de acciones de capital variable a un precio determinado, desde ese momento se conoce el valor nominal; por lo que si el objetivo del legislador hubiera sido el que se pagara el capital variable que se retira a su valor nominal, esta disposición resultaría absurda y ociosa, pues la sociedad conocería desde el primer momento lo que debe pagar al socio. ¿Para qué entonces esperar al final del ejercicio social para determinar esta cantidad?

Por otra parte, afirma esta teoría que la aportación es el género y el fruto, dividendo o utilidad es la especie, de forma que estos últimos constituyen un derecho adquirido por el titular de la aportación, que se documenta mediante una parte social o acciones, las cuales representan una parte alícuota del capital social.

Ahora bien, uno de los derechos fundamentales de todo socio es su derecho a la cuota de liquidación, consistente en la facultad que tiene de exigir el reembolso

del capital, una vez cubierto el pasivo social, en los casos de disolución, liquidación, retiro o exclusión del socio. La cuota de liquidación se determina en relación al importe efectivamente pagado por una parte social o por cada acción, de acuerdo con el resultado que arroje el activo menos el pasivo social.

Se afirma que esta es la opinión del maestro Barrera Graf, quien señala que "la cuota de liquidación que corresponde a dicho accionista, debe ser calculada en relación con el capital real, no con el nominal, es decir, que independientemente del valor nominal de la acción del separatista (y también en otros casos en que se ejerza tal derecho de separación), debe considerarse el valor real que arroje el último balance aprobado". Continúa diciendo el maestro que "Por otra parte, el retiro del socio y el reembolso de sus acciones implica la reducción correspondiente del capital social (art. 182, fr. II), esta vez, si, por el valor nominal de dichas acciones que se reembolsen. A esta razón de reembolso no tiene por qué aplicarse lo dispuesto en el artículo 9°, o sea, la necesidad de contar con el consentimiento de los acreedores

sociales, porque de ser así, la negativa de estos podría hacer nugatorio o dificultar en grado extremo tal derecho de separación"³².

Para el maestro Barrera Graf, los únicos casos en que procede la reducción nominal del capital son los siguientes:

i) Por pérdida del capital social, donde la asamblea puede decretar una reducción del mismo, para absorber la pérdida.³³

ii) Por reembolso de acciones cuyo valor se cubra por la sociedad al socio no en efectivo, ni con reservas disponibles ni con utilidades repartibles.³⁴

iii) Por revaluación de los bienes o derechos que los socios hubieren aportado en especie.³⁵

³² BARRERA GRAF, Jorge: ob. cit.; pág. 642

³³ Artículo 229, fracción VI de la LGSM.

³⁴ Artículos 135 y 136 de la LGSM.

³⁵ Artículo 141 de la LGSM.

iv) Por extinción de acciones, por falta de pago de dividendos pasivos, el cual presupone acción judicial e imposibilidad de la sociedad de obtener el pago.³⁶

v) Por la adquisición de la sociedad de sus propias acciones, en los casos permitidos por la LGSM.

Estos casos en que la reducción se realiza a valor nominal, obedecen a determinados principios, pues se trata de reducciones contables, pero en ningún caso reales, debido a que no sale cantidad alguna del patrimonio social y son por tanto evidentes las razones por las cuales el maestro no incluye dentro de esta clasificación la reducción del capital social por retiro o exclusión de alguno de los socios.

En la doctrina extranjera no existe algún autor que comente este tema en relación con el capital variable, ya que se trata de una figura particular del derecho mexicano, sin embargo, existen muchos comentarios en

³⁶ Artículo 121 de la L.G.S.M.

relación con el retiro de carácter objetivo, que si está regulado en prácticamente todas las legislaciones y en relación con el retiro de carácter subjetivo que en algunas legislaciones se establece para el caso de las sociedades mercantiles que no tienen un plazo de duración.³⁷

De esta forma, al comentar la ley italiana Brunetti afirma lo siguiente: "El receso del socio puede ser libremente regulado por el contrato. Pero esta previsto por la ley en dos hipótesis; en la sociedad contratada sin determinación de tiempo o por toda la vida de uno de los socios y cuando existe una justa causa. En la primera hipótesis, el receso deberá comunicarse a los demás socios, avisándolo previamente con un plazo de tres meses. Es este un derecho inexcusable del socio al que no se puede desposeer del medio de librarse del vínculo social cuando existan justos motivos ni, de otro modo, obligarle a continuar *sine die* en sociedad"³⁸

³⁷ Es preciso aclarar que en la mayoría de los casos estos comentarios se refieren a situaciones históricas, pues estas sociedades mercantiles sin plazo han sido derogadas en muchas legislaciones, como es el caso de la argentina o al menos se considera que en poco tiempo dejarán de existir, como es el caso de la italiana.

³⁸ BRUNETTI, Antonio, ob. cit., pág. 448.

La mayoría de las legislaciones que contemplan este retiro por causas objetivas establecen que se debe pagar de acuerdo con el último balance aprobado de la sociedad, por lo que en términos generales y una vez realizada la analogía relativa al pago del capital retirado por causa objetivas y subjetivas en nuestra legislación, podemos afirmar que concuerdan con esta teoría del pago del capital social retirado de acuerdo con su valor contable.

Así, Jorge Zunino afirma que "por otra parte, y en relación con la determinación del valor de la participación, también será nulo aquel pacto que se aparte notablemente del valor real de dicha participación al tiempo de hacerla efectiva."³⁹ Y continúa este autor diciendo que "puesto que hay que determinar el valor de las acciones recedidas, el activo de la sociedad estará constituido, amén del capital social, con las reservas, provisiones y dividendos no distribuidos, incluso aquellos que se encuentran pendientes de resolución de la asamblea, restando el pasivo correspondiente y obteniendo de esta forma el patrimonio neto, la división de esta suma por el

³⁹ ZUNINO, Jorge O: SOCIEDADES COMERCIALES, DISOLUCION Y LIQUIDACION: Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1984, pag. 203.

total de las acciones arrojará el valor de reembolso de cada una, de acuerdo con el balance."⁴⁰

3.3.- Pago del valor patrimonial del capital retirado.

Dentro de los autores que comentan al derecho mexicano, esta tercer teoría es promovida por el doctor Walter Frisch Philipp, quién afirma que "en contraposición a la opinión de Mantilla Molina, interpretamos el artículo 220, LSM, en el sentido de que el accionista no tiene derecho a que se le devuelva el valor nominal de su aportación, sino que se le pague su cuota en el haber social de la Sociedad Anónima, que resulte en proporción con el valor nominal de su acción, si las acciones son liberadas o en proporción con el importe exhibido de acciones pagaderas."⁴¹

Aparentemente el doctor Frisch Philipp se adhiere a la teoría expresada en líneas anteriores, sin

⁴⁰ IBIDEM, pág. 314.

⁴¹ Frisch Philipp, Walter: SOCIEDAD ANÓNIMA MEXICANA, Editorial Harla, S.A. de C.V., México, 3ª edición; pág. 561.

embargo, va mas allá de esta interpretación al afirmar lo siguiente: "La cuota del accionista retirado se determinará según el patrimonio de la sociedad existente el día para el cual la declaración de retiro surte efectos (art 220, LSM,). Este patrimonio se definirá con base en valores reales del activo y pasivo y no por aquellos que se apliquen para la formación del balance anual con motivo del principio de precaución que pueda conducir a la integración de reservas ocultas o indirectas por medio de subestimación del activo o sobrevaloración del pasivo. Tampoco se tomaría en consideración en este estado financiero de valores reales reservas directas (expresamente formadas). No es aplicable por lo tanto, un "último balance aprobado" (art., 206 LSM), decido a que balances otorgados para la determinación de utilidades o déficit, en su caso, como son especialmente los anuales, no corresponden a la esencia de estados que contengan valores reales"⁴².

De esta forma, el doctor Frisch Philipp se inclina por la elaboración, por parte de la sociedad, de un balance completo y específico que permita determinar el valor real de la participación que se retira, incluyendo

⁴² IBIDEM: pág. 561.

todas aquellas partidas especiales que se crean por la sociedad y valorando en forma correcta, actual y precisa, sus activos y pasivos.

Ya se ha mencionada que no existen comentarios relacionados con el retiro de capital variable en la doctrina extranjera, pero se ha mencionado también que la legislación de otros países se ocupa de este tema al menos en lo relativo al retiro de capital por causas de carácter objetivo que, como se ha concluido en el presente capítulo, debe asimilarse al de carácter subjetivo en lo que respecta a la forma de pago de este retiro.

En estos comentarios se contemplan diversas posturas en relación con la forma de pagar el capital social del socio que se retira. Comentando este tema el maestro argentino Ferro Astray afirma que "el derecho de receso no ha cumplido a nuestro entender con los fines que motivaron su inclusión en nuestra ley de sociedades. Esto se ha debido en gran parte al sistema de valuación de las acciones del recedente que adopta el artículo 245. En efecto, no puede escapar que el valor que resulta del

último balance aprobado no responde al valor real de la acción. Somos de la idea de que nada sirve consagrar el derecho de receso como instrumento de protección al accionista si no se lo ampara con la justa determinación del valor de su participación social".⁴³

Comentando este tema Ignacio Escuti afirma que "la injusticia surge cuando se analizan los criterios con que se realizan los balances y estados contables. El sistema es pernicioso para el accionista, aun en épocas de estabilidad económica"⁴⁴

También existen comentarios en relación con la solución establecida por el derecho argentino para la valuación del capital retirado de sociedades que cotizan en los mercados bursátiles, que es la de determinar este valor de acuerdo con el precio promedio de la acción en estos mercados durante un periodo específico y, en relación con este tema Ferro Astray afirma lo siguiente: "el interés de la sociedad resulta igualmente sobreprotegido, partiéndose

⁴³ FERRERO ASTRAY, A: citado por Ignacio A. Escuti; Receso, exclusión y muerte del socio; Editorial DePalma, Buenos Aires, Argentina. 1978, pág. 132.

⁴⁴ ESCUTI, Ignacio A: Receso, exclusión y muerte del socio; Editorial De Palma, Buenos Aires, Argentina. 1978, páginas 132 y 133.

de un supuesto sumamente teórico, el de que la cotización bursátil refleja el verdadero valor de la acción"⁴⁵

Tras este comentario, el maestro Escuti expone tres posibles soluciones al problema que comenta, que son las siguientes:

3.3.1.- Balance especial elaborado por la sociedad.

Como primera solución el autor propone un sistema de valuación del capital social retirado similar a aquel por el que pugna en nuestro derecho el maestro Frisch Phillip.

Es decir, que la propia sociedad elabore un balance especial, diferente a los estados financieros que aprueba para su ejercicio anual, cuya única finalidad será la de valuar en forma correcta el valor del capital retirado.

⁴⁵ FERRERO ASTRAY, A; citado por Ignacio A. Escuti: Receso, exclusión y muerte del socio; Editorial DePalma, Buenos Aires, Argentina. 1978, pág. 133.

Esta solución aparentemente resolvería el problema que se comenta, sin embargo, consideramos que tiene el inconveniente de prescribir que la propia sociedad elabore el balance, lo que impediría la realización de una valuación justa, en aquellos casos en que exista controversia entre el socio que se retira y la sociedad o los socios que permanecen,

3.3.2.- Balance especial judicial.

Mediante esta opción se propone también la elaboración de un balance especial para determinar el valor del capital que se retira, que también será a cargo de la sociedad, pero con la importante característica de que la elaboración y contenido del mismo deberán ser supervisados por la autoridad judicial, que será la que se apruebe finalmente esta valuación.

Es evidente que lo que se pretende con esta propuesta es evitar dejar en manos de la sociedad y por consiguiente de los accionistas mayoritarios, la elaboración del cálculo del valor del capital que se

retira, impidiendo que estos socios mayoritarios, que desde luego serán quienes controlen a la sociedad, elaboren un balance que establezca un precio menor al que realmente tiene el capital retirado en función del patrimonio social, con el ánimo de conservar una cantidad que debería corresponder al socio que se retira.

A pesar de lo anterior, el propio Escuti reconoce que "las dos últimas tendencias tienen como principio orientador la defensa del accionista recedente. Aquí se sacrifica la simplicidad en aras de la justicia y se instaura un sistema costos, complejo y que inclusive puede servir de aliciente para recesar"⁴⁶

Efectivamente, la elaboración de un balance especial para el sólo efecto del retiro implicaría una mayor carga para la sociedad y, desde luego, ésta sería aun mayor en caso de que se le obligara a la realización de un balance judicial, pues deberá disponer de los servicios de especialistas diversos a los que ordinariamente emplea para el manejo de su contabilidad, lo que evidentemente

⁴⁶ ESCUTI, Ignacio A. Ob. cit: pág. 134.

implicaría un mayor gasto, además de las consecuencias que implican la comparecencia ante una autoridad judicial.

3.3.3.- Teoría mixta.

Finalmente, menciona este autor la posibilidad de establecer un sistema al que denomina como intermedio, "que consiste en la conjunción armónica de los principios que surgen de los sistemas mencionadas anteriormente"⁴⁷.

Consideramos que este sistema efectivamente podría resolver el problema de una forma equilibrada, ya que permitiría al socio que se retira obtener el valor real de su aportación sin obligar a la sociedad, al menos en principio, a incurrir en grandes cargas adicionales.

La forma como pensamos que podría aplicarse este sistema sería la de prescribir el pago del capital social retirado de acuerdo con un balance especial que la sociedad elabore en el mismo momento que el balance general para el ejercicio social en que surte efectos el retiro, lo que representaría una carga a la sociedad, pero esta sería

mínima, ya que sólo tendría que realizar algunas precisiones al estado financiero del ejercicio, para elaborar este balance especial.

Una vez determinado este valor, el socio que se ha retirado podrá conformarse con el mismo, caso en el cual recibirá el pago sin que exista problema alguno o podrá inconformarse con este balance, por considerar que en el mismo no se ha apreciado justamente el valor de la parte social que retiró.

En el segundo supuesto, contaría el recedente con una acción que le permita comparecer ante la autoridad judicial para oponerse a la valuación realizada por la sociedad, caso en que el juez procedería a ordenar la realización de un balance especial, para el efecto de determinar la cantidad que el socio que se retiró deberá recibir por su capital social.

Consideramos que la forma adecuada para lograr esta solución sería mediante la regulación en la ley de una acción específica para este fin la que, cumplidos ciertos

⁴ IBIDEM, pág. 134.

requisitos de procedibilidad, permitiría al juez ordenar la elaboración de este balance.

Para complementar esta acción, consideramos importante que se establezca que una vez que el juzgador conozca el resultado de este nuevo balance especial, podrá determinar si el balance elaborado por la sociedad establecía en forma correcta el valor de la acción retirada, caso en que el promovente sería condenado a cubrir los gastos que implicó la realización de un nuevo e inútil balance. Con esto se aseguraría que la sociedad no incurra en una carga adicional en aquellos casos en que se hubiese conducido de buena fe y valuado en forma correcta el valor del capital retirado. Desde luego que en el caso contrario, sería la sociedad la que absorbiera todos los gastos de este procedimiento.

Resulta interesante comentar la solución que da al problema la legislación brasileña, que en el artículo 45 de la ley 6404 establece la posibilidad de pactar en los estatutos la forma de determinar el valor de reembolso, en aquellos casos en que se ejercite el derecho de retiro por

causas objetivas, pero que nunca podrá ser inferior al valor patrimonial líquido de las acciones de acuerdo con el último balance aprobado. Sin embargo, aclara que si la asamblea que aprobó este último balance ocurre mas de sesenta días después del receso, el recedente tiene derecho a pedir la confección de un balance especial que atienda aquel período de tiempo.

Desde luego que esta solución no encuadra con el caso que se comenta, pues la misma se refiere a la forma de valuar el capital que deber ser pagado en forma inmediata, por provenir el retiro de causas objetivas y en el caso del retiro de capital variable contemplado por nuestra legislación, jamás ocurrirá que el mismo deba pagarse de acuerdo con un balance elaborado hace mas de sesenta días.

Sin embargo, lo interesante de esta postura para el tema que nos ocupa, es que esta legislación establece la posibilidad de conformarse con el balance existente o de solicitar la elaboración de un nuevo balance, con la intervención de la autoridad judicial, lo

que concuerda perfectamente con la propuesta analizada en líneas anteriores.

3.4.- Interpretación de autoridades judiciales.

No existe una clara interpretación de los tribunales de nuestro país en relación con este tema, sin embargo, es posible determinar el criterio de interpretación al que se apegaba el poder judicial federal en la tesis emitida por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que establece lo siguiente:

"SOCIEDADES COOPERATIVAS, RETIRO DE LOS SOCIOS DE LAS.

La Ley General de Sociedades Cooperativas no tiene disposiciones referentes al retiro de los socios, pero una interpretación sistemática de su artículo I, fracción VIII, en relación con los artículos 10, fracción IV, 19, 68 y 69 de su Reglamento, permiten establecer que los socios que dejen de pertenecer a una cooperativa tienen derecho a que se les devuelva el importe de sus certificados de aportación o la cuota que proporcionalmente corresponda, si de acuerdo con el último balance, el activo, deducidos los fondos y demás cantidades irrepartibles (fondo de reserva y fondo de previsión social) es insuficiente para hacer la devolución íntegra del importe de dichos certificados. Tienen derecho en su caso, a que se entregue la parte proporcional que les corresponda en los rendimientos repartibles por el lapso en que hayan tenido el carácter de socios durante el

ejercicio respectivo; y tienen derecho también para que se les entreguen las cuotas de ahorro y excedentes, proporcionalmente repartibles entre los socios. De acuerdo con lo anterior, no es justo estimar que la realización del balance del último ejercicio social a aquél en que el socio haya dejado de pertenecer a la sociedad, sea un requisito previo que deba cumplir el socio retirado para que sea procedente su derecho a que se le devuelvan sus aportaciones o, en su caso, la cuota que proporcionalmente le corresponda y las demás prestaciones a que tenga derecho, según una correcta interpretación jurídica del artículo 19 del reglamento de la Ley General de Sociedades Cooperativas, y es antijurídico, además, que se pretenda imponer la carga de la prueba del balance al socio retirado, ya que es la propia sociedad cooperativa la que debe aportar el balance, debiendo advertirse que el propio precepto, en todo caso, establece que, en todas formas, el socio retirado, en caso de ser insuficientes los fondos o elementos económicos para hacer la devolución íntegra, tendrá derecho a la cuota que proporcionalmente le corresponda. El balance entonces, no es un requisito de procedencia de la acción de devolución de aportaciones, sino una mera forma de determinar si el socio retirado tiene derecho a que se le devuelvan sus aportaciones íntegras, o bien una cuota proporcional si los fondos son insuficientes para hacer la devolución íntegra, estando a cargo de la cooperativa la comprobación de tales extremos, pues sería ilógico exigir al socio retirado, que ni siquiera pertenece ya a la sociedad, que presente el balance de la mismo o que lo realice, ya que tales actos no serán propios del mismo, sino de la sociedad cooperativa demandada."

De esta tesis se desprende que la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que

al socio que se retira de la cooperativa se le debe pagar el valor real de su parte social, al establecer que se debe pagar el importe del certificado de participación, la parte proporcional que le corresponda de los rendimientos repartibles durante el tiempo que fue socio, las cuotas de ahorro y los excedentes.

De esta tesis se desprende también que se expresa este conjunto de valores que deben pagarse al cooperativista que se retira con la denominación común de aportaciones, en la misma forma que lo hace el artículo 213 de la LGSM.

Esta tesis hace referencia al socio de la cooperativa, sin embargo, hemos estudiado ya la relación que este tipo societario tiene en el establecimiento del capital variable para todas las sociedades mercantiles, de donde puede concluirse que, si existe la misma razón de origen, deberá existir la misma forma de realiza el retiro.

Destaca también de esta tesis que se exhime al antiguo cooperativista de ser quién proporcione los estados

financieros o realice el balance adecuado para la liquidación de su cuota de retiro, regulación que deberá también asimilarse a las sociedades mercantiles, pues como la propia tesis afirma, "sería ilógico exigir al socio retirado que ni siquiera pertenece ya a la sociedad, que presente el balance de la misma o que lo realice". Sin embargo, este tema será estudiado en el próximo capítulo, por lo que nos reservamos el comentario hasta entonces.

3.5- Interpretación de las autoridades administrativas.

Por lo que hace a las autoridades administrativas de nuestro país, la Comisión Nacional de Valores emitió el 20 de agosto de 1987 la circular 11-14, en la que se establece lo siguiente:

"CONSIDERANDO

PRIMERO: Que atenta a la evolución que se ha producido en la estructura financiera de las sociedades emisoras, la Comisión Nacional de Valores ha venido avanzando en el establecimiento de diversas políticas para sociedades anónimas de capital variable y sociedades controladoras con acciones inscritas en la Sección de Valores del Registro Nacional de Valores e Intermediarios,

encaminadas a asegurar el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables y a proteger los intereses legítimos del público inversionista.

SEGUNDO: Que de esta manera la Junta de Gobierno de la Comisión Nacional de Valores ha tenido a bien condicionar tanto la inscripción de acciones como su mantenimiento a que las sociedades emisoras reformen sus estatutos sociales para adoptar expresamente dichas políticas o bien se alejen de prácticas ilegales o contrarias a principios de una sana administración.

DISPOSICIONES

PRIMERA: Para obtener y en su caso mantener la inscripción de las acciones representativas de su capital social en la Sección de Valores del Registro Nacional de Valores e Intermediarios, independientemente de cumplir con las demás disposiciones legales aplicables, las emisoras que se ubiquen en los supuestos que se indican deberán prevenir en sus estatutos lo siguiente:

1.- Sociedades anónimas de capital variable:

1.1.- El establecimiento de un capital mínimo fijo sin derecho a retiro que sea suficiente para apoyar las operaciones de la sociedad

1.2.- El establecimiento de su capital máximo, cuyo monto no podrá rebasar diez veces el importe del capital mínimo fijo sin derecho a retiro, o bien el pacto expreso de que el monto del capital variable no podrá exceder diez veces el importe del capital mínimo fijo sin derecho a retiro.

1.3.- La estipulación de que los aumentos y, en su caso, las disminuciones a la porción variable del capital social, excepción hecha de cuando los accionistas ejerzan su derecho de retiro, serán aprobados por la Asamblea General de Accionistas (ordinaria o extraordinaria, según se convenga en los estatutos), debiendo protocolizarse en cualquier caso el acta correspondiente.

1.4.- La modalidad de que el procedimiento para el ejercicio del derecho de retiro de las tenedores de acciones de la parte variable, además de ceñirse a lo ordenado en los artículos 229 y 221 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se sujete a que el reembolso correspondiente se pague conforme al valor que resulte mas bajo de los dos siguientes:

El 95% del valor de cotización en Bolsa, obtenido del promedio de operaciones que se hayan efectuado durante los treinta días en que se hayan cotizado las acciones de la emisora, previos a la fecha en que el retiro deba surtir sus efectos, o bien el valor contable de las acciones de acuerdo al estado de posición financiera correspondiente al cierre del ejercicio en que la separación deba surtir sus efectos, previamente aprobado por la Asamblea Ordinaria de Accionistas.

El pago del reembolso será exigible a la sociedad, a partir del día siguiente a la celebración de la Asamblea General Ordinaria de Accionistas que haya aprobado el estado de posición financiera correspondiente al ejercicio en que el retiro deba surtir sus efectos.

Esta regulación se refiere únicamente a las sociedades que cotizan en la Bolsa Mexicana de Valores y por esto establece como regla que al socio que retira su capital variable se le deberá pagar el valor que resulte menor entre el 95% del promedio de la cotización de la acción en la Bolsa durante 30 días y el valor en libros de las acciones retiradas.

Esta disposición administrativa es similar a la que legalmente se adopta en algunos países, como Italia y Argentina, para el retiro por causas de carácter objetivo de este tipo de sociedades y busca evitar abusos especulativos, dada la volatilidad del medio bursátil, por lo que fija como pago por el retiro de capital variable el menor de entre el 95% del porcentaje de la cotización en Bolsa durante un plazo de 30 días y el del valor en libros.

A pesar de que este sistema es criticado por algunos autores de los países en que se establece una regla similar para el retiro de carácter objetivo, por considerar que no permite una valuación justa del valor del capital retirado, debido precisamente a la volatilidad del mercado bursátil, no deja lugar a dudas de que la autoridad administrativa de nuestro país se inclina por el pago del valor real de las acciones, pues esto es lo que se busca con esta regla.

Si bien es cierto que esta regla sólo se aplica a empresas que cotizan en la Bolsa de Valores, no encontramos razón alguna por la que pudiese considerarse

que el criterio deberá ser diametralmente opuesto cuando se refiere a sociedades mercantiles que tienen el mismo objetivo y estructura que estas, pero no cotizan en Bolsa.

3.6.- Opinión personal.

Como ya se ha expresado durante el desarrollo de los anteriores incisos, consideramos que las autoridades judiciales y administrativas de nuestro país interpretan que se debe pagar el valor real o contable de las acciones o partes sociales de capital variable que se retiran.

Consideramos a esta interpretación como la mas justa y adecuada de las expresadas. En efecto, partiendo de la base de que el legislador ha contemplado y establecido la posibilidad de retirar el capital variable de la sociedad mercantil, resulta absurdo el pensar que haya pretendido que el pago correspondiente se hará de acuerdo con el valor nominal de la acción o parte social que se retira, pues esto equivaldría a hacer nulo este derecho,

mismo que sólo se emplearía para recuperar lo invertido en una sociedad fracasada, en franco perjuicio de los acreedores.

Consideramos también que merece una mención aparte la teoría que para el retiro de capital variable regulado por la legislación mexicana expresa el doctor Frisch Philipp en su obra citada. Esta no encuentra fundamento legal alguno, puesto que los preceptos de la LGSM que regulan la forma de pagar el capital retirado por causas objetivas (arts. 15 y 206), que consideramos también aplicables al retiro de carácter subjetivo, se refieren a los estados financieros o balances de la sociedad.

Sin embargo, no deja de ser interesante esta teoría, puesto que es cierto que en muchas ocasiones los estados financieros de una sociedad no reflejan el valor real de una acción o parte social, por contener un criterio de sub valuación de activos, sobre valoración de pasivos, por incluir algunas partidas especiales y, en muchas ocasiones, porque en ellas no se repercute el valor de la negociación, es decir, lo que puede aumentar en el valor de

la sociedad un nombre comercial, una marca, una patente, un derecho de autor, etc.

Esta situación, expresada también por algunos autores extranjeros para el derecho de retiro objetivo regulado en sus países, adquiere una mayor importancia y actualidad si se considera que el derecho de retiro de carácter subjetivo es un derecho que, en la mayoría de los casos, será ejercido por quien detente una minoría del capital social, a pesar de que los estados financieros hayan sido aprobados y en muchos casos elaborados, por quienes detentan la mayoría.

Capítulo IV.- Consideraciones relativas al capital variable.

No podría considerarse completa la presente investigación si después de una síntesis relativa a los antecedentes e historia del capital variable y la exposición de las teorías elaboradas respecto a la forma de pagar su retiro, se concluyera simplemente que debe pagarse el valor contable de las acciones o partes sociales retiradas, de acuerdo con los estados financieros de la sociedad correspondientes al año en que se ejerció el retiro, si se hizo antes de septiembre o del siguiente año si se hizo entre octubre y diciembre, pues quedaría aun mucho que decir en relación con este tema.

De las conclusiones a las que se llega en los anteriores capítulos se aprecian enormes contradicciones en torno al concepto del capital variable y la forma como se le emplea en la práctica corporativa de nuestro país, por lo que es preciso analizar algunas características de esta modalidad del capital social.

4.1.- El Capital Variable como garantía social.

La primera contradicción es la relativa a la función del capital variable como garantía frente a terceros de las operaciones de la sociedad.

Como se analizó en el tema relativo al capital social del capítulo segundo de la presente investigación, la doctrina concuerda, tanto en nuestro país como en el extranjero, en que el capital social es la garantía con la que cuentan los terceros que contratan con una sociedad mercantil.

A pesar de esto, a lo largo de la presente investigación se ha explicado la forma como la LGSM regula al capital variable y se ha concluido que todo aquel que participe en una sociedad mercantil con capital variable, tiene derecho a retirar esta participación en todo momento y por su simple voluntad, debiendo la sociedad reembolsarle el valor real de sus acciones.

Esta conclusión nos lleva a una pregunta cuya solución resulta fundamental para entender el régimen del capital variable; ¿Cómo puede el capital variable representar una garantía para los acreedores, si su propietario puede retirarlo de la sociedad en cualquier momento y sin que deba existir causa alguna para ello?

De acuerdo con la opinión expresada en la presente investigación, de una correcta interpretación e integración de la ley societaria se desprende que el retiro del capital variable debe ser pagado de acuerdo con su valor contable. Esto permitiría concluir que en su valuación ya se han considerado los pasivos de la sociedad y, por lo tanto, aun cuando se retire el capital variable, los activos que conserve la sociedad será mayores a sus pasivos.

Sin embargo, no basta con esta conclusión para afirmar que el capital variable constituye una garantía plena para los acreedores y las personas que contratan con la sociedad y que aún cuando se ejerza el retiro, la sociedad se encuentra en posibilidad de cumplir en los mismos términos con sus obligaciones, en primer lugar,

porque en la mayoría de los casos, las sociedades se obligan a realizar actos futuros, de muy diversas clases y que no en todos los casos se reflejan económicamente en sus estados financieros, pero que si requieren de inversión y capital.

Pero además, aun considerando tan sólo los pasivos sociales, que se reflejan en los estados financieros en los que se basa la valoración del monto que se debe pagar por el retiro de capital variable, este retiro puede generar dificultades en el cumplimiento de esas obligaciones.

En efecto, supongamos que una sociedad mercantil se encuentra constituida en un 90% con capital variable y tan sólo un 10% de su capital es fijo; tiene activos por un millón de pesos y pasivos por quinientos mil y los socios deciden retirar todo el capital variable.

El valor del 100% del capital contable (activos menos pasivos), de acuerdo con los estados financieros, será de quinientos mil pesos y si se retira el 90%

variable, equivaldrá a cuatrocientos mil. De esta forma, el nuevo capital contable será de seiscientos mil pesos.

De esta forma, la sociedad conservaría activos por seiscientos mil pesos y pasivos por quinientos mil, por lo que, aparentemente, podrá cumplir con sus acreedores. Sin embargo, la operación cotidiana de la sociedad y los riesgos que implica la actividad mercantil, pondrían en riesgo tal cumplimiento, al hacer mínimo el margen existente entre activos y pasivos.

Para dar solución a este problema, a primera vista pareciera posible considerar la posibilidad de elaborar una fórmula que permita conservar el derecho de los socios a retirar el capital variable y salvaguardar el interés de los terceros que han contratado con la sociedad, como podría ser el establecer la obligación de dar publicidad a este retiro para que pudiesen concurrir los acreedores de la sociedad y solicitar la garantía de sus créditos antes de que surta efectos el retiro.

Sin embargo, un poco mas de profundidad en el análisis de este tema nos permite concluir que una disposición en este sentido no lograría otra cosa que hacer nugatorio el derecho al retiro del capital variable, pues bastaría con la oposición de los acreedores para que se pudiese impedir.

Consideramos por tanto que la única respuesta posible al cuestionamiento que se formula es la de que, contrariamente a lo que sucede con el capital fijo de una sociedad mercantil y a lo que la doctrina afirma en relación con el capital social, el capital variable no representa una garantía para los terceros que contratan con la sociedad o le otorgan créditos o, al menos, no se trata de una garantía sólida y absoluta, como ocurre en el caso del capital fijo.

Desde luego que estamos conscientes de la trascendencia de esta afirmación, especialmente en una realidad jurídica como la nuestra, en que una parte importante de las sociedades mercantiles, especialmente de las anónimas, se encuentran constituidas como de capital

variable y, de hecho, la suma que aparece como capital fijo en sus estatutos resulta completamente desproporcionada con sus actividades e insuficiente para garantizar las operaciones que se realizan con terceros.

Sin embargo, el objetivo de la presente investigación es precisamente el de analizar el concepto del capital variable, aclarar su función y forma de retiro y proponer la forma que consideramos adecuada para operar este tipo de capital, por lo que no sería posible omitir la anterior consideración.

4.2.- Utilidad del capital variable.

La anterior conclusión, con todas las consecuencias que implica, nos obliga a retroceder aun mas en la función del capital variable, pues si éste no tiene como elemento esencial el representar una garantía para los terceros que contratan con la sociedad, es preciso entonces preguntarse cual es la razón de ser de este tipo *sui generis* de "capital social", es decir, ¿para que ha contemplado el

legislador la posibilidad de que las sociedades mercantiles se constituyan con capital variable?

Ya se decía en el capítulo segundo de la presente investigación que el legislador había contemplado a la figura del capital variable como una fórmula para que la sociedad obtuviera una especie de financiamiento, necesario para su labor cotidiana y se mencionaba que en la exposición de motivos de la actual LGSM, que data de 1932, se afirmó lo siguiente:

"De esta manera y según se desprende claramente de los artículos respectivos, si bien nunca se dará el caso de que una anónima se presente ante el público con un capital que no ampare reales aportaciones en dinero o en naturaleza, constituyéndose como de capital variable si estará capacitada para admitir gradualmente, dentro de los límites que fijen sus estatutos o el acuerdo de la asamblea, nuevos socios en su seno y consiguientemente capital nuevo que haga posible el crecimiento regular de la empresa."⁴⁸

Con este párrafo el autor de la ley pretendió explicar los motivos que le impulsaron a crear al capital variable, sin embargo, no contiene un razonamiento claro y

⁴⁸ Exposición de motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles; Biblioteca del H. Congreso de la Unión; página 38

preciso de los motivos reales del establecimiento de esta figura en la legislación mercantil mexicana.

A pesar de esa falta de claridad, el autor de la ley afirmó que con esta figura se permitiría a las sociedades mercantiles obtener capital nuevo, que haga posible el crecimiento regular de la empresa.

Con tales antecedentes, nos corresponde descifrar que fue lo que se quiso decir en la exposición de motivos de la ley al establecer esta posibilidad de obtener capital nuevo que haga posible el crecimiento regular de la empresa.

Desde luego que para responder esta cuestión es preciso tomar en cuenta las conclusiones que se han mencionado a lo largo de esta investigación y en especial en el numeral anterior de este capítulo.

Efectivamente, partiendo de la base de que el capital variable puede retirarse en cualquier momento y que, por lo tanto, no representa una garantía sólida para

los terceros que contratan con la sociedad, se llega a la conclusión de que la obtención por parte de la sociedad de capital nuevo, para su crecimiento regular, tiene una mayor similitud con un financiamiento o un crédito que con una inversión como partícipe del contrato social, pues esta última debería en todo caso realizarse mediante la inversión en capital fijo, que no puede retirarse mas que en los casos en que se den los supuestos que en forma limitativa establece la ley.

Por tanto, es posible determinar que la principal función del capital variable es la de permitir a la sociedad obtener financiamiento para la realización de su objeto social y no el de capitalizarla en forma permanente.

Esta afirmación se opone al concepto del capital social como garantía de los tercero y como el monto mínimo respecto del cual responden los socios en las sociedades de capitales, dentro del cual se ha entendido por muchos años al capital variable, sin embargo, no puede ser otra la conclusión a la que se llegue después de analizar los conceptos y formas del capital variable y, en especial, la

posibilidad de retirarlo por parte de su titular sin mayor explicación y la obligación de la sociedad de reembolsarlo en los plazos establecidos por la ley.

Consideramos por tanto que el capital variable fue instituido por el legislador como una modalidad que pueden adoptar las sociedades mercantiles, con el ánimo de permitirle la posibilidad de obtener fuentes de financiamiento que le ayuden a su desarrollo.

La mecánica que ofrece este capital variable es muy simple; la sociedad decide ofrecer, a sus socios o a terceros, cierta inversión en capital variable. Esta aportación permitirá a la sociedad operar sin la necesidad de recabar este capital mediante la obtención de un crédito, que en muchas ocasiones puede ser muy caro y en otras imposible de obtener para algunas sociedades.

A cambio, se ofrece a la persona que aporte este capital variable la posibilidad de participar en la administración de la sociedad y toma de decisiones en una forma similar a la de los demás socios y la de obtener las

mismas ventajas económicas de éstos, como lo sería esencialmente la obtención de las utilidades que se generen.

Hasta este punto el capital variable tendría la misma función que el fijo, pues otorga a quien lo aporta los mismos derechos corporativos y patrimoniales que el socio con capital fijo. Sin embargo, la gran diferencia es que la persona que aportó a la sociedad capital variable podrá decidir en todo momento si continúa corriendo la suerte de la sociedad, lo que generalmente hará en caso de que esto le represente una utilidad razonable o si abandona a la sociedad y simplemente retira su capital, con lo que obtendrá de regreso su inversión, desde luego con una utilidad, si la sociedad ha tenido una operación benéfica o con una pérdida si la sociedad ha disminuido su valor.

4.3.- Sociedades mercantiles que pueden operar con capital variable.

De las anteriores consideraciones surge una nueva interrogante que consideramos debe ser respondida en la

presente investigación; ¿Deberían estar autorizadas para constituirse con capital variable todas las sociedades mercantiles?

En el primer tema de la presente investigación se destacó la diferencia que existe entre las sociedades conocidas como de personas y las de capitales. Consideramos que dada la naturaleza y el objetivo del capital variable, éste no representa una solución accesible para las sociedades de personas y que para este tipo social puede representar incluso un riesgo la adopción de esta modalidad.

Efectivamente, ya se ha comentado que las principales características de las sociedades de personas son que en ellas adquiere una importancia fundamental el *intuitio personae*, es decir, las características propias y personales de los socios y que los socios responden de la operación de la sociedad con su patrimonio y no solamente con la cantidad que hubiesen aportado a la sociedad.

En estas condiciones, consideramos que resulta inoperante el ofrecer a los propios socios o a terceros la posibilidad de invertir en la sociedad mediante el capital variable.

Por lo que respecta a los socios, ninguna razón tendría el que se les ofreciera una participación social que pudiesen retirar en cualquier momento cuando responden de las operaciones de la sociedad con todo su patrimonio, lo que hace intrascendente el que en determinado momento decidieran retirar su capital variable y conservar sólo el fijo.

Un argumento a favor de esta participación en capital variable por parte de los socios, es el de que, a pesar de que continúan respondiendo de las operaciones de la sociedad, el capital variable les permitiría retirar en determinado momento su inversión y destinarla a otra finalidad. Sin embargo, este argumento pierde vigencia en la vida práctica de estas sociedades, si consideramos que en casi todos los casos se trata de empresas en las que tiene un mayor valor la presencia del socio que los propios

activos. De cualquier forma, las consideraciones que se hacen a continuación bastarán para convencernos de que a estas sociedades no se les debe permitir operar con capital variable.

El problema de la existencia del capital variable en las sociedades de personas se entiende cuando se analiza la posibilidad de que éste sea adquirido por terceros, ya que en este supuesto se incluiría un elemento que se contrapone a esta clase de sociedades; un socio capitalista.

En efecto, ya se ha concluido que el objetivo del capital variable es el de funcionar como una forma de financiamiento de la sociedad, mediante el ingreso de socios capitalistas que aportan una cantidad con la conciencia de que participarán como socios, pero podrán retirarse en el momento que mejor les parezca. Ya se ha mencionado que las características de las sociedades de personas son la participación en ella de los propios socios, por sus cualidades particulares y el hecho de que

respondan con todos sus bienes de la operación de la sociedad.

Es evidente que estos dos elementos se contraponen, pues el tercero que aportara capital variable a una sociedad de personas no implicaría por si mismo una importancia real en la sociedad y, además, no respondería de la operación con todo su patrimonio, pues bastaría con retirarse para que no tuviese ya el carácter de socio, sin que los acreedores pudiesen evitarlo, ya que la ley autoriza este retiro sin excepción alguna.

Consideramos por tanto que el capital variable es una modalidad que únicamente debe autorizarse para las sociedades de capitales y para los socios capitalistas de las sociedades que se constituyen con el carácter de mixtas.

A pesar de que la LGSM autoriza la utilización de la modalidad de capital variable por todas las sociedades que regula, el hecho de que esta modalidad sería funcional tan sólo para sociedades de capitales se vislumbraba ya en

el momento en que se elaboró esta ley, como lo podemos comprobar en su exposición de motivos, en la que se afirmó lo siguiente:

"Aunque de utilidad para hacer flexible el sistema de la ley, en lo que toca a cualquiera de los tipos aprobados, el Gobierno estima que esa modalidad será particularmente importante en las sociedades por acciones"⁴⁹

Consideremos que la falta de una definición total y plena de lo que era el capital variable y de cual sería su utilidad, así como de la forma como esta nueva figura jurídica encajaría con las situaciones de hecho de la vida de nuestro país, fue lo que motivó al legislador a autorizarlo para todos los tipos societarios.

Sin embargo, consideramos también que el propio legislador debió regular a esta modalidad del capital variable, desde el mismo momento en que la instituyó, como una figura a la que pueden acudir únicamente las sociedades de capitales, pues esta modalidad es totalmente inoperante en las sociedades de personas.

⁴⁹ Exposición de motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles: Biblioteca del H. Congreso de la Unión: página 91

4.4.- Reglas relativas al capital variable.

Como uno de los últimos temas de la presente investigación se propone lo, que consideramos deberá ser la forma como se encuentre regulado el capital variable, de acuerdo con los conceptos que se han expuesto y las conclusiones a las que se han llegado.

TESIS QUE SE SUSTENTA

En forma alguna pretendemos agotar en este tema la discusión relativa a la modalidad del capital variable en la sociedades mercantiles, ya que estamos conscientes de lo pretencioso y fatuo que resultaría buscar la perfección de esta propuesta o que su aplicación permitiría, en forma mágica, solucionar los problemas que día con día se suscitan en nuestro país con esta modalidad del capital social.

1.- Como un primer punto, consideramos que resultaría importante que la ley societaria estableciera

que la modalidad del capital variable es una figura a la que sólo pueden acudir las sociedades de capitales.

2.- Consideramos también que la ley debe regular clara y expresamente la forma como se debe pagar al socio que retira su capital variable el valor de esta aportación.

Como se afirmó en el anterior capítulo, de la interpretación de la LGSM se desprende la obligación de la sociedad de pagar este retiro de acuerdo con el balance general de la sociedad para el año en que surta efectos el retiro.

Sin embargo, consideramos que resultaría muy benéfico el que se incluyera una disposición que manifestara en forma expresa la forma de realizar ese pago, con lo que evitaría la existencia de muchas controversias que, si bien es cierto que deberán llegar a la conclusión apuntada, siempre implicarán un grave perjuicio para el socio que se retira.

3.- Por otro lado, consideramos que esta forma de valuar el capital retirado suele resultar injusta para el socio que se retira, por las razones apuntadas en el anterior capítulo y de acuerdo con la opinión que para nuestro sistema jurídico elabora el doctor Walter Frisch Phillip y que en otros país han manifestado también diversos autores, por lo que vamos mas adelante en nuestra conclusión y nos atrevemos a afirmar que la ley debería regular el pago del capital retirado de acuerdo con su valor real y no con el contable.

Para tal efecto, resultaría importante establecer que una vez que surta efectos la notificación de la decisión de un socio de ejercer el derecho de retiro⁵⁰, la sociedad quedará obligada a pagarle el valor patrimonial de su participación, el que deberá determinarse de acuerdo con un balance especial realizado expresamente para este fin y que la sociedad aprobará en la misma asamblea en que se discutan los estados financieros para el año en cuyo final surte efectos el retiro.

⁵⁰ Consideramos que es correcta la forma como se regula actualmente el momento en que este retiro surte efectos, una vez que termina el ejercicio social en que este se notificó si se hizo antes de que terminara el tercer trimestre del año o al final del ejercicio siguiente si se hizo durante los meses de octubre, noviembre y diciembre.

Para hacer mas efectivo este sistema de valuación del capital retirado, debería incluirse otra disposición relacionada relativa a la valuación de la participación social que se retira, mediante la cual se establecería que el antiguo socio podrá impugnar el valor que la propia sociedad ha determinado para su retiro.

En efecto, mediante esta disposición se establecería que el antiguo socio que no se encuentre conforme con el valor de la parte social que retiró, determinado por la propia sociedad, podrá acudir ante la autoridad judicial del domicilio de la sociedad a impugnar este balance y solicitar la elaboración de uno nuevo, bajo la supervisión del juez.

Para hacer eficaz esta acción la ley deberá disponer que, una vez acreditados los elementos de procedibilidad, que en estos casos serían la calidad de socio en la parte variable del capital, la notificación del retiro y la aprobación por parte de la sociedad del balance de retiro, el juez deberá ordenar el emplazamiento a la

sociedad demandada, para proceder de inmediato a la elaboración del dictamen correspondiente, para lo cual la autoridad judicial nombrará un perito en materia contable, a quien asistirá para que se le proporcione la información necesaria para elaborar este balance de retiro.

Dentro de estas reglas, con la doble finalidad de evitar por un lado que la sociedad elabore un balance mediante el cual se disminuya el valor del capital retirado y por el otro que el socio que se retiró orille a la sociedad a un procedimiento inútil, se deberá establecer que, en caso de que el balance elaborado efectivamente determine un valor mayor al determinado por la sociedad, ésta cubrirá todos los gastos que se generen con motivo del procedimiento y, en caso contrario, será el accionista el que tendrá esta carga.

4.- Sin embargo, consideramos que un problema que subsiste en las anteriores propuestas es el relacionado con la forma como puede el antiguo socio compeler a la sociedad para que elabore el balance especial que se propone.

Este problema tampoco encuentra solución en la actual redacción de la ley, pues tampoco existe una forma eficiente para obligar a la sociedad a elaborar y aprobar los estados financieros correspondientes a un ejercicio social que ya ha concluido.

En relación con este tema, consideramos que una forma adecuada de solucionar esta deficiencia sería el que la ley conceda al socio retirado una acción especial para exigir la valuación del capital retirado y reclamar el monto que se le adeuda con motivo del retiro ejercitado.

En estos casos, será mas que evidente que la sociedad se ha opuesto a realizar este pago, pues ni siquiera lo habrá valuado, y que existe una controversia entre ésta y el socio que se retiró, por lo que lo adecuado sería que esta acción se ejercitara con la finalidad de que sea el juez quien ordene y supervise la elaboración del balance, considerando que la falta de disposición de la sociedad para elaborarlo implica una consecuencia equivalente a la oposición del socio al dictamen efectivamente elaborado.

Esta acción requeriría de los mismos requisitos de procedibilidad enumerados en el punto anterior, aunque desde luego el antiguo socio no deberá exhibir o hacer alusión a algún balance, pues este no existe. Una vez que sean aportados estos elementos, el juez notificará la demanda a la sociedad y le concederá un plazo para que acredite que el balance especial ha sido elaborado y aprobado por los accionistas. En caso de que esto no ocurra o de que el antiguo socio se oponga a éste, se procederá en los mismos términos que en la propuesta anterior.

Sin embargo, la segunda acción que se propone deberá tener algunas diferencias con la anterior y, por tanto, consecuencias propias, dada la manifiesta oposición de la sociedad a la elaboración del balance especial y el pago del valor del capital retirado.

La primer de estas diferencias es que la misma no podrá ejercitarse hasta que transcurra el plazo que la ley señala para que sean aprobados los estados financieros de las sociedades mercantiles, pues será el mismo para la

aprobación del balance especial, es decir, hasta el primero de mayo del año siguiente a aquel en que surtió efectos el retiro, mientras que la primera acción propuesta puede ejercitarse a partir del día siguiente a la aprobación del balance especial.

Una segunda diferencia sería el que en todos los casos en que sea necesario ejercitar la segunda acción propuesta, salvo que la sociedad acredite que se ha aprobado el balance especial, será ésta la que quede obligada a cubrir los gastos propios de la elaboración del balance bajo la supervisión judicial, pues ha sido ella directamente, con su omisión, la que ha generado la necesidad de ejercer esta acción.

Una tercera característica, que forma parte importante de la presente propuesta, es la de que los propios elementos de procedibilidad de esta acción, en especial las acciones o los certificados de participación de capital social variable, concedan a los antiguos socios la ejecutividad en la acción que se intente.

Desde luego que no es materia de la presente investigación el estudio de la ejecutividad en el ejercicio de las acciones mercantiles. Sin embargo, las leyes procesales de nuestro país permiten el que se garantice una obligación en el propio momento en que se comunica la acción intentada en su contra a un supuesto deudor, en aquellos casos en que la demanda se basa en un documento en virtud del cual existe una importante presunción respecto a la existencia del adeudo, como es el caso de los títulos de crédito.

Consideramos que en el caso a estudio los documentos en que se funde la acción que se intenta permiten presumir la obligación por parte de la sociedad, pues el actor deberá acompañar a su demanda el documento con que acredite fehacientemente la notificación de su resolución de retirar el capital variable, con lo que se acreditará que la acción ya puede intentarse y el documento con el que acredite la posesión de una parte variable del capital social de la empresa mismo que, dicho sea de paso, en la mayoría de los casos será un título de crédito, puesto que consideramos que dentro de las sociedades de

capitales el capital variable encuentra su máxima expresión en la anónima.

Esta alternativa protegería los derechos de los socios que retiran capital variable, pues les permitiría garantizar el pago del capital retirado desde el momento en que demande a la sociedad, lo que evitaría que ésta dilapide los bienes en el considerable tiempo que transcurrirá, aun cuando se establezca una acción sumaria, entre el ejercicio de la acción y el momento en que se ejecute la sentencia respectiva.

4.5.- CANCELACIÓN DE LOS TÍTULOS O DOCUMENTOS REPRESENTATIVOS DE CAPITAL VARIABLE.

El último aspecto que consideramos importante analizar en relación con el capital variable, especialmente con su retiro, es el de la devolución de las acciones o los documentos que acreditan la propiedad de este capital y la forma y el momento en que la sociedad deberá cancelar estos.

Como se ha manifestado a lo largo de la presente investigación, el retiro del capital variable surte efectos, es decir, puede considerarse como realizado y existente, en el momento en que culmina el ejercicio social en que se ejerció, si la notificación se hizo antes de que terminara el tercer trimestre del año fiscal o cuando finaliza el ejercicio siguiente, en caso de que se haya notificado durante el último trimestre.

Por lo tanto, este es el momento en el que quién retira su capital social deja de ser socio. Sin embargo, quedará aun pendiente un asunto importante de resolver, el del pago de la participación social retirada.

Si bien es cierto que la acción o el documento representativo del capital social sirvan para acreditar la calidad de socio, lo que permitiría suponer que estas deberían ser canceladas en el momento en que surte efectos el retiro, también es cierto que estos documentos serían de suma importancia para acreditar la calidad de socio, especialmente para el caso en que sea necesario ejercer alguna de las acciones que se han propuesto.

De esta forma, consideramos que el antiguo socio deberá entregar a la sociedad estas acciones o documentos en el momento en que la sociedad le pague el valor del capital que retiró, lo que desde luego implicará su conformidad con el balance elaborado por la sociedad.

En los casos en que no exista esta conformidad o la sociedad no realice y apruebe el balance con oportunidad, estos documentos deberán exhibirse ante el juez que deba conocer de la acción pertinente y será éste quien, una vez concluido el juicio y habiéndose cerciorado del pago, entregará estos documentos a la sociedad y autorizará su cancelación.

Desde luego que existen otras disposiciones que permitirían aclarar el concepto de capital variable, su funcionamiento y su forma de retiro en la sociedades mercantiles, pero consideramos que estas propuestas esclarecen la forma como se debe realizar el pago, con lo que se aclararía en buena medida la función de este tipo de capital, lo que permitiría el adecuado uso de la modalidad

del capital variable como una figura que permite el acceso al financiamiento para un muy importante porcentaje de las sociedades de capitales que existen en nuestro país, para las cuales es imposible acudir al gran público inversionista y le es sumamente difícil o al menos extremadamente caro, el acceso al sistema financiero de nuestro país.

CONCLUSIONES

1.- El concepto de asociación comprende a toda unión voluntaria de personas que, de un modo durable y organizado, ponen sus esfuerzos para conseguir un objeto determinado.

2.- De las sociedades mercantiles reguladas por la ley es posible determinar como sociedad eminentemente de personas a la sociedad en nombre colectivo, como sociedad eminentemente de capitales a la sociedad anónima y como sociedades mixtas a las sociedades en comandita, simple o por acciones, mientras que la sociedad de responsabilidad limitada adquiere un carácter elástico, que permita organizarse en una parte como sociedad de personas y en otra de capitales.

3.- La ley societaria adoptó el régimen del capital variable en todas las sociedades mercantiles, con la finalidad principal de evitar la simulación a la que frecuentemente se asistía antes de esta adopción para que sociedades que notoriamente tienen una conformación

diferente a las cooperativas, se constituyesen bajo este régimen social, para acogerse al beneficio que ofrecía la estructura flexible, en lo relativo a la forma de variar el capital social.

4.- La función preponderante del capital variable, como históricamente fue concebido en la sociedad cooperativa, es la de permitir a un socio retirar su capital, siempre que decida abandonar a la sociedad, sin que tenga importancia alguna la causa de este abandono.

5.- El derecho de retiro es aquel que la ley confiere a los accionistas o socios de una sociedad, para separarse de ésta, en los casos específicos previstos (ya sean objetivos o el derecho subjetivo) y obtener con ello la parte alícuota del capital social, representado por los títulos de acciones o partes sociales que retiran.

6.- Cada acción o parte social otorga un derecho indivisible y el socio o accionista titular de una o mas acciones o partes sociales puede decidir si retira todas a algunas de las que le corresponden.

7.- La importancia fundamental que tiene el capital social en la vida de todas las sociedades mercantiles y especialmente en las sociedades de capitales, estriba en que siendo el capital social el núcleo del patrimonio social, constituye la única garantía que tienen los socios y los terceros respecto a la operación de la sociedad.

8.- La anterior conclusión es plenamente válida únicamente para el caso del capital fijo de las sociedades mercantiles, ya que el capital variable no representa una garantía plena y satisfactoria respecto a las operaciones de la sociedad con respecto a los terceros que contratan con ella.

9.- La principal función del capital variable es la de permitir a la sociedad obtener financiamiento para la realización de su objeto social y no el de capitalizarla en forma permanente.

10.- El capital variable es una modalidad del capital social que únicamente debe autorizarse para las sociedades de capitales y para los socios capitalistas de las sociedades que se constituyen con el carácter de mixtas.

11.- De acuerdo con una interpretación e integración armónicas de la LGSM, el retiro del capital variable deberá pagarse a la sociedad de acuerdo con el valor contable de este capital, determinado con base en los estados financieros de la sociedad para el ejercicio en cuyo final surta efectos este retiro.

12.- A pesar de la anterior conclusión, consideramos que la ley societaria de nuestro país debe establecer en forma expresa la forma como se debe pagar el monto del capital variable al socio que ejerce su derecho de retiro, de acuerdo con un balance especial que para tal efecto elabore la sociedad y no con los estados financieros del ejercicio en cuyo final surta efectos el retiro.

BIBLIOGRAFÍA.

BARRERA GRAF, Jorge; "Instituciones de Derecho Mercantil"; Editorial Porrúa, S.A.; Primera Reimpresión; México, Distrito Federal; 1997; 866 páginas.

BAUCHE GARCADIIEGO; Mario; "La Empresa"; Editorial Porrúa, S.A.; Segunda Edición; México, Distrito Federal; 1983; 709 páginas.

BRUNETTI, Antonio; "Tratado del derecho de las sociedades"; Primer Tomo; Editorial UTEHA; Buenos Aires, Argentina; 1960; 825 páginas.

BRUNETTI, Antonio; "Tratado del derecho de las sociedades"; Segundo Tomo; Editorial UTEHA; Buenos Aires, Argentina; 1960; 791 páginas.

CERVANTES AHUMADA; Raúl; "Las sociedades mercantiles"; Editorial Herrero, S.A.; Primera edición; México, Distrito Federal; 1984;

DE PINA VARA, Rafael; "Derecho Mercantil Mexicano; Editorial Porrúa, S.A.; Segunda Edición; México, Distrito Federal, 1964; 482 páginas.

Enciclopedia Jurídica Omeba; Tomo XXV; Editorial Driskill, S.A.; Buenos Aires, Argentina, 1980; 1040 páginas.

ESCUTI, Ignacio A; "Receso, exclusión y muerte del socio"; Ediciones Depalma; Buenos Aires, Argentina; 1978; 187 páginas.

ETCHEVERRY, Raúl Anibal; "Derecho Comercial y Económico; Editorial Astrea; Buenos Aires, Argentina; 1987; 589 páginas.

FRISCH PHILIPP, Walter; "Sociedad Anónima Mexicana"; Editorial Harla, S.A. de C.V.; Tercera Edición; México, Distrito Federal; 1994; 561 páginas.

GALINDO GARFIAS, Ignacio; "Sociedad Anónima, responsabilidad civil de los administradores"; Impresión particular; México, Distrito Federal; 1952; 304 páginas.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo; "Introducción al estudio del Derecho"; Editorial Porrúa, S.A.; Cuadragésima Edición; México, Distrito Federal; 1989; 866 páginas.

GUADARRAMA LÓPEZ, Enrique; "Las sociedades anónimas"; Editorial Porrúa, S.A.; México, Distrito Federal; 1995; 261 páginas.

GUTIÉRREZ FALLA, Laureano; "Derecho Mercantil, contratos societarios y derechos individuales de los accionistas"; Editorial Astrea; Buenos Aires, Argentina; 1988; 529 páginas.

ITURBIDE GALINDO, Adrián; "El Régimen del Capital Variable en las Sociedades Anónimas"; Editorial Porrúa, S.A.; México, Distrito Federal; 1985.

MANTILLA MOLINA, Roberto; "Derecho Mercantil"; Editorial Porrúa, S.A.; Vigésimo Tercera Edición; México, Distrito Federal, 1984; 505 páginas.

MATORELL, Ernesto Eduardo; "Sociedades Anónimas; Editorial Depalma; Buenos Aires, Argentina; 1988; 491 páginas.

MUÑOZ, Luis; "Derecho Mercantil"; Primer Tomo; Librería Herrero, S.A.; México, Distrito Federal; 1952; 478 páginas.

NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio; "Teoría General de las Sociedades"; Editorial Temis; Sexta Edición; Bogotá, Colombia; 1990; 474 páginas.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín; "Tratado de sociedades mercantiles"; Tomo I; Editorial Porrúa, S.A.; México; 1947.

ZUNINO, Jorge O; "Sociedades comerciales, disolución y liquidación"; Editorial Astrea; Buenos Aires, Argentina; 1987; 497 páginas.

LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES;
Comprendida dentro del compendio "Código de Comercio y Leyes Complementarias"; Editorial Porrúa, S.A.; Sexagésima Octava Edición; México, Distrito Federal; 1999.

COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES;
Circular 11-14; "Colección de circulares de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores; Editorial Fiscal y Laboral, S.A. de C.V.; Volumen II; México, D.F.; 1994.

BIBLIOTECA DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN;
Exposición de motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles; 138 páginas.