



Universidad Nacional Autónoma de México

Escuela Nacional de Estudios Profesionales
ACATLAN

LA VARIABILIDAD DEL CAPITAL SOCIAL

M-0064290

T E S I S

Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO

p r e s e n t a

ALEJANDRO MARTINEZ RAMOS

JULIO, 1987





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 MI PADRE:

LIC. AGUSTIN MARTINEZ LOPEZ,
CON ENORME GRATITUD POR SU ABSOLUTO
E INCONDICIONAL APOYO COMO PADRE,
ABOGADO Y AMIGO.

A MI MADRE:

SRA. BLANCA ROSA RAMOS P. DE MARTINEZ,
COMO UN PEQUEÑO TESTIMONIO DE AGRADECIMI
ENTO POR SUS CONSEJOS, CARINO, DESVE
LOS Y REGAÑOS QUE HAN SERVIDO A MI FOR
MACION.

A MIS HERMANOS:

BEATRIZ	HUMBERTO
AGUSTIN	MAGDALENA
ARIADNA	ALFREDO

A LA "UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE
MEXICO"

Y

A LOS CATEDRATICOS DE LA ESCUELA NACIONAL
DE ESTUDIOS PROFESIONALES, ACATLAN.

A LAS PERSONAS CON LAS QUE HE TENIDO EL HO
NOR DE COLABORAR:

LIC. MANUEL OJEDA PAULLADA.
LIC. GUSTAVO LEON ORANTES DARDON.
LIC. SALVADOR AVILA PACHECO.
LIC. EDUARDO SOLARES SOTO.

POR LAS ENSEÑANZAS QUE ME HAN LEGADO.

A LOS MIEMBROS DEL JURADO:

LIC. OLIVERIO GONZALEZ NAVA.
LIC. MA. GUADALUPE MELESIO GONZALEZ
LIC. FRANCISCO SANTAMARIA LLANO
LIC. IGNACIO SEGURA GONZALEZ
LIC. DANIEL LUNA RAMOS.

I N D I C E

	PAG.
INTRODUCCION	1
<u>CAPITULO I.- EL CAPITAL SOCIAL</u>	
A) Concepto	3
B) Capital y Patrimonio	4
C) Misión del Capital Social	5
D) Principios que rigen el Capital Social	6
Citas	10
<u>CAPITULO II.- MODIFICACIONES DEL CAPITAL SOCIAL.</u>	
A) Consideraciones Generales	17
B) Aumento del Capital Social	20
C) Acuerdos y Requisitos	22
D) El Artículo 133 de la Ley General de Sociedades Mercantiles no es de aplicación general.	27
E) Formas de aumento del Capital Social	45
F) Derecho de Adquisición preferente	57
G) Reducción del Capital Social	60
H) Acuerdos y Requisitos	63
I) Formas de Reducción del Capital Social	68
Citas	78

M-0064290

	PAG.
<u>CAPITULO III.- LA VARIABILIDAD EN EL CAPITAL SOCIAL.</u>	
A) Origen	89
B) Derecho Extranjero	93
C) Derecho Mexicano	106
D) Ventajas y Desventajas en la adopción de la modalidad de Capital Variable	115
E) El Derecho de Retiro del Accionista	119
F) Criterios de la Comisión Nacional de Valores respecto al régimen de la variabilidad del capital	124
Citas	129
<u>CAPITULO IV.- CONCLUSIONES.</u>	137
BIBLIOGRAFIA.	146

I N T R O D U C C I O N

Con motivo de la nominativización de las acciones de las sociedades mercantiles establecida, originalmente, por el "Decreto que Establece, Reforma y Adiciona Diversas Disposiciones de Carácter Mercantil", publicado en el Diario Oficial de la Federación del 30 de diciembre de 1982, en vigor a partir del 1o. de enero de 1983 y del "Decreto que Establece, Reforma y Adiciona Diversas Disposiciones de Carácter Mercantil", publicado en el Diario Oficial de la Federación del 30 de diciembre de 1983, - en vigor a partir del 1o. de enero de 1984, se inició la tendencia para transformar la estructura del capital fijo de las sociedades anónimas a de capital variable, quizá, porque eliminadas las acciones al portador y, por ende, el anonimato en la titularidad de las acciones, única rémora para adoptar esta modalidad y además, propiciado con la eliminación de los honorarios y gastos notariales y de los derechos de inscripción en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, una gran mayoría de las sociedades por acciones han adoptado dicha modalidad de capital variable, tal vez sin considerar alguna otra-

C A P I T U L O I

EL CAPITAL SOCIAL

A) CONCEPTO.

Conforme a nuestro derecho las Sociedades Mercantiles tienen personalidad jurídica. (1).

Con base en lo anterior, a semejanza de las personas físicas, las personas morales tienen atributos: capacidad patrimonial; nombre; domicilio y nacionalidad. (2)

En consideración al tema total del presente estudio, de los atributos o efectos de la personalidad jurídica reconocida por el derecho a las sociedades mercantiles sólo se tratará el del patrimonio.

El Dr. Mantilla Molina en forma sencilla expresa que "el -

capital social es un número que tiene un significado jurídico y contable, pero que no tiene un correlato económico; pueden haberse perdido casi todos los bienes de la sociedad, y, sin embargo, el capital social permanece invariable, para decirnos a cuanto ascendieron las aportaciones de los socios, y para determinar el contenido de diversas normas jurídicas, que posteriormente se estudiarán" (3); por su parte el Dr. Rodríguez Rodríguez, refiriéndose al concepto del capital social de la sociedad anónima, dice que es el "..... concepto aritmético equivalente a la suma del valor nominal de las acciones en que está dividido" (4).

B) CAPITAL Y PATRIMONIO.

Siguiendo a Mantilla Molina (5) podemos decir que el Patrimonio Social "Es el conjunto de bienes y derechos de la sociedad, con deducción de sus obligaciones; se forma inicialmente con el conjunto de aportaciones de los socios".

El patrimonio social debe distinguirse del capital social aunque originalmente coincidan.

Aunque inicialmente el capital social nominal representa aritméticamente el importe de la suma de valores que cons-

tituye el patrimonio social, durante la vida de la sociedad puede surgir la desigualdad como consecuencia de su funcionamiento. El capital social puede ser mayor que el patrimonio social como resultado de las pérdidas y también el capital social podrá ser menor que el patrimonio social debido a la prosperidad de la empresa. (6)

C) MISION DEL CAPITAL SOCIAL.

El Capital Social, desde el punto de vista económico y jurídico, es un elemento primordial o factor esencial de la sociedad mercantil. (7)

En la sociedad mercantil "Es indispensable la existencia de un capital formado por aportaciones de cosas susceptibles de una evaluación económica. El artículo 6o. fracciones V y VI L.G.S.M., determina como requisitos esenciales de la escritura constitutiva de toda sociedad mercantil, la mención del capital social y la de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes". (8) Las sociedades mercantiles, a diferencia de las sociedades civiles, suponen esencialmente la existencia de un patrimonio, como un instrumento para la consecución de la finalidad que se persigue y, además; como una masa de responsabilidad para sus acreedores; por ello, las sociedades mercantiles se disuel

ven, entre otras causas, por la pérdida de las dos terceras partes del capital social y que prueba la estricta necesidad de que exista un patrimonio para que pueda haber sociedad mercantil. (9)

En relación a la misión del capital social además de ser en parte el instrumento para lograr el objeto social, es una masa de responsabilidad y garantía para los terceros que contraten con la sociedad y para con los mismos socios(10) y en especial en aquellas sociedades como en la anónima, en la que los socios concurren con una responsabilidad limitada. (11)

"...El capital social constituye un instrumento jurídico-destinado a la tutela de los terceros,... mientras que los socios son libres de determinar cual debe ser el capital social, la integridad de éste se tutela por la ley, independientemente de la voluntad de los socios" (12)

D) PRINCIPIOS QUE RIGEN EL CAPITAL SOCIAL.

Rodríguez Rodríguez J. señala los siguientes principios: - Principio de la garantía del capital, que se divide en cuatro subprincipios, que son: el de la unidad del capital, que consiste en que cada sociedad debe tener un capital y sólo uno, que constituye una unidad económica y jurídica;-

el de la determinación del capital, que significa que toda sociedad debe manifestar la cuantía exacta de su capital y su situación, es decir, si todo él ha sido exhibido o si sólo lo fue parcialmente; el de la estabilidad, (al que Iturbide Galindo A., le llama principio de la intangibilidad del capital) que significa que el capital social representa una cifra de valor constante, que acompaña a la sociedad desde su cuna hasta el sepulcro, a no ser que fue alterada a través del cumplimiento de una serie de requisitos que la ley establece; el del capital mínimo. En el derecho mexicano las sociedades anónimas deben constituirse con un capital mínimo de 25,000.00 pesos, de acuerdo a la fracción II del artículo 89 de la L.G.S.M.,(13)

En relación a la sociedad de capital variable deberá tener un capital mínimo que estará representado por acciones sin derecho a retiro. (14)

El capital social de toda sociedad mercantil debe ser real de donde resulta el principio de la realidad del capital social, lo que se traduce en la constitución real del capital por la aportación efectiva de una parte del capital suscrito y por la seguridad de su cobro en aquella parte en que aún no haya sido desembolsado.(15)

Existe otro principio relativo a la protección del capital social, consagrado en la ley y que menciona el Dr. Joaquín Rodríguez, que es el de restricción de los derechos de los fundadores, que son normas destinadas a evitar que los fundadores de cualquier sociedad mercantil defrauden los legítimos intereses de los accionistas y de los acreedores, mediante la reserva en forma abusiva de determinados derechos. Opina el tratadista mencionado que, "Los esfuerzos de promoción, las actividades realizadas por aquellas personas que toman en sus manos el trabajo de organizar y poner en marcha la empresa, deben ser recompensados; pero una cosa es la retribución de ese trabajo y otra el abuso a cuenta del mismo". (16)

La L.G.S.M., de acuerdo al artículo 103, señala como fundadores de una sociedad anónima a los que suscriben el contrato constitutivo social y además a los que redactan y depositan en el Registro Público de Comercio el programa que contendrá el proyecto de los estatutos.

En lo relativo a la restricción de los derechos de los fundadores la ley señala las siguientes prohibiciones:

El artículo 102 de la L.G.S.M. establece la prohibición de que los fundadores realicen operaciones que no sean las es

trictamente necesarias para constituir la sociedad. (17)

Otra prohibición la establece el artículo 104 de la precitada ley, teniendo por nulo y no puesto todo pacto o estipulación de los fundadores que contemple un beneficio a su favor en ningún momento y que en consecuencia menoscabe el patrimonio social. (18)

Por otro lado la ley (artículo 105) concede una participación a los fundadores en las utilidades, pero limita dicha participación en las utilidades anuales al diez por ciento de las mismas, nunca excediendo un período máximo de diez años a partir de la fecha de la constitución de la sociedad, siempre y cuando se hayan pagado con anterioridad a los accionistas un dividendo del cinco por ciento sobre el valor exhibido de sus acciones. (19)

La participación anual en las utilidades que se conceda en su caso a los fundadores, mencionada con anterioridad, se acreditará en títulos especiales que emitirá la sociedad - llamados bonos de fundador (20), los cuales nunca se computarán en el capital social, además los tenedores de dichos bonos no podrán participar en la disolución de la sociedad, ni en la administración de la misma. (21)

CITAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO I

(1) Cfr. Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, Ed. Andrade, S.A., Décimaquinta edición, México, 1986.

Artículo 25.- "Son personas morales:

III.- Las sociedades civiles o mercantiles;....."

Artículo 26.- "Las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto - de su institución".

Artículo 27.- "Las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos".

Ley General de Sociedades Mercantiles, "Código de Comercio y Leyes Complementarias", Ed. Porrúa, S.A., 45a. edición, - México, 1985.

Artículo 2o.- "Las sociedades mercantiles inscritas en el - Registro Público de Comercio, tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios....."

(2) Cfr. ROJINA VILLEGAS RAFAEL, "Derecho Civil Mexicano", T.

primero, Introducción y Personas, Ed. Antigua Librería Robre-
bredo, México, 1949, pág. 417; en el mismo sentido RODRI-
GUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN, "Tratado de Sociedades Mercantiles",
T. I, Ed. Porrúa, S.A., México, 1947, pág. 142, expresa -
que "La esencia de la personalidad jurídica consiste en la
capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones"; y ade-
lante agrega que se pueden distinguir dos aspectos como -
efectos principales de la personalidad: el poder ser suje-
tos de derecho y la existencia de un patrimonio autónomo;-
que las sociedades son personas jurídicas, significa que -
son sujetos de derecho, y esto, a su vez, supone que la so-
ciedad tiene un nombre con el cuál actúa en el mundo de -
los negocios; que la sociedad tiene un domicilio; que la -
sociedad tiene capacidad de goce, que en el derecho mexica-
no está limitada en función de la finalidad para la que se
constituyó; y la sociedad asume la calidad de comerciante-
y adquiere todos los derechos y obligaciones propios de -
ese estado. Que la posibilidad de que las sociedades ten-
gan un patrimonio propio no es sino un simple aspecto de -
la capacidad jurídica: capacidad para ser titular de dere-
chos y obligaciones; MANTILLA MOLINA ROBERTO, Ob. cit., -
pág. 195, dice "254. Consecuencia de la personalidad.- -
Las personas-sociedades tienen capacidad jurídica, un pa-
trimonio, un nombre, un domicilio y una nacionalidad..."

- (3) MANTILLA MOLINA ROBERTO L., "Derecho Mercantil", Ed. Porrúa, S.A., México, 1975, Décimaquinta edición, pág. 198.
- (4) RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN, Ob. cit., T. I, pág. 291.
- (5) Ob. cit., pág. 195; ITURBIDE GALINDO ADRIAN R., "El Régimen de Capital Variable en las Sociedades Anónimas", México, 1985, 1a. edición, pág. 26 "..... El capital contable o patrimonio social, en cambio, es el conjunto de bienes y derechos de la sociedad, con reducción de sus obligaciones, su activo menos su pasivo;..."; en el mismo sentido RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN, Ob. cit, T. I, pág. 294 - -- "Frente al capital social como cifra aritmética, debe situarse el patrimonio social como suma de valores, como conjunto de todas las relaciones jurídicas de la que es titular la sociedad, relaciones de propiedad, de goce, de garantía, sobre bienes corporales e incorporales; GARRIGUES-JOAQUIN, "Tratado de Derecho Mercantil", T. I, vol. 2o., - pág. 634 "A). Patrimonio es el conjunto efectivo de bienes de la sociedad en un momento determinado. Su cuantía está sometida a las mismas oscilaciones que el patrimonio de una persona individual: aumenta si la industria es próspera, disminuye en el caso contrario. En el primer caso, el patrimonio activo (dinero, cosas, derechos, valores económicos de toda clase) será superior al pasivo (deudas). -

En el segundo caso ocurrirá lo contrario".

(6) Cfr. RODRIGUEZ RODRIGUEZ J., Ob. cit., T. I, págs 294 y 295; MANTILLA MOLINA R., Ob. cit, pág. 198; ITURBIDE GALINDO A., Ob. cit., pág. 25; GARRIGUES JOAQUIN, Ob. cit., T. I, vol. 2o., pág. 634.

(7) Cfr. GARO F. J., "Sociedades Anónimas", T. I, Buenos Aires, 1954, pág. 133.

(8) RODRIGUEZ RODRIGUEZ J., Ob. cit., T. I, pág. 40 y 41.

(9) Cfr. RODRIGUEZ RODRIGUEZ J., Ob. cit., T. I, pág. 41.

(10) Cfr. GARRIGUES J., Ob. cit., T. I, vol. 2o., pág. 634 infine y 635. "... El capital social representa una cifra de garantía para los acreedores sociales y para los futuros - accionistas"; RODRIGUEZ RODRIGUEZ J., Ob. cit., T. I, pág. 297, "El capital social como valor nominal es la cifra límite de aportación y de responsabilidad de los socios frente a terceros, y como patrimonio es la garantía que la sociedad ofrece a sus acreedores y a sus accionistas"; ITURBIDE GALINDO A., Ob. cit., pág. 26 "El capital social constituye la única garantía que tiene los socios mismos y los terceros en sus relaciones con la sociedad".

- (11)Cfr. ITURBIDE GALINDO A., Ob. cit., pág. 26; GARRIGUES J. ; Ob. cit., T. I, vol. 2o., pág. 635 "Los acreedores no tienen acceso directo al patrimonio de los accionistas, sólo cuentan como objeto de ejecución con el patrimonio de la sociedad".
- (12)ASCARELLI TULLIO, "Principios y Problemas de las Sociedades Anónimas", (Traducción de René Cacheaux Sanabria), Ed. Imprenta Universitaria, México, 1951, pág. 34.
- (13)RODRIGUEZ RODRIGUEZ J., Ob. cit., T. I, págs. 299, 300, 301, 302 y 303; en el mismo sentido ITURBIDE GALINDO A., Ob. cit., págs. 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32 y 33.
- (14)Cfr. RODRIGUEZ RODRIGUEZ J., Ob. cit., T. I, pág. 304.
- (15)Cfr. RODRIGUEZ RODRIGUEZ J., Ob. cit., T. I, pág. 304; - - ITURBIDE GALINDO A., Ob. cit., págs. 27 y 28 "... El capital social debe suscribirse y pagarse y así, entendemos que el capital suscrito es igual a la suma de las promesas hechas por los suscriptores o de las obligaciones de aportar a la sociedad bienes en numerario o en especie, mientras que el capital exhibido o pagado es igual a la suma de los valores efectivamente ingresados en las cajas de la sociedad en cumplimiento de las promesas derivadas de la -

suscripción".

(16)Ob. cit., T. I, México, 1947, pág. 306.

(17)Cfr. "Toda operación hecha por los fundadores de una sociedad anónima, con excepción de las necesarias para constituir la será nula con respecto a la misma, si no fuere aprobada por la asamblea general".

(18)Cfr. "Los fundadores no pueden estipular a su favor ningún beneficio que menoscabe el capital social, ni en el acto de la constitución ni para lo porvenir. Todo pacto en contrario es nulo".

(19)Cfr. "La participación concedida a los fundadores en las utilidades anuales no excederá del diez por ciento, ni podrá abarcar un período de más de diez años a partir de la constitución de la sociedad. Esta participación no podrá cubrirse sino después de haber pagado a los accionistas un dividendo del cinco por ciento sobre el valor exhibido de sus acciones".

(20)Cfr. Artículo 106 "Para acreditar la participación a que se refiere el artículo anterior, se expedirán títulos especiales denominados "bonos de fundador" sujetos a las disposi-

ciones de los artículos siguientes".

(21)Cfr. Artículo 107 "Los bonos de fundador no se computarán en el capital social, ni autorizarán a sus tenedores para participar en él a la disolución de la sociedad, ni para intervenir en su administración. Sólo confieren el derecho a percibir la participación en las utilidades que el bono exprese y por el tiempo en que se indique".

C A P I T U L O I I

MODIFICACIONES DEL CAPITAL SOCIAL

A) CONSIDERACIONES GENERALES.

Hay momentos en la vida de la sociedad en los que es necesario modificar la cifra del capital social, ya sea para aumentarlo o para reducirlo, de acuerdo a las necesidades y problemas de cada sociedad.

"No solo es aconsejable sino indispensable aumentar el capital para el mejor desarrollo de los fines sociales, ampliando las posibilidades de inversión de la empresa, mejorando su crédito o cubriendo pérdidas sufridas en tiempos pasados. Otras circunstancias en cambio conducen a la sociedad al camino contrario, o sea reducir su capital social; por ejemplo haciendo coincidir su valor nominal con su capital contable cuando éste se hubiere visto fuertemen

te reducido por pérdidas o reembolsando a los socios parte del capital que inicialmente calculado como suficiente, resultará posteriormente excesivo y en consecuencia oneroso para el desarrollo de sus fines sociales". (22)

Opina el tratadista italiano Ascarelli que, "El capital social es fijo, ésto es, la modificación de su cuantía sólo se puede efectuar en virtud de una reforma estatutaria, - por tanto, las variaciones del capital social, constituyen una modificación estatutaria, y que queda sujeta a las normas concernientes a tales modificaciones y a la publicidad relativa". (23)

De acuerdo a lo anterior, se observa que modificar el capital de una sociedad no es un acto simple, por el contrario, se requiere del cumplimiento de una serie de normas establecidas por la ley, además de que cualquier modificación a la cantidad establecida como capital social no será por capricho de uno o varios accionistas sino que deberá hacerse de acuerdo a las condiciones generales que así lo requiera la empresa."

"Tanto el aumento como la reducción del capital son dos - operaciones de la mayor trascendencia para la vida de la - entidad, pues además de implicar la modificación de dos -

factores esenciales de la misma -el capital propiamente dicho y el número de accionistas-, significa una mayor o menor magnitud, respectivamente, de la prenda a ofrecerse a los acreedores sociales". (24)

Lo antes señalado se justifica, como quedó establecido en el capítulo anterior, que entre otros, el capital social tiene como misión, garantizar las operaciones que contrate la sociedad con terceros e incluso las aportaciones de los mismos socios.⁴ Es por ello que tratándose de sociedades mercantiles de capital fijo, éstas tienen que cumplir determinados requisitos para realizar cualquier modificación al capital social, como son la celebración de una asamblea extraordinaria de accionistas (artículo 182, fracción III de la L.G.S.M.) y la publicidad que debe hacerse de tal modificación en el periódico oficial del domicilio social para que, en el caso de que alguien resultare afectado, especialmente los acreedores de la sociedad, se opusieren a dicho acuerdo.⁴

La afirmación de Brunetti en cuanto a que, "Las más importantes modificaciones del acto constitutivo son las que se refieren a la composición del capital social por su influencia inmediata sobre el patrimonio de garantía de los acreedores" (25), subraya la importancia del cumplimiento-

de los requisitos legales para realizar este tipo de modificaciones.

B) AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL.

En todas las sociedades anónimas, salvo que se adopte la modalidad de capital variable, la cantidad establecida como capital es fija, como ya lo vimos anteriormente, y por ende la obligación de aportación del accionista es limitada, es por ello que "El incremento del patrimonio de la sociedad a través del aumento de su capital social, responde siempre a la necesidad de ampliar la potencialidad económica de la sociedad". (26)

Existen diversas formas por las que se puede aumentar el capital de una sociedad, y que se enunciarán en el apartado "E" del presente capítulo, de las cuales puede resultar que el aumento sea real o contable (nominal), en este último caso el patrimonio es superior a la cifra establecida como capital social, y el aumento de éste se realiza, sin necesidad de que ingresen a la sociedad nuevas aportaciones.

"El aumento del capital social no implica necesariamente el aumento del patrimonio social, en una sociedad que

ha operado con buen éxito, el capital contable (patrimonio) lo forman el capital social, más la reserva legal y las estatutarias, más las utilidades obtenidas y no repartidas. Se comprende entonces que puede aumentarse la cifra del capital social si se les dá este carácter a las reservas de la sociedad; o, en los casos y con los requisitos necesarios, a las utilidades por repartir. Se trata de una actuación puramente contable y jurídica, sin ningún equivalente económico". (27)

Mantilla Molina agrega "Las utilidades pueden convertirse en capital social, sólo cuando la escritura social haya facultado a la asamblea para disponer libremente de ellas, o mediante acuerdo unánime de los socios". (28)

Opina Brunetti, "cuando una sociedad aumenta su capital quiere decir que necesita de mayores medios económicos para asegurar el resultado útil de su empresa. Para obtenerlos tiene a su disposición dos caminos: emitir obligaciones o elevar la suma de su capital. El primero presenta el inconveniente de gravar el pasivo (sic) (en mi opinión lo que se gravaría sería el activo) con un débito considerable que pesa sobre los dividendos futuros y que puede hacer bajar la cotización de las acciones, mientras que el segundo, haciendo afluir a la sociedad masas considera-

bles de dinero líquido, permite llevar a cabo unos más vastos planes de empresa y mejorar las perspectivas de beneficios". (29)

Al respecto escribe el tratadista francés Ripert (30), que los aumentos del capital en una sociedad obedecen a distintas situaciones:

1.- Una sociedad que necesite capitales, por encontrarse en una situación difícil, aumenta su capital, sabiendo que no podrá fácilmente emitir un empréstito a base de obligaciones.....

2.- Una sociedad próspera que desea desarrollar sus negocios..... encontrará fácilmente el dinero solicitándolo de sus accionistas.....

3.- Una sociedad cuyo activo es considerable, consolida su situación y aumenta su crédito incorporando reservas al capital social, especialmente las que proceden de la revaluación del balance".

C) ACUERDOS Y REQUISITOS.

En virtud del principio de la estabilidad y realidad del capital, como se ha mencionado anteriormente, cualquier mo

dificación al capital social en las sociedades de capital-fijo debe cumplir ciertos requisitos, en el supuesto de aumento son los siguientes:

1.º- El órgano competente deberá cumplir con el requisito de publicidad de la convocatoria a los accionistas para la celebración de una asamblea extraordinaria (31), la que deberá contener en el orden del día el aumento del capital social. (32)

En la práctica muchas sociedades no cumplen con estos requisitos, lo que no representa problema alguno si en el momento de las votaciones estuvo representada la totalidad de las acciones en que se divide el capital social, de acuerdo a lo establecido por el artículo 188 de la L.G.S.M. (33)

2.º- El acuerdo en el sentido de aumento del capital social, debe ser tomado por una asamblea general extraordinaria de accionistas (34), la que deberá reunir un quórum de por lo menos las tres cuartas partes del capital social, a menos que el contrato social establezca una mayoría más elevada en primera convocatoria, y dicho acuerdo deberá ser tomado por el voto favorable de por lo menos el cincuenta por ciento de las acciones que representan el capital social.

3.º.- Es necesario que se cumpla con el requisito de suscripción íntegra del aumento.

4.º.- Aparejado con el requisito anterior se debe exhibir, - por lo menos, el veinte por ciento de las acciones que hayan de pagarse en numerario, así como el valor íntegro de las acciones que se han de pagar en especie.

El acuerdo de aumento del capital social lleva como consecuencia, ~~la emisión de nuevas acciones o el aumento del va~~ lor nominal de las antiguas acciones.

5.º.- En el supuesto de que el aumento lleva implícita la - emisión de nuevas acciones, salvo en el caso de fusión por absorción, conforme al artículo 132 de la L.G.S.M., se debe rá dar la publicidad respectiva del acuerdo que decreta el aumento para que los accionistas que así lo deseen, ejerzan el derecho de adquisición preferente para suscribir - las nuevas acciones.

6.º.- La ley establece en el artículo 133 la prohibición de emitir nuevas acciones, hasta en tanto las que se emitieron con anterioridad no hayan sido liberadas íntegramente, la razón de esta prohibición es la de que los terceros que contraten con la sociedad no resulte engañados, evitando -

la creación de una cifra establecida como capital social - que difícilmente podrá exhibirse.

Respecto a la prohibición antes señalada, cuyo requisito - deben cumplir las sociedades en el supuesto de aumento, - cuando la ejecución del acuerdo lleve implícita la emisión de nuevas acciones, se estudiará más ampliamente y se verá que no es de aplicación general el artículo 133 de la - - L.G.S.M. (ver inciso D). Capítulo II del presente trabajo).

7.- En el supuesto de aumento de capital social por aportaciones de socios de nuevo ingreso a la sociedad, si se opta por la suscripción pública se deberá cumplir con el requisito establecido en el artículo 92 de la L.G.S.M. (35), - aplicado por analogía y además "La sociedad emisora deberá inscribir sus acciones en el Registro Nacional de Valores- e Intermediarios". (36)

8.- En los supuestos de aumento del capital social por capitalización de utilidades y por capitalización de dividendos, es necesario que previamente la asamblea ordinaria de accionistas, haya aprobado los estados financieros que - - arrojen dichas utilidades (37), que la asamblea ordinaria- decrete el dividendo a repartir y solo hasta entonces la -

asamblea extraordinaria podrá tomar el acuerdo de capitalizar las utilidades o los dividendos.

9.- En el supuesto de aumento del capital social por revaluación de activos, especialmente tratándose de bienes que integran el activo fijo, es necesario para que se capitalicen que la revaluación haya sido conocida en los estados financieros aprobados por la asamblea ordinaria y que el avalúo de los bienes a capitalizar sea realizado por "valuadores independientes autorizados por la Comisión Nacional de Valores, Instituciones de Crédito o Corredores Públicos Titulados", de acuerdo a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 116 de la L.G.S.M.

El cumplimiento de esta norma, evita que se cometan fraudes a los terceros, en virtud de un avalúo practicado por una persona deshonesta, en el que resultan inflados los valores reales de los bienes del activo que se capitalizarán.

10.- Todos los acuerdos de aumento del capital social deben ser tomados por una asamblea extraordinaria de accionistas, como ya lo vimos, y de acuerdo a la ley (38) todas las actas que se levanten con motivo de la celebración de una asamblea extraordinaria deben protocolizarse ante notario público e inscribirse en el Registro Público de Comer-

cio del domicilio social.

11.- Otro requisito indispensable, es el permiso que otorga la Secretaría de Relaciones Exteriores para poder hacer cualquier reforma de los Estatutos Sociales.

12.- Para proceder a la inscripción de la escritura de modificación en el Registro Público de Comercio, deberá obtenerse previamente la calificación judicial en los términos de los artículos 260 y siguientes de la L.G.S.M.

D) EL ARTICULO 133 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES NO ES DE APLICACION GENERAL.

El artículo 133 de la L.G.S.M., dispone: "No podrán emitirse nuevas acciones, sino hasta que las precedentes hayan sido íntegramente pagadas".

En los términos literales del precepto transcrito podría estimarse que es de aplicación absoluta; empero, se tratará de llegar a la conclusión de que esta prohibición tiene excepciones y, por ende, que nuestro legislador debe reformar la norma para ajustarla a la realidad existente. -

(39)

Para la consecución del propósito anterior, a continuación

se expondrán las opiniones de diversos tratadistas sobre -
la materia agrupándolas en el orden siguiente:

I.- APOYANDO LA PROHIBICION O SU APLICACION ABSOLUTA.

II.- ESTABLECIENDO EXCEPCIONES A SU APLICACION.

I.- APOYANDO LA PROHIBICION O SU APLICACION ABSOLUTA.

El Dr. Joaquín Rodríguez Rodríguez, justifica la prohibi-
ción contenida en el artículo 133 de la L.G.S.M. diciendo-
que "... Si el aumento de capital se hace porque la socie-
dad lo necesita, es natural que antes de acudir a fuentes-
extrañas se exija el cumplimiento total de las aportacio-
nes de los que ya son socios" ("Curso de Derecho Mercantil",
T.º I, Ed. Porrúa, S.A., México, 1952, pág. 138).

El Lic.º Mario Herrera expresa que "... La finalidad del -
precepto es, por una parte, impedir la entrada a la socie-
dad de nuevos accionistas en tanto que los antiguos no ha-
yan cumplido íntegramente su compromiso de aportación; y -
por otra, la de poner coto a los aumentos caprichosos de -
capital social obligando así a la sociedad a proceder con-
tino en un asunto de tanta importancia como es el de la -
constitución efectiva del mismo ("Acciones de Sociedades -
Industriales y Comerciales", Ed.º Cultura, T.G., S.A., Méxi-

co, D.F., 1965, pág. 20).

El Dr. Luis Muñoz, manifiesta que "Los accionistas son deudores del valor nominal de la acción. Si la sociedad se encuentra en buena situación económica, los accionistas lógicamente están interesados en hacer efectiva la totalidad de su aportación; si, por el contrario, la empresa se halla en mala situación económica, la emisión de nuevas acciones sin que hayan sido íntegramente pagadas las ya emitidas, constituyen un engaño a terceros..." ("Derecho Mercantil", T. IV, Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, - D.F., 1974, pág. 409).

El profesor italiano César Vivante expone sobre el tema que "Las acciones anteriormente suscritas deben ser completamente pagadas (artículo 131)". Esto es por lo general oportuno, al menos en las empresas en que el capital sirve para la explotación de la hacienda, porque no se puede sentir la necesidad de aumentarlo mientras todavía se pueda disponer de una parte del capital suscrito originariamente. Pero esta regla puede servir de obstáculo al desenvolvimiento de las sociedades en las cuales el capital llena simplemente una función de garantía, como en los Bancos y en las Compañías de seguros". ("Tratado de Derecho Mercantil", versión española de la quinta edición italiana, -

vol. II, Ed. Reus, S.A., Madrid, 1932, pág. 262).

El tratadista italiano Antonio Brunetti dice respecto al tema que "Naturalmente, si la sociedad va en busca de nuevo capital no podrá hacerlo hasta que el originariamente suscrito haya sido completamente desembolsado: de aquí la regla del artículo 2438 por la que no se pueden emitir nuevas acciones hasta que las ya emitidas hayan sido enteramente liberadas" (Ob. cit., T. II, págs. 643 y 644).

El doctor español Pompeyo Claret y Martí sostiene que "Para todo aumento de capital debe tenerse en cuenta lo prescrito en el artículo 165 del Código de Comercio español, -siendo nulo cualquier pacto en contrario." El artículo 165 prescribe que no podrán emitirse nuevas series de acciones mientras no se haya hecho el desembolso total de la serie o series emitidas anteriormente.

La operación de aumento de capital no debe implicar perjuicio alguno para tercero" ("Sociedades Anónimas", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1944, pág. 127).

R. Gay de Montellá, escribe "... En efecto, el Código de Comercio, velando para la efectividad de la garantía del nuevo capital, establece en su artículo 165, que no podrán-

emitirse nuevas series de acciones, mientras no se haya hecho el desembolso total de la serie o series emitidas anteriormente, siendo nulo y de ningún valor cualquier pacto - en contrario contenido en la escritura de constitución de compañía, en los Estatutos o Reglamentos, o en cualquier - acuerdo tomado en Junta general de accionistas". ("Tratado Práctico de Sociedades Mercantiles". Bosch, Casa Editorial, T. II, Barcelona, 1947, págs. 320 y 321)."

Walter Frisch Philipp, en su obra "La Sociedad Anónima Mexicana", dice: "Según el artículo 133, L.S.M.," No podrán emitirse nuevas acciones, sino hasta que las precedentes - hayan sido íntegramente pagadas", disposición que en forma análoga aplicamos también a los casos de aumento de capital social por medio de aumento del valor nominal de las - acciones ya emitidas. El precepto citado es de tipo imperativo, razón por la cual no permite en contraposición de los artículos 149, Oe. A.G., y 182, D.A.G.-excepción alguna ni siquiera en los casos en que se trate de cantidades relativa o absolutamente pequeñas de aportaciones no exhibidas. No tienen relevancia en el sentido del artículo 133, L.S.M., las circunstancias de que se trate de aportaciones ya vencidas o no, o de que la sociedad anónima haya tomado o no, todas las medidas necesarias y convenientes para el cobro de aportaciones vencidas. La disposición es aplicable a -

acciones que hayan sido emitidas y a acciones en tesorería, dado que las dos son "precedentes". Cualquier aportación - aún no exhibida, por cualquier motivo, se opone a un aumento de capital social en el sentido del artículo 133, L.S.M., como lo muestra el texto claro de este precepto en su comparación con los artículos 149, Oe.A.G., y 182, D.A.G. La opinión contraria de Rodríguez y Rodríguez no nos parece -- compatible con el texto del artículo 133, L.S.M. Si exis-- ten aportaciones no exhibidas como obstáculo a un aumento - del capital social, la sociedad anónima debe reducir pre-- viamente, el capital social, según el artículo 121, L.S.M., si se trata de aportaciones vencidas, o proceder según los artículos 9, 135, L.S.M., si se trata de aportaciones aún - no vencidas". (Ed. Porrúa, S.A., México, 1979, págs. 294 y- 295).

II. ESTABLECIENDO EXCEPCIONES A SU APLICACION.

El licenciado Roberto Guajardo Suárez sobre el particular - dice "... Si la sociedad necesita numerario no será preci- so que se recurra a un aumento de capital cuando puede dis- poner del que necesite, con sólo exigir de los accionistas, el pago de sus aportaciones iniciales. Si después de recau- dar estos fondos el capital continúa siendo insuficiente -- para cubrir las necesidades de la empresa, será lícito re- currir a una ampliación del fondo social.

Desde el punto de vista de los acreedores o terceros no es posible justificar esta disposición. El capital sirve de garantía a los acreedores, conforme éste se amplíe aumentará la garantía, sus derechos, por lo tanto, se verán más eficazmente protegidos. La razón de la disposición la descubrimos en el interés que la ley tiene de proteger a los accionistas mismos, los cuales sufren por regla general, serios perjuicios al decretarse una elevación del fondo -- capital.

De los diversos sistemas que pueden ser utilizados para realizar una ampliación de capital, la Ley de Sociedades sólo prevé y reglamenta el que se refiere a la emisión de acciones, siendo precisamente, con relación a esa nueva emisión que la ley establece, el principio arriba mencionado. En el artículo 133, se dice: "No podrán emitirse nuevas acciones, sino hasta que las precedentes hayan sido íntegramente pagadas".

Al no reglamentar la ley otros sistemas, surge el problema de averiguar si la prohibición del artículo 133 es aplicable a cualquier modificación del capital o sólo al caso previsto en el mencionado artículo. A primera vista se ocurre contestar que la prohibición es absoluta; la ley la establece en relación a la emisión de nuevas acciones, por -

ser éste el único sistema que reglamenta, sin embargo cualquier aumento del capital que se pretenda realizar y cualquiera que sea la forma que se utilice, debe llenar el requisito antes mencionado, del total desembolso del capital primitivo.

No obstante lo dicho con anterioridad un estudio más cuidadoso, nos conduce a aceptar conclusiones distintas. Como se recordará el aumento del capital puede ser nominal o real. Nominal, cuando la sociedad no enriquece su patrimonio con nuevos elementos, sino que es solamente la cifra que representa "capital acciones" la que se modifica. En cambio, cuando el aumento es efectivo, la sociedad recibe elementos extraños que antes de verificarse la operación no pertenecían al patrimonio social. Ahora bien, la prohibición de suscribir nuevo capital mientras el anteriormente suscrito no haya sido pagado en su integridad, tiene como base, la convicción de que la sociedad no necesita recurrir a nuevas aportaciones, porque en su patrimonio tiene el capital que necesita; con sólo obligar a los accionistas al desembolso de lo que adeudan a la sociedad, podrá disponer de los bienes que está necesitando. Se está refiriendo la ley, únicamente al caso de que el patrimonio se acreciente con la adquisición de elementos económicos nuevos, es decir, al aumento real, pero no al aumento nominal, que sólo

tiene por consecuencia aumentar el capital como cifra de garantía, es decir, dotar a la sociedad de un crédito mayor, o bien eliminar una parte o la totalidad de su pasivo.

De los sistemas que pueden ser utilizado para modificar el capital sólo tres se traducen en un aumento efectivo; son estos: la emisión de nuevas acciones, el aumento del valor nominal de la acción, y la fusión con otra sociedad. Es respecto a estos sistemas que rige el principio que venimos estudiando. Por lo que se refiere a las otras formas de aumento, o sea la transformación en acciones de las obligaciones o de las partes de fundador y a la capitalización de las reservas, que no son sino aumentos nominales del capital, la prohibición del artículo 133 no puede ser aplicada, por lo tanto la sociedad podrá proceder a realizar una ampliación de su capital sin preocuparse de si las acciones emitidas con anterioridad se encuentran o no liberadas". ("Aumento del Capital Social en las Sociedades Anónimas", Jus Revista de Derecho y Ciencias Sociales, México, D.F., 1941, págs. 78 y siguientes).

El Dr. Joaquín Rodríguez Rodríguez en su "Tratado de Sociedades Mercantiles" expresa lo siguiente: "El precepto general que encontramos sobre esta materia está contenido en el artículo 133 L.G.S.M., con arreglo al cual no podrán emitirse nuevas acciones sino hasta que las precedentes ha

yan sido íntegramente pagadas. El precepto tiene paralelo en otras legislaciones y a nuestro juicio es de interpretación bien sencilla. No tiene valor general, es decir, no es aplicable a todas las hipótesis de aumento de capital - por emisión de nuevas acciones por lo que será posible un aumento de capital por cualquiera otra de las formas que - la práctica o la ley consideran, aunque no esté totalmente desembolsado el importe de las acciones existentes.

El acuerdo de emisión podría válidamente adoptarse, aún no desembolsado el monto del importe total de las anteriores, en tanto que su ejecución no se realice, sino después del desembolso total de las mismas.

El desembolso se refiere al exigido por la sociedad. Puede suceder que haya acciones pendientes de desembolsar contra los titulares de las cuales la sociedad haya recurrido con los medios que la ley le concede para obtener el pago; en este caso no es aplicable la prohibición que comentamos...

La razón de la disposición no es otra que la de impedir la entrada en la sociedad de nuevos elementos en tanto que - los antiguos no hayan cumplido íntegramente con su obligación de aportación. La existencia de accionistas morosos - no es obstáculo a una nueva emisión, en tanto que la sociedad esté exigiendo los derechos que le corresponden frente

a aquéllos o los haya exigido en balde; en este caso, debe procederse previamente a la reducción que la ley exige" - (T. II, Ed. Porrúa, S.A., México, 1947, págs. 207 y siguientes).

El Dr. Roberto Mantilla Molina, en la cátedra sobre el tema "Las acciones de las Sociedades Mercantiles", impartida en la Escuela Nacional de Jurisprudencia para el Doctorado en Derecho en el año de 1951, expuso lo siguiente: "Creación excesiva, cuando se acuerde la creación de acciones sin que las anteriormente creadas estén totalmente pagadas, es decir, con violación del art. 133 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. En el fondo se trata de que el acuerdo está viciado, no por vicios de integración de la asamblea, sino porque el acuerdo es contrario a la ley, en violación del artículo 133 citado. Nada más que aquí se plantea este problema: ¿Quién puede impugnar este acuerdo? En los casos de vicios de convocatoria, de quórum, etc., los accionistas. El accionista que no fue debidamente notificado, por ejemplo, puede impugnar el acuerdo y provocar su anulación, pero aquí suponemos que es una asamblea legalmente reunida y lícita en su celebración; entonces, ¿Cualquier accionista puede considerar que tiene interés jurídico en impugnar este acuerdo?. ¿En qué lo perjudica al accionista?. La norma se da en protección de terceros,

para evitar que sufran engaño con un aumento de capital - que no podrá reunirse, pero nunca en protección de los accionistas. Resulta dudoso que el accionista pueda impugnar el acuerdo. Los terceros sólo en el caso de que sufran un perjuicio concreto. El tercero tendrá que demostrar que existe el perjuicio, para impugnar el acuerdo, lo cual sería muy difícil que llegase a suceder. ¿Quiere decir que la violación legal podría realizarse sin consecuencias prácticas?. Quizá habría lugar a exigir responsabilidad a los administradores de la sociedad, por parte de los terceros a quienes se causara perjuicio y también por parte de los suscriptores de las nuevas acciones, porque al hacerlo contaban con la regularidad del acuerdo; los terceros acreedores de la sociedad, también podrían exigir la responsabilidad a los administradores, en la medida del perjuicio que sufran".

El catedrático de la Universidad de Madrid, Joaquín Garrigues, dice sobre el tema a estudio: "El artículo 165 del C. de c. -único que trata de la emisión de nuevas acciones en los aumentos de capital -formula una prohibición clásica en el Derecho de las sociedades anónimas: no podrán emitirse nuevas series de acciones mientras no se haya hecho el desembolso total de acciones o series emitidas anteriormente. El fundamento de esta prohibición (común a

otros ordenamientos legales, v.gr., art. 131 del C. de c. italiano; art. 278 del C. de c. alemán) es puramente económico: cuando hay dividendos pasivos pendientes de cobro, sin necesidad de acudir a una nueva demanda de capital puede la sociedad pedir a los accionistas deudores el desembolso del capital suscrito. El legislador ha tenido aquí presente el aspecto del capital social como cifra que se corresponde o debe corresponderse con un conjunto efectivo de valores patrimoniales, que sirven para la explotación del negocio. Pero no puede desconocerse que, en otro aspecto, el capital cumple una función de garantía frente a los acreedores sociales. Por eso, desde el punto de vista jurídico, el acuerdo de aumentar el capital es perfectamente admisible, aún cuando no esté desembolsando el capital suscrito. Si la esencia del capital social es ofrecer a los acreedores una cifra mínima de garantía, todo aumento de capital redúnda en beneficio de los acreedores. Más el legislador considera en este caso el capital exclusivamente como patrimonio de explotación del negocio, y, por motivos puramente económicos, formula la prohibición del art. 165. (deseo de evitar la especulación de los antiguos accionistas cuando tienen un derecho de preferencia sobre las nuevas acciones; argumento de que una sociedad anónima necesitará aumentar su capital cuando no sean suficientes los medios previstos al constituirse la compañía). En cam-

bio, si se destaca la función del capital como cifra de garantía (tal como en las sociedades de seguros, por ejemplo), no hay reparo alguno para la elevación sin el previo desembolso del capital suscrito. Pero nuestro C. de c. no contiene ninguna excepción, ni a favor de las sociedades de - seguros, ni para el caso de que el capital que reste por - desembolsar represente una parte exigua en relación con el total capital de la sociedad. ("Tratado de Derecho Mercan- til", T. I, vol. 2o., Ed. Revista de Derecho Mercantil, Ma drid, 1947, págs. 650 y 651).

El jurista alemán Rodolfo Fischer, dice sobre el particu- lar: "No puede acordarse un aumento del capital social an- tes de que estén íntegramente desembolsadas las acciones - del capital social anterior. Tratándose de sociedades de- seguros, esta norma puede, sin embargo, ser derogada por - los estatutos; tampoco constituye una traba cuando sólo es una parte insignificante del capital la que se halla en - descubierto. Ni es aplicable tampoco, en los casos de fu- sión, a la sociedad absorbente ("Las Sociedades Anónimas- su Régimen Jurídico", traducción del alemán por W. Rocés, - Ed. Reus, S.A., Madrid, 1934, págs. 408 y 409).

El abogado argentino Dionisio Petriella, en su obra "La So- ciedad Anónima en las Legislaciones Italiana y Argentina",

dice "Este principio (no se pueden emitir nuevas acciones-hasta que las emitidas no hayan sido completamente liberadas) contrasta con la libertad de nuestro Código, por el cual no sólomente se pueden emitir nuevas acciones sin haber liberado las anteriores, sino que se pueden emitir nuevas series de acciones, sin necesidad de cumplir con los requisitos legales exigidos para las reformas estatutarias, cuando los fundadores, en el acto constitutivo, han tenido la precaución de "autorizar" más capital del que podrían lanzar a la suscripción inmediata, valiéndose de la división en series admitidas por el artículo 318 incs. 2o. y 3o." (Ed. Corinto, Buenos Aires, 1944, pág. 122).

Georges Ripert en su "Tratado Elemental de Derecho Comercial", expresa: "Para que la sociedad pueda aumentar su capital social, se requiere que el antiguo haya sido completamente integrado. Esta regla, que es de simple buen criterio, es muy reciente. Debe interpretarse razonablemente y, por lo tanto, no debe aplicarse en el caso de que el aumento del capital provenga de nuevos aportes en especie". (Traducción de Felipe de Solá Cañizares, con la colaboración de Pedro G. San Martín, T. II, Tipográfica Editora Argentina, S.R.L., Buenos Aires, 1954, pág. 528).

Aún cuando las legislaciones de diversos países mantienen-

la prohibición para emitir nuevas acciones hasta que las -
precedentes hayan sido pagadas, en algunas naciones es po-
sible llevar al cabo el aumento en ausencia de precepto al-
guno (Suiza y Argentina) y porque la doctrina ha apoyado -
esta decisión.

Siguiendo a Guajardo, Rodríguez y Fischer, se estima que -
la prohibición de referencia no es de aplicación absoluta,
sino que la misma permite excepciones, por ejemplo, en el-
caso de aumento de capital por capitalización de reservas-
o de utilidades pendientes de aplicación, en el aumento de
capital por conversión de pasivos en acciones, en el aumen-
to de capital resultante en la sociedad absorbente con mo-
tivo de la fusión y, en opinión de Fischer, no debe consti-
tuir un obstáculo para el aumento, cuando sólo sea una par-
te insignificante del capital la que se adeude.

Algunos tratadistas como Muñoz, Claret y Mantilla sostie-
nen que la norma legal a estudio se da en protección de -
terceros; otros, como Garrigues y Guajardo, afirman que el
legislador tuvo el propósito de favorecer a los accionis-
tas; posición que nos parece correcta, porque compartimos-
el criterio de que todo aumento de capital redundará en bene-
ficio de los acreedores al aumentar la cifra mínima de ga-
rantía y que, en todo caso, la prohibición tiene el propó-

sito de proteger a los accionistas, de los perjuicios que les puede ocasionar un aumento de capital, impidiendo la entrada a la sociedad de nuevos socios, en tanto que los antiguos no hayan cumplido con su obligación de aportación.

Independientemente de que la norma legal de referencia se haya creado para proteger a los terceros, a los accionistas, o a ambos, los tratadistas coinciden en que la sociedad no necesita recurrir a nuevas aportaciones cuando en su patrimonio tiene el capital que necesita, con sólo obligar a los accionistas a pagar lo que adeudan y, por lo tanto, como lo expone Guajardo, si después de recaudar esos fondos, el capital continúa siendo insuficiente para cubrir las necesidades de la empresa, será lícito recurrir a un aumento del fondo social; o bien, cuando existiendo accionistas morosos, en tanto que la sociedad esté exigiendo los derechos que le corresponden, siguiendo el criterio de Rodríguez, se estima que no será obstáculo para una nueva emisión de acciones. En otras palabras, si resulta insuficiente las cantidades adeudadas a la sociedad por los accionistas o si se está cobrando a los accionistas morosos, no procede la aplicación del artículo 133 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Además de los casos de excepción enunciados por Guajardo y

Rodríguez, procede agregar el supuesto consistente en la sociedad que, requiriendo con urgencia nuevos recursos pecunarios para la consecución de su objeto social, esté impedida de exigir anticipadamente a los accionistas el pago de las cantidades adeudadas. Al efecto, en el aumento real de capital social, independientemente de que se suscriba el total de las acciones que lo representen, en cuanto al pago del valor nominal de dichas acciones, los socios pueden exhibir de inmediato el valor total de las mismas o sólo el veinte por ciento y con posterioridad el saldo insoluto. Respecto a este saldo insoluto, cabe la alternativa siguiente: Se acuerda que la propia asamblea o el Consejo de Administración determinarán posteriormente las fechas y las proporciones en que debe ser cubierto o al decretarse el aumento de capital también se aprueban las fechas y las cantidades en que deberá ser pagado. Cuando no se determinó por la asamblea el paso y medida en que debe cubrirse el saldo insoluto de las acciones, en aplicación del artículo 133 de la L.G.S.M., procede que antes de decretar un nuevo aumento de capital, se acuerde el cobro de las cantidades adeudadas por los accionistas; empero, cuando al acordar el aumento de capital se fijaron también las fechas y las cantidades en que debe cubrirse el saldo insoluto de las acciones, por tratarse de una obligación a plazo, la sociedad no podrá exigir a sus accionistas el pago anti

cipado de la deuda y si lo pretendiera, los socios podrían hacer valer su derecho a utilizar el plazo, a menos que, - por el voto unánime de los accionistas, renuncien a dicho derecho, lo que es difícil lograr en las sociedades anónimas constituidas por un número considerable de socios. Conforme a lo antes expuesto, se está en presencia de derechos de crédito que forman parte del patrimonio de la sociedad emisora y que atento a lo dispuesto en el artículo 1953 y siguientes del Código Civil para el Distrito Federal, son obligaciones sujetas a la modalidad de un término suspensivo, cierto, expreso y convencional a favor de los accionistas, sin trascendencia en cuanto a su existencia, - pero que afecta la exigibilidad de la obligación, aplazando o difiriendo el cobro de la deuda hasta la llegada de las fechas convenidas y, en su consecuencia, la sociedad emisora está impedida para obtener de los adeudos derivados de las acciones pagadoras en circulación los recursos inaplazables que requiere para llevar adelante su operación, por lo que resulta improcedente la aplicación del artículo 133 L.S.G.M., a menos que se olvide la protección que debe prestarse a la conservación de la sociedad.

E) FORMAS DE AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL.

En este capítulo se enunciarán y analizarán las formas y -

procedimientos para aumentar el capital social en las sociedades anónimas.

Ya hemos visto que el patrimonio social está sujeto a una constante variabilidad desde el momento de la constitución de la sociedad hasta su extinción, debido a los acontecimientos ya sean favorables o desfavorables para la misma.- Algunos procedimientos o formas de aumento de capital implican un aumento real del patrimonio, verbigracia, el aumento de capital por nuevas aportaciones de los socios actuales, por aportaciones de nuevos socios que ingresan a la sociedad y por la fusión por absorción de una o varias sociedades, mientras que las demás formas de aumento representan únicamente una operación jurídica y contable.

A continuación se mencionará y explicará brevemente las siete distintas formas de aumentar el capital social, siguiendo la clasificación expuesta por el Lic. Adrián Iturbide:

1.º - Aumento por nuevas aportaciones de los socios actuales de la sociedad.

2.º - Aumento por aportaciones de socios de nuevo ingreso a la sociedad.

3.- Aumento por fusión de sociedades por absorción.

En opinión del Lic. Adrián Iturbide estas formas de aumento implican un aumento real del capital social en oposición al aumento contable. (40)

4.- Aumento por capitalización de reservas.

5.- Aumento por capitalización de beneficios.

6.- Aumento por capitalización de la reserva proveniente de la revaluación del activo fijo.

7.- Aumento por capitalización de pasivos.

1.º AUMENTO POR NUEVAS APORTACIONES DE LOS SOCIOS ACTUALES-
DE LA SOCIEDAD.

Estas aportaciones pueden pagarse en numerario o en especie, siguiendo las normas de suscripción íntegra y de exhibición que exige la L.G.S.M. para la constitución de una anónima. El aumento puede operar de dos distintas maneras:

a) Ya sea que se emitan nuevas acciones las cuales se suscribirán y pagarán en los términos prescritos.

b) La otra forma puede ser por aumento del valor nominal de cada acción de las ya existentes.

2. AUMENTO POR APORTACIONES DE SOCIOS DE NUEVO INGRESO A LA SOCIEDAD.

En esta forma de aumento es necesario emitir nuevas acciones, pues con toda razón el Lic.^o A.^o Iturbide comenta que no se puede aumentar el valor nominal de acciones que no existen, como puede ser en la forma de aumento estudiada anteriormente. (41)

En el supuesto de aumento del capital social por aportaciones de nuevos socios, se puede optar por la suscripción pública de acuerdo a lo que expone el autor multicitado (42); en este caso, la sociedad interesada deberá inscribir previamente sus acciones en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios regulado por la Ley del Mercado de Valores.

La L.G.S.M. no menciona que el aumento de capital por aportaciones de nuevos socios puede hacerse por el sistema de suscripción pública, pero, por aplicación analógica del artículo 90 de dicha ley debe resolverse afirmativamente. - En el Derecho Español no es posible la suscripción pública, para llevar al cabo el aumento de capital, mediante nuevas

aportaciones, en opinión de Garrigues. (43)

En estas dos formas de aumento antes estudiadas es necesario analizar dos artículos básicos de la L.G.S.M. que son el 132 y 133 que consagran el derecho de suscripción preferente y la no emisión de nuevas acciones hasta en tanto no hayan sido íntegramente pagadas las precedentes, los que se estudian en los apartados "F" y "D" del capítulo II del presente trabajo.

3. AUMENTO POR FUSION DE SOCIEDADES POR ABSORCION.

Otra forma de aumentar el capital social y que lleva implícito un aumento real en el patrimonio de la sociedad es a través de la figura regulada en el capítulo IX de la L.G.S.M. y que es la fusión.

Existen dos tipos de fusión, pero únicamente nos ocuparemos de la llamada fusión por absorción o incorporación, cuyo objeto tiene absorber a una o varias sociedades fusionadas las cuales desaparecen o se extinguen, y el pasivo así como el activo de estas sociedades pasan a formar parte del patrimonio de la sociedad fusionante que es la que subsiste.

En este tipo de fusión, generalmente la sociedad fusionante aumenta su capital al momento de absorber a las sociedades fusionadas que se extinguen, siempre y cuando el activo social de estas sociedades sea favorable en relación al pasivo de las mismas.

4. AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL POR CAPITALIZACION DE RESERVAS.

Otra forma por la que se puede aumentar el capital social, es convertir las reservas estatutarias y/o las legales en capital, o mejor dicho capitalizándolas, convirtiéndolas en acciones.

"La sociedad anónima puede haber acumulado en forma de reservas importantes cantidades, detraídas de los beneficios que normalmente pudiera repartir, entre sus socios. Esta hipótesis supone que la sociedad aumenta su capital y que el importe del aumento no es aportado por extraños, ni directamente por los socios, que no hacen desembolso alguno, sino que éste es realizado por la sociedad, que al efecto transforma jurídica y contablemente sus reservas en capital social dividido en acciones".(44)

De lo anterior se deduce que este supuesto de aumento de -

capital social no implica un aumento real del mismo, siendo por tanto un aumento contable del capital, en virtud de que no aumenta su patrimonio, pues parte de él (reservas) cambian su situación jurídica.

En opinión de Antonio Brunetti a través de la capitalización de reservas "... se trata de restablecer el equilibrio entre capital social y patrimonio social". (45)

Las reservas tienen como misión primordial reforzar la posición financiera de la sociedad, siendo estos recursos necesarios para solventar cualquier acontecimiento desfavorable a la sociedad que no fue previsto, además de ser una garantía a favor de los terceros.

De acuerdo al artículo 20 L.G.S.M. (46) en toda sociedad se debe constituir una reserva, llamada por la doctrina "Reserva Legal", que se forma con el cinco por ciento de las utilidades netas anuales por lo menos, así sucesivamente, hasta que sume la quinta parte del capital social. Además de la reserva legal, los estatutos pueden determinar la creación de otras reservas independientemente de ésta.

La capitalización de las reservas, o lo que es lo mismo su conversión a capital "... no sólo no perjudica a los acreedores sociales, sino que más bien los favorece puesto que -

esos bienes de libre disposición antes (sólo en las reservas voluntarias o estatutarias), se inmovilizan al convertirse en capital y vienen a constituir garantía directa de los acreedores". (47) Además de que al aumentar el capital social, necesariamente se tendrá que incrementar paulatinamente la reserva legal.

5. AUMENTO POR CAPITALIZACION DE BENEFICIOS.

Entendiéndose por éstos las utilidades y los dividendos - que no es lo mismo. La mayoría de los autores hablan indistintamente de utilidades y de dividendos, les dan el - tratamiento de conceptos sinónimos.

El dividendo, en opinión de Rodríguez Rodríguez, es "... la parte alicuota de las utilidades repartibles atribuidas a una acción". (48)

El dividendo "... Se fija o bien por la ley, por ejemplo - el dividendo mínimo de las acciones de voto limitado, o - por los Estatutos Sociales. Su conversión en capital hará también crecer la potencialidad económica de la sociedad - que así lo acuerde, pues ésta dispondrá para su realiza- ción de recursos que iban a destinarse o que ya estaban - destinados a incrementar el patrimonio individual de los - socios...". (49)

De acuerdo con lo expuesto por Mantilla Molina "Las utilidades pueden convertirse en capital social sólo cuando la escritura social haya facultado a la asamblea para disponer libremente de ellas, o mediante acuerdo unánime de los socios". (50)

6. AUMENTO POR CAPITALIZACION DE LA RESERVA PROVENIENTE DE LA REVALUACION DEL ACTIVO FIJO.

Es otra forma de aumento del capital social, supuesto que Brunetti lo llama "Aumento mediante revalorización monetaria", Ripert "Aumento del capital por revaluación del balance" y Garrigues "Transformación de las plus-valías en acciones". (51)

El activo fijo de toda sociedad lo constituyen los bienes muebles o inmuebles que integran el patrimonio social, éstos con el transcurso del tiempo aumentan su valor, especialmente los inmuebles; en nuestro país, debido a la inflación o devaluación de la moneda, el aumento del valor que se registra en los mismos es exagerado por lo que es necesario igualar el valor real con el que se les dio inicialmente. A través de este procedimiento se actualiza el valor de los bienes que componen el activo aumentándolos en su valor monetario, o sea el actual.

Escribe al respecto el tratadista español J. Garrigues - -

"Ocurre muchas veces que al lado de las reservas manifiestas en el balance hay reservas no manifiestas (tácitas u ocultas) que provienen o de amortizaciones exageradas de los elementos del activo, o de la existencia de un activo estimado por bajo de su valor real". (52)

Ascarelli, citado por Brunetti, dice: "..... el patrimonio sigue sin variación en los bienes que lo componen; es la expresión en dinero de dichos bienes que ha cambiado a consecuencia de la devaluación de la moneda mientras que ha quedado invariable la cifra nominal del capital expresada en moneda y, por consiguiente, se ha producido un aumento del patrimonio respecto del capital social". (53)

Este supuesto de aumento del capital social es otra forma de aumento contable, pues realmente no existe incremento de riqueza en el patrimonio social, simplemente se rectifican los valores asignados a los bienes del activo cuando la moneda a su vez, tenía otro valor.

La ventaja que representa aumentar el capital social a través de este procedimiento sería, por ejemplo, supongamos que existe una sociedad que se constituyó en 1970, como parte integrante de su patrimonio, entre otros bienes, tiene dos inmuebles (uno donde realiza sus operaciones indus-

triales y otro en el que se encuentran las oficinas encargadas de la administración de la sociedad), el valor que se asignó a dichos inmuebles en la fecha mencionada, es muy inferior al valor real en la actualidad, en virtud del ya mencionado fenómeno de inflación, por lo que resulta conveniente actualizar los valores reales de dichos bienes, con lo que la sociedad puede obtener una capacidad mayor de crédito, en virtud del incremento del valor de los bienes del activo que son garantía para los terceros que contratan con la sociedad. En realidad la garantía ofrecida a los terceros es la misma antes y después de la revaluación, sólo que después de ésta los bienes tienen su valor real, determinado por medio de un procedimiento jurídico.

La L.G.S.M. en su artículo 116, exige que, para efecto de capitalizar la diferencia de valores que resulten de la revaluación del activo, ésta deberá haber sido previamente reconocida en estados financieros aprobados por la asamblea de accionistas, además de que la revaluación esté apoyada en avalúos realizados por valuadores independientes autorizados por la Comisión Nacional de Valores, instituciones de crédito o corredores públicos titulados.

7. AUMENTO POR CAPITALIZACION DE PASIVOS.

En ocasiones algunas sociedades por necesitar recursos para desarrollar sus actividades recurren a empréstitos, ya sea de personas extrañas a la sociedad o de los mismos socios, siendo otra opción la emisión de obligaciones a cargo de la sociedad; pero muchas veces resulta más conveniente tanto para la sociedad como para los acreedores (singulares o colectivos), la capitalización de dichos pasivos.

Este supuesto implica la conversión en capital de los créditos a cargo de la sociedad.

Para Ripert, Garo y Garrigues se trata de una "compensación". (54) La sociedad deudora otorga a sus acreedores la calidad de socios, compensando créditos a favor de dichos acreedores y a cargo de la sociedad con acciones de la misma. La conversión transforma al acreedor u obligacionista en accionista.

La conversión de los créditos a cargo de la sociedad a capital, requiere del consentimiento de los acreedores, independientemente del acuerdo en dicho sentido de la asamblea extraordinaria de accionistas, pues sería necesaria la libre decisión de los acreedores de formar parte de la socie

dad.

Escribe Rodríguez Rodríguez "Las obligaciones representan un crédito colectivo concedido a la sociedad por la colectividad de los suscriptores,... Su conversión en acciones, depende de una doble circunstancia; por un lado, es indispensable que los obligacionistas consientan en ello, y debe advertirse que el acuerdo mayoritario no obliga a los obligacionistas disconformes. Además, precisa que la asamblea general extraordinaria tome el acuerdo de aumentar el capital y de recibir como pago del valor de las acciones - de nueva emisión las obligaciones anteriormente emitidas - a cargo de la propia sociedad". (55)

F) DERECHO DE ADQUISICION PREFERENTE.

Como ya vimos en el tema anterior, en algunas formas de aumento del capital social va implícita la emisión de nuevas acciones, por ejemplo, en el aumento del capital social mediante nuevas aportaciones que hagan los socios actuales - y especialmente por aportaciones de socios de nuevo ingreso a la sociedad.

En virtud de lo anterior, la legislación mexicana consagra el derecho "De opción o de adquisición preferente"(56),

que consiste en reconocer a los accionistas el derecho de adquirir u obtener las acciones de nueva emisión con preferencia a los extraños.

Es de suponer que en el aumento del capital social por aportaciones que hagan nuevos accionistas a la sociedad, previamente los antiguos accionistas han renunciado o no ejercitaron este derecho de preferencia que les otorga la ley.

El fundamento de este derecho se basa en la exigencia de que los socios fundadores conserven su posición original en el seno de la sociedad, evitando que los sucesivos aumentos de capital los desplacen gradualmente de dicha posición.

El derecho que en este apartado se estudia está consagrado en el artículo 132 de la L.G.S.M. (57), el cual prevé que para el caso de emisión de nuevas acciones como consecuencia del aumento del capital social, los accionistas tienen derecho preferente para suscribir la emisión en proporción al número de sus acciones. Los accionistas que deseen ejercitar este derecho lo deberán hacer dentro de los quince días siguientes a la publicación del acuerdo tomado por la asamblea respecto al aumento de capital, publica---

ción que deberá hacerse en el periódico oficial del domicilio social.

En opinión de Rodríguez Rodríguez "Hay dos razones igualmente poderosas para el establecimiento de la norma del artículo 132; la necesidad de mantener el statu quo del socio y la de impedir que se le prive parcialmente de su participación en las reservas". (58)

El Dr. Mantilla Molina expone que: "El aumento del capital mediante nuevas aportaciones podría traer consigo un desequilibrio en las relaciones de los socios entre sí, si alterase la proporción que cada uno de ellos representa en el capital social, y con ello, su influencia en la dirección de la sociedad...". (59)

El autor italiano Antonio Brunetti afirma que el derecho de opción es un derecho individual del accionista y que tiende a proteger la integridad de su participación en la sociedad, porque con el ejercicio de la opción recuperará con las nuevas acciones lo que pierde con las antiguas, como consecuencia de la nueva emisión. (60)

Este derecho a favor del accionista es de los llamados derechos irrenunciables, el titular de éste puede o no ejer-

cerlo, pero no puede renunciarlo anticipadamente.

El español Anibal Sánchez Andrés expone que "La doctrina - (mexicana) afirma, no obstante, que no procede la existencia del derecho (de adquisición preferente) en los supuestos - de fusión por absorción, ni en los casos de aumento de capital con cargo a reservas o realizado con aportaciones en especie". (61) El derecho en cambio, no debe excluirse -- cuando las nuevas acciones se emitan para capitalizar obligaciones o saldar deudas anteriores de la sociedad ya que el importe de los títulos suscritos por los viejos socios puede servir para pagar a los obligacionistas o deudores. (62)

Si en una asamblea totalitaria, los accionistas todos, hacen uso de su derecho y suscriben íntegramente el aumento decretado, no será necesaria la publicación a que se refiere el artículo 132. (63)

G) REDUCCION DEL CAPITAL SOCIAL.

A pesar de los principios protectores del capital social, especialmente de los de realidad y estabilidad del mismo - y de que el capital social tiene como misión, entre otras, la de ofrecerse como garantía a los terceros que contraten

con la sociedad e incluso para los mismos socios, muchas veces es necesario que la sociedad por diversos motivos tome el acuerdo en el sentido de reducir su capital, de ahí que tenga que haber excepciones a los mencionados principios protectores del capital

La reducción del capital social al igual que en el aumento, puede hacerse sin que sea necesaria la modificación del patrimonio social, de ahí que la reducción del capital social algunas veces implicará una operación meramente contable y jurídica, pero en la mayoría de los casos tendrá como consecuencia la disminución efectiva en el patrimonio social.

Como ya vimos, al igual que en las formas de aumento del capital, existen formas de reducción real y reducción contable del capital social, los motivos que obligan a las sociedades a reducir su capital son:

1. El hecho de haber calculado con demasía el capital necesario para desarrollar el objeto social, reconociendo que el capital primitivo es abundante a aquel que realmente se ha utilizado e invertido de modo lucrativo, por lo que ese excedente de capital en lugar de beneficiar a la sociedad significa una carga, siendo conveniente que la sociedad lo restituya a los accionistas. (64)

2. Otra causa sería la de "El saneamiento de la empresa, cuando el patrimonio se ve reducido a virtud de pérdidas y es conveniente adaptar la cifra del capital a la verdadera situación del activo". (65)

De los tratadistas consultados para este apartado, algunos extranjeros (66) citan una tercera causa, que es la de sanear a la sociedad para poder repartir beneficios si los hubiere, lo que no es posible si el capital social es mayor que el patrimonio. Se estima que la anterior tercera causa corresponde al mismo supuesto del saneamiento de la empresa cuando el patrimonio se ve reducido por las pérdidas sufridas en ejercicios anteriores, independientemente de que los accionistas resuelvan posteriormente repartir o invertir las ganancias futuras que hubiere después de sanear la empresa, o bien vender las acciones de que son titulares o aceptar la aportación de terceros.

Este tercer motivo citado por Ripert y Garrigues, es la principal ventaja que según Mantilla Molina representa reducir el capital social en caso de pérdidas. (67)

Estimo conveniente agregar las causas especiales que origina la reducción del capital social, tales como la exclusión de los accionistas morosos o cuando el accionista ejercita

el derecho de separación frente a la sociedad.

H) ACUERDOS Y REQUISITOS.

En virtud de que el capital social es una cláusula esencial de toda escritura constitutiva de cualquier sociedad mercantil, la reducción de capital implica una reforma a los estatutos sociales, por lo que la modificación de la cláusula relativa requiere del cumplimiento de ciertos requisitos. Igualmente se aplica para la reducción de capital, lo establecido en acuerdos y requisitos del aumento de capital social, en lo relativo a publicidad de la convocatoria y el contenido del orden del día de la asamblea, así como los quórumes de asistencia y votación.

Para el caso de reducción del capital social la L.G.S.M. es más estricta, en cuanto que el capital social es una cifra de garantía como ya quedó establecido.

De acuerdo a la fracción III del artículo 182 (68), la asamblea extraordinaria de accionistas es la facultada para tomar el acuerdo para reducir el capital social.

Escribe el Lic. Roberto Mantilla Molina "El acuerdo de reducción del capital social ha de tomarse en las condicio-

nes exigidas para toda modificación de los estatutos; pero no podrá ejecutarse sino después de hechas las publicidades y transcurridos los plazos que señala el artículo 9 L.G.S.M. para la protección de los acreedores". (69)

Con base al artículo 9 L.G.S.M. (70) en los casos de reducción del capital social por reembolso a los socios o liberación de exhibiciones no realizadas, el acuerdo de reducción deberá publicarse en el periódico oficial de la entidad, en la que tenga su domicilio la sociedad, por tres veces con intervalos de diez días.

El cumplimiento de este requisito de publicidad consagrado a favor de los acreedores de la sociedad, les permite oponerse al acuerdo de reducción en caso de que resultaren afectados. La oposición a dicho acuerdo se puede ejercer desde el día en que se adoptó hasta cinco días después de la última publicación.

El autor italiano Alfredo De Gregorio al respecto escribe "La reducción del capital social que viene a disminuir las garantías propias de los acreedores de la sociedad, además de ser sometida a la obligación de la publicidad, no puede ser ejecutada antes de que hayan transcurrido tres meses desde la inserción, a tenor del artículo 101, en el diario

de los anuncios judiciales, y, si dentro de tal término se ha hecho oposición, hasta que ésta sea retirada o rechazada por sentencia no sujeta ya a oposición o a apelación". (71)

"La reducción supone una serie de medidas de tipo ejecutivo y en tanto éstas no se cumplan, el acuerdo de reducción no pasa de ser una simple decisión". (72) Como vemos, el procedimiento de reducción de capital en Italia y en España, al igual que en México, requiere el cumplimiento del requisito de publicidad y del transcurso del término establecido en la ley, y desde luego la no oposición de los acreedores sociales, para que se pueda ejecutar el acuerdo respectivo.

El supuesto de reducción del capital social en caso de pérdidas, como ya vimos, se traduce en una mera operación jurídica y contable y no implica un reembolso por parte de la sociedad a los accionistas ni liberación de exhibiciones pendientes, supuestos que afectarían a los acreedores sociales. Además el artículo 9o. de la L.G.S.M. exige sólo para estos supuestos de reducción la publicidad del acuerdo respectivo. Pero al reducir el capital social desaparecen las pérdidas en el balance y al mismo tiempo la imposibilidad legal de repartir futuras utilidades si las hubiere, pues de acuerdo al artículo 18 (73) de la L.G.S.M. no

se pueden repartir utilidades hasta que no se haya absorbido las pérdidas existentes.

Como ya se mencionó, el artículo 9o. no señala en el supuesto de reducción de capital por pérdidas que se tenga que cumplir con el requisito de publicidad, pero la doctrina opina en contrario "... Al absorber pérdidas la sociedad podrá repartir utilidades en los ejercicios futuros, circunstancia que evidentemente podría perjudicar a los acreedores sociales; y si se piensa que la publicidad esta organizada con esa única finalidad, o sea que está organizada alrededor de la protección de los acreedores, no sería difícil llegar en forma lógica a concluir de que debe sujetarse a esos requisitos de publicidad también este procedimiento de reducción". (74)

Se estima que es correcta la posición de estos tratadistas, por lo que en cualquier supuesto de reducción se debe cumplir con el requisito de publicidad.

Otro requisito que se debe cumplir, es que el capital social nunca se reduzca a menos del mínimo legal, siendo para las anónimas la cantidad de veinticinco mil pesos, de acuerdo a las reglas de constitución (75), cantidad que resulta "ridículamente baja", en virtud de la constante deva

luación del peso y su pérdida de poder adquisitivo.

Por otro lado, en virtud de haber sido adoptado el acuerdo de reducción por la asamblea extraordinaria, el acta correspondiente deberá protocolizarse ante notario público e inscribirse en el Registro Público de Comercio.

Además previo a la protocolización, se deberá obtener el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para modificar la cláusula relativa al capital social.

En cuanto al requisito de publicidad, menciona el Lic. Adrián Iturbide que "Es conveniente, que al notario ante quién se protocolice el acuerdo de reducir el capital, se le acredite haber dado cumplimiento a esta disposición y se incluya en la escritura una mención en este sentido". (76)

El acuerdo de reducción se podrá ejecutar de las siguientes maneras; Emitiendo nuevas acciones en igual número pero con menor valor nominal a las originales, en proporción a la reducción; o bien emitiendo acciones en menor número que las primitivas con igual valor nominal, también en proporción a la reducción. Desde luego que estas acciones nuevas que se emitan con motivo de la reducción, serán canjeadas a sus tenedores por las primitivas.

En el caso de que uno o varios accionistas dejen de tener tal calidad en todo o en parte, en virtud de amortización, del ejercicio del derecho de separación, de liberación directa y de exclusión por haber incurrido en mora, el procedimiento a seguir, es simplemente el de cancelar y extinguir los derechos de los títulosvalores de los accionistas que se encuentren en cualquiera de los supuestos antes mencionados.

1) FORMAS DE REDUCCION DEL CAPITAL SOCIAL.

Al igual que en los aumentos de capital en las formas de reducción del capital social también debemos distinguir - las reducciones reales de las reducciones contables, en las primeras la reducción lleva implícita una devolución efectiva de parte del capital social a los accionistas, - mientras que la reducción contable supone simplemente una operación meramente jurídica y contable por lo que no existe movimiento de capital alguno. La única forma de reducción contable del capital se da por la disminución del capital social que hubiere sufrido pérdidas. (77)

A continuación se señalarán y explicarán brevemente los diferentes supuestos de reducción del capital social, siguiendo lo expuesto por el Lic. Adrián Iturbide: (78)

1.- Reducción por reembolso a los accionistas de parte o - del total de sus aportaciones, sin implicar la supre-- sión de los puestos de socios.

2.- Reducción por reembolso a los accionistas de sus apor-- taciones, implicando la supresión de los puestos de so-- cios, que puede ser:

a) Por amortización de acciones.

b) Por separación, al ejercitar el accionista este de-- recho.

3.- Reducción por liberación a los accionistas de exhibi-- ciones no realizadas, que puede ser:

a) Por liberación directa.

b) Por liberación indirecta o implícita.

4.- Reducción por adjudicación judicial a favor de la socie-- dad de sus propias acciones.

5.- Reducción por pérdidas.

1.- REDUCCION POR REEMBOLSO A LOS ACCIONISTAS DE PARTE O - DEL TOTAL DE SUS APORTACIONES, SIN IMPLICAR LA SUPRESION - DE LOS PUESTOS DE SOCIOS.

Este supuesto de reducción del capital no supone graves -
problemas para llevar al cabo el acuerdo tomado por la - -
asamblea en el sentido de reducción.

El procedimiento de reducción del capital se llevaría al-
cabo en las siguientes formas: bien sea que se reduzca el
valor nominal de todas y cada una de las acciones que inte-
gran el capital social, en la misma proporción en que se -
hubiere reducido el capital social o bien que se reduzca -
el número de acciones originales y que se canjeen por ac-
ciones nuevas que se emitirían en menor número, en igual -
proporción a la reducción del capital, pudiendo estas ac-
ciones tener el mismo valor nominal de las antiguas accio-
nes; en este caso, cada accionista reduciría el número de-
sus acciones en igual proporción a las de los demás accio-
nistas.

2.- REDUCCION POR REEMBOLSO A LOS ACCIONISTAS DE SUS APOR- TACIONES IMPLICANDO LA SUPRESION DE LOS PUESTOS DE SOCIOS.

En este supuesto la reducción del capital social es conse-
cuencia de la aplicación de dos figuras jurídicas regula-
das en la L.G.S.M.:

a) La amortización de acciones, con cargo al capital so---

cial.

b) Cuando el accionista ejercita el derecho de separación.

En la amortización de acciones con cargo al capital social, lo que se traduce en pagar o liquidar dichas acciones con parte de éste, es evidente la consecuencia necesaria de reducir el mismo.

No debe confundirse este procedimiento de amortización de acciones con cargo al capital social con la amortización de acciones con cargo a utilidades repartibles y que, por ende, no implica una disminución del capital.

En el supuesto de reducción del capital social por virtud de la amortización de acciones y como consecuencia la supresión de los puestos de socios, la determinación de las acciones que hayan de nulificarse, de acuerdo al artículo 135 de la L.G.S.M. (79), deberá hacerse por sorteo ante notario público o corredor titulado, "... para que exista igualdad entre todos los socios en cuanto a la posibilidad del sacrificio". (80)

La L.G.S.M. no prevé cómo se determinará el valor de las acciones que sean amortizadas, por lo que se deberá apli--

car por analogía las disposiciones relativas de la misma ley, debiendo ser, de acuerdo al artículo 206, que los titulares obtengan el reembolso de sus acciones, en proporción al activo social, según el último balance aprobado. (81)

En opinión de Joaquín Rodríguez Rodríguez, para el caso de que hubiesen acciones ordinarias y preferentes en la sociedad que tomó el acuerdo en el sentido de amortizar sus acciones y en consecuencia reducir el capital social, el principio de igualdad obliga a que ambas clases de acciones entren en el mismo sorteo. (82)

En el supuesto de reducción cuando uno o varios accionistas ejerciten el derecho de separación frente a la sociedad, tiene como consecuencia el reembolso de sus aportaciones, implicando también la supresión del puesto de socio.

El derecho de separación frente a la sociedad procede, conforme al artículo 206 de la L.G.S.M., cuando los accionistas que ejerciten este derecho hayan votado en contra de un acuerdo de la asamblea general extraordinaria relativo al cambio de objeto, cambio de nacionalidad o transformación de la sociedad en el caso de las anónimas; los accionistas disconformes tienen derecho al reembolso de sus acciones en proporción al activo de la sociedad de acuerdo a los últimos estados financieros aprobados; es necesario-

que el accionista o accionistas que ejerciten este derecho lo soliciten dentro de los quince días siguientes a la clausura de la asamblea.

De acuerdo al artículo 15 de la L.G.S.M. la sociedad, en el caso de separación de uno o varios accionistas, podrá retener la parte del capital y utilidades del que se separe, hasta en tanto no se hayan concluido las operaciones pendientes al momento de la separación, pudiendo hacerse hasta entonces la liquidación de la parte del haber social que le corresponda.

Para ejercer este derecho es necesario que se haya votado en contra del acuerdo respectivo; la ley no otorga el ejercicio del mencionado derecho a los que no asistieron a la asamblea o a los que se abstuvieron de votar.

3.- REDUCCION POR LIBERACION A LOS ACCIONISTAS DE EXHIBICIONES NO REALIZADAS, QUE PUEDEN SER:

a) Por liberación directa.

b) Por liberación indirecta o implícita.

En ambos casos se supone que el capital social está íntegramente suscrito, pero éste se encuentra exhibido o paga-

do sólo parcialmente.

El o los accionistas suscriptores de acciones están obligados a liquidar el valor total de las mismas, en las exhibiciones y en las fechas establecidas por la escritura social o bien cuando el órgano social competente requiera el pago.

En el primer caso una asamblea extraordinaria podría acordar que la cantidad del capital exhibido es suficiente para las operaciones de la empresa y que el saldo insoluto de las acciones pagadoras sería excesivo y por lo tanto se mantendría inactivo.

En el supuesto de reducción del capital social por liberación indirecta a los accionistas de exhibiciones no realizadas, al igual que la liberación directa, supone la existencia de acciones pagadoras, y que ha transcurrido el plazo en que debieran haberse realizado las exhibiciones pendientes, sin que los titulares de dichas acciones hayan cumplido con esta obligación.

La ley otorga a la sociedad el derecho en contra del socio moroso de exigirle en la vía judicial el pago de la exhibición, o el derecho de excluirlo de la sociedad, procedien-

do a la venta de las acciones cuando éstos han incurrido - en mora.

La reducción opera de acuerdo al artículo 121 de la L.G. - S.M., si en el plazo de un mes a partir de la fecha en que debiera hacerse el pago de la exhibición, y la sociedad no hubiere iniciado la reclamación judicial, o no hubiere sido posible vender las acciones pagadoras en un precio que cubra el valor de las exhibiciones pendientes, éstas se de clararán extinguidas, por lo que será necesario reducir el capital en proporción a las acciones mencionadas.

Adrián Iturbide (83) cita a Mantilla Molina y a Rodríguez-Rodríguez, tratadistas que sostienen que en este supuesto - de reducción no es necesario un acuerdo de la asamblea extraordinaria de accionistas, por tratarse de una reducción forzosa y necesaria, y por no ser un acto libre de la voluntad de la sociedad, por lo que en opinión de estos auto res, basta con un simple acuerdo del Consejo de Administra ción. Iturbide opina que aunque esta reducción sea impues ta por la ley, el órgano competente para decretar la misma es la asamblea extraordinaria de accionistas, por tratarse de una reforma de la escritura social y concretamente la - reducción implica una modificación a la cláusula del capi- tal. Se estima que la resolución a que llega el Lic. Itur bide es la correcta.

4.- REDUCCION POR ADJUDICACION JUDICIAL A FAVOR DE LA SOCIEDAD DE SUS PROPIAS ACCIONES.

La L.G.S.M. en su artículo 134 establece la prohibición a las sociedades anónimas de adquirir sus propias acciones, con la excepción de que éstas le sean adjudicadas judicialmente como pago de créditos a su favor. En este caso la sociedad está obligada a vender las acciones dentro de los tres meses siguientes a partir de la fecha en que legalmente pueda disponer de ellas. Si las acciones adjudicadas judicialmente no se vendieran en el plazo señalado anteriormente, éstas deberán extinguirse o cancelarse y se procederá a la consiguiente reducción del capital social.

"Mientras no se produzca la venta, quedan suspendidos los derechos derivados de las acciones, o sea, que no pueden ser representadas en las asambleas de accionistas". (84)

Todas las anteriores formas de reducción del capital social implican una reducción real.

5.- REDUCCION POR PERDIDAS.

En el caso extremo de que una sociedad sufra en un ejercicio o en varios de los inmediatos anteriores pérdidas con-

siderables, las cuales hayan mermado el patrimonio y que éste sea aún menor que el capital social de la empresa en cuestión (lo que no es un supuesto remoto de darse en muchas sociedades, debido a la situación económica actual), la cantidad establecida como capital social indica una cifra mayor de la que representa el capital contable, por lo que la finalidad de reducir el capital es la de hacer coincidir la cifra de éste, con la del patrimonio social, que implica una simple operación jurídica y contable.

El acuerdo de reducción tomado por la asamblea extraordinaria podrá ejecutarse disminuyendo el valor nominal de cada acción, o bien emitiendo nuevas acciones con el mismo valor nominal pero en menor número que las primitivas, las que se canjearán por las nuevas proporcionalmente.

La ventaja de reducir el capital de la sociedad que ha sufrido pérdidas, representa para los accionistas de la misma, la posibilidad de repartir utilidades si las hubiere en futuros ejercicios, pues de acuerdo al artículo 18 de la L.G.S.M., existe la prohibición de repartir utilidades en el caso de que hubiere pérdidas en el capital social y éste no se hubiere reintegrado o reducido antes.

CITAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO II

- (22) ITURBIDE GALINDO A., Ob. cit., pág. 37.
- (23) ASCARELLI TULLIO, "Principios y problemas de las Sociedades Anónimas", Ob. cit., pág. 34.
- (24) GARO FRANCISCO J., Ob. cit., T. II, pág. 230.
- (25) BRUNETTI ANTONIO, "Tratado del Derecho de las Sociedades", T. II, pág. 643, No. 769, Ed. Uthea, Buenos Aires, Argentina, 1960.
- (26) MANTILLA MOLINA ROBERTO, Ob. cit., pág. 343.
- (27) MANTILLA MOLINA ROBERTO, Ob. cit., pág. 340.
- (28) MANTILLA MOLINA ROBERTO, Ob. cit., pág. 342.
- (29) BRUNETTI ANTONIO, Ob. cit., T. II, pág. 643.
- (30) RIPERT GEORGES, Ob. cit., pág. 527.
- (31) Cfr. Artículo 186 L.G.S.M., Ob. cit., "La convocatoria para las asambleas generales deberá hacerse por medio de la publicidad de un aviso en el periódico oficial de la entidad del domicilio de la sociedad, o en uno de los periódicos de mayor circulación en dicho domicilio con la antici-

pación que fijan los estatutos, o en su defecto, quince - días antes de la fecha señalada para la reunión. Durante todo este tiempo estará a disposición de los accionistas, - en las oficinas de la sociedad, el informe a que se refiere el enunciado general del artículo 172".

(32)Cfr.º Artículo 187 L.G.S.M., Ob.º cit.º, "La convocatoria para las asambleas deberá contener la orden del día y será - firmada por quien la haga".

(33)Cfr.º Artículo 188 L.G.S.M., Ob.º cit.º, "Toda resolución de la asamblea tomada con infracción de lo que disponen los - dos artículos anteriores, será nula, salvo que en el momento de la votación haya estado representada la totalidad de las acciones".

(34)Cfr.º Artículo 182 L.G.S.M., Ob.º cit.º, "Son asambleas extra ordinarias las que se reúnan para tratar cualquiera de los siguientes asuntos:

III.º- Aumento o reducción del capital social;".

(35)Cfr.º Artículo 92, L.G.S.M., Ob.º cit.º, "Cuando la sociedad-anónima haya de constituirse por suscripción pública, los fundadores redactarán y depositarán en el Registro Público de Comercio un programa que deberá contener el proyecto de-

los estatutos, con los requisitos del artículo 6o., excepción hecha de los establecidos por las fracciones I y VI, primer párrafo, y con los del artículo 91, exceptuando el prevenido por la fracción V.

(36) ITURBIDE GALINDO A., Ob. cit., pág. 55; el artículo 13 de la Ley del Mercado de Valores, editada por la Comisión Nacional de Valores, octava edición, México, D.F., 1985, dispone: "Sólo podrán ser materia de intermediación en el mercado de valores los documentos inscritos en la Sección de Valores del Registro Nacional de Valores e Intermediarios".

(37) Cfr. Artículo 19 de la L.G.S.M., Ob. cit., "La distribución de utilidades sólo podrá hacerse después de que hayan sido debidamente aprobados por la asamblea de socios o accionistas los estados financieros que las arrojen".

(38) Cfr. Artículo 194 L.G.S.M., Ob. cit., último párrafo. "Las actas de las asambleas extraordinarias serán protocolizadas ante notario e inscritas en el Registro Público de Comercio".

(39) El desarrollo de este tema se hará siguiendo el estudio presentado por el Lic. Agustín Martínez López a la Comisión

Nacional de Valores, con motivo de que la empresa denominada Altos Hornos de México, S.A., requería de un aumento del capital social, pero tenía en circulación acciones pagadoras en las que constaban los plazos y montos de las exhibiciones insolutas, conforme al acuerdo de la asamblea general extraordinaria de accionistas que decretó su emisión,

(40)Cfr. ITURBIDE GALINDO A., Ob. cit., págs. 49,54 y 66.

(41)Cfr. ITURBIDE GALINDO A., Ob. cit., pág. 54.

(42)Cfr. ITURBIDE GALINDO A., Ob. cit., pág. 55.

(43)Cfr. GARRIGUES JOAQUIN, Ob. cit., T. I, vol. 2o., pág. 1148, No. 462, "El aumento mediante nuevas aportaciones no puede dar lugar a la emisión de títulos negociables ni a suscripción pública alguna".

(44)RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN, Ob. cit., T. II, pág. 237; en el mismo sentido BRUNETTI ANTONIO, Ob. cit., T. II, pág. 652, No. 777; GARO FRANCISCO J., Ob. cit., T. II, pág. 235 "Transferirlas (las reservas) al capital fijo de la sociedad engrosando así su "quantum".

(45)Ob.^o cit.^o, T.^o II, pág.^o 653, No.^o 777; en el mismo sentido - ITURBIDE GALINDO A.^l, Ob.^o cit.^o, pág.^o 58 "La Sociedad - mejorará su propio crédito y hará coincidir el valor real con el valor nominal de sus acciones".

(46)Cfr.^o Artículo 20 L.^oG.^oS.^oM.^o "De las utilidades netas de toda sociedad deberá separarse anualmente el cinco por ciento, - como mínimo, para formar el fondo de reserva, hasta que im- porte la quinta parte del capital social."

El fondo de reserva deberá ser reconstituido de la misma - manera cuando disminuya por cualquier motivo".

(47)RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN, Ob. cit., T. II, pág. 239.

(48)Ob.^o cit.^o, T.^o I, pág.^o 473; en el mismo sentido ITURBIDE GA- LINDO A.^l, Ob.^o cit.^o, pág.^o 60 "El dividendo es la porción de las utilidades distribuibles que está destinada a ser en- - tregada a los accionistas".

(49)ITURBIDE GALINDO A.^l, Ob.^o cit.^o, pág.^o 60; en el mismo senti- do MANTILLA MOLINA ROBERTO, Ob.^o cit.^o, pág.^o 241.

(50)Ob.^o cit.^o, pág.^o 342.

- (51) BRUNETTI ANTONIO, Ob.^{ta} cit.^a, T.^o II, pág.^a 656, No.^o 780; RIPERT GEORGES, Ob.^{ta} cit.^a, T.^o II, pág.^a 538, No.^o 1401; GARRIGUES JOAQUIN, Ob.^{ta} cit.^a, T.^o I, vol.^o 2o., pág.^a 662, No.^o 306.
- (52) Ob.^{ta} cit.^a, T.^o I, vol.^o II, pág.^a 662, No.^o 306.
- (53) BRUNETTI ANTONIO, Ob.^{ta} cit.^a, T.^o II, pág.^a 657, No.^o 780.
- (54) GARRIGUES JOAQUIN, Ob.^{ta} cit.^a, T.^o I, vol.^o 2o., pág.^a 661 "La liberación de estas obligaciones tendrá, pues, lugar mediante una compensación"; en el mismo sentido GARO FRANCISCO J., Ob.^{ta} cit.^a, T.^o II, pág.^a 237; y RIPERT GEORGES, Ob.^{ta} cit.^a, T.^o II (Sociedades), pág.^a 541.
- (55) RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN, Ob.^{ta} cit.^a, T.^o II, pág.^a 241.
- (56) Cfr.^o RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN, Ob.^{ta} cit.^a, T.^o II, pág.^a 212.
- (57) Cfr.^o Artículo 132 L.G.S.M. "Los accionistas tendrán derecho preferente, en proporción al número de sus acciones, para suscribir las que se emitan en caso de aumento del capital social. Este derecho deberá ejercitarse dentro de los quince días siguientes a la publicación, en el periódico oficial del domicilio de la sociedad, del acuerdo de la

asamblea sobre el aumento de capital".

(58) Ob. cit., T. II, pág. 222.

(59) Ob. cit., pág. 342.

(60) Ob. cit., T. II, pág. 647, No. 773.

(61) "El derecho de suscripción preferente del accionista", Ed. Civitas, Madrid, España, 1973, pág. 58.

(62) Cfr. RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN, Ob. cit., T. II, pág. - 232.

(63) Cfr. ITURBIDE GALINDO ADRIAN, Ob. cit., pág. 51.

(64) Cfr. RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN, Ob. cit., T. II, pág. - 250; MANTILLA MOLINA ROBERTO, Ob. cit., pág. 347, No. 483; RIPERT GEORGES, Ob. cit., T. II, pág. 542, No. 1408; GARRIGUES JOAQUIN, Ob. cit., T. I, pág. 675; GARO FRANCISCO J., Ob. cit., T. II, pág. 242; BRUNETTI ANTONIO, Ob. cit., T. II, págs. 663 y 664, No. 784.

(65) GARRIGUES JOAQUIN, Ob. cit., T. I, vol. 2o., pág. 675; RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN, Ob. cit., T. II, pág. 250 "Una

pérdida que deja muy por encima del patrimonio real el valor nominal de su capital declarado".

(66)Cfr. RIPERT GEORGES, Ob. cit., T. II, pág. 543, No. 1408;-
GARRIGUES JOAQUIN, Ob. cit., T. I, vol. 2o., pág. 675.

(67)MANTILLA MOLINA ROBERTO, Ob. cit., págs. 345 y 346, No. -
481; en el mismo sentido ITURBIDE GALINDO ADRIAN, Ob. cit.,
pág. 86.

(68)Cfr. Artículo 182 L.G.S.M., Ob. cit., "Son asambleas ex--
traordinarias la que se reúnan para tratar cualquiera de -
los siguientes asuntos: III.- Aumento o reducción del capi
tal social".

(69)Ob. cit., pág. 345, No. 481; en el mismo sentido ITURBIDE-
GALINDO ADRIAN, Ob. cit., pág. 74 "..... pero además debe--
rán cumplirse otros requisitos que tienen como finalidad -
garantizar a los terceros contra toda reducción indebida".

(70)Artículo 9 L.G.S.M. "..... La reducción del -
capital social, efectuada mediante reembolso a los socios-
o liberación concedida a éstos de exhibiciones no realiza-
das, se publicará por tres veces en el periódico oficial de
la entidad federativa en la que tenga su domicilio la so--
ciedad, con intervalos de diez días....."

(71) "De las sociedades y de las asociaciones comerciales", -
vol. 1, T. 6, "Derecho Comercial", obra compilada por BOLA-
FFIO, ROCCO Y VIVANTE, Ediar, S.A., Buenos Aires, Argenti-
na, 1950, pág. 166, No. 86; en el mismo sentido GARRIGUES-
JOAQUIN, Ob. cit., T. 1, vol. 2o., págs. 676 y 677. "La -
protección legal de los acreedores se lleva a efecto, sea -
prohibiendo que se ejecute el acuerdo hasta pasado cierto-
plazo durante el cual los acreedores pueden pedir que se -
les pague o se les asegure, sea prohibiendo a los adminis-
tradores que cumplan el acuerdo de reducción si el patrimo
nio social restante es suficiente para pagar a todos los -
acreedores".

(72) RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN, Ob. cit., T. II, pág. 254.

(73) Cfr. Artículo 18 L.G.S.M., Ob. cit., "Si hubiere pérdida -
del capital social, éste deberá ser reintegrado o reducido-
antes de hacerse repartición o asignación de utilidades".

(74) ITURBIDE GALINDO ADRIAN, Ob. cit., pág. 87; en el mismo -
sentido MANTILLA MOLINA ROBERTO, Ob. cit., pág. 346 "... -
el mencionado precepto (artículo 18 L.G.S.M.) tiene como -
finalidad proteger a los acreedores sociales, que también
pueden resultar perjudicados por una aplicación del capital
social a las pérdidas sufridas por la sociedad, en cuanto-

deja a los socios en la posibilidad de repartirse las utilidades que en lo porvenir obtenga la sociedad, y que sin la reducción quedarían en el patrimonio social y aumentarían la garantía de los acreedores".

(75)Cfr. Artículo 89 L.G.S.M. "Para proceder a la constitución de una sociedad anónima, se requiere:

II.- Que el capital social no sea menor de veinticinco mil pesos....."

(76)Ob. cit., pág. 77.

(77)Cfr. RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN, Ob. cit., T. II, págs. - 254 y 255; en el mismo sentido ITURBIDE GALINDO ADRIAN, Ob. cit., págs. 39 y 86.

(78)Ob. cit., págs. 38 y 39.

(79)Cfr. Artículo 135 L.G.S.M. "En el caso de reducción del capital social mediante reembolso a los accionistas, la designación de las acciones que hayan de nulificarse se hará por sorteo ante notario o corredor titulado".

(80)RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN, Ob. cit., T. II, págs. 255 y 256; en el mismo sentido ITURBIDE GALINDO ADRIAN, pág. 79, "El sorteo responde pues a mínimas exigencias de equidad".

(81)Cfr. RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN, Ob. cit., T. II, pág. -
258; en el mismo sentido ITURBIDE GALINDO ADRIAN, Ob. cit.,
pág. 80.

(82)Cfr. RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN, Ob. cit., T. II, pág. -
258.

(83)ITURBIDE GALINDO ADRIAN, Ob. cit., págs. 84 y 85.

(84)ITURBIDE GALINDO ADRIAN, Ob. cit., pág. 86.

C A P I T U L O I I I

LA VARIABILIDAD EN EL CAPITAL SOCIAL.

A) ORIGEN.

De acuerdo a la investigación realizada en cuanto al origen o los antecedentes del régimen de variabilidad en el capital social, se concluye que Francia fue el primer país que incluyó en su legislación la regulación de dicha modalidad. El Dr. Joaquín Rodríguez Rodríguez escribe "Los primeros antecedentes de las sociedades de capital variable han de buscarse en la Ley Francesa de 24 de julio de 1867". (85)

"El origen de las sociedades de capital variable hay que buscarlo en la ciencia económica más bien que en la jurfídica. Los mismos proyectos anteriores a la Ley Francesa de 1867, tendieron primitivamente a favorecer a los obreros". (86)

El autor francés Houpin, respecto del origen del régimen - a estudio, dice: "Las disposiciones de la ley del 24 de - julio de 1867, sobre las sociedades de capital variable, - están concluidas con un pensamiento a favor de las clases- obreras, en vista de facilitar el desarrollo de sociedades cooperativas; las cuales están floreciendo en Inglaterra.- En su origen ellas se dirigieron únicamente a las socieda- des de consumo, a las sociedades de crédito, y a las socie- dades de producción, denominadas sociedades de cooperación por el primer proyecto de la ley. Pero hoy en día, bajo - esta denominación nueva de sociedad de capital variable, - el legislador abraza todos los tipos de sociedades, cual-- quiera que sea el objeto de la empresa y la condición so-- cial de los asociados". (87)

El tratadista francés Bedarride, en cuanto al motivo de la variabilidad del capital social, expresa "La variabilidad- del capital no fue imaginada por el legislador.

Desde 1840, los obreros que se reunían en sociedades de - cooperación constituían la base de su asociación, y en - - esos términos esta variabilidad era la consecuencia lógica del personal carácter de estas sociedades.

Es en efecto su esencia de comenzar modestamente y no acre

cer sino poco a poco en hombres y capitales. Es por eso - que el ahorro incrementa sus fondos si deben suministrar - a los asociados grandes facilidades para la derrama de las sumas por ellos suscritas, deben acordarles sumas menores para el retiro de las cantidades invertidas. Los interesa dos tienen necesidad en algunos momentos, con respecto a - su profesión, de desplazarse, de cambiar de domicilio; es preciso que puedan retirarse de la sociedad; pueden atrave sar momentos de crisis y tener necesidad de su dinero. La sociedad cooperativa es para ellos, desde cierto punto de vista, caja de ahorros de donde deben poder retirar sumas dentro de ciertas condiciones.

Así pensaron los obreros, así actuaron en la práctica. A este respecto era imposible que el legislador fuera de - - otra opinión y no sancionara esta práctica". (88)

Respecto del origen y objeto de la modalidad en cuestión, - Cooper Royer escribe: "El legislador ha previsto, en efec- to, la utilidad que pudiera tener una reglamentación espe- cial permitiendo a los accionistas de una sociedad aportar a esta última sus ahorros más que sus capitales, y de poder retirar sus ahorros del activo social en el momento que - los socios tuvieran necesidad o quisieran hacerlo, y esto- sin temer que sobreviniera una brusca baja de sus títulos-

durante la realización en bolsa difícil u onerosa.

El legislador obedecía así al movimiento social manifestado por las diversas escuelas de economía política en curso en el siglo XIX. El quería asegurar la existencia y el desarrollo de sociedades de cooperación que se formaban poco a poco en Francia, siguiendo el ejemplo de "Equitables Pionniers de Rochdale". (89)

El Dr. Rodríguez Rodríguez considera que en México, el Código de Comercio de 1884, es el primer ordenamiento legal que regula a las sociedades de capital variable, permitiendo a las sociedades anónimas y a las sociedades en comandita por acciones adoptar dicha modalidad. (90)

De lo antes expuesto se aprecia que el régimen de variabilidad del capital, se originó como una solución en favor de la clase trabajadora, para que pudiera invertir sus ahorros y retirarlos cuando lo deseara; y al mismo tiempo evitando que con la salida de uno o varios de sus miembros, la persona moral tuviera que recurrir al cumplimiento estricto de ciertos requisitos e incluso llegar hasta la disolución.

B) DERECHO EXTRANJERO.

Como hemos visto en el inciso anterior, el origen del régimen de capital variable, fue en Francia, por lo que, para llevar a cabo el desarrollo del presente apartado, en primer término se estudiará la regulación de esta modalidad en dicho país.

FRANCIA.

"El título III de la ley de 24 de julio de 1867 está consagrado a las sociedades de capital variable. Son sociedades en las cuales el capital es susceptible de variaciones constantes a consecuencia de la admisión de nuevos miembros y nuevos desembolsos hechos por los socios o en razón del retiro de algunos socios con la consiguiente reintegración de los aportes a los mismos (art. 48).

La variabilidad del capital puede estipularse en cualquier forma de sociedad. Debe precisarse a que clase de sociedad se agrega la cláusula de variabilidad del capital. La sociedad está sujeta a todas las reglas concernientes al tipo adoptado y además a las reglas especiales del título III de la ley de 1867. En la práctica, estas sociedades son en su inmensa mayoría sociedades por acciones. Son,

pues, comerciales por su forma". (91)

Escribe el tratadista francés Cooper Royer: "Una sociedad de capital variable es por lo tanto una sociedad cuyo capital puede sufrir modificaciones casi diariamente. Este capital puede ser aumentado por un aporte suplementario o por un incremento del número de aportadores. Puede ser disminuído por el sistema inverso, por una restricción de los aportes efectuados o por una reducción del número de aportadores como consecuencia del retiro de algunos de ellos."

Puede uno preguntarse si la variabilidad debe estatutariamente existir en el sentido del aumento y en el sentido de la disminución, o por el contrario, si los estatutos pudieran determinar ciertas facultades de aumento y rechazar toda posibilidad de retiro.

Generalmente se admite que la variabilidad debe ejercerse en los dos sentidos. Salvo que la sociedad no sea de capital variable. Así se decide fundándose sobre todo en los trabajos preparatorios de la ley, pero la falta de estipulación en los términos del artículo 52, primer apartado, darían más bien a pensar que la libertad de los estatutos es plena y que la variabilidad podría existir sólo en el sen-

tido de un posible aumento; ante el retiro de un socio, dice el artículo 52, puede ejercerse, salvo pacto en contrario." (92)

En opinión de Houpin "La sociedad de capital variable no constituye un tipo nuevo de sociedad. La variabilidad del capital no es más que una modalidad de las sociedades (93) sea en forma civil, sea en nombre colectivo, en comandita o en anónima. Esas cuatro sociedades son de capital variable cuando, conforme al artículo 48 de la ley de 1867, se estipule que "El capital social será susceptible de aumentos por aportaciones sucesivas hechas por los socios, o por la admisión de socios nuevos, y de disminución por el reembolso total o parcial de aportaciones hechas". El mismo artículo añade que "Las sociedades cuyos estatutos contengan la estipulación antes mencionada serán regidas, independientemente de las reglas generales que le sean propias siguiendo su forma especial, por las disposiciones de los artículos siguientes". (94)

Respecto de si la variabilidad del capital debe ejercerse en los dos sentidos Houpin escribe: "La variabilidad del capital consiste de acuerdo al artículo 48 precitado, en que el capital social es susceptible de aumento y de disminución. Esta disposición es indivisible, y no podría esti

pularse válidamente por los estatutos, que el capital será susceptible de aumento y no de disminución o viceversa".

(95)

De acuerdo a lo que dice Jean Guyenot "Las variaciones que sufre el capital son libres en el sentido de que no necesitan ser autorizadas por una resolución de la asamblea general en las condiciones habituales de modificación de los estatutos, ni publicadas por inserción en un periódico de avisos legales y en el Registro de Comercio donde la sociedad haya sido matriculada". (96)

Conforme a lo previsto por el párrafo segundo del artículo 64 de la Ley Francesa de 24 de julio de 1867, en los documentos sociales, al nombre y la especie de sociedad de que se trate deberá agregarse las palabras de "Capital Variable"; además los estatutos deberán contener la cláusula correspondiente a la indicación de que la sociedad es de capital variable, la que debe obligatoriamente publicarse. El extracto debe contener, so pena de nulidad, la mención relativa al "mínimo" de capital a que la sociedad puede descender según los estatutos." (97)

El derecho francés, al igual que el mexicano, estableció para estas sociedades un capital mínimo fijo sin derecho a retiro; el artículo 51 dispone: "Los estatutos determina

rán una cantidad por debajo de la cual el capital no podrá ser reducido por los retiros de aportaciones autorizados - por el artículo 48.^o Esta cantidad no podrá ser inferior a la décima parte del capital social.^o

En contra de lo anterior Houpin, ver cita (98)

De lo antes expuesto, se desprende que la legislación francesa consagra el derecho de retiro, regulado en el artículo 52 de la ley multicitada, que a la letra dice: "Cada socio podrá retirarse de la sociedad cuando lo juzgue conveniente a menos de convenios en contrario y salvo la aplicación del párrafo primero del artículo anterior.^o" Esto último se refiere al capital mínimo sin derecho a retiro.^o Por otro lado se observa, que en la legislación francesa, en contraposición con la mexicana, el derecho de retiro puede tener carácter renunciable.^o "El derecho de retiro puede, pues, ser reglamentado en los estatutos"^o (99)

Otra gran diferencia regulada en el derecho francés respecto del mexicano, es la continuación del artículo 52 "^o... Podrá estipularse que la asamblea general tendrá el derecho de decidir con la mayoría fijada para la modificación de los estatutos que uno o varios de sus socios dejen de formar parte de la sociedad.^o" Lo que en nuestro derecho,

es posible sólo en los supuestos de los artículos 35, 20.^o párrafo, 50 y 121 de la L.G.S.M.

En cuanto al reembolso de las aportaciones por parte de la sociedad, Houpin escribe: "El socio que se retire voluntariamente tiene el derecho de recuperar en su totalidad los aportes que hizo (artículo 48); pero no puede para nada exigir de más, ni pretender alguna fracción del activo social superior a su dinero" (100) También en contraposición con la legislación mexicana, ya que al ejercitarse el derecho de retiro, el reembolso se deberá hacer en proporción al activo social, según el último balance aprobado, aplicando supletoriamente el artículo 206 de la L.G.S.M.

La última, pero gran diferencia de la legislación francesa frente a la mexicana, es que aquella impone una cantidad tope, como cifra máxima de capital social, "El legislador ha fijado el monto máximo del capital social originario a fin de que las grandes empresas capitalistas no puedan adoptar esta forma social". Este capital no podía ser superior a doscientos mil francos según la ley de 1867 (artículo 49), cifra que ha sido aumentada a un millón por ley de 2 de marzo de 1943 (declarada válida por Ord. de 23 de julio de 1945) y posteriormente a diez millones (ley de 18 de septiembre de 1948). Puede ser aumentado cada año por-

una decisión de la asamblea general sin que ninguno de estos aumentos pueda ser superior a diez millones" (101)

ALEMANIA Y AUSTRIA.

En Alemania y en Austria, de acuerdo a lo que escribe - - Walter Frisch P., no existe el régimen de capital variable, como en México; pero en dichas legislaciones se consagra - en los artículos 56, D.A.G. y 51, OeAG la institución del "Capital Autorizado", por medio del cual el Consejo de Administración tiene la facultad de aumentar el capital social dentro de ciertos límites.

"En México, las sociedades de capital variable forman un - propio tipo de sociedades aplicable como variante a cualquier sociedad mercantil (artículo 1o., L.G.S.M.), mientras que la institución del capital autorizado en Alemania y Austria puede sólomente surtir los efectos de cierto funcionamiento especial dentro del tipo de la sociedad anónima. De esto resulta que la sociedad anónima de capital variable puede aplicar durante toda su existencia la forma simplificada de aumento de capital social, mientras que en Alemania y Austria una disposición estatutaria que autorice aumentos de capital social por el Consejo de Administración sólomente surte efectos durante el plazo fijado en - tal disposición estatutaria que no puede ser superior a -

cinco años". (102)

Difiero con el autor citado en cuanto a que sostiene que - "Las sociedades de capital variable forman un propio tipo de sociedades"; puesto que el régimen de variabilidad de ca pi ta l es una modalidad aplicable a todos los tipos de sociedades mercantiles que regula la L.G.S.M., y no un tipo más de sociedad". Considero que con lo que apunta Frisch - Philipp, aunque las legislaciones austriaca y alemana en materia societaria, no regulan especialmente el régimen de variabilidad del capital social, sí lo permite en sociedades anónimas sólo en el sentido de aumento del capital, pu di en do éstas fijar una determinada cantidad (Capital Autorizado) en sus estatutos y en los cuales se faculte al Con se jo de Administración a ejecutar dicho aumento. Con lo anterior se deduce que la institución de "El Capital Autorizado" en Alemania y Austria se podría equiparar el régimen de variabilidad de capital que regula el derecho mexicano, pero sólo en el sentido de incremento del capital y cuyo ejercicio, sólo será válido si se efectúa durante el plazo fijado en la disposición estatutaria, período que no podrá ser superior a cinco años.

ITALIA.

En el derecho italiano no se consagra una regulación espe-

M-0054290

pecial, como régimen o modalidad de la variabilidad del capital social." De acuerdo a lo que escribe Vivante "Nuestro Código no ha reconocido una categoría general de Sociedades de capital variable, sino que ha regulado sólo dos especies de las mismas; las cooperativas y las mutuas de seguros." Por tanto, las Sociedades de capital variable no existen en el derecho italiano si no pertenecen a una u otra de estas dos especies, es decir, si no reúne junto con el elemento común de la variabilidad del capital los elementos que son características de una o de otra de dichas dos formas" (103).

En opinión del autor antes mencionado las sociedades de capital variable "Se distinguen esencialmente de la Sociedad de capital fijo porque en éstas, toda variación de capital produce una modificación del organismo jurídico y marca una nueva fase de la vida social que se señala por ciertas rigurosas normas de publicidad, al paso que en las Sociedades de capital variable, que fundan su estable ordenamiento sobre la inestabilidad del capital, las variaciones de éste ocurren como una función normal, por la fuerza expansiva de su organismo" (104)

El autor italiano Alfredo de Gregorio escribe "....." en la doctrina y en la jurisprudencia está claramente identificada la sociedad cooperativa con una especie de sociedad a -

capital variable (la única reconocida en nuestro derecho, si se prescinde de la asociación de seguro mutuo y de los consorcios industriales y comerciales), esto es, como una sociedad cuya característica esencial está en la posibilidad de variar el capital social sin pasar a través de una modificación estatutaria." Sin embargo esta característica no está explícitamente afirmada por el Código de comercio, el cual se limita a exigir que el acto constitutivo indique las condiciones de la admisión de nuevos socios (artículo 220, n.º 2); sólo implícitamente se deduce de ello que el estatuto pueda prever como un elemento normal la variabilidad del capital". (105)

Escribe Tullio Ascarelli respecto de la variabilidad "La sociedad puede, en absoluto, no tener un capital fijo; puede ser, por así decir, abierta; esto es, tal que permita a cualquiera que posea determinados requisitos entrar a formar parte de ella, aún sin sustituir a otros; tal que permita al socio salir de ella aún sin ceder a otros su participación". (106)

Con base a lo que cita Ascarelli, en la legislación de Brasil está regulado el régimen de variabilidad del capital, "A diferencia de lo que pasa en la sociedad con el capital variable, como la cooperativa." En éstas el capital es "va

riable", dado que los socios pueden salirse y pueden entrar nuevos socios (más allá de los precedentes), con el consiguiente aumento o disminución del capital, sin que eso implique una reforma estatutaria (en el Derecho Brasileño Cf. D.n.º 5893 del 19 de octubre de 1943; D.n.º 6274 del 14 de febrero de 1944), pudiendo ser limitada o ilimitada la responsabilidad de los socios. (107)

ESPAÑA.

El autor Gay de Montellá respecto del tema a estudio escribe "No regula el Código de comercio la interesante materia de la mutualidad, ni de la cooperación. Sólomente en su artículo 124, dispone que "Las compañías mutuas de seguros contra incendios, de combinaciones tontinas sobre la vida para auxilios a la vejez y de cualquiera otra clase, y las cooperativas de producción, de crédito o de consumo, sólo se considerarán mercantiles y quedarán sujetas a las disposiciones de este Código, cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad, o se convirtieren en sociedades a prima fija....."

Las sociedades mutuas de seguros contra incendios o de combinaciones tontinas sobre la vida, para auxilios a la vejez, formación de dotes, etc., como asociaciones civiles -

que son, admiten socios en número ilimitado. Con mucha semejanza a las cooperativas, pueden tener un capital variable, según que aumente o disminuya el número de los asociados, y como ellas, se definen y clasifican, teniendo en cuenta la industria o el comercio a que se dedican.

En las compañías de capital variable (las únicas reconocidas son las mutuas de seguros y las cooperativas) el aumento o la disminución del capital social viene determinado por la adición de nuevos socios o por la dimisión o baja de los mismos en las listas de mutualistas o cooperadores. Este flujo y reflujo de capitales no es preciso hacerlos constar en escritura pública, porque su autorización arranca del mismo acto constitutivo, el cual, inscrito para garantía de terceros, éstos no pueden ya reclamar contra posibles reducciones de capital porque es ésta una de las facultades privativas de las compañías de capital variable. (108)

Como vemos el régimen de capital variable no se regula en España como una modalidad para las sociedades mercantiles, la variabilidad es un elemento de las sociedades cooperativas al igual que en el derecho mexicano.

La Ley Española de Sociedades Anónimas de 15 de julio de -

1951, citada por Iturbide, reglamenta la institución de capital autorizado para cualquier tipo de sociedad anónima. De acuerdo al artículo 96 de dicha ley en los estatutos o en los acuerdos de modificación de éstos, podrá delegarse a los administradores de la sociedad, la facultad de aumentar el capital las veces que deseen hasta una cifra determinada, en la oportunidad y en la cuantía que ellos decidan, sin que sea necesario consultar a la junta general de socios. Los aumentos no podrán exceder nunca de la mitad del capital nominal de la sociedad en el momento de la autorización. El ejercicio de esta institución se deberá efectuar dentro del plazo máximo de cinco años, a partir de la constitución de la sociedad o de la modificación de sus estatutos. El acuerdo se podrá ejecutar emitiendo acciones ordinarias. La institución de capital autorizado en España, como podemos ver es igual a la regulada por la legislación alemana. (109)

ARGENTINA.†

De igual forma que en Italia, la legislación argentina no regula el régimen de capital variable, como modalidad aplicable a las sociedades mercantiles.

†Se trata, además, conforme a nuestra legislación, de un capital fijo, o sea que figurará así, constante, en los do-

cumentos de la sociedad mientras no se modifique el estatuto, al objeto de aumentarlo o disminuirlo; a diferencia de la legislación francesa- ley de 24 de julio de 1867, artículos 48 y ss.- que autoriza el capital variable si así lo establecen sus estatutos, por cuya estipulación sus asambleas pueden modificarlo anualmente". (110)

En este país sudamericano, la legislación coincide con la de Italia, en cuanto a que la única sociedad que puede sufrir variaciones en el capital, sin el cumplimiento de ciertos requisitos, por ser inherente a su naturaleza es la sociedad cooperativa. El autor argentino Mario A. Rivarola dice: "El aumento y disminución del capital, o sea la variabilidad del mismo, es principio propio de la sociedad cooperativa: el capital no puede tener límite en el estatuto, como no lo puede tener el número de acciones (artículo 2o., inciso 2o.) y, por consiguiente, aumenta con el ingreso de cada nuevo socio que suscribe una acción, y disminuye automáticamente cuando el socio se retira, cesa o se le excluye (artículo 2o. inciso 14)". (111)

C) DERECHO MEXICANO.

Las sociedades de capital variable están permitidas y reguladas en nuestro derecho. El capítulo VIII de la L.G.4-

S.M., que contiene los artículos 213 a 221 de dicha ley, - es el encargado de regularlas."

De acuerdo a lo establecido en el último párrafo del artículo 1o.º de la L.G.S.M., todas las sociedades mercantiles-reguladas por ella "podrán constituirse como sociedades de capital variable". Y aún cuando se haya constituido como sociedades de capital fijo, podrán transformarse a sociedades de capital variable."

El artículo mencionado enumera las especies de Sociedades-Mercantiles que reconoce la ley:

- I.º- Sociedad en nombre colectivo;
- II.º- Sociedad en comandita simple;
- III.º- Sociedad de responsabilidad limitada;
- IV.º- Sociedad anónima;
- V.º- Sociedad en comandita por acciones; y
- VI.º- Sociedad cooperativa.

Todas estas sociedades con excepción de las cooperativas, - que se regulan por su legislación especial (Ley General de Sociedades Cooperativas y su Reglamento, ambos de 1938), - podrán adoptar la modalidad de capital variable."

Ya ha quedado establecido con anterioridad, en múltiples - ocasiones, que las sociedades de capital variable no cons-

tituyen un tipo especial de sociedad o aún más, otra sociedad reconocida por la ley, sino que es un régimen especial por el cual la sociedad que lo adopte, podrá aumentar su capital social, en virtud de aportaciones de los socios actuales, o por admisión de nuevos socios, o reducirlo por retiro parcial o total de las aportaciones, sin más formalidades que las establecidas por el capítulo precitado."

"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 establecen en el presente capítulo", conforme a lo previsto por el artículo 214 de la L.G. S.M. En cuanto a la aplicación de las disposiciones que regulan a la sociedad anónima relativas al balance y responsabilidad de los administradores, escribe el Dr. Joaquín Rodríguez Rodríguez ".... el precepto se limita a consagrar como aplicables a toda clase de sociedades mercantiles aquellas disposiciones sobre publicidad del balance y responsabilidad de los administradores, que son la máxima garantía de los terceros que se relacionan con la sociedad" (112)

Considero importante mencionar lo que escribe Adrián Iturbide, en relación a la aplicación para las sociedades de capital variable, de las disposiciones que regulan a la so

ciudad anónima relativas al balance "..." por disposición - del artículo Tercero del decreto publicado en el Diario - Oficial de la Federación del 23 de enero de 1981, que modi- ficó, adicionó y derogó diversas disposiciones del Código- de Comercio y de la Ley General de Sociedades Mercantiles, a partir de la vigencia de ese decreto que fue el día 10.- de enero de 1981, todas las expresiones de las leyes mer- cantiles en que se hable del Balance General o de cualquier otra expresión equivalente como documento de Información - Financiera, se entenderá en el sentido de que dichas expre- siones incluyen los estados y notas establecidas en los in- cisos (c) al (g) del artículo 172 de la Ley General de So- ciedades Mercantiles y que abarcan un estado que muestre - la situación financiera de la sociedad, un estado que mues- tre debidamente explicados y clasificados los resultados - de la misma, un estado que muestre los cambios en la situa- ción financiera y un estado que muestre los cambios en las partidas que integran el patrimonio social, además de las- notas que sean necesarias para completar o aclarar la in- formación que suministren los estados anteriores..."(113)

En la denominación o razón social de las sociedades de ca- pital variable, deberá hacerse mención de que dicha socie- dad está sujeta a ese régimen, por lo que deberá añadirse- a las mismas las palabras "de capital variable" o su abrevi- atura, (artículo 215 L.G.S.M.). Escribe al respecto el- Dr. Luis Muñoz "La Ley no establece sanciones para el caso

de que no se añadan las palabras o la abreviatura antes mencionadas. Creemos que en el supuesto de que no se mencionen la variabilidad del capital, como exige el artículo 215, los terceros pueden considerar a la sociedad de capital fijo, de suerte que si se redujo el capital sin haberse observado las formalidades legalmente exigidas por la ley, dicha reducción será nula, y los administradores responderán personalmente de las cantidades entregadas a los socios". (114)

Como se mencionó con anterioridad, las sociedades de capital variable pueden aumentar o reducir su capital social sin más formalidades que las establecidas en el capítulo VIII de la L.G.S.M. En virtud de lo establecido por el artículo 216 de la multicitada ley, la escritura constitutiva de toda sociedad de capital variable, además de las estipulaciones correspondientes a su tipo, deberá contener las condiciones que se establezcan para el aumento y la reducción del capital social. En los estatutos se determinará quién es el encargado para resolver sobre las modificaciones del capital social, se podrá delegar dicha facultad ya sea al órgano de administración (llámese consejo de administración, administrador único o administradores), o al órgano supremo (llámese junta de socios o asamblea general de accionistas), entendiéndose que puede ser la asamblea -

general ordinaria de accionistas, para las sociedades anónimas de capital variable, si los estatutos así lo previenen, la encargada de tomar el acuerdo de reducción y de aumento y en este último caso hasta la emisión de acciones." (Opinión en contrario de Joaquín Rodríguez R. (115)).

El segundo párrafo del artículo 216 señala que en las sociedades por acciones, si el contrato social no fijó las condiciones para el aumento del capital ni la forma y términos de emisión de acciones, esa facultad corresponderá a la asamblea general extraordinaria de accionistas.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 217 de la L.G.S.M. "En la sociedad anónima, en la de responsabilidad limitada y en la comandita por acciones, se indicará un capital mínimo, que no podrá ser inferior al que fijan los artículos 62 y 89. En las sociedades en nombre colectivo y en comandita simple, el capital mínimo no podrá ser inferior a la quinta parte del capital inicial."

Se considera que la ley no es clara respecto a la variabilidad del capital social, pues dispone que "el capital social será susceptible de aumento..... y de disminución...., sin más formalidades que las establecidas por este capítulo". El capital social se podrá modificar de esta manera sólo en la parte variable del mismo, pero nunca en la par-

te fija, esto es en la cifra establecida como capital mínimo fijo sin derecho a retiro señalado en los artículos 217- y 221 de la L.G.S.M.; siendo necesario para modificar este capital mínimo en las sociedades, aún cuando sean de capital variable, cumplir con los requisitos establecidos por la L.G.S.M. para cualquier modificación al pacto social."

Además del capital mínimo fijo sin derecho a retiro, puede existir una cifra hacia arriba del "Capital Autorizado" o puede no existir tratándose de un capital ilimitado."

En el caso de capital autorizado la sociedad en cuestión - puede tener en su poder las llamadas por la doctrina "Acciones de Tesorería" permitidas por la ley en la parte final del segundo párrafo del artículo 216 que a la letra dice: "Las acciones emitidas y no suscritas o los certificados provisionales, en su caso, se conservarán en poder de la sociedad para entregarse a medida que vaya realizándose la suscripción".

Una prohibición respecto del "capital autorizado" la señala el artículo 217 en su segundo párrafo: "Queda prohibido a las sociedades por acciones anunciar el capital cuyo aumento esté autorizado sin anunciar al mismo tiempo el capital mínimo." Los administradores o cualquier otro funcionario de la sociedad que infrinjan este precepto, serán res-

ponsables por los daños y perjuicios que se causen".

En las sociedades de capital variable, al lado del "capital autorizado", existe otra opción que pueden adoptar dichas sociedades y que es la del "capital ilimitado", lo que significa que la sociedad que elija esta variante deberá señalar en sus estatutos que el "capital variable es ilimitado", no habiendo una cifra tope, por lo que se podrá aumentar sucesivamente.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 219 de la L.G.S.M. "Todo aumento o disminución del capital social deberá inscribirse en un libro de registro que al efecto llevará la sociedad". En opinión del Lic. Adrián Iturbide, dicho libro tiene por objeto facilitar la localización posterior de los titulares de acciones, para el caso de que tengan que responder frente a los acreedores sociales, de las operaciones pendientes al momento de su separación. (116)

En las sociedades de capital variable el socio puede ejercer el derecho de retiro, distinto del derecho de separación consagrado en el artículo 206 de la L.G.S.M. El derecho de retiro en las sociedades de capital variable regulado en los artículos 213 y 220 de la multicitada ley, se ejerce sin expresión de causa, es irrenunciable y se podrá ejercitar en cualquier tiempo a menos que, como consecuen-

cia del retiro, se tenga que reducir a menos del mínimo el capital social, de acuerdo a lo establecido en el artículo 221.

El socio que desee retirar total o parcialmente sus aportaciones, con base a lo que señala el artículo 220 deberá notificarlo 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 siguiente, si se hiciera después". Al socio o socios que ejerzan el derecho de retiro, como excepción en las sociedades de capital variable, no podrá la sociedad retenerle el reembolso de sus aportaciones en proporción al activo social, aún cuando al momento de la separación existieren operaciones pendientes de concluir, con base en lo establecido por el artículo 15 de la L.G.S.M.¹ Pero la responsabilidad de los que ejerciten el derecho de retiro, frente a los terceros subsiste, hasta la conclusión de las operaciones pendientes contratadas antes de la separación, de acuerdo a lo señalado por el artículo 14 de la L.G.S.M., teniendo el pacto en contrario como nulo.² (117)

En otro apartado del presente capítulo de este estudio, se estudia el derecho de retiro (artículos 213 y 220), respecto del derecho de separación (artículo 206).³

D) VENTAJAS Y DESVENTAJAS EN LA ADOPCION DE LA MODALIDAD DEL-
CAPITAL VARIABLE.¹

Como se ha mencionado anteriormente, en las sociedades mer-
cantiles, para los terceros y los mismos socios el capital
social y su permanencia representa una cifra de garantía.¹-
Las modificaciones al capital social, como ya vimos, re-
quieren del cumplimiento estricto de una serie de obliga-
ciones establecidas en la L.G.S.M.¹

Esta fijeza en el capital y la rigidez para su modifica-
ción, puede resultar desventajosa para algunas sociedades,
que requieren en distintas épocas, cantidades desiguales -
de capital, en virtud de los negocios propios de su objeto
social. (118).¹

Desde el punto de vista de la mayor parte de los tratadis-
tas y en lo particular, la variabilidad en el capital so-
cial tiene más ventajas que desventajas, las que se enuncia-
rán y analizarán enseguida.¹

VENTAJAS: ¹

1.^o- En una sociedad anónima de capital variable, si se es-
tablece en el contrato social que el acuerdo de aumento o
reducción de la parte variable del capital social puede -

ser tomado por el consejo de administración o por la asamblea general ordinaria de accionistas, brindará a la sociedad una mayor facilidad de celebrar la asamblea en cuanto a quórumes se refiere.⁴⁸

2.^o- El acuerdo de aumento o de reducción de la parte variable del capital social, en una sociedad que adopte la modalidad de capital variable, y que sea tomado por la asamblea general ordinaria de accionistas, o por el órgano de administración no requiere que se protocolice ante notario público y en caso de reducción no es necesario publicarlo en el periódico oficial del domicilio social, ni inscribirlo en el Registro Público de Comercio, lo que representa un ahorro considerable para la sociedad por los gastos y honorarios notariales, así como el pago de derechos de inscripción en el Registro Público de Comercio.

El Lic.^o Adrián Iturbide emite una opinión contraria a lo antes expuesto, dice: "No resulta válido el argumento de los que sostienen que no es necesaria la protocolización e inscripción con fundamento en la parte final del artículo 213 de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles que al referirse a la posibilidad del aumento o disminución del capital dice: "sin más formalidades que las establecidas por este capítulo", ya que es precisamente este capítulo en el segundo párrafo del artículo 216 el que exi

ge que el contrato social o la asamblea general extraordinaria, en las sociedades por acciones sean los que fijen los aumentos del capital; y rigiéndose, de acuerdo con el artículo 214, las sociedades de capital variable por las disposiciones que correspondan a la especie de sociedad de que se trate, resultan aplicables todas las disposiciones de las asambleas extraordinarias de las sociedades anónimas y entre ellas, el artículo 194 de la ley para las que el capítulo VIII no señala ningún tratamiento diferente".- (119)

Coincido con el autor mencionado, en cuanto a que el acuerdo de aumento o reducción de capital tomado por una asamblea general extraordinaria de accionistas deba ser protocolizado e inscrito, pues el texto legal así lo ordena, pero difiero en cuanto a que también se deban protocolizar e inscribir los acuerdos de aumento o reducción del capital decretados por el órgano de administración o la asamblea general ordinaria de accionistas, cuando en el contrato social se delegaron dichas facultades en cualquiera de estos órganos.

Estas dos ventajas, representan los motivos principales por los que en fecha reciente, gran cantidad de sociedades anónimas se transformaron a sociedades anónimas de capital

variable e incluso la mayoría de las sociedades de reciente constitución adoptaron el régimen de variabilidad en el capital.

3.- Conforme a lo expuesto por el Dr. Eduardo Johnson el costo de constitución de una sociedad de capital variable es menor que el de una sociedad de capital fijo, en virtud de que los honorarios notariales y el pago de derechos por inscripción en el Registro Público se harán de acuerdo al capital mínimo y no al autorizado, pudiendo aumentarse el capital social con posterioridad, por medio de el órgano de administración o por el órgano supremo (junta de socios o la asamblea general ordinaria de accionistas). (120)

4.- El tratadista francés Henri Decugis considera como ventaja la posibilidad de que una sociedad de capital varia--ble inicie sus operaciones sociales con una cantidad de capital muy restringida, siendo éste susceptible de aumentos sucesivos de acuerdo a las necesidades de la empresa. (121)

5.- En opinión del Dr. Eduardo Johnson otra ventaja del régimen de variabilidad del capital social es la flexibilidad para el pago de dividendos. "Al tener facilidad para dis-minuir capital se puede hacer esta reducción en una de - - sustituto del pago de dividendos", a menos que se trate -

de capital suscrito no pagado, capital pagado por capitalización de dividendos o superávit por revaluación y cuando exceda la disminución del capital enterado. (122)

DESVENTAJAS:

Considero que la única desventaja que implica el adoptar la modalidad de capital variable, es la de que la sociedad es sujeto de crédito frente a los terceros que contratan con ella, sólo hasta la cantidad establecida como capital mínimo fijo sin derecho a retiro, puesto que los terceros sólo cuentan con dicha suma como cifra de garantía, ya que la parte variable del capital social aún cuando sea una cantidad importante puede desaparecer de un momento a otro.

E) EL DERECHO DE RETIRO DEL ACCIONISTA.

El derecho de retiro que tienen los accionistas en las sociedades de capital variable no se debe confundir con el derecho de separación que tienen los accionistas en las anónimas, designando a uno y a otro "Derecho de Separación" y "Derecho de Retiro", cuestión de técnica jurídica para evitar confusiones.

El derecho de separación del accionista se puede definir -

como "... la facultad legal del accionista de separarse de la sociedad y obtener el reintegro de su parte en el haber social o la cosa aportada". (123)

En el derecho mexicano se consagra el derecho de separación del accionista en las anónimas y en las comanditas por acciones en cuanto a que existan uno o varios accionistas disconformes respecto a un acuerdo adoptado por la asamblea general extraordinaria de accionistas tratándose de los asuntos mencionados en las fracciones IV, V y VI del artículo 182 de la L.G.S.M., que se refieren al cambio de objeto, cambio de nacionalidad y transformación de la sociedad, respectivamente, puesto que dichas modificaciones al contrato social implican un cambio radical en la estructura de la sociedad en la que originalmente el accionista invirtió.

"El derecho de separación -en la anónima al menos-, es la auténtica puerta de escape que se abre para el accionista aplastado por la voluntad mayoritaria". (124)

De acuerdo con nuestra ley de la materia (125) el derecho de separación del accionista que hubiere votado en contra de las modificaciones al contrato social antes mencionadas, lo podrá ejercer obteniendo 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.

La doctrina señala que es necesario, para ejercer este derecho, el voto en contra del acuerdo relativo a cualquiera de las modificaciones al contrato social ya citadas, lo que descarta que los accionistas no asistentes a la asamblea o que se abstuvieron de votar, puedan ejercer dicho derecho.

De acuerdo con las disposiciones contenidas en el capítulo VIII de la L.G.S.M., que regula a las sociedades de capital variable, el capital de éstas es susceptible de disminución por retiro parcial o total de las aportaciones de uno o varios accionistas, sin más formalidades que las establecidas en el capítulo mencionado. (Art. 213 L.G.S.M.).

Con base en lo anterior se observa que uno o varios accionistas pueden ejercer el derecho de retiro en las sociedades anónimas que adoptan la modalidad de capital variable, en cualquier momento y sin justificar la causa del retiro, cumpliendo solamente las formalidades establecidas en el capítulo VIII de la ley.

Es evidente que al ejercitar el accionista el derecho de-

retiro, se le haga el reembolso de sus aportaciones, es por ello que el capital social se reduce. En el multicitado capítulo de la ley, no existe artículo alguno que indique la base con que se hará el reembolso, por lo que se considera que debe aplicarse supletoriamente el artículo 206 de la L.G.S.M., que en lo conducente dice "... obtener el reembolso de sus acciones, en proporción al activo social, según el último balance aprobado...". Se entiende que además de las aportaciones hechas se le reembolsa la parte proporcional del activo que le corresponde.

La jurisprudencia francesa, según Ripert (126), admite que el socio que se retira además de reintegrarle su aporte, tiene derecho a una parte proporcional de las reservas. Al respecto escribe Iturbide, "... el derecho de retiro, puede ejercerse libremente en cualquier tiempo..., sin que la sociedad pueda retenerle al socio la parte que le corresponda del capital y de las utilidades (artículo 15); situación que los terceros y los socios conocen de antemano por la advertencia de la variabilidad del capital".(127)

En las sociedades de capital variable existen dos clases de capital, no confundir con dos capitales, pues estaría en contra del principio de la unidad del capital social. Estas dos clases de capital con regulación distinta son: el

capital mínimo fijo sin derecho a retiro y la parte variable del capital social, que es la que nos interesa para analizar el derecho de retiro."

De acuerdo a lo anterior, los titulares de acciones de la parte del capital mínimo fijo sin derecho a retiro, no pueden ejercitar el derecho que se estudia en este apartado, pudiendo hacerlo solamente los accionistas cuyos títulos representen la parte variable del capital social, puesto que conforme al artículo 221 L.G.S.M. "No podrá ejercitarse el derecho de separación (debe entenderse retiro) cuando tenga como consecuencia reducir a menos del mínimo el capital social".

Cuando el accionista quiera ejercitar el derecho de retiro, ya sea parcial o totalmente, lo deberá notificar a la sociedad de manera fehaciente, surtiendo efectos hasta el fin del ejercicio social, si se notificó antes del último trimestre de dicho ejercicio, si hubiere sido posterior la notificación, hasta el fin del siguiente ejercicio, de acuerdo al artículo 220. L.G.S.M.

En opinión del Lic. Jorge Barrera Graf (128), no es aplicable "... el derecho de oposición de acreedores sociales, en los términos del artículo 9 L.G.S.M., en los casos del ejercicio del derecho de retiro, ya que la garantía de los

acreedores sociales se limita, en realidad, al capital mínimo que se señale en la escritura, respecto al cual no cabe derecho de retiro".

F) CRITERIOS DE LA COMISION NACIONAL DE VALORES RESPECTO AL -
REGIMEN DE LA VARIABILIDAD DEL CAPITAL.

Los criterios que a continuación se mencionan son aplicables a las sociedades anónimas de capital variable en su carácter de emisoras de valores, los cuales se encuentran en proceso de expedición, conforme a lo establecido por el artículo 14, fracción V, inciso B) de la Ley del Mercado de Valores, que a la letra dice:

Artículo 14.- Para obtener y, en su caso, mantener la inscripción de los valores en la Sección de Valores, sus emisores deberán satisfacer, a juicio de la Comisión Nacional de Valores, los requisitos siguientes:.....

V.- Que los emisores sigan políticas, respecto de su participación en el mercado de valores, congruentes con los intereses de los inversionistas, a cuyo efecto la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional de Valores, podrá expedir disposiciones de carácter general que deberán comprender:.....

B).- A las sociedades de capital variable emisoras de valores.

CRITERIOS.

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

Se pretende que la sociedad tenga disponible siempre la cantidad suficiente para el desarrollo de su objeto social, estableciéndola como capital mínimo fijo sin derecho a retiro, de manera que otorgue a la sociedad la seguridad de que el ejercicio del derecho de retiro en la parte variable del capital no le perjudicará jamás en cuanto a su funcionamiento y desarrollo, para lograr sus fines sociales.

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".

El objeto de este criterio es el de evitar abusos, pues de lo contrario, podrían existir sociedades con un capital m

nimo fijo por una cantidad ínfima, por ejemplo, cien mil pesos, y la parte variable ser de hasta varios millones de pesos. Este criterio ha sido modificado, en diciembre de 1984 la parte variable del capital social no podía exceder de cinco veces el importe del capital mínimo fijo sin derecho a retiro."

3.^o- "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".

Con base en este criterio, la Comisión Nacional de Valores limita la facultad de decretar el aumento o la reducción de la parte variable del capital social, exclusivamente a la asamblea general de accionistas (ordinaria o extraordinaria), de acuerdo a lo que se haya establecido en los estatutos sociales; entendiéndose que aún cuando los estatutos lo señalen, el órgano de administración no tiene facultades para hacer dichas modificaciones."

Por otra parte, se exige la protocolización del acta que conozca de cualquier modificación a la parte variable del-

capital, aún cuando dicha modificación haya sido acordada por la asamblea general ordinaria de accionistas, con el objeto de otorgar la seguridad jurídica necesaria a los terceros."

4.ª- "La modalidad de que el procedimiento para el ejercicio del derecho de retiro de los tenedores de acciones de la parte variable, además de ceñirse a lo ordenado en los artículos 220 y 221 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se sujete a que el reembolso correspondiente se pague conforme al valor que resulte más bajo de los dos siguientes:

El noventa y cinco por ciento 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 general 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".

La finalidad de este criterio es la de proteger al capital social, evitando que el ejercicio del derecho de retiro en la parte variable del capital lo menoscabe, porque los reembolsos se realicen de manera que perjudique a la sociedad. De acuerdo a este criterio se pagará el valor más bajo, resultante de los dos procedimientos señalados.

CITAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO III

- (85) RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN, Ob.^{ta} cit.^a, T.^o II, pág.^a 507.^a
- (86) LOZANO NORIEGA FRANCISCO, "Las Sociedades de Capital Variable", F.F.^a FRANCO impresor, Tesis U.N.A.M., México, - 1938, pág.^a 26.^a
- (87) HOUPIN C.^o, "Traité Théorique et Pratique Des Sociétés -- par Actions Francaises et Etrangères et des Sociétés D'Assurances", Ed.^o Larose et Forcel, Tome Premier, Paris, - 1889, Pág.^a 233.^a
- (88) BEDARRIDE J.^o, "Droit Commercial", "Commentaire de la Loi du 24 Juillet 1867", Ed.^o Aix, Achille Makaire, T.^o second, 2a.^a edition, Paris, 1881, pág.^a 253 y 254.^a
- (89) COPPER ROYER JEAN, "Traité Théorique et Pratique des Sociétés Anonymes", Mayenne, Imprimerie Floch, Tomme IV, - Quatrième édition, Paris, 1931, pág.^a 505 y 506.^a
- (90) CFR.^o Ob.^{ta} cit.^a, T.^o II, pág.^a 507.^a
- (91) RIPERT GEORGES "Tratado Elemental de Derecho Comercial", Tipográfica Editora Argentina, S.R.L.^a (Traducción de FELIPE DE SOLA CAÑIZARES), Tomo II, Sociedades, Buenos Aires, 1954, pág.^a 571 y 572; COPPER ROYER JEAN, Ob.^{ta} cit.^a, pág.^a 505.^a "...Las sociedades de capital variable que ---

adopten la fórmula genérica de una sociedad por acciones, -
están regidas por las disposiciones generales de la ley -
del 24 de julio de 1867, a continuación y a título acceso-
rio, por las disposiciones especiales comprendidas en los -
artículos 48 y 54, es decir, por el título III de dicha -
ley".

(92) COOPER ROYER JEAN; Ob.^{ta} cit.^a, pág.^a 506.^a .

(93) Cfr.^a Ob.^{ta} cit.^a, T.^o Premier, Paris, 1889.^a pág.^a 233; en el -
mismo sentido COPPER ROYER J.^o, Ob.^{ta} cit.^a, pág.^a 509 "..." in
sistir sobre el hecho de que el capital variable no es más
que una cláusula del pacto social.^a El legislador no ha -
pretendido crear una forma especial de sociedad"; en el -
mismo sentido GUYENOT JEAN, "Curso de Derecho Comercial",
vol.^o I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires,
1975, pág.^a 708, traducción de MANUEL OSSORIO FLORIT Y CON
CEPCION OSSORIO DE CETRANGOLO, "La Sociedad de capital -
variable no constituye, a decir verdad, un tipo distinto-
de sociedad.^a Se caracteriza por una cláusula de los esta
tutos que prevé la variabilidad del capital social".

(94) HOUPIN C.^o, Ob.^{ta} cit.^a, pág.^a 233.^a

(95) HOUPIN C.^o, Ob.^{ta} cit.^a, pág.^a 234.^a

- (96) GUYENOT JEAN, Ob.^{ta} cit.^a, pág.^a 708; RIPERT GEORGES, Ob.^{ta} cit.^a, pág.^a 572 "Las sociedades de capital variable se caracterizan por el hecho de no estar obligadas a mantener un capital fijo mientras que en las otras sociedades, se requiere una modificación de los estatutos para modificar el capital, en éstas el capital varía constantemente por la admisión o salida de socios".
- (97) Cfr.^a GUYENOT JEAN, Ob.^{ta} cit.^a, pág.^a 708; RIPERT GEORGES, Ob.^{ta} cit.^a, T.^o II, págs.^a 572 y 573.
- (98) HOUPIN C., Ob.^{ta} cit.^a, pág.^a 235, "Así, si el capital social, por una causa cualquiera, se reduce al décimo fijado como mínimo por el artículo 51, ningún socio más podrá retirarse de la sociedad por el reembolso de su dinero entero. - Tiene que estar estipulado por los estatutos que el capital irreductible será, no del décimo fijado por la ley, - pero sí el quinto del cuarto de la mitad, la facultad de decidir de la sociedad se suspenderá para todos los socios el día que el capital social se encuentre reducido a la porción determinada".
- (99) COPPER ROYER JEAN, Ob.^{ta} cit.^a, T.^o IV, pág.^a 510; GUYENOT - JEAN, Ob.^{ta} cit.^a, vol.^o I, pág.^a 711: "El principio del retiro voluntario del socio puede tener consecuencias nefastas

- (104) VIVANTE CESAR, Ob.^{ta} cit.^a, vol.^o II, pág.^a 392.^a
- (105) "De las Sociedades y de las Asociaciones Comerciales", - vol.^o II, de la obra "Derecho Comercial", de BOLAFFIO, - ROCCO, VIVANTE, traducción de DELIA VITERBO DE FRIEDER Y SANTIAGO SENTIS MELENDO, Buenos Aires, 1950, T.^o 7, pág.^a 370.^a
- (106) "Sociedad y Asociaciones Comerciales" (traducción de SAN TIAGO SENTIS MELENDO), Ediar, S.A., Editores, Buenos Aires, 1947, pág.^a 12.^a
- (107) "Principios y Problemas de las Sociedades Anónimas" (traducción de RENE CACHEAUX SANABRIA), Imprenta Universitaria, México, 1951, pags.^{as} 92 y 93.^{as}
- (108) "Tratado Práctico de Sociedades Mercantiles", Bosch, Casa Editorial, T.^o I, Barcelona, 1942, págs.^{as} 94 y siguientes.^{as}
- (109) Cfr.^a ITURBIDE GALINDO ADRIAN, Ob.^{ta} cit.^a, págs.^{as} 126 y 127, cita a ÁNGEL VELASCO ALONSO, Ley de Sociedades Anónimas anotaciones y concordancias, Ed.^{ta} Ariel, Barcelona, 1969, pág.^a 382.^a

- (110) GARO FRANCISCO J., "Sociedades Anónimas", Ediar, S.A., - T. I, Buenos Aires, 1954, pág. 138 (cita No. 4, segundo-párrafo).
- (111) "Tratado de Derecho Comercial Argentino", Cia. Argentina de Editores, S.R.L., T. II, Buenos Aires, 1938, pág. 637.
- (112) Ob. cit., T. II, pág. 509.
- (113) Ob. cit., págs. 98 y Cfr. 105.
- (114) "Derecho Mercantil", CARDENAS, Editor y Distribuidor, México, 1974, T. IV, pág. 460.
- (115) RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN, Ob. cit., T. II, pág. 510, - "..... debe distinguirse el régimen propio de las sociedades anónimas de las demás formas mercantiles. En las sociedades que no son anónimas el aumento de capital puede confiarse al consejo de administración o al órgano administrativo o bien puede requerir una decisión de la junta de socios.

En cambio, en las sociedades anónimas el artículo 216 - prescribe en su párrafo segundo que el contrato social - o la asamblea general extraordinaria fijará los aumentos

de capital y la forma y términos en que deban hacerse -
las correspondientes emisiones de acciones!"

- (116) Cfr. ITURBIDE GALINDO ADRIAN, Ob.^{ta} cit.^a, pág.^a 96.
- (117) Cfr. RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN, Ob.^{ta} cit.^a, T.^o II, pág.^a-
514; en el mismo sentido ITURBIDE GALINDO ADRIAN, Ob.^{ta} -
cit.^a, págs.^a 95 y 96.
- (118) Cfr. RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN, Ob.^{ta} cit.^a, T.^o II, pág.^a-
505.
- (119) ITURBIDE GALINDO ADRIAN, Ob.^{ta} cit.^a, págs.^a 117 y 118.
- (120) Cfr. JOHNSON OKHUYSEN EDUARDO A.^d, "Compañía Dominatriz,-
Holding Company", Ed.^{ta} Humanitas, Centro de Investigación
y Posgrado, México, 1985, pág.^a 189.
- (121) Cfr. DECUGIS HENRI, "Traité Pratique des Sociétés par -
Actions", Ed.^{ta} Recueil Sirey, Cinquième édition, Paris, -
1925, pág.^a 220, No.^a 156.
- (122) Cfr. Ob.^{ta} cit.^a, pág.^a 190.
- (123) VELASCO ALONSO ANGEL, "La separación del accionista", -

Editorial Derecho Financiero, Editoriales de derecho reunidas, Madrid, España, 1976, pág.^o 11.^o

(124) RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN, Ob.^o cit.^o, T.^o II, pág.^o 548.^o

(125) Cfr.^o Artículo 206.^o L.^o G.^o S.^o M.^o "Cuando la asamblea general de accionistas adopte resoluciones sobre los asuntos comprendidos en las fracciones IV, V y VI del artículo 182, cualquier accionista que haya votado en contra, tendrá derecho a 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".

(126) RIPERT GEORGES, Ob.^o cit.^o, T.^o II, pág.^o 575, No.^o 1465.^o

(127) ITURBIDE GALINDO ADRIAN, Ob.^o cit.^o, pág.^o 96.^o

(128) "Las Sociedades en Derecho Mexicano", Ed.^o Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.^o N.^o A.^o M.^o, México, D.^o F.^o, 1983, pág.^o 157.^o

C A P I T U L O I V

C O N C L U S I O N E S . I

- 1.ª En el derecho mexicano las sociedades mercantiles tienen personalidad jurídica, son sujetos de derechos y obligaciones, encontrando dentro de sus atributos al patrimonio.
- 2.ª El patrimonio de una sociedad, lo forman los bienes y derechos con reducción de sus obligaciones, el cual se integra inicialmente por las aportaciones de los socios.
- 3.ª Se debe distinguir al patrimonio social del capital social. Aunque inicialmente coinciden ambos, durante la vida de la sociedad lo más probable es que sean diferentes, el patrimonio social puede ser mayor o menor que la cifra establecida como capital social, debido al próspero o desfavorable funcionamiento de la sociedad, respectivamente.
- 4.ª El capital social es un elemento de existencia de toda so

iedad mercantil y, en consecuencia, es una cláusula esencial en la escritura constitutiva de la misma."

- 5.º El capital social, además de servir a la sociedad como instrumento para el desarrollo y logro de su objeto social, - representa una cifra de garantía para los terceros en sus relaciones con la sociedad y para los mismos socios."
- 6.º Por ser el capital social un instrumento jurídico destinado a la tutela de los terceros y de los socios, la ley lo protege en cuanto a su integridad."
- 7.º Otro principio rector del capital social es el del "Capital Mínimo" establecido por la Ley General de Sociedades Mercantiles, para las sociedades de responsabilidad limitada cinco mil pesos y para las sociedades anónimas y las sociedades en comandita por acciones la cantidad de veinticinco mil pesos."

Es conveniente modificar la fracción II del artículo 89, - así como el artículo 62 de la L.º G.º S.º M.º, en lo relativo a la cantidad mínima que se requiere para la constitución y funcionamiento de las sociedades anónimas y de las en comandita por acciones, así como de las sociedades de responsabilidad limitada, proponiendo que no sea una cantidad fija, -

sino que vaya en relación con la situación económica del país; por ejemplo tantas veces el salario mínimo o aumentarlo anual o bienalmente de acuerdo a los indicadores económicos que emite el Banco de México.

8. El capital social por ser una cifra de garantía, debe permanecer inalterable, pero en muchas ocasiones las sociedades mercantiles necesitan modificar la cantidad establecida como capital social, ya sea para aumentarlo o para disminuirlo.
9. Los aumentos obedecen generalmente a la necesidad que tiene la sociedad, de ampliar sus horizontes y alcanzar nuevas metas, o bien solventar situaciones desfavorables.
10. La reducción, por el contrario, puede resultar de diversas causas: por exceso del capital necesario para la consecución del objeto social; para cubrir pérdidas sufridas en ejercicios anteriores; y en los casos especiales tales como la exclusión de los accionistas morosos y el ejercicio del derecho de separación del accionista.
11. Los aumentos y las reducciones de capital, pueden ser reales o contables.

12. Las sociedades para poder modificar la cantidad establecida como capital social, deben cumplir previamente una serie de requisitos establecidos en la ley.
13. En una sociedad anónima de capital fijo, el acuerdo de aumento o reducción del capital social deberá tomarlo invariablemente la asamblea general extraordinaria de accionistas.
14. Cuando una sociedad necesita recursos, especialmente recursos frescos, ya sea por encontrarse en una situación crítica o tratándose de una sociedad próspera que desea ampliar sus negocios, para obtener estos recursos, tiene la siguiente alternativa:
 - A) Recurrir al préstamo bancario o al préstamo a través de la emisión de obligaciones a cargo de la sociedad, que generalmente se garantiza hipotecando el activo social de la misma.
 - B) La otra forma de obtener recursos y que es la más saludable para la sociedad, se logra a través del aumento real del capital social.
15. Difiero de la opinión del licenciado Roberto Guajardo Suárez

rez (citado en el inciso "D" del capítulo II del presente trabajo), en cuanto a que "La emisión de acciones" y "El aumento del valor nominal de las acciones", sean procedimientos que "Se traducen en un aumento efectivo".

Considero que la emisión de acciones cuando sea consecuencia de la creación de nuevos puestos de socios, en virtud de aportaciones que hagan éstos, así como el aumento del valor nominal de las acciones en virtud de nuevas aportaciones que realicen los socios, implican un aumento real en el patrimonio de la sociedad; pero no siempre la emisión de acciones o el aumento del valor nominal de las acciones se traducen en un incremento efectivo, puesto que en los aumentos de carácter contable, el acuerdo se puede ejecutar, emitiendo nuevas acciones o aumentando el valor nominal de los títulosvalor multicitados.

16. Tratándose de reducción del capital social en sociedades anónimas de capital fijo, en todos los casos de reducción, aún cuando la ley la imponga, el acuerdo respectivo deberá ser tomado siempre por la asamblea general extraordinaria de accionistas.
17. La publicidad del acuerdo de reducción del capital social como lo exige la ley, no es muy efectiva, los acreedores -

sociales difícilmente se enteran que una sociedad va a reducir su capital, en virtud de que pocas personas leen el Diario Oficial de la Federación o el periódico oficial del domicilio de la sociedad deudora. Es conveniente modificar el artículo 9 de la L.G.S.M. en lo relativo a la publicidad del acuerdo de reducción, siendo una manera de publicidad más eficaz en favor de los acreedores, la de que la sociedad que pretenda reducir su capital social les notifique el acuerdo correspondiente mediante fedatario público o la autoridad judicial.

18. El artículo 133 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, relativo a una prohibición clásica en el derecho de las sociedades anónimas que es mantenida en las legislaciones de diversos países, consistente en que "No podrán emitirse nuevas acciones sino hasta que las precedentes hayan sido íntegramente pagadas", no es de aplicación absoluta, es decir, no es aplicable a todas las hipótesis de aumento de capital y, por lo tanto, debe reformarse el texto legal mencionado adicionándolo con las excepciones: aumentos contables (capitalizaciones de reservas, de utilidades o de pasivos); el aumento resultante en la sociedad absorbente en los casos de fusión; en el supuesto de accionistas morosos siempre que la sociedad esté exigiendo los derechos que le corresponden; aumento de capital mediante aportaciones en especie; y en las acciones pagadoras cu-

yos saldos insolutos son exigibles hasta la llegada de las fechas convenidas para ser cubiertos.

19. De las legislaciones extranjeras analizadas, se observa - que sólo en Francia y Brasil, la modalidad de capital variable es aplicable a las distintas especies de sociedades mercantiles como régimen especial, al igual que en el derecho mexicano.
20. Tanto el derecho alemán como el austriaco no regulan el régimen de capital variable, pero estas legislaciones consagran la institución del "Capital Autorizado", en virtud de la cual se delega al Consejo de Administración la facultad de aumentar el capital social dentro de ciertos límites.
21. El derecho español reconoce como sociedades de capital variable a las mutuas de seguros y a las cooperativas. La ley española de sociedades anónimas regula la institución de capital autorizado, en forma análoga a las legislaciones alemana y austriaca.
22. Las legislaciones italiana y argentina no regulan el régimen de capital variable, como modalidad aplicable a todas las sociedades mercantiles. En el derecho italiano las cooperativas y las mutuas de seguros son las únicas socie-

dades que, por ser un elemento esencial de ellas, pueden ser de capital variable; en el derecho argentino lo es sólo la sociedad cooperativa.

23. En México todas las especies de sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades Mercantiles, pueden adoptar la modalidad de capital variable.
24. Las sociedades de capital variable no constituyen otra especie de sociedad regulada por la ley, la variabilidad de capital social es un régimen especial, en virtud del cual la sociedad que lo adopte puede aumentar o reducir la parte variable del capital social, sin necesidad de cumplir con los requisitos y formalidades que requieren las sociedades de capital fijo para modificar la cláusula relativa al capital social.
25. Las ventajas que representa el régimen de capital variable y la nominativización de las acciones han sido el motivo de que en fecha reciente, las sociedades que se constituyen adoptan dicha modalidad, y las de capital fijo se transformen a sociedades de capital variable.
26. En las sociedades de capital variable, sus miembros pueden ejercer el derecho de retiro, de todo o parte de sus apor-

taciones, siempre que éstas integren la parte variable del capital social.

27. El derecho de retiro es irrenunciable y se puede ejercer - sin expresión de causa.

B I B L I O G R A F I A .

ASCARELLI TULLIO, "Derecho Mercantil" (traducción del Lic. Felipe de J. Tena, notas de Derecho Mexicano por el Dr. Joaquín-Rodríguez Rodríguez), Ed. Porrúa Hnos. y Cía., México, 1940.

ASCARELLI TULLIO, "Principios y Problemas de las Sociedades Anónimas" (traducción de René Cacheaux Sanabria), Imprenta Universitaria, México, 1951.

ASCARELLI TULLIO, "Sociedades y Asociaciones Comerciales" (traducción de Santiago Sentis Melendo), Ediar, S.A., Editores, Buenos Aires, 1947.

BARRERA GRAF JORGE, "Las Sociedades en Derecho Mexicano", Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., México, 1983, - 1a. edición.

BEDARRIDE J., "Droit Commercial" "Commentaire de la Loi du 24-Juillet 1867", Tome Second, Ed. Aix, Achille Makaire, Paris, - 1881.

BRUNETTI ANTONIO, "Tratado del Derecho de las Sociedades", Tomo II, (Sociedades por acciones) (Traducción del italiano De Felipe De Solá Cañizarez, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, Buenos Aires, 1960).

COPPER ROYER JEAN, "Traité Théorique et Pratique des Sociétés-Anonymes", Tome IV, Mayenne, Imprimerie Floch, Paris, 1931.

DECUGIS HENRI, "Traité Pratique des Sociétés par Actions", Ed.^{ta} - Recueil Sirey, Paris, 1925.

DE GREGORIO ALFREDO, "De las Sociedades y de las Asociaciones-Comerciales", Volumen I y II de la Obra "Derecho Comercial" de Bolaffio, Rocco y Vivante, Tomos 6 y 7.^{os} (traducción de Delia Viterbo de Frieder y Santiago Sentis Melendo), Ediar, S.A., - Editores, Buenos Aires, 1950.

FRISCH PHILIPP WALTER, "La Sociedad Anónima Mexicana", Ed.^{ta} Porrúa, S.A., México, 1979, 1a.^a edición.

GARO FRANCISCO J.^o, "Sociedades Anónimas", Tomos I y II, Ediar, S.A. Editores, Buenos Aires, 1954.

GARRIGUES JOAQUIN, "Tratado de Derecho Mercantil", Tomo I, Volumen 2o., Ed. Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1947.

GAY DE MONTELLA R., "Tratado Práctico de Sociedades Mercantiles", Tomo I, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1942.

GUYENOT JEAN, "Curso de Derecho Comercial", Vol. ((traducción de Manuel Ossorio Florit y Concepción Ossorio de Cetrangolo), - Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1975.

HOUPIŒ C., "Traité Théorique et Pratique des Sociétés par Action Francaises et Etrangères et des Sociétés D'Assurances", - Tome Premier, Ed. Larose et Forcel, Paris, 1889.

ITURBIDE GALINDO ADRIAN R., "El Régimen de Capital Variable en las Sociedades Anónimas", Ed. Porrúa, S.A., México, 1985, 1a. edición.

JOHNSON OKHUYSEN EDUARDO A., "Compañía Dominatriz, Holding Company", Humanitas, México, 1985, 10a. edición.

LOZANO NORIEGA FRANCISCO, "Las Sociedades de Capital Variable",

Tesis U.N.A.M., México, 1938.

MANTILLA MOLINA ROBERTO, "Derecho Mercantil", Ed. Porrúa, S.A., México, 1975, 15a. edición.

MARTINEZ LOPEZ AGUSTIN, Estudio presentado a la Comisión Nacional de Valores, respecto de la no aplicación absoluta del artículo 133 de la L.G.S.M., México, 1974, inédito.

MUÑOZ LUIS, "Derecho Mercantil", Tomo IV, Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1974, 1a. edición.

RIPERT GEORGES, "Tratado Elemental de Derecho Comercial" (traducción de Felipe de Solá Cañizares), Tomo II, Sociedades, Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954.

RIVAROLA MARIO A., "Tratado de Derecho Comercial Argentino", - Tomo II, Sujetos del Derecho Comercial, Compañía Argentina de Editores, S. de R.L., Buenos Aires, 1938.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN, "Tratado de Sociedades Mercantiles", Tomos I y II, Ed. Porrúa, S.A., México 1947.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL, "Derecho Civil Mexicano", Tomo I, Introducción y Personas, Antigua Librería Robredo, México, 1949.

SANCHEZ ANDRES ANIBAL, "El Derecho de Suscripción Preferente - del Accionista", Ed. Civitas en Revista de Occidente, Madrid, 1973.

VELASCO ALONSO ANGEL, "El Derecho de Separación del Accionista", Ed. de Derecho Financiero, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1976.

VIVANTE CESAR, "Tratado de Derecho Mercantil", Volumen II, Las Sociedades Mercantiles, (traducido por Ricardo Espejo de Hinojosa), Ed. Reus, S. A., Madrid, 1932.

LEGISLACION.

"CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL", Ed. Andrade, S.A., México, 1986, 15a. edición.

"LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES", "CODIGO DE COMERCIO Y LEYES COMPLEMENTARIAS", Ed. Porrúa, S.A., México 1985, 45a. edición.

"LEY DEL MERCADO DE VALORES", Editada por la Comisión Nacional de Valores, México, 1985, 8a. edición.