

Analicemos la segunda parte del problema.

Para la empresa transformada en sociedad anónima de capital variable o para la empresa que desde su constitución ha adoptado este régimen, ¿cómo funciona la variabilidad del capital?

Procedamos a analizar las disposiciones de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles contenidas en su capítulo octavo:

El Artículo 203 establece que en las sociedades de capital variable, *"el capital social será susceptible de aumento por aportaciones posteriores de los socios o por admisión de nuevos socios"*. Hasta aquí, esta disposición no representa ninguna novedad en relación con las sociedades de capital fijo; es evidente que cualquier sociedad puede acordar el aumento de su capital social por aportaciones posteriores de los socios o por admisión de nuevos socios, si el órgano social con los quórums de asistencia y de votación requeridos, así lo decidiera. Pero continúa la Ley *"...será susceptible de disminución de dicho capital por retiro parcial o total de las aportaciones"*. Y aquí sí, está señalando una característica específica de las sociedades de capital variable, según dijimos al analizar el derecho de retiro, aunque es también evidente que en las sociedades de capital fijo, en los casos de excepción ya comentados, el retiro parcial o total de las aportaciones de un socio traerá como consecuencia la disminución del capital de la empresa. Y termina el precepto: *"sin más formalidades que las establecidas en este capítulo"*.

Analicemos a qué formalidades se refiere la Ley.

El Artículo 214 establece que 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"*.

No hay que olvidar que las sociedades de capital variable no son un tipo específico de sociedad regulado por la Ley, sino una modalidad que puede ser adoptada por cualquier tipo social. Pues bien, para cualquier tipo social que adopte este régimen, le seguirán

siendo aplicables las disposiciones que correspondan a la especie de sociedad de que se trate y solamente por las de la sociedad anónima en lo relativo a Balances (con la aclaración que antes hicimos respecto al decreto modificatorio de la Ley), y por lo que se refiere a las responsabilidades de los Administradores. Como en este estudio específicamente analizamos la problemática de las sociedades anónimas, tendremos que concluir que todas las disposiciones que corresponden a la especie de sociedad anónima, serán aplicables a las sociedades anónimas de capital variable con las únicas modificaciones que se establecen en el capítulo octavo.

El Artículo 215 establece que *“a la razón social o denominación propia del tipo de sociedad se añadirán siempre las palabras de CAPITAL VARIABLE”*; y esto es entendible pues, es la forma práctica de advertir a los terceros que se trata de una empresa que puede variar su capital con requisitos de modificación menos estrictos que los exigidos para las sociedades de capital fijo.

El Artículo 216 establece en su primer párrafo: *“El contrato constitutivo de toda sociedad de capital variable deberá contener además de las estipulaciones que correspondan a la naturaleza de la sociedad las condiciones que se fijen para el aumento y la disminución del capital social”*.

Este primer párrafo del artículo 216 es aplicable como todo el resto del capítulo a cualquier tipo de sociedad que adopte este régimen. Constituye así la regla general para cualquier tipo social y establece una libertad absoluta para que en el contrato constitutivo se establezcan las condiciones para el aumento y la disminución del capital social, que puedan quedar encomendadas a resoluciones de la Asamblea Ordinaria de Socios o bien a decisiones del órgano de administración.

Sin embargo, el segundo párrafo contiene la excepción a la regla general, consideramos que este segundo párrafo es decisivo en la interpretación correcta de la variabilidad del capital en las sociedades anónimas y que por haber sido en la práctica frecuentemente analizado con ligereza ha dado nacimiento a prácticas viciadas contrarias a la letra y al espíritu de la Ley y que representan un grave peligro en el ámbito mercantil en que se maneja.

Este segundo párrafo establece, que *“En las sociedades por acciones, el contrato social o la Asamblea General Extraordinaria fijarán los aumentos del capital y la forma y términos en que deban hacerse las correspondientes emisiones de acciones. 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”*.

Como puede observarse la excepción a la regla general contenida en el primer párrafo del Artículo 216 es para los aumentos de capital en las sociedades por acciones que de acuerdo con nuestra Ley, son las Sociedades Anónimas y las Sociedades en Comandita por Acciones. En éstas únicamente el contrato social o la Asamblea General Extraordinaria *fijarán los aumentos del capital y la forma y términos en que deban hacerse las correspondientes emisiones de acciones*.

Parece claro, que si el contrato social no establece nada al respecto, únicamente la Asamblea General Extraordinaria será el órgano capacitado para fijar los aumentos del capital y la forma y términos en que deben hacerse las emisiones de acciones; hasta aquí parece no haber discusión. En cambio se ha dicho que el contrato social haciendo uso de la libertad contenida en el primer párrafo del Artículo 216 y que hemos dicho constituye la regla general, puede encomendar irrestrictamente los aumentos del capital a la Asamblea Ordinaria de Accionistas o bien al órgano de administración; olvidando que si así fuera, la Ley no habría consagrado la excepción.

*“En las sociedades por acciones es preciso acuerdo de la Asamblea Extraordinaria para el aumento de capital, a no ser que ya esté previsto en la escritura constitutiva la forma y términos en que se hará”* (Roberto Montilla Molina, obra citada. Pág. 417).

*“El contrato constitutivo como instrumento de la voluntad de los socios, deberá determinar las condiciones que se establezcan para realizar los aumentos o disminuciones de capital. Obviamente estas condiciones serán menos estrictas que las que informan el aumento o disminución de capital en una Sociedad de Capital Fijo, es decir, el previo acuerdo, de Asamblea Extraordinaria, y el procedimiento que para disminución de capital prevé el Artículo Noveno de esta Ley.*

Es común condicionar al acuerdo del Consejo de Administración, la determinación de los aumentos o disminución de capital en este tipo de sociedades” (Ley General de Sociedades Mercantiles. José Héctor Macedo Hernández. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1977. Pág. 168).

“Por lo tanto, si establecemos en los estatutos que los aumentos o disminución del capital los podrá decretar la Asamblea General Ordinaria o el Consejo de Administración (o el Administrador Único), no requerirá la Sociedad de la formalidad y protocolización de una Asamblea Extraordinaria de Socios” (Johnson Okhuysen Eduardo A. Obra citada. Pág. 188).

Analicemos el texto legal: Hemos dicho que este segundo párrafo del Artículo 216 contiene una excepción para las sociedades por acciones y, la excepción es para los aumentos del capital; luego resulta evidente que para las disminuciones es aplicable la libertad absoluta de estipulación que permite el primer párrafo del 216. El contrato social podrá con toda libertad fijar las condiciones para disminuir el capital social.

En cambio para los aumentos la Ley literalmente dice que “*el contrato social o la Asamblea General Extraordinaria fijarán los aumentos del capital*”. ¿Qué debe entenderse por fijar los aumentos del capital? El verbo fijar de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española quiere decir, determinar, limitar, precisar; significa esto que el contrato social o la Asamblea Extraordinaria de Accionistas deben en primer término determinar, limitar, precisar los aumentos de ese capital, o con otras palabras: señalar con precisión los límites a los que puede llegar la variabilidad del capital.

Como en las sociedades anónimas el capital social está representado por acciones, al fijarse el aumento del capital social tendrá que fijarse igualmente la forma y términos en que deban hacerse las correspondientes emisiones de acciones, ya que cualquier alteración al capital social de una empresa, traerá como consecuencia necesaria la alteración de las acciones que lo representan.

En seguida añade el precepto: “*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*". El verbo emitir tiene dos significados: significa el producir o el crear títulos o valores y significa igualmente el poner en circulación dichos títulos o valores; nuestra Ley lo usa en ambos sentidos. Pues bien, el producir o el crear estos títulos o valores, solamente podrá hacerse, o bien por el contrato social o por la Asamblea Extraordinaria de Accionistas, y en cambio la expedición o la puesta en circulación de estos valores podrá ser efectuada por el órgano de administración o por una Asamblea Ordinaria.

Esto significa, que en una sociedad anónima de capital variable al  *fijarse el aumento de capital en el contrato social se tendrán que emitir (crear) acciones de tesorería*. Estas acciones emitidas y no suscritas, que bien podrían considerarse como acciones creadas, pero no puestas en circulación, se conservarán en poder de la sociedad para emitirse (ponerse en circulación), en la forma y términos que el propio contrato social establezca y que bien puede dejarse a la decisión posterior de la Asamblea Ordinaria de Accionistas o a la decisión inclusive, del órgano de administración de la sociedad: trátese de un órgano colegiado: consejo de administración, o de un órgano unitario: administrador único.

Dentro del contenido de la escritura constitutiva de toda sociedad, de acuerdo con el Artículo Sexto de la Ley, debe expresarse  *cuando el capital sea variable, indicándose el mínimo que se fije, y el Artículo 217 nos señala que, "en las sociedades anónimas, en las de responsabilidad limitada y en las comanditas por acciones, se indicará ese capital mínimo que no podrá ser inferior al que se fijen los Artículos 62 y 89 de la Ley"*.

En tratándose de las sociedades anónimas, el Artículo 89 de la Ley que ya hemos comentado señala como capital mínimo para las sociedades anónimas, el de \$ 25,000.00 M. N.

El señalar un capital mínimo fijo significa que no podrá ejercitarse el derecho de separación o de retiro cuando tenga como consecuencia reducir a menos de esa cifra el capital social.

La única mención que hace la Ley del capital autorizado está contenida en el segundo párrafo del Artículo 217 y se establece como una prohibición para  *"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 responsables por los daños y perjuicios que se causen".* Prohibición que tiene como finalidad advertir a los terceros respecto a cuál es la parte del capital sin derecho a retiro para que los terceros no se dejen engañar con la mención de un mayor capital autorizado que puede fácilmente disminuirse.

Sin embargo, esta mención del Artículo 217 en su segundo párrafo está íntimamente relacionada con el segundo párrafo del Artículo 216, pues el decir que en las sociedades por acciones *solamente el contrato social o la Asamblea General Extraordinaria pueden fijar los aumentos del capital*, no puede tener otro significado que autorizar un aumento y al autorizar un aumento (representado por acciones) se tendrá que señalar un capital autorizado (representado por acciones).

Quiere decir esto, que el contrato social tendrá que señalar el capital mínimo y el capital autorizado, fijando con esto hasta dónde puede llegar el aumento en la parte variable del capital, creándose de inmediato acciones de tesorería que se conservarán en poder de la sociedad y en el contrato se estipulará la forma y términos en que el órgano de administración o la Asamblea Ordinaria de Accionistas podrán ponerlas en circulación.

Si la sociedad en cambio, se constituyera con un capital mínimo determinado pero con un capital autorizado ilimitado, lo que resulta frecuente en la práctica, solamente la Asamblea Extraordinaria en un momento posterior *podrá fijar* hasta dónde se aumente el capital social y crear las acciones correspondientes.

Resulta así, que no siendo indispensable para este tipo de sociedades señalar desde un principio el capital autorizado, es sin embargo conveniente para que opere plenamente la variabilidad del capital, establecer cifras tope dentro de las cuales se produzcan los aumentos o las disminuciones del capital social; y, así, la cifra del capital mínimo fijo será el tope de las disminuciones y el capital autorizado señalado será el tope de los aumentos. La sociedad tendrá creadas y en tesorería las acciones por la diferencia que haya entre el capital fijo y el autorizado.

De esta forma, las alteraciones en la parte variable podrán válidamente encomendarse a los órganos de administración, administrador único o al consejo de Administración según el caso, o bien a la Asamblea Ordinaria de Accionistas y se harán sin necesidad de llenar más requisitos que su inscripción en el libro de registro que al efecto tienen que llevar todas las sociedades de este tipo. Pero siempre dentro de los *límites fijados* por el contrato social o por la Asamblea Extraordinaria.

Solamente los aumentos de la cifra tope, o sea, del capital autorizado que implicarían el fijar un nuevo aumento, o las disminuciones de la cifra tope inferior, capital mínimo, deberán acordarse por una Asamblea General Extraordinaria de Accionistas; implicando esto obviamente una modificación de la escritura, su protocolización ante Notario y su inscripción forzosa en el Registro Público de Comercio.

“En principio, el aumento del capital se practicará de acuerdo con las previsiones establecidas en los Estatutos.

De todos modos, 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 pueden 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. *Esto significará que si no se ha previsto en los Estatutos las condiciones del aumento del capital, en las sociedades anónimas que lo tengan variable, toda decisión sobre puntos no establecidos en la escritura corresponderá a la Asamblea General Extraordinaria.*

De lo dicho se deduce que, en las sociedades anónimas de capital variable, *los aumentos de capital están expresamente previstos en los estatutos o no lo están.* Si ocurre lo primero, el *acuerdo de ejercicio* podrá corresponder al Consejo de Administración; pero si ello no fuere así, los acuerdos nunca pueden delegarse en el Con-

sejo, sino que son de la competencia exclusiva de la Asamblea” (Rodríguez Rodríguez Joaquín. Obra citada. Pág. 415).

Resulta entonces contrario a las disposiciones de la Ley y en consecuencia ilegal establecer en el contrato social la libertad absoluta para la Asamblea Ordinaria o para el órgano de administración de acordar posteriormente los aumentos, si no se fija al mismo tiempo el máximo al cual puede llegar, o sea si no se señala cuál es el capital autorizado.

Resulta explicable esta disposición del Artículo 216 por la trascendencia que significa el crear las acciones de tesorería, y que constituyen el punto clave para permitir una auténtica flexibilidad en las variaciones del capital social.

*La Exposición de Motivos*, de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles se refirió a ellas en los siguientes términos: “Según se indicó ya, la Ley acoge como una modalidad para todas las sociedades el de constituirse como de capital variable. Aunque de utilidad para ser flexible el sistema de la Ley en lo que toca a cualquiera de los tipos aprobados, el Gobierno estima que esa modalidad será particularmente importante en las sociedades por acciones, supuesto que constituyéndose como de capital variable podrán adoptar instituciones como la de las acciones emitidas y no suscritas, que no habría podido hallar lugar, de haberse conservado íntegramente el sistema rígido del Código de Comercio”; hasta aquí la Exposición de Motivos.

“Respecto a tales acciones de tesorería, la Ley habla impropia-mente de “acciones emitidas y no suscritas” (Artículo 216); pues es evidente que tales acciones están creadas, pero no emitidas, ya que la emisión se realiza en el momento en que la sociedad las pone en circulación, entregándolas a su suscriptor o adquirente” (Mantilla Molina. Obra citada. Pág. 418).

Pero lo que hemos dicho es que el verbo emitir tiene dos significados (ambos utilizados por la Ley), por un lado significa producir títulos de crédito y por el otro ponerlos en circulación. El producir las acciones solamente puede ser o a través de disposiciones iniciales contenidas en el contrato social o por acuerdos posteriores tomados en la Asamblea Extraordinaria de Accionistas. La

puesta en circulación de las acciones en cambio, podrá ser hecha por decisión de la Asamblea Ordinaria o por decisión del órgano de administración.

Los aumentos de capital trátense de una sociedad de capital fijo, trátense de una sociedad de capital variable, tienen como consecuencia ineludible una modificación cuantitativa o cualitativa en los títulos de crédito que se llaman acciones, cualquier modificación que se haga al capital social, traerá como consecuencia una modificación a las acciones, y las acciones de acuerdo con nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles (Artículo 111) "deben regirse por las disposiciones relativas a valores literales, en lo que sea compatible con su naturaleza y no sea modificado por la presente Ley.

En el proyecto de Código de Comercio de 1929 formulado por la Secretaría de Economía se dice en el Artículo 829: "las acciones en que se divide el capital social de una sociedad anónima estarán representadas por títulos que servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio y que se regirán por las disposiciones relativas a valores literales en lo que sea compatible con su naturaleza y no esté modificado por la presente sección"; y, el Artículo 339 del mismo proyecto, establece que se "llaman valores literales los documentos que constituyen el título necesario y único para exigir el cumplimiento de la obligación que en ellos textualmente se consignan". Esta definición de valores literales tiene gran parecido con la que nos da la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, vigente, en su Artículo 5º "Son títulos de crédito, los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna". Y ambas definiciones encuentran su antecedente en la definición de Vivante: "El título de crédito es un documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo expresado en el mismo" (citado por Cervantes Ahumada Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. Editorial Herrero, S. A. 2ª Edición, México. 1961. Pág. 18).

Siendo entonces, las acciones títulos de crédito y sin analizar en este estudio cuáles son las disposiciones relativas a los mismos que son compatibles con la naturaleza de las acciones, podemos decir que los títulos de crédito tienen una vocación a la circulación, nacen para circular, nacen para ser suscritos inicialmente por un suscriptor y después por la vía cambiaria circular de mano en ma-

no. Son pues, instrumentos de inversión importantísimos en nuestro medio.

La emisión de acciones entendiéndola como la creación de estos instrumentos de inversión de renta variable, es lo que la Ley ha querido proteger reservándola a disposición del contrato social o a acuerdos de la Asamblea Extraordinaria de Accionistas. Y la razón de esta exigencia es, que tanto el contrato social como el acta de la Asamblea Extraordinaria de Accionistas deben estar formalizadas ante Notario Público e inscritas en el Registro Público de Comercio (Artículos 5º y 194 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

No parece fundamentada la aseveración del Doctor Mantilla Molina de que estas actas de asambleas no hayan de protocolizarse e inscribirse al decir que: "pese a la norma contenida en el párrafo final del Artículo 194, no parece que hayan de protocolizarse e inscribirse en el Registro Público de Comercio, el acta de la Asamblea General Extraordinaria que acuerde el aumento del capital en una sociedad constituida con la modalidad de tenerlo variable" (Mantilla Molina. Obra citada. Pág. 417).

Analicemos las disposiciones legales. El fijar los aumentos de capital en una sociedad por acciones tendrá como consecuencia ineludible la producción de acciones, la emisión de ellas en el primer sentido que hemos dicho tiene la palabra emitir; y las emisiones de acciones tienen que inscribirse forzosamente en el Registro Público de Comercio, así lo exige la fracción catorce del Artículo 21 del Código de Comercio sin olvidar que la inscripción en el Registro Mercantil de acuerdo con el Artículo 19 del propio Código es obligatoria para todas las sociedades mercantiles. Si recordamos que de acuerdo con el Artículo 214 las sociedades de capital variable se registrarán por las disposiciones que correspondan a la especie de sociedad de que se trate, tendremos que concluir que cualquier sociedad mercantil que emita acciones, o sea que las produzca, tratándose de capital fijo, tratándose de capital variable, tiene que inscribirlas en el Registro Público de Comercio.

Y la inscripción en el Registro Público de Comercio se hace con la presencia del testimonio de la escritura respectiva o del documento o declaración escrita del comerciante solamente cuando el tí-

tulo sujeto a registro no debe constar en escritura pública (Artículo 25 del Código de Comercio). Luego sigue aplicable con todos sus alcances la disposición del Artículo 194 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, "las actas de las Asambleas Extraordinarias serán protocolizadas ante Notario e inscritas en el Registro Público de Comercio".

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 al referirse a la posibilidad del aumento o disminución del capital "sin más formalidades que las establecidas por este capítulo", ya que es precisamente este capítulo en el segundo párrafo del Artículo 216 el que exige que el contrato social o la Asamblea General Extraordinaria, en las sociedades por acciones sean las 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 trata, 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.

Por otro lado, el Artículo 26 del Código de Comercio señala que los documentos que conforme a este Código deban registrarse y no se registren, sólo producirán efecto entre los que los otorguen, pero no podrán producir perjuicio a tercero (fisco incluido) el cual sí podrá aprovecharlos en lo que le fueren favorables; y tampoco debe olvidarse la disposición del Artículo 27 del propio Código que establece que la falta de registro de documentos hará que en caso de quiebra, ésta se tenga como fraudulenta, salvo prueba en contrario; disposición que no quedó derogada por la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1943 (Artículo 3º de Disposiciones Generales de dicho ordenamiento).

El Reglamento del Registro Público de Comercio reitera en su Artículo 29 que "sólo se registrarán: 1.—Los testimonios de escrituras, actas notariales, pólizas u otros documentos auténticos". Luego, si no se protocolizara el acuerdo de fijar los aumentos no se podrían inscribir las correspondientes emisiones de acciones.

Sin embargo, existe una ejecutoria de la Suprema Corte de Jus-

ticia que conviene analizar "SOCIEDADES DE CAPITAL VARIABLE.—NO SE REQUIERE MODIFICAR SU ESCRITURA SOCIAL PARA AUMENTAR O DISMINUIR SU CAPITAL". Es verdad que en términos de la fracción tercera del Artículo 182 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, son Asambleas Extraordinarias las que se reúnan para tratar entre otros asuntos, el aumento o reducción del capital social; sin embargo, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 213 de la citada legislación, que se refiere a las sociedades de capital variable, en éstas el capital social será susceptible de aumento por aportaciones posteriores de los socios o por admisión de nuevos socios y de disminución de dicho capital por retiro parcial o total de las aportaciones, sin más formalidades que las establecidas en el propio capítulo octavo de dicho Ordenamiento, con la circunstancia de que la razón legal de este último extremo, obedece a que en las sociedades de este tipo, resulta inadecuado el principio de permanencia constante del mismo monto de capital, puesto que dichos entes realizan negocios que por especial naturaleza requieren, en diversos momentos de su existencia, cantidades absolutamente desiguales de capital y es en función de ellos que el *aumento o disminución del mismo puede hacerse sin necesidad de modificar la escritura social* y por tanto sin que sea necesaria la celebración de la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas a que se refiere el primero de los preceptos citados con anterioridad, por lo que la única limitación es que dicho aumento o disminución se lleve a cabo en los términos del contrato social.

Amparo directo 5973/74.—Transportes del Pacífico, S. A. de C. V.—5 de julio de 1978.—5 Votos.—Ponente: Salvador Mondragón Guerra.—Secretario: Eduardo Lara Díaz.

(Informe 1978.—2ª Sala.—Núm. 138.—Pág. 101).

Se incurre en esta ejecutoria en el error frecuente de interpretar que al señalar el Artículo 213 que los aumentos y disminuciones de capital pueden hacerse "sin más formalidades que las establecidas en este capítulo", significa que no se requiere *ninguna otra formalidad* olvidando que es en el propio capítulo, en el Artículo 216, segundo párrafo, en el que se reitera que debe ser el contrato social o la Asamblea Extraordinaria la que fijen los aumentos.

Incurre también en error al mencionar que el aumento y la dis-

minución del capital pueden hacerse sin la celebración de la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas en virtud de no implicar modificación de la escritura social. Se olvida la ejecutoria que si bien es cierto que de acuerdo con el Artículo 182 se requiere la celebración de Asamblea Extraordinaria siempre que se produzca una modificación al contrato social (fracciones uno a siete y once, del Artículo 182), no son éstos los únicos casos en los que debe de celebrarse la Asamblea Extraordinaria de Accionistas, ya que de acuerdo con la fracción doce del mismo precepto, son igualmente Asambleas Extraordinarias las que se reúnan para tratar los demás asuntos para los que la Ley o el contrato social exijan quórum especial; y, en tratándose de las sociedades por acciones de capital variable, los aumentos del capital deben ser fijados por la Asamblea Extraordinaria si no lo ha hecho el contrato social, resultando evidente que es un caso en el cual la Ley exige un quórum especial y nada importa el que se modifique o no el contrato social; y de paso se olvida que la Ley en el Artículo 216 no da igual tratamiento a los aumentos y a las disminuciones de capital.

Pero, si en las sociedades por acciones los aumentos de capital deben estar siempre fijados o bien por el contrato social o por la Asamblea Extraordinaria de Accionistas, protocolizados e inscritos en el Registro Público de Comercio, ¿en qué consiste su flexibilidad?

La Ley exige, hemos visto que la producción, la creación de acciones se inscriba en el Registro Público de Comercio, inscripción que solamente puede hacerse mediante la presentación de un documento auténtico. La importancia de estos títulos de crédito ha hecho que el legislador siempre proteja su creación con la necesidad de un quórum especial. Asamblea Extraordinaria de Accionistas que debe ser protocolizada e inscrita, puesto que de otra manera la creación irrestricta por particulares de estos documentos de inversión podrían prestarse fácilmente a predatación o a posdatación de su emisión con gravísimas consecuencias de fraude para terceros.

Lo que resulta en cambio, perfectamente válido en las sociedades de capital variable es que una vez que las acciones estén creadas puedan irse poniendo en circulación cuando lo decida la Asamblea Ordinaria o el órgano de administración.

Las sociedades que se constituyen con un capital mínimo fijo y un máximo ilimitado desaproveen la posibilidad de emitir accio-

nes de tesorería desde su constitución y que son en definitiva las que permitirán una flexible variabilidad del capital social, ya que es evidente que una vez creadas las acciones por el órgano competente y protocolizado e inscrito el acuerdo respectivo, la seguridad de terceros será absoluta.

Cualquier tercero, podrá a través de la consulta en el Registro Público de Comercio saber cuál es el capital mínimo fijo de la empresa, cuál es el capital autorizado y la diferencia entre ambos será la parte variable, en donde los accionistas podrán libremente ejercitar su derecho de retiro, disminuyendo el capital; o bien hasta donde la Asamblea Ordinaria o el Consejo de Administración podrán determinar los aumentos.

Esa parte variable representará así la parte en que los accionistas podrán aumentar y disminuir sus aportaciones sin mayores requisitos. La cifra del capital mínimo será el tope de las disminuciones y la cifra del capital autorizado será el tope máximo al que pueden llegar los aumentos.

Establecidos así, el capital mínimo y el capital autorizado, toda reducción de capital dentro de la parte variable podrá realizarse sin más formalidad que por resolución de la Asamblea Ordinaria de Accionistas, del Consejo de Administración o del Administrador Único, en su caso, cuando lo estimen conveniente o inclusive cuando algún accionista solicite el retiro parcial o total de sus aportaciones. En la reducción del capital no tendrán que observarse las formalidades establecidas en el Artículo Noveno, ya que la Ley en el capítulo octavo no lo exige, lo que resulta lógico, dado que los terceros que contraten con la empresa estarán suficientemente advertidos de que el capital podrá disminuirse libremente en la parte variable, al saber que se trata de una empresa de este tipo.

Si el acuerdo de reducción del capital social partiera de la Asamblea Ordinaria de Accionistas o del órgano de administración de la sociedad, deberá establecerse en los estatutos los casos en que debe acudir al sorteo para el reembolso de las acciones a los socios y que reúna condiciones de generalidad y de imparcialidad, que permitan evitar se lesione en forma discriminada a alguno o algunos de los accionistas.

Para aprovechar al máximo la flexibilidad que la variabilidad del capital social permite, deberá establecerse en los estatutos que al reducirse el capital social en la parte variable, las acciones que se amorticen se canjearán de inmediato por acciones de tesorería para conservarse por la sociedad y ponerse en circulación nuevamente en futuros aumentos cuando lo determine la Asamblea Ordinaria o el órgano de administración, siempre y cuando no se rebase la cifra inicialmente autorizada para los aumentos por el contrato social o por la Asamblea Extraordinaria de Accionistas.

Dentro de la parte variable se habrá logrado el máximo de simplificación de formalidades para los aumentos y para las disminuciones que permite la Ley, debiendo simplemente de inscribirse en el libro de registro que al efecto llevará la sociedad (Artículo 219).

Los aumentos y las disminuciones del capital en la parte variable podrán corresponder a la clasificación de aumentos o disminuciones reales o contables que analizamos al principio de este trabajo.

Igualmente son aplicables a este tipo de sociedades los artículos 132 y 133 de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles. El primero que regula el derecho de opción o el derecho de preferencia como también se le llama. "...el fundamento de ese derecho está... en que, toda emisión de acciones nuevas en una sociedad próspera con buenas reservas y perspectivas halagüeñas, reduce la proporción en que se encuentran las acciones viejas con el patrimonio social e implica necesariamente la rebaja del valor de esas acciones en la medida en que las acciones nuevas van a absorber una parte de las reservas y de las expectativas de futuros beneficios. Para este caso, si el accionista antiguo que ha puesto su capital y esfuerzo en la sociedad y ha corrido riesgos que ya no pueden correr los accionistas nuevos, no tuviera el derecho de optar a la suscripción de nuevas acciones no quedaría tampoco protegido contra la natural disminución del valor de sus viejas acciones porque los procedimientos que la práctica mercantil ha puesto en uso para evitar esa nueva pérdida, como son las acciones con prima o la concesión a las antiguas acciones de un derecho preferente al dividendo y a la cuota de liquidación no hacen más que paliar esos graves inconvenientes" (Garrigues Uría, Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, citado por Mario Herrera, Acciones de Sociedades Industriales y Co-

merciales, Talleres de la Editorial Cultura T.G., S.A. México, 1965, pág. 76).

Argumentos igualmente válidos para las sociedades de capital variable.

En los proyectos de Código de Comercio tanto en el de 1977 como en el de 1981, así como en el proyecto de Ley General de Sociedades Mercantiles se conserva en términos generales la regulación de nuestra Ley vigente para las sociedades de capital variable pero con una diferencia fundamental: se sustrae de ellas a las acciones de tesorería y se establece como una posibilidad de cualquier S. A. el poder emitir las regulándolas en el capítulo de disposiciones generales.

Artículo 94 del Proyecto de 1977: "*Si se hubiere autorizado un capital social superior al suscrito, la diferencia estará representada por acciones que se conservarán en la tesorería de la sociedad, para ser emitidas contra el pago íntegro de su valor nominal a lo menos, de conformidad con lo que establecen los estatutos o en su defecto, acordarlo los administradores.*"

Esta disposición no es aplicable a las sociedades cuyo capital esté representado por acciones que no expresen valor nominal".

Como se ve, conserva en esencia el mecanismo que nuestra ley vigente permite sólo para las de capital variable, con la limitación de que las acciones de tesorería; en su oportunidad, cuando salgan a la circulación tendrán que ser acciones liberadas y nunca acciones pagadoras.

El Artículo 56 del Proyecto de Ley General de Sociedades Mercantiles: "*Si se hubiera autorizado un capital superior al suscrito; la sociedad podrá emitir las acciones que representen la diferencia, de conformidad con lo que establezcan los estatutos o, a falta de disposición de éstos, cuando el órgano de administración lo estime pertinente.*"

Las acciones a que se refiere este artículo podrán ser pagadoras, a condición de que las suscritas con anterioridad hayan quedado liberadas".

Este proyecto a diferencia del anterior, y de nuestra ley vigente no hace obligatoria sino potestativa la emisión de acciones de tesorería cuando exista un capital autorizado y permite, su creación por el órgano de administración cuando lo estime conveniente, aunque claro está dentro del límite que significa la existencia de un capital autorizado, y nunca más allá de éste. Confunde este proyecto la emisión de acciones, como creación de las mismas, con su emisión como puesta en circulación para su suscripción y pago. Y esto se confirma al leer el último párrafo del Artículo que dice que las acciones a que se refiere "*este artículo*" podrán ser pagadoras, clasificación sólo aplicable a las acciones en el momento de su suscripción y pago y no a las acciones de Tesorería en el momento de su creación ya que éstas no estarán ni siquiera suscritas; olvidando que en su primer párrafo parece permitir las.

El Artículo 58 del Proyecto de 81: "*podrá autorizarse un capital superior al suscrito y esta parte del capital estará representada por acciones que se conservarán en la Tesorería de la Sociedad para ser emitidas contra el pago íntegro de su valor nominal a lo menos, de conformidad con lo que establezcan los estatutos, o, en su defecto, al acordarlo los administradores*".

Como se ve se repite en este proyecto las ideas del de 1977.

En estos proyectos se observa cierta influencia del derecho español. La Ley Española de Sociedades Anónimas de 15 de julio de 1951 si bien es cierto no reglamenta a las Sociedades de capital variable, sí maneja la institución de Capital autorizado para cualquier tipo de Sociedad Anónima, en forma bastante parecida a como lo hace nuestra Ley Mexicana para las de Capital Variable. El artículo 96 de la Ley Española establece que tanto *en los estatutos primitivos como en los acuerdos de su modificación* adoptados con los requisitos previstos en el artículo 84 (obligación de expresar en la convocatoria de la junta general con la debida claridad, los extremos que hayan de ser objeto de modificación; que el acuerdo sea tomado por la junta con la concurrencia de socios y de capital previstos para acuerdos especiales; y que en todo caso se haga constar en escritura pública y se inscriba en el Registro Mercantil); podrá encomendarse a los administradores de la Sociedad, la facultad de aumentar su capital en una o varias veces *hasta una cifra determinada*, en la oportunidad y en la cuantía que ellos decidan, sin previa consulta a la junta general. Estas elevaciones no podrán en ningún

caso ser superiores a la mitad del capital nominal de la sociedad en el momento de la autorización y deberán realizarse dentro del plazo máximo de cinco años, a contar de la fundación de la sociedad o de la modificación de sus estatutos y mediante la emisión de acciones ordinarias. La emisión se someterá a lo previsto en los artículos 89 y 90, 91 y 92 de la presente Ley. Hasta que la emisión se realice, el capital autorizado no podrá estar representado por acciones ni llevado al pasivo del balance”.

Resulta claro que conforme a este artículo solamente los estatutos primitivos en la escritura constitutiva o el acuerdo tomado por una junta de socios con quórum de asistencia para acuerdos especiales, protocolizada e inscrita en el Registro Mercantil pueden señalar el capital autorizado que no es otra cosa que fijar una cifra determinada hasta la cual posteriormente los administradores de la sociedad podrán aumentar el capital, constituyendo así la cifra tope de los aumentos similar al capital máximo autorizado de nuestras sociedades de capital variable. Sin embargo en derecho español esta autorización dada a los administradores se da dentro de ciertos límites; la autorización queda limitada en todo caso a emisión de acciones ordinarias; sólo es aplicable a los casos de emisión de nuevas acciones en que medie desembolso real por parte de los accionistas; el capital solamente queda así autorizado durante un plazo de cinco años; y la suma autorizada no debe rebasar la mitad del capital nominal de la sociedad en el momento de fijarse la autorización.

La diferencia fundamental con nuestro derecho es que ese capital autorizado no podrá estar representado por acciones de Tesorería o acciones en cartera como se les llama en derecho español. “La figura del capital autorizado como cifra límite dentro de la cual se permite a los administradores aumentar el capital, sin previa consulta a la Junta General, es una Institución nueva en nuestro derecho que viene a reemplazar ventajosamente al sistema de las acciones en cartera. Como estas acciones, el capital autorizado cumple la misión de dotar a los administradores de la sociedad de un fondo de maniobra que les permita poner acciones en circulación sin tener que sujetarse a los rigurosos requisitos de los aumentos ordinarios” (Angel Velasco Alonso. Ley de Sociedades Anónimas. Anotaciones y Concordancias. Ediciones Ariel, Barcelona, 1969. Pág. 382).

La razón que tuvo el Legislador español de suprimir las acciones en cartera es explicado por el principio de integridad en la suscripción del capital. "El principio que instaura esta ley es el de que no podrá constituirse sociedad alguna que no tenga el capital suscrito totalmente y desembolsado en una cuarta parte, al menos. No se desconoce que este principio viene derechamente a prohibir una práctica muy extendida en las sociedades anónimas españolas y que consiste en conservar entero cierto número de acciones, ya en el momento fundacional, ya en el momento de la elevación del capital, para conceder así a los administradores un fondo de maniobra con ese capital en cartera, cosa que les permitirá elegir a su arbitrio el momento más adecuado para lanzar ese capital al público, entregando las acciones en cartera para ser suscritas a metálico o a cambio de una aportación de bienes "in natura". El sistema de las acciones en cartera permite, ciertamente a los administradores una gran libertad de movimientos para atraer nuevos recursos a las cajas sociales sin necesidad de observar los rigurosos requisitos de la reforma estatutaria. Pero se ha creído que estas ventajas eran menores que los inconvenientes de semejante práctica, derivados quizá de la costumbre de llevar al pasivo del balance la totalidad del capital escriturado, para dar mayor sensación de poderío económico, aunque ese capital no esté suscrito, llevando al activo la contrapartida de las acciones en cartera, las cuales se manejan como si realmente constituyeran un activo real. Por ello ha parecido prudente la supresión de las acciones en cartera, compensando su desaparición con la implantación del llamado "capital autorizado", que cumple análogos fines que el capital en cartera, sin crear ninguna obscuridad en cuanto a la situación económica de la sociedad ni dar ocasión a manipulaciones que, a veces adolecían de falta de pulcritud" (Alejandro Pelletier, Interpretación Práctica de la Ley de Sociedades Anónimas, Estudio Especial de los Problemas Financieros, Administrativos y Contables. Sexta Edición. Publicaciones Técnico Mercantiles, Madrid, 1970. Pág. 41).

Los inconvenientes que según hemos visto existían en Derecho Español para la subsistencia de las acciones en cartera, no existen en nuestro medio ya que el Artículo 217 de nuestra Ley prohíbe a las sociedades por acciones anunciar el capital cuyo aumento esté autorizado, sin anunciar al mismo tiempo el capital mínimo, con lo que no puede darse mayor sensación de poderío económico y sí en cambio pueden conservarse las acciones de tesorería que representan

grandes ventajas en las sociedades de capital variable, y sin que su existencia implique menoscabo alguno al principio de integridad en la suscripción del capital (Artículo 89 fracción I y II de la Ley), puesto que al ponerse en circulación operará ese principio con plenitud. "...Según queda expuesto en la introducción de estas notas, la ley *no quiso abandonar en lo general el sistema rígido latino de organización* de las sociedades anónimas; así es que conserva la exigencia de que antes de que inicie una compañía de esta clase su vida jurídica, *esté íntegramente suscrito el capital social. La flexibilidad compatible con el sistema fue introducida, según se expresa varias veces en esta exposición, a través de los preceptos de las sociedades de capital variable.* De esta manera y según se desprende claramente de los artículos respectivos, si bien nunca se dará el caso de que una anónima se presente ante el público con un capital que no ampare reales aportaciones en dinero o en naturaleza, constituyéndose *como de capital variable*, sí estará capacitada para admitir gradualmente, dentro de *los límites que fijen sus estatutos o el acuerdo de la asamblea*, nuevos socios en su seno y consiguientemente *capital nuevo que haga posible el crecimiento regular de la empresa*" (Exposición de Motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

En la Ley Alemana de 1965 en su Artículo 202 y en el Código Civil Italiano Artículo 2443 se consagra la misma idea que la Ley Española maneja respecto al capital autorizado, señalándose en ambos ordenamientos que los *estatutos sociales o un acuerdo posterior modificador de los estatutos* podrán autorizar al órgano de administración la facultad de aumentar el capital social *hasta una cifra nominal determinada*, con lo que se reitera la necesidad de fijar el límite de los aumentos vía escritura constitutiva o Asamblea Extraordinaria.

En México, el capital autorizado es una institución que está íntimamente vinculada con las acciones de tesorería y solamente pueden acudir a sus ventajas las sociedades de capital variable aunque con algunas excepciones: La Ley Federal de Instituciones de Fianzas y la Ley General de Instituciones de Seguros permiten a las sociedades que regulan al tener acciones de tesorería a pesar de ser sociedades de capital fijo; al igual que lo hacía el Artículo 8º de la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

Más recientemente la Ley del Mercado de Valores del 2 de enero de 1975 señaló en su Artículo 81 que previa autorización expresa de la Comisión Nacional de Valores y cuando así lo prevengan los estatutos, las sociedades anónimas de capital fijo podrán emitir acciones no suscritas, para su colocación entre el público, siempre que se mantengan depositadas en el instituto y que se cumplan las siguientes condiciones:

I.—La emisión debe hacerse con propósito de oferta pública, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley;

II.—El depósito en el Instituto se realizará por conducto de agentes de valores personas morales, en los términos de esta Ley;

III.—La emisora, previamente a la celebración de la *asamblea extraordinaria*, deberá presentar a la Comisión Nacional de Valores un proyecto de emisión, con todos los datos y documentos que la misma le solicite, incluyendo la información financiera, minuta de prospecto para información pública, así como el programa de colocación y el proyecto de los acuerdos de aumento de capital y de emisión de acciones que habrán de presentarse a dicha asamblea;

IV.—Al otorgar la autorización respectiva, la Comisión Nacional de Valores señalará las condiciones y requisitos a que deberá someterse la emisora y el agente de valores, tanto para la emisión como para la colocación de acciones;

V.—El importe de las acciones no suscritas no podrá exceder al 25% del importe del capital pagado, debiendo señalar la Comisión Nacional de Valores, dentro de dicho límite, el monto máximo de acciones no suscritas que puedan emitirse, tomando en cuenta la importancia y características de la sociedad emisora y las condiciones del mercado;

VI.—La sociedad emisora al dar publicidad *al capital autorizado*, tendrá la obligación de mencionar el importe *del capital pagado* a esa fecha;

VII.—Las acciones se acreditarán en cuenta al agente, contra el pago total que éste haga del precio de las mismas.

El Instituto llevará cuenta de las acciones que por ser suscritas y pagadas, pueden ser materia de transferencia y otras operaciones previstas en esta Ley;

VIII.—Las acciones que no se suscriban y paguen en el plazo que señale la Comisión Nacional de Valores se considerarán anuladas, sin que se requiera declaración judicial, y se procederá a su cancelación. La emisora procederá a reducir el capital social autorizado en la misma proporción;

IX.—La Comisión Nacional de Valores sólo aprobará emisiones de acciones no suscritas, cuando se trate de sociedades que mantengan políticas congruentes de colocación en sus valores en el público y de protección a los derechos de la minoría;

X.—Para facilitar la oferta pública de valores, en la *asamblea extraordinaria de accionistas en la que se decreta la emisión de acciones no suscritas*, deberá hacerse renuncia expresa al derecho de preferencia a que se refiere el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Habiendo quórum, en los términos de los estatutos sociales, el acuerdo que se tome producirá todos sus efectos alcanzando a los accionistas que no hayan asistido a la asamblea, por lo que la sociedad quedará en libertad de colocar las acciones entre el público, sin hacer la publicación a que se refiere el artículo antes citado. Cuando una minoría, que represente cuando menos el 25% del capital social vote en contra de la emisión de acciones no suscritas, dicha emisión no podrá llevarse a cabo.

XI.—En la convocatoria en la que se cite a Asamblea Extraordinaria se deberá hacer notar expresamente que se reúne para los fines precisados en este precepto, haciendo mención especial de lo establecido en la fracción anterior;

XII.—Cualquier accionista que vote en contra de las resoluciones adoptadas durante la asamblea, tendrá derecho a exigir de la sociedad la colocación de sus acciones, al mismo precio en el que se ofrezcan al público las acciones materia de la emisión. La sociedad tendrá obligación de colocar en primer lugar las acciones pertenecientes a los accionistas disidentes; y

XIII.—La Comisión Nacional de Valores estará facultada para

concurrir a las asambleas a fin de vigilar el cumplimiento de los requisitos señalados para la emisión de las acciones”.

Permite así este artículo la institución del capital autorizado para sociedades de capital fijo, pero a diferencia del derecho español, ligándolo íntimamente con la emisión de acciones de tesorería y resaltando que dicha emisión (entendiendo la palabra emisión como sinónimo de creación de los títulos) debe ser acordada siempre por una Asamblea Extraordinaria de Accionistas.