Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Algunas consideraciones sobre propuestas legislativas para reformar el régimen de capital variable

ADRIÁN R. ITURBIDE GALINDO*

En nuestro sistema jurídico, como sucede en la mayor parte de los países que tienen tradición jurídica romanista, el capital social ha sido cuidadosamente protegido por el legislador; esto se debe a que es importante para la seguridad de los terceros que contratan con una sociedad y aun para los mismos socios. Por tal razón, en la legislación mercantil se han incorporado todos los principios rectores que tienden a salvaguardarle: unidad, determinación, capital mínimo, suscripción íntegra, realidad e intangibilidad. Por lo mismo, cuando el órgano social competente toma el acuerdo de efectuar aumentos o reducciones de capital debe observar una serie de requisitos legales.

No obstante, la dinámica de la vida comercial moderna exige mayor flexibilidad en los procedimientos para alterar capital, lo que ha determinado en la práctica mercantil mexicana una marcada preferencia, al constituir sociedades, de formarlas con base en el tipo de sociedad anónima con régimen de capital variable. Dicho sistema va arraigando en nuestro medio.

En efecto, el legislador permite la flexibilidad frente a la rigidez tradicional hacia las variaciones del capital, sólo mediante la adopción de la modalidad de capital variable. Entonces, para aumentar el capital hasta el límite máximo (capital autorizado), en las sociedades anónimas se recurre a la emisión de acciones de tesorería (excepción al rígido principio latino de suscripción íntegra); dicho aumento, de acuerdo con nuestra ley vigente, puede ser fijado, en principio, en el contrato social, o posteriormente en un acuerdo tomado por la asamblea general *extraordinaria*. Las reducciones se efectúan a partir del derecho de retiro, el cual es ejercido por el socio, sin restricción alguna, hasta el límite inferior (capital mínimo).

Este capital mínimo fijo refleja la dimensión real de la solidez financiera de la empresa y está tutelado por todos los principios protectores de los que antes se hizo mención.

Sin embargo, la redacción del texto legal vigente ha permitido algunas interpretaciones equivocadas o cuando menos ligeras, que han conducido en la práctica comercial a corruptelas jurídicas que implican graves riesgos para terceros y para los socios mismos y que, por tanto, deben combatirse.

* Egresado de la Universidad Nacional Autónoma de México. Autor de diversas obras y ensayos jurídicos. Consejero efectivo de la Unión Internacional del Notariado Latino.

DR © 2001, Colegio de Notarios,
Distrito Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Así, resulta necesario sin duda, que el texto legal vigente sea revisado para clarificar su sentido, lo que permitirá a las empresas mercantiles aprovechar correctamente las ventajas de flexibilidad que este régimen ofrece, sin comprometer su seguridad.

Recientemente han sido propuestas, sin analizar a fondo el sistema, algunas iniciativas de reformas que lejos de lograr el objetivo deseado, de aprobarse, vendrían a legitimar esas prácticas indebidas.

La iniciativa de reformas a la Ley General de Sociedades Mercantiles y al Código de Comercio, presentada el 16 de octubre de 1997 a la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión por los integrantes del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional, encabezados por el senador Norberto Corella Gil Samaniego, es muy parecida a la anterior iniciativa presentada por el mismo senador en el año de 1995 y que fuera rechazada en su oportunidad por las Comisiones Unidas del Senado; sin embargo, respondiendo a iguales propósitos contiene algunas variantes.

En la iniciativa presentada en el año de 1995, se proponía reformar tres artículos de la Ley General de Sociedades Mercantiles:

a) la fracción tercera del artículo 182, para precisar que son asambleas extraordinarias las que se reúnan para tratar, entre otros asuntos, los aumentos o reducciones del capital social *fijo*;
b) el artículo 213 para establecer que el aumento o disminución del capital en las sociedades de capital variable no significan modificación del contrato constitutivo; y
c) el artículo 216 en su segundo párrafo, para cambiar la exigencia consagrada en la ley vigente, consistente en que en las sociedades por acciones el contrato social o la asamblea general extraordinaria fijan los aumentos del capital y la forma y términos en que deban hacerse las correspondientes emisiones de acciones, introduciendo la idea de que la competencia para dichos acuerdos correspondería al contrato *constitutivo* o a la asamblea general *ordinaria*.

El propósito, se dijo, era que las sociedades pudieran variar el monto de su capital sin necesidad de incurrir en el costo y trámites que implican la protocolización y registro de las actas de asambleas.

Con fecha 25 de noviembre de 1996, las comisiones respectivas del Senado dictaminaron que dicha iniciativa no era procedente, basándose entre otras, en las siguientes razones:

> La iniciativa *no profundiza* lo suficiente respecto de los alcances de los artículos 182, 213 y 216 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que propone reformar y rompe con esa propuesta la coherencia jurídica y la seguridad que

DR © 2001, Colegio de Notarios,
Distrito Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

en la emisión de acciones (creación de las mismas) el legislador de 1934 bus
có y plasmó con acierto en el texto vigente.

Se dice en la iniciativa que no se pretende modificar disposición alguna que sólo se precisa y aclara lo que la ley dispone. En realidad, con la propues ta se modifica radical y peligrosamente el sistema de la ley, pues encomiend *la creación de acciones en forma ilimitada a un órgano que no requiere esta revestido de la protección publicitaria que para determinados asuntos la le vigente considera indispensable*, sin profundizar en lo que significa el rég men de capital variable en una sociedad mercantil y la extraordinaria flexib lidad que se permite en las variaciones del capital social con absoluta segu ridad.

La propuesta *afectaría seriamente la seguridad jurídica* en la constitu ción y modificación del capital de las sociedades mercantiles, lo que propo cionaría la incertidumbre y *afectaría derechos de terceros, al no requerirse l protocolización notarial de dichos actos jurídicos y su posterior inscripció en los registros públicos de comercio.*

Son de conocimiento general los múltiples casos de acciones fraudu lentas o las simulaciones en aumentos o disminuciones de capital de socie dades mercantiles en detrimento de los inversionistas y de la canalizació del ahorro de las personas que adquieren de buena fe, acciones o títulos d valor de dichas sociedades, las cuales no se encuentran debidamente so portadas tanto en lo legal cuanto en lo económico.

La iniciativa que ahora se presenta insiste en las mismas ideas, per propone reformas únicamente a los artículos 213 y 216 de la Ley Gener de Sociedades Mercantiles y a la fracción XII del artículo 21 del Código d Comercio, en los siguientes términos:

a) Se propone reformar el artículo 213 para precisar que las variacione del capital en las sociedades de capital variable, son en la *parte varia ble* del capital social.
b) En el artículo 216 se corrige el error de la primera iniciativa, conse vando ahora el texto vigente de la ley, en el sentido de que en las socie dades por acciones, el contrato social o la asamblea general *extraord naria* fijarán los aumentos del capital *variable* y la forma y términos e que deben hacerse las correspondientes emisiones de acciones, per incluyendo después de la mención de la asamblea general extraordin ria la frase "cuya acta no será necesario protocolizar".
c) Se propone reformar el artículo 21, fracción XII, del Código de Co mercio para señalar que deben inscribirse en el Registro de Comerc los aumentos o disminuciones del capital efectivo en las *sociedade mercantiles, salvo que se trate de aumentos o disminuciones del cap tal variable.*

DR © 2001, Colegio de Notarios,
Distrito Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Se fundamenta esta iniciativa, al igual que la primera, en la conveniencia de eliminar trámites y costos para facilitar la capitalización de las empresas, como la erogación de gastos de protocolización y registro de actas de asambleas. Estos propósitos evidentemente rebasan la materia de la ley que se pretende reformar y, en todo caso, deberían analizarse desde la óptica de aranceles notariales y leyes fiscales; pero no emitir propuestas que distorsionan instituciones jurídicas bien estructuradas en nuestra ley.

En la primera iniciativa se pretendía permitir a las asambleas generales ordinarias fijar los aumentos de capital y la forma y términos en que deberían hacerse las correspondientes emisiones de acciones; en razón, se decía, que:

a) este tipo de asambleas no necesariamente debe protocolizarse e inscribirse, y
b) los aumentos y disminuciones de capital en estas sociedades no implican modificación estatutaria. Ahora, en la segunda iniciativa, reconociendo y subsanando el error implícito en el anterior planteamiento, se acepta que debe ser competencia de la asamblea general extraordinaria fijar los aumentos y, en consecuencia, crear las acciones y, sin embargo, se insiste en que ésta no deberá ser protocolizada ni inscrita.

Lo anterior implica, por una parte, un manejo superficial de la naturaleza de la modalidad de capital variable en las sociedades por acciones y, por la otra, al pretenderse anular o cuando menos desvanecer la distinción consagrada claramente en el texto legal vigente, entre los dos tipos de asambleas generales, las ordinarias y las extraordinarias, se propone una solución que violenta innecesaria y peligrosamente el esquema y la estructura misma de la ley.

Del estudio cuidadoso e integral de nuestra ley vigente, se desprende que el legislador de 1934 ha diferenciado con diáfana claridad los dos tipos de asambleas generales, evidenciando cuál ha sido el criterio para distinguirlas.

Separándose del aspecto de periodicidad seguido por otras legislaciones, ya que sólo lo conserva parcialmente para la asamblea ordinaria anual, los redactores de nuestro texto vigente han basado la diferencia entre ambos tipos de asambleas tomando en cuenta la naturaleza de los asuntos a tratar, y así han considerado que los acuerdos tomados en determinadas materias por el órgano supremo de la sociedad, que es la asamblea de accionistas, además de afectar la esfera interna de dicho ente social y de sus accionistas, trascienden a las relaciones externas de la empresa, pudiendo afectar a terceros, los que en consecuencia deben estar en posibilidad de conocerlos.

DR © 2001, Colegio de Notarios,
Distrito Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Por tanto, resulta de interés público que la legalidad de dichos actos sea analizada y sancionada por un tercero imparcial, perito en derecho, que es el notario, quien al formalizar los acuerdos, analice y se responsabilice de su legalidad; además, dichos acuerdos deben inscribirse en el Registro Público de Comercio puesto que, de no hacerse, sólo producen efectos entre quienes los otorgan, pero no producen perjuicios a terceros, los cuales sí pueden aprovecharlos en lo que les fueren favorables (arts. 19, 25 y 26 del Código de Comercio).

Así, ha considerado que determinados asuntos —en su mayoría *pero no de modo exclusivo* los que implican el contrato social y otros para los que la ley así lo exige, como la amortización por la sociedad de sus propias acciones, la emisión de acciones de goce, la emisión de acciones privilegiadas, cualquier emisión de acciones liberadas a través de procesos de capitalización, y el fijar los aumentos del capital en sociedades por acciones de capital variable— deben ser competencia exclusiva de asambleas generales extraordinarias de accionistas (arts. 116, 182, 216 LGSM).

Las diferencias fundamentales entre ambos tipos de asambleas generales, son:

a) el quórum de asistencia y el de votación son más elevados en la extraordinaria que en la ordinaria; y
b) la obligatoria protocolización ante notario del acta de la asamblea extraordinaria y su inscripción en el Registro Público de Comercio.

Se señala en la iniciativa que en la ley actual se establecen determinadas facilidades para las sociedades de capital variable que las distinguen de las de capital fijo, a saber:

a) La de poder pactar en la escritura constitutiva la forma de hacer las modificaciones del capital social sin que necesariamente sea a través de asamblea extraordinaria por no tratarse de una modificación a la escritura (art. 216, párrafo 2o.). Esta apreciación es equivocada, si no fuera indispensable el acuerdo de una asamblea extraordinaria, la propuesta de la iniciativa resultaría sin sentido; además, con esta afirmación se olvida que la ley exige asamblea extraordinaria, aun cuando no se realicen modificaciones a la escritura, como antes se dijo.
b) En caso de que se opte por acordar el aumento de capital en la asamblea extraordinaria no es exigencia la formalidad de la protocolización de dicha acta (art. 213). Esta apreciación es igualmente equivocada como se explica más adelante.
c) La posibilidad de acordar emisión de acciones sin que la totalidad de éstas queden suscritas de inmediato. Esta apreciación es correcta, si entendemos aquí el término "emisión" como sinónimo de creación.

DR © 2001, Colegio de Notarios,
Distrito Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

En cuanto al régimen de capital variable, el legislador del 34 señaló cuidadosamente para las sociedades por acciones, como formalidad para fijar los aumentos, cuando esto no hubiera sido hecho en la escritura constitutiva, la necesidad de recurrir a la asamblea general extraordinaria, como único órgano competente para hacerlo.

El artículo 213 señala que los aumentos y disminuciones del capital social se harán *sin más formalidades* que las establecidas en ese capítulo (capítulo VIII de la ley) y la necesidad de recurrir a la asamblea extraordinaria es una formalidad consagrada en ese capítulo.

Por otra parte, el artículo 214 señala que las sociedades de capital variable se regirán por las disposiciones que correspondan a la especie de sociedad de que se trate, salvo las modificaciones establecidas en el mismo capítulo.

En consecuencia, la exigencia de que sea una asamblea extraordinaria la que fije el aumento, *es una formalidad establecida* que debe regirse por las disposiciones que a ella corresponden en cualquier sociedad anónima, pues no se establece por el redactor de la ley ninguna modificación a la necesidad de protocolizarla e inscribirla (arts. 214 y 194), como ahora pretende establecer la iniciativa.

Por otro lado, el legislador del 34 tenía ya experiencia en las sociedades de capital variable, por lo que es inexacta la afirmación señalada en la iniciativa de que "en 1887 sólo existían sociedades mercantiles de capital fijo y de que en 1934, cuando se incorporó a la ley la modalidad de capital variable, no se tuvo el cuidado de hacer la distinción entre unas y otras".

En efecto, si bien en el Código de Comercio de 1889, vigente a partir del 1 de enero de 1890, se estableció la variabilidad como posibilidad solamente asequible para las sociedades cooperativas (art. 238), el Código de Comercio de 1884 la previó como posibilidad para cualquier sociedad anónima o en comandita compuesta, estableciendo que dicho régimen podría ser adoptado al constituirse la empresa; además, que para el aumento del capital se necesitaría la decisión de la junta de accionistas, sin que pudiera hacerse cada vez por más de otro tanto del capital primitivo; que las acciones, con posterioridad a la constitución de la empresa, no podrían negociarse sino por escritura ante notario; y que el ingreso y la salida de accionistas de toda sociedad tenía obligatoriamente que inscribirse en el Registro de Comercio (arts. 45 frac. V y 589 y siguientes).

En realidad, el régimen de capital variable fue extraordinariamente concebido por los autores de la ley de 1934, en sus dos facetas: disminuciones y aumentos de capital, señalándose las características fundamentales que determinan su aparición en Francia en la Ley sobre Sociedades del 24 de julio de 1867, de donde las tomaron nuestros Códigos de Comercio de 1884 y de 1889, que permite el derecho de retiro irrestricto de los socios,

DR © 2001, Colegio de Notarios,
Distrito Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

que trae como consecuencia una agilísima reducción del capital hasta un mínimo predeterminado y, por otro lado, adelantándose con gran visión en el aspecto de aumentos de capital, al moderno sistema de capitales autorizados para facilitar su extraordinariamente flexible ejecución posterior por los órganos de administración, que se ha desarrollado con tanto éxito en el presente siglo en muchos países influidos por el derecho continental europeo.

La regulación en nuestra ley de las variaciones del capital variable en sus dos facetas, conjuntando por un lado la facilidad de ejecutar aumentos de capital mediante la puesta en circulación de acciones de tesorería, previamente creadas y por otro lado, liberando al retiro de los socios y, en consecuencia, las reducciones del capital, de publicidad y formalidades, hacen de este régimen de capital variable un sistema básicamente mexicano, cuyas bondades pragmáticas justifican su conservación y perfeccionamiento.

Cuando la ley señala que en las sociedades por acciones sólo el contrato social o la asamblea general extraordinaria pueden fijar los aumentos y la forma y términos en que deban hacerse las correspondientes emisiones de acciones, no lo hace en una forma ligera o caprichosa, sino de manera absolutamente deliberada y congruente con toda la estructura de la ley.

Tanto la escritura constitutiva, que requiere obviamente la comparecencia de todos los socios fundadores, como las asambleas generales extraordinarias, que requieren un mayor y más prudente quórum de asistencia y de votación, están obligatoriamente sujetas a la calificación jurídica del notario (resaltada a partir de la última reforma al artículo 5o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles, simultánea a la eliminación de la necesidad de la homologación judicial), a quien se acude, como dice la exposición de motivos de la propia ley, por las *garantías de seguridad* que ofrece y su inscripción se efectúa en el Registro Público de Comercio para *salvaguardar el legítimo interés de terceros.*

Fijar el aumento en una sociedad de capital variable supone, como lo dice la misma exposición de motivos, establecer la posibilidad de admitir gradualmente dentro de esos límites fijados en sus estatutos o en el acuerdo de la asamblea, nuevos socios en su seno y por consiguiente capital nuevo, que haga posible el crecimiento regular de la empresa.

Así, fijar un aumento no significa otra cosa que señalar un capital autorizado que será el tope o límite de los movimientos ascendentes del capital mediante la creación de acciones de tesorería (acciones creadas pero no suscritas), cuya posterior puesta en circulación para su suscripción y pago pueden delegarse en el órgano de administración. En tanto que el capital mínimo fijo constituye el tope o límite de las disminuciones; esto es, hasta cuánto puede ejercerse el derecho irrestricto de retiro de los accionistas.

DR © 2001, Colegio de Notarios,
Distrito Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Tanto la variación del límite inferior (capital mínimo) como la variación del límite superior (capital autorizado), con posterioridad a la constitución de la empresa, deben ser acordadas por una asamblea general extraordinaria protocolizada e inscrita; en cambio, las variaciones entre ambas cifras se pueden manejar con la máxima flexibilidad y seguridad para socios y terceros y los aumentos y disminuciones del capital que se dan entre estos rangos, cuantas veces sea necesario, no requieren por supuesto ser protocolizados ni inscritos, sino tan sólo deben ser controlados en un libro interno de la sociedad (art. 219).

La posibilidad de que sin existir el tope de los aumentos, éstos puedan ser fijados por una asamblea ordinaria o por una asamblea extraordinaria distorsionada, que es exactamente lo mismo, como lo propone la iniciativa, llevaría a generalizar la práctica, que con la reforma quedaría ya legalizada, de crear (emitir) acciones en forma simulada o fraudulenta, lo cual afectará derechos de terceros y de los socios mismos, debilitando la seguridad jurídica tan ansiosamente buscada por la sociedad mexicana.[1]

A esta iniciativa le pueden ser perfectamente aplicables las razones que llevaron a las Comisiones Unidas del Senado a rechazar la de 1996.

No hay que olvidar que la regulación actual de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles es aplicable no sólo a las pequeñas sociedades anónimas constituidas entre familiares o entre grupos cerrados de amigos, sino que es aplicable también a las empresas medianas y a las grandes sociedades abiertas que obtienen sus recursos de la oferta pública, por lo que resulta peligrosa la iniciativa.

Esta asamblea extraordinaria distorsionada que se propone, vendrá a chocar con otras disposiciones de la propia Ley General de Sociedades Mercantiles, de la Ley del Mercado de Valores y de otros ordenamientos mercantiles vigentes.

Si se aprobara, será previsible, como ya se dijo, que se generalice la práctica de constituir sociedades siempre con el capital mínimo legal y que no existiendo un capital autorizado publicitario, éste se eleve al antojo y capricho del grupo de accionistas que controle la empresa, creando en forma oculta al mundo mercantil, títulos de acciones que puedan predatarse o

[1] Con este procedimiento, sin que exista un límite fijado por el contrato constitutivo o por asamblea extraordinaria de accionistas protocolizada e inscrita, se ha dado en la práctica el caso de que un grupo de socios, en acuerdo tomado en asamblea ordinaria de accionistas (cuyas decisiones en segunda convocatoria son válidas cualquiera que sea el número de acciones representadas), han podido aumentar el capital social en forma amañada, y lo han suscrito y pagado, en su totalidad, a valores nominales históricos, apoderándose así de una empresa con un patrimonio muchas veces mayor, lesionando fraudulentamente el legítimo derecho del resto de los accionistas.

DR © 2001, Colegio de Notarios,
Distrito Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

posdatarse al gusto, lo que permite la posibilidad de maquinaciones fraudulentas en su tráfico, en detrimento de los grupos minoritarios de socios y de terceros.

Es evidente que la ley de 1934 requiere, no sólo en esta materia sino en todo su articulado, una revisión a fondo que mejore y aclare su contenido que suprima figuras societarias obsoletas, que elimine las corruptelas que con frecuencia, en la práctica se dan, sin olvidar que contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario; pero es lamentable que se insista en una reforma que, sin analizar a fondo a régimen de capital variable, lo distorsione propiciando el debilitamiento de la seguridad jurídica y que desconozca los interesantes proyectos[2] que en esta materia se han elaborado a lo largo de muchas décadas por destacados mercantilistas mexicanos, así como los avances que en el manejo del capital autorizado han tenido varios países de la Europa continental, con los que compartimos grandes semejanzas en nuestros sistemas jurídicos.[3] En

[2] Proyecto del Código de Comercio 1977. Artículo 94:

[...] 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 al acordarlo los administradores.

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

Proyecto de Ley General de Sociedades Mercantiles, Mantilla Molina, Barrera Graf Díaz Bravo. Artículo 66:

[...] 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 pagaderas, a condición de que las suscritas con anterioridad hayan quedado liberadas.

Proyecto de Código de Comercio de 1981.

Artículo 58: *Podrá autorizarse un capital superior al suscrito* y esta parte del capital estará representado 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.

[3] La ley española del 17 de julio de 1951 de Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas establece:

Artículo 84. Para llevar a cabo *cualquier modificación de los estatutos*, la disolución o el cambio de objeto de la sociedad, se requiere, bajo pena de nulidad:

1. Expresar en la convocatoria de la junta general, con la debida claridad, los extremos que hayan de ser objeto de modificación.

DR © 2001, Colegio de Notarios,
Distrito Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

ellos se insiste que por razones de seguridad jurídica los capitales autorizados deben ser acordados por las juntas generales de socios, protocolizadas e inscritas en el Registro Público de Comercio, y regulados plazos y montos cuidadosamente.

Resulta mucho más conveniente pensar en una reforma aclaratoria del texto legal que regula este régimen de variaciones del capital que, sin distorsionar instituciones, facilite su interpretación y que permita a todas las sociedades mercantiles acceder a las ventajas que implica este régimen, para que cuenten con un sistema ágil, sencillo y flexible de variaciones en una parte predeterminada de su capital social, sin afectar la seguridad de terceros ni el legítimo interés de los grupos minoritarios de socios.

Si reconocemos la preferencia mostrada en nuestro país, en los últimos años, por los fundadores de sociedades mercantiles, de adoptar la modalidad de capital variable, resulta aconsejable precisar a través de la reforma legislativa correspondiente diversos aspectos:

I. Que todas las sociedades se constituyan bajo el régimen de capital variable.

---

2. Que el acuerdo sea tomado por la junta con la concurrencia de socios y de capital previstos en el artículo 58. En todo caso, el acuerdo se hará constar *en escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil.*

Esta disposición deja a salvo lo establecido en el artículo 67.

Artículo 96. Tanto en los estatutos primitivos como en los acuerdos de su modificación adoptados *con los requisitos previstos en el artículo 84, 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 desde 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, 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.

La Ley española 30361 Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre de ese año, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, establece:

Artículo 144. Requisitos de la modificación.

1. *La modificación de los estatutos deberá* ser acordada por la junta general y exigirá la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Que los administradores o, en su caso, los accionistas autores de la propuesta formulen un informe escrito con la justificación de la misma.

b) Que se expresen en la convocatoria, con la debida claridad, los extremos que hayan de modificarse.

DR © 2001, Colegio de Notarios,
Distrito Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Para ello será necesario eliminar el último párrafo de la fracción VI del artículo 6 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y modificar la fracción V del mismo numeral, para incluir, entre los requisitos que toda escritura constitutiva de toda sociedad mercantil debe contener: "el importe del capital mínimo fijo y el del capital autorizado", y precisar en el texto legal que la diferencia entre ambas cifras constituye la parte variable del capital.

De esta manera, quedará claro que todas las sociedades tendrán establecida, desde su constitución, por los socios fundadores o posteriormente a través de un acuerdo, una asamblea de socios que modificará:

a) los límites dentro de los cuales el órgano de administración tendrá delegada la facultad de determinar fechas, condiciones y montos de aumentos de capital, poniendo en circulación las acciones de tesorería previamente creadas; y
b) los socios tendrán perfectamente precisado el límite hasta el cual podrán ejercer libremente su derecho de retiro.

---

c) Que en el anuncio de la convocatoria se haga constar el derecho que corresponde a todos los accionistas de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y del informe sobre la misma y de pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos.
d) Que el acuerdo sea adoptado por la junta de conformidad con lo dispuesto por el artículo 103.

En todo caso el acuerdo *se hará constar en escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil*, y se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

Artículo 153. Delegación en los administradores.

1. La junta general, *con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos sociales, podrá delegar* en los administradores:

a) La facultad de señalar la fecha en que el acuerdo adoptado de aumentar el capital social deba llevarse a efecto en la *cifra acordada* y de fijar las condiciones del mismo en todo lo no previsto en el acuerdo de la junta general. El plazo para el ejercicio de esta facultad delegada no podrá exceder de un año, excepto en el caso de conversión de obligaciones en acciones.
b) *La facultad de acordar* en una o varias veces el *aumento del capital social hasta una cifra determinada* en la oportunidad y en la cuantía que ellos decidan, sin previa consulta a la junta general. Estos aumentos no podrán ser superiores en ningún caso a la *mitad del capital social* en el momento de la autorización y deberán realizarse mediante aportaciones dinerarias dentro del plazo máximo de cinco años a contar del acuerdo de la junta.

2. Por el hecho de la delegación los administradores quedan facultados para dar nueva redacción al artículo de los estatutos sociales relativo al capital social, una vez acordado y ejecutado el aumento.

DR © 2001, Colegio de Notarios,
Distrito Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

La primera parte de esta propuesta tiene la ventaja de que en los estatutos sociales existirá siempre una prudente delegación en el órgano de administración de la facultad de acordar aumentos razonables y oportunos del capital hasta el monto de la cifra autorizada, sin la necesidad, como sucede en nuestro texto legal vigente, de recurrir a acuerdos de asambleas extraordinarias que fijen el aumento (señalando el capital autorizado), salvo, claro está, que se quisiera modificar el importe de ese capital autorizado; o que esa delegación esté limitada a cierta temporalidad, como sucede en algunas legislaciones europeas.

La segunda parte de la propuesta conservaría la posibilidad de los socios para ejercer su interesante derecho de retiro, por un lado, sin ninguna restricción; y por el otro, sin perjudicar a terceros ni a la buena marcha de la sociedad.

II. Para ello, resulta necesario acotar esa parte variable dentro de límites fijados que guarden entre sí proporción razonable y no dejarla peligrosamente abierta como sucede ahora; lo que en la práctica origina que empresas con capital mínimo demasiado pequeño, aun cuando tienen suscrito y pagado en su parte variable sumas importantes de capital, no ofrezcan garantía suficiente en sus relaciones comerciales con terceros, por su evidente volatilidad. Esto obliga con frecuencia, en ope-

---

La Ley de Sociedades Anónimas alemana de 6 de septiembre de 1965 (arts. 182, 222) establece que los aumentos y reducciones del capital pueden ser acordados solamente por el voto favorable de las tres cuartas partes del capital representado en una asamblea o por un porcentaje mayor, si lo prevén los estatutos; la dirección, en cuanto órgano de administración, puede aumentar el capital dentro de los cinco años que sigan al registro de la sociedad, hasta por un *importe autorizado*, si lo prevén los estatutos.

Ley francesa n. 66-537 del 24 de julio de 1966 de Sociedades Mercantiles:

> Artículo 180. *La asamblea general extraordinaria es la única competente* para decidir, con el informe del consejo de administración o del directorio, según el caso *un aumento de capital* [...] La asamblea general puede delegar al consejo de administración o al directorio, según el caso, las facultades necesarias a efecto de realizar el aumento de capital en uno o varios actos, de fijar sus modalidades, de constatar su realización y de proceder a la modificación correspondiente de los estatutos.
>
> Artículo 181. El aumento del capital debe ser efectuado en un plazo de cinco años a partir de la fecha de la asamblea general que lo haya *acordado o autorizado*.

Código Civil italiano (art. 2443). Permite que en los estatutos sociales se autorice al órgano de administración para aumentar el capital social en una o varias veces hasta una cifra nominal determinada, limitando el aumento a que se efectúe con acciones ordinarias, y la facultad sólo puede delegarse por un año, desde la fecha de inscripción de la sociedad en el Registro de Empresas o desde la fecha del acuerdo sobre reforma a los estatutos.

DR © 2001, Colegio de Notarios,
Distrito Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

raciones crediticias, a que los acreedores exijan que los socios asuman, en lo personal, obligaciones solidarias con la empresa deudora, lo cual viene finalmente a desvirtuar la ventaja de la limitación de la responsabilidad de los socios que en las sociedades anónimas siempre se ha buscado.

Por eso, también será conveniente establecer en la ley la relación proporcional que deba mantener el capital mínimo fijo (sujeto a todas las normas protectoras que nuestra ley con gran cuidado establece) y el capital autorizado; con posibilidad dentro de ambas cifras (la parte variable), de realizar variaciones ágiles, flexibles, sin formalidades, con extraordinarias ventajas de oportunidad financiera, tomando en cuenta que por su carácter volátil y, por ende, potencialmente peligroso, esa parte variable debe estar acotada.

Se podría sugerir, por ejemplo, siguiendo el parámetro establecido en el texto original del artículo 81 de la Ley del Mercado de Valores,[4] que el monto de la parte variable no excediera del 25% del capital mínimo fijo, suscrito y pagado; o la solución que da la ley española, limitar el capital autorizado a no más de la mitad del capital social; o incluso si se prefiriera alcanzar flexibilidad más amplia, establecer que el capital autorizado no pudiere exceder del cien por ciento del

[4] La Ley del Mercado de Valores, en el texto original del artículo 81, establecía:

> [...] 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 por 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 [...] V. El *importe* de las acciones no suscritas *no podrá exceder al veinticinco por ciento* 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 [...] X. Para facilitar la oferta pública de valores, en la *asamblea extraordinaria de accionistas* en la que se *decrete 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.

En el texto vigente, el importe de las acciones no suscritas, puede ser hasta por el monto que autorice la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, abandonándose el límite del 25% que antes se señalaba.

DR © 2001, Colegio de Notarios,
Distrito Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

capital mínimo fijo, suscrito y pagado, que en última instancia es el que da solidez económica y financiera a una empresa.

III. Por otro lado, no necesitaría limitarse en el tiempo la delegación de facultades al órgano de administración, para señalar fechas, condiciones y montos de los aumentos de capital dentro de la parte variable y hasta el límite fijado, según se establece, como ya dijimos, en algunas legislaciones europeas, pues al estar preseñalado obligatoriamente en los estatutos el monto de un capital autorizado, la facultad de determinar los aumentos hasta esa cifra dentro de la parte variable, se entenderá delegada en los administradores, quienes podrán ejercerla las veces que consideren conveniente hasta esa cantidad predeterminada, conocida con absoluta certeza por accionistas y terceros.

IV. Otro punto que vale la pena precisar con claridad en nuestra legislación positiva, es el de decidir si en esa parte variable los aumentos pueden pagarse sólo con nuevas aportaciones de los socios actuales y con aportaciones que hicieran nuevos socios; o si se pueden cubrir también algunos procedimientos de capitalización.

Parece razonable que se permita, en forma expresa, en la ley el pago de los aumentos en parte variable, incluso a través de la capitalización de algunas partidas patrimoniales, como pudieran ser la capitalización de primas o de otras aportaciones previas de los socios o aun la capitalización de utilidades retenidas; en cambio, es poco aconsejable permitir capitalizar reservas de valuación o de revaluación para pagar aumentos en esta parte variable, ante la posibilidad de que una vez efectuada la capitalización, los socios ejerzan de inmediato su derecho de retiro y pongan en riesgo la sana estabilidad financiera de la empresa y comprometan su liquidez.

La posibilidad de capitalizar la reserva legal para cubrir aumentos en la parte variable, en definitiva debe prohibirse en la ley, puesto que la simple posibilidad del retiro inmediato por parte de los socios constituye una violación a la prohibición de repartir este fondo.

V. Debe también precisarse que la diferencia entre el capital mínimo y el capital autorizado estará obligatoriamente, de inicio, representada por acciones de tesorería (creadas, pero no suscritas), que se pondrán en circulación posteriormente para su suscripción y pago cuando el órgano de administración determine llevar a cabo algún aumento, respetando el derecho de preferencia de los socios.

VI. Debe señalarse que cuando se reduzca el capital en esa parte variable, ya sea por decisión del propio órgano de administración o por decisión proveniente del mismo socio, las acciones amortizadas por disposición de ley se conviertan automáticamente en acciones de tesore-

DR © 2001, Colegio de Notarios,
Distrito Federal

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

ría, tal como lo prevé actualmente para las sociedades abiertas la Ley del Mercado de Valores, en su artículo 14 bis.[5]

VII. Debe establecerse en la ley, con toda claridad, que sólo las variaciones ascendentes o descendentes de las cifras tope, del capital mínimo fijo o del capital autorizado, deben ser acordadas, si se trata de sociedades anónimas, por una asamblea extraordinaria de accionistas, protocolizada e inscrita en el Registro Público de Comercio; y que, en cambio, cualquier otra variación dentro de la parte variable, puede hacerse, ya con toda claridad y sin lugar a dudas, sin necesidad de protocolizar el acuerdo ni de registrarlo; pero con la obligación de anotarlo en el libro de aumentos y reducciones de esa parte del capital que obligatoriamente seguiría llevando la sociedad.

VIII. Por lo que hace a la reducción del capital, el derecho de retiro dentro de esa parte variable debe mantenerse irrestricto, sin posibilidad para la sociedad de retenerle al socio su parte, tal como está establecido en la ley actualmente (art. 15).

IX. Debe aclararse, además, que el reembolso se hará al valor contable actualizado de las acciones, al valor real de las mismas y no a su valor nominal histórico, de otro modo resulta una grave injusticia para el socio que se retira.

X. También debe autorizarse expresamente en el texto legal que pueda reducirse el capital, en su parte variable, por liberación a los socios de exhibiciones no realizadas, en acciones pagaderas que correspondan a esta misma parte variable; en el caso de adquisición por la sociedad de sus propias acciones de esta misma clase; e incluso para absorber pérdidas.

Una reforma como la que se propone vendría a resolver los problemas de interpretación que genera la redacción del texto vigente, mantendría márgenes moderados y prudentes entre el capital mínimo fijo y el autorizado, lo cual eliminaría riesgos financieros a la empresa y, finalmente, la fortalecería, con lo cual podría, al mismo tiempo presentarse como un buen sujeto de crédito y aprovechar, ya sin ambigüedades, la extraordinaria flexibilidad en la parte variable del capital que este sistema mexicano ofrece

[5] La Ley del Mercado de Valores en su artículo 14 bis establece, para las sociedades que hayan obtenido la inscripción de sus acciones en la Sección de Valores del Registro Nacional de Valores Intermediarios, la aplicación de ciertas normas especiales no aplicables a sociedades cerradas, entre otras la posibilidad de comprar sus propias acciones. Como consecuencia de la compra, la sociedad de que se trate procederá a la reducción del capital social en la misma fecha de la adquisición y, en su caso, simultáneamente afectará la reserva para adquisición de acciones propias, *convirtiéndose las acciones adquiridas en acciones de tesorería.*

DR © 2001, Colegio de Notarios,
Distrito Federal