

308907



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

ESCUELA DE DERECHO

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

**EL CAPITULO VIII DE LA LEY GENERAL DE
SOCIEDADES MERCANTILES; ALGUNAS DE SUS
REPERCUSIONES EN LA SOCIEDAD ANONIMA**

T E S I S
PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
QUE PRESENTA
ANDRES ACEDO MORENO

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

MEXICO, D. F.

1990



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E G E N E R A L

INTRODUCCION	1
CAPITULO 1. LA SOCIEDAD ANONIMA.	5
1.1. Antecedentes históricos.	6
1.2. Concepto.	13
1.2.1. La denominación.	14
1.2.2. La limitación de la responsabilidad de los socios al pago de sus respectivas acciones ..	17
1.2.3. La división del capital social en acciones, en las que se incorporan los derechos de los socios.	18
1.3. Otras características importantes.	20
1.3.1. Domicilio social.	21
1.3.2. Objeto social.	23
1.3.3. Capital social.	23
1.4. Naturaleza.	24
1.4.1. Principales diferencias entre las sociedades civiles y mercantiles.	26
1.5. Importancia.	30
1.6. Personalidad jurídica.	31
1.7. Constitución	34
1.7.1. Constitución simultánea.	34
1.7.2. Constitución sucesiva.	35
1.8. Organización.	40
1.8.1. Asamblea de accionistas.	42
1.8.2. Organo de administración.	45

1.8.3. Organo de vigilancia.	49
CAPITULO 2. EL CAPITAL SOCIAL EN LA SOCIEDAD ANONIMA.	52
2.1. Concepto	53
2.2. Capital suscrito y pagado.	59
2.3. Patrimonio social.	61
2.4. Principios rectores del capital social.	65
2.4.1. Principio de unidad.	66
2.4.2. Principio de determinación.	67
2.4.3. Principio de capital mínimo.	69
2.4.4. Principio de suscripción íntegra.	70
2.4.5. Principio de realidad.	72
2.4.6. Principio de intangibilidad.	74
2.5. Capital social mínimo.	76
2.6. Capital social autorizado.	79
2.7. La reserva legal y otros tipos de reservas.	82
2.7.1. La reserva legal.	82
2.7.2. Otros tipos de reservas.	85
2.8. La acción.	86
2.8.1. Concepto.	86
2.8.2. Origen histórico.	88
2.8.3. La acción como parte del capital social.	89
2.8.4. La acción como títulovalor.	92
2.8.5. Clasificación de las acciones.	95
2.9. Aumento y reducción al capital social en sociedades anónimas de capital fijo.	111
2.9.1. Aumento al capital social.	112

2.9.2. Reducción al capital social.	124
--	-----

CAPITULO 3. ALGUNOS ASPECTOS GENERALES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL VARIABLE	138
3.1. Introducción.	139
3.2. Origen de las sociedades de capital variable.	140
3.3. Antecedentes legislativos en México sobre sociedades de capital variable.	144
3.4. Naturaleza y concepto de las sociedades de capital variable.	149
3.5. Finalidad de las sociedades de capital variable. ...	157

CAPITULO 4. PRINCIPALES REPERCUSIONES DE LA MODALIDAD DE CAPITAL VARIABLE EN LAS SOCIEDADES ANONIMAS.	161
4.1. Modalidad o transformación	162
4.1.1. Exposición de motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles.	164
4.1.2. Doctrina.	166
4.1.3. Artículos aplicables.	169
4.2. Registro de variaciones de capital.	175
4.3. Capital autorizado.	176
4.4. Variabilidad del capital en las sociedades anónimas de capital variable.	179
4.4.1. Introducción.	179
4.4.2. Disposiciones de la Ley General de	

	Sociedades Mercantiles al respecto.	181
4.4.3.	Derecho de preferencia	193
4.4.4.	Doctrina.	198
4.4.5.	Protocolización e inscripción en el Registro Público de Comercio.	201
4.4.6.	Interpretación judicial.	206
4.4.7.	Reducción al capital social en su parte variable.	208
CONCLUSIONES		211
BIBLIOGRAFIA		220

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

Me es grato poner fin a este trabajo con estas breves palabras, que si van al principio, no dejan por ello de ser la última piedra.

Me interesé por el tema a mediados de la carrera, cuando trabajando en Santamarina y Steta, S.C., me fue encomendada la tarea de determinar si un aumento de capital en su parte variable, en una sociedad anónima, debía ser acordado por una asamblea general ordinaria o extraordinaria de accionistas.

Al abordar en aquella ocasión el tema, llegué a la conclusión de que todo aumento de capital en su parte variable, en la sociedad anónima, debía ser decretado por una asamblea general extraordinaria de accionistas. Al comentar dicha conclusión con algunos abogados y compañeros, me di cuenta de que había diversidad de opiniones al respecto: el tema era muy controvertido (especialmente entre abogados de despachos particulares y notarios públicos).

Al entrar nuevamente en el estudio del tema al elaborar este trabajo, descubrí que había mucho más que analizar al respecto, como por ejemplo, a las acciones de tesorería y al capital social autorizado. Esta vez entendí mejor la variabilidad del capital,

aunque en aquella primera ocasión que abordé el tema, la conclusión no había sido muy diferente a la que aquí llegamos. Descubrí, asimismo, que también en nuestra doctrina existe diversidad de opiniones encontradas en torno al controvertido tema que abordamos.

Me empeñé en no dar pasos en falso, fundándolo todo. Cuando no aparezca tal fundamento, el único responsable de lo dicho seré yo, pues algunas ideas propias habría que aportar.

El trabajo se encuentra dividido en cuatro capítulos y las conclusiones. En el primero de ellos se hace un análisis de la sociedad anónima en general, pretendiendo con esto el entender a este tipo societario desde diversos puntos de vista, como son los que se incluyen en su temario.

El segundo capítulo hace un análisis del capital social en la sociedad anónima. Aquí se trató de destacar la importancia del capital y de las acciones en este tipo social, analizando diversos de sus aspectos. Asimismo se mostró la forma de variación del capital en las sociedades anónimas de capital fijo. Esto, con la intención de contraponerla a la forma en que varía el capital en las sociedades de capital variable, tema que se abordaría más adelante.

El capítulo siguiente (el tercero), no pretendió ir más allá de dar una noción de las sociedades de capital variable; es decir,

se quiso determinar brevemente su concepto, naturaleza, finalidad y antecedentes (históricos y legislativos). No se pretendió, pues, abundar mucho acerca del funcionamiento de las sociedades de capital variable, dado que ello sería sinónimo de quitarle material al cuarto y último capítulo del trabajo.

Este último capítulo, es el que trata de resolver los principales problemas que surgen de la regulación de las sociedades de capital variable (principalmente en lo que repercute a la sociedad anónima); es decir, los problemas que plantea, principalmente, el Capítulo VIII de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que es el que las rige.

Queden pues estas páginas, que no quieren ser en modo alguno la última palabra, sino una aportación más en el campo del derecho societario.

Vaya mi agradecimiento, en primer término a mis padres, quienes me han dado un ejemplo tan maravilloso que difícilmente podré igualar; a Delia, quien supo tenerme paciencia durante el tiempo que estuve dedicado a la terminación del presente trabajo; a mis hermanos y amigos, por todo el cariño brindado durante toda mi vida. Mención especial para el licenciado Guillermo Díaz de Rivera, quien asumió la labor directiva y cuyos consejos contribuyeron a estructurar este trabajo.

Queda por último la satisfacción de haber concluido una obra humana y el deseo de hacer fructificar lo aprendido en estos años universitarios. Sea este trabajo el primer fruto, que ahora dejo en manos de los señores sinodales.

Ciudad de México, Noviembre de 1990

I N D I C E

CAPITULO 1. LA SOCIEDAD ANONIMA.

- 1.1. Antecedentes históricos.
- 1.2. Concepto.
 - 1.2.1. La denominación.
 - 1.2.2. La limitación de la responsabilidad de los socios al pago de sus respectivas acciones.
 - 1.2.3. La división del capital social en acciones, en las que se incorporan los derechos de los socios.
- 1.3. Otras características importantes.
 - 1.3.1. Domicilio social.
 - 1.3.2. Objeto social.
 - 1.3.3. Capital social.
- 1.4. Naturaleza.
 - 1.4.1. Principales diferencias entre las sociedades civiles y mercantiles.
- 1.5. Importancia.
- 1.6. Personalidad jurídica.
- 1.7. Constitución
 - 1.7.1. Constitución simultánea.
 - 1.7.2. Constitución sucesiva.
- 1.8. Organización.
 - 1.8.1. Asamblea de accionistas.
 - 1.8.2. Organó de administración.
 - 1.8.3. Organó de vigilancia.

CAPITULO 1. LA SOCIEDAD ANONIMA.

1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS.

La sociedad anónima tiene una historia breve. Hay tratadistas que pretenden señalar como su antecedente remoto a las "societatis vectigalium publicorum" del Derecho Romano, ya que en ellas las responsabilidades de los socios eran limitadas y éstos podían transmitir sus derechos en la sociedad. No obstante, nos dice el maestro Mantilla Molina, falta un hilo histórico que venga desde aquéllas formas sociales a las modernas anónimas, por lo que no cabe considerarlas unidas por lazo genético.¹

El maestro Joaquín Garrigues afirma que este tipo de sociedades del Derecho Romano, sólo tienen de común con la moderna sociedad anónima su carácter corporativo y la transmisibilidad de los derechos sociales.²

Se asemejan a las sociedades anónimas, el Banco de San Jorge de Génova del año 1407 y el Banco de San Ambrosio de Milán (1598). Estos bancos eran asociaciones de acreedores del Estado en las que se observaba la existencia de la limitación de las aportaciones del socio, la transmisibilidad de las participaciones en el capital

¹ MANTILLA MOLINA, Roberto L., Derecho mercantil, México, Editorial Porrúa, S.A., 1964, 7a. ed., p. 329.

² GARRIGUES, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, Tomo 1, México, Editorial Porrúa, S.A., 1987, 8a. ed., p. 409.

social, la organización corporativa con nombre propio y la división del capital en porciones fijas; sin embargo, consideramos que su mismo carácter de reunión de acreedores la aproxima más a nuestras asambleas de obligacionistas que a la sociedad anónima, de acuerdo con la opinión del maestro Mantilla Molina.³

Según la opinión más generalizada, las sociedades anónimas nacen con el descubrimiento, colonización y desarrollo del comercio ultramarino en las Colonias y posesiones de los países europeos en América y en Asia.

"El nacimiento de la sociedad anónima coincide con el surgimiento del capitalismo, que impuso la creación de empresas comerciales, para cuya fundación y funcionamiento se requerían ingentes capitales, y la limitación de la responsabilidad de los socios a la cuantía de sus aportaciones. El desarrollo del capitalismo, hasta la fecha, se logra a través de la sociedad anónima, que ha constituido su instrumento más idóneo, sobre todo al permitir la fácil transmisión de las acciones representativas del capital social".⁴

La conjunción de tres características como son el poder de los administradores, la responsabilidad limitada de los socios y la

³ MANTILLA MOLINA, Roberto L., op. cit., supra nota 1, p. 330.

⁴ BARRERA GRAF, Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil, México, Editorial Porrúa, S.A., 1989, 1a. ed., p. 388.

representación del capital en documentos negociables, fue lo que provocó el desarrollo de la sociedad anónima.

El origen de la personalidad jurídica de estas primitivas sociedades fue una concesión especial del Estado y un patrimonio de destino cuyos últimos destinatarios eran un grupo de personas con intereses comunes.

El gran desenvolvimiento de las sociedades anónimas se inició después del descubrimiento de América, constituyéndose las grandes compañías comerciales que se proponían la adquisición y administración de Colonias. Tal es el caso de la Compañía Holandesa de las Indias Orientales (1602), la Compañía Inglesa de las Indias Orientales (1612), la Compañía Holandesa de las Indias Occidentales (1621) y la Compañía Sueca Meridional (1626).

Además, Inglaterra fundó las Compañías de América del Norte, de Bahía de Massachussets y la de Bahía de Hudson, ante el éxito que tuvo la Compañía Holandesa hacia el año de 1634.

Por su parte, Francia distribuyó su comercio colonial entre diversas compañías privilegiadas como las de las Indias Orientales de 1646, las de las Indias Occidentales de 1664, las de las Islas de San Cristóbal de Barbada de 1616, las de las Islas de América, las de Cabo Verde de 1639, la de Guinea de 1634, la de Cabo Blanco de 1636, la de Oriente y de Madagascar de 1642, la del Norte de

1665, la de Levante de 1671, la de Senegal de 1679, la de Seguros de 1686 y la de Occidente de 1717.

Esas grandes compañías de los siglos XVII y XVIII eran creadas mediante una disposición gubernativa a título de privilegio. Todas ellas tenían por objeto el comercio marítimo, y la diferencia entre las mismas era sólo de carácter cuantitativo. Los gestores de las empresas, eran los mayores accionistas.

La organización se hizo cada vez más compleja, de tal forma que se "... concedió mayor importancia a la asamblea de socios, pero al mismo tiempo se hizo más destacada la distinción entre los simples accionistas y los gobernadores, a pesar de que éstos estaban bajo el control de aquéllos. El Consejo de Administración se distinguía de la Asamblea".⁵

"El título de participación del socio en la Compañía de 1610 tenía el nombre de acción, del holandés aktie, que significa actio; es decir, derecho del accionista a la cuota sobre el patrimonio común y sobre el beneficio".⁶

Podía formar parte de la sociedad cualquier persona sin requerirse alguna calidad especial; pero la admisión, se realizaba

⁵ BRUNETTI, Antonio, Tratado del Derecho de las Sociedades, Traducción de Felipe de Zolá Cañizares, Buenos Aires, Editorial UTEHA, 1960, Tomo 2, p. 12.

⁶ Idem, p.13.

en base a una propuesta firmada que la sociedad aceptaba, para lo cual se llevaban unos libros especiales y se expedían certificados que comprobaban la matriculación. El derecho del accionista podía transferirse después de haber cubierto íntegramente la aportación.

En el siglo XVII se emiten acciones al portador, aunque la acción regularmente era nominativa. Por su parte, los cupones de dividendos hacen su aparición en el siglo XVIII como un documento distinto de la acción.

Ante la creciente importancia de la sociedad anónima, se hizo necesario suprimir la disposición gubernativa a título de privilegio y se adopta el sistema de la concesión, mediante el cual se exigía para la creación de una sociedad anónima la autorización del Gobierno, que se daba en forma de Reglamento de la Administración Pública de carácter revocable.

Posteriormente se hizo necesario liberar a la sociedad anónima de la concesión previa del Estado, lo cual es adoptado por vez primera en la Ley Francesa de 24 de junio de 1867.

La regulación de las sociedades en nuestro país durante la Colonia y durante el siglo XIX (tanto civiles como mercantiles), estuvo sujeta a las leyes españolas⁷, a algunos ordenamientos

⁷ Principalmente las Siete Partidas y las Ordenanzas de Bilbao.

dictados por la Nueva España⁸ y a las leyes y códigos dictados en México con posterioridad a la Independencia⁹, entre otros ordenamientos.

El Código de Comercio de 1854 (denominado "Código Lares"), reglamentó por vez primera a la sociedad anónima, tomando como base las legislaciones francesa y española; siendo que a la fecha de su promulgación (16 de mayo de 1854) ya se habían constituido y operaban en el país algunas sociedades anónimas, lo que ocasionó algunos litigios en los que se plantearon y establecieron diversos principios corporativos.

El Código de Comercio de 1884, ya con carácter de ley federal, según la reforma de 1883 del artículo 72 fracción X de la Constitución de 1857, dedicó sesenta artículos a la regulación de la sociedad anónima (del artículo 527 al 588).

Posteriormente, el 10 de abril de 1888, fue publicada la Ley de Sociedades Anónimas, misma que derogó la reglamentación respectiva del Código de Comercio de 1884. Esta nueva ley, influiría notablemente en el posterior Código de Comercio de 1890, del cual muchas normas pasaron a la ley vigente.

⁸ Como las Ordenanzas de Minería de 1783.

⁹ Como el Código Civil de Zacatecas de 1828.

El día 10. de enero de 1890 entró en vigor el actual Código de Comercio, mismo que reglamentó a la sociedad anónima en sus artículos 163 a 225. Estas disposiciones derogaron las de la Ley de Sociedades Anónimas de 1888; sin embargo, la vida tan corta de la ley mencionada no se debió a sus inconveniencias, ya que sus principios se conservaron en el Código de 1890.

La vigente Ley General de Sociedades Mercantiles de 4 de agosto de 1934 (en lo sucesivo "LGSM"), derogó las disposiciones relativas a sociedades mercantiles del Código de Comercio de 1890, y tiene como antecedentes inmediatos al citado código y a un proyecto de Código de Comercio de 1929 que nunca pasó de tal.

A opinión del maestro Jorge Barrera Graf, "la bondad y las virtudes de la reglamentación de la sociedad anónima en la LGSM, se manifiestan en la gran difusión de dicho tipo social entre nosotros, y en el hecho de que con muy pocas reformas....haya subsistido por más de cincuenta años".¹⁰

"Muchos de los defectos y de las omisiones de la LGSM se deben a su antigüedad, o sea, al tiempo en que fue promulgada en que mucha de la problemática actual aún no había sido objeto de regulación ni aquí ni en el extranjero, y aún eran desconocidos muchos de los problemas, o bien, resultaba innecesaria o prematura

¹⁰ BARRERA GRAF, Jorge, op. cit., supra nota 4, p. 395.

su regulación legal".¹¹

1.2. CONCEPTO.

La LGSM, en su artículo 87, define a la sociedad anónima como:

"ART.87. Sociedad anónima es la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones".¹²

De la definición mencionada, se desprenden tres notas características de la sociedad anónima, que son:

- a) La denominación;
- b) La limitación de la responsabilidad de los socios al pago de sus respectivas acciones; y
- c) La división del capital social en acciones, en las que se incorporan los derechos de los socios.

Por el sólo hecho de ser una sociedad, estaremos ante la presencia de una pluralidad de personas, en donde, por disposición expresa de la LGSM, tienen que ser cinco accionistas por lo menos (Art. 89 Fr. I LGSM).

¹¹ Idem, p. 396.

¹² Ley General de Sociedades Mercantiles, Código de Comercio y Leyes Complementarias, 54a. ed., México, Editorial Porrúa, S.A., 1990, p. 191.

El Lic. Joaquín Rodríguez y Rodríguez agrega a la definición contenida en el artículo 87 de la LGSM el que la sociedad anónima tiene el carácter de "mercantil"; esto, por el sólo hecho de estar constituida con arreglo a las leyes mercantiles; es decir, se le considera un comerciante simplemente por su forma, independientemente de que se dedique o no a efectuar actos de comercio.¹³

Para llegar a una más amplia comprensión del concepto jurídico de la sociedad anónima, se hace necesario explicar a continuación las tres notas características contenidas en la definición que aporta el artículo 87 de la LGSM, y que ya hemos mencionado anteriormente.

1.2.1. La denominación.

El artículo 88 de la LGSM nos dice que la denominación se formará libremente, pero será distinta de la de cualquiera otra sociedad, y al emplearse irá siempre seguida de las palabras "sociedad anónima" o de su abreviatura "S.A.".

Anteriormente la denominación no se formaba libremente, ya que el Código de 1890 establecía que la sociedad anónima se designara por la denominación particular del objeto de la empresa; sin

¹³ RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín, Derecho Mercantil, Tomo 1, México, D.F., Editorial Porrúa, S.A., 1964, 5a. ed., p. 78.

embargo, en la práctica no se observaba tal disposición, por lo que la LGSM declaró libre la formación de la denominación.

Doctrinalmente se ha hecho distinción entre la denominación y la razón social, definiéndose ambos conceptos de la siguiente manera:

a) Denominación.- Es aquella que se forma libremente y en la que no es forzosa la inclusión del nombre de alguno de los socios.

b) Razón Social.- Conforme a los artículos 27, 52 y 210 de la LGSM, es aquella que se forma con el nombre de uno o más socios, y cuando en ella no figuren los de todos, se le añadirán las palabras "y compañía" u otras equivalentes.

En algunas clases de sociedades, debe utilizarse forzosamente una razón social (colectiva, comanditas simples); en algunas, una denominación (anónimas, cooperativas); otras, por último, pueden optar por el empleo de una razón social o de una denominación (limitadas, comanditas por acciones).¹⁴

La LGSM suprimió la prohibición de que se incluyera en la denominación el nombre de algún socio, pero al hacer esa inclusión

¹⁴ MANTILLA MOLINA, Roberto L., op. cit., supra nota 1, p. 223.

se convertiría la denominación en una verdadera razón social, y como tal, no podría ser utilizada en la sociedad anónima por lo dispuesto en los artículos 87 y 88 de la LGSM.

Según el maestro Mantilla Molina, podría interpretarse que, por aplicación analógica de los artículos 25 a 28 de la LGSM, se imponga al socio cuyo nombre figura en la denominación (razón social), la responsabilidad ilimitada de las deudas sociales, cosa que no va con la naturaleza de la sociedad anónima ni con el artículo 87 de la LGSM.¹⁵

No obstante lo anterior, no existe la prohibición en el derecho mexicano de que figuren nombres de personas en la denominación de la sociedad anónima, ni tampoco existe la obligación de que la denominación sea adecuada al objeto social que la misma realice.

Según el maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez, cuando la LGSM ha querido permitir el empleo de nombres de personas en los comerciales, lo ha establecido expresamente, como sucede en los casos de la sociedad colectiva, en comandita y de responsabilidad limitada. La práctica contraria; es decir, incluir el nombre de socios en la denominación de la anónima, tiene su fundamento tanto en la ignorancia de la ley, como en la influencia norteamericana, cuyo derecho en este punto es de estructura muy diferente al

¹⁵ Idem, p. 335.

nacional,¹⁶ y es, esta práctica, ilegal y peligrosa: ilegal, porque la LGSM no ha querido permitir la presencia de nombres personales en las denominaciones, regulando por ello minuciosamente como ha de integrarse la razón social con los nombres de alguno o algunos de sus socios; y peligrosa, porque faltando en México una regulación acerca del uso del nombre y de los derechos sobre el mismo, nadie podría impedir el empleo de los nombres de personas solventes en las denominaciones de sociedades formadas por audaces, que quisieran aprovechar el nombre de aquéllos para sorprender incautos.

Como consecuencia de lo anterior, el citado autor propone la prohibición del nombre de personas en la formación de la denominación; el sancionar con responsabilidad ilimitada al socio que lo consienta y el establecimiento de sanciones para los infractores de esta prohibición.¹⁷

1.2.2. La limitación de la responsabilidad de los socios al pago de sus respectivas acciones.

De conformidad con lo establecido por el artículo 87 de la LGSM, la obligación de los socios se limita al pago de sus acciones

¹⁶ RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín, op. cit., supra nota 13, p. 78.

¹⁷ RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín, Tratado de Sociedades Mercantiles, Tomo 1, México, Editorial Porrúa, S.A., 1977, 5a. ed., p. 235.

y, por ende, su responsabilidad por los actos ilícitos de la sociedad será directamente proporcional al monto de su aportación al capital social.

Anteriormente (hasta antes de la abrogación de la Ley que Establece Requisitos para la Venta al Público de Acciones de Sociedades Anónimas), se establecía una excepción a la regla general de que la obligación de los socios se limita al pago de sus acciones, ya que se imponía responsabilidad subsidiaria e ilimitada a las personas que controlaran el funcionamiento de las sociedades anónimas, ya sea que posean o no la mayoría de las acciones, por los actos ilícitos imputables a la compañía. Consideramos que este principio que contenía la ley antes mencionada y que quedó abrogada, no contraría al del artículo 87 de la LGSM, ya que constituye una sanción por obrar ilícitamente en contra del responsable.

1.2.3. La división del capital social en acciones, en las que se incorporan los derechos de los socios.

La sociedad anónima es una sociedad por acciones y éstas son títulosvalor que circulan como tales mediante su endoso y entrega¹⁸ al adquirente. Para efectuar transmisión de acciones,

¹⁸ Por decreto de 22 de diciembre de 1982, publicado en el Diario Oficial de la Federación (en lo sucesivo "DOF") el 30 de diciembre de 1982, a partir del 1o. de enero de 1983, todas las acciones de las sociedades anónimas deben ser nominativas.

establece el artículo 129 de la LGSM, se requiere efectuar, además, la inscripción de la transmisión en el libro de registro de acciones que al efecto lleve la sociedad.

A este respecto, el Maestro Ignacio Galindo Garfias nos dice que "la representación del capital, del que es titular la persona jurídica, en documentos aptos para la circulación, que como títulosvalor incorporan la calidad de socio, es posible en razón de que el patrimonio de la sociedad está separado del patrimonio de los socios y la responsabilidad de éstos por las obligaciones de la sociedad se halla limitada al valor de su aportación".¹⁹

De lo anterior y del propio artículo 87 de la LGSM, se desprende que los derechos de los socios no podrían ejecutarse sin el documento llamado "acción", en que se encuentran incorporados, lo que no sucede en la práctica.

Si bien la acción es un documento necesario para ejercer el derecho literal que en él se consigna (artículo 5 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (en lo sucesivo "LGTOC")), y por ello participa de las características de los títulos de crédito, también es cierto que la acción no incorpora un puro derecho de crédito, sino que su contenido es predominantemente corporativo, razón por la cual, entre otras, consideramos a las

¹⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Sociedad Anónima: Responsabilidad Civil de los Administradores, México, Imprenta Nuevo Mundo, S.A., 1957, p. 25.

acciones dentro de los títulosvalor, distinguiéndolos de los títulos de crédito "strictu-sensu", no obstante que la práctica y algunos tratadistas den a ambos términos el carácter de sinónimos.²⁰

Más adelante, en el desarrollo del presente trabajo, trataremos más ampliamente el tema referente a las acciones, ello por su trascendencia dentro de las sociedades anónimas y del objeto del presente trabajo.

1.3. OTRAS CARACTERISTICAS IMPORTANTES DE LA SOCIEDAD ANONIMA.

Además de las características comprendidas en el artículo 87 de la LGSM; esto es, la denominación, la limitación de la responsabilidad de los socios y la división del capital social en acciones, la sociedad anónima tiene otras características importantes, algunas de las cuales pasamos a exponer a continuación:

²⁰ Según el maestro José Gómez Gordoa, en su libro "Títulos de Crédito", la denominación de título de crédito debería ser sustituida actualmente por la de títulovalor. Lo anterior debido a que quien tiene el derecho es acreedor a una cosa, o a una suma de dinero, que es un valor. La costumbre los sigue llamando títulos de crédito; así como también la LGTOC. En relación con nuestra opinión acerca de la acción como título de crédito o títulovalor, cfr. 2.8.4. La acción como títulovalor.

1.3.1. Domicilio social.

El artículo 33 del Código Civil por el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, indica que las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración. Esta regla general contenida en el código mencionado será aplicada en caso de que los estatutos de la sociedad omitan indicar el domicilio.

El domicilio no es sinónimo de oficinas o dirección de la sociedad, sino que debe referirse solamente a la ciudad o localidad en la que la sociedad se encuentra domiciliada. A este respecto se pronunció ya en el mismo sentido la Suprema Corte, A.D. 4,429/61 de 3 de enero de 1963, Mayo Ediciones, Civil, tesis 972, p. 443.

No creemos que la voluntad de las partes pueda contrariar la regla general mencionada anteriormente y establecer un domicilio distinto a aquél en el que se tenga establecida la administración; ello porque puede prestarse a fraudes y simulaciones.

Asimismo, consideramos que el domicilio de las sociedades debe estar dentro de la República Mexicana, no obstante que la LGSM no lo exija expresamente; sin embargo, sí existen leyes especiales que lo requieren. Existen ciertos actos y actividades que pueden ser realizadas en el extranjero, pero para ello es factible designar algún "domicilio convencional" (dentro del país o en el extranjero)

para el cumplimiento de determinadas obligaciones, de conformidad con lo establecido por el artículo 34 del Código Civil para el Distrito Federal. Además la integración y el funcionamiento de todos los órganos sociales, o sea, el de administración, las asambleas de accionistas y el propio órgano de vigilancia, han de establecerse y deben funcionar en el país.

Aparte de la relevancia del domicilio para la competencia judicial (artículo 156 fracción IV del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal), es importante dado que es en las oficinas del Registro Público de Comercio (en lo sucesivo "RPC") del domicilio de la sociedad donde debe inscribirse la sociedad, y en el periódico oficial del domicilio social es donde deben hacerse las publicaciones legales. Más aún, de conformidad con el artículo 28, fracción III del Código Fiscal de la Federación, los contribuyentes deberán llevar la contabilidad en su domicilio.

Por otro lado, de conformidad con el artículo 179 de la LGSM, las asambleas generales de accionistas deben reunirse en el domicilio social, y dicho artículo sanciona con nulidad las que se celebren en otro lugar "salvo caso fortuito o de fuerza mayor".

1.3.2. Objeto social.

El objeto social de toda sociedad debe consistir en la finalidad para cuyo cumplimiento se constituye la sociedad.²¹

De acuerdo con el artículo 6 fracción II de la LGSM, el objeto social debe estar incluido en la escritura constitutiva de toda sociedad, sin el cual, ésta no adquiere existencia legal.

1.3.3. Capital social.

El capital social es de gran trascendencia en las sociedades anónimas. Es por ello, y por el tema del presente trabajo, por lo que éste destina un capítulo completo para su estudio; sin embargo, se estimó conveniente mencionarlo aquí por considerarlo, repito, una "característica importante de la sociedad anónima".

Al respecto el maestro Adrián R. Iturbide Galindo nos dice que la importancia fundamental que tiene el capital social en la vida de todas las sociedades mercantiles y muy principalmente en aquéllas, como la anónima, en que los socios concurren con una responsabilidad limitada, estriba principalmente en que el capital social constituye la única garantía que tienen los socios mismos y

²¹ BARRERA GRAF, Jorge, op. cit., supra nota 4, p. 304.

los terceros en sus relaciones con la sociedad.²²

Por el momento nos quedamos con esta pequeña noción de la importancia del capital social en las sociedades anónimas, debido a que no queremos quitarle material de trabajo al siguiente capítulo, ni tampoco ser reiterativos.

1.4. NATURALEZA.

Del concepto de la sociedad anónima que nos da el artículo 87 de la LGSM y que ya hemos analizado en el punto 1.2. del presente trabajo, se derivan las principales características de la sociedad anónima, y que le dan su carácter peculiar. Estas características a las que nos referimos, son: a) la denominación; b) la limitación de la responsabilidad de los socios al pago de sus respectivas acciones; y, c) la división del capital social en acciones en las que se incorporan los derechos de los socios.

Además de las características de la sociedad anónima que se derivan del propio artículo 87 de la LGSM, como también ya hemos mencionado, existen otras características importantes de este tipo social y que le dan, asimismo su peculiaridad, como son el domicilio social, el objeto social y el capital social, entre otras

²² ITURBIDE GALINDO, Adrián R., El Régimen de Capital Variable en las Sociedades Anónimas, México, Editorial Porrúa, S.A., 1985, 1a. ed., p. 26.

características.

No obstante lo anterior, creemos necesarios el hacer algunas observaciones adicionales en torno a la naturaleza de la sociedad anónima, dada su importancia dentro de nuestro sistema económico y el papel que este tipo social desempeña en nuestra sociedad.

Según la opinión del maestro Jorge Barrera Graf, la sociedad anónima constituye el instrumento jurídico más idóneo del capitalismo; tanto es así, que dicho sistema económico difícilmente se entendería de no contar con dicho instrumento legal. La empresa o negociación, institución económica, producto, a su vez, del régimen capitalista, se manifiesta y se organiza en torno de la sociedad anónima, que en la inmensa mayoría de los casos constituye el titular de ella, que la crea, la organiza y la pone en funcionamiento. De aquí que se confunda una y otra.²³

La sociedad anónima es una sociedad de capitales, en contraposición a las sociedades de personas. Esta clasificación se funda en que la consideración de las cualidades personales de los socios tiene gran importancia en las sociedades de personas, al tiempo que en la sociedades de capitales, se atiende preferentemente al capital aportado por los socios y no a las cualidades personales de éstos. Por otra parte, y aún cuando en la

²³ BARRERA GRAF, Jorge, op. cit., supra nota 4, pp. 398 y ss.

actualidad no existen sociedades "intuitu personae" o de la "intuitu pecuniae", la estructura jurídica prevista en la LGSM para la sociedad anónima sigue siendo la de una sociedad de capitales.

1.4.1. Principales diferencias entre las sociedades civiles y mercantiles.

Para concluir en el presente trabajo lo referente a la naturaleza de la sociedad anónima, creemos conveniente hacer una breve distinción entre las sociedades civiles y mercantiles.

Dentro de los diferentes tipos de negocios sociales que existen, podemos de manera muy general encontrar a dos tipos de sociedades: las civiles y las mercantiles, siendo que dentro de estas últimas encontramos a la sociedad anónima.

Según nos comenta el maestro Joaquín Garrigues, bajo el imperio de la entonces nueva ley española, ya no es posible la figura híbrida de sociedades civiles con forma de anónima, ya que con anterioridad a esta nueva ley, era posible que una sociedad, conservando su naturaleza civil, adoptase la forma de sociedad anónima.²⁴

La sociedad civil, según lo dispuesto por el artículo 2688 del Código Civil y de conformidad con la opinión del maestro Ramón

²⁴ GARRIGUES, Joaquín, op. cit., supra nota 2, p. 420.

Sánchez Medal, es el contrato plurilateral por el que dos o más personas aportan bienes o servicios para la realización permanente de un fin común, lícito y de carácter preponderantemente económico que no sea especulación comercial.²⁵

En este mismo sentido opina Francesco Messineo, diciendo que la sociedad civil es aquella que persigue la finalidad a través de una actividad económica, pero que no es de las enumeradas en el artículo 2185 del Código Civil Italiano; o sea, que no tiene una actividad industrial o intermediaria en la circulación de los bienes, o de transporte, o bancaria, o de seguros, o auxiliar de las anteriores. Por consiguiente, la sociedad civil se califica, ante todo, mediante un carácter negativo en el sentido de que ejercita actividad diversa de la actividad comercial, y que se contrapone por eso a las sociedades comerciales, aún entrando en la figura genérica de la sociedad.²⁶

De acuerdo con las opiniones anteriores, creemos que una sociedad civil tendrá tal carácter dependiendo de la actividad que dicha sociedad ejercite y, de acuerdo con nuestra legislación mexicana, para que una sociedad sea mercantil, tiene que adoptar alguno de los tipos sociales que enumera el artículo 1 de la LGSM,

²⁵ SANCHEZ MEDAL, Ramón, De los Contratos Civiles, México, D.F., Editorial Porrúa, S.A., 1982, 4a. ed., p. 335.

²⁶ MESSINEO FRANCESCO, Manual de Derecho Civil y Comercial, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa América, 1955, p. 308.

independientemente de la finalidad de la sociedad en cuestión.

A las sociedades mercantiles, podemos definir las, en cambio, como el contrato mediante el cual los socios se obligan a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de acuerdo con las normas que, para alguno de los tipos sociales en ella previstos, señala la ley mercantil.²⁷

Según ya mencionamos, nuestra legislación le da mayor importancia al tipo social que la sociedad adopta para que sea mercantil; es decir, si se adopta, como ya mencionamos, alguno de los tipos sociales a que hace referencia el artículo 1 de la LGSM, estaremos frente a una sociedad mercantil, independientemente de la actividad que ésta realice; más aún, según el Código Civil, las sociedades de naturaleza civil que tomen la forma de las sociedades mercantiles, quedan sujetas al Código de Comercio.

En la legislación española, se sigue un criterio muy similar al nuestro para determinar el que una sociedad tenga el carácter de mercantil, según se desprende de la definición que el maestro Joaquín Garrigues nos da de sociedad mercantil con apego al Código de Comercio Español; a saber: "El contrato de compañía es aquel por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común, bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener lucro; será

²⁷ MANTILLA MOLINA, Roberto L., op. cit., supra nota 1, p. 176.

mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código. Una vez constituida la compañía mercantil tendrá personalidad jurídica en todos sus actos o contratos".²⁸

No creemos por demás, el hacer una breve distinción entre las sociedades ya mencionadas y algunas figuras afines:

1. Asociación Civil.- En esta figura, la finalidad de los que en ella intervienen no tiene que ser preponderantemente económica, aunque, como es obvio, la Asociación Civil puede tener, de manera accesoria, un carácter económico, ello para allegarse de recursos para lograr sus fines, soportar gastos, etc.

2. Asociación en Participación.- En esta figura, una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio (art. 252 LGSM).

Aquí estamos ante la presencia de una sociedad momentánea para la celebración de uno o varios actos jurídicos determinados, realizados los cuales, desaparece la asociación que al efecto se constituyó.

²⁸ GARRIGUES, Joaquín, op. cit., supra nota 2, p. 309.

3. Relación de Trabajo.- En la sociedad existe una igualdad entre las partes (socios) y en la relación de trabajo existe una relación de subordinación entre el empleado y el patrón. Si bien es cierto que en algunas sociedades pueden existir socios industriales, también lo es que tales socios deben estar en posibilidad de intervenir en el manejo o marcha de la sociedad, sin que se les pueda imponer la voluntad de los socios capitalistas.

1.5. IMPORTANCIA .

La sociedad anónima posee una estructura que la hace idónea para realizar grandes empresas, mismas que resultarían de difícil ejecución para sociedades de tipo personalista, que carecen de capital suficiente para acometerlas o que consideran riesgoso aventurarlo en un negocio que, de fracasar, podría conducirlos a la ruina y que, en muchas ocasiones, ha de subsistir un lapso superior al de la duración de la vida humana. Por otra parte, la sociedad anónima permite contar con la colaboración económica de un número considerable de personas, cada una de las cuales reduce su temor a arriesgar una porción de su propio patrimonio ante la posibilidad de una ganancia considerable, toda vez que su aportación unida a la de muchos otros, llega a constituir una masa de bienes que, por formar un patrimonio distinto del de los socios, resulta ajena a los problemas de la vida de ellos. Además, la fácil negociabilidad

de las acciones que representan las aportaciones de los socios, les permite considerarlas como un elemento líquido de su patrimonio.

En relación con los terceros que contratan con la sociedad, éstos tienen una garantía económica en tanto que existe un patrimonio y que responde a las deudas sociales.

También es importante la sociedad anónima porque representa una forma de organización estable y permanente, independientemente de lo que suceda a los socios; sin embargo, también es de considerarse, que este tipo social es de responsabilidad limitada, por lo que los que participan en ella no sienten el temor de las pérdidas ilimitadas que pueden comprometer toda su situación patrimonial.

1.6. PERSONALIDAD JURÍDICA.

Entendemos por personalidad jurídica la aptitud, misma que es reconocida por la ley, de ser sujeto de derechos y obligaciones. La sociedad anónima, en el derecho mexicano, como sociedad mercantil es un sujeto capaz de adquirir derechos y obligaciones.

Pugliati, citado por el maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez²⁹, nos dice que: "la personalidad es el resultado de la

²⁹ RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín, op. cit., supra nota 17, p. 104.

síntesis de dos elementos: uno material, que constituye el substrato; y otro formal que refleja el sello característico del ordenamiento jurídico. El elemento material está constituido por un conjunto de condiciones y presupuestos, entre los cuales debe enumerarse también la existencia de la criatura humana; el elemento formal consiste en el reconocimiento de la personalidad o cualidad del sujeto jurídico, creación del Derecho objetivo".

Debido al tema en el que se pretende abundar en el presente trabajo, consideramos que quedaría por demás el referirnos a las tesis que han sido expuestas por diversos tratadistas de la materia para explicar la naturaleza de la personalidad jurídica; sin embargo, creemos que la postura del maestro Ignacio Galindo Garfias es lógica e interesante, misma que sigue los lineamientos de la teoría del reconocimiento de Ferrara, al explicar la naturaleza y fundamentos de la personalidad jurídica, como un medio empleado por la técnica jurídica para alcanzar determinados fines propuestos por el Derecho.

La finalidad que se pretende alcanzar, si el derecho la considera lícita, es un interés que jurídicamente debe ser protegido, y puesto que los intereses particulares de los socios no se identifican necesariamente con el interés común, el derecho ha recurrido a la idea de la personalidad jurídica que no es ficticia sino real, como lo son tantas otras instituciones jurídicas como el

matrimonio, la propiedad, etc.³⁰

Según nuestro derecho positivo, las sociedades mercantiles inscritas en el RPC o que se hayan exteriorizado como tales frente a terceros, gozan de personalidad jurídica distinta a la de los socios, de conformidad con el artículo 2 de la LGSM y el artículo 25 fracción III del Código Civil para el Distrito Federal.

Como consecuencia de la personalidad, la sociedad anónima tiene capacidad jurídica, patrimonio, nombre, domicilio y nacionalidad propios.

Según los artículos 26 del Código Civil para el Distrito Federal y 10 de la LGSM, la sociedad, como persona jurídica, puede celebrar toda clase de contratos y actos para alcanzar su finalidad social; de aquí que la capacidad de ejercicio de la sociedad anónima se encuentre limitada, en primer término, por su objeto o finalidad social.

Por otra parte, existen algunas disposiciones adicionales que imponen ciertas restricciones a la capacidad de goce y de ejercicio de las sociedades. Por ejemplo, las sociedades por acciones no pueden adquirir fincas rústicas (artículo 27 fracción IV Constitucional).

³⁰ GALINDO GARFIAS, Ignacio, op. cit., supra nota 19, pp. 30 y 31.

1.7. CONSTITUCIÓN.

Para que una sociedad anónima pueda ser fundada (constituida), es necesario que los socios fundadores convengan en todos los requisitos y elementos del contrato social. Como nos menciona el maestro Barrera Graf, durante el proceso de formación del contrato de sociedad, los futuros socios ya adquieren derechos y asumen obligaciones, en torno a las aportaciones.³¹

Doctrinalmente se han distinguido dos tipos de constitución de la sociedad anónima; a saber: la constitución simultánea y la sucesiva. En el caso de la constitución simultánea, se trata de la comparecencia ante notario y la sociedad anónima se crea en virtud de las declaraciones de voluntad que ahí hacen los fundadores; en el caso de la constitución sucesiva, la sociedad en cuestión no surge sino hasta después de realizar una serie de actos que más adelante analizaremos.

1.7.1. Constitución simultánea.

Como ya lo mencionamos, en la constitución simultánea todos los socios o sus representantes acuden ante notario público y firman la escritura pública en donde conste la constitución de la sociedad.

³¹ BARRERA GRAF, Jorge, op. cit., supra nota 4, p. 321.

Este tipo de constitución es el que prevalece en nuestro sistema y es llamado "constitución simultánea" dado que todas las partes comparecen en un solo acto, ante el notario público, manifiestan su consentimiento y él mismo firma el contrato social.

Todas las acciones en que se divide el capital social deben quedar íntegramente suscritas y, por lo menos parcialmente pagadas al momento de acudir ante el notario público para constituir la sociedad; sin embargo, conviene aclarar que dado que la ley no requiere de modo expreso que las aportaciones se paguen ante notario, basta la simple declaración de que han sido hechas para cumplir con este precepto legal.

Es frecuente que al constituir una sociedad anónima ante notario público, se celebre en ese momento la primera asamblea general de accionistas para designar consejo de administración, comisario, otorgar poderes, etc.

1.7.2. Constitución sucesiva.

Primeramente, es importante mencionar que este sistema de constitución es muy poco usado en la práctica para fundar sociedades y, asimismo, cabe hacer mención de que la constitución sucesiva está reservada a las sociedades por acciones. (artículo 90 y 208 de la LGSM).

Por lo que respecta a la sociedad de responsabilidad limitada, ésta no puede ser objeto de constitución sucesiva, dado a que existe una prohibición expresa en el artículo 63 de la LGSM, que a la letra establece:

"ART. 63. La constitución de sociedades de responsabilidad limitada o el aumento de su capital social no podrá llevarse a cabo mediante suscripción pública".³²

Debido a la índole de este tipo de constitución (oferta pública de acciones), tampoco puede ser utilizada para las sociedades personales³³ dado que, además de que no emiten acciones, están basadas en la confianza entre los socios y en el principio que nos establecen los artículos 31 y 57 referentes a que se requiere el consentimiento de todos ellos para admitir nuevos socios.

Por lo que se refiere a la sociedad en comandita por acciones, creemos que sí es posible aplicar la constitución sucesiva de la sociedad, toda vez que, además de que es una sociedad por acciones, está regulada por los principios que rigen a la sociedad anónima (artículo 208 de la LGSM) y más aún, el artículo 211 de la propia LGSM no nos remite a los antes mencionados artículos 31 y 57, por lo que los podemos considerar inaplicables; es decir, no requerimos

³² Ley General de Sociedades Mercantiles, op. cit., supra nota 12, p. 186.

³³ Sociedad en nombre colectivo y sociedad en comandita simple.

el consentimiento de todos los socios para admitir a nuevos, y por lo tanto, la sociedad en comandita por acciones puede ser fundada utilizando el método de constitución sucesiva.

El maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez, define a la constitución sucesiva como "aquella en la que los ofrecimientos de adhesiones hechos por diferentes personas, como resultado de la invitación dirigida al público por los fundadores y el pago de las aportaciones, se realiza paulatinamente, esto es, en diversos momentos consecutivos".³⁴

Fases de la constitución sucesiva.

1. Redacción y depósito del programa. De conformidad con el artículo 92 de la LGSM, los fundadores deberán redactar un programa que deberá contener el proyecto de estatutos, mismo que deberá incluir los requisitos del artículo 6, excepción hecha de lo contenido por las fracciones I y VI primer párrafo, y los del artículo 91, exceptuando lo prevenido por la fracción V. El programa debe contener, asimismo, la invitación que los fundadores dirigen al público.

El programa debe ser depositado en el RPC, según lo establece también el propio artículo 92 de la LGSM.

³⁴ RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín, op. cit., supra nota 13, p. 99.

2. Oferta y suscripción de acciones. Se trata de la oferta que el promotor de la sociedad haga al público de las acciones que representen el capital social propuesto para la sociedad.

Aquí es importante mencionar, compartiendo la opinión del maestro Jorge Barrera Graf³⁵, que aunque se trate de una oferta pública de acciones que se emiten en serie, no se requiere la aprobación previa de la Comisión Nacional de Valores a que se refiere el artículo 2 último párrafo de la Ley del Mercado de Valores, dado que la oferta pública de acciones que se hace en la constitución sucesiva no es de sociedades ya constituidas, sino que se trata de acciones que se emiten antes o al tiempo de constituir una sociedad.

La constitución sucesiva es una declaración unilateral de voluntad que hace el o los fundadores o promotores, misma que, como tal, quedaría regulada por los artículos 1860 y 1864 del Código Civil para el Distrito Federal, teniéndose por plazo máximo para la aceptación de la policitación el que señala el artículo 97 de la LGSM, disposición que a la letra establece: "Todas las acciones deberán quedar suscritas dentro del término de un año, contado desde la fecha del programa, a no ser que en éste se fije un plazo menor".

³⁵ BARRERA GRAF, Jorge, op. cit., supra nota 4, p. 324.

Dado que estamos hablando de una declaración unilateral de voluntad regulada como tal por el Código Civil para el Distrito Federal, es importante decir que la condición a que alude el artículo 1861 de dicho ordenamiento, aquí consiste en que los terceros suscriban la totalidad de las acciones ofrecidas y que se paguen las aportaciones, ya sea en numerario (artículo 94 de la LGSM), o en especie (artículo 95 del mismo ordenamiento).

Una vez que los suscriptores han cumplido con las condiciones antes mencionadas, tendrán derecho a exigir de el o los promotores, que se proceda a formalizar el contrato de sociedad y que se les entreguen las acciones que hubieren suscrito; sin embargo, si el suscriptor no cumple con tales condiciones, los fundadores podrán exigirle judicialmente el cumplimiento o tener por no suscritas las acciones (artículo 96 de la LGSM).

3. Ejecución del programa.- Una vez vencido el plazo, ya sea legal (un año) o convencional (si así se pactó en el programa), y no se han suscrito todas las acciones ofrecidas y no se han hecho las exhibiciones previstas en el programa, o por cualquier otro motivo no se llegase a constituir la sociedad, los suscriptores quedarán desligados y podrán retirar las cantidades que hubieren depositado (artículo 98 de la LGSM).

En cambio el artículo 99 de la LGSM nos establece que, suscrito el capital social y hechas las exhibiciones legales, los fundadores, dentro de un plazo de quince días, publicarán la convocatoria para la reunión de la asamblea general constitutiva, en la forma prevista en el programa.

4. Asamblea constitutiva. Se convoca a todos los suscriptores, quienes van a ser los socios de la sociedad. Podrán concurrir a la asamblea ya sea personalmente o mediante apoderado. En esta asamblea se tomarán acuerdos referentes a los puntos contenidos en el artículo 100 de la LGSM.

5. Protocolización y registro. Deberá protocolizarse el acta de asamblea con los estatutos, siendo este acto la última fase de la constitución sucesiva.

Asimismo, la escritura que resulte deberá ser inscrita en el RPC, inscripción que podrán realizar los socios, alguna persona autorizada en la propia escritura o, en su defecto, el notario público ante quien se otorgó el instrumento público correspondiente.

1.8. ORGANIZACIÓN.

En las sociedades anónimas, se da la necesidad de contar con órganos que actúen en consecución del objeto social, y es por ello

que su estructura orgánica se regule específicamente por la LGSM.

La estructura a que nos referimos puede ser entendida como una distribución de competencias entre los diversos órganos que integran a la sociedad anónima, con el objeto de armonizar los intereses individuales de los socios en vista de la consecución del objeto social o interés común a que nos hemos referido.

Dado que, como apuntamos anteriormente, la estructura de la sociedad anónima se encuentra específicamente regulada por la LGSM, se hace necesario recurrir a las normas jurídicas para conocer la forma como deben de registrarse, en aras a la consecución del fin común, el ejercicio de las funciones propias de cada uno de los órganos sociales.

La LGSM nos señala como órganos de la sociedad anónima a la asamblea de accionistas, al órgano de administración y al de vigilancia y, haciendo referencia a la distribución de competencias antes mencionada, cabe decir lo siguiente:

A la asamblea de accionistas se le ha atribuido la función de formar la voluntad social en su carácter de órgano supremo de la sociedad; al órgano de administración se le confiere la representación y la gestión directa de los negocios de la sociedad; y a los comisarios se les considera como los titulares de la función de vigilancia de la gestión administrativa.

1.8.1. Asamblea de accionistas.

La asamblea general de accionistas, nos dice el artículo 178 de la LGSM, es el órgano supremo de la sociedad; acuerda y ratifica todos los actos de ésta, e impone sus decisiones con fuerza obligatoria a todos los accionistas y a los demás órganos sociales. En efecto, de la asamblea dimanán los demás órganos sociales y a ella están sometidos.

Según nos dice el maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez, "solamente la reunión de accionistas que ha cumplido los trámites legales de convocatoria y de reunión tiene la calidad de asamblea, como resulta del artículo 188, que dispone la nulidad de las que se celebran con infracción de las disposiciones sobre convocatoria y publicidad."³⁶

El maestro Rodríguez y Rodríguez habla de una "reunión" de accionistas debido a que, de conformidad con los artículos 189, 190 y 191 de la LGSM, no es indispensable la presencia de todos los socios, sino solo la de aquéllas mayorías que la ley y los estatutos requieren.

Las asambleas de accionistas pueden ser generales o especiales, siendo que las generales pueden ser, a su vez,

³⁶ RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín, op. cit., supra nota 13, p. 113.

constitutivas, ordinarias o extraordinarias.

Las asambleas generales, son aquellas que pueden estar formadas por todos los accionistas, aunque como ya dijimos anteriormente, no es indispensable la presencia de todos ellos, mientras que las especiales, son aquellas a las que tienen derecho de asistir los tenedores de una clase especial de acciones; es decir, se trata de accionistas que tienen derechos particulares. Las asambleas especiales, son a las que hace referencia el artículo 195 de la LGSM.

Como hemos dicho, las asambleas generales pueden ser, a su vez, constitutivas, ordinarias o extraordinarias.

La asamblea general constitutiva sólo tiene lugar en los casos de constitución sucesiva de la sociedad, tema al que nos hemos referido en el presente capítulo, y es regulada por los artículos 99 a 102 de la LGSM.

Por otro lado, la distinción entre asambleas generales ordinarias y extraordinarias, va en función de los asuntos que han de tratarse en ellas y del quórum especial en ciertos casos (artículo 182 fracción XII de la LGSM).

Así pues, son asambleas extraordinarias las que se reúnen para acordar modificaciones estatutarias (artículo 182 fracciones I a

VII y XI de la LGSM), para acordar la amortización de acciones con utilidades repartibles (fracción IX del artículo 182) y para decidir la emisión de acciones privilegiadas, de acciones de goce y de bonos (fracciones VIII, IX y X del citado artículo 182 de la LGSM). Asimismo, serán extraordinarias, como acabamos de apuntar, las asambleas generales que se reúnan para tratar algún asunto para los que la ley o los estatutos exijan un quórum especial (artículo 182 fracción XII de la LGSM).

Las asambleas generales ordinarias son aquellas que se reúnen para tratar sobre asuntos que no correspondan a la asamblea general extraordinaria (artículo 180 de la LGSM) y, específicamente le corresponde, por ley, aprobar el balance a que se refiere el artículo 181 de la propia LGSM.

Es importante mencionar que las asambleas generales ordinarias deben de reunirse, por lo menos, una vez al año dentro de los cuatro meses que sigan al cierre del ejercicio social (aunque no existe sanción por incumplir esta disposición, misma que se contiene en la parte inicial del artículo 181 de la LGSM).

Por último, es posible que los accionistas acuerden el incluir en los estatutos sociales, como asunto que deba tratarse en la asamblea, a cualquiera que consideren conveniente para que sea aprobado, estableciéndolo como requisito de validez del acto en cuestión.

1.8.2. Organo de administración.

El órgano de administración es un elemento de funcionamiento esencial en la sociedad anónima aunque, por disposición de ley, puede faltar en los estatutos de una sociedad toda referencia a la administración, dado que, en este caso, "se aplicarán las disposiciones relativas de esta ley" (artículo 8 de la LGSM, en relación con el artículo 6 del mismo ordenamiento). No obstante, cuando una sociedad inicia sus actividades, es inevitable que exista cierta organización, aunque no se establezca expresamente. Es decir, si por ejemplo, se designa a un representante legal para cualquier efecto, éste fungiría como administrador, aún y cuando no se le haya otorgado expresamente ese carácter.

Aquí, es importante distinguir que si la sociedad es constituida mediante el proceso de constitución sucesiva, entonces, también por disposición expresa de la ley, es indispensable el que se haga, en la asamblea general constitutiva, nombramiento de los administradores y del comisario. Así pues, en este caso, no puede faltar la designación de los administradores como puede suceder en la constitución simultánea (artículo 100 fracción IV de la LGSM).

El órgano de administración de una sociedad anónima puede estar compuesto de una o varias personas (Administrador Unico o Consejo de Administración, respectivamente), y tiene dos funciones básicas: la función de administración propiamente y la de

representación de la sociedad frente a terceros.

El maestro Mantilla Molina, nos indica que el cargo de administrador o de consejero, es personal, temporal, revocable y remunerado.³⁷

Primeramente es personal, dado que el artículo 147 de la LGSM nos establece que los cargos de administrador o consejero y de gerente, son personales y no podrán desempeñarse por medio de representante.

El cargo de administrador es temporal y revocable, también por disposición expresa de la ley (artículo 142 de la LGSM), aunque no se fija un límite máximo para la duración del cargo, lo que hace que en algunos casos, la duración sea prácticamente indefinida. Sin embargo, también el cargo, como hemos dicho, es revocable, aunque no haya concluido el plazo para el cual fue designado el administrador o consejero en cuestión.

Es válida la cláusula que establezca la gratuidad del cargo de administrador o consejero, toda vez que la remuneración de los administradores o consejeros no depende del cargo; sin embargo, la cláusula que estableciera que el cargo de administrador o consejero no es personal o no es revocable, sería nula porque contraría los

³⁷ MANTILLA MOLINA, Roberto L., op. cit., supra nota 1, p. 403.

principios de la ley.

El órgano administrativo, también es considerado como órgano ejecutor de las resoluciones y acuerdos de las asambleas de accionistas, función que, a juicio del maestro Jorge Barrera Graf³⁸, va implícita en las otras dos funciones antes mencionadas; la de administración y la de representación de la sociedad.

La LGSM (artículo 142) considera a los consejeros o al administrador único como mandatarios. Asimismo el artículo 157 del mismo ordenamiento nos dice "...la responsabilidad inherente a su mandato...".

Nosotros, siguiendo la opinión del maestro Barrera Graf³⁹, sostenemos que no se trata de la figura contractual del mandato, por las siguientes razones, entre otras: a) la función y carácter del órgano de administración es necesaria y no convencional, como lo es el mandato y la comisión mercantil; b) el carácter de consejero o administrador y la integración del órgano no depende de un acuerdo de voluntades, sino de un acto unilateral (asamblea de accionistas, por ejemplo); y, c) al órgano de administración no sólo le corresponde la función administrativa, sino también otras; a saber: funciones de gestión, entre otras.

³⁸ BARRERA GRAF, Jorge, op. cit., supra nota 4, pp. 570 y 571.

³⁹ Ibidem.

La extensión de las facultades del órgano de administración, está limitada por la finalidad de la sociedad y podrá realizar todas las operaciones inherentes al objeto social, salvo lo que expresamente establezca la ley o el contrato social; es decir, la amplitud y medida de los poderes para administrar y representar a la sociedad tienen como límite la finalidad social y, dentro de esa finalidad social, dichos poderes pueden ser ampliados o restringidos por los estatutos.

El órgano administrativo goza de cierta autonomía frente a los demás órganos de la sociedad, dado que la voluntad de los administradores expresada dentro del ámbito de sus atribuciones, es legalmente la voluntad de la sociedad. Esta autonomía hace que la voluntad de los administradores no sea sólo un instrumento para la ejecución de los acuerdos tomados por la asamblea de accionistas, sino que los hace capaces de formar y declarar la voluntad social, siempre y cuando actúen dentro de sus atribuciones.

Por último y siguiendo al maestro Ignacio Galindo Garfias, el poder decisorio de los administradores requiere de un arbitrio discrecional para ser ejercido, el cual implica necesariamente el concepto de responsabilidad de aquel sujeto que haciendo uso de dicha discreción, la debe emplear necesariamente en beneficio de los intereses que le han sido confiados. Por lo tanto, el órgano administrativo no sólo es el "portador" de la voluntad social sino que en el órgano administrativo se genera la propia voluntad del

ente representado.⁴⁰

1.8.3. Órgano de vigilancia.

Como ya mencionamos antes, el órgano de vigilancia es uno de los tres órganos que nos señala la LGSM para la sociedad anónima, siendo además, un órgano obligatorio para esta clase social.

Como menciona el maestro Barrera Graf, "...tanto en las sociedades personales como en la sociedad de responsabilidad limitada, que es una sociedad de capitales, la existencia y constitución del órgano de vigilancia es facultativa, no porque se menosprecien las funciones de control y de vigilancia, respecto a la sociedad misma, sino porque de ellas se encargan los socios...".⁴¹

Es por lo anterior, por lo que el artículo 6 de la LGSM no hace mención alguna del órgano de vigilancia al enumerar los elementos de la escritura de toda sociedad, ya que, como decíamos, es facultativo para las sociedades personales; sin embargo, el artículo 91 de la LGSM, nos enumera como requisito de la escritura constitutiva de la sociedad anónima (fracción V), el que se nombre uno o varios comisarios.

⁴⁰ GALINDO GARFIAS, Ignacio, op. cit., supra nota 19, p. 49.

⁴¹ BARRERA GRAF, Jorge, op. cit., supra nota 4, p. 595.

Si la sociedad anónima es constituida vía constitución sucesiva, el artículo 100 fracción IV de la LGSM prevé el que en la asamblea general constitutiva se haga el nombramiento de comisarios.

Así pues, el órgano de vigilancia es un órgano obligatorio en la sociedad anónima y se debe designar a los comisarios al constituirla.

Es el artículo 164 el que hace referencia directa al órgano de vigilancia de la sociedad anónima, estableciendo que la vigilancia de la sociedad estará a cargo de uno o de varios comisarios, temporales y revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad.

En relación con el carácter temporal, revocable y remunerado de los comisarios, cabría hacer los mismos comentarios que hemos hecho para los consejeros o Administrador Unico.

El nombramiento y/o remoción de los comisarios corresponde a la asamblea general de accionistas, de conformidad con lo establecido por el artículo 181 fracción II de la LGSM.

En cuanto a los requisitos para ser comisario, cualquier persona que no esté inhabilitada para ejercer el comercio, sea o no accionista, puede serlo, con excepción de los empleados de la

sociedad; los empleados de aquellas sociedades que sean accionistas de la sociedad en cuestión por más de un 25% del capital social; los empleados de aquellas sociedades de las que la sociedad en cuestión sea accionista en más de un 50%; y, excepción hecha también de los parientes consanguíneos de los administradores sin limitación de grado en línea recta, los colaterales dentro del cuarto y los afines dentro del segundo (artículo 165 de la LGSM).

Las excepciones anteriores se fundan en la independencia que ha de tener el comisario para vigilar y censurar libremente la actuación de los administradores.⁴²

Corresponde a los comisarios, en general, el vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad, proveyendo a regular su funcionamiento. El artículo 166 de la LGSM detalla sus facultades y obligaciones.

Los comisarios responderán individualmente de sus actos ante la asamblea de accionistas, siendo causas de responsabilidad el incumplimiento de la ley, del estatuto social y su intervención en caso de tener un interés opuesto al de la sociedad (artículos 169 y 170 de la LGSM).

⁴² MANTILLA MOLINA, Roberto L., op. cit., supra nota 1, p. 419.

I N D I C E

CAPITULO 2. EL CAPITAL SOCIAL EN LA SOCIEDAD ANONIMA.

- 2.1. Concepto
- 2.2. Capital suscrito y pagado.
- 2.3. Patrimonio social.
- 2.4. Principios rectores del capital social.
 - 2.4.1. Principio de unidad.
 - 2.4.2. Principio de determinación.
 - 2.4.3. Principio de capital mínimo.
 - 2.4.4. Principio de suscripción íntegra.
 - 2.4.5. Principio de realidad.
 - 2.4.6. Principio de intangibilidad.
- 2.5. Capital social mínimo.
- 2.6. Capital social autorizado.
- 2.7. La reserva legal y otros tipos de reservas.
 - 2.7.1. La reserva legal.
 - 2.7.2. Otros tipos de reservas.
- 2.8. La acción.
 - 2.8.1. Concepto.
 - 2.8.2. Origen histórico.
 - 2.8.3. La acción como parte del capital social.
 - 2.8.4. La acción como títulovalor.
 - 2.8.5. Clasificación de las acciones.
- 2.9. Aumento y reducción al capital social en sociedades anónimas de capital fijo.
 - 2.9.1. Aumento al capital social.
 - 2.9.2. Reducción al capital social.

CAPITULO 2. EL CAPITAL SOCIAL EN LA SOCIEDAD ANONIMA.

2.1. CONCEPTO.

Es precisamente en las sociedades anónimas donde el capital social reviste su mayor importancia, principalmente debido a la naturaleza de este tipo social, en donde los socios responden, como hemos dicho, hasta por el monto de sus aportaciones.

Además y en apoyo a lo anterior, como comenta el licenciado Adrián R. Iturbide Galindo: "La sociedad anónima no es concebible sin un capital social; con éste la sociedad anónima dispondrá de recursos de operación suficientes al momento de su constitución y durante toda su vida y quienes contraten con ella, gozarán de la garantía expresada en la cifra del capital".⁴³

Dado que el capital social, como comentamos, es importante en las sociedades anónimas, hemos considerado conveniente dedicar todo el presente capítulo para su estudio, ello con el objeto principal de llegar a una mejor comprensión de la problemática que presentan ciertos preceptos relacionados con las sociedades de capital variable, y que analizaremos más adelante.

⁴³ ITURBIDE GALINDO, Adrián R., op. cit., supra nota 22, p. 31.

Nuestra LGSM no nos proporciona una definición de lo que debe entenderse por capital social; sin embargo, en varios de sus artículos aporta elementos necesarios para desprender un concepto del mismo.

Dentro de las definiciones que nos dan nuestros tratadistas sobre el capital social que consideramos más importantes, encontramos las siguientes:

"El capital social es un concepto aritmético equivalente a la suma del valor nominal de las aportaciones realizadas o prometidas por los socios. Su cuantía debe estar precisamente determinada en la escritura constitutiva, según exigen, entre otros, los artículos 6 fracción V y 89 fracción II de la LGSM".⁴⁴

"El capital social es igual a la suma de las aportaciones de los socios, es el núcleo y el nivel mínimo que debe alcanzar el patrimonio social e inicialmente siempre coincide con éste".⁴⁵

"Es la cifra en que se estima la suma de las obligaciones de dar de los socios; es el valor en dinero de las aportaciones de los socios, que resulta de las estimaciones hechas en el acto

⁴⁴ RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín, op. cit., supra nota 13, p. 79.

⁴⁵ ITURBIDE GALINDO, Adrián R., op. cit., supra nota 22, pp. 25 y 26.

constitutivo".⁴⁶

De lo anterior se desprende lo que debemos entender por capital social. Tenemos claro, por lo pronto, que el capital social está formado por las aportaciones hechas por los socios al celebrar el contrato social o que se obligan a realizar. El capital social al que nos referimos es el llamado "capital nominal".

Decimos que el capital social está formado también por las aportaciones que los socios se obligan a realizar, debido a que la LGSM, en su artículo 89 fracciones II, III y IV, establece que el capital social se encuentre íntegramente suscrito; sin embargo, permite que no esté completamente pagado.

Es decir, los socios han de contraer la obligación de cubrir totalmente la cantidad que se señale como capital social, más no se tiene la obligación de pagar totalmente dicho capital. El precepto que comentamos, dispone únicamente que cuando menos se exhiba en dinero en efectivo al veinte por ciento del valor de cada acción pagadera en numerario.⁴⁷

⁴⁶ VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar, Asambleas, fusión y liquidación de sociedades mercantiles, México, Editorial Porrúa, S.A., 1987, 3a. ed., p 17.

⁴⁷ Es importante mencionar que el artículo 133 de la LGSM, dispone que no podrán emitirse nuevas acciones, sino hasta que las precedentes hayan sido íntegramente pagadas. Así pues, en este caso, sí es necesario que las acciones en que se divide el capital social estén completamente pagadas.

Poco más adelante en el presente trabajo, para efectos de claridad, expondremos brevemente lo que debe entenderse por capital suscrito y capital pagado.

Nuestra LGSM, en su artículo 6, señala que la escritura constitutiva de toda sociedad mercantil debe contener "el importe del capital social" (fracción V) y "la expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes; el valor atribuido a éstos y el criterio seguido para su valorización. Cuando el capital sea variable, así se expresará indicándose el mínimo que se fije" (fracción VI).

Por lo que respecta a las sociedades anónimas en lo particular, el artículo 91 de la LGSM nos confirma lo señalado por el artículo 6, e insiste en la necesidad de hacer referencia al capital social en la escritura constitutiva. Tal es el caso de las fracciones I, II y III de este artículo 91, que establecen: I. La parte exhibida del capital social; II. El número, valor nominal y naturaleza de las acciones en que se divide el capital social, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo de la fracción IV del artículo 125; y III. La forma y términos en que deba pagarse la parte insoluta de las acciones.

Es de concluirse, pues, que es requisito indispensable de toda sociedad mercantil el hacer referencia al capital social en su escritura constitutiva (artículo 6 LGSM) y, de manera especial, es

requisito esencial de la escritura constitutiva de las sociedades anónimas, según se desprende del artículo 91 de la propia LGSM.

Como mencionábamos antes, el capital social está integrado por una suma aritmética de obligaciones de dar. No se incluyen obligaciones de hacer, dado que no constituirían garantía alguna frente a los acreedores.

Si bien es cierto que las sociedades anónimas tienen que tener su capital totalmente pagado para poder emitir nuevas acciones (artículo 133 LGSM), también lo es el que si no las emiten, la ley no establece plazo alguno para que los accionistas paguen totalmente el monto de su aportación, por lo que hay quien sostiene que podría suceder que una sociedad ostente indefinidamente un capital social no pagado en su totalidad, lo que podría resultar en perjuicio de algunos acreedores.⁴⁸

⁴⁸ Existen otras disposiciones de la LGSM, además del artículo 133, que nos hacen concluir que existen otros casos en que el capital debe estar exhibido (pagado), a saber: El artículo 117 nos establece que la distribución de utilidades y del capital social se hará en proporción al importe exhibido de las acciones y, por otro lado, del segundo párrafo del artículo 117 y del artículo 118, se desprende que la sociedad puede exigir judicialmente el pago de las acciones cuyo importe no se encuentre íntegramente exhibido, o bien, vender las mismas, dentro de los 5 años siguientes a la fecha en que se haya registrado el traspaso al adquirente correspondiente. Es decir, de estos preceptos se concluye: 1. El monto de la acción pagadora tiene que estar íntegramente exhibido para poder recibir utilidades y/o distribución del capital social; y 2. La sociedad tiene una acción para exigir el pago de las acciones cuyo importe no se encuentre totalmente cubierto o para vender dichas acciones. Esta acción es por 5 años contados a partir de la fecha en que se haya registrado el traspaso al adquirente correspondiente.

Lo anterior puede resultar muy importante dada la naturaleza de la sociedad anónima, en donde estamos frente a una sociedad de capitales cuyos socios responden hasta por el monto de sus aportaciones. Esto mismo, no es tan importante en otro tipo de sociedades en donde los socios responden de manera solidaria e ilimitada, ya que existe la garantía adicional de los propios socios, en lo personal.

El capital social, a su vez, constituye una cifra "simbólica". Esto, debido a que la sociedad, al funcionar, independientemente de la cantidad que se haya fijado como capital social, puede incrementar o reducir su patrimonio sin tener nada que ver el capital social.⁴⁹

El capital social es importante ya que es un elemento imprescindible en toda clase de sociedades (según ya lo comentamos). Además, es un concepto que se relaciona con la reserva legal, con las utilidades y pérdidas y hasta con el principio de la mayoría de socios y de votos.

⁴⁹ Más adelante trataremos, para claridad, el tema del patrimonio social y el capital social.

2.2. CAPITAL SUSCRITO Y PAGADO.

Poco antes se hizo mención al capital suscrito y pagado, por lo que procederemos a detallar un poco en lo que consiste cada uno de dichos términos.

El capital suscrito es igual a la suma de las promesas hechas por los suscriptores o de las obligaciones de aportar a la sociedad bienes en numerario o en especie, mientras que el capital pagado o exhibido es igual a la suma de los valores efectivamente ingresados en las cajas de la sociedad en cumplimiento de las promesas derivadas de la suscripción.⁵⁰

Es decir, el capital suscrito constituye todo el monto del valor de las acciones que los accionistas se obligan a cubrir (incluyendo lo que al momento de la constitución hubieren pagado); es lo que correspondería (o de hecho corresponde) a cada accionista al momento de constituir la sociedad, hubiera o no pagado el importe total de esas acciones. El capital pagado, como ya lo comentamos, es igual a la suma de los valores efectivamente ingresados en las cajas de la sociedad.

Como ya hemos mencionado, el capital social, al momento de constituir una sociedad anónima, debe estar íntegramente suscrito,

⁵⁰ ITURBIDE GALINDO, Adrián R., op. cit., supra nota 22, pp. 27 y 28.

pero además debe estarlo con cinco socios por lo menos y no ser menor a \$25,000.00 M.N. (artículo 89 fracciones I y II de la LGSM).

Aquí creemos conveniente aclarar, que al constituir una sociedad vía suscripción pública (constitución sucesiva), se cumplen los preceptos legales anteriores. Lo anterior, debido a que el momento de constitución es al final; es decir, una vez que se protocoliza el acta de la asamblea general constitutiva, según hemos apuntado en el capítulo anterior. En ese momento, se está suscribiendo el total del capital social y existen, por lo menos, cinco socios.

La razón que tuvo el legislador de 1934 para determinar que el capital social se encuentre íntegramente suscrito es, básicamente, el dar una garantía a los terceros que contraten con la sociedad (desde el momento de su constitución).

Además de que el capital tiene que estar íntegramente suscrito, la ley también establece que una parte de las acciones tiene que estar pagada; es decir, cada accionista tiene que pagar, cuando menos, el 20% de cada acción que suscriba, estableciendo la ley, además, que en caso de pagar con bienes distintos al numerario, debe exhibir íntegramente el valor de cada acción (artículo 89 fracciones III y IV de la LGSM).

2.3. PATRIMONIO SOCIAL.

El capital social es comunmente confundido con el concepto de patrimonio social, por lo que es conveniente distinguirlos perfectamente desde ahora, para lograr una mejor comprensión de los temas que aquí se tratan.

Como nos dice el Lic. Adrián R. Iturbide Galindo, el patrimonio social, a diferencia del capital social, "es el conjunto de bienes y de derechos de la sociedad con reducción de sus obligaciones, su activo menos su pasivo; resulta evidente que una vez que empieza a funcionar la sociedad, será prácticamente imposible que coincidan uno con el otro. Mientras que el capital social es una cifra en dinero que permanece invariable en tanto no se tome un acuerdo de aumentarlo o de disminuirlo, el capital contable o patrimonio social estará, en cambio, en constante fluctuación, sujeto a todas las vicisitudes de la vida económica de la empresa".⁵¹

Asimismo, el Lic. Mario Herrera nos expone que el patrimonio social "está constituido por la masa total de bienes y derechos que pertenecen a la sociedad en cada momento de su vida, masa esencialmente variable, ya en sentido ascendente, ya en sentido

⁵¹ Idem, p. 26.

descendente, según la fortuna de los negocios sociales".⁵²

El patrimonio social refleja el desenvolvimiento real de la sociedad, es un concepto eminentemente mutable, ya que se modifica con la actividad social efectiva de ésta, en tanto que el capital social es la suma del valor nominal de todas las acciones representativas del mismo, siendo necesario, como decíamos, un acuerdo de la asamblea de accionistas para aumentarlo o disminuirlo (artículo 216 y 182 fracción III de la LGSM).

Es por lo anterior el hecho de que, al constituir una sociedad anónima (antes de que comience a operar), su capital social siempre coincidirá con el patrimonio social, pero una vez en marcha los negocios sociales, será poco probable que lleguen a equipararse, pues uno de ellos podrá en un momento dado ser mayor que otro y viceversa, dependiendo del éxito de tales negocios.

Aquí, nosotros consideramos que el capital social debía ser realmente representativo; es decir, que se ajustara de tal forma que llegue a tener similitud, en la medida de lo posible, con el patrimonio social, para lo cual, la sociedad anónima de capital variable tiene cierta facilidad, según la naturaleza de este tipo social, que le permite cierta flexibilidad, y a la que nos referiremos más adelante.

⁵² HERRERA, Mario, Acciones de sociedades industriales y comerciales, México, Talleres de la Editorial Cultura T.G., S.A., 1965, 1a. ed., p. 12.

Existe una ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, misma que hace referencia a que la venta del capital social no se debe confundir con la transmisión del patrimonio social. A continuación pasamos a transcribir la ejecutoria en cuestión:

SOCIEDAD ANONIMA, ACCIONES DE LA. SU VENTA TOTAL NO DEBE CONFUNDIRSE CON LA ENAJENACION DEL PATRIMONIO SOCIAL.- El hecho consistente en la venta de la totalidad de las acciones de una sociedad anónima, no debe confundirse con la enajenación del patrimonio de la sociedad, porque las acciones son propiedad de los socios y al venderse éstas solo cambian las personas que componen la sociedad, pero el patrimonio de ésta no se transfiere. Vulgarmente se confunden los conceptos porque los nuevos socios pueden cambiar administradores y disponer del patrimonio social, pero este error no es admisible desde el punto de vista técnico, donde es clara la diferenciación entre el patrimonio de la sociedad y el de los socios.

Amparo directo 1688/65. Impulsora de la Industria Morelense, S.A. 12 de agosto de 1966.

Visible en el Semanario Judicial de la Federación de la Sexta Epoca, Volumen CX, Cuarta Parte, página 82.

A mayor abundamiento, citaremos la opinión del maestro Raúl Cervantes Ahumada, en donde nos aclara algunas de las diferencias que existen entre el capital social y el patrimonio social. El maestro Cervantes opina que "no debe confundirse el capital social con el activo patrimonial, ya que éste es el conjunto de bienes o derechos que una persona posee como propios, y el capital social es una cifra numérica abstracta, una referencia contable que es en principio inalterable, o para cuya alteración se requiere un

procedimiento específico. El capital social coincidirá con el activo patrimonial solo en el momento de constitución de la sociedad; pero inmediatamente, al pagar los gastos de constitución o de registro, el activo quedará disminuido en la porción relativa, y la cifra del capital social se mantendrá intacta. Es una referencia contable para determinar si, como consecuencia de sus operaciones, la sociedad ha ganado o perdido. Si la sociedad gana, la suma de valores de los bienes que integran el activo patrimonial será superior a la cifra del capital social, y será inferior si la sociedad ha perdido".⁵³

De acuerdo con el artículo 18 de la LGSM, podemos interpretar que, si el patrimonio social es mayor que el capital social, no existe mayor trascendencia para efectos legales; sin embargo, si es menor a éste, dicho precepto señala que si hubiere pérdida de capital, éste deberá ser reintegrado o reducido antes de hacer reparto o asignación de utilidades.

Con lo anterior, volvemos a concluir validamente que el capital debe ser realmente representativo; es decir, como decíamos, debe tener similitud, en la medida de lo posible, con el patrimonio social. Ello principalmente como garantía para los terceros que contraten con la sociedad.

⁵³ CERVANTES AHUMADA, Raúl, Derecho mercantil, México, Editorial Herrero, S.A., 1984, 4a. ed., p. 47.

2.4. PRINCIPIOS RECTORES DEL CAPITAL SOCIAL.

El legislador de 1934 quiso proteger especialmente al capital social en base a una serie de preceptos, mismos que consagran varios principios que lo rigen y que la doctrina ha denominado como "principios rectores del capital social". Dichos principios están encaminados, principalmente, a dar una mayor claridad al texto de la ley, a garantizar a terceros acreedores de la sociedad, así como a garantizar también a los socios la existencia real de una masa patrimonial dedicada a la obtención de los fines sociales.

Los principios a los que nos referimos son, siguiendo en este sentido a Herrera⁵⁴, los siguientes:

- a) Principio de unidad.
- b) Principio de determinación
- c) Principio de capital mínimo.
- d) Principio de suscripción íntegra.
- e) Principio de realidad.
- f) Principio de intangibilidad.

A continuación, procederemos a dar las características principales de cada uno de los principios antes mencionados, ello con el objeto de ofrecer un panorama general acerca de los mismos.

⁵⁴ HERRERA, Mario, op. cit., supra nota 52, pp. 1 y ss.

2.4.1. Principio de unidad.

En una sociedad no pueden existir simultáneamente dos o más capitales sociales a la vez. Es decir, como lo afirma el maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez, "cada sociedad tiene un capital que constituye una unidad económica y jurídica".⁵⁵

Para el maestro Iturbide Galindo, "el capital social debe ser uno desde que la sociedad nace al constituirse, hasta que la sociedad muere al liquidarse, y durante su vida constituye una unidad jurídica y económica. Esto se traduce, por un lado, como el importe de la suma debida por la sociedad a los socios por las aportaciones hechas por éstos y por otra parte como una unidad de garantía frente a los terceros, con los que la sociedad entra en relación".⁵⁶

Los artículos 6 y 91 de la LGSM, mismos que establecen los requisitos de la escritura constitutiva de toda sociedad el primero y los requisitos de la escritura constitutiva de la sociedad anónima el segundo, hacen referencia al importe del capital social como "uno".

Por otro lado, en los estados financieros de las sociedades

⁵⁵ RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín, op. cit., supra nota 13, p. 80.

⁵⁶ ITURBIDE GALINDO, Adrián R., op. cit., supra nota 22, pp. 30 y 31.

anónimas se refleja este principio de unidad ya que, en ellos el importe del capital social aparece como una cifra única; por ello, la existencia de un capital que tiene su proyección económica en la existencia de un solo patrimonio, explica que cada sociedad tenga un solo balance, un solo inventario, cualquiera que sea el número de sus agencias o sucursales.

No obstante este principio de unidad, el capital social en las sociedades anónimas puede ser dividido en varias clases o categorías, como veremos más adelante.

2.4.2. Principio de determinación.

El capital social debe estar expresado en una cantidad precisa, en una cifra; esto, con el objeto de que el capital social tenga precisión y no resulte de meras suposiciones, que pueden ser inciertas y dar lugar a confusiones, tanto para los accionistas como para con los terceros que contraten con la sociedad.⁵⁷

Según el maestro Herrera, la importancia de este principio radica en que "se traduce en beneficios palmarios, tanto para la sociedad, como para los socios y los terceros. Para la sociedad, en

⁵⁷ El capital debe expresarse en moneda nacional en virtud de que el artículo 10. de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos establece que "la unidad del sistema monetario de los Estados Unidos Mexicanos es el 'peso'". Además, el artículo 89 de la LGSM, en su fracción II, al hacer referencia al capital mínimo para las sociedades anónimas, menciona la suma de veinticinco mil "pesos".

cuanto dicha cifra le informa de modo preciso sobre el monto de los recursos financieros disponibles para la prosecución del objeto social. Para los socios y terceros en cuanto informa, a aquéllos, el monto de su crédito frente a la sociedad, y a éstos, el importe de las garantías que el ente ofrece para el cumplimiento de sus compromisos".⁵⁸

Es decir, en los estatutos debe señalarse una cifra de dinero independientemente de los bienes que se aporten a la sociedad, facilitando con esto los beneficios para la sociedad, para los socios y para los terceros, y que ya hemos comentado líneas arriba.

Al respecto, el artículo 6 de la LGSM, como ya se mencionó en el capítulo anterior, establece que "la escritura constitutiva de toda sociedad deberá contener: ...VI. La expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes; el valor atribuido a éstos y el criterio seguido para su valorización. Cuando el capital sea variable, así se expresará indicándose el mínimo que se fije".

Aquí, haciendo referencia específica a las sociedades de capital variable, es importante mencionar que el artículo 217 de la LGSM, ubicado dentro del capítulo que las regula, esto es, el Capítulo VIII de la LGSM, establece que "queda prohibido a las sociedades por acciones anunciar el capital cuyo aumento esté autorizado sin anunciar al mismo tiempo el capital mínimo".

⁵⁸ HERRERA, Mario, op. cit., supra nota 52, p. 3.

2.4.3. Principio de capital mínimo.

Desde el momento que una sociedad anónima va a ser constituida, la LGSM, en su artículo 89 fracción II, le impone un capital mínimo. Este precepto que comentamos establece: "Para proceder a la constitución de una sociedad anónima se requiere: ... II. Que el capital social no sea menor de veinticinco mil pesos, y que esté íntegramente suscrito."

La existencia de este principio se justifica por su finalidad, que consiste en "asegurar la permanencia de cierto acervo de bienes para que : a) la sociedad disponga siempre de recursos financieros para la prosecución del objeto social, sea cual fuere la fortuna de los negocios sociales; b) los terceros gocen de una garantía otorgada por el ente social, en forma permanente; c) las acciones sean siempre títulos representativos de capital".⁵⁹

En relación con las sociedades anónimas de capital variable, debemos tomar en cuenta que el artículo 221 de la LGSM, establece que "no podrá ejercitarse el derecho de separación cuando tenga como consecuencia reducir a menos del mínimo el capital social".

⁵⁹ Idem, p. 4.

2.4.4. Principio de suscripción íntegra.

Este principio, en nuestra opinión mal llamado de suscripción íntegra, se contempla en el artículo 133 de la LGSM, que a la letra dispone: "No podrán emitirse nuevas acciones, sino hasta que las precedentes hayan sido íntegramente pagadas".

Aplicando la fracción III del artículo 89 de la LGSM, podemos considerar que es suficiente que se exhiba en numerario, cuando menos, el veinte por ciento del valor nominal de cada acción que se emita como consecuencia de un aumento de capital social. Es por ello por lo que creemos que es impropio llamarle principio de suscripción íntegra; sería más correcto llamarle principio de exhibición o pago íntegro, ya que lo que busca este precepto es el que se paguen en su totalidad las acciones pagadoras (artículo 133 de la LGSM), siendo que ya sabemos que, como hemos visto, las acciones tienen que estar íntegramente suscritas.⁶⁰

El maestro Herrera, señala lo que debe entenderse por "suscripción", diciendo que es el "acto jurídico en virtud del cual, una persona física o moral asume la obligación de adquirir en propiedad uno o más títulos de crédito y de cubrir su importe."⁶¹

⁶⁰ En relación con el pago de acciones pagadoras, cfr. supra nota 48.

⁶¹ HERRERA, Mario, op. cit., supra nota 52, p.4.

Nuestra LGSM, al regular el tema que comentamos, "consagra, por una parte, una medida de prudencia institucional en interés de la propia sociedad en cuanto se estima que, en principio, una política sana de financiamiento demanda que antes de recurrir a un aumento de capital se agote la fuente interna representada por las exhibiciones pendientes a cargo de los socios, exigibles por la propia sociedad y, por otra parte, un medio de evitar que accionistas con escasa solvencia económica personal, pretendan mantener indefinidamente un capital social de garantía, que a la postre puede resultar ilusorio, y recurrir a nuevas aportaciones en efectivo por parte de terceros inversionistas, que asumirían un riesgo proporcionalmente mayor que los accionistas originales, con un derecho de voto proporcionalmente menor".⁶²

Según la opinión del maestro Frisch Philipp, el precepto que comentamos (artículo 133 de la LGSM), es de tipo imperativo, por lo que su aplicación no permite excepción alguna.⁶³

No obstante lo anterior, consideramos que una estricta aplicación del citado artículo 133 podría llegar a propiciar perjuicios a la sociedad, por ejemplo, si la sociedad establece un calendario de pagos para cubrir las exhibiciones pendientes a cargo

⁶² SALINAS MARTÍNEZ, Arturo, "Las obligaciones convertibles en acciones", en Estudios jurídicos en memoria de Alberto Vázquez del Mercado, México, Editorial Porrúa, S.A., 1982, 1a. ed., p. 736.

⁶³ FRISCH PHILIPP, Walter, La sociedad anónima mexicana, México, Editorial Porrúa, S.A., 1982, 2a. ed., p. 403.

de los socios y, se presentan oportunidades de crecimiento inmediato o algún negocio importante para lo que se requerirían nuevas aportaciones (en numerario o en especie) antes de que concluya el calendario de pagos antes mencionado. El obedecer la disposición contenida en el artículo 133 de la LGSM, significaría el retraso, o bien, la pérdida de negocios interesantes para la sociedad, para los accionistas y para posibles inversionistas.

2.4.5. Principio de realidad.

La cifra en que se exprese el monto del capital social debe ser real, efectiva, y no ficticia o imaginaria; por ello, es conveniente que haya congruencia entre lo que en realidad existe y lo que se manifiesta⁶⁴, porque la LGSM "quiere y exige que el capital, además de una cifra, sea un valor patrimonial real y tangible en cuanto al ya desembolsado, y que pueda serlo en cuanto al que aún no lo está".⁶⁵

Es importante, por ende, que las sociedades anónimas reflejen en el capital social sus reales condiciones de liquidez. En este sentido, sería más factible para las sociedades de capital variable adecuar el importe de dicha cifra, dada la facilidad para aumentar

⁶⁴ Cfr. 2.3. PATRIMONIO SOCIAL.

⁶⁵ RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín, op. cit., supra nota 17, p. 251.

y reducir su capital variable, el cual puede ser incrementado o reducido sin necesidad de reformar estatutos, según se menciona más adelante en el presente trabajo.

Para la conformación del capital social, se requiere de la efectiva entrega de las aportaciones de los socios. Sobre el particular, el artículo 158 de la LGSM establece que "los administradores son solidariamente responsables para con la sociedad: I. De la realidad de las aportaciones hechas por los socios". Sin embargo, además de que es sumamente difícil realizar el cálculo de los daños y perjuicios que ocasiona el incumplimiento de dicha disposición, el artículo 152 de la LGSM dispone que "los administradores y los gerentes prestarán la garantía que determinen los estatutos o, en su defecto, la asamblea general de accionistas, para asegurar las responsabilidades que pudieran contraer en el desempeño de sus encargos".

Al respecto, es oportuno comentar que la garantía que suelen entregar los administradores en cumplimiento del citado artículo 152 de la LGSM es meramente simbólica. Generalmente consiste en el desembolso o depósito del valor nominal de una acción representativa del capital social de la sociedad, tan solo para efectos registrales, pues el artículo 153 de la LGSM determina que "no podrán inscribirse en el RPC los nombramientos de los administradores y gerentes sin que se compruebe que han prestado la garantía a que se refiere el artículo anterior".

Por lo anterior, sería conveniente el que se estableciera la garantía mencionada en función del importe del capital social; es decir, que signifique un porcentaje determinado del mismo a fin de que se pudiera, en un momento dado, hacer efectiva en caso de que los administradores incurran en responsabilidad y que no suceda que la garantía carezca de valor alguno, como sucede en la actualidad.

Los administradores, para contar con la seguridad de su obligación solidaria que se menciona en la fracción I del artículo 158 de la LGSM, deberían de implementar un sistema mediante el cual se pruebe que en realidad los socios efectuaron las aportaciones manifestadas por la sociedad; es decir, que los administradores muestren documentos en que se acredite la efectiva entrega de las aportaciones de los socios a la sociedad.

También en relación con el principio de realidad, el artículo 18 de la LGSM establece que "si hubiera pérdida del capital social, éste deberá ser reintegrado o reducido antes de hacerse repartición o asignación de utilidades".

2.4.6. Principio de intangibilidad.

Para el maestro Joaquín Garrigues, este principio significa que "la cifra del capital no puede ser libremente alterada, ya que todo aumento de la misma significaría un engaño para los acreedores si no va acompañado del correlativo aumento en el patrimonio

social, y toda disminución implica la posibilidad de reducir en la misma cuantía el patrimonio, con la consiguiente disminución de la garantía para los acreedores".⁶⁶

Las sociedades deben destinar el importe de su capital social a la consecución del objeto social que contemplen los estatutos sociales, así como a fungir de garantía respecto de los socios y de terceros.

Por ello, la LGSM exige ciertos requisitos y formalidades para que las sociedades anónimas alteren el importe de su capital social, como la celebración de una asamblea general extraordinaria de accionistas que acuerde el aumento, la reforma correspondiente a los estatutos sociales y la posterior protocolización e inscripción del primer testimonio de la escritura ante el RPC, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 182 y 194 de la LGSM.

En virtud de lo anterior, podemos afirmar que "lo que el principio proclama, no es pura y simplemente la fijeza del capital o su afectación incondicional al objeto pactado, si no la prohibición de que su alteración o desafectación se verifiquen en forma automática, caprichosa y unilateral".⁶⁷

En relación con este principio, el maestro Joaquín Rodríguez

⁶⁶ GARRIGUES, Joaquín, op. cit., supra nota 2, p. 440.

⁶⁷ HERRERA, Mario, op. cit., supra nota 52, p. 7.

y Rodríguez, señala que "una excepción importante al principio de la estabilidad (intangibilidad) es la que resulta de la existencia de sociedades de capital variable"⁶⁸, pero admite que dicho principio es aplicable, en esas sociedades, "en lo que afecta al capital mínimo legal o convencional".⁶⁹

El principio de intangibilidad protege a: "i) los acreedores actuales y futuros de la sociedad contra maniobras de los accionistas; ii) todos los accionistas contra la mala administración; y, iii) los accionistas antiguos y a los accionistas futuros contra quienes pretenden dividendos a cualquier precio y de cualquier modo forzando la renta en perjuicio del propio capital".⁷⁰

2.5. CAPITAL SOCIAL MINIMO.

No hay duda de que la cantidad de veinticinco mil pesos señalada en la fracción II del artículo 89 de la LGSM, es insignificante en los tiempos actuales; sin embargo, es necesario considerar el valor que dicha suma tenía en el año de 1934, fecha en que entró en vigor dicho ordenamiento. En aquél tiempo, las

⁶⁸ RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín, op. cit., supra nota 17, p. 250.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ ALEGRÍA, Héctor, Sociedades Anónimas, Buenos Aires, Ediciones Forum, 1971, p. 41, citado por ITURBIDE GALINDO, Adrián R., op. cit., supra nota 22, p. 33.

sociedades anónimas no estaban destinadas al manejo de pequeños capitales, sino que pretendían la acumulación de cantidades importantes de capital.

Al respecto, es oportuno mencionar lo que la exposición de motivos de la LGSM establece al respecto, siendo que la parte conducente de su texto nos dice:

"Entre los requisitos de constitución se ha introducido el de que el capital social no sea menor de veinticinco mil pesos. Esto dentro del propósito de que la anónima sea un tipo al que acudan únicamente las empresas de importancia."

No obstante lo establecido por la exposición de motivos antes mencionada, la referida disposición ha permanecido inalterada hasta la fecha, lo que ha propiciado la constitución de miles de sociedades con un capital social mínimo muy bajo. La facilidad para constituir una sociedad anónima con la cantidad de veinticinco mil pesos, ha generado que se presente una enorme cantidad de solicitudes de permisos ante la Secretaría de Relaciones Exteriores para constituir las y, dado su número, se ha convertido en un trámite inútil el procedimiento de homologación judicial de las escrituras correspondientes para su inscripción en el RPC, que se encuentra contemplado en los artículos 260 a 264 de la LGSM.⁷¹

⁷¹ En el mismo sentido, cfr. BARRERA GRAF, Jorge, "Formación y constitución de la sociedad anónima", en Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, No. 3, Septiembre-Diciembre de 1986, p. 876, quien comenta que "generalmente no se toma en serio dicha función de control y revisión y, por el

En el mismo sentido, si se llegara a modificar el artículo que comentamos, creemos que sería conveniente tomar el ejemplo de diversos ordenamientos legales de nuestro país, que en vez de señalar determinadas cantidades, establecen fórmulas relacionadas con el incremento del salario mínimo general que perciben los trabajadores. Dicha reforma permitiría al capital mínimo ir adecuándose a la inflación de una manera simultánea, dado que una cantidad fija puede llegar a ser obsoleta en el transcurso de un corto período de tiempo, como sucede actualmente.

Dado que la verdadera garantía de la sociedad debería ser el capital mínimo, consideramos que la LGSM tendría que contemplar una relación aritmética entre dicho capital y el capital social autorizado, a fin de que al alterar el importe de uno de ellos, se tuviera que modificar proporcionalmente el monto del otro. Ello evitaría, en gran medida, la desproporción existente entre el capital social mínimo fijo y el capital social variable, que puede propiciar confusiones tanto en los accionistas como en los terceros que tienen relaciones con la sociedad.

Al establecer lo anterior, la garantía sería más efectiva y podría ir incrementándose de tiempo en tiempo, además de que ya no se propiciaría que los accionistas y los terceros desconocieran el

contrario, por exceso de trabajo en muchos casos, o por falta de probidad en algunos, el juez ordena la inscripción."

verdadero importe del capital social mínimo y, por ende, de la garantía real de la sociedad.

En relación con las sociedades de capital variable, es conveniente mencionar que su capital social mínimo debe estar íntegramente suscrito y pagado; es decir, no habrá posibilidad de que únicamente se encuentre parcialmente pagado. No sería práctico que estuviera pagado parcialmente el capital mínimo, ya que no se podría establecer cantidad alguna como capital variable, si no hasta que se pagara totalmente el capital mínimo (artículo 133 de la LGSM).

2.6. CAPITAL SOCIAL AUTORIZADO.

Dentro de nuestra LGSM solamente encontramos un artículo que hace referencia al capital social autorizado. Tal es el caso del artículo 217, que en su segundo párrafo establece que "queda prohibido a las sociedades por acciones anunciar el capital cuyo aumento esté autorizado sin anunciar al mismo tiempo el capital mínimo. Los administradores o cualquier otro funcionario de la sociedad que infrinjan este precepto, serán responsables por los daños y perjuicios que se causen".

Asimismo, en el Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, se hace mención del capital social autorizado, en relación con la

inscripción en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras de las sociedades mexicanas en cuyo capital social participen uno o más inversionistas extranjeros. Tales sociedades tendrán que manifestar, de acuerdo con lo dispuesto por el citado reglamento, "el importe del capital social, con indicación del mínimo, del autorizado, del suscrito y del pagado, en su caso".

De la simple lectura del citado artículo 217 de la LGSM, resulta claro que la ley no obliga a las sociedades anónimas de capital variable a tener un capital social autorizado; es decir, es optativa su existencia. Ello ha propiciado que la gran mayoría de dichas sociedades tengan un capital social variable ilimitado.

Por nuestra parte, creemos que no proporciona seguridad el hecho de que el capital social variable sea ilimitado, ya que eso hace más notoria la desproporción existente entre el capital social mínimo fijo y el capital social variable, a lo que nos referiremos más adelante.⁷²

Es por lo anterior por lo que creemos que en las sociedades anónimas de capital variable debería de señalarse un capital social autorizado, mismo que tendría que ser aumentado o disminuido en la misma proporción que el capital social mínimo, con el objeto de

⁷² Aquí, es de crucial importancia destacar que el capital social mínimo fijo debe ser la verdadera garantía de la sociedad, toda vez que el capital social variable puede ser reducido con suma facilidad, como veremos posteriormente.

evitar los daños y perjuicios que pudiera ocasionar una reducción del capital social variable.

Al mencionar que los aumentos y disminuciones del capital social autorizado y del capital social mínimo deberían ser en la misma proporción, nos estamos refiriendo a una relación aritmética que propiciaría un equilibrio entre ambos capitales. Por ejemplo, podría estipularse en la LGSM, que "el capital social mínimo siempre deberá representar, cuando menos, el 'x' por ciento del capital social autorizado", "el capital social mínimo nunca será menor de 'x' veces el capital social autorizado", o bien, "el capital social autorizado no podrá ser mayor de 'x' veces el capital social mínimo".

Es nuestra opinión que el capital social autorizado debería ser contemplado en los estatutos sociales de las sociedades anónimas de capital variable, con el objeto de que el mismo fuere inscribible en el RPC, conjuntamente con el capital social mínimo. Con ello, el aumento o disminución de uno de ellos implicaría el incremento o reducción del otro, a efecto de lo cual se tendrían que inscribir en el RPC, tanto el nuevo capital social mínimo como el nuevo capital social autorizado.⁷³

⁷³ ITURBIDE GALINDO, Adrián R., op. cit., supra nota 22, pp. 121 y 122, señala que "cualquier tercero, podrá a través de la consulta en el RPC saber cual es el capital mínimo fijo de la empresa, cual es el capital autorizado y la diferencia entre ambos será la parte variable, hasta donde los accionistas podrán ejercitar libremente su derecho de retiro, disminuyendo el capital."

2.7. LA RESERVA LEGAL Y OTROS TIPOS DE RESERVAS.

2.7.1. La reserva legal.

Es el artículo 20 de la LGSM el que nos habla de la reserva legal, definiéndola como aquel fondo que se constituye separando anualmente de las utilidades netas de toda sociedad el cinco por ciento, como mínimo, hasta que importe la quinta parte del capital social.

El citado artículo 20, en su primer párrafo, establece la obligación de constituir la reserva legal y, asimismo, el segundo párrafo del precepto que comentamos establece que dicho fondo deberá ser reconstituido cuando disminuya por cualquier motivo. De esto se deriva que tanto la constitución del fondo (primer párrafo), como su reconstitución (segundo párrafo), es obligatoria, y tan lo es, que el artículo siguiente impone responsabilidad solidaria e ilimitada a los administradores que no hubieran hecho la separación correspondiente y, asimismo, impone obligación a los socios de devolver lo que indebidamente hubiéren recibido (primero y segundo párrafos del artículo 21 de la LGSM).

En relación con este fondo de reserva, el maestro Roberto L. Mantilla Molina nos dice que "el legislador ha buscado consolidar

la base del patrimonio de la sociedad, y al efecto ha exigido que un 5% de las utilidades sea llevado a una cuenta de reserva, que por su origen se califica de legal; de modo que la sociedad sólo puede disponer libremente del 95% de las utilidades de cada ejercicio, excepto cuando el monto de la reserva haya llegado a ser igual a la quinta parte del capital social (artículo 20), caso en el cual queda cumplida la obligación de constituir la reserva, y la sociedad puede emplear, del modo que estime conveniente, la totalidad de las utilidades".⁷⁴

En relación con la obligatoriedad del precepto que comentamos y las sanciones correspondientes, el mismo autor nos señala que "el repartir utilidades sin haber observado la norma para la constitución de la reserva legal es un caso de reparto indebido de ellas, y, por tanto, está sujeto a las sanciones ya mencionadas: obligación de entregar a la sociedad las cantidades indebidamente repartidas, tanto por parte de los socios que las percibieron, como por parte de los administradores que acordaron su reparto, con la posibilidad de éstos para repetir en contra de aquéllos".⁷⁵

Al hacer referencia nuestra LGSM a la reserva legal, utiliza el término "fondo de reserva" (arts. 6 fracción XI y 20 de la LGSM). Al respecto, cabe mencionar que la reserva legal no es

⁷⁴ MANTILLA MOLINA, Roberto L., op. cit., supra nota 1, p. 204.

⁷⁵ Ibidem.

necesario que esté formada por bienes específicamente determinados, sino que, como nos dice el maestro Jorge Barrera Graf, "como la cuantía misma del capital social, sólo se trata de un concepto, de un nomen iuris, que no corresponde a ningún renglón específico del patrimonio social; es también una cifra de retención, que impone a la sociedad tener valores equivalentes en el activo del balance".⁷⁶

La reserva legal, como hemos venido comentando, se obtiene separando una cantidad de las utilidades netas de la sociedad, por lo que, al ser constituida, no significa incremento alguno al patrimonio de la sociedad ni al capital social de la misma. Es decir, la función de la reserva legal está destinada a proteger el capital social y es por ello por lo que el artículo 21 de la LGSM permite que se pueda capitalizar, mas no permite que se pueda repartir entre los socios.

El artículo 22 de la LGSM les da a los socios y acreedores de la sociedad acción para exigir la constitución de la reserva legal. Esto, aclara que la misma tiene como función la protección del capital social, ya que para los terceros, éste es una garantía de la sociedad.

⁷⁶ BARRERA GRAF, Jorge, op. cit., supra nota 4, p. 296.

2.7.2. Otros tipos de reservas.

Además de la reserva legal, se habla de otros tipos de reservas, algunas de las cuales pasamos brevemente a exponer:

De acuerdo con el origen de la reserva, se han considerado a las reservas legales, estatutarias y convencionales. Las primeras ya las hemos tratado en el punto anterior⁷⁷, por lo que únicamente expondremos lo que debe entenderse por reservas estatutarias y convencionales.

Las reservas estatutarias, como su propio nombre lo indica, son aquellas que establezca el pacto social o los estatutos de la sociedad. Ello, para cumplir con las finalidades que ahí mismo se fijen. Son reservas que se constituyen además de la legal, y para ser modificadas en su cuantía, procedencia, destino o límite mínimo y máximo, es necesario una reforma estatutaria.

Las reservas convencionales son aquellas que se destinan también para ciertos fines específicos, y derivan de acuerdos de la asamblea de accionistas, órgano que asimismo, por supuesto, puede abolirlas o modificarlas.

⁷⁷ Cfr. 2.7.1. La reserva legal.

2.8. LA ACCION.

2.8.1. Concepto.

La acción es un documento que emiten las sociedades por acciones y que representan una fracción del capital social. En él están incorporados los derechos de su titular (del accionista), sin el cual no pueden ejercerse. Asimismo, este documento le atribuye a su titular la calidad de socio (o accionista) de la sociedad.

Este documento es un elemento esencial de las sociedades por acciones, siendo que en otro tipo de sociedades el capital social se divide en partes sociales o cuotas y, es por ello, por lo que éstas son llamadas "sociedades de personas", en tanto que aquéllas son llamadas "sociedades de capitales".

La LGSM, hace referencia a este documento denominado "acción", en diferentes preceptos, entre otros los que mencionamos a continuación: el artículo 87 que nos indica lo que es la sociedad anónima y establece que "se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones"; el artículo 89 fracción I que establece que "para proceder a la constitución de una sociedad anónima se requiere: I. Que haya cinco socios como mínimo, y que cada uno de ellos suscriba una acción por lo menos"; el artículo 91 fracción II que dispone que la escritura constitutiva de la sociedad anónima debe contener "el número, valor

nominal y naturaleza de las acciones en que se divide el capital social..."; el artículo 111 que indica que el capital social se divide en acciones; y el 125 fracción IV que exige que en el texto del documento se exprese "el importe del capital social, el número total y el valor nominal de las acciones".

Las acciones son consideradas por nuestra LGSM como "títulos de crédito". Esto se desprende del propio artículo 111 que a letra establece:

"ART. 111. Las acciones en que se divide el capital social de una sociedad anónima estarán representadas por títulos nominativos que servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio, y se registrarán por las disposiciones relativas a valores literales, en lo que sea compatible con su naturaleza y no sea modificado por la presente ley".⁷⁸

Del artículo transcrito, se desprende la naturaleza del documento que pretende darle el legislador, específicamente al hacer referencia a valores literales. Es decir, nuestra LGSM trata a las acciones como títulos de crédito de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 5 de la LGTOC, que establece: "Son títulos de crédito los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna". Así pues, para nuestra LGSM las acciones son títulos de crédito.⁷⁹

⁷⁸ Ley General de Sociedades Mercantiles, op. cit., supra nota 12, pp. 195 y 196.

⁷⁹ Cfr. supra nota 20.

De todo lo anterior podemos concluir validamente que el concepto de "acción" en la sociedad anónima es un concepto primordial, y en este sentido se expresa el maestro Joaquín Garrigues al indicarnos que "la emisión de acciones es el elemento esencial a la naturaleza de la sociedad anónima".⁸⁰

2.8.2. Origen histórico.

El origen histórico de la acción, como parte del capital social, se remonta a las primitivas sociedades anónimas⁸¹, como las holandesas, inglesas y francesas. En estas sociedades anónimas, las aportaciones de los socios se acreditaban a través de "acciones-recibos", que junto a su cuantía indicaban el nombre del socio que las realizaba.

Estas "acciones-recibos" fueron adquiriendo autonomía, ya que al ser transmitidas a terceros, concedían a éstos el carácter de nuevo socio de la empresa. Asimismo, con este documento se tenía derecho a percibir dividendos.

Lo anterior permitió que las empresas que requerían grandes capitales lo pudiesen conseguir al permitir a muchos inversionistas

⁸⁰ GARRIGUES, Joaquín, op. cit., supra nota 2, p. 450.

⁸¹ Cfr. 1.1. Antecedentes históricos de la sociedad anónima.

ingresar a las sociedades con sus ahorros. Estos inversionistas asumían obligaciones hasta por el monto de sus aportaciones (que era lo que arriesgaban) y, como hemos dicho, el carácter de socio lo podían perder al transmitir las acciones a nuevos suscriptores. Estos nuevos suscriptores asumían los derechos y obligaciones de los primitivos dueños respecto a los títulos que enajenaban.

Es por todo lo anterior; es decir, la fácil transmisibilidad de la acción y la limitación de la responsabilidad del accionista, por lo que la sociedad anónima se desarrolló rápidamente y desde el origen de la sociedad anónima, por sus características ya apuntadas, ha constituido el instrumento idóneo de las empresas nacionales e internacionales; hasta alcanzar el sustento del sistema capitalista y el principal vehículo de su difusión y predominio.⁸²

Para continuar con el estudio de la acción, siguiendo la doctrina tradicional, tocaremos en los siguientes apartados a la acción como parte del capital social y a la acción como títulovalor.

2.8.3. La acción como parte del capital social.

Como ya se ha mencionado en el desarrollo del presente trabajo, el capital social de las sociedades anónimas se divide en

⁸² BARRERA GRAF, Jorge, op. cit., supra nota 4, p. 482.

acciones, y dado que el artículo 112 de la LGSM exige que las acciones sean de igual valor, constituyen una parte alícuota de aquél.

También considerando a la acción como parte del capital social, debemos decir que la acción indica el límite de la responsabilidad del accionista. Ello por lo dispuesto por el artículo 87 de la LGSM que ya hemos comentado en varias ocasiones y que establece que la obligación de los socios "...se limita al pago de sus acciones".

A la acción se le pueden atribuir distintos valores. Primeramente, hablaremos del valor nominal, que es el precio de la acción que se indica en el texto del documento (art. 125 fracción IV de la LGSM). El valor nominal de las acciones se obtiene dividiendo el total del capital social entre el número de acciones.

Otro valor que se le atribuye a la acción es el valor real o contable que es la parte proporcional que representa la acción con respecto al patrimonio social. Este valor se obtiene sumando todo el activo de la sociedad, deduciendo su pasivo y el resultado se divide entre el total de las acciones.

La suma del valor nominal de las acciones nos da el monto del capital social, mientras que la suma del valor real de las acciones nos da el monto del patrimonio social.

Como hemos visto⁸³, una vez puesta en marcha la sociedad es prácticamente imposible que coincida el capital social con el patrimonio social, por lo que lo mismo sucede con el valor nominal y el valor real de las acciones: difícilmente coincidirán una vez encaminados los negocios sociales.

En relación con el valor nominal y el valor real de las acciones, el maestro Joaquín Garrigues, nos dice que "el valor nominal indica tan solo la cuantía de la aportación del accionista, y no el precio de adquisición del título en el mercado, éste depende de la situación próspera o adversa de la sociedad".⁸⁴

El maestro Jorge Barrera Graf, nos indica que las acciones también pueden tener un valor bursátil, diciendo que este valor "se obtiene de las cotizaciones de las acciones al negociarse en bolsa. Este valor, por una parte no se aplica a todas las acciones, sino sólo a aquellas que se negocian públicamente en bolsa, y por otra parte, puede no coincidir y es frecuente que no coincida, con el valor real que ellas tengan según la contabilidad de la empresa, ni con el valor nominal del documento, porque aquél varía (en bolsa) en función de otros elementos de naturaleza varía: prestigio de la sociedad, antecedentes lucrativos de ella, problemas económicos y políticos coyunturales, auge o decaimiento de los productos que la

⁸³ Cfr. 2.3. PATRIMONIO SOCIAL.

⁸⁴ GARRIGUES, Joaquín, op. cit., supra nota 2, p. 450.

sociedad elabora o de los servicios que presta, etc., etc.".⁸⁵

El hecho de que la acción sea considerada como una parte alícuota del capital social reviste especial importancia ya que, si tomamos en cuenta los derechos patrimoniales del socio, podemos decir que los dividendos se distribuyen por igual entre todas las acciones, así como también sucede con la cuota de liquidación. Los derechos corporativos operan de la misma manera (por ejemplo: cada acción tiene derecho a un voto, derechos de las minorías, etc.).

2.8.4. La acción como títulovalor.

Dentro de los títulos de crédito, existen algunos que incorporan derechos corporativos, y es precisamente dentro de éstos donde entraría la acción de considerarla como un título de crédito. No obstante lo anterior, cuestionamos que la acción tenga naturaleza jurídica de título de crédito por las siguientes razones, entre otras:

Primeramente, falta el requisito de "literalidad", aplicable a todos los títulos de crédito, dado que el artículo 125 de la LGSM no lo exige para las acciones. Por otro lado, el artículo 5 de la LGTOC, exige como requisito de los títulos de crédito el que sea un "documento necesario". Al respecto, es importante señalar que en la práctica se prescinde de la exhibición del documento cuando

⁸⁵ BARRERA GRAF, Jorge, op. cit., supra nota 4, p. 484.

hablamos de acciones.

Es por lo anterior, por lo que no creemos que a la acción pueda considerársele como un título de crédito en todo el sentido de la palabra, por lo mismo, creemos que es más apropiado llamarle títulovalor, según se verá a continuación.

A la acción, como títulovalor, corresponden las siguientes características: documento privado, de naturaleza mercantil, de carácter causal, constitutivo de derechos, que legitima a su titular, e indivisible.

- a) Se trata de documentos privados debido a que son emitidos por sociedades anónimas y no por el Gobierno Federal (como serían los CETES, por ejemplo). Son documentos privados aunque la sociedad emisora sea una empresa estatal, dado que la sociedad, una vez constituida con arreglo a las leyes mercantiles, tiene personalidad jurídica propia, distinta de la de sus socios.
- b) Es de naturaleza mercantil ya que las sociedades anónimas que las emiten también lo son. Además, así lo dispone el artículo 75 fracciones III y IV del Código de Comercio y la fracción XX de dicho precepto.

- c) Es un título causal ya que se rige por las disposiciones del contrato de sociedad de la que las emite, en todo aquello que no disponga el texto del documento; e inclusive, en caso de discordancia o contradicción entre el contrato social y la acción, prevalece aquél.
- d) Es constitutivo de derechos porque así lo dispone el artículo 111 de la LGSM que establece que son títulos que "sirven para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio".
- e) La acción legitima a su propietario o titular ya que éste puede exigir judicial o extrajudicialmente el cumplimiento del o de los derechos relativos.
- f) Es un título indivisible ya que así lo dispone expresamente el artículo 122 de la LGSM, que establece que "cada acción es indivisible y, en consecuencia, cuando haya varios propietarios de una misma acción, nombraran un representante común, y si no se pusieren de acuerdo, el nombramiento será hecho por autoridad judicial. El representante común no podrá enajenar o gravar la acción, sino con las disposiciones del derecho común en materia de copropiedad".⁸⁶

⁸⁶ Nótese que nos estamos refiriendo a la indivisibilidad de la acción y no de los certificados o títulos que las amparen, los cuales sí pueden ser divididos cuando representen más de una acción.

2.8.5. Clasificación de las acciones.

Siguiendo en esta clasificación al maestro Jorge Barrera Graf⁸⁷, podemos empezar este apartado distinguiendo entre acciones propias e impropias. Las acciones propias son las que representan el capital social y las impropias, en cambio, no son representativas del capital ni son propiamente acciones.⁸⁸

Dentro de las acciones propias, distinguiremos entre los "tipos" de acciones de las "clases o categorías" de acciones (artículos 112 y 195 de la LGSM). Los tipos de acciones se refieren a caracteres externos no sustanciales de las acciones, y las clases o categorías de acciones se refieren a notas internas y sustanciales; a derechos especiales incorporados en las acciones. Los tipos de acciones pueden clasificarse en función de los siguientes criterios: a) por los medios económicos que se usan para su pago; b) por ser pagadas total o parcialmente; c) por expresar o no su valor; d) por el carácter definitivo o provisional del título.

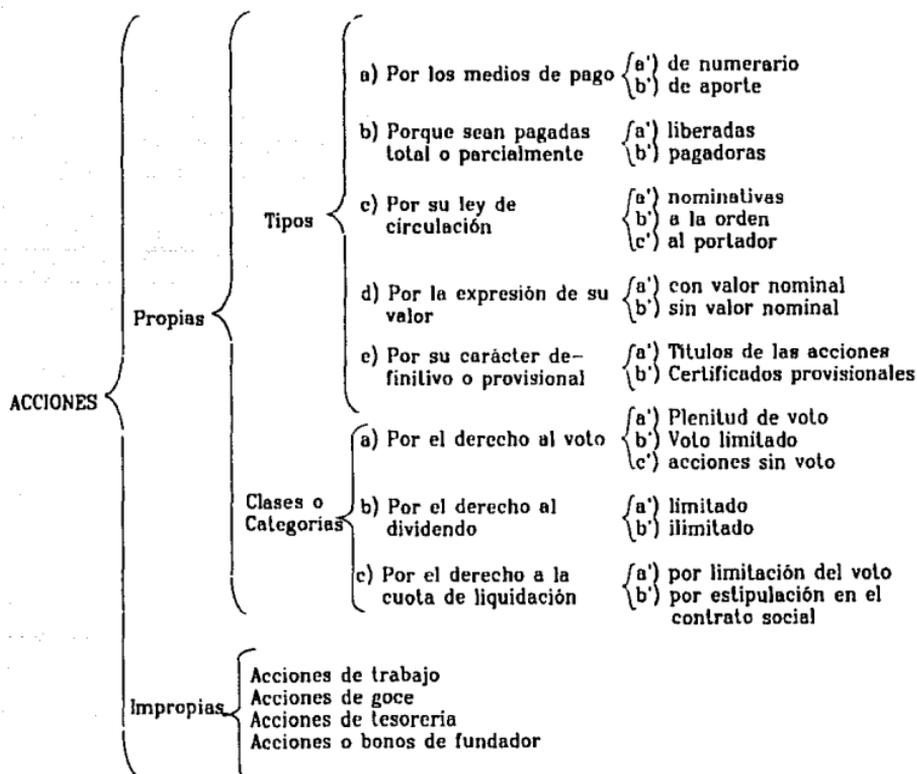
Las clases o categorías de acciones pueden clasificarse en función de los derechos que atribuyen al accionista en acciones con plenitud de derechos (ordinarias o comunes) y en acciones con

⁸⁷ BARRERA GRAF, Jorge, op. cit., supra nota 4, pp. 499 y ss.

⁸⁸ Por ejemplo, acciones de trabajo, de goce, de tesorería y bonos de fundador.

derechos especiales. Esta división va en función del voto, de los dividendos y de la cuota de liquidación.

Para mayor claridad, a continuación se muestra un cuadro sinóptico que contiene una clasificación de las acciones en función de lo apuntado anteriormente.



- a) Acciones en numerario y de aporte. Las acciones pueden ser pagadas en dinero (numerario), o en bienes distintos al dinero. Esto de conformidad con el artículo 89 fracciones III y IV de la LGSM. En las sociedades anónimas no existe la posibilidad de que las acciones se paguen con los servicios o el trabajo personal del socio.

Ya hemos mencionado, en relación con la suscripción y el pago de las acciones, que tratándose de acciones pagaderas en bienes distintos al numerario, en todo o en parte, debe exhibirse íntegramente su valor. En caso de acciones pagaderas en numerario, puede exhibirse únicamente el 20% de su valor al momento de la suscripción.

- b) Acciones liberadas y pagadoras. Se denomina "acciones liberadas" a aquellas que han sido pagadas en su totalidad, y "pagadoras" a aquellas que han sido pagadas parcialmente.⁸⁹
- c) Acciones nominativas. Antes de la reforma de la LGSM de 30 de diciembre de 1982, las acciones podían ser títulos al portador; sin embargo, a partir de dicha reforma, todas las acciones de sociedades anónimas deben ser nominativas y consiguientemente, nominativos también deben ser los cupones que son accesorios a las acciones (artículo 23 LGTOC).

⁸⁹ En caso de acciones pagadoras, se dice que existe un dividendo pasivo a favor de la sociedad, en donde ésta es el acreedor a dicho dividendo. Si el accionista se niega a pagar, existe la posibilidad para la sociedad de demandarlo judicialmente, según hemos visto. Cfr. supra nota 48.

Como títulos que son las acciones y dado su nominatividad, para su transmisión se requiere del endoso y la entrega del documento. Además, por disposición expresa de los artículos 128 y 129 de la LGSM, se requiere que la transmisión se registre en el libro de registro de acciones de la sociedad.

- d) Acciones con y sin valor nominal. De conformidad con lo establecido por el artículo 125 fracción IV párrafo tercero de la LGSM, puede "omitirse el valor nominal de las acciones, en cuyo caso se omitirá también el importe del capital social".

Al omitirse el valor nominal en una acción, se haría por pretender que su tenedor relacione el documento con el patrimonio social y no con el capital social. Es por ello por lo que el precepto antes mencionado exige que se omita también el importe del capital social.

Sería útil esta disposición en tanto que el tenedor de la acción conocería, como hemos mencionado, el valor real de las acciones y no el valor nominal, siendo que estos dos valores muchas veces suelen ser muy diferentes.⁹⁰ Sin embargo, los adquirentes nunca hacen mucho caso del valor nominal y terminan fijándose en el valor real, por lo que creemos que el omitir el valor nominal en las acciones (y consiguientemente el importe del capital social) no es muy útil dentro de

⁹⁰ Cfr. 2.3. PATRIMONIO SOCIAL.

nuestro sistema, es más, lo creemos inapropiado.⁹¹

- e) Acciones como títulos definitivos o como certificados provisionales. La posibilidad de entregar a los accionistas certificados provisionales al momento de la suscripción se debe a, principalmente, que existen requisitos que deben contener los títulos definitivos, principalmente de forma, y que, en ocasiones, suele tardar su obtención. No obstante, la ley fija un plazo de un año para canjear los certificados provisionales por títulos definitivos de acciones. Este plazo corre a partir de la fecha del contrato social o de la modificación de éste, en que se formalice el aumento de capital.

Ya hemos dicho que las clases o categorías de acciones se clasifican en función de los derechos que atribuyen al accionista. El principio general de las acciones es el de "igualdad de derechos"; sin embargo, esa "igualdad" rige siempre y cuando el contrato social o la ley misma no establezcan diferencias. Es decir, esta regla general de igualdad de derechos admite muchas excepciones, en función de las cuales se hace la clasificación de las clases o categorías de acciones que hemos mencionado.

⁹¹ Hay que tomar en cuenta, además, que de conformidad con el artículo 87 de la LGSM, el límite de la responsabilidad del socio es el monto del valor nominal de sus acciones.

A continuación pasamos a exponer los principales puntos o criterios de clasificación de las clases (art. 112) o categorías (art. 195) de acciones.

Acciones de voto limitado.

Este tipo de acciones son contempladas por el artículo 113 de la LGSM. Tienen derecho de votar solamente en ciertos asuntos que competen a las asambleas generales extraordinarias de accionistas; a saber: i) Prórroga de duración de la sociedad; ii) Disolución anticipada de la sociedad; iii) Cambio de objeto de la sociedad; iv) Cambio de nacionalidad de la sociedad; v) Transformación de la sociedad; y vi) Fusión con otra sociedad.

El contrato social debe de prever la posibilidad de emitir acciones de voto limitado y, al emitirse deben otorgárseles a sus tenedores derechos patrimoniales especiales como compensación a la limitación del voto.

En relación con este tipo de acciones, es importante mencionar que su emisión corresponde a la asamblea general extraordinaria de accionistas (artículo 182 fracción VIII de la LGSM).

A las acciones de voto limitado también se les conoce en la práctica como acciones preferentes. Ello, principalmente debido a que, como ya dijimos, existen derechos patrimoniales especiales que

se otorgan a sus tenedores como compensación a la limitación del voto. (artículo 113 párrafos segundo, tercero y cuarto de la LGSM).

Es importante aclarar que las acciones privilegiadas no son las mismas que las acciones preferentes o de voto limitado, según veremos más adelante.

Este principio de limitación al voto solo es aplicable a las que hemos llamado acciones propias. Las acciones impropias carecen de voto, solo que se les otorgue tal derecho en el pacto social.⁹²

Según apuntamos ya, a las acciones de voto limitado también se les conoce como acciones preferentes. Esto debido a que, como hemos dicho, tienen ciertos derechos de carácter patrimonial y de prelación sobre el dividendo, así como derechos sobre la cuota de liquidación.

La LGSM marca un cinco por ciento como participación al dividendo de las acciones de voto limitado y señala que cuando no se llegue a cubrir, se hará en los años siguientes con la misma prelación. Ahora bien, cuando corresponde una cantidad mayor al cinco por ciento a las acciones de voto limitado, debe de distribuirse por igual que con todas las demás acciones, ello de conformidad con el artículo 16 fracción I de la LGSM que establece

⁹² Las acciones de tesorería, en ningún caso, podrán gozar de derecho de voto.

que "la distribución de las ganancias o pérdidas entre los socios capitalistas se hará proporcionalmente a sus aportaciones".

Acciones Privilegiadas.

Se trata de una categoría de acciones distinta de las acciones preferentes a las que el contrato social les concede un privilegio respecto a los derechos patrimoniales del dividendo o a la cuota de liquidación.

Este tipo de acciones pueden coexistir con las acciones de voto limitado y, como en el caso de éstas últimas, los privilegios deben establecerse en la escritura constitutiva, o bien, acordarse por asamblea extraordinaria posterior (artículo 182 fracción VIII de la LGSM).

Decimos que esta categoría de acciones es distinta de las acciones de voto limitado ya que, en estas acciones privilegiadas, los privilegios (valga la redundancia), son ajenos a limitaciones en el ejercicio del derecho de voto. Es decir, si en acciones con privilegios patrimoniales hay limitaciones al ejercicio del derecho de voto, estaremos ante la presencia de acciones preferentes o de voto limitado; si por el contrario, no existen tales limitaciones, de tratará de acciones privilegiadas.⁹³

⁹³ En las acciones privilegiadas es posible que el privilegio sólo consista en los dividendos y no en la cuota de liquidación, o viceversa, sólo en esta y no en aquéllos.

Por lo que toca a las acciones impropias, cabe decir de cada una de las clases que las integran, lo siguiente:

a) Acciones de goce.

Son un tipo de acciones que debe prever el contrato social y que se emiten en sustitución de acciones propias (comunes, preferentes o de voto limitado) cuando dichas acciones propias se amortizan por la sociedad cubriendo su importe con utilidades repartibles.

- El contrato social debe prever tanto la amortización (encabezado del art. 136), como la emisión de acciones de goce en sustitución de las acciones propias amortizadas (fracción IV).⁹⁴

- Sólo pueden amortizarse acciones íntegramente pagadas (fracción II).

- La amortización debe decretarse por asamblea general de accionistas (fracción I), misma que debe tener el carácter de extraordinaria (artículo 182 fracción IX).

- La adquisición de acciones para amortizarlas se hará en bolsa; pero si el contrato social o el acuerdo de la asamblea general

⁹⁴ Por lo que cabe la amortización sin emitir acciones de goce.

fijaran un precio determinado, las acciones amortizadas se designarán por sorteo ante notario o corredor titulado (fracción III).

- La sociedad conservará a disposición de los tenedores de las acciones amortizadas, por el término de un año, el precio de las acciones sorteadas y, en su caso, las acciones de goce. Si vencido este plazo no se hubieren presentado los tenedores de las acciones amortizadas a recoger su precio y las acciones de goce, aquél se aplicará a la sociedad y éstas quedarán anuladas (fracción V).

El artículo 137 de la LGSM nos dice que a este tipo de acciones, corresponde siempre el derecho al dividendo, después de que se haya pagado a las acciones no reembolsables el dividendo señalado en el contrato social. El mismo contrato, continúa diciendo el artículo 137, podrá también conceder el derecho de voto a las acciones de goce.

En relación con este tipo de acciones, el maestro Jorge Barrera Graf nos indica que "la emisión de acciones de goce se justifica en aquellas sociedades anónimas que en el curso de su vida vayan reduciendo el monto del capital social, y que, además, quieran conservar el derecho de todos los socios de recibir las prestaciones patrimoniales que las acciones confieren; estas

hipótesis suelen plantearse en los casos de explotación de fondos mineros, en que las vetas se vayan agotando, y en los casos de concesiones administrativas en que a su término los bienes de la sociedad reviertan a favor del Estado".⁹⁵

En relación con las acciones de goce, el maestro Roberto L. Mantilla Molina, opina que una sociedad se puede ver obligada a adquirir sus propias acciones, y que si no las vende en un plazo determinado, debe de reducir su capital social para aplicarlo a la extinción de dichas acciones, "sin embargo, si tiene utilidades suficientes, y así lo ha previsto su escritura constitutiva, puede aplicar tales utilidades a la extinción de las acciones que al efecto compre. En esto consiste la amortización de acciones con utilidades repartibles, que, en consecuencia, deja inalterada la cifra del capital social. 'Los títulos de las acciones amortizadas quedarán anulados, y en su lugar podrán expedirse acciones de goce' (frac. IV, del art. 136). La escritura social, que ha de establecer la emisión de acciones de goce para que sea lícita, fijará cuáles son los derechos que confieren, y que pueden ser: a) participar en las utilidades sociales, después de cubierto determinado dividiendo a las acciones no reembolsadas; b) participar también en el reparto del haber social a la liquidación de la sociedad anónima, y después de reembolsadas las acciones que no lo hubieren sido durante la existencia de ella; c) votar en las asambleas de accionistas. El

⁹⁵ BARRERA GRAF, Jorge, op. cit., supra nota 4, p. 511.

artículo 137, que a las acciones de goce se refiere, tiene carácter permisivo y no imperativo".⁹⁶

b) Acciones de trabajo.

Este tipo de acciones impropias son previstas por el artículo 114 de LGSM que establece que "cuando así lo prevenga el contrato social podrán emitirse en favor de las personas que presten sus servicios a la sociedad acciones especiales, en las que figurarán las normas respecto a la forma, valor, inalienabilidad y demás condiciones particulares que les correspondan".

El maestro Raúl Cervantes Ahumada, al respecto, nos indica que "estas acciones denominadas de trabajo son establecidas por la LGSM, para cumplimentar los incisos VI y IX del artículo 123 Constitucional en cuanto establecen que en toda empresa agrícola, comercial, mercantil, fabril o minera, los trabajadores tendrían derecho a una participación en las utilidades".⁹⁷

Este tipo de acciones no corresponden a una parte del capital social, no cumplen con los requisitos de los títulos de crédito ni han sido recogidos por nuestra práctica corporativa. Son, para

⁹⁶ MANTILLA MOLINA, Roberto L., op. cit., supra nota 1, p. 382.

⁹⁷ CERVANTES AHUMADA, Raúl, op. cit., supra nota 53, p. 139.

efectos legales, títulos de participación en las utilidades sociales, pero no técnicamente acciones.

c) Acciones de tesorería.

Este tipo de acciones, también son impropias que no representan al capital social. No confieren derechos a persona alguna y se conservan en poder de la sociedad.

En cuanto a la doctrina, entre los pocos autores que profundizan respecto de las acciones de tesorería, encontramos que únicamente intenta definir las el maestro Mario Herrera, quien sostiene que son "acciones en potencia, esto es, documentos que entrañan una simple posibilidad teórica de llegar a ser acciones"⁹⁸, es decir, están destinadas a convertirse en acciones que efectivamente representen el capital social de la sociedad que las posea.

Tanto el maestro Herrera como el maestro Barrera Graf⁹⁹ coinciden en no considerar como representativas del capital social efectivo o real a las acciones de tesorería, pero no señalan las características que deberán tener los documentos que las amparen; tales documentos, de conformidad con lo dispuesto en el segundo

⁹⁸ HERRERA, Mario, op. cit., supra nota 52, p. 9.

⁹⁹ Cfr. supra nota 87.

párrafo del artículo 216 de la LGSM, "se conservarán en poder de la sociedad para entregarse a medida que vaya realizándose la suscripción".¹⁰⁰

Al respecto, es oportuno señalar que el artículo 125 de la LGSM contempla los diversos requisitos que deben contener los títulos de acciones y, en su caso, los certificados provisionales; por imposibilidad legal, los documentos que amparen acciones de tesorería no podrían expresar los siguientes requisitos que menciona el citado artículo:

- a) El nombre, nacionalidad y domicilio del accionista (fracción I).
- b) las exhibiciones que sobre el valor de la acción haya pagado el accionista o la indicación de ser liberada (fracción V).
- c) En algunos casos, la serie y el número de la acción, con indicación del número total de acciones que corresponda a la serie (fracción VI).

En consecuencia, y no obstante que existieran físicamente, no podemos afirmar que tales documentos serían títulos de crédito, al

¹⁰⁰ Su existencia evitaría gastos en aquellas sociedades que acostumbran efectuar costosas impresiones de títulos y de certificados provisionales, en virtud de cada nueva emisión de acciones. En caso de que no existieran físicamente, en la LGSM no se contempla sanción alguna para la sociedad infractora de dicha disposición.

igual que los títulos o certificados provisionales que amparan las acciones que efectiva y realmente representan el capital social. De acuerdo con el ya mencionado artículo 5 de la LGTOC, "son títulos de crédito los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna"; como las acciones de tesorería aún no serían suscritas por persona alguna, no habría quién pudiera ejercer el derecho literal que consignarían.

Por lo anterior consideramos que se trata de documentos especiales creados por la LGSM, destinados a la suscripción y, por ende, a ser títulos de crédito (títulosvalor), pero que mientras no sean suscritos no incorporarán derechos a favor de nadie.

Respecto de las acciones de tesorería, el maestro Barrera Graf, opina que "constituyen una fuente propicia de fraudes, al simular la sociedad anónima que las conserva que su capital social se compone tanto del total de las acciones suscritas, como del de éstas no emitidas ni suscritas. Por ello, deberían suprimirse".¹⁰¹

d) Acciones o bonos de fundador.

Dado que los fundadores de una sociedad anónima realizan trabajos encaminados a crearla y constituirla, se le atribuye a tales trabajos un efectivo valor.

¹⁰¹ BARRERA GRAF, Jorge, op. cit., supra nota 4, p. 513.

Se considera que puede ser justo concederles una remuneración por las labores desarrolladas para la creación del ente social, independientemente de que los fundadores tengan el carácter de socios de la sociedad.

Para proteger los intereses de los socios y evitar posibles abusos de los fundadores, la ley ha establecido que los beneficios concedidos a éstos no deben afectar al capital social, si no que se cubrirán únicamente con las utilidades, siempre que se pague previamente un dividendo no menor del cinco por ciento sobre el valor exhibido de las acciones. La participación que se concede a los fundadores no excederá del diez por ciento de las utilidades anuales, ni podrá abarcar un período mayor de diez años (artículos 104 y 105 de la LGSM).

En relación con estas acciones o bonos de fundador, el maestro Mantilla Molina, nos señala acertadamente que "en representación de los derechos de los fundadores pueden expedirse títulosvalor llamados 'partes o bonos del fundador', que por su carácter negociable permitirán a los fundadores enajenarlos fácilmente y obtener en un momento dado el valor actual de sus derechos futuros".¹⁰²

¹⁰² MANTILLA MOLINA, Roberto L., op. cit., supra nota 1, pp. 379 y 380.

2.9. AUMENTO Y REDUCCION AL CAPITAL SOCIAL EN SOCIEDADES ANONIMAS DE CAPITAL FIJO.

"Especial interés presentan las modificaciones de la escritura constitutiva que consisten en alterar el capital social, sea en el sentido de aumentarlo, sea en el de reducirlo, sea para reducirlo y aumentarlo simultáneamente".¹⁰³

Puede suceder, y de hecho sucede muy frecuentemente, que una sociedad necesite aumentar o reducir su capital social. Existe la necesidad de aumentarlo, entre otras razones, para el mejor desarrollo del objeto social, para ampliar las posibilidades de inversión de la empresa, para mejorar su crédito o para cubrir pérdidas sufridas con anterioridad; y por el contrario, existe la necesidad de reducir el capital social, entre otras razones, para hacer coincidir el valor nominal del capital social con el capital contable o para reembolsar a los socios parte del capital que inicialmente calculado como suficiente, resultara posteriormente excesivo para la consecución del objeto social.

Las sociedades anónimas son sociedades mercantiles por acciones y, como consecuencia de una variación del capital, tendrán que variar forzosamente las acciones, ya sea alterando el número de ellas o cambiando su valor nominal. Si se trata de una alteración del número de las acciones, cambiará invariabilmente la posición de

¹⁰³ Idem, p. 346.

la tenencia accionaria de los socios frente a la sociedad.

Como bien apunta el Lic. Adrián R. Iturbide Galindo, no todos los procedimientos para aumentar o disminuir el capital social significan forzosamente un aumento o una disminución real del patrimonio de la empresa, sino que resultan simplemente operaciones jurídicas y contables.¹⁰⁴ El patrimonio es esencialmente variable; el capital social es una cifra fija: la suma de las aportaciones de los socios.

2.9.1. Aumento al capital social.

De acuerdo con el artículo 182 fracción III, todo acuerdo para aumentar el capital social debe ser tomado por la asamblea general extraordinaria de accionistas. Este precepto señala que "son asambleas extraordinarias las que se reúnan para tratar cualquiera de los siguientes asuntos:... III. Aumento o reducción del capital social... Estas asambleas podrán reunirse en cualquier tiempo".

La ley exige que la modificación del capital se realice mediante el cumplimiento de una serie de trámites formales iguales a los requeridos para la modificación de los estatutos, ya que en definitiva todo aumento de capital en las sociedades de capital

¹⁰⁴ ITURBIDE GALINDO, Adrián R., op. cit., supra nota 22, pp. 37 y 38.

fijo es una modificación de éstos.

Es importante recordar lo que ya hemos mencionado respecto que no procede aumentar el capital mediante la emisión de nuevas acciones si las que representan el capital actual no se han pagado en su totalidad, o sea, si existen dividendos pasivos a cargo de los socios (artículo 133 de la LGSM).

Aquí, creemos conveniente aclarar que en el supuesto de que algún socio no pagara el monto total de sus acciones (tuviera dividendos pasivos a favor de la sociedad), con el objeto de no permitir aumentos de capital mediante la emisión de nuevas acciones (art. 133 LGSM), ello se podría combatir exigiéndole al socio en cuestión el pago del dividendo pasivo a favor de la sociedad. Esto se lograría ejerciendo la acción que contempla el artículo 118 de la LGSM y que ya hemos comentado.¹⁰⁵

Nuestros tratadistas¹⁰⁶ coinciden en que existen aumentos reales o bien, contables al capital social. Según el maestro Barrera Graf, los "aumentos reales de capital se dan por nuevas aportaciones que se otorguen a la sociedad, la que, a su vez, emitirá nuevas acciones, o bien, aumentará el valor nominal de todas las que haya emitido con anterioridad; en cambio, aumentos

¹⁰⁵ Cfr. supra nota 48.

¹⁰⁶ Los maestros Barrera Graf, Iturbide Galindo, Mantilla Molina y Rodríguez y Rodríguez, entre otros.

sólo nominales (contables) ocurrirán en casos de capitalización de reservas, de utilidades o de pasivos de la sociedad; de conversión de obligaciones en acciones y en el caso de revaluación de activos sociales".¹⁰⁷

Ahora bien, la asamblea extraordinaria que se reúna para acordar un aumento de capital social (ya sea real o contable), debe cumplir con ciertos requisitos para que sea válida. Estos requisitos son, entre otros, de convocatoria, de quórum, y de forma.

Los requisitos antes mencionados para la validéz de las asambleas extraordinarias (de convocatoria, de quórum y de forma), no los trataremos a fondo en el presente trabajo por no ser parte de su objeto; simplemente trataremos los puntos que creamos relevantes para su desarrollo.

De acuerdo con lo que se ha visto, el aumento del capital social de toda sociedad debe satisfacer los requisitos exigidos para cualquier modificación de la escritura social y debe quedar consignado en la escritura social misma; el aumento puede verificarse por emisión de nuevas acciones o por aumento del valor nominal de las ya existentes.

Es importante aclarar que, cuando una determinación de la

¹⁰⁷ BARRERA GRAF, Jorge, op. cit., supra nota 4, p. 620.

asamblea pueda perjudicar los derechos de alguna de las categorías de accionistas, en su caso, dicha determinación (aumento de capital, por ejemplo) deberá ser aceptada previamente por la categoría afectada, reunida en asamblea especial, en la que se requerirá la mayoría exigida para las modificaciones al contrato constitutivo, la cual se computará con relación al número total de acciones de la categoría de que se trate (artículo 195 de la LGSM).

"Ahora bien, si el acuerdo del aumento del capital social debe satisfacer los requisitos formales que se exigen para cualquier otra modificación del pacto social, han de satisfacerse también los requisitos de la constitución en cuanto al capital mismo, esto es, debe suscribirse íntegramente el aumento decretado, pagarse cuando menos el 20% de cada acción en numerario e íntegramente las acciones en especie".¹⁰⁸

Existen proyectos legales que consagran lo anterior; es decir, que para los casos de aumento de capital se aplicarán respecto de las aportaciones las disposiciones establecidas para la constitución de una sociedad.

Ya se ha hablado de aumentos reales y aumentos contables al capital social. Para su estudio separaremos ambos conceptos; es decir, a continuación abordaremos el tema de aumentos reales al capital social, e inmediatamente después, trataremos lo referente

¹⁰⁸ ITURBIE GALINDO, Adrián R., op. cit., supra nota 22, p. 47.

a aumentos contables al capital social.

Aumentos reales al capital social.

a) Nuevas aportaciones de los socios actuales de la sociedad.

El primer caso de aumento real al capital social es cuando los socios actuales de una sociedad hacen aportaciones a la misma, ya sea que las exhiban en numerario o en especie.

Como hemos dicho, es la asamblea general extraordinaria de accionistas la que debe acordar el aumento al capital social y los socios suscribirán y pagarán dicho aumento. El aumento se llevará a cabo ya sea emitiendo nuevas acciones, o bien, aumentando el valor nominal de las acciones existentes.

El derecho de preferencia que consagra el artículo 132 de la LGSM quedará a salvo, ya que estamos tratando el caso de que los actuales accionistas suscriben y pagan el aumento de capital válidamente decretado en la asamblea general extraordinaria de accionistas.

El precepto legal que se menciona en el párrafo anterior otorga a los socios un derecho preferente en proporción al número de sus acciones, para suscribir las que se emitan en caso de aumento

del capital social, y se establece para ejercitarlo un plazo de quince días contados a partir de la publicación en el periódico oficial del domicilio de la sociedad del acuerdo de la asamblea sobre el aumento del capital social.

Obviamente, si estamos hablando de una asamblea totalitaria, donde los accionistas hacen uso de su derecho preferente y suscriben íntegramente el aumento, entonces no será necesaria la publicación a que alude el citado artículo 132. Por el contrario, si en la asamblea no se encuentran presentes o representados todos los accionistas¹⁰⁹, la publicación deberá hacerse y los socios podrán ejercitar su derecho preferente dentro del plazo antes mencionado¹¹⁰.

El artículo 210-Bis fracción II de la LGTOC contempla una excepción al derecho preferente que comentamos. Tal disposición se refiere a las obligaciones convertibles en acciones.

El artículo 133 de la LGSM, como ya hemos comentado, establece que "no podrán emitirse nuevas acciones sino hasta que las precedentes hayan sido íntegramente pagadas". El sentido de esta disposición, estriba en proteger a terceros para evitar que sufran engaños con un aumento del capital que difícilmente podrá reunirse

¹⁰⁹ O bien, si estándolo no desean decidir en ese momento.

¹¹⁰ Este derecho también opera en las sociedades de capital variable, según veremos. Cfr. 4.4.3. Derecho de Preferencia.

(se pretende evitar que se cree un capital "ficticio").

b) Aportaciones que hacen nuevos socios a la sociedad.

Este es el segundo caso de aumento real al capital social. Es cuando personas extrañas a la sociedad realizan aportaciones a ésta, con el objeto de convertirse en socios. Estas aportaciones pueden ser en numerario o en especie.

Para cumplir con lo establecido por el artículo 132 de la LGSM y que ya hemos comentado, es necesario que los antiguos accionistas renuncien a su derecho preferente que les otorga dicho precepto¹¹¹.

En este caso de aumento de capital, forzosamente se tendrán que emitir nuevas acciones, toda vez que los suscriptores no tienen acciones para que se les aumente el valor nominal (Además, de acuerdo con el artículo 112 de la LGSM, se exige que las acciones sean de igual valor, por lo que no podría aumentarse el valor nominal de algunas y de no todas las acciones).

¹¹¹ O no lo ejerciten.

Aumentos contables al capital social.

a) Capitalización de reservas.

Las reservas, como ya hemos mencionado, tienen como objeto el poder afrontar contingencias no previsibles y ofrecer a terceros una mayor garantía que la constituida por el propio capital social.¹¹²

Como hemos visto, la ley protege minuciosamente la constitución de la reserva legal.¹¹³ Ello por protección a terceros, principalmente.

Resulta obvio que un aumento de capital social via capitalización de reservas, en lugar de perjudicar a terceros los beneficia. La razón es muy simple: siendo mayor el capital social, se tendrá que reconstituir la reserva legal, misma que será mayor a la que había con anterioridad.

Con este tipo de aumento de capital no habrá desembolso alguno por parte de los socios y el aumento se logrará ya sea emitiendo nuevas acciones, o bien, aumentando el valor nominal de las existentes.

¹¹² Cfr. 2.7. LA RESERVA LEGAL Y OTROS TIPOS DE RESERVAS.

¹¹³ Ibidem.

Al acordar un aumento de capital de esta naturaleza, resulta también claro que el valor nominal de las acciones se aproximará a su valor real.

La capitalización de la reserva legal está permitida en el último párrafo del artículo 21 de la LGSM que establece que "no se entenderá como reparto la capitalización de la reserva legal, cuando esto se haga, pero en este caso deberá volverse a constituir a partir del ejercicio siguiente a aquél en que se capitalice, en los términos del artículo 20".

Para capitalizar otro tipo de reservas¹¹⁴; se necesitará primeramente distribuirlas a los socios en calidad de utilidades y, posteriormente, entregarlas a la sociedad en pago de nuevas acciones.

b) Capitalización de dividendos.

Este es el segundo caso que analizaremos de aumento contable al capital social.

Primeramente, debemos determinar qué debe entenderse por "dividendos", siendo que, a nuestro entender, es la porción de las utilidades que está destinada a ser entregada a los accionistas en proporción al número de acciones de que son titulares.

¹¹⁴ Cfr. 2.7.2. Otros tipos de reservas.

Los dividendos pueden estar determinados por ley, como por ejemplo en el caso del dividendo del cinco por ciento que corresponde a las acciones de voto limitado o acciones preferentes.

El maestro Iturbide Galindo, nos dice al respecto que "su capitalización hará también crecer la potencialidad económica de la sociedad que así lo acuerde, pues ésta dispondrá para su realización de recursos que iban a destinarse o que ya estaban destinados a incrementar el patrimonio individual de los socios".¹¹⁵

Creemos que el maestro Roberto L. Mantilla Molina, opina acertadamente al respecto, al indicarnos que "las utilidades pueden convertirse en capital social sólo cuando la escritura social haya facultado a la asamblea para disponer libremente de ellas, o mediante acuerdo unánime de los socios".¹¹⁶ Ello, debido a que la sociedad está imposibilitada para privar a los socios del derecho al reparto de las utilidades que se hayan obtenido.

En este tipo de aumento de capital, también puede lograrse vía emisión de nuevas acciones, o bien, aumentando el valor nominal de las existentes.

¹¹⁵ ITURBIDE GALINDO, Adrián R., op. cit., supra nota 22, p. 60.

¹¹⁶ MANTILLA MOLINA, Roberto L., op. cit., supra nota 1, p. 348.

El artículo 19 de la LGSM establece que "la distribución de utilidades sólo podrá hacerse después de que hayan sido debidamente aprobados por la asamblea de socios o accionistas los estados financieros que las arrojen" y, es importante aclarar que, de acuerdo con el artículo 23 de la LGSM, sólo podrán capitalizarse utilidades cuando estén a salvo los intereses de los acreedores particulares de los socios.

c) Revaluación de activos.

Este es otro caso de aumento contable al capital social, en donde la revaluación de activos se convierte en capital. Esto se deriva de la partida contable conocida como "superávit por revaluación de activos".

Al respecto, el artículo 116 de la LGSM establece que "cuando se trate de capitalización de utilidades retenidas o de reservas de valuación o revaluación, éstas deberán haber sido previamente reconocidas en estados financieros debidamente aprobados por la asamblea de accionistas. Tratándose de reservas de valuación o de revaluación, éstas deberán ser apoyadas en avalúos efectuados por valuadores independientes autorizados por la Comisión Nacional de Valores, instituciones de crédito o corredores públicos titulados".

d) Capitalización de pasivos.

Este es el cuarto y último caso de aumento contable al capital social y consiste, básicamente, en que los créditos en contra de la sociedad se conviertan en capital.

En este caso, los acreedores de la sociedad deciden formar parte de ésta y contra la cancelación del crédito se emiten acciones en favor de ellos, convirtiéndose, de ésta manera, en accionistas de la sociedad.

Claro es, que este tipo de aumento al capital social no puede lograrse aumentándose el valor nominal de las acciones. Ello por las mismas razones expuestas para el caso de aumento real al capital social por aportaciones que hacen nuevos socios a la sociedad.

El maestro Iturbide Galindo señala que si los acreedores fueran los mismos accionistas, sería fácil llegar a la conclusión de que podría acordarse el aumento del capital social, mediante la elevación del valor nominal de las acciones ya existentes.¹¹⁷

No estamos de acuerdo con el autor que comentamos, toda vez que si se elevara el valor nominal de las acciones de los "socios

¹¹⁷ ITURBIDE GALINDO, Adrián R., op. cit., supra nota 22, p. 64.

acreedores", ya no serían de igual valor todas las acciones de la sociedad, lo que contraría a lo dispuesto por el artículo 112 de la LGSM. Sólo procedería el caso que menciona el licenciado Iturbide si: i) todos los socios fueran acreedores de la sociedad; ii) todos en la misma proporción; y iii) todos ellos desearan capitalizar su crédito. Esto sería prácticamente utópico.

Un caso de aumento de capital social via capitalización de pasivos, sería el de conversión de obligaciones en acciones; sin embargo, dado que deben tomarse las medidas pertinentes para tener en tesorería acciones por el importe que requiera la conversión, sólo pueden utilizar este procedimiento las sociedades anónimas de capital variable.

2.9.2. Reducción al capital social.

Ya se ha mencionado en varias ocasiones que el capital social es una garantía para los socios y terceros contratantes con la sociedad. Es por ello por lo que resulta lógico que la ley lo proteja durante la vida del ente social; sin embargo, también se tiene que tomar en cuenta que puede haber motivos (y de hecho los hay) que obligan a la sociedad a tomar el acuerdo de reducir el capital social.

Por ejemplo, si una sociedad obtiene en un determinado

ejercicio pérdidas, el patrimonio social será menor al monto del valor nominal de la suma de las acciones que integran el capital social. Esta sería una causa válida para tomar el acuerdo de reducir el capital social y tratar de igualar, de esa manera el capital y el patrimonio sociales.

Asimismo, si el capital social inicialmente pactado resultare excesivo para la consecución del objeto social, se estaría desaprovechando dinero que permanece, aparentemente inactivo. Aquí también procedería un acuerdo para disminuir el capital social y devolver el dinero inactivo a los accionistas ya que, de lo contrario, afectaría la rentabilidad de la empresa.

El reducir el capital social, trae aparejada una modificación estatutaria forzosa; pero, además, deben cumplirse otras formalidades adicionales que tienen por objeto, básicamente, proteger a terceros ante posibles reducciones indebidas al capital social.

Al respecto el maestro Joaquín Garrigues comenta que "así como el aumento del capital social favorece a los acreedores, la reducción significa para ellos un perjuicio, siempre en potencia, efectivo a veces."¹¹⁸

¹¹⁸ GARRIGUES, Joaquín, op. cit., supra nota 2, p. 445.

Es por lo anterior (posible perjuicio a terceros), por lo que existen disposiciones legales que condicionan o requieren formalidades especiales para ejecutar un acuerdo de reducción al capital social.¹¹⁹

Siguiendo la línea que hemos utilizado para estudiar el aumento de capital social, diremos que hay casos de reducciones reales y un sólo caso de reducción contable al capital social.

Reducciones reales al capital social.

Pueden existir reducciones reales al capital social, lo que significaría una reducción al patrimonio social. Esto podría suceder en caso de reembolso a los accionistas de sus aportaciones y en caso de liberarlos de exhibiciones no realizadas (de dividendos pasivos a favor de la sociedad).

I.- Reembolso a los accionistas de sus aportaciones. Dentro de esta categoría, encontramos los reembolsos a los accionistas que no implican la supresión de los puestos de socio y los que sí implican dicha supresión.

¹¹⁹ Principalmente referentes a publicidad, para dar oportunidad a los acreedores para oponerse a un acuerdo de esta naturaleza.

a) Reembolso a los accionistas sin supresión de los puestos de socios.

El acuerdo debe ser tomado por una asamblea general extraordinaria de accionistas, de conformidad con lo establecido por el artículo 182 fracción III, de la LGSM. Dicho acuerdo tendrá la limitación de no poder reducir el capital social por debajo de la cifra mínima que fija la ley (\$ 25,000.00 M.N.)

El artículo 135 de la LGSM, establece que "en caso de reducción del capital social mediante reembolso a los accionistas, la designación de las acciones que hayan de nulificarse se hará por sorteo ante notario o corredor titulado".

Dentro del caso que nos ocupa, que es el de reembolso a los accionistas sin supresión de los puestos de socios, creemos que para lograr esto de la manera más equitativa, en lugar de aplicar el artículo 135 de la LGSM sería más aconsejable el reducir el valor nominal de las acciones. De esta manera, se logran los objetivos comunes que son el reducir el capital social y el que ningún socio deje de serlo.

Obviamente si la asamblea correspondiente no es totalitaria, entonces se tendrá que aplicar forzosamente el citado artículo 135 de la LGSM.

Para continuar con nuestro estudio acerca de las reducciones al capital social, creemos conveniente transcribir a continuación el artículo 9 de la LGSM que hace referencia a esta clase de operaciones.

"ART. 9. Toda sociedad podrá aumentar o disminuir su capital, observando, según su naturaleza, los requisitos que exige esta Ley.

La reducción del capital social, efectuada mediante reembolso a los socios o liberación concedida a éstos de exhibiciones no realizadas, se publicará por tres veces en el periódico oficial de la entidad federativa en la que tenga su domicilio la sociedad, con intervalos de diez días.

Los acreedores de la sociedad, separada o conjuntamente, podrán oponerse ante la autoridad judicial a dicha reducción desde el día en que se haya tomado la decisión por la sociedad, hasta cinco días después de la última publicación.

La oposición se tramitará en la vía sumaria, suspendiéndose la reducción entretanto la sociedad no pague los créditos de los opositores, o no los garantice a satisfacción del juez que conozca del asunto, o hasta que cause ejecutoria la sentencia que declare que la oposición es infundada".

En el procedimiento de reducción que estamos analizando, debe de cumplirse lo estipulado por el artículo 9 de la LGSM antes transcrito, en cuanto a la publicidad que debe dársele al acuerdo de reducción del capital social.

b) Reembolso a los accionistas implicando la supresión de los puestos de socios.

Dentro de este tipo de reducción al capital social tenemos dos supuestos; a saber: amortización de acciones y separación del socio al ejercitar el derecho de retiro. A continuación analizamos dichos supuestos:

1.- Reducción por amortización de acciones mediante reembolso a los accionistas de sus aportaciones.

Este es el caso de amortización de acciones con cargo a capital, por lo que evidentemente trae como consecuencia una reducción del mismo.

El acuerdo debe ser tomado por una asamblea general extraordinaria de accionistas y, posteriormente, se procederá al sorteo a que se refiere el artículo 135 de la LGSM.

El sorteo tiene su razón de ser, ya que las acciones que han salido sorteadas serán amortizadas y, como consecuencia, a su titular se le priva de su calidad de socio. Con el sorteo se cumple con ciertos principios de equidad. En el sorteo deben intervenir, por supuesto, todas las acciones en que se divide el capital social.

También en este caso de reducción al capital social, deben cumplirse con las exigencias de publicidad, contenidas en el artículo 9 de la LGSM para dar oportunidad a terceros para oponerse, si se consideran afectados.

Para cancelar los títulos de las acciones que han sido sorteadas, no es necesario recurrir al procedimiento establecido por la LGTOC, sino que simplemente la sociedad nulificaría las acciones que resulten sorteadas, perdiendo en ese acto su carácter de títulos de crédito.

Con el objeto de ser justos con los socios a los que se reembolsará las acciones sorteadas, creemos que el valor de las mismas que se tiene que tomar en cuenta para su amortización es el valor real y no el nominal; es decir, el valor que resulte de dividir el monto del capital contable o patrimonio social entre el número de acciones en circulación.

2.- Reducción por ejercicio del derecho de separación o de retiro de los accionistas.

Se trata de casos específicamente contemplados en la LGSM, en donde se les otorga a los socios, en ciertas circunstancias, derecho a separarse de la sociedad.

De conformidad con el artículo 206 de la LGSM, cuando la

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

Los asuntos comprendidos en las fracciones IV, V y VI del artículo 182, son los siguientes: cambio de objeto de la sociedad, cambio de nacionalidad de la sociedad y transformación de la sociedad.

La razón de este precepto es que el accionista involucrado que votó en contra, se vería, de no separarse, obligado a más o en forma diferente a la inicialmente convenida.

El ejercicio del derecho de separación que comentamos, trae aparejada forzosamente una reducción al capital social en el monto reembolsado al accionista que se separa.

En relación con lo que comentamos, el artículo 15 de la LGSM establece que "en los casos de exclusión o separación de un socio, excepto en las sociedades de capital variable, la sociedad podrá retener la parte del capital y utilidades de aquél hasta concluir las operaciones pendientes al tiempo de la exclusión o separación,

debiendo hacerse hasta entonces la liquidación del haber social que le corresponda".

Aquí, de nuevo habrá que cumplir con los requisitos de publicidad exigidos por el artículo 9 de la LGSM, ya que finalmente se trata de un reembolso a los accionistas.

II. Liberación a los accionistas de exhibiciones no realizadas.

a) Liberación concedida a los accionistas directamente.

En este caso debe suponerse que hay dividendos pasivos a favor de la sociedad; es decir, existen acciones pagadoras.

Cuando hay acciones pagadoras, el suscriptor de ellas debe pagarlas totalmente, ya sea en fechas previamente establecidas, o en la fecha en que le sea exigido el pago por parte de la sociedad.¹²⁰

Ahora bien, si la sociedad estima que el monto que ha recibido de las acciones (la parte pagada de las mismas), es suficiente para la consecución del objeto social, puede válidamente acordar (en una asamblea general extraordinaria) reducir el capital liberando a los socios de hacer las exhibiciones pendientes de pago que

¹²⁰ Cfr. supra nota 48 y artículos 117 y 118 de la LGSM.

corresponden a las acciones pagadoras.

También en este caso de reducción al capital social debe de cumplirse lo estipulado por el artículo 9 de la LGSM, toda vez que se trata de una reducción al capital social efectuada mediante liberación concedida a los accionistas de exhibiciones no realizadas, como lo dice el citado precepto.

b) Liberación concedida a los accionistas indirectamente.

Al igual que en el inciso a) anterior, estamos ante la presencia de acciones pagadoras y, por consiguiente, de dividendos pasivos a favor de la sociedad.

Este caso de reducción al capital social, también es conocido como el de "exclusión de socios" y opera, generalmente, en contra del socio moroso en el pago de la aportación debida (del dividendo pasivo).

Como hemos visto en varias ocasiones, la sociedad puede exigir a los suscriptores de acciones pagadoras el pago de la parte insoluta de las mismas.¹²¹

Pues bien, si en el plazo de un mes, a partir de que debiera hacerse el pago de la exhibición (de acuerdo con el artículo 119 de

¹²¹ Ibidem y cfr. artículos 119 y 120 de la LGSM.

la LGSM), no se hubiere iniciado la reclamación judicial o no hubiere sido posible vender las acciones a un precio que cubra el valor de la exhibición (artículo 118 de la LGSM), se declararán extinguidas aquellas y se procederá a la consiguiente reducción del capital social. Esto lo establece el artículo 121 de la LGSM.

Resulta claro, pues, que al reducirse de esta manera el capital social, se libera a los accionistas morosos del pago de las exhibiciones pendientes de realizar, en forma indirecta.

Asimismo, en este caso debe darse cumplimiento a lo estipulado por el artículo 9 de la LGSM, a efecto de proteger a terceros.

Existen autores (como Mantilla Molina y Rodríguez y Rodríguez), que opinan que no sería necesaria en este caso la celebración de una asamblea general extraordinaria de accionistas para acordar este tipo de reducción al capital social. Se basan, principalmente en que se trata de una reducción forzosa y necesaria que al darse la hipótesis correspondiente, la reducción viene impuesta por ley. Por ello, dicen, la asamblea resultaría innecesaria, ya que se tendría que deliberar por la reducción; es decir, no existe otra opción.

Nosotros opinamos que, dada la reforma estatutaria que comprendería esta reducción, se tiene que acordar forzosamente por una asamblea general extraordinaria de accionistas. Además, no

existe disposición legal alguna que nos exima de la celebración de la asamblea mencionada.

III. Adjudicación judicial de acciones de la sociedad.

Este es el último caso que estudiaremos de reducción real al capital social.

El artículo 134 de la LGSM, establece que "se prohíbe a las sociedades anónimas adquirir sus propias acciones, salvo por adjudicación judicial, en pago de créditos de la sociedad. En tal caso, la sociedad venderá las acciones dentro de tres meses, a partir de la fecha en que legalmente pueda disponer de ellas; y si no lo hiciere en ese plazo, las acciones quedarán extinguidas y se procederá a la consiguiente reducción del capital. En tanto pertenezcan las acciones a la sociedad, no podrán ser representadas en las asambleas de accionistas".

Respecto del órgano competente para decretar la reducción del capital social, nos remitimos a lo dicho en el punto II b) inmediato anterior.

Reducción contable al capital social.

Cuando una sociedad ha sufrido pérdidas, el valor del capital social será superior al valor del patrimonio social o capital contable.

En estos casos, es frecuente recurrir a una reducción del capital social con el objeto de hacer coincidir la cifra de éste con la del patrimonio social, y esto se logra con una operación interna de contabilidad.

Las razones por las que una sociedad puede recurrir a este tipo de reducción al capital social son, esencialmente, el poder desaparecer del balance general las pérdidas y al hacer esto, se estaría en posibilidad (de marchar bien los negocios) de repartir utilidades. Además, ya hemos visto que es conveniente el que coincidan, en la medida de lo posible, las cifras del capital social y del patrimonio social o capital contable.¹²²

Aparte de las razones mencionadas anteriormente, el artículo 18 de la LGSM, dispone que "si hubiere pérdida del capital social, éste deberá ser reintegrado o reducido antes de hacerse repartición o asignación de utilidades". Es por ello por lo que antes se dijo que para poder repartir utilidades, habría que recurrir primeramente a una reducción al capital social.

¹²² Cfr. 2.3 PATRIMONIO SOCIAL.

El órgano competente para decretar la reducción es la asamblea general extraordinaria de accionistas, de conformidad con el artículo 182 fracción III de la LGSM.

En relación con los requisitos de publicidad exigidos por el artículo 9 de la LGSM, interpretando literalmente dicho precepto, en este caso de reducción al capital social no se requeriría dar cumplimiento a lo dispuesto por dicho precepto. Ello, en virtud de que la reducción al capital no se efectúa mediante reembolso a los socios ni mediante liberación concedida a éstos de exhibiciones no realizadas; se trata, en efecto, de una reducción por pérdidas.

Sin embargo, si se pretende dar protección a terceros, consideramos oportuno proponer una reforma legal en el sentido de que los requisitos de publicidad contenidos en el artículo 9 de la LGSM, deberían aplicarse a toda reducción al capital social.

I N D I C E

CAPITULO 3. ALGUNOS ASPECTOS GENERALES DE LAS SOCIEDADES DE
CAPITAL VARIABLE.

- 3.1. Introducción.
- 3.2. Origen de las sociedades de capital variable.
- 3.3. Antecedentes legislativos en México sobre sociedades de capital variable.
- 3.4. Naturaleza y concepto de las sociedades de capital variable.
- 3.5. Finalidad de las sociedades de capital variable.

CAPITULO 3. ALGUNOS ASPECTOS GENERALES DE LAS SOCIEDADES DE
CAPITAL VARIABLE.

3.1. INTRODUCCIÓN.

El presente capítulo, denominado "Algunos aspectos generales de la sociedades de capital variable", no tiene por objeto el profundizar acerca de la problemática que plantean este tipo de sociedades. Esto será tratado en el siguiente y último capítulo del presente trabajo.

Es pues, objeto del presente capítulo el dar una idea general acerca de, entre otros aspectos, el origen, antecedentes legislativos, desarrollo y perspectivas actuales de las sociedades de capital variable, así como algunas consideraciones, también generales, acerca de su funcionamiento, naturaleza y finalidad.

Lo anterior es importante para lograr una mejor comprensión de los problemas que plantean este tipo de sociedades y que, como hemos dicho, serán tratados en el siguiente capítulo de este trabajo.

3.2. ORIGEN DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL VARIABLE.

Informan que fue la situación precaria de los trabajadores el origen primero de las sociedades de capital variable. Desamparados en lo económico e imposibilitados para conseguir créditos de ninguna especie por su misma posición, los obreros eran incapaces de constituir sociedades anónimas hasta antes de 1867, puesto que la Ley Francesa de 1856 requería que el valor mínimo de las acciones fuera de 100 francos y una aportación inicial de la cuarta parte. Esto constituía sumas elevadas para la clase obrera cuyo salario era tan reducido que conformaba una utopía para ellos formar una sociedad anónima.

Es así como el Estado Francés, preocupado por la situación, intenta proteger a los obreros mediante una legislación más adecuada a su situación económica y expidió la Ley del 24 de Julio de 1867, mediante la cual se intentó eliminar las trabas impuestas a las sociedades cooperativas a través de la creación de las sociedades de capital variable. Son estas sociedades, en razón de su objeto, sociedades cooperativas, mismas que ven luz primera en Alemania e Inglaterra. Pero no son las sociedades cooperativas en general antecedentes de las de capital variable, puesto que como hemos dicho, aquéllas nacieron mucho tiempo antes.

En la época de la situación precaria de los obreros a que nos referimos, se idearon instituciones sociales de índole privada para

remediar la situación. Estas instituciones consistieron en, básicamente, el ahorro, el mutualismo, la cooperación, etc. No obstante los esfuerzos, resultaron impracticables debido a los salarios bajos, insuficientes para asegurar al obrero contra los riesgos a que está expuesto.

El Capítulo III de la Ley Francesa de 1867 antes mencionado tiene por encabezado: "Disposiciones Particulares para las Sociedades de Capital Variable". Los preceptos que contiene este Capítulo III, son concebidos primordialmente con el objeto de proteger a la clase obrera.

Consideramos que fue la falta de cooperativas modestas en las leyes vigentes en la época y la imposibilidad económica del obrero para llenar los requisitos necesarios para constituir sociedades, lo que orilló al legislador francés a crear el referido Capítulo III.

Las sociedades de capital variable que contempla la Ley Francesa de 1867, ya eran, desde sus orígenes, aquellas que facultan a sus asociados a disminuir el capital retirando sus aportaciones o la facultad de aumentarlo por la admisión de nuevos socios.

Anteriormente, se regularon las sociedades cooperativas pequeñas y modestas, que ayudaron a la clase obrera a superar los

obstáculos establecidos en los antiguos cuerpos legales.

Estas sociedades cooperativas de tipo modesto, pobre y de escasos recursos y cuyas miras fueron el evitar perjuicios, más que obtener un lucro, son el antecedente histórico de las modernas sociedades de capital variable.

El maestro Mantilla Molina nos aclara que "la modalidad del capital variable de las sociedades se introdujo en Francia por virtud de una ley que tenía como propósito principal el de crear un molde jurídico a las empresas cooperativas, que no fuera un régimen de privilegio. Por ello, la posibilidad de variar el capital social sin necesidad de modificar la escritura constitutiva, asumió un carácter general, aplicable a toda clase de sociedades, tuvieran o no tuvieran finalidades cooperativas".¹²³

El haber introducido al mundo del Derecho las sociedades de capital variable, trajo como consecuencia, en un principio, la supresión de las graves restricciones que la legislación civil había puesto a la organización de las sociedades cooperativas. Así, el legislador francés creó una modalidad por la que todas las sociedades mercantiles, independientemente de la forma que adoptaran, pudiesen tomar esta nueva variante a las antiguas formas de capital fijo.

¹²³ MANTILLA MOLINA, Roberto, op. cit., supra nota 1, p. 427.

En nuestro país no se adoptó esta modalidad para favorecer a la clase obrera, puesto que esta necesidad se satisface con la Ley General de Sociedades Cooperativas, sino para la práctica de sociedades no cooperativas, económicamente hablando, que usurpaban dicha forma, aprovechando en forma indebida sus franquicias.

Se dice que la Ley General de Sociedades Cooperativas satisface las necesidades de los obreros, porque en ella se establece, para el reparto de utilidades, no el criterio que predomina en el criterio comparado, que dice: "en relación con los aportes", si no: "en proporción a la actividad", y esto después de haber separado el fondo de reserva para el capital permanente y para el capital ordinario, lo que determina el verdadero contenido y finalidad de las sociedades cooperativas.

En nuestro sistema jurídico, sí existe una clara distinción entre las sociedades cooperativas y las de capital variable, ya que en Francia, las sociedades de capital variable, por su origen y motivo de adopción, se reduce a un pequeño sector económico, independientemente de que cualquier tipo de sociedad puede revestir esta forma y por otra parte, la inclusión de la sociedad cooperativa modesta, hace que ambas se confundan.

Por su parte, César Vivante, señala que las sociedades de capital variable son "formas democráticas y libres, porque mantienen siempre abiertas sus filas a cuantos quieran sacar

provecho de los beneficios sociales. Se distinguen de las sociedades de capital fijo en que, mientras en éstas, toda variación de capital produce una modificación al organismo jurídico, acompañado por ciertas normas rigurosas de publicidad, las variaciones de capital en las sociedades de capital variable, suceden por una virtud propia de su organismo que no se altera en absoluto con la variación de capital"¹²⁴. Afirma Vivante que son sólo dos las sociedades de capital variable reconocidas en la legislación italiana; a saber: las sociedades cooperativas y las de seguros mutuos.

En México, la legislación ha considerado la modalidad de capital variable como susceptible de adoptarse para todas las sociedades. La posición de nuestra legislación es la de aceptar francamente dicha modalidad, que en los años ha estado demostrando sus excelencias y beneficios.

3.3. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN MEXICO SOBRE SOCIEDADES DE CAPITAL VARIABLE.

Basándonos para el estudio de los antecedentes legislativos en México de las sociedades de capital variable en la tesis profesional de 1935 (un año después de la fecha de la LGSM) del

¹²⁴ VIVANTE, César, Instituciones de Derecho Comercial, traducción de Ruggero Mazzi, Madrid, 1928, pp. 130 y 131.

Lic. Francisco F. Noguez¹²⁵, cabe exponer lo que a continuación se señala.

El primer texto legal mexicano que establece la sociedad de capital variable, es el Código de Comercio del 15 de abril de 1884, cuyo artículo 356 expresa: "Reconoce también éste Código como sociedades sujetas a reglas especiales, las compañías de capital variable y las de responsabilidad limitada".

Por su parte, el artículo anterior al transcrito establece las especies de sociedades mercantiles que reconoce el código citado, y son la sociedad en nombre colectivo, la sociedad en comandita y la sociedad anónima, solamente. Pero al examinar la reglamentación de cada especie de corporación se advierte que en la en comandita comprendió el Código tanto a la en comandita simple como a la que denomina en comandita compuesta (por acciones); quedando, por tanto, reconocidos los cuatro tipos clásicos de sociedades mercantiles. No regula, ni menciona siquiera, la sociedad cooperativa; establece, en cambio, la sociedad de responsabilidad limitada como especie sujeta a reglas especiales, al igual que la de capital variable.

Consideramos oportuno aclarar que, de las nuevas especies introducidas por el Código de 1884, la única importante es la

¹²⁵ NOGUEZ, Francisco F., Sociedades de Capital Variable, Tesis Profesional, México, 1935, pp. 43 y ss.

sociedad de capital variable; no porque constituye el objeto de este trabajo, sino porque la de responsabilidad limitada no es otra que la anónima, a la cual se dió esta nueva denominación por imitación extralógica a la Ley Francesa de 23 de mayo de 1863. En efecto, esta Ley ocurrió a tal designación sólo para permitir que las sociedades inglesas funcionaran libremente en Francia, donde las anónimas estaban todavía obligadas a obtener autorización especial del Gobierno. Y así se dejó en pie la obligación impuesta para las sociedades anónimas, y se excluyó de dicha obligación a las anónimas inglesas, con tal de que se establecieran con la cláusula de responsabilidad limitada, pretendiéndose dar cumplimiento a la Ley Francesa al mismo tiempo que al convenio que sobre el libre funcionamiento de sociedades, celebraron Inglaterra y Francia. Modalidad puramente local y formal, como se ve, la cual ni en Francia misma tuvo razón de persistir cuando desapareció la obligación de obtener autorización del poder público para el funcionamiento de las sociedades anónimas.

Dado lo anterior, parecería que el Código de 1884, estableció la sociedad de capital variable como un tipo especial de "Compañía de Comercio", y no como una modalidad que podían adoptar las sociedades mercantiles reconocidas por el artículo 355, tal como lo había hecho la Ley Francesa de 1867.

No obstante, al examinar el artículo 589 se advertirá que la verdadera intención del legislador de 1884 fue que las compañías de

capital variable fueran una modalidad bajo la cual podían constituirse, no ciertamente todas las sociedades mercantiles, sino puramente las compañías por acciones.

El artículo mencionado, con el que da principio el Capítulo IX del título segundo sobre las Compañías de Comercio, trata de definir las sociedades de capital variable, que se pretenden regular en el capítulo citado, cuyo epígrafe es una traducción literal del que encabeza el Capítulo III de la Ley Francesa de 1867. Dice así: "Artículo 589. Al constituirse una sociedad anónima o en comandita compuesta, puede estipularse que el capital social sea susceptible de aumento por desembolsos sucesivos hechos por los socios o por la admisión de otros nuevos, o de disminución por el reintegro que se hiciere a los asociados del todo o parte de las cantidades que hayan entregado".

Se trata del mismo artículo 48 de la Ley Francesa de 1867, puesto en castellano, con la sola diferencia de que en el artículo 589 se restringe la modalidad a "una sociedad anónima o en comandita compuesta".

Por razones obvias es de entenderse, sin embargo, y así conviene a nuestra tradición jurídica, que la LGSM se inspiró más en el artículo 589 del Código de 1884 que en el 48 de la Ley Francesa; porque aquél, en su vigencia de algunos años en México, seguramente dejó huellas de su eficacia, que supo aprovechar la

experiencia del legislador de 1934.

El Código de Comercio de 15 de septiembre de 1889, que derogó al anterior, continúa la tradición de las sociedades de capital variable con los mismos límites fijados por el Código de 1884: sólo adoptables en las sociedades por acciones; no amplió ni restringió el campo de su aplicación y conservó en esencia las mismas modalidades impresas por la legislación que les dió vida en nuestro Derecho y economía nacionales.

Sin embargo, se cometió aquí un grave error técnico al adjudicarles la denominación de cooperativas, desfigurando así el carácter substancial de éstas, a las que se definió en el artículo 238 mediante el elemento puramente formal de variabilidad del capital y del número de socios; dándose con esto oportunidad a la viciosa práctica de que sociedades de especulación, que nada tenían que ver con las cooperativas, adoptaran esta modalidad, sólo para disfrutar de sus beneficios.

La única diferencia con el Código de 1884 es que aquí se llamaron sociedades cooperativas y en el citado código recibían el nombre de anónimas o en comandita compuesta (por acciones).

Asimismo, el Código de Minería de 22 de noviembre de 1884, que derogó las Ordenanzas de Minería de 22 de mayo de 1783, en su artículo 159 establece que "no se requiere en la sociedad formada

para la explotación de las minas, que el capital sea fijo y determinado". La razón de este precepto es que este tipo de sociedades requieren flexibilidad en la ley para aumentar o disminuir su capital, a medida que lo exija el éxito o fracaso de la mina cuya explotación constituye su objeto social.

Actualmente, el Capítulo VIII de la LGSM de 1934, misma que se encuentra en vigor, es el que reglamenta específicamente a las sociedades de capital variable. Este capítulo comprende a los artículos 213 a 221 inclusive, y los principales problemas que plantea serán tratados en el capítulo siguiente del presente trabajo, como hemos dicho.

3.4. NATURALEZA Y CONCEPTO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL VARIABLE.

La sociedad de capital variable no es un tipo específico de sociedad mercantil. Es una modalidad que puede adoptar cualquiera especie de las sociedades mercantiles reconocidas por la ley.

Al respecto se pronuncia el maestro Iturbide Galindo al señalar que "el régimen de variabilidad de capital es, una simple modalidad que puede ser adoptada por todos los tipos sociales regulados en nuestra LGSM y enumerados en su artículo primero y que son: - Sociedades en Nombre Colectivo, - Sociedades en Comandita Simple, - Sociedades de Responsabilidad Limitada, - Sociedades en Comandita por Acciones y - Sociedades Anónimas; con la salvedad de

las Sociedades Cooperativas, que por esencia tienen una variabilidad implícita. En consecuencia, la sociedad que adopte esta modalidad, conservará en su régimen interior, todas las características que les señala la ley, con la obligación de que a razón social o denominación propia del tipo de sociedad se añadirán siempre las palabras "de Capital Variable" (artículo 215 de la Ley)".¹²⁶

Al respecto, la exposición de motivos de la LGSM menciona que "se estimó conveniente también aceptar para todas las sociedades, la posibilidad de que se constituyan como de capital variable. Con esto no se creó un tipo nuevo, sino simplemente una modalidad, que de seguro hará más dúctil el sistema de la ley, facilitando la adopción de determinadas instituciones jurídicas que vienen tropezando con el obstáculo de la rigidez del Código de Comercio, en particular, como se verá más adelante, tratándose de sociedades anónimas. Acogida pues, la modalidad de las sociedades de capital variable, la sociedad cooperativa puede ya desenvolverse no como una figura a la que equivocadamente se acuda por las ventajas que su estructura flexible ofrece, sino precisamente como un tipo propio cuya caracterización, determinada no en función de datos formales sino materiales, el proyecto ha creído que debe reservarse a la legislación especial sobre la materia...."

¹²⁶ ITURBIDE GALINDO, Adrián R., op. cit., supra nota 22, p. 91.

La LGSM ha previsto la existencia de sociedades de capital variable, con el objeto de dotar de mayor flexibilidad a aquellas sociedades "que realizan negocios que por su naturaleza precisan, en momentos distintos, cantidades absolutamente desiguales de capital. Obligarlas a mantener un capital fijo equivaldría a forzarlas a tener sumas importantes de capital ocioso o a retrasar la obtención de capital nuevo, dejando tal vez perder oportunidades excepcionales, hasta cumplir los requisitos formales impuestos para llegar al aumento o disminución de capital. Para obviar este inconveniente, se introdujeron las sociedades de capital variable en el derecho mexicano".¹²⁷

Sin embargo, ha sido durante los últimos años cuando han proliferado las sociedades anónimas de capital variable en nuestro país, ya sea procediendo a constituir las bajo dicho régimen, o bien, tratándose de sociedades anónimas ya constituidas, llevando a cabo su adopción mediante la celebración de una asamblea general extraordinaria de accionistas que acuerde las reformas estatutarias correspondientes, de conformidad con lo establecido por el artículo 182 de la LGSM.

El carácter esencial de la sociedad de capital variable consiste en suprimir los obstáculos que en los entes colectivos de actividad económica se oponen a la consecución de su objeto social:

¹²⁷ RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín, op. cit., supra nota 17, p. 419.

la firmeza del capital y la permanencia de los socios. La sociedad que haya adoptado en sus estatutos, al constituirse o sufrir una "transformación", la variabilidad del capital, lo puede aumentar o disminuir libremente, de acuerdo con su escritura social, sin sufrir por esto alteración alguna el ente colectivo (artículos 213, 216 y 227 de la LGSM).

No es una especie determinada de sociedad mercantil, y por tanto, cualquiera sociedad puede adoptar la forma de capital variable, debiéndose regir, en consecuencia, por las normas generales establecidas en la ley, salvo las disposiciones peculiares de la modalidad, las cuales obedecen fundamentalmente a la protección del ente, a la de los acreedores y de los socios (artículo 214 de la LGSM).

Poco antes decíamos que en los últimos años se ha venido observando un sensible incremento en el número de sociedades de capital variable que al constituirse o posteriormente adoptan esta modalidad.

El Lic. Iturbide Galindo nos da algunos de los motivos para el florecimiento tan repentino de las sociedades de capital variable; a saber; ventajas fiscales y reducción de costos en la constitución de empresas, así como en los aumentos y disminuciones posteriores del capital; flexibilidad para realizar aumentos y disminuciones de capital; y, flexibilidad para el pago de dividendos y enajenación

de acciones.¹²⁸

No obstante lo anterior, el maestro Iturbide nos dice al respecto que "las ventajas así expresadas resultan todas válidas si no fuera porque para conseguirlas se han incurrido, en errores graves de interpretación de nuestra ley vigente que implican violaciones a la misma".¹²⁹

Los errores a los que se refiere el Lic. Iturbide Galindo son, entre otros, los que analizaremos en el capítulo siguiente del presente trabajo, así como algunos que ya se han mencionado en el mismo.

Por su parte, el maestro Mantilla Molina nos da un concepto de sociedades de capital variable y, al respecto nos dice que "son aquellas en que puede alterarse el monto del capital social sin modificar la escritura constitutiva".¹³⁰

En las sociedades de capital variable estamos ante la presencia de un régimen voluntario u opcional, que en cualquier

¹²⁸ Cfr. JOHNSON OKHUYSEN, Eduardo A., Compañía Dominatrix Holding Company, México, Editorial Themis, 1986, 1a. ed., p. 192.

¹²⁹ ITURBIDE GALINDO, Adrián R., op. cit., supra nota 22, p. 94.

¹³⁰ MANTILLA MOLINA, Roberto L., op. cit., supra nota 1, p. 427.

tiempo puede adoptar la sociedad, ya sea al constituirse, o bien, al modificar el sistema de capital fijo con que se hubiere fundado por el de capital variable que adopte con posterioridad.

Se trata, como dice el maestro Barrera Graf, "de una variante excepcional, porque la regla general es la de capital fijo: si el contrato social nada dice, o si la sociedad de capital variable no se ostenta como tal (en su razón social o denominación), se debe considerar como una sociedad de capital fijo".¹³¹

Asimismo, el maestro Mantilla Molina nos dice al respecto que, sería nula cualquier reducción del capital social que se hiciera sin observar las formalidades necesarias para las sociedades de capital fijo, cuando en el nombre de la sociedad se omitan las palabras relativas, o la abreviatura "de C.V.".¹³²

Así pues, las sociedades de capital variable son aquellas que en sus estatutos adoptan en forma expresa tal modalidad, indicando en su razón social o denominación las palabras "de Capital Variable" (artículo 215 de la LGSM) o, de acuerdo con la costumbre, sólo la abreviatura "de C.V."¹³³. Este tipo de sociedades tiene

¹³¹ BARRERA GRAF, Jorge, op. cit., supra nota 4, p. 640.

¹³² MANTILLA MOLINA, Roberto L., citado por BARRERA GRAF, Jorge, Ibidem.

¹³³ El artículo 215 de la LGSM sólo establece que se utilice en la denominación o razón social las palabras "de Capital variable"; sin embargo, como se ha dicho, la costumbre utiliza la abreviatura "de C.V.".

como efecto principal el que las variaciones del monto del capital social sólo cumplan las formalidades establecidas en el Capítulo VIII de la LGSM. Esto de conformidad con el artículo 213 de la LGSM que establece:

"ART. 213. 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, y de disminución de dicho capital por retiro parcial o total de las aportaciones, sin más formalidades que las establecidas en este capítulo".

En efecto, el artículo 213 es el primero del Capítulo VIII de la LGSM.

En relación con el régimen legal de este tipo de sociedades, como ya se ha dicho, cabe decir que se encuentran reguladas específicamente en el Capítulo VIII de la LGSM, mismo que se encuentra integrado por los artículos 213 a 221 inclusive; sin embargo, la imprecisa redacción de algunos de esos preceptos "ha dado lugar a ciertas disparidades de opiniones en cuanto a su contenido y alcances prácticos".¹³⁴

En la misma línea, en la práctica encontramos que tanto las grandes como las medianas y pequeñas sociedades se constituyen, por

¹³⁴ DIAZ BRAVO, Arturo, "Variaciones de Capital en las Sociedades Mercantiles", en Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Número 3, UNAM, México, Septiembre-Diciembre de 1986, p. 1015.

lo general, como sociedades anónimas de capital variable, siendo que en muchos casos no hay una real justificación para la presencia de dicho régimen, pero no debemos dejar de reconocer que se ha aprovechado el estancamiento de la LGSM para la adopción de tal régimen.

Asimismo, en nuestra doctrina existen opiniones encontradas, que van desde las que reconocen la flexibilidad de las sociedades de capital variable para aumentar y reducir su capital social (como los maestros Rodríguez y Rodríguez, Iturbide Galindo, Díaz Bravo y Mantilla Molina, entre otros), hasta las que consideran que dicho régimen carece de valor y utilidad alguna, incluso proponiendo su supresión.

Entre los tratadistas del último caso mencionado cabe destacar la opinión del maestro Barrera Graf, quien ha declarado al respecto que: "la conclusión a la que llego, es que se debe prescindir de esta modalidad del capital variable al proceder a la urgente y muy amplia reforma que requiere la LGSM...".¹³⁵

Así pues, dada la importancia que actualmente revisten las sociedades anónimas de capital variable, se hace necesario el estudio de aquellos aspectos que han propiciado discrepancias, tanto prácticas como doctrinales. Una vez más, comentamos que este

¹³⁵ BARRERA GRAF, Jorge, "Variaciones del Capital en las Sociedades de Capital Variable", en Cuarto Congreso Nacional de Derecho Mercantil, Memoria, UNAM, México, 1984, p. 662.

estudio será el que trataremos de abarcar, en algunos de sus aspectos, en el capítulo siguiente del presente trabajo.

3.5. FINALIDAD DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL VARIABLE.

El hecho de que una sociedad mercantil pueda constituirse como sociedad de capital variable, es muy útil para la misma. Ello, en virtud de que se pueden adquirir nuevos socios en substitución de las personas que dejen de serlo y, de esa manera, la sociedad no sufre perjuicio en su vida, tanto jurídica como económica.

Mediante la adopción del régimen de capital variable, cualquier sociedad puede gozar del beneficio de aumentar o disminuir libremente su capital, sin necesidad para ello de reformar los estatutos sociales.

Es por lo anterior por lo que la finalidad inmediata de la sociedad de capital variable sea precisamente el poder variar libremente el monto de su capital social. Aumentándolo, ya sea mediante aportaciones posteriores de los socios o admisión de nuevos socios, y disminuyéndolo, por retiro parcial o total de las aportaciones (artículo 213 de la LGSM).

Creemos que no tendría sentido el que una ley autorizara la variabilidad en un solo sentido, ya sea para aumentar el capital o

para disminuirlo. Esto, debido a que en una sociedad pueden presentarse ambas posibilidades, de aumento y disminución del capital, de acuerdo con las necesidades de la empresa.

Por otro lado, la finalidad mediata de las sociedades de capital variable es la perpetuación del ente social; es decir, favorecer la vida de la sociedad, que generalmente se ha creado con objeto de que perdure sobre la vida efímera de los socios en beneficio de la economía nacional, de la corporación y de los socios mismos, que aún cuando desaparezcan no desaparece con ellos la intención al fundar la sociedad, de que ésta alcance plenamente su objeto social .

De acuerdo con las palabras del Lic. Francisco F. Noguez, "más que ninguna otra sociedad, las de capital variable se fundan en la inalterabilidad del ente social en medio de la constante mutación del capital y de los socios"¹³⁶ y "es indispensable, por tanto, que la LGSM contenga preceptos que garanticen la vida de la sociedad hasta que obtenga plenamente su objeto social".¹³⁷

Este punto, referente a la perpetuación de la sociedad, se ha logrado en parte en las sociedades anónimas. Ello, debido a que la LGSM se ha fijado más en la sociedad y su capital que en la vida efímera de los socios.

¹³⁶ NOGUEZ, Francisco F., op. cit., supra nota 125, p. 66.

¹³⁷ Ibidem.

Consideramos, siguiendo esta exposición, que nuestra LGSM debería de contener un artículo similar al artículo 54 de la Ley Francesa de 24 de julio de 1867, precepto que establece:

"La sociedad no se disolverá por muerte, retiro, la interdicción, la quiebra o la ruina de uno de los asociados; ella continuará de pleno derecho entre los demás socios".

De contar nuestra LGSM con un artículo así, se aseguraría la obtención de la finalidad de la sociedad, la cual debe de subsistir a pesar de los cambios de las personas, así como subsistir a las variaciones en el capital social. Esta subsistencia de la sociedad a los socios representaría la verdadera garantía para los acreedores de la misma.

Los comentarios anteriores, en razón de lo dispuesto por los artículos 230 y 231 de la LGSM, que establecen que tanto la sociedad en nombre colectivo como la en comandita simple y en comandita por acciones, se podrán disolver: en el caso de la sociedad en nombre colectivo, por la muerte, incapacidad, exclusión o retiro de uno de los socios, o porque el contrato social se rescinda respecto de alguno de ellos; y en el caso de la en comandita simple o por acciones, por la muerte de alguno de los comanditos.

Aquí estamos ante la presencia de disposiciones que, si bien recalcan el carácter de estas sociedades como "intuitu personae",

actualmente es poco práctico sujetar la vida de una sociedad a la permanencia en la misma de alguno o algunos de sus socios.

I N D I C E

CAPITULO 4.- PRINCIPALES REPERCUSIONES DE LA MODALIDAD DE CAPITAL
VARIABLE EN LAS SOCIEDADES ANONIMAS.

- 4.1. Modalidad o transformación
 - 4.1.1. Exposición de motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles.
 - 4.1.2. Doctrina.
 - 4.1.3. Artículos aplicables.
- 4.2. Registro de variaciones de capital.
- 4.3. Capital autorizado.
- 4.4. Variabilidad del capital en las sociedades anónimas de capital variable.
 - 4.4.1. Introducción.
 - 4.4.2. Disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles al respecto.
 - 4.4.3. Derecho de preferencia
 - 4.4.4. Doctrina.
 - 4.4.5. Protocolización e inscripción en el Registro Público de Comercio.
 - 4.4.6. Interpretación judicial.
 - 4.4.7. Reducción al capital social en su parte variable.

CAPITULO 4. PRINCIPALES REPERCUSIONES DE LA MODALIDAD DE CAPITAL VARIABLE EN LAS SOCIEDADES ANONIMAS.

4.1. MODALIDAD O TRANSFORMACION.

Uno de los principales problemas que plantea el Capítulo VIII de la LGSM, es el de determinar si las sociedades establecidas que adoptan la modalidad de capital variable sufren o no una auténtica transformación de la sociedad.

Ya hemos mencionado en el desarrollo del presente trabajo que las sociedades de capital variable configuran una modalidad que pueden acoger las especies de sociedad mercantil que enumera la LGSM.¹³⁸ No son, pues, un tipo especial de sociedad mercantil.¹³⁹

A pesar de que la ley es la fuente formal del Derecho más importante en nuestro país, consideramos que eso no excluye la posibilidad de que la misma sea sustituida por otra fuente formal del Derecho cuando estamos en presencia de normas imperfectas; es decir, aquellas que no contemplan sanción alguna para sus

¹³⁸ A excepción de la Sociedad Cooperativa, que siempre es de capital variable, según dispone el artículo 10. fracción IV de la ley que las rige (Ley General de Sociedades Cooperativas).

¹³⁹ Existe una ejecutoria al respecto, como se verá más adelante.

infractores.

El artículo 227 de la LGSM establece que:

"ART. 227. Las sociedades constituidas en alguna de las formas que establecen las fracciones I a V del artículo 1º podrán adoptar cualquier otro tipo legal. Asimismo, podrán transformarse en sociedad de capital variable".

De la simple lectura del artículo transcrito se desprende la transformación de la sociedad establecida que adopta la modalidad de capital variable, lo que produce ciertos requisitos publicitarios a los que, por la fuerza de la costumbre, solo ocasionalmente se da cumplimiento; ello debido a, principalmente, la falta de sanción para el infractor de dicho precepto.

Es por lo anterior por lo que creemos que el citado artículo 227 ha cedido ante la costumbre, fuente formal del Derecho de inferior jerarquía a la ley. De los diversos tipos de costumbre jurídica, estimamos que estamos en presencia de la llamada "costumbre contra legem"; es decir, aquélla "que establece una conducta social en oposición a la mandada por la ley. En principio hay que reconocer la preponderancia de la ley sobre la costumbre, sobre todo cuando la ley es reciente y procura corregir la anarquía o la injusticia de las costumbres jurídicas. Pero cuando una ley lleva tiempo de promulgada y no logra vigencia y efectividad por ser repudiada por las costumbres jurídicas del grupo social, eso no

puede significar más que la ley es utópica y que, por consiguiente, no ha logrado plasmarse como de verdadero Derecho".¹⁴⁰

No obstante lo anterior, del incumplimiento de la citada disposición podrían derivarse sanciones indirectas, en caso de que los acreedores de la sociedad se opusieran judicialmente a la "transformación", cosa que, como veremos, es poco probable ya que los terceros no salen perjudicados por ella.

A fin de distinguir entre modalidad y transformación, es conveniente analizar: en lo conducente la exposición de motivos de la LGSM; la opinión generalizada de la doctrina; y, algunos de los artículos aplicables de la LGSM al respecto.

4.1.1. Exposición de motivos de la LGSM.

En relación con el tema que nos ocupa, es el octavo párrafo de la exposición de motivos de la LGSM el que conviene analizar y que ya hemos comentado. A la letra dice:

"Se estimó conveniente también aceptar para todas las sociedades, la posibilidad de que se constituyan como de capital variable. Con esto no se creó un tipo nuevo, sino simplemente una modalidad que de seguro hará más dúctil el sistema de la ley, facilitando la adopción de determinadas instituciones jurídicas que

¹⁴⁰ VILLORO TORANZO, Miguel, Introducción al Estudio del Derecho, México, Editorial Porrúa, S.A., 1978, 3a. ed., p. 170.

vienen tropezando con el obstáculo de la rigidez del Código de Comercio, en particular, como se verá más adelante, tratándose de sociedades anónimas".

Es de inferirse de la lectura de lo transcrito anteriormente, que el capital variable constituye una modalidad que pueden adoptar las sociedades mercantiles, por lo que podemos considerar que no se trata de una especie societaria distinta a las expresamente reconocidas por la LGSM.

A este respecto, consideramos oportuno transcribir la siguiente ejecutora del Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito:

SOCIEDADES DE CAPITAL VARIABLE.- NO SON ESPECIES DIFERENTES A LAS SEIS QUE RECONOCE LA LEY.- La Ley General de Sociedades Mercantiles solamente establece seis especies de sociedades, porque su Artículo 1o. reconoce limitativamente las siguientes: sociedad en nombre colectivo, sociedad en comandita simple, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima, sociedad en comandita por acciones y sociedad cooperativa; sin que de lo previsto en su parte final pueda inferirse el reconocimiento de once especies diferentes, al constituirse las cinco primeras como sociedades de capital variable.

Amparo en revisión 171/76. Seguros América Banamex, S.A. 8 de noviembre de 1976.

Visible en el Semanario Judicial de la Federación de la Séptima Época, Tomo 91-96, página 231.

No obstante lo anterior, en relación con la transformación de sociedades, en uno de los últimos párrafos de la exposición de motivos de la LGSM se afirma, a nuestro juicio erróneamente, lo que a continuación se apunta:

"...La transformación da nacimiento siempre a un sujeto de derecho distinto del que hasta antes de ella venía actuando".

Si se lleva a cabo la transformación de una sociedad, no se solicitará permiso a la Secretaría de Relaciones Exteriores para constituir una nueva sociedad, sino que únicamente se realizará una reforma estatutaria a la sociedad existente, que contemplarán la existencia de nuevos órganos sociales y de una nueva denominación o, en su caso, razón social.

Es por lo anterior que consideramos que los preceptos contenidos en el Capítulo IX de la LGSM, referentes a la fusión y a la transformación de sociedades mercantiles no se refieren al nacimiento de una nueva sociedad, si no a la adopción de otro tipo legal por parte de una sociedad previamente constituida, la cual seguirá subsistiendo.

4.1.2. Doctrina.

En relación con nuestra doctrina, cabe mencionar que nuestros tratadistas, en forma casi unánime, conciben al régimen de capital

variable como una modalidad que pueden adoptar las diversas especies de sociedades mercantiles que reconoce la LGSM.

A este respecto, el maestro Vázquez del Mercado, sostiene que la transformación "es una variación que afecta la forma misma de la sociedad, es decir, es el cambio de naturaleza jurídica. En cambio, la modificación no implica el paso de una forma social a otra, es únicamente la variación de sus elementos de estructura, como pudiera considerarse la modificación del capital social, del objeto, domicilio, nombre, etc., pero conservando la misma forma original de su constitución".¹⁴¹

Por su parte, Vázquez Arminio, nos señala que "es pertinente enfatizar que la variabilidad del capital social de las sociedades es, como indica la exposición de motivos de la ley y admite en forma unánime nuestra doctrina, una modalidad que pueden adoptar las sociedades y no transformación como sostiene el artículo 227 de la ley, pues de ser así, una sociedad ya constituida que quisiera adoptar dicha modalidad estaría sujeta a disposiciones contenidas en el Capítulo IX, relativo a la fusión y transformación de sociedades, por disposición del artículo 228 de la ley".¹⁴²

¹⁴¹ VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar, op. cit., supra nota 46, p. 208.

¹⁴² VAZQUEZ ARMINIO, Fernando, "Sociedades Mercantiles", en La reforma de la legislación mercantil, México, Editorial Porrúa, S.A., 1985, 1a. ed., p. 206. En el mismo sentido, cfr. Díaz Bravo, op. cit., supra nota 134, p. 1015.

Otra opinión al respecto es la del maestro Rodríguez y Rodríguez, quien manifiesta que "las sociedades de capital variable no son una nueva forma de sociedades mercantiles, sino una simple modalidad de las normas básicas establecidas por la Ley General de Sociedades Mercantiles".¹⁴³

En contra de las opiniones que hemos transcrito anteriormente, encontramos la del Lic. Adrián R. Iturbide Galindo, quien en las conclusiones de su obra que ya hemos comentado, señala que "la adopción de esta modalidad por una sociedad inicialmente constituida como sociedad de capital fijo implica una auténtica transformación y no tan sólo una simple reforma estatutaria, aunque conserva su misma personalidad jurídica".¹⁴⁴

Consideramos que este autor cree erróneamente que se puede defraudar a terceros con la adopción de la modalidad de capital variable sin una auténtica transformación. El planteamiento lo realiza en función del derecho de retiro en la parte variable del capital; es decir, si una sociedad de capital fijo adopta la modalidad de capital variable, se estaría, dice, defraudando a terceros, ya que el mencionado derecho de retiro no opera en la

¹⁴³ RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín, op. cit., supra nota 13, p. 188.

¹⁴⁴ ITURBIDE GALINDO, Adrián R., op. cit., supra nota 22, p. 138.

misma forma en las sociedades de capital variable.¹⁴⁵

Por nuestra parte, consideramos que el derecho de retiro consagrado por el artículo 220 de la LGSM es menos perjudicial (para terceros) que el que contempla el artículo 206 del mismo ordenamiento. Ello, en virtud de que éste último precepto hace referencia al derecho de retiro en sociedades de capital fijo; es decir, este artículo 206 incluye las aportaciones al capital social mínimo fijo, mientras que el artículo 220 se refiere al derecho de retiro únicamente en la parte variable del capital social. Por ello, al capital social mínimo fijo suelen agregársele las palabras "sin derecho a retiro".

4.1.3. Artículos aplicables.

El artículo 1º de la LGSM nos indica que cualesquiera de las sociedades mercantiles "podrán constituirse como sociedades de capital variable, observándose entonces las disposiciones del Capítulo VIII de esta Ley" (a excepción de la sociedad cooperativa, que por naturaleza ya es de capital variable).

Por su parte los artículos 214 y 216 primer párrafo, establecen lo siguiente:

¹⁴⁵ Se refiere, principalmente, a requisitos de publicidad en la transformación. Idem. p. 94 y ss.

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

"ART. 216. El contrato constituido de toda sociedad variable deberá contener, además de las estipulaciones que correspondan a la naturaleza de la sociedad, las condiciones que se fijen para el aumento y disminución del capital social..."

De la simple lectura de los preceptos transcritos, ubicados en el Capítulo VIII de la LGSM, relativo a las sociedades de capital variable, podemos considerar que el régimen de capital variable no afecta la naturaleza de la sociedad que lo adopta; es decir, no configura un tipo societario diferente a los que expresamente reconoce el artículo 1º de la LGSM, sino únicamente una modalidad que pueden adoptar.

Es de concluirse, de todo lo anterior, que el régimen de capital variable es una modalidad que pueden adoptar las diferentes especies de sociedad mercantil reconocidas en la LGSM. (como hemos mencionado varias veces en el presente trabajo).

No obstante lo anterior, el ya referido artículo 227 de la LGSM, ubicado dentro del Capítulo IX de la misma, referente a la fusión y transformación de las sociedades mercantiles, establece que, "las sociedades constituidas en alguna de las formas que

establecen las fracciones I a V del artículo 1º podrán adoptar cualquier otro tipo legal. Asimismo, podrán transformarse en sociedad de capital variable".

Es de notarse, que el texto de este artículo no concuerda con lo expresado por la exposición de motivos de la LGSM, ya que ésta se refiere a una modalidad, no a una transformación.

El hecho de que el precepto que comentamos mencione la "transformación" a sociedad de capital variable, trae aparejados problemas adicionales, ya que el artículo posterior, esto es, el artículo 228 a la letra señala:

"ART.228. En la transformación de las sociedades se aplicarán los preceptos contenidos en los artículos anteriores de este capítulo".

En efecto, los artículos anteriores del capítulo son los que hacen referencia a la fusión de sociedades mercantiles, mismos que establecen un particular régimen publicitario, que al ser aplicado a la transformación de sociedades mercantiles (art.228), se traduciría en el siguiente procedimiento:

- a) Los acuerdos sobre transformación se inscribirán en el RPC y se publicarán en el periódico oficial del domicilio de la sociedad. La sociedad deberá, además, publicar su último balance (artículo 223 de la LGSM).

- b) La transformación no podrá tener efecto sino tres meses después de haberse efectuado la inscripción que se menciona en el inciso anterior, sin que se hubiese formulado oposición alguna (artículo 224 de la LGSM).

- c) La transformación podrá tener efecto en el momento de la inscripción, si se pactare el pago de todas las deudas de la sociedad, se constituyere el depósito de su importe en una institución de crédito, o constare el consentimiento de todos los acreedores (artículo 225 de la LGSM).

Es importante mencionar que, en la práctica, frecuentemente se realiza la publicación de avisos de "transformación" de sociedad anónima a sociedad anónima de capital variable, sin dar total cumplimiento al procedimiento publicitario antes mencionado; es decir, no se hace publicación del último balance, no se espera el transcurso de tres meses para que surta efectos la transformación ni, en su caso, se pacta el pago de todas las deudas sociales, como tampoco se deposita su importe en una institución de crédito o se hace constar el consentimiento de todos los acreedores.

Pero hay que tomar en cuenta que, como ya lo hemos afirmado, el régimen de capital variable configura una modalidad y no una transformación, por lo que en nuestra opinión las sociedades que adopten dicha modalidad, no deberían estar obligadas a efectuar publicación alguna, ya que sólo establecerán las condiciones para

fijar los aumentos y disminuciones de su capital social, de conformidad con lo establecido por el primer párrafo del artículo 216 de LGSM¹⁴⁶ y no modificarán su objeto ni sus órganos sociales, lo que sucedería si se tratara de una transformación.

Como antes dijimos, estimamos que los acreedores de la sociedad no sufrirían perjuicios en caso de que no se llevara a cabo publicación alguna, ya que la sociedad anónima que adoptara la modalidad de capital variable no podría destinar parte de su capital mínimo anterior al capital social variable que se estableciera como consecuencia de la adopción de tal modalidad; ello implicaría la reducción de su capital mínimo fijo, por lo que tendría que cumplirse con el procedimiento publicitario que contempla el artículo 9 a la LGSM.¹⁴⁷

Este artículo 9 de la LGSM se encuentra comprendido dentro del Capítulo I de la misma, relativo a la constitución y funcionamiento de las sociedades en general; es decir, de los tipos societarios que reconoce el artículo 1º, entre los cuales, como ya tratamos, no se comprenden las sociedades de capital variable. Este artículo se refiere al capital social mínimo, a pesar de referirse genéricamente a "reducción del capital social" ya que este capital

¹⁴⁶ Esto último en relación con toda sociedad mercantil, ya que las sociedades por acciones se reglamentan específicamente en el siguiente párrafo del artículo 216 de la LGSM.

¹⁴⁷ Este artículo 9 de la LGSM fue comentado en el capítulo 2 del presente trabajo.

es el que realmente constituye la garantía de los acreedores.

Los notarios públicos, para llevar a cabo la protocolización del acta de la asamblea general extraordinaria de accionistas que acuerda la adopción de la modalidad de capital social variable, han asumido diversas posturas, entre las que destacan las siguientes: hay algunos que exigen que se haya cumplido con la publicación del acuerdo de transformación y del último balance; a unos les basta con la publicación de un aviso; en tanto que hay otros que no exigen que se haya efectuado el aviso o publicación alguna para proceder a efectuar la protocolización correspondiente. Más aún, hay quienes acostumbran ratificar los poderes otorgados con anterioridad por la sociedad que adoptó la modalidad de capital variable, lo cual consideramos como un desconocimiento total de las disposiciones aplicables, pues la sociedad seguirá siendo la misma, tan solo con una modalidad diferente respecto de su capital social.

Por todo lo anterior, creemos que sería conveniente el efectuar un aviso en el que se hiciera constar que una sociedad anónima adopta la modalidad de capital variable. Ello como medida publicitaria frente a accionistas y terceros y con el objetivo de no dificultar la protocolización del acta de la asamblea general extraordinaria de accionistas correspondiente. Por supuesto, no debe de hacerse referencia a los artículos 223, 227 y 228 de la LGSM, toda vez que estos artículos se refieren a la transformación de sociedades, y ello significaría tener que cumplir con todos los

requisitos legales correspondientes para que surta efectos la "transformación", lo que no viene al caso por no tratarse de tal figura jurídica y se ocasionarían, innecesariamente, retrasos en el proceso de adopción de la modalidad de capital variable.

4.2. REGISTRO DE VARIACIONES DE CAPITAL.

El artículo 219 de la LGSM establece:

"ART.219. Todo aumento o disminución del capital social deberá inscribirse en un libro de registro que al efecto llevará la sociedad".

Esta disposición se encuentra contenida dentro del Capítulo VIII de la LGSM, referente a las sociedades de capital variable.

En relación con la obligación de llevar un libro de registro de variaciones de capital, impuesto por el citado artículo 219, es de aclararse que la LGSM no contempla sanción alguna en contra de la sociedad infractora de dicho precepto.

Con el objeto de dar efectividad al artículo 219, debe de establecerse una sanción específica para las sociedades que infrinjan esa obligación. Ello en virtud de la importancia del registro de variaciones de capital en las sociedades que han adoptado la modalidad de capital variable, tanto para la sociedad, como para los accionistas y terceros.

En relación con este libro de registro de variaciones de capital, Díaz Bravo opina acertadamente que "por ahora sólo cumple una mera misión informativa interna...;...no es de pública y libre consulta, ni siquiera por parte de los accionistas, pues, por razón de su cargo...sólo tienen libre acceso a él los administradores, los comisarios y los funcionarios de la sociedad a quienes corresponda tal acceso, con arreglo a sus atribuciones".¹⁴⁸

Creemos que las sociedades, no obstante lo anterior, deben llevar el referido registro. La razón de lo anterior es el lograr un control efectivo de los aumentos y disminuciones de capital que acuerden, el subsanar el posible extravío del libro de actas de asambleas de accionistas o de los testimonios de las escrituras que, en su caso, contengan las protocolizaciones correspondientes. Ello podría dar lugar a considerables gastos para las sociedades, dado que es alto el costo de recuperación de documentos, ya sea en las notarías públicas o en el Archivo General de Notarías.

4.3. CAPITAL AUTORIZADO.

No obstante que ya hemos tratado lo tocante al capital social autorizado en el desarrollo del presente trabajo¹⁴⁹, creemos conveniente hacer unas aclaraciones al respecto.

¹⁴⁸ DIAZ BRAVO, Arturo, op. cit., supra nota 134, p. 1020.

¹⁴⁹ Cfr. 2.6. CAPITAL SOCIAL AUTORIZADO.

Lo anterior, debido a que se han suscitado en la práctica diferentes criterios en torno a la utilización del capital social autorizado, lo que, efectivamente, nos ha llevado a un problema de interpretación y aplicación de la ley.

Como ya veíamos antes, existen dos ordenamientos en nuestra legislación que hacen referencia a este tipo de capital. Ellos son la LGSM en su artículo 217, y el Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera.

En el caso del artículo 217 de la LGSM, 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".

Esta prohibición, nos dice el maestro Iturbide Galindo, "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".¹⁵⁰

La ley no obliga, como se ha mencionado, a que las sociedades

¹⁵⁰ ITURBIDE GALINDO, Adrián R., op. cit., supra nota 22, p. 110.

anónimas de capital variable tengan un capital social autorizado; es decir, es optativa su existencia. Es por lo mismo por lo que la gran mayoría de este tipo de sociedades tengan un capital social "ilimitado".

El Lic. Noguez, dice que "es una deficiencia de la ley, sin embargo, el haber restringido tal prohibición a las sociedades por acciones (art.217); porque los mismos motivos militan en favor de la variabilidad completa en las demás sociedades".¹⁵¹

Dado que el hecho de que el capital variable sea ilimitado no proporciona seguridad¹⁵², creemos que debe señalarse siempre en los estatutos un capital social autorizado específico, mismo que debería ser inscrito en el RPC junto con el capital social mínimo. Debido a que se contendría en estatutos, para modificarse tendría que existir forzosamente un acuerdo de una asamblea general extraordinaria de accionistas; cuya acta, a su vez, por disposición del artículo 194 de la LGSM tendría que ser protocolizada e inscrita en el RPC.

Dado que ya hemos tocado antes lo referente al capital social autorizado¹⁵³ y vamos a tocarlo nuevamente en el siguiente punto

¹⁵¹ NOGUEZ, Francisco F., op. cit., supra nota 125, p. 65.

¹⁵² Porque se hace más notoria la desproporción entre el capital social mínimo y el capital social variable.

¹⁵³ Cfr. 2.6. CAPITAL SOCIAL AUTORIZADO.

del presente trabajo al hablar de variaciones al capital en las sociedades de capital variable, terminaremos por ahora dejando claro que: debería de existir en las sociedades anónimas un capital autorizado fijo en los estatutos sociales y para su modificación, por consecuencia, se requiere del acuerdo de una asamblea general extraordinaria de accionistas y la consiguiente protocolización e inscripción de acta correspondiente en el RPC.¹⁵⁴

4.4. VARIABILIDAD DEL CAPITAL EN LAS SOCIEDADES ANONIMAS DE CAPITAL VARIABLE.

4.4.1. Introducción.

Es este uno de los puntos principales que inspiró la realización del presente trabajo bajo su tema. Es por ello por lo que antes de entrar a analizar la problemática en cuanto a la variabilidad del capital en las sociedades anónimas de capital variable, se introdujo este punto en el temario bajo el rubro de "Introducción".

Ya se ha dicho que con la LGSM, publicada en el DOF el 4 de agosto de 1934, se introdujo por vez primera en nuestro sistema jurídico la regulación específica de las sociedades de capital

¹⁵⁴ En relación con la necesidad de un capital autorizado expreso, cfr. infra 4.4.2. Disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles al respecto.

variable.

Este tipo de sociedades, dice el artículo 213 de la LGSM, pueden aumentar o disminuir su capital...sin más formalidades que las establecidas por el Capítulo VIII de la propia ley.

Una de las primeras cuestiones que resolveremos, es el determinar cuáles son las formalidades establecidas por el Capítulo VIII de la LGSM, ya que consideramos que de ahí deriva gran parte del problema.

Existe, en la práctica forense, una tendencia a interpretar la LGSM en el sentido de que, en las sociedades por acciones, los aumentos del capital en su parte variable se pueden acordar mediante una asamblea general ordinaria de accionistas, siempre y cuando los estatutos sociales así lo prevean.

La interpretación anterior adquiere importancia para sus sustentadores, ya que los faculta a no aplicar el artículo 194, último párrafo, de la LGSM, que establece como regla general que las actas de las asambleas extraordinarias, serán protocolizadas e inscritas en el RPC.

Por otro lado, hay quienes afirman que el aumento de capital en la parte variable debe decretarse mediante una asamblea general extraordinaria de accionistas. Entre quienes opinan así, no existe

uniformidad de criterio respecto de si estas asambleas deben de protocolizarse o no, y si deben inscribirse en el RPC, dándose al respecto, en la práctica, todas las combinaciones imaginables. Esto debido a la contradicción que pudiera existir entre el contexto del Capítulo VIII de la LGSM (particularmente su artículo 216) y el artículo 194 del multicitado ordenamiento.

Pues bien, estas son algunas de las discusiones más comunes respecto de las sociedades de capital variable. A continuación trataremos de resolver estas cuestiones, por supuesto, entre otras que también abordaremos.

4.4.2. Disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles al respecto.

El artículo 213 de la LGSM, el primero dentro de los que integran el Capítulo VIII de la LGSM establece:

"ART. 213. 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, y de disminución de dicho capital por retiro parcial o total de las aportaciones, sin más formalidades que las establecidas por este capítulo"

A este precepto, por lo pronto, cabría hacerle un par de comentarios. Primeramente, hace referencia a disminución del

capital social mediante retiro parcial o total de las aportaciones.

A este respecto, ya hemos comentado que el derecho de retiro en las sociedades de capital variable no requiere de las formalidades de publicidad que exige el artículo 9 para las sociedades de capital fijo.

Por otro lado, la parte final del artículo 213 establece: "sin más formalidades que las establecidas por este capítulo". Esto quiere decir que a las sociedades de capital variable regirá el Capítulo VIII de la LGSM, no obstante lo establecido por el artículo siguiente; esto es, el artículo 214 y que a continuación se transcribe:

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

Aquí conviene recordar algo que ya hemos tratado con amplitud: las sociedades de capital variable no son un tipo específico de sociedad, sino una modalidad.

Es por lo anterior que a la sociedad que adopte la modalidad de capital variable, les seguirán siendo aplicables las disposiciones que correspondan a la especie de sociedad de que se

trate.

Debido a que nuestro objeto de estudio son las sociedades anónimas, cabe concluir que todas las disposiciones que correspondan a este tipo social les serán aplicadas a las sociedades anónimas de capital variable "salvo las modificaciones que se establecen en el Capítulo VIII".

Por su parte el artículo 215 de la LGSM establece que:

"ART. 215. A la razón social o denominación propia del tipo de sociedad se añadirán siempre las palabras "de capital variable".

Esta es la forma de advertir a los terceros que se trata de una sociedad que está en posibilidad de variar su capital con menos formalidades que las sociedades de capital fijo.

Aquí también cabe recordar lo que ya hemos mencionado referente a que, en la práctica, se ha utilizado la abreviatura "de C.V." en lugar de las palabras "de capital variable", no obstante que la ley no lo permite expresamente.

A su vez, el artículo 216 de la LGSM, establece que:

"ART. 216. 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.

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".

El primer párrafo del artículo transcrito señala que las condiciones que se fijen para el aumento y la disminución del capital social deben contenerse en el contrato constitutivo de toda sociedad de capital variable; es decir, este párrafo es aplicable a cualquier tipo social que adopte esta modalidad.

De acuerdo con este primer párrafo, toda sociedad que adopte la modalidad de capital variable, tendrá libertad para que en el contrato constitutivo se establezcan las condiciones¹⁵⁵ para el aumento y la disminución del capital social (pudiendo quedar encomendados tales actos a la asamblea ordinaria de socios, o bien,

¹⁵⁵ Entendemos por "condiciones", según el Diccionario de la Real Academia, aquellos acontecimientos inciertos o ignorados que influyen en la perfección o resolución de ciertos actos jurídicos o de sus consecuencias.

a decisiones del órgano de administración.

Ahora bien, el segundo párrafo del precepto en cuestión añade 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.

Es claro, hasta aquí, que este segundo párrafo contiene la excepción a la regla general contenida en el primer párrafo; es decir, el primer párrafo del artículo 216 es aplicable a toda sociedad de capital variable, incluyendo a las sociedades por acciones, (regla general) y, el segundo párrafo es aplicable únicamente a las sociedades por acciones (excepción a la regla general).

Las sociedades por acciones, de acuerdo con la LGSM, son las sociedades anónimas y las sociedades en comandita por acciones. En estas sociedades, de conformidad con el segundo párrafo del citado artículo 216, 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.

Para comprender el alcance de la frase "fijarán los aumentos de capital", es importante destacar nuevamente que "las condiciones

que se fijen para el aumento de capital" ya estan comprendidas en el primer párrafo de este precepto para las sociedades por acciones, por lo que no es correcto admitir, ni en gramática ni en Derecho, que dentro del alcance de la frase "las condiciones que se fijen..." quede comprendida la posibilidad de fijar en sí el aumento, máxime si el legislador manejó ambas situaciones, de una manera clara, como supuestos diversos.

Del segundo párrafo se desprende que, en las sociedades por acciones, si el contrato social no establece nada al respecto, correspondería entonces a la asamblea general extraordinaria de accionistas el fijar los aumentos de capital y la forma y términos en que deben hacerse las correspondientes emisiones de acciones.

No es posible aceptar, pues, que la libertad consagrada en el primer párrafo para encomendar los aumentos y disminuciones de capital a la asamblea ordinaria de socios o al órgano de administración, sea aplicable a las sociedades por acciones. Estas, tiene su régimen de excepción, como hemos dicho, en el segundo párrafo del artículo 216.

Es importante mencionar que la excepción contenida en el segundo párrafo del artículo 216 es únicamente para aumentos de capital; luego entonces, para las disminuciones es aplicable en todo su contexto el primer párrafo de dicho ordenamiento; es decir, la regla general. Por ello, el contrato social de toda sociedad de

capital variable (incluyendo a las sociedades por acciones), puede fijar las condiciones para disminuir el capital social.

Para comprender mejor el problema del régimen de excepción para aumentos de capital variable en las sociedades por acciones, en relación con la competencia del contrato social o la asamblea general extraordinaria de accionistas para fijar los aumentos de capital, es conveniente determinar el alcance de la palabra "fijar".

Según el Diccionario de la Real Academia, el significado de la palabra "fijar" es determinar, limitar, precisar, resolverse.

Es posible afirmar entonces, que en las sociedades por acciones, el contrato social o la asamblea general extraordinaria de accionistas deben determinar, limitar, precisar o resolver acerca de los aumentos de capital; es decir, señalar con precisión los límites de la variabilidad del capital.

Asimismo, el segundo párrafo del art. 216 señala que el contrato social o la asamblea general extraordinaria fijarán la forma y términos en que deban hacerse las correspondientes emisiones de acciones. Esto debido a que, como dice el licenciado Iturbide Galindo, "cualquier alteración al capital social de una empresa, traerá como consecuencia necesaria la alteración de las

acciones que lo representan".¹⁵⁶

La última parte del segundo párrafo del artículo 216 de la LGSM señala que "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".

Nuestra LGSM, en este segundo párrafo del artículo 216, utiliza el verbo "emitir" en dos ocasiones, dándole a cada una de ellas un significado distinto. Por un lado significa el producir o crear títulos valores, y por el otro, ponerlos en circulación.

De acuerdo con la interpretación del licenciado Iturbide Galindo, "el producir o 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".¹⁵⁷

En estricto sentido, esto significa que (hablando de sociedades anónimas de capital variable), en los términos antes expuestos, al "fijarse" un aumento de capital social en el contrato

¹⁵⁶ ITURBIDE GALINDO, Adrián R., op. cit., supra nota 22, p. 108.

¹⁵⁷ Idem, p. 109.

social o en la asamblea general extraordinaria de accionistas, se tendrán que emitir (entendiéndose por emitir "crear") acciones de tesorería que se conservarán en poder de la sociedad a efecto de emitirse (entendiéndose en este caso por emitirse el "poner 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 del órgano de administración de la sociedad.

El artículo 217 de la LGSM establece que:

"ART. 217. En la sociedad anónima, en la de responsabilidad limitada y en la comandita por acciones, se indicará un capital mínimo, que no podrá ser inferior al que fijan los artículos 62 y 89. En las sociedades en nombre colectivo y en comandita simple, el capital mínimo no podrá ser inferior a la quinta parte del capital social.

Queda prohibido a las sociedades por acciones anunciar el capital cuyo aumento esté autorizado sin anunciar al mismo tiempo el capital mínimo. Los administradores o cualquier otro funcionario de la sociedad que infrinjan este precepto, serán responsables por los daños y perjuicios que se causen".

En relación con el primer párrafo del artículo 217 antes transcrito, es importante señalar que el artículo 6 fracción VI segundo párrafo de la LGSM, señala que "cuando el capital sea variable, así se expresará indicándose el mínimo que se fije".

De lo anterior podemos concluir que se tiene que indicar el capital mínimo que se fije en las sociedades de capital variable, y en el caso concreto de las sociedades anónimas, este capital mínimo no podrá ser inferior a \$25,000.00 M.N. (artículo 89 fracción II de la LGSM).

Ya hemos mencionado antes que el capital mínimo, en las sociedades de capital variable, es el que verdaderamente constituye una garantía para los terceros. Ello debido a que en este tipo de sociedades no puede ejercerse el derecho de separación o de retiro cuando traiga como consecuencia reducir a menos del capital mínimo el capital social (artículo 221 de la LGSM).

Hemos tratado, en varias ocasiones, lo referente al capital social autorizado. El segundo párrafo del artículo 217 de la LGSM, como hemos mencionado, es el que hace referencia a él.

Relacionando un poco lo que hemos venido comentando, es tiempo de concluir que en las sociedades por acciones solamente el contrato social o la asamblea general extraordinaria de accionistas pueden fixar los aumentos de capital; es decir, señalar el capital autorizado para la sociedad. Este capital autorizado debe estar representado por acciones (aunque sean acciones impropias como lo son las acciones de tesorería)¹⁵⁸. Es posible que el contrato social estipule la forma y términos en que el órgano de

¹⁵⁸ Cfr. 2.8.5. Clasificación de las acciones.

administración o la asamblea ordinaria de accionistas puedan poner en circulación dichas acciones de tesorería.

En la práctica suele acostumbrarse estipular un capital máximo ilimitado. En este caso creemos que solamente, en virtud de todo lo antes expuesto, la asamblea general extraordinaria de accionistas puede fijar hasta dónde se aumenta el capital social y crear las acciones correspondientes.

Como también ya analizamos con anterioridad¹⁵⁹, no es obligatorio para las sociedades anónimas de capital variable el señalar un capital social autorizado; sin embargo, creemos conveniente hacerlo para que pueda operar, en los términos expuestos, la variabilidad del capital.

En efecto, creemos que es ilegal el establecer en el contrato social la libertad absoluta para la asamblea general ordinaria de accionistas o para el órgano de administración de acordar posteriormente los aumentos de capital.

El capital autorizado, estaría, pues, representado por acciones de tesorería. Al hacer referencia a ellas, la exposición de motivos de la LGSM señala:

¹⁵⁹ cfr. 2.6. CAPITAL SOCIAL AUTORIZADO.

"Según se indicó ya, la Ley acoge como una modalidad para todas las sociedades el de constituirse como de capital variable. Aunque de utilidad para hacer flexible el sistema de la Ley en lo que toca a cualquiera de los tipos aprobados, el Gobierno estima que esa modalidad será particularmente importante en las sociedades por acciones, supuesto que constituyéndose como de capital variable podrán adoptar instituciones como las de las acciones emitidas y no suscritas, que no habría podido hallar lugar, de haberse conservado el sistema rígido del Código de Comercio".

Es importante señalar, que en las sociedades anónimas de capital variable, es aplicable, de acuerdo con el artículo 214 de la LGSM, el artículo 133 del mismo ordenamiento. Este precepto dice que "no podrán emitirse nuevas acciones, sino hasta que las precedentes hayan sido íntegramente pagadas".

Al utilizar la palabra "emitirse", el art. 133 hace referencia, hablando de sociedades de capital variable, a "poner en circulación"; es decir, no podrá suscribirse un nuevo aumento hasta que las acciones anteriores hayan sido totalmente pagadas. Se requiere, pues, que no existan dividendos pasivos a favor de la sociedad para que se puedan emitir (poner en circulación) nuevas acciones.

Lo anterior se concluye, debido a que en las sociedades de capital variable pueden existir acciones de tesorería, y en un momento dado, coexistir con acciones pagadoras. Es por ello por lo que el artículo 133 se refiere a "poner en circulación" nuevas

acciones, no a "crearlas".

Es importante recordar¹⁶⁰ que, de conformidad con el artículo 219 de la LGSM, todo aumento o disminución del capital social deberá inscribirse en un libro de registro que al efecto llevará la sociedad (disposición obligatoria para las sociedades de capital variable).

4.4.3. Derecho de preferencia.

En cuanto a la variabilidad de capital, es pertinente hacer la aclaración de que opera, por supuesto, el derecho de preferencia consagrado en el artículo 132 de la LGSM. Haremos pues un breve análisis de dicho derecho de opción, como también se le llama.

El derecho de preferencia, en general, debe entenderse como la facultad que por ley o contractualmente tiene o corresponde a una persona para adquirir algo con primacía a cualquier otra persona, en iguales condiciones.

El referido artículo 132 de la LGSM establece que:

"ART. 132. Los accionistas tendrán derecho preferente, en proporción al número de sus acciones, para suscribir las que se emitan en caso de aumento del capital social. Este derecho deberá ejercitarse dentro de los quince días siguientes a la publicación, en el

¹⁶⁰ Cfr. 4.2. REGISTRO DE VARIACIONES DE CAPITAL.

periódico oficial del domicilio de la sociedad, del acuerdo de la asamblea sobre el aumento del capital".

La existencia de dicho derecho de preferencia o de opción "se justifica plenamente, puesto que la emisión de nuevas acciones va a hacer participar a éstas con las ya emitidas en las utilidades, en las reservas y en general en todo el patrimonio de la sociedad cuando se liquide. Se compensa, pues, a los socios que han aportado en un principio, con el derecho para adquirir las acciones con preferencia a personas extrañas a la sociedad".¹⁶¹

En nuestra legislación, el derecho de preferencia "aparece como inherente y no esencial a la acción; en principio, inmodificable por parte de la asamblea y excepcionalmente modificable, en casos expresamente consignados por la Ley".¹⁶²

Respecto del derecho de preferencia, consideramos que sí es admisible que los accionistas presentes en una asamblea totalitaria, manifiesten su deseo de no ejercerlo, con el objeto de que lo ejerzan otros accionistas, o bien, terceros ajenos a la sociedad, siempre y cuando se haga constar la renuncia correspondiente en el acta de la asamblea respectiva.

¹⁶¹ VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar, op. cit., supra nota 46, p. 197.

¹⁶² HERRERA, Mario, Obligaciones convertibles en acciones, México, Talleres de la Editorial Cultura T.G., S.A., 1964, 1a. ed., p. 50.

Por ello, nuestra doctrina coincide en que el citado derecho de preferencia no puede restringirse ni suprimirse en los estatutos sociales, ni puede renunciarse a su ejercicio por acuerdo de la asamblea general extraordinaria de accionistas, ya que la LGSM no da base alguna para suponer que se pueda restringir o suprimir, además de que la asamblea general extraordinaria no goza de facultades para decidir sobre el mismo, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 182 de la LGSM.

En cuanto a la publicación del acuerdo adoptado en la asamblea general extraordinaria de accionistas sobre el aumento del capital social, el artículo 132 de la LGSM "muestra una intención de excluir la posibilidad de sustituir la publicación en el periódico oficial por otra publicación"¹⁶³, ya que "la autorización contractual de publicación alternativa en otro periódico, distinto del oficial, puede dar lugar a conflictos dañinos para la sociedad y para los accionistas".¹⁶⁴

Ahora bien, no será necesaria la publicación del aumento de capital social a que nos hemos venido refiriendo, cuando haya sido adoptado por una asamblea totalitaria y en ella hayan quedado íntegramente suscritas la totalidad de las acciones emitidas para representar el aumento de capital social acordado.

¹⁶³ LAVIADA ARRIGUNAGA, Iñigo, Deficiencias frecuentes en las actas de emisión de acciones y en las estipulaciones pactadas, México, Academia Mexicana de Derecho Bursátil, A.C., 1979, p. 20.

¹⁶⁴ Ibidem.

Por lo que toca a la negociabilidad del derecho de preferencia, Frisch Philipp sostiene que "se puede ceder a terceros en forma gratuita u onerosa por el accionista"¹⁶⁵; asimismo, señala que "no es admisible una cesión sin el consentimiento de la sociedad anónima en el caso de que se emitan acciones vinculadas en el sentido del artículo 130"¹⁶⁶, o sea, las conocidas como de circulación restringida, cuya transmisión se sujeta a la previa autorización del Consejo de Administración.

Por su parte, con respecto a los titulares de las acciones preferentes con derecho de voto limitado, señala que no tienen el derecho de preferencia, "debido a que poseen todos los derechos de un accionista, excepto el derecho de voto"¹⁶⁷. En efecto, los titulares de dichas acciones, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 113 de la LGSM, tendrán derecho para votar únicamente en las asambleas generales extraordinarias de accionistas que traten cualquiera de los siguientes asuntos, mismos que enumera el artículo 182 de tal ordenamiento;

- a). Prórroga de duración (fracción I)
- b). Disolución anticipada (fracción II).
- c). Cambio de objeto (fracción IV).

¹⁶⁵ FRISCH PHILIPP, Walter, op. cit., supra nota 63, p. 408.

¹⁶⁶ Ibidem.

¹⁶⁷ Idem, p. 407.

- d). Cambio de nacionalidad (fracción V).
- e). Transformación (fracción VI).
- f). Fusión con otra sociedad (fracción VII).

Sin embargo, a pesar de que el artículo 113 de la LGSM excluye el derecho de voto a las acciones preferentes en caso de aumento de capital social, en la práctica hemos encontrado estatutos sociales que les confieren el derecho de preferencia expresamente a los titulares de tales acciones, en los términos del artículo 132 de la LGSM, para suscribir las acciones preferentes de voto limitado que se emitan con posterioridad.

Mediante una interpretación literal del comentado artículo 132 de la LGSM, encontramos que el mismo no contempla la publicación del acuerdo de emisión de acciones de tesorería que adoptara, en su caso, el órgano de administración de la sociedad, lo que podría originar falta de publicidad para que los accionistas ejercieran el derecho de preferencia o de opción que les confiere la LGSM.

Por ello "conviene evitar tal riesgo, incluyendo en los estatutos de todas las sociedades anónimas de capital variable,... una cláusula relativa a la obligación de publicar en el periódico oficial el acuerdo de colocación de las acciones de tesorería"¹⁶⁸, para así acatar la obligación de dar publicidad al acuerdo de emisión de acciones.

¹⁶⁸ LAVIADA ARRIGUNAGA, Iñigo, op. cit., supra nota 163, p. 31.

4.4.4. Doctrina.

Nuestros principales tratadistas, en relación con las formalidades para la variabilidad del capital social en las sociedades de capital variable, opinan, entre otras cosas, lo siguiente:

El maestro Mantilla Molina, nos dice que "en las sociedades por acciones es preciso acuerdo de la asamblea extraordinaria para el aumento del capital, a no ser que ya esté previsto en la escritura constitutiva 'la forma y términos' en que se hará".¹⁶⁹

Por su parte José Héctor Macedo Hernández nos indica que "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 informa el aumento o disminución del 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,

¹⁶⁹ MANTILLA MOLINA, Roberto L., op. cit., supra nota 1, p. 429.

la determinación de los aumentos o disminuciones de capital en este tipo de sociedades".¹⁷⁰

"Por lo tanto, si establecemos en los estatutos que los aumentos o disminuciones del capital los podría decretar la asamblea general ordinaria o el Consejo de Administración (o el Administrador Unico), no requerirá la sociedad de la formalidad y protocolización de una asamblea extraordinaria de socios".¹⁷¹

El maestro Rodríguez y Rodríguez opina que "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 puede requerir una decisión de la junta de socios.

En cambio, en las sociedades anónimas, el artículo 216 prescribe en su párrafo segundo, que el contrato social o la asamblea general extraordinaria fijará los aumentos de capital y la forma y términos en que deban hacerse las correspondientes

¹⁷⁰ MACEDO HERNÁNDEZ, José Héctor, Ley General de Sociedades Mercantiles, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1977, p. 168.

¹⁷¹ JOHNSON OKHUYSEN, Eduardo A., op. cit., supra nota 128, p. 188.

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 Consejo, sino que son de la competencia exclusiva de la Asamblea".¹⁷²

Por último, en relación con las acciones de tesorería, el maestro Mantilla Molina también nos señala que "la ley habla impropriamente de 'acciones emitidas y no suscritas' (art. 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".¹⁷³

¹⁷² RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín, op. cit., supra nota 17, p. 415.

¹⁷³ MANTILLA MOLINA, Roberto L., op. cit., supra nota 1, p. 430.

Como se puede observar de la simple lectura de las opiniones transcritas, existe diversidad de criterios respecto de la variabilidad del capital social de las sociedades de capital variable. Asimismo, existen opiniones encontradas en cuanto a la protocolización e inscripción en el RPC de la asamblea general extraordinaria que decreta un aumento de capital en la parte variable del capital de una sociedad. Esto lo analizaremos brevemente a continuación.

4.4.5. Protocolización e Inscripción en el Registro Público de Comercio.

Quisiéramos empezar este apartado exponiendo la opinión del Lic. Iturbide Galindo al respecto¹⁷⁴, con la que no estamos de acuerdo según veremos más adelante.

El Licenciado Iturbide afirma, en primer lugar, que "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

¹⁷⁴ ITURBIDE GALINDO, Adrián R., op. cit., supra nota 22, pp. 116 y ss.

la asamblea extraordinaria de accionistas deben estar formalizadas ante Notario Público e inscritas en el RPC (artículos 5 y 194 de la LGSM)".¹⁷⁵

Nosotros no creemos, para empezar, que sea la emisión de acciones lo que la ley quiso proteger. La razón que tuvo el legislador de 1934 para exigir la celebración de una asamblea general extraordinaria al fijar un aumento de capital fue, en concordancia con lo que opina el licenciado Noguez, que "es el aumento de capital la reforma de mayor importancia que puede introducirse, porque afecta en su base a la persona jurídica sociedad anónima, cuyo fundamento es precisamente el capital"¹⁷⁶ y, al respecto acertadamente Fischer opina que "se habla acertadamente de una nueva fundación parcial de la sociedad anónima".¹⁷⁷

También creemos que fue la necesidad de un quórum especial para decretar aumentos de capital, lo que motivó al legislador de 1934 a exigir que tales acuerdos fueran tomados por una asamblea general extraordinaria de accionistas.

¹⁷⁵ Idem, p. 116.

¹⁷⁶ NOGUEZ, Francisco F., op. cit., supra nota 125, p. 87.

¹⁷⁷ FISCHER, Rodolfo, Las Sociedades Anónimas, Madrid, España, traducción de W. Roces, 1934, p. 408.

El Lic. Mantilla Molina, con quien no está de acuerdo el Lic. Iturbide, opina, en concordancia con lo que creemos, que "pese a la norma contenida en el párrafo final del artículo 194, no parece que hayan de protocolizarse e inscribirse en el RPC el acta de la asamblea general extraordinaria que acuerde el aumento del capital en una sociedad constituida con la modalidad de tenerlo variable. En efecto, si se mantuvieran tales exigencias, resultaría nugatoria la variabilidad del capital, por lo cual debe entenderse que, en esta hipótesis, prevalece la declaración de la parte final del artículo 213, de que el aumento puede hacerse "sin más formalidades que las establecidas por éste capítulo".¹⁷⁸

Estamos completamente de acuerdo con esta opinión del maestro Mantilla Molina. La razón es, que todo lo que hemos deducido acerca de la exigencia de celebrar una asamblea general extraordinaria para fixar los aumentos de capital, así como para acordarlos cuando el capital variable sea ilimitado, lo hemos hecho analizando el propio Capítulo VIII de la LGSM. Es decir, son formalidades establecidas en dicho capítulo, mientras que el mismo no exige como formalidad el protocolizar e inscribir en el RPC. Es precisamente aquí donde está la ausencia de formalidades.

Si bien es cierto que el artículo 214 de la LGSM establece que "las sociedades de capital variable se regirán por las

¹⁷⁸ MANTILLA MOLINA, Roberto L., op. cit., supra nota 1, p. 429.

disposiciones que correspondan a la especie de sociedad de que se trate", y que la parte final del artículo 194 de la LGSM¹⁷⁹ es aplicable a la sociedad anónima, también lo es lo siguiente:

Por lo que toca a aumentos y disminuciones de capital, las sociedades de capital variable lo pueden hacer sin más formalidades que las establecidas en el capítulo VIII de la LGSM.

Por lo que respecta al artículo 214 de la LGSM, la parte final del mismo establece que "salvo las modificaciones que se establecen en el presente capítulo". Una de las modificaciones es, precisamente, que las sociedades de capital variable pueden aumentar y disminuir su capital sin más formalidades que las del Capítulo VIII, y éste no establece como formalidad el protocolizar e inscribir en el RPC el acta de la asamblea general extraordinaria que acuerde un aumento de capital. Si establece, en cambio, la formalidad de celebrar este tipo de asamblea para hacerlo.

Recurriendo a la interpretación auténtica de la norma, cabe mencionar que el legislador, en la exposición de motivos, señala la utilidad de hacer flexible el sistema en lo que toca a sociedades de capital variable, según ya lo hemos mencionado. Creemos que tal flexibilidad no existiría de aplicarse el artículo 194 de la LGSM,

179 "Las actas de las asambleas extraordinarias serán protocolizadas ante notario e inscritas en el Registro Público de Comercio".

por lo que, volviendo a tomar las palabras del Lic. Mantilla Molina, "resultaría nugatoria la variabilidad del capital, por lo cual debe entenderse que, en esta hipótesis, prevalece la declaración de la parte final del artículo 213, de que el aumento puede hacerse 'sin más formalidades que las establecidas por este capítulo'".¹⁸⁰

Es de concluirse, pues, que el acta de la asamblea general extraordinaria que decreta un aumento de capital en la parte variable, no debe ser protocolizada e inscrita en el RPC.

Ahora bien, si la asamblea está acordando un nuevo capital autorizado, entonces si se tendría que acudir a la protocolización e inscripción en el RPC. Ello debido a que se estaría ante una reforma estatutaria; en cambio, como decíamos, si el capital social variable es ilimitado, entonces un acuerdo de su aumento decretado por la asamblea extraordinaria, no necesita ser protocolizado e inscrito en el RPC.

"Si la sociedad, en cambio, se constituyera con un capital mínimo determinado, pero con un capital máximo ilimitado, lo que resulta frecuente en la práctica, solamente la asamblea extraordinaria en un momento posterior podrá fijar hasta donde se

¹⁸⁰ MANTILLA MOLINA, Roberto L., op. cit., supra nota 1, p. 429.

aumente el capital social y crear las acciones correspondientes".¹⁸¹

4.4.6. Interpretación judicial.

Existe una ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con lo que analizamos. A continuación pasamos a transcribirla:

"SOCIEDADES DE CAPITAL VARIABLE. NO REQUIEREN MODIFICAR SU ESCRITURA SOCIAL PARA AUMENTAR O DISMINUIR SU CAPITAL.- Es verdad que en términos de la fracción III 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 y 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 VIII 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 del mismo monto del capital, puesto que dichos entes realizan negocios que por su especial naturaleza requieren, en diversos momentos de su existencia,

¹⁸¹ ITURBIDE GALINDO, Adrián R., op. cit., supra nota 22, p. 111. Opinamos que el acta de esta asamblea extraordinaria no necesita ser protocolizada e inscrita en el RPC.

cantidades absolutamente desiguales de capital y es en función de ello 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 junio de 1978.

Visible en el Semanario Judicial de la Federación de la Séptima Época, Volumen 109, Tomo 114, página 161.

Esta ejecutoria ha olvidado lo que ya hemos mencionado bastante. El propio Capítulo VIII de la LGSM, en su artículo 216, establece como formalidad el que se celebre una asamblea general extraordinaria para fijar los aumentos de capital.

La ejecutoria transcrita, también indica que el aumento o disminución del capital puede hacerse sin necesidad de modificar la escritura social. Si bien es cierto que de acuerdo con el artículo 182 de la LGSM se requiere la celebración de asamblea extraordinaria siempre que se produzca una modificación al contrato social, también lo es que no son éstos los únicos casos en los que debe celebrarse la asamblea extraordinaria de accionistas.¹⁸² Esto resulta evidente de la lectura del artículo 216 de la LGSM al

¹⁸² La fracción XII del artículo 182 establece: "XII. Los demás asuntos para los que la ley o el contrato social exija un quórum especial".

establecer que los aumentos de capital deben ser fijados por la asamblea extraordinaria si no lo ha hecho el contrato social.

4.4.7. Reducción al capital social en su parte variable.

Para finalizar el presente trabajo, se incluye este punto con el único objeto de aclarar, brevemente, algunos puntos en relación con la reducción al capital social en la parte variable. Esto, debido a que el tema ya ha sido tratado ampliamente con anterioridad.

Al igual que los aumentos al capital social variable, en caso de tener fijado un 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 Unico, en su caso.

Lo anterior, si es que el contrato social no ha previsto nada al respecto ya que, como dijimos, en caso de reducciones al capital social variable, sí opera la regla general contenida en el primer párrafo del artículo 216 de la LGSM; es decir, en caso de reducciones al capital social, no se aplica la excepción contenida en el segundo párrafo del citado artículo 216.

Debido a que el Capítulo VIII de la LGSM no lo exige, no

tendrán que observarse los requisitos establecidos por el artículo 9 para reducciones al capital en sociedades de capital fijo.

Lo anterior, "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".¹⁸³

Creemos que, para aprovechar al máximo la flexibilidad que la variabilidad del capital social permite, deben de establecerse en los estatutos sociales, cláusulas que hagan referencia a que, cuando se reduzca el capital social en la parte variable, las acciones que deban ser canceladas se canjeen por acciones de tesorería, mismas que podrán ponerse en circulación cuando existan futuros aumentos de capital, en los términos antes expuestos.

El capital variable no podrá reducirse, como hemos dicho a menos del mínimo que consagra el artículo 89 fracción II de la LGSM (\$ 25,000.00 M.N.). Como es natural, los estatutos pueden fijar un mínimo más elevado del capital, puesto que la ley solo indica un límite por debajo del cual no será válida la constitución de la sociedad.

¹⁸³ ITURBIDE GALINDO, Adrián R., op, cit., supra nota 22, p. 122.

El artículo 220 de la LGSM regula el derecho de retiro, previa notificación a la sociedad de manera fehaciente, y con una anterioridad por lo menos de los tres meses que precedan a la clausura de ejercicio social en curso. Por lo tanto, el retiro del socio nunca surte sus efectos automáticamente, y su razón de ser está fundada en evitar perjuicios imprevisibles para la sociedad, protegiéndola a la vez contra la mala fe e inoportunidad del retiro.

En el contrato social pueden introducirse todas las limitaciones que se juzgue conveniente, con tal de que no se suprima directa o indirectamente el derecho de retiro de los socios.

Lo anterior debido a que la supresión en cualquier forma de la facultad de retiro de los socios, será siempre contra la esencia de la sociedad de capital variable; pero una reglamentación de este derecho es indispensable que se consigne en los estatutos, ya que muchas restricciones dependerán sólo de las condiciones particulares de cada ente social, circunstancias que la ley no puede prever.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

1. El nacimiento y desenvolvimiento de las sociedades anónimas se logra tanto con el descubrimiento de América, constituyéndose las grandes compañías comerciales que se proponían la adquisición y administración de Colonias, como con el desarrollo del comercio ultramarino en las posesiones de los países europeos en América y en Asia.

2. La sociedad anónima es la especie de sociedad mercantil que más se ha utilizado en México, principalmente como consecuencia de la limitación de la responsabilidad de los accionistas, la fácil transmisión de los títulos o certificados provisionales, y la confianza que suelen inspirar en los terceros. Además, se ha aprovechado el estancamiento de la LGSM, que aún señala como monto mínimo para constituir una sociedad anónima, la cantidad de veinticinco mil pesos.

3. De acuerdo con nuestra legislación, para que una sociedad sea mercantil, tiene que adoptar alguno de los tipos sociales que enumera el artículo 1 de la LGSM, independientemente de la finalidad de la sociedad en cuestión.

4. Es posible constituir una sociedad en comandita por acciones vía constitución sucesiva toda vez que, además de que es una sociedad por acciones, está regulada por los principios que rigen a la

sociedad anónima, y otro lado, no requerimos el consentimiento de todos los socios para admitir a nuevos.

5. Es en las sociedades anónimas donde el capital social reviste especial importancia, principalmente debido a la naturaleza de este tipo social, en donde los socios responden hasta por el monto de sus aportaciones.

6. La mención del capital social es una cláusula esencial en las escrituras constitutivas de las sociedades mercantiles y muy especialmente en las sociedades anónimas.

7. El capital social comprende la suma de las aportaciones de los socios y el capital contable o patrimonio social es el conjunto de bienes y derechos de la sociedad con deducción de sus obligaciones.

8. El capital social debe ser realmente representativo; es decir, debe de tener similitud, en la medida de lo posible, con el patrimonio social. Ello principalmente como garantía para los terceros que contraten con la sociedad.

9. Al constituir una sociedad anónima, el capital social siempre coincidirá con el patrimonio social, pero una vez en marcha los negocios sociales, será poco probable que lleguen a equipararse.

10. El capital suscrito es igual a la suma de las promesas hechas por los suscriptores o de las obligaciones de aportar a la sociedad bienes en numerario o en especie, mientras que el capital pagado o exhibido es igual a la suma de los valores efectivamente ingresados en las cajas de la sociedad en cumplimiento de las promesas derivadas de la suscripción.

11. El capital social está protegido en la ley por una serie de principios que la doctrina califica de "rectores del capital social".

12. La verdadera garantía de las sociedades anónimas de capital variable debería ser su capital social mínimo fijo, dado que el capital social variable puede ser reducido por los accionistas con suma facilidad, hasta el importe del capital social mínimo, mediante el ejercicio de su derecho de retiro.

13. La gran mayoría de las sociedades anónimas de capital variable tienen un capital social mínimo insignificante y un capital social variable ilimitado, lo cual puede propiciar una enorme desproporción entre ambas cifras.

14. En las sociedades anónimas de capital variable debería señalarse un capital social autorizado, mismo que tendría que ser aumentado o disminuido en la misma proporción que el capital social mínimo. Este capital autorizado debería de fijarse mediante una

relación aritmética con el capital social mínimo fijo, a efecto de propiciar un equilibrio entre ambos capitales.

15. Tanto el capital social mínimo fijo, como el capital social autorizado, deben ser aumentados o reducidos mediante acuerdo de una asamblea general extraordinaria de accionistas por tratarse de una reforma estatutaria. El acta correspondiente será protocolizada e inscrita en el RPC y con ello, ambas cifras surtirán efectos frente a terceros.

16. El aumento del capital social en una sociedad de capital fijo, debe satisfacer los requisitos exigidos para cualquier modificación a la escritura social y debe quedar consignado en la escritura social misma.

17. En caso de reducciones al capital social, proponemos una reforma legal en el sentido de que los requisitos de publicidad contenidos en el artículo 9 de la LGSM, deberían aplicarse a toda reducción al capital social. Esto, con el objeto de dar protección a terceros.

18. Los acuerdos de aumento de capital deben satisfacer los requisitos de la constitución en cuanto al capital mismo: debe suscribirse íntegramente el aumento decretado, exhibirse cuando menos el 20% de cada acción pagadera en numerario, e íntegramente las acciones pagaderas en especie.

19. La sociedad de capital variable no es un tipo específico de sociedad mercantil. Es una modalidad que puede adoptar cualquiera especie de las sociedades mercantiles reconocidas por la ley, excepto la sociedad cooperativa.

20. Como advertencia a terceros, debe siempre añadirse a la razón social o denominación de las sociedades de capital variable las palabras "de capital variable" o, de acuerdo con la costumbre, sólo la abreviatura "de C.V."

21. El régimen de capital variable constituye una modalidad que pueden adoptar las diversas especies de sociedad mercantil, y no una transformación; ello se debe a que al adoptar la modalidad de capital variable, la sociedad no modifica su objeto ni sus órganos sociales, sino únicamente su régimen de capital social.

22. Debería de establecerse una sanción específica a las sociedades de capital variable que no lleven el libro de registro de variaciones de capital. Ello en virtud de la importancia de éste en las sociedades que han adoptado dicha modalidad.

23. El tener un capital social autorizado fijo es optativo; sin embargo, creemos que el señalar un capital social variable "ilimitado" no proporciona seguridad. Por ello, debe de señalarse en los estatutos un capital autorizado que para modificarse

requeriría, por supuesto, una reforma estatutaria. Al tener señalado un capital autorizado, puede operar plenamente la variabilidad del capital.

24. El capital social variable, dentro de los límites establecidos por el capital social mínimo fijo y por el capital social autorizado, podría ser incrementado o disminuido mediante acuerdo de la asamblea general ordinaria de accionistas o del órgano de administración, fuera Administrador Unico o Consejo.

25. El capital social variable no suscrito; es decir, aquél que los accionistas no se hubieran comprometido a pagar, estaría representado por las acciones de tesorería.

26. A las sociedades anónimas de capital variable, les serán aplicadas todas las normas para las sociedades anónimas contenidas en la LGSM, salvo las modificaciones que para ellas se establecen en el Capítulo VIII de dicho ordenamiento.

27. Son ilegales las disposiciones estatutarias que sin señalar un capital autorizado facultan a la asamblea ordinaria o al órgano de administración para aumentar el capital.

28. En las sociedades por acciones, solamente el contrato social o la asamblea general extraordinaria de accionistas pueden fijar los aumentos de capital; es decir, señalar el capital autorizado para

la sociedad. Este capital autorizado debe estar representado por acciones (aunque sean acciones impropias, como lo son las acciones de tesorería). Es posible que el contrato social estipule la forma y términos en que el órgano de administración o la asamblea ordinaria de accionistas puedan poner en circulación dichas acciones de tesorería.

29. En la práctica suele acostumbrarse estipular un capital máximo ilimitado. En este caso creemos que solamente la asamblea general extraordinaria de accionistas puede fijar hasta dónde se aumenta el capital social y crear las acciones correspondientes.

30. La creación de las acciones de tesorería correspondería acordarla al contrato social o a la asamblea general extraordinaria de accionistas; dicho acuerdo será simultáneo al establecimiento del capital social autorizado, ya que las acciones de tesorería representarían, en un principio, la diferencia existente entre el capital social mínimo fijo y el capital social autorizado; es decir, representarían el capital social variable de la sociedad.

31. Debería de incluirse en los estatutos de todas las sociedades anónimas de capital variable una cláusula relativa a la obligación de publicar en el periódico oficial el acuerdo de colocación de acciones de tesorería, para así respetar el derecho de preferencia o de opción de los accionistas.

32. El acta de la asamblea general extraordinaria de accionistas que acuerde un aumento de capital en una sociedad constituida con la modalidad de tenerlo variable, no debe ser protocolizada e inscrita en el RPC. Si la asamblea está acordando un nuevo capital autorizado, entonces sí se tendría que acudir a dicha protocolización e inscripción en el RPC, por tratarse de una reforma estatutaria.

BIBLIOGRAFIA

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

I. Fuentes Bibliográficas:

1. ABASCAL ZAMORA, José María, "Las acciones de las sociedades anónimas", en Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Número 3, UNAM, México, Septiembre-Diciembre de 1986.
2. ALEGRIA, Héctor, Sociedades Mercantiles, Buenos Aires, Argentina, Forum, 1975.
3. ARANA GONDRA, F. Javier, Sociedades Anónimas, Madrid, Editorial Index, 1982, 4a. ed.
4. BARRERA GRAF, Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil, México, Editorial Porrúa, S.A., 1989, 1a. ed.
5. BARRERA GRAF, Jorge, "Variaciones del Capital en las Sociedades de Capital Variable", en Cuarto Congreso Nacional de Derecho Mercantil. Memoria, UNAM, México, 1984.
6. BARRERA GRAF, Jorge, "Formación y Constitución de la Sociedad Anónima", en Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, No. 3, Septiembre-Diciembre de 1986.
7. BARRERA GRAF, Jorge, Las sociedades en derecho mexicano, México, UNAM, 1983, 1a. ed.
8. BARRERA GRAF, Jorge, "La acción en la sociedad anónima", en El Foro, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Octava Época, Tomo I, Número 1, México, 1988.
9. BORJA SORIANO, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, México, Editorial Porrúa, S.A., 1956.
10. BRUNETTI, Antonio, Tratado del Derecho de las Sociedades, (Trad. de Felipe de Zolá Cañizares), Buenos Aires, Editorial UTEHA, 1960.
11. CERVANTES AHUMADA, Raúl, Derecho Mercantil, México, Editorial Herrero, S.A., 1984, 4a. ed.
12. CERVANTES AHUMADA, Raúl, Titulos y Operaciones de Crédito, México, Editorial Herrero, S.A., 1978, 10a. ed.
13. DIAZ BRAVO, Arturo, "Variaciones de Capital en las Sociedades Mercantiles", en Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, No. 3, UNAM, México, Septiembre-Diciembre de 1986.

14. DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Madrid, Editorial Espasa-Calpe, S.A., 1970, 19a. ed.
15. FISCHER, Rodolfo, Las Sociedades Anónimas, Madrid, España, Traducción de W. Rocés, 1934.
16. FRISCH PHILIPP, Walter, La Sociedad Anónima Mexicana, México, Editorial Porrúa, S.A., 1982, 2a. ed.
17. GALINDO GARFIAS, Ignacio, Sociedad Anónima, Responsabilidad Civil de los Administradores, México, Imprenta Nuevo Mundo, S.A., 1957.
18. GARRIGUES, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, México, Editorial Porrúa, S.A., 1987, 8a. ed.
19. GOMEZ GORDOA, José, Titulos de Crédito, México, Editorial Porrúa, S.A., 1988, 1a. ed.
20. HERRERA, Mario, Acciones de Sociedades Industriales y Comerciales, México, Talleres de la Editorial Cultura T.G., S.A., 1965, 1a. ed.
21. HERRERA, Mario, Obligaciones Convertibles en Acciones, México, Talleres de la Editorial Cultura T.G., S.A., 1964, 1a. ed.
22. IGARTUA ARAIZA, Octavio, Introducción al Estudio del Derecho Bursátil Mexicano, México, Editorial Porrúa, S.A., 1988, 1a. ed.
23. ITURBIDE GALINDO, Adrián R., El Régimen de Capital Variable en las Sociedades Anónimas, México, Editorial Porrúa, S.A., 1985, 1a. ed.
24. JOHNSON OKHUYSEN, Eduardo A., Compañía Dominatrix Holding Company, México, Editorial Themis, 1986, 1a. ed.
25. LAVIADA ARRIGUNAGA, Iñigo, Deficiencias frecuentes en las actas de emisión de acciones y en las estipulaciones pactadas, Academia Mexicana de Derecho Bursátil, A.C., México, 1979.
26. MACEDO HERNANDEZ, José Héctor, Ley General de Sociedades Mercantiles, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1977.
27. MANTILLA MOLINA, Roberto L., Derecho Mercantil, México, Editorial Porrúa, S.A., 1964, 7a. ed.
28. MESSINEO, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa América, 1955.
29. NOGUEZ, Francisco F., Sociedades de Capital Variable, Tesis Profesional, México, 1935.

30. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín, Derecho Mercantil, México, Editorial Porrúa, S.A., 1964, 5a. ed.
31. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín, Tratado de Sociedades Mercantiles, México, Editorial Porrúa, S.A., 1977, 5a. ed.
32. SALINAS MARTINEZ, Arturo, "Las obligaciones convertibles en acciones", en Estudios jurídicos en memoria de Alberto Vásquez del Mercado, México, Editorial Porrúa, S.A., 1982, 1a. ed.
33. SANCHEZ MEDAL, Ramón, De los Contratos Civiles, México, Editorial Porrúa, S.A., 1982, 4a. ed.
34. TRABUCCHI, Alberto, Instituciones de Derecho Civil, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1987, traducción de la decimoquinta edición italiana.
35. VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar, Asambleas, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles, México, Editorial Porrúa, S.A., 1987, 3a. ed.
36. VAZQUEZ ARMINIO, Fernando, "Sociedades Mercantiles", en La reforma de la Legislación Mercantil, México, Editorial Porrúa, S.A., 1985, 1a. ed.
37. VILLORO TORANZO, Miguel, Introducción al Estudio del Derecho, México, Editorial Porrúa, S.A., 1978, 3a. ed.
38. VIVANTE, César, Instituciones de Derecho Comercial, traducción de Ruggero Mazzi, Madrid, 1928.

II. Fuentes Legales:

39. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
40. Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal.
41. Código de Comercio.
42. Ley General de Sociedades Mercantiles.
43. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
44. Ley del Mercado de Valores.
45. Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos.
46. Ley General de Sociedades Cooperativas.
47. Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera.