

VARIACIONES DEL CAPITAL EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES

Arturo Díaz BRAVO

SUMARIO: I. *Generalidades*. II. *Las variaciones del capital en las sociedades de capital fijo*. III. *Las variaciones de capital en las sociedades de capital variable*. IV. *Medios de aumento del capital*. 1. *Aportaciones*. 2. *Revaluación de activos*. 3. *Capitalización de pasivos*. 4. *Capitalización de utilidades*. 5. *Capitalización de reservas*. 6. *Capitalización de primas sobre acciones*. 7. *Conversión de obligaciones*. V. *Medios de reducción del capital*. 1. *Devolución a los socios*. 2. *Absorción de pérdidas*. 3. *Liberación del pago de dividendos pasivos*. 4. *Adquisición forzada de sus propias acciones*. VI. *Derechos de los socios y de terceros con motivo de las variaciones de capital*. 1. *En caso de reducción*. 2. *En caso de aumento*. VII. *Conclusiones*.

I. GENERALIDADES

No hay duda sobre que el más cómodo y económico de los medios de que puede echar mano una sociedad mercantil para hacerse de recursos es, salvo eventuales y hoy poco usados donativos a estas empresas, el aumento de su capital social, máxime, habida cuenta, en los tiempos que corren, del complicado mecanismo y alto costo financiero de los créditos, así en forma de emisión de obligaciones como de préstamo, bancario o no. En cuanto a la emisión de obligaciones, la conclusión es la misma, a poco que se piense, además, en el costo y engorroso papeleo que significan los estudios financieros y contables previos y periódicos, el trámite ante la Comisión Nacional de Valores, el acta notarial de emisión, su inscripción en el Registro de Comercio, en su caso, la inscripción en bolsa de valores, etcétera.

Como es bien sabido, uno de los principios o notas comunes a todas las sociedades, en cuanto personas morales —o jurídicas, como prefieren calificarlas algunos—, es el de las aportaciones que los socios han de efectuar como presupuesto y requisito indispensable para realizar el fin común, que es, justamente, otra de las notas características de estos entes. También sabemos que, salvo que otra cosa se estipule, tales aportaciones pasan a formar un fondo común, el capital social, cuya titularidad corresponderá, durante toda su existencia, a la per-

sona moral, como patrimonio mínimo y, por tanto, inmodificable si no es con el previo consentimiento precisamente de quienes lo constituyen, erigidos en órgano supremo de la sociedad, quienes, traspuesto el velo de la personalidad, son, lógicamente, los únicos facultados para actuar como si fueran propietarios de los bienes que configuran dicho capital. En nada se oponen a tal afirmación las amplísimas facultades que al órgano de administración confieren los artículos 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (en lo sucesivo LGSM o, simplemente, la Ley) ¹ y 27 del Código Civil para el Distrito Federal (en lo sucesivo simplemente el Código Civil o C. Civ.), pues ambos preceptos, por una parte, confieren a dicho órgano la *representación* social, por partir del lógico supuesto del *consentimiento* de los socios en la actuación de los administradores; pero también permiten que los socios —verdaderos *dueños* de la empresa social— limiten tales facultades de representación y, por ejemplo, se reserven el derecho de decidir sobre la suerte de los bienes que, físicamente, componen el capital social.

Mínimo patrimonio de la sociedad: he ahí, sin duda, la principal función del capital social y, según se reconoce generalmente, la *ratio legis* de las normas legales que protegen, por una parte, su integración y conservación y, por la otra, que fincan obstáculos a su reducción, obviamente como forma de tutelar los intereses de terceros acreedores.

II. LAS VARIACIONES DE CAPITAL EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL FIJO

Si cláusula esencial en la escritura constitutiva de toda sociedad mercantil es la relativa al importe del capital social (artículo 6o., V, LGSM), resulta lógico que cualquier alteración de dicho importe, previamente acordada por los socios, deba reflejarse en la correspondiente reforma de la referida cláusula.

Igualmente es lógico que, en cuanto modificación del contrato societario, la nueva cláusula requiera del consentimiento de una mayoría absoluta de votos: en las sociedades en nombre colectivo y en comandita simple, el consentimiento unánime de los socios, a menos que en los estatutos se haya adoptado la cláusula de mayoría (artículos 34 y 57, LGSM); en la sociedad de responsabilidad limitada, la mayoría de los socios que representen, por lo menos, las tres cuartas partes del capital

¹ Además, cuando se mencione algún precepto sólo con su número, deberá entenderse que es de la misma LGSM.

social (artículo 83);² en la sociedad anónima, así como en la sociedad en comandita por acciones, y salvo que en los estatutos se estipule una mayoría más elevada, se precisa de una asamblea extraordinaria en la que, convocada por primera vez, estén representadas por lo menos las tres cuartas partes del capital social y la resolución sea adoptada por los votos que representen la mitad de dicho capital social; celebrada la asamblea por virtud de segunda o ulterior convocatoria, el voto favorable debe ser del número de acciones que representen, por lo menos, la mitad del capital social (artículos 190, 191 y 208).³

En cuanto a la reducción del capital, no hace falta justificar el que la Ley fije un mecanismo protector y adicional del antes expuesto, el cual es el de publicidad periodística y otorgamiento a los acreedores sociales del derecho de oponerse a la reducción, en la siguiente forma, prevista por el artículo 9o.:

a) Ante todo, ha de tenerse presente que, al tenor literal del citado precepto, el dispositivo de que se trata sólo opera cuando la reducción se efectúe “mediante reembolso a los socios o liberación concedida a éstos de exhibiciones no realizadas”, luego cuando la reducción opere por otros caminos, como el de absorción de pérdidas o por adquisición que forzosamente haga la sociedad de sus propias acciones (artículo 134), no es necesario efectuar la publicidad y los terceros acreedores carecen del derecho de oponerse a la reducción, pues, a pesar de alguna opinión recientemente vertida en contrario,⁴ carecería de fundamento

² Téngase presente, empero, que en la S. de R. L., es posible adoptar la cláusula de forzosas aportaciones suplementarias, eventualmente para aumentar el capital social; cuando se estipule esta última posibilidad, cualquier modificación estatutaria tendente a incrementar la obligación de los socios requerirá la unanimidad de votos (artículos 83 *in fine*).

³ El texto literal, así como las exigencias porcentuales de los artículos 190 y 191, plantean ciertas dudas y, en la práctica, la configuración de situaciones inextricables: a) la expresión “una mayoría más elevada”, que en singular emplea el artículo 190, ¿debe entenderse referida sólo al *quorum* de asistencia, y por ello no permisiva de la adopción de una mayoría de votación superior a la mitad del capital social que prescribe la última parte del precepto?; b) en caso de que la mitad o más del capital social esté representada por acciones sin derecho de voto (vgr., de voto limitado), será difícil en el primer caso, e imposible en el segundo, tomar decisiones sobre algunos de los asuntos que requieren votación favorable de la mitad del capital social, como es el supuesto del aumento o reducción de dicho capital, en el que las referidas acciones no atribuyen derecho de voto, pues las que sí lo confieren nunca podrán representar el porcentaje legalmente exigido (artículos 113 y 182-III).

⁴ Iturbide Galindo, Adrián R., *El régimen de capital variable en las sociedades anónimas*, México, 1985, p. 87; el Código Civil italiano, que también concede el derecho de oposición a los acreedores en caso de reducción por reembolso, tampoco lo concede cuando la reducción se opere para absorber pérdidas (artículo 2446).

una aplicación extensiva de la disposición legal, que de modo tan claro se refiere sólo a los dos casos apuntados.

b) El acuerdo de reducción debe publicarse tres veces, con intervalos de diez días, en el periódico oficial de la entidad federativa dentro de la que se encuentre el domicilio de la sociedad.

c) Los acreedores sociales disponen de un término que corre desde el día de la adopción del acuerdo y vence cinco días después de la última publicación, para formular oposición judicial a la reducción.

ch) Erróneamente, la LGSM ordena que el procedimiento judicial de oposición se tramite en la vía sumaria —pues tal vía no está prevista por el Código de Comercio, salvo que ambas partes la convengan expresamente—, y que, durante su tramitación, queden suspendidos los efectos del acuerdo de reducción, a menos que la sociedad pague o garantice los créditos de los opositores a satisfacción del juez.

Como consecuencia de lo expuesto, cualquier aumento o reducción del capital en las sociedades que lo tienen fijo, por cuanto supone una modificación estatutaria, debe hacerse constar ante notario (artículo 5o.), e inscribirse en el Registro Público de Comercio, mediante orden del juez de Distrito o del orden común que tenga jurisdicción en el domicilio de la sociedad, expedida como consecuencia de la solicitud que ante él debe formularse y que se tramita en vía de jurisdicción voluntaria, con vista del Ministerio Público (artículos 261, 262 y 264).

Ahora bien, *¿quid iuris* en caso de que no se protocolice notarialmente o no se inscriba en el Registro de Comercio el acuerdo sobre modificación del capital social? La doctrina mexicana,⁵ que sobre el tema se ha ocupado, contesta, sin vacilaciones, que por aplicación extensiva y supletoria del artículo 26 del Código de Comercio (en lo sucesivo C. Com.), el acuerdo respectivo sólo surtirá efectos entre los otorgantes, no así frente a terceros, quienes, en cambio, sí podrán aprovecharse de la no inscripción en lo que les fuere favorable; por cuanto me adhiero sin reservas a tal opinión, apuntaré dos consecuencias, entre tantas posibles, de lo expuesto:

1a. Terceros, para los efectos del invocado precepto del C. Com., son también los acreedores de los socios; es así que a ellos tampoco es oponible un no inscrito acuerdo sobre aumento del capital social a base de aportaciones en numerario de tales socios; luego, cualquier acreedor de un socio puede hacer efectivo su crédito incluso sobre la porción

⁵ Mantilla Molina, Roberto L., *Derecho mercantil*, 22a. ed., México, 1982, p. 236, no. 307; Barrera Graf, Jorge, "Cambios del capital en las sociedades de capital variable", en *Temas de derecho mercantil*, México, 1983, p. 97.

de capital aportada por su deudor y, demostrada tal aportación con la prueba idónea (confesión, testimonial de otros socios, exhibición de libros de la sociedad), obtener una resolución que condene a la sociedad a entregarle la suma respectiva, de la que, por aplicación del referido precepto, y conforme a la verdadera acepción del vocablo, es una mera *detentadora*.

2a. La falta de inscripción registral del acuerdo es, en principio, imputable a los administradores y, por tanto, ellos responderán, frente a la sociedad, de los daños y perjuicios que a la misma se causen por la indicada omisión, como en el caso de la consecuencia que examiné anteriormente (artículos 157 y 158-IV); empero, tal responsabilidad, como es sabido, sólo es exigible por acuerdo de asamblea general o por accionistas titulares de un mínimo del 33% del capital social, que no hayan aprobado el acuerdo de asamblea en el sentido de no proceder en contra de los administradores presuntamente responsables (artículos 161 y 163).

En otro orden de ideas, cabe recordar que, cuando se acuda a la oferta y suscripción públicas para aumentar el capital, la propaganda o información que al efecto se difunda está sujeta a la previa autorización de la Comisión Nacional de Valores (artículo 5o. de la Ley del Mercado de Valores).

Finalmente, no debe olvidarse que, por disposición del artículo 133, sólo puede procederse a aumentar el capital de una sociedad anónima cuando las acciones anteriormente emitidas sean liberadas. Posteriormente me ocuparé en comentar el texto y alcances de este precepto.

Derecho comparado. El derecho extranjero muestra una amplia e interesante gama de mecanismos legales en punto a variaciones del capital:

a) La Ley sobre Sociedades Mercantiles francesa, de 24 de julio de 1966, permite, en su artículo 180, que la asamblea general ordinaria, único órgano facultado para acordar aumentos o reducciones, delegue en el consejo de administración o en el directorio, según el caso —pues recordemos que esta ley autoriza que las sociedades anónimas sean administradas por un consejo de administración formado por lo menos de tres miembros, o bien por un directorio, designado mediante un procedimiento que reviste cierta complejidad—, las facultades necesarias para llevar a efecto el aumento del capital en uno o varios actos, fijar sus modalidades, verificar su realización e incluso proceder a la correspondiente modificación estatutaria, y todo ello, tanto en las sociedades de capital variable como en las de capital fijo.

b) Por su parte, el Código Civil italiano va más allá al establecer,

en su artículo 2443, que en los estatutos sociales se puede atribuir a los administradores la facultad de incrementar una o más veces el capital, siempre que el aumento sólo se opere con acciones ordinarias y que se determine un máximo de los aumentos; además, dicha facultad sólo puede conferirse por un año desde la fecha de inscripción de la sociedad en el registro de empresas o desde la fecha del acuerdo sobre reforma a los estatutos para conferir a los administradores las atribuciones de que se trata.

c) También la Ley española de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951 (artículo 96), permite que en los estatutos se encomiende a los administradores la facultad de aumentar una o varias veces el capital, hasta una cifra determinada y sin consulta a la asamblea general. El total de los aumentos, en tal caso, no podrá exceder de la mitad del capital social en el momento de la autorización, y sólo podrá efectuarse mediante la emisión de acciones ordinarias; además, dicha facultad tiene una duración de cinco años desde la constitución de la sociedad o desde el acuerdo sobre modificación de los estatutos para conferirla a los administradores. Esta ley, al igual que el Código Civil italiano, no atribuye derecho de oposición a los acreedores en caso de reducción del capital para absorber pérdidas, e incluso determina la obligatoriedad de la reducción cuando las pérdidas hubieren reducido el capital a menos de las dos terceras partes y haya transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado (artículo 99).

ch) A su vez, la Ley de Sociedades Anónimas alemana, de 6 de septiembre de 1965, dispone que los aumentos y reducciones del capital sólo pueden ser acordados por el voto favorable de las tres cuartas partes del capital representado en una asamblea, o por un porcentaje mayor, si lo prevén los estatutos (artículos 182 y 222); pueden acordarse aumentos condicionados, y en tal caso las nuevas acciones sólo podrán entregarse, en su momento, a los tenedores de obligaciones convertibles, a los accionistas de nuevo ingreso con motivo de una o más fusiones o a empleados de la sociedad cuando cumplan determinados requisitos (artículo 192); por otra parte, si lo prevén los estatutos, la dirección, en cuanto órgano de administración, puede aumentar el capital, hasta por un importe autorizado, dentro de los cinco años siguientes al registro de la sociedad.

III. LAS VARIACIONES DE CAPITAL EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL VARIABLE

Originalmente pensado y propuesto sólo para las sociedades coopera-

tivas,⁶ el régimen de variabilidad del capital estatutariamente previsto fue regulado por primera vez y permitido a todos los tipos sociales por la Ley sobre Sociedades francesa de 24 de julio de 1867, de la que lo tomaron nuestros Códigos de Comercio de 1884 y de 1889, así como la LGSM, lo que contrasta con la frialdad que las demás legislaciones europeas y latinoamericanas han mostrado hacia esta institución, que tan favorecida se ha visto en México durante los últimos años.

Ahora bien, la poco clara redacción de algunos de los preceptos contenidos en el capítulo VIII de la LGSM, en el que se regulan las sociedades de capital variable, ha dado lugar a ciertas disparidades de opiniones en cuanto a su contenido y alcances prácticos. Así, la propia Ley, al prever en su artículo 1o. que cualquiera de los cinco tipos sociales en ella regulados —pues, como es sabido, prevé pero no regula la sociedad cooperativa, en la que, por lo demás, es de esencia la variabilidad del capital— puede constituirse con capital variable, parece dar patente de mera modalidad a la institución de que se trata; sin embargo, más adelante (artículo 227) califica de *transformación*, con todas sus consecuencias registrales y principalmente publicísticas, a la circunstancia de que una sociedad constituida con capital fijo adopte la cláusula de variabilidad del capital. Todo ello, sin perjuicio de que, en la Exposición de Motivos, el propio legislador la califique de *modalidad* adoptable por todas las sociedades y, por otro lado, en un grave *lapsus* jurídico, afirme que “la transformación da nacimiento siempre a un sujeto de derecho distinto del que hasta antes de ella venía actuando”.⁷

Paréceme, en cambio, que acaso con la única salvedad de Jorge Barrera Graf,⁸ muy poco la doctrina, y menos la práctica mexicanas, han reparado con suficiente detenimiento en el texto del artículo 213, que literalmente sólo dispone que “en las sociedades de capital variable, el capital será susceptible de aumento por *aportaciones posteriores de los socios* o por *admisión de nuevos socios*”; pero no menciona otras formas de aumento, como son la capitalización de utilidades o de reservas, y tampoco la revaluación de activos; en cuanto a la disminución del capital, el precepto la refiere sólo al *retiro parcial o total de las aportaciones*, pero nada dice de la reducción para absorber pérdidas

⁶ Lyon-Caen, Ch., y L. Renault, *Tratado de derecho mercantil*, Puebla, tomo cuarto, segunda parte, sin fecha, pp. 422 y ss. (La versión española corresponde a la tercera edición francesa, de 1898.)

⁷ Error que ha sido severamente criticado, a mi juicio con razón, por Iturbide Galindo (*op. cit.*, pp. 100-102), quien celebra que tal postura no se haya reflejado en el texto de la Ley.

⁸ *Las sociedades en derecho mexicano*, México, 1983, pp. 157 y 158.

ni de la liberación de pagar dividendos pasivos, y menos de la reducción forzosa en caso de adquisición, por parte de la sociedad, de sus propias acciones.

¿Cómo debe interpretarse tal silencio?; ¿será lícito acudir a una interpretación extensiva y, por tanto, juzgar aplicable el precepto a todo tipo de aumentos y reducciones?; ¿*quid iuris* en caso de que se resuelva que sólo debe entenderse referido a los casos que de modo expreso menciona? En otras palabras, y formuladas las anteriores interrogantes en una sola: ¿es taxativa o sólo ejemplificativa la redacción del precepto?

Antes de intentar un ensayo de respuesta, permítaseme recordar que en la práctica mexicana se ha acudido, por lo que a aumentos se refiere en estas sociedades de capital variable, tanto a la capitalización de reservas ordinarias como de utilidades y de reservas ocultas; en cambio, no tengo noticias sobre que se hayan operado reducciones para absorber pérdidas, para liberar dividendos pasivos o por adquisición de las propias acciones, lo cual, por supuesto, en modo alguno significa que no se haya echado mano de tales procedimientos en casos que escapen a mi conocimiento.

En mi opinión, ha de atribuirse una aplicación restringida al precepto y, por tanto, no debe extenderse a otros casos fuera de los literalmente mencionados; juzgo, en consecuencia, que la porción variable del capital, en cuanto los aumentos y reducciones se operen mediante cualquier forma de las no previstas en el artículo 213, quedará sujeta a las formalidades que se fijen a las sociedades de capital fijo. He aquí mis argumentos:

a) Como quedó dicho, el precepto de que se trata fue casi literalmente copiado del artículo 48 de la Ley francesa de 1867, que igualmente hace sólo referencia al aumento *par des versements succesifs faits par les associés, ou l'admission d'associés nouveaux, et de diminution par la reprise totale ou partielle des apports effectués*; si el legislador mexicano se limitó a copiar tal redacción, sin comentario alguno sobre el particular en la Exposición de Motivos, no hay razón para atribuirle la intención de abarcar en el texto legal casos no mencionados en el mismo, como tampoco podría atribuirse tal propósito al legislador francés.

b) El anterior aserto queda corroborado con la exégesis del precepto francés, hecha por Lyon-Caen y Renault,⁹ quienes, con suficiente claridad al comentar la entonces reciente institución legal de las socie-

⁹ *Op. cit.*, p. 425.

dades de capital variable, decían que en ellas “los estatutos estipulan la facultad de los socios para disminuirlo retirando sus puestas (*sic* en la versión española), o aumentarlo por la acción de nuevos socios. El personal de los socios varía, pues, en estas sociedades, como el capital”. Más recientemente, Hamel y Lagarde,¹⁰ siempre al comentar la referida regulación francesa, se expresan en parecidos términos al afirmar que la modalidad de que se trata “tiene por efecto: 1o. permitir la admisión de nuevas aportaciones o la restitución de aportaciones, nuevas adhesiones o retiros (voluntarios o forzosos) de socios, sin cesión de partes sociales ni modificación de estatutos”.

Más adelante tendré oportunidad de referirme a otros pasajes poco claros del texto legal y a sus infaustas consecuencias.

La variabilidad del capital acarrea consecuencias estatutarias o internas y publicitarias o externas; con brevedad expondré unas y otras.

He aquí las de orden estatutario:

a) Deben consignarse las condiciones que se fijen para el aumento y la disminución del capital social. Ahora bien, ¿qué condiciones pueden ser éstas?; tantas, que su sola mención podría resultar prolija, por lo que me limitaré a citar algunos ejemplos: la indicación del órgano facultado para decidir el momento en que deba procederse el aumento o reducción, que bien puede ser la asamblea o el órgano de administración; la forma en que deberá procederse, en su caso, al sorteo de las acciones que hayan de reembolsarse; igualmente en su caso, el calendario de aumentos o reducciones; la estipulación sobre si las variaciones del capital implicarán variación del valor nominal de las acciones, o bien la emisión de nuevos títulos, etcétera.

b) Aunque el precepto respectivo —artículo 216— permite que lo haga la asamblea extraordinaria, también en los estatutos pueden fijarse “los aumentos del capital y la forma y términos en que deban hacerse las correspondientes emisiones de acciones”. Ante todo, debe tenerse presente que esta disposición únicamente es aplicable a los dos tipos de sociedades por acciones que contempla nuestra Ley, y sólo por lo que se refiere a aumentos.

Aquí debo detenerme a examinar las consecuencias de orden práctico que puede acarrear la interpretación que debe darse al precepto que se comenta, así aisladamente considerado como en juego con el artículo 213 que, como sabemos, dispone que los aumentos o reducciones del capital en las sociedades que lo tienen variable se operarán “sin más formalidades que las establecidas” en el capítulo que regula dichas

¹⁰ Hamel, Joseph, y Gaston Lagarde, *Traité de droit commercial*, Paris, primer tomo, 1954, p. 954.

sociedades, pues resulta por demás interesante y significativo el divorcio entre las opiniones vertidas en la doctrina mexicana que se ha ocupado en el tema y la práctica sobre el particular.

Joaquín Rodríguez Rodríguez ¹¹ afirma que:

En las sociedades anónimas de capital variable (a pesar de que el precepto se refiere también a las comanditas por acciones) 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 (en este caso nuestro autor parece olvidar la posibilidad de que la sociedad anónima actúe con un administrador único); pero si ello no fuere así, los acuerdos nunca pueden delegarse en el Consejo, sino que son de la competencia exclusiva de la asamblea.^{11 bis}

En parecidos términos se expresa Mantilla Molina ¹² cuando afirma que puede facultarse "al consejo de administración (pues extrañamente olvida también al administrador único) para que en plazos previamente fijados, o al realizarse una condición, o a su arbitrio, coloque nuevas emisiones de acciones, etcétera", e insiste en que se precisa un acuerdo de la asamblea extraordinaria para el aumento del capital, a no ser que en la escritura constitutiva se prevea la forma y términos en que se hará. Por su parte, Barrera Graf ¹³ va más allá al opinar que, además, a cada aumento o reducción del capital debe corresponder una reforma estatutaria y la respectiva inscripción en el Registro de Comercio, todo ello por aplicación de los artículos 6o., V y VI; 91, I, II y III, así como 21, XII, del C. Com., que a su parecer conserva vigencia; finalmente, Iturbide Galindo,¹⁴ con acopio de información y argumentos, se adhiere a la opinión de Rodríguez Rodríguez y de Mantilla Molina, por lo que estima que no hace falta inscribir en el Registro de Comercio cada aumento que opere dentro del capital variable, puesto que, por hipótesis, ya aparece en dicho Registro la escritura constitutiva o el acta de la asamblea extraordinaria en la que se fijaron los aumentos, así como la forma y términos en que deban hacerse las correspondientes emisiones de acciones, como lo ordena el artículo 216.

Pues bien, para nadie es un secreto que la práctica se aparta de todo

¹¹ *Tratado de sociedades mercantiles*, 3a. ed., México, tomo II, 1965, p. 413.

^{11 bis} Debe entenderse la asamblea extraordinaria, pues así lo dice el tratadista español en pasaje anterior al transcrito.

¹² *Op. cit.*, pp. 424 y 425.

¹³ *Cambios del capital. . . . cit.*, pp. 104 y 105, y *Las sociedades. . . . cit.*, p. 156.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 112.

ello; que nada, o casi nada, suele preverse en los estatutos sobre la forma, términos o condiciones en que se aumentará o reducirá el capital, y menos aún se fijan los aumentos; que es frecuente la no adopción de capital autorizado, pese a lo cual se prevé la emisión de acciones de tesorería; que la decisión sobre incrementos o reducciones del capital se deja a la asamblea ordinaria o al órgano de administración.

La única explicación de tal estado de cosas se tiene, como antes apunté, en la insuficiente claridad de los textos legales, pero principalmente en la tan amplia interpretación que se ha venido atribuyendo a la parte final del artículo 213, en cuanto a la reducción de formalidades para las variaciones del capital, que ha desembocado en una prácticamente total ausencia de formalidades.

c) Ha de consignarse una cifra de capital mínimo, que no podrá ser inferior a la que con tal carácter exige la Ley para la constitución de ciertas sociedades (anónima, limitada y comandita por acciones) y que, en los casos en que no se exige (colectiva y comandita simple), no podrá ser inferior a la quinta parte del capital fundacional (artículo 217).

ch) Podrá adoptarse una cifra máxima de capital variable, que es el capital autorizado y, en tal caso, los aumentos y reducciones tendrán, dentro del variable, los límites así previstos estatutariamente.¹⁵

Una parte de la doctrina mexicana ha expresado que sólo en tal supuesto —de adopción estatutaria de un capital autorizado— puede darse la existencia de las llamadas acciones de tesorería;¹⁶ no comparto tal opinión, pues me parece que ningún inconveniente legal hay para que, adoptada por la asamblea extraordinaria una o varias cantidades en las que puede incrementarse el capital, la diferencia entre el pagado y el autorizado por dicha asamblea pueda documentarse en acciones de tesorería, aunque dicho capital autorizado no esté previsto en los estatutos.¹⁷

¹⁵ Opinan que no es imperativa la adopción de un capital autorizado: Mantilla Molina, *op. cit.*, p. 425; Barrera Graf, *Cambios...*, *cit.*, p. 98; Iturbide Galindo, *op. cit.*, p. 111.

¹⁶ Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 413; Mantilla Molina, *op. cit.*, p. 111.

¹⁷ El artículo 81 de la Ley del Mercado de Valores ha venido a crear un interesante modalidad: las sociedades anónimas de capital fijo pueden también crear —dicha Ley emplea erróneamente el verbo emitir— acciones no suscritas, destinadas a colocarse, en su momento, entre el público inversionista, a condición de que las prevean los estatutos y se mantengan en depósito del Instituto para el Depósito de Valores —INDEVAL—; el citado precepto exige que en la asamblea extraordinaria que acuerde la emisión y aumento, se acuerde también la renuncia al derecho de preferencia por parte de los accionistas.

Con la misma brevedad examinaré, ahora, las consecuencias publicitarias o externas de la variabilidad del capital:

a) La razón social o, en su caso, la indicación del tipo de sociedad, debe ir seguida de la expresión "de capital variable" (artículo 215); a despecho de la aparente sacramentalidad de la expresión, en la realidad se ha impuesto el uso de la preposición *de*, seguida de las siglas C. V., práctica que aprueba Mantilla Molina,¹⁸ al considerar suficiente el empleo de las siglas, "por similitud con otras disposiciones" de la Ley. El propio autor estima, en cambio, que la omisión de las palabras o siglas, para la cual no se prevé sanción legal, faculta a los terceros para considerar que se trata de una sociedad de capital fijo y, consecuentemente, para responsabilizar a los administradores de cualquier reducción por reembolso del capital realizada sin las formalidades previstas para las sociedades de capital fijo, y aunque admito mi simpatía por tal opinión, pues me parece que, *lege ferenda*, tal debía ser la sanción, mucho me temo que, ante la carencia de un claro fundamento legal, no podría ser compartida por la autoridad judicial, la que, por el contrario, podría invocar los efectos publicitarios, frente a tercero, de la inscripción en el Registro de Comercio de los estatutos de la sociedad con capital variable, previstos en los artículos 26, *a contrario sensu*, 29 y 30 del C. Com.

b) Cuando una sociedad anónima o una comandita por acciones anuncie su capital autorizado, deberá, al mismo tiempo, hacerlo con su capital mínimo; la infracción del precepto respectivo trae consigo, en este caso por disposición expresa, la responsabilidad de los administradores o de los funcionarios de la sociedad directamente autores de la infracción, por los daños y perjuicios *que se causen* (artículo 217).

Tengo por deliberada la ambigüedad de esta última expresión, puesto que no sólo a terceros, sino a la sociedad misma, puede causar daños el ocultamiento de su capital mínimo.

c) Las sociedades de que se trata deben llevar un libro de registro de aumentos o disminuciones del capital (artículo 219). Poco o nada se ha ocupado la doctrina en examinar las funciones y consecuencias de no llevar este libro. A mi juicio, la norma respectiva es, por una parte, imperfecta, al no prescribirse sanción por su incumplimiento; por otra parte, ante el mutismo legal en cuanto a sus funciones, valor probatorio y personas facultadas para consultarlo, me parece: 1) que por ahora sólo cumple una mera misión *informativa* interna, pues no

¹⁸ *Op. cit.*, p. 428.

creo que los datos en él consignados tengan siquiera eficacia vinculatoria para los órganos sociales, y menos todavía una fuerza probatoria prevaleciente sobre la de los títulos accionarios en poder de los socios, ante el valor que a dichos títulos confiere el artículo 111 que, como sabemos, estatuye que sirven para “acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio”; 2) no es de pública y libre consulta, ni siquiera por parte de los accionistas, pues, por razón de su cargo, creo que 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; 3) ante lo dispuesto por los artículos 33, 43, 44 y 46 del C. Com., juzgo que tal registro forma parte de la contabilidad de la sociedad, para todos los efectos legales, entre ellos la fuerza probatoria en juicio, conforme a las reglas previstas en el artículo 1295 del propio estatuto mercantil.¹⁹

ch) Tema más discutible y discutido es, sobre este punto, el relativo a la publicidad de las reducciones del capital; en forma sucinta, puede plantearse así:

¿Requieren reforma estatutaria las reducciones del capital en las sociedades de capital variable?; ¿se requiere, además, de la publicidad prevista en el artículo 9o., que mencioné al referirme a las sociedades de capital fijo, con el consiguiente derecho de oposición por parte de los acreedores sociales?

A efecto de aprehender cabalmente los cuestionamientos doctrinales, preciso es recordar los dos textos legales que los han suscitado: el artículo 213, en cuanto prescribe que los aumentos y reducciones no requieren más formalidades que las establecidas en el capítulo destinado a regular las sociedades que nos ocupan; el 214, que por su parte dispone que dichas sociedades “se regirán por las disposiciones que correspondan a la especie de sociedad de que se trate. . . salvo las modificaciones que se establecen. . .” en el propio capítulo. Aquí permítaseme recordar también que líneas arriba anuncié que la falta de claridad, y ahora agrego de congruencia, en los preceptos legales es la génesis de estas disparidades interpretativas.

Rodríguez Rodríguez²⁰ afirma, lacónicamente, que “mientras las disminuciones se hagan dentro de los límites legalmente previstos, no

¹⁹ La Ley francesa, progenitora, como hemos visto, de las sociedades de capital variable, no prevé la existencia de este registro, sino de otro en el que han de inscribirse las compras y ventas de acciones que efectúe la sociedad de sus propias acciones, en los casos permitidos por la propia Ley (artículos 217-I a 217-3).

²⁰ *Op. cit.*, p. 416.

tienen por qué publicarse y naturalmente tampoco tienen que sujetarse a las normas especiales del artículo 9o., LGSM.

Mantilla Molina,²¹ de modo más explícito, sostiene que en estas sociedades "puede alterarse el monto del capital social sin modificar la escritura constitutiva", pues:

No obstante la generalidad de los términos empleados por el artículo 9o. LSM, no son aplicables a las sociedades de capital variable las reglas sobre la publicidad de la reducción y sobre el derecho de oposición de los acreedores sociales, pues éstos quedan suficientemente advertidos de la posibilidad de reducciones, por la índole de la sociedad con que tratan, y para su protección encuentran diversas normas en el capítulo consagrado a las sociedades que tienen la modalidad que se estudia.

Frente a tales pareceres se han alzado otros con posterioridad; primeramente, el de Barrera Graf,²² quien, al admitir un cambio en su propia postura, concluye, según informé con anterioridad, "que los estatutos de las sociedades de capital variable sí deben modificarse en cada caso de aumento y de disminución", pues afirma que en cuanto el artículo 216 exige que el contrato constitutivo mencione las condiciones que se fijen para el aumento y la disminución del capital social, así como la forma y términos en que deban hacerse las emisiones de acciones, y puesto que, además, los artículos 6o. y 91 prescriben que la escritura constitutiva, particularmente de la sociedad anónima, debe consignar el importe del capital social, la expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes, el valor atribuido a éstos, la parte exhibida del capital, el número, valor nominal y naturaleza de las acciones, así como la forma y términos en que deba pagarse la parte insoluta de las acciones, no queda sino llegar a la conclusión ya apuntada: es legalmente indispensable que cualquier variación del capital social se refleje en los estatutos.

En posterior trabajo,²³ el mismo autor ha ratificado tal postura con nuevos argumentos: la inscripción registral no es una de las formalidades de las que exime el artículo 213 a las variaciones de capital; el Código de Comercio, mediante precepto no derogado, dispone en su artículo 21, fracciones V y XII, que cualquier modificación de la escritura constitutiva, en especial los aumentos o disminuciones del capital, deben inscribirse en el Registro de Comercio. Por lo que se refiere al

²¹ *Op. cit.*, pp. 423 y 427.

²² *Cambios del capital...*, *cit.*, pp. 104 y 105.

²³ *Las sociedades...*, *cit.*, pp. 156 y 157.

derecho de oposición por parte de los acreedores sociales, Barrera Graf lo pone en tela de duda, pues a su juicio la garantía de tales acreedores se limita al capital mínimo que se mencione en la escritura, ya que respecto de su importe no cabe el derecho de retiro.

Ulteriormente, Iturbide Galindo²⁴ parte del supuesto de que, conforme al artículo 216, en los estatutos se establecen las condiciones para el aumento y la *disminución* del capital, lo que le lleva a la conclusión de que las reducciones, dentro de la parte variable, pueden realizarse sin más formalidades que la resolución de la asamblea ordinaria o del órgano de administración cuando cualquiera de ellos lo estime conveniente, e incluso cuando algún accionista solicite el retiro parcial o total de sus aportaciones, en la inteligencia de que no tendrán que observarse las formalidades publicitarias ni se configura el derecho de oposición previstos en el artículo 9o., pues los terceros que contraten con la sociedad están suficientemente advertidos de que el capital puede disminuirse libremente en la parte variable.

Séame permitido formular mis propias respuestas a las interrogantes que dieron lugar al anterior discurso.

1a. En estas sociedades las reducciones del capital social, dentro del variable, no requieren de reforma estatutaria, y menos aún de inscripciones registrales o de publicidad, pues creo que todos estos pasos configuran las *formalidades* de las que están exentas las sociedades de capital variable, conforme al artículo 213, a condición de que, como se prevé en tal precepto, las disminuciones se operen por retiro parcial o total de aportaciones, pues si se hicieren por otros conceptos habrá que celebrar asamblea extraordinaria para que acuerde la reducción, amén de observar las formalidades registrales y publicitarias propias de cualquier reducción en las sociedades de capital fijo.

En los términos de la primera parte de tal conclusión se ha pronunciado la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, en el amparo directo 5973/74, Transportes del Pacífico, S.A. de C.V., el 5 de junio de 1978.²⁵

2a. Como consecuencia de lo expuesto, mientras las reducciones se operen por retiro de aportaciones, los acreedores de la sociedad no tienen derecho de oponerse, pues de otro modo se tornaría nugatorio el de retiro que la Ley concede a los socios dentro del capital variable.

²⁴ *Op. cit.*, pp. 105 y 122.

²⁵ *Informe Anual 1978*, Segunda Parte, Tercera Sala, p. 101.

IV. MEDIOS DE AUMENTO DEL CAPITAL

Tanto en las sociedades de capital fijo como en las de capital variable, de varios arbitrios se puede echar mano para incrementar el capital; son ellos: a) aportaciones, en sus diferentes formas: de numerario, de créditos, de derechos, de bienes tangibles y de intangibles; b) revaluación de activos; c) capitalización de pasivos; ch) capitalización de utilidades; d) capitalización de reservas; e) capitalización de primas sobre acciones; f) conversión de obligaciones.

Ahora bien, los únicos requisitos legales previos a cualquier aumento de capital parecen ser dos: el primero resulta del artículo 18, en cuyos términos, cuando hubiere pérdida del capital social, el mismo deberá ser reintegrado o reducido antes de hacerse repartición de utilidades, de donde es lógico inferir que en el mismo supuesto, cualquier pretendida capitalización de utilidades deberá aplicarse, primeramente, a la reposición del capital perdido y sólo el remanente podrá configurar aumento de capital; el segundo requisito, previsto sólo para la sociedad anónima y para la comandita por acciones, consiste en la prohibición de emitir nuevas acciones mientras las anteriores no hayan sido totalmente pagadas (artículo 133), y aunque disposición similar encontramos en otras legislaciones,²⁶ me atrevo a apuntar que la rígida y literal aplicación del precepto conduciría a situaciones inextricables o de plano injustificablemente perjudiciales a los intereses de la sociedad, de los socios y de terceros, según es de verse en los dos siguientes ejemplos entre muchos otros que podrían invocarse: se adopta, por acuerdo de asamblea, un calendario de pago de los dividendos pasivos respecto de todas las acciones emitidas y, en cierto momento, surge la posibilidad de realizar una ventajosa operación a base de considerables recursos que los socios no pueden aportar, pero sí un tercero dispuesto a ello, con el consentimiento de los primeros; ¿deberá resignarse la sociedad a no realizar la operación que pudo reportarle beneficios en provecho propio, de los socios y de terceros, ante la irremediable existencia de acciones pagadoras?; ¿no le quedarán más caminos que acudir a la obtención de un crédito o a la emisión de obligaciones, ambos sembrados de dificultades y, seguramente, a un elevado costo financiero?; ¿a quién perjudica, si los socios y el tercero están de acuerdo, que las acciones ya emitidas se mantengan como pagadoras conforme al calendario de pago de dividendos pasivos aprobado por la asamblea?

Segundo ejemplo: en las condiciones expuestas, la sociedad afronta

²⁶ Ley española, artículo 89, que sólo exceptúa a las sociedades de seguros; Código Civil italiano, artículo 2438; Ley francesa, artículo 182.

la conveniente oferta, como aportación al capital, de un inmueble, de una marca, de una patente, etcétera, que le permitirá incrementar provechosamente sus actividades; las preguntas, en este caso, son prácticamente iguales a las formuladas a propósito del supuesto anterior, y tal vez por ello la Ley francesa adopta un temperamento, al disponer que el capital anterior deberá estar íntegramente pagado sólo cuando el aumento haya de operarse mediante acciones pagaderas en numerario; luego, no se exige que las acciones anteriores se encuentren totalmente pagadas para que pueda incrementarse el capital a base de aportaciones diversas del numerario.

Examinemos, brevemente, cada uno de los antes mencionados arbitrios de aumento:

1. *Aportaciones*

En cuanto a las de numerario, se rigen, de modo general, por las disposiciones del Código Civil en materia de obligaciones en dinero, con las siguientes salvedades por lo que se refiere a las sociedades anónimas y en comandita por acciones:

a) No existe disposición legal semejante a la contenida en el artículo 89-III, de aplicación a la constitución de la sociedad, en cuanto a la obligatoria exhibición mínima del 20% del valor nominal de las acciones pagaderas en numerario; sin dejar de reconocer la falta de fundamento legal, la doctrina mexicana se inclina por la validez de una aplicación extensiva del referido precepto.²⁷

b) Los dividendos pasivos de las acciones pagadoras deberán cubrirse en la forma prevista en los títulos respectivos; si nada se prevé en ellos, el acuerdo sobre exhibiciones de tales dividendos deberá publicarse en el periódico oficial del domicilio de la sociedad con una anticipación no menor de treinta días a la fecha en que deba hacerse el pago. En ambos casos, la mora del socio faculta a la sociedad para exigirle judicialmente el cumplimiento, o bien para vender las acciones (artículos 118 y 119).²⁸

En cuanto a las aportaciones de crédito, que a mi juicio deben considerarse de numerario, también nos encontramos con un régimen legal que, protector del capital social, finca al aportante una responsabili-

²⁷ Mantilla Molina, *op. cit.*, p. 340; Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 170; Iturbide Galindo, *op. cit.*, p. 47; Barrera Grañ, *Cambios del capital...*, *cit.*, p. 95.

²⁸ Disposición, esta última, que se presta a graves injusticias y a abusos en perjuicio de los socios, sin contar con sus ribetes de inconstitucionalidad, pues permite a la sociedad hacerse justicia por mano propia.

dad que va más allá de la prevista por el derecho común para las cesiones de crédito (artículos 2042 y 2043, C. Civ.), pues el artículo 12, LGSM, dispone que responde no sólo de la existencia y legitimidad del crédito, sino también de la solvencia del deudor en el momento de la aportación; si se trata de títulos de crédito, además, de que no han sido objeto de la publicación prescrita por el artículo 45-III de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito para los casos de trámite judicial de cancelación por extravío o robo, sin contar con que, como es sabido, si no hay estipulación en otro sentido la sociedad recibe los títulos salvo buen cobro (artículo 7o. de la citada LGTOC).

Las aportaciones de derecho y de intangibles ofrecen una amplísima gama de manifestaciones, pero también abren campo a densas lucubraciones doctrinales por lo que hace a su régimen jurídico, en algunos casos por las dificultades que plantea la determinación de su carácter jurídico, como los derechos de autor y los de la llamada propiedad industrial; en otros, por razón de la problemática y aun imposible determinación actual y futura de su valor económico para efectos de incorporación al capital social, los cuales son el de usufructo o simple uso de un inmueble, de equipo industrial o incluso de dinero.

Así, por ejemplo, mientras algunos autores sostienen que no es aportación de capital la que se efectúe de derechos de autor, sobre una patente o una marca, otros discuten sobre si la aportación de una empresa, de los derechos derivados de un contrato de suministro o de arrendamiento, debe tratarse o no como las aportaciones en especie,²⁹ al paso que otros³⁰ estiman que el uso o la habitación, por ser derechos personalísimos, no son aportables.

Debido a que el tratamiento de dicho punto rebasa el tema y dimensiones propios de este trabajo, me limitaré a dejar apuntado:

1o. Que salvo que otra cosa se estipule, las aportaciones de bienes se entienden traslativas de dominio.

2o. Que el riesgo de las cosas aportadas sólo es a cargo de la sociedad una vez que se le haga la *entrega respectiva* (artículo 11), expresión ésta que, por no ser de la claridad deseable, ha sido objeto de interpretación doctrinal en términos de entrega real, salvo que el periclitamiento ocurra por culpa de la sociedad.³¹

3o. En el caso de la sociedad anónima y de la comandita por acciones, los bienes diversos del numerario deben exhibirse íntegramente y

²⁹ Véanse, por todos, Brunetti, Antonio, *Tratado del derecho de las sociedades*, Buenos Aires, II, 1960, pp. 258 y ss., y Mantilla Molina, *op. cit.*, pp. 208 y 209.

³⁰ Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, tomo I, p. 38.

³¹ Mantilla Molina, *op. cit.*, p. 209; Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, pp. 43 y 44.

la aportación debe formalizarse, según su naturaleza, desde el primer momento (artículos 89-IV, y 95).

4o. Las acciones respectivas quedan en depósito de la sociedad emisora —indudablemente en garantía— durante los dos años siguientes a la aportación a efecto de que, si dentro de tal plazo los bienes se devaluaren en un 25% o más, el socio cubra a la sociedad la diferencia.

5o. Que a despecho de la pretendida inalienabilidad de las acciones de aporte, que se proclama en la Exposición de Motivos de la LGSM, no existe inconveniente *legal* alguno en que se transmitan, mediante el endoso respectivo, sin que para ello sea óbice su depósito prendario en la sociedad.³²

2. Revaluación de activos

Efecto de varios factores, en la actualidad principalmente de la depreciación monetaria, la configuración de reservas o superávit ocultos permite, una vez reflejados en la contabilidad, su capitalización para los efectos que nos ocupan, a condición de que los avalúos respectivos se hagan “por valuadores profesionales independientes debidamente reconocidos por la Comisión Nacional de Valores”; si se trata de valores o de mercancías que se coticen en bolsas de valores, deberán obtenerse cotizaciones certificadas por dichas instituciones bursátiles. Además, en ambos casos los nuevos valores deben consignarse de modo expreso en estados financieros y ser aprobados por la asamblea de accionistas (artículo 116). Ahora bien, aunque tal mecanismo está previsto sólo para las sociedades por acciones, juzgo que buenas razones operan en favor de su aplicación a las demás sociedades mercantiles.³³

3. Capitalización de pasivos

Apenas si hace falta aclarar que el llamado *pago en acciones* resulta de la imposibilidad, dificultad o inconveniencia de pagar una deuda en la forma convenida; obviamente, esta dación en pago presupone el consentimiento del acreedor; pero cabe preguntarse si, considerada la acción como título de crédito, el recibo de las acciones debe entenderse

³² Conforme, Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, I, p. 298.

³³ Al atender la consulta sobre un caso práctico, que recientemente se me formuló, opiné que las acciones que con motivo de estas capitalizaciones se expidan, aunque surgidas de la valorización de bienes diversos del numerario, no son de las llamadas acciones *de aporte*, pues no se pagan por los socios con bienes de nuevo ingreso al patrimonio social, por lo que no es aplicable a ellas el régimen de tales acciones (artículo 141) a que me referí líneas arriba.

salvo buen cobro. Me parece clara la solución negativa, pues creo que la disposición relativa, contenida en el ya citado artículo 7o. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito es de las previstas como no compatibles en la naturaleza de las acciones, a que se refiere el artículo 111, LGSM.

4. *Capitalización de utilidades*

Con escaso margen de error, me atrevo a afirmar que tal vez sea éste el medio más socorrido de incremento del capital, a lo menos en México, entre otras razones por los estímulos fiscales que lo alientan; como en el caso que antecede, se requiere su previo reconocimiento en estados financieros, así como la aprobación de éstos por la asamblea (artículo 116).

5. *Capitalización de reservas*

Tanto el fondo de reserva como otras reservas son capitalizables, salvo disposiciones contenidas en leyes que regulan la actividad de sociedades específicas. Por supuesto, cuando tales reservas estén constituidas por bienes diversos del numerario, y siempre salvadas las disposiciones especiales, deberán observarse las reglas a que me refería al examinar la capitalización por revaluación de activos.

6. *Capitalización de primas sobre acciones*

Como sabemos, la colocación de acciones con prima obedece, en la mayoría de los casos en que las emiten sociedades prósperas o que operan con normalidad financiera, al intento de evitar un lucro o enriquecimiento de nuevos accionistas a costa de los anteriores; en tales condiciones, el ingreso por primas tiene carácter extraordinario, pues no guarda relación con las actividades propias de la sociedad, y ningún inconveniente existe para su inmediata capitalización, esto es, sin esperar a la elaboración y aprobación de un balance, Así lo considera la Ley en su artículo 116.

7. *Conversión de obligaciones*

Surgidas en la vida comercial angloestadounidense, las obligaciones convertibles pasaron pronto al derecho continental europeo; un Decreto

de 3 de septiembre de 1953 las reguló en Francia,³⁴ mientras que el derecho positivo mexicano les dio entrada mediante la adición del artículo 210 *bis* a la LGTOC, según publicación aparecida en el *Diario Oficial* del día 29 de diciembre de 1962.

Aunque bien vista, la conversión de obligaciones no es más que una forma de capitalización de pasivo; el examen de su régimen legal y del mecanismo operativo rebasan, como en algún caso anterior, el tema y dimensiones propios del presente trabajo,³⁵ por lo que me limitaré a dejar consignado que la emisión de estas obligaciones trae consigo la necesidad de crear las acciones de tesorería que requiera la conversión; que en el aumento de capital resultante de la conversión no opera el derecho de preferencia que a los antiguos accionistas confiere el artículo 132; que durante el plazo establecido para la vigencia de las obligaciones la sociedad emisora no podrá tomar acuerdos que perjudiquen las bases del derecho de conversión (artículo 210 *bis*-I, II y VI, LGTOC).

V. MEDIOS DE REDUCCIÓN DEL CAPITAL

De modo compulsivo en ocasiones, pero por conveniencia en otras, las sociedades afrontan la necesidad de reducir su capital y, como en el caso de aumento, pueden, y en ciertos casos deben, acudir a cualquiera de varios procedimientos; helos aquí: 1) Devolución a los socios (de dinero o de otros bienes; 2) Absorción de pérdidas; 3) Liberación del pago de dividendos pasivos; 4) Adquisición forzada de sus propias acciones.

Examinemos cada uno de tales procedimientos.

1. *Devolución a los socios*

Aunque lo usual es que el reembolso se haga en efectivo, no debe descartarse la posibilidad de amortizar acciones con bienes *en especie*, particularmente si tal se prevé en los estatutos o en los títulos de las acciones respectivas.

³⁴ Défossé, Gaston, *Les obligations convertibles en actions*, 2a. ed., Paris, 1970, p. 5.

³⁵ Tal vez el mejor estudio especializado en derecho mexicano sea el de Herrera, Mario, *Obligaciones convertibles en acciones*, México, 1964. Sobre la emisión de obligaciones en general, puede consultarse otro excelente trabajo del mismo autor, *Qué es y cómo se hace la emisión de obligaciones*, México, 1966, así como el de Vázquez Arminio, Fernando, *Las obligaciones y su emisión por las sociedades anónimas*, México, 1962.

Aquí cabe preguntarse si tendría validez legal la cláusula en cuyos términos la sociedad se obligara a conservar permanentemente en su patrimonio el bien aportado por un socio, para su devolución a este último, o a su causahabiente accionario, al surgir su derecho a la amortización de la acción o acciones respectivas. Tal cláusula, a mi juicio, sería plenamente válida, pues no juzgo aplicable al caso la nulidad prevista en el artículo 2301 del C. Civ., respecto de la estipulación de no vender a persona alguna, por razón de que tal nulidad se preconiza para el contrato de compraventa, no para el de sociedad, que es mi supuesto; otro precepto del mismo estatuto civil, de supuesta-mente pretendida invocación, el 1858, proclama sólo la aplicación de las *reglas generales* —no de las especiales— de los contratos a los que no están especialmente reglamentados en el propio Código; pero es el caso que ni el ya citado artículo 2301 configura una regla general de los contratos, ni el de sociedad es un contrato atípico, sino previsto y regulado, tanto en el propio C. Civ. como en la LGSM.

2. *Absorción de pérdidas*

Ante la pérdida de capital, la sociedad tiene frente a sí una prohibición, la de repartir utilidades, y dos alternativas, el reintegro de la porción perdida o la reducción del capital (artículo 18); obviamente, la pérdida deberá consignarse en estados financieros, que a su vez han de ser aprobados por la asamblea.

3. *Liberación del pago de dividendos pasivos*

Por una u otra razón, la sociedad puede considerar innecesaria la exhibición, por los accionistas, de una parte del capital suscrito y no pagado; en todo caso, tal decisión conduce a una reducción del capital social.

4. *Adquisición forzada de sus propias acciones*

Aunque nuestra Ley prohíbe, de modo general, que una sociedad por acciones adquiera las emitidas por ella, lo permite en dos casos:

a) Para amortizarlas con utilidades repartibles, siempre que tal posibilidad se prevea en los estatutos (artículo 136); mas como este mecanismo no supone reducción del capital, su análisis escapa al presente estudio, y

b) Cuando en juicio seguido por ella para obtener el pago de un

crédito, se llegue a la adjudicación de sus propias acciones; empero, como tal adjudicación conlleva la automática aunque subrepticia reducción del capital, debe proceder a la recolocación de las acciones en un plazo máximo de tres meses, lapso durante el cual las mismas no pueden estar representadas en asamblea; de no venderse las acciones en el indicado plazo, será preciso proceder a la consiguiente reducción del capital, con lo que las acciones quedarán canceladas (artículo 134).

Pero como cabe la posibilidad de que, no obstante la apuntada prohibición, una sociedad adquiera sus propias acciones fuera del caso previsto en el artículo 134, pertinente es examinar las consecuencias de tal adquisición: en primer lugar, considero que la adquisición está afectada de nulidad absoluta, pues involucra un acto contrario al tenor del citado precepto prohibitivo (artículo 8o., C. Civ.), con todas las consecuencias previstas en los artículos 2225 y los siguientes aplicables del mismo estatuto civil; en segundo lugar, los consejeros o funcionarios que hayan autorizado la adquisición afrontan la personal y solidaria responsabilidad de los daños que se causen a la sociedad y a sus acreedores (artículo 138).

VI. DERECHOS DE LOS SOCIOS Y DE TERCEROS CON MOTIVO DE LAS VARIACIONES DE CAPITAL

1. *En caso de reducción*

Varias veces me he referido, con anterioridad, a la regla consignada en el artículo 9o., según la cual cuando la reducción se opere mediante reembolso o liberación de exhibiciones no realizadas, los acreedores pueden oponerse judicialmente a la reducción; cabe recordar que el ejercicio de tal acción acarrea, entre otras consecuencias, la suspensión de los efectos del acuerdo; pero que si la sociedad desea llevarlos adelante debe pagar o garantizar el pago de los créditos que tengan los opositores.

Empero, la generalidad de los términos en que está concebido el precepto, ofrece serias dificultades de aplicación práctica en varios supuestos, algunos de los cuales paso a examinar:

1o. ¿Se extiende tal derecho de oposición a los casos de reducción forzosa? Recordemos el derecho de retiro que, en las sociedades por acciones, la Ley (artículos 206 y 208) concede a los socios cuando se modifique el objeto, la nacionalidad o el tipo de la sociedad y que en otros tipos sociales se concede en diversos supuestos; ¿cómo conciliar

el derecho de retiro y la consiguiente reducción del capital, con el derecho de los acreedores a oponerse a tal reducción?

Otro caso de reducción forzosa es el planteado por los artículos 118 a 121, a propósito de las acciones pagadoras cuyos dividendos pasivos no se cubran en un mes contado desde la fecha en que debieron pagarse, y tampoco se hubiere promovido la reclamación judicial ni vendido las acciones; como sabemos, la consecuencia de todo ello es que *debe* reducirse el capital social.

Y he aquí un tercer caso de ineludible reducción: la exigida por el artículo 134 cuando, judicialmente adjudicadas a la sociedad sus propias acciones —según posibilidad que antes analicé—, no se hubiere procedido a recolocarlas dentro de los tres meses siguientes a la adquisición.

Es evidente que en todas estas hipótesis deben reformarse los estatutos, a lo menos en las sociedades de capital fijo; pero entonces cabe repetir la pregunta inicial en otros términos: ¿cómo debe proceder la sociedad si, publicado el forzoso acuerdo de reducción, un acreedor se opone judicialmente?; ¿resignarse, en el primer ejemplo, a pagar anticipadamente o garantizar el crédito como medio para satisfacer el derecho que la Ley concede al socio que se retira?; ¿mantener incólume el capital, en los otros ejemplos, a pesar de las respectivas exigencias judiciales de reducción?

En su lugar apunté mi opinión en el sentido de que el tercer caso escapa a las prescripciones del artículo 9o., pues no supone reembolso ni liberación a accionistas; luego, no ha lugar a publicaciones periodísticas ni a derecho de oposición por parte de los acreedores; los dos primeros ejemplos, en cambio, sí suponen, reembolso el primero y liberación el segundo. Pues bien, a mi juicio en ambos, así como en cualesquiera otros en que la Ley *exija* la reducción del capital, los acreedores carecen del derecho de oponerse, precisamente porque, de tenerlo, harían nugatorias las disposiciones legales respectivas que, si bien se analizan, en buena parte son protectoras de sus intereses, a lo menos en cuanto imponen, a las sociedades de capital fijo, reformas estatutarias con la consiguiente publicidad de la convocatoria a la asamblea extraordinaria, así como las inscripciones registrales de reducción, todo lo cual permitirá a los acreedores adoptar eventuales medidas precautorias e incluso, como ocurre con arreglo al clausulado de algunos contratos, exigir la adopción de medidas adicionales para proteger sus intereses (ampliación de garantías reales o personales; vencimiento anticipado, etcétera). En otras palabras: la publicidad y el derecho de oposición previstos por el artículo 9o., a mi parecer, deben entenderse

referidos sólo a los casos en los que la sociedad decide, *voluntariamente*, reducir el capital por reembolso o liberación a los socios, no así cuando cualquiera de tales medidas deba ser adoptada por exigencia legal.³⁶

2o. ¿Es aplicable el artículo 9o. de que se trata a las reducciones que se operen en las sociedades de capital variable? Es de recordarse aquí la opinión de Mantilla Molina, que comparten Rodríguez Rodríguez e Iturbide Galindo, en sentido negativo, mientras la reducción opere dentro de la parte variable, al paso que Barrera Graf estima que cada reducción debe significar las correspondientes reforma estatutaria e inscripción registral, si bien nada dice sobre la publicidad periodística y tampoco del derecho de oposición.

Por mi parte, reitero que, tanto la modificación estatutaria como su inscripción y las publicaciones periodísticas, configuran las modalidades de las que el artículo 213 exime a las sociedades de que se trata, mientras sólo se modifique el capital variable; luego, me alíneo con quienes opinan que el artículo 9o., sólo es aplicable a las reducciones del capital mínimo.

Paso a examinar otros derechos de los socios con motivo de las reducciones de capital.

Cuando proceda la exclusión o separación de un socio deberá hacerse reembolso del capital y pago de las utilidades que le correspondan; pero la sociedad puede diferir la liquidación al momento en que concluyan las operaciones que hayan estado pendientes al resolverse la exclusión o separación (artículo 15).

Como antes expresé, juzgo válida la estipulación en el sentido de que, en caso de exclusión, separación o retiro de un socio, se le reembolse precisamente el bien aportado.

Aunque es de indudable equidad que, cuando la reducción haya de operarse por reembolso, el mismo se haga de modo proporcional a todos los socios de manera que se reduzca el valor nominal de todas las partes sociales o acciones, la Ley permite que en la sociedad anónima y en la comandita por acciones se haga designación de acciones que se reembolsarán en su totalidad; aunque me parece discutible la legalidad de tal procedimiento cuando no lo prevean los estatutos, la designación de las acciones debe hacerse, en su caso, por sorteo ante notario o corredor público (artículo 135).

Por lo que se refiere a las sociedades de capital variable recuérdese,

³⁶ Iturbide Galindo, *op. cit.*, p. 87, estima que la reducción para apsorber pérdidas también debe ser objeto de publicidad; es de suponerse, aunque no lo dice, que tal publicidad supone el derecho de oposición por parte de terceros acreedores. Por las razones apuntadas, no comparto tal opinión.

una vez más, que el artículo 213 sólo menciona la reducción por retiro parcial o total de aportaciones; a su vez, el artículo 220 dispone que tal retiro debe avisarse de modo fehaciente y que, si se notifica antes del último trimestre del ejercicio anual, surtirá efectos al finalizar el mismo, y al fin del ejercicio siguiente si se hiciera después. Importa dejar precisado que aquí la sociedad no puede, como sí en las de capital fijo, posponer la liquidación al momento en que concluyan las operaciones que hayan estado pendientes cuando surta efectos el retiro (artículo 15).

2. En caso de aumento

Algunos de los mecanismos que antes expuse no ofrecen mayores complicaciones por lo que hace a los derechos de los socios: los aumentos por revaluación de activos y por capitalización de reservas, de utilidades y de primas sobre acciones han de beneficiar a todos los socios, si bien en proporción al importe exhibido de sus acciones o partes sociales, pues me parece obvio que aunque dos o más socios hayan *suscrito* las mismas sumas de capital, su participación en los activos sociales, en este caso capitalizados, debe guardar proporción con la parte *exhibida* de dicho capital suscrito. Por lo que se refiere a las utilidades, así lo disponen de modo claro los artículos 16-I y 117; por lo que concierne a los demás arbitrios de aumento, me parece claro que el mismo principio debe regir, por un elemental criterio de analogía.

En cuanto a los aumentos por nuevas aportaciones, los artículos 132 y 208 no suscitan duda alguna en punto al derecho preferencial por parte de los socios en la sociedad anónima y en la comandita por acciones; en la de responsabilidad limitada, en cambio, se tiene tal derecho, pero los estatutos o la asamblea que decreten el aumento pueden restringirlo y aun suprimirlo (artículo 72); aunque sin la claridad que sería de desearse, parece que el mismo principio rige en la sociedad colectiva y en la comandita simple (artículos 31 y 57).

La clara postura de nuestra Ley, sin duda aplicable a los casos de aumento por aportaciones *in natura*, no es compartida por otras legislaciones: la Ley francesa (artículo 183) sólo concede el derecho de preferencia cuando el aumento se opera con aportaciones de numerario; lo propio ocurre en el derecho italiano (artículo 2441 del Código Civil italiano).

En cambio, otro cuerpo legal suprime el derecho de preferencia cuando el capital se incrementa por la conversión de obligaciones en acciones (artículo 210 *bis-II* de la Ley General de Títulos y Operaciones

de Crédito); regla semejante existe en otras legislaciones (artículo 195 de la Ley francesa). El Código Civil italiano (artículo 2441), más cauteloso, dispone que "cuando el interés de la sociedad lo exige, el derecho de opción puede ser excluido o limitado en la deliberación de aumento de capital". Por su parte, la doctrina española dista mucho del consenso en cuanto a la interpretación de los textos de su Ley, cuyo artículo 95 permite a la sociedad aumentar su capital, previa celebración de una asamblea general, mediante la conversión de que se trata, *cuando tal conversión haya sido prevista en la emisión de las obligaciones*; si no se hubiere previsto hará falta, además, el consentimiento de los obligacionistas; Garrigues y Uría³⁷ no vacilan al afirmar que "...es característica de esta emisión la exclusión del derecho de suscripción preferente de los antiguos accionistas, ya que; si lo ejercitasen, la conversión de obligaciones en acciones sería imposible"; por el contrario, Rubio³⁸ sostiene que:

... parece que también en este supuesto de elevación del capital por conversión de obligaciones en acciones asiste a los accionistas el derecho de suscripción preferente... Otra cosa, además constituiría un medio de burla el derecho de opción a través de una emisión de obligaciones que luego se convierten en acciones, operaciones ambas decididas por mayoría.

A esta última opinión se adhiere Sánchez Andrés en denso y documentado estudio monográfico.³⁹

VII. CONCLUSIONES

A manera de conclusión de estas notas, deseo formular algunas sugerencias que me parecen dignas de tomarse en cuenta, al elaborar una nueva legislación de sociedades mercantiles, dentro del capítulo de variaciones del capital social:

- 1a. La posibilidad de que las sociedades de capital fijo puedan crear y emitir acciones de tesorería.
- 2a. La existencia de sociedades de capital variable, con o sin capital

³⁷ *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, tomo II, 1952, p. 255.

³⁸ Rubio, Jesús, *Curso de derecho de sociedades anónimas*, 2a. ed., Madrid, 1967, p. 63.

³⁹ Sánchez Andrés, Anibal, *El derecho de suscripción preferente del accionista*, Madrid, 1974, pp. 330-337.

autorizado, amerita un adecuado régimen de publicidad y protección de los intereses de terceros y de los propios accionistas.

3a. El derecho de opción en casos de aumento ha de graduarse desde la plena obligatoriedad hasta su total supresión, según los arbitrios, la naturaleza de los bienes, los pactos estatutarios y los acuerdos de asamblea, con la adecuada protección de las minorías.

4a. La necesidad temporal de numerario o de bienes *in natura* podría llevar a la conveniencia de que se expidan acciones también temporales.

5a. Si se ha de conservar el régimen de inexistencia del derecho de opción en caso de aumento por conversión de obligaciones en acciones (lo que amerita un profundo y detallado análisis), parece aconsejable conceder a los socios el derecho de preferencia en la adquisición de las obligaciones convertibles.