



**Comisión General de Codificación
Sección Segunda, de Derecho Mercantil**

**PROPUESTA DE LA PONENCIA PARA EL ESTUDIO
SOBRE EL RÉGIMEN LEGAL APLICABLE A LAS
SOCIEDADES DE CAPITAL VARIABLE.**

Madrid, marzo de 2016

A MODO DE PREÁMBULO

1.- La Ponencia sobre las sociedades de capital variable se ha planteado, en primer lugar, cual es el estado de la cuestión respecto de esta figura jurídica.

En el Derecho Comparado, únicamente la Ley General de Sociedades Mercantiles de México (a la que siguen las legislaciones de Costa Rica y El Salvador) contempla específicamente y con carácter general las sociedades de capital variable. Pero lo hace como una modalidad que pueden adoptar los tipos de sociedades mercantiles que regula (SA, SRL, comanditaria por acciones, colectiva, etc.), pero no las configura como un tipo social distinto. En consecuencia, el régimen jurídico que les es de aplicación es el propio del tipo social de que se trate, con algunas especificidades.

En nuestro Derecho, no existe la sociedad de capital variable como tipo social específico, ni tampoco como modalidad que puedan asumir los tipos de sociedades mercantiles reconocidos, ya que la normativa de la Segunda Directiva constituye un serio obstáculo para ello. De hecho, hace unos años la Comisión Europea convocó un concurso para la realización de un estudio sobre la posibilidad de sustituir el régimen jurídico del capital por el denominado test de solvencia patrimonial propio de los ordenamientos anglosajones, pero dicho estudio, dadas las características de las legislaciones societarias europeas que se ajustan a la Segunda Directiva, no tuvo éxito alguno.

Ello no obstante, sí existen en nuestro ordenamiento unas determinadas sociedades especiales de capital variable, como son: las sociedades de garantía recíproca, cooperativas, sociedades de inversión de capital variable (sicavs), y sociedades agrarias de transformación. Ahora bien, todas y cada una de ellas tienen una regulación propia y específica, son de características muy dispares, cumplen funciones muy distintas entre sí, y se hallan sujetas a autoridades administrativas diferentes. Este es un hecho que hay que tener en cuenta al estudiar a fondo el tema y al valorar la posibilidad de configurar unas disposiciones generales que puedan resultar de aplicación a todas ellas.

Porque lo que de entrada no nos parece viable hoy por hoy es establecer y regular un tipo de sociedad mercantil de capital variable, que pugnaría con el ordenamiento comunitario y supondría dar un paso que ningún país europeo se ha decidido todavía a dar. Sin que debamos perder de vista que un sector de la doctrina mercantil mexicana propugna la supresión de este tipo de sociedad que su legislación reconoce por la falta de garantías que ofrece al tráfico.

INFORME SOBRE EL ESTUDIO DEL RÉGIMEN LEGAL APLICABLE A LAS SOCIEDADES DE CAPITAL VARIABLE

Realizado por la Ponencia integrada por los miembros de la sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, Dra. M^a Teresa de Gispert Pastor, como presidente, y por los Dres. Jesús Quijano González y Enrique Plñel López, como vocales.

1.- ANTECEDENTES:

La Orden del Ministerio de Justicia de 18 de Diciembre de 2015 que constituyó en la Sección de lo Mercantil de la Comisión General de Codificación una Ponencia encargada del estudio de las sociedades de capital variable, estableció una serie de indicaciones sobre la tarea de dicha Ponencia que cabe resumir en la forma siguiente:

a) Se le encomendaba la realización de un estudio de la actual regulación de las formas societarias con capital variable con vistas a determinar la procedencia de una regulación general del capital variable, aplicable como normativa común a las formas societarias que ya tienen admitido el capital variable, además de su posible extensión a otras formas societarias, configurando una nueva categoría compatible con los tipos conocidos (sociedad anónima o limitada de capital variable), a cuyos efectos debería redactarse, en su caso, un borrador de proyecto de ley al respecto.

b) A tal efecto, la Ponencia debía preparar un estudio preliminar que exponga y justifique la conveniencia de regular con carácter general las entidades de capital social variable y la posible extensión del régimen de capital variable a otras entidades.

c) La fecha para la terminación de este estudio es el 31 de Marzo de 2016 y se someterá al Pleno de la Comisión de Codificación. En el caso de que éste considere procedente redactar un Anteproyecto de Ley sobre sociedades de capital variable, éste deberá redactarse por la Ponencia en un plazo que permita su aprobación, antes de finales de 2016, por el Pleno de la Comisión.

2.- ESTUDIO DE LAS ACTUALES FORMAS SOCIETARIAS EN LOS QUE EN ESPAÑA SE ADMITE EL CAPITAL VARIABLE.

Los trabajos de la Ponencia han comenzado, como es obligado, estudiando las sociedades que actualmente tienen en España un régimen de variación del capital

distinto del establecido con carácter general en la legislación mercantil, debiéndose resaltar que la regulación de dos de las figuras examinadas, las cooperativas y las sociedades agrarias de transformación está siendo objeto de reconsideración por sendas Ponencias de la propia Sección de lo Mercantil, que lógicamente tendría que tenerse en cuenta para cualquier decisión.

Debe observarse como cuestión previa que el propio concepto de “sociedad de capital variable” admite distintas variantes:

- en un sentido estricto, se puede considerar “sociedad de capital variable”, por contraposición a la sociedad con capital fijo, a aquella en que la cifra de capital no tiene fijez estatutaria ni estabilidad, sino que es el resultado, ocasional y cambiante, de la propia situación patrimonial de la sociedad en cada momento;

- en un sentido más amplio, una sociedad de capital variable sería aquella cuya cifra de capital, a priori determinada en los estatutos, goza de un régimen más flexible de variación o modificación, sea por aumento, sea por reducción, que el aplicable con carácter general a las sociedades con capital fijo.

La diferencia con éstas no está, por tanto, en el hecho de que la cifra de capital pueda modificarse, pues tal cifra es siempre modificable; la diferencia está en que para modificarse haya que seguir el procedimiento y cumplir los requisitos de las modificaciones estatutarias, o, por el contrario, que pueda hacerse la modificación por simple acuerdo de la junta, o incluso del órgano administrativo, sin necesidad de otras formalidades. Tal posibilidad, característica de las sociedades de capital variable, admite a su vez modalidades diversas:

- que la modificación flexible pueda hacerse entre un mínimo y un máximo previstos estatutariamente, de modo que sólo necesitará requisitos formales la modificación de tales límites, mínimo o máximo (que también podrán estar determinados legalmente), pero no el cambio de cifra dentro de tal horquilla;

- que sólo haya un umbral mínimo insoslayable, a partir del cual la cifra de capital puede variar con flexibilidad, pudiendo ser aumentada sin límite y reducida con ese límite mínimo;

- y que haya un máximo, habitualmente denominado “capital autorizado”, hasta el que cabe aumentar, o dentro del que cabe reducir el capital sin otra formalidad, etc.

Tales distinciones habrán de tenerse en cuenta a la hora de analizar los supuestos existentes, que, como es bien notorio, responden a distintas modalidades dentro de las citadas.

Asimismo, y aunque huelga hacer tal distinción, debe quedar perfectamente claro que determinados supuestos en los que lo que está flexibilizado es el deber de aportar, como presupuesto para integrar patrimonialmente la cifra de capital,

constituyen una categoría en nada asimilable a la de las sociedades de capital variable; es la situación conocida desde siempre en las sociedades anónimas, en aplicación de los principios de suscripción completa y desembolso mínimo; o la más reciente de las llamadas “sociedades limitadas de fundación sucesiva”, en las que, ciertamente, se exige la cifra general de capital mínimo, como cifra de llegada que deberá terminar figurando en los estatutos sometida a las reglas habituales de determinación, fijeza y estabilidad, si bien puede llegarse a ella desde el mínimo absoluto (cifra de capital social inferior al mínimo legal) por medio de sucesivos aumentos, y sin plazo definido legalmente.

Partiendo de estas observaciones, se han estudiado las siguientes figuras, cuyas características fundamentales se resumen a continuación:

2.1. Sociedades de Inversión de capital variable (Sicav)

Las sociedades de inversión mobiliaria de capital variable (SICAVS) son uno de los tipos de entidades de inversión colectiva sometida a una legislación administrativa específica, tanto europea como nacional, que ha de respetarse necesariamente y que prevalece sobre la legislación mercantil que puede serles de aplicación por el hecho de adoptar una forma societaria mercantil como la sociedad anónima.

Por supuesto todos los actos de dichas SICAVS, constitución, fusión, transformación, extinción están sometidas a autorización por parte de la autoridad administrativa competente, aunque ello también es aplicable a otras sociedades sometidas a normas mercantiles; pensemos simplemente en las entidades de crédito, aunque leyendo las disposiciones regulatorias de unas y otras, no cabe duda que el grado de intervención en las SICAVS no es comparable con el de las entidades de crédito.

Baste con señalar que se autoriza a que las SICAVS no gestionen la actividad de la sociedad, sino que la encomienden a una sociedad gestora de inversión colectiva (SGII), previendo que en tales casos no sean aplicables normas mercantiles tan importantes como la exigencia de que tengan procedimientos internos y de control, adecuados o un consejo de administración y órganos de dirección con acreditada honorabilidad empresarial o profesional. Siendo de resaltar que la práctica totalidad de las SICAVS están acogidas a este sistema de encomendar a un tercero su gestión y administración. Y todos sus bienes deben estar en poder de un depositario autorizado con importantes obligaciones que van mucho más allá de la mera custodia.

En cuanto a la regulación del capital, las normas esenciales a destacar consisten en la obligación de publicar diariamente el valor liquidativo al que se tienen que hacer las operaciones de compra y venta de acciones y, sobre todo, la existencia no de una posibilidad sino de una obligación de comprar y vender acciones en todo momento y al referido valor publicado, todo ello naturalmente sin intervención ni de la Junta General ni de los administradores que, como se ha dicho, no intervienen en la gestión de la Sociedad, que tienen normalmente encomendada una Sociedad de

gestión mobiliaria y que determinan que el capital de la sociedad cambie todos los días.

2.2. Sociedades Cooperativas

La vigente Ley (estatal) de Cooperativas contiene un régimen propio del capital social, configurado a partir de la exigencia de una cifra de capital mínimo que debe figurar en sus estatutos y que debe estar totalmente desembolsado desde la constitución de la sociedad; a partir de esa referencia de capital mínimo, la cifra de capital puede variar, por aumento o reducción, de manera que si la cooperativa quiere anunciar en público su cifra de capital social debe referirlo a fecha concreta y expresar el desembolsado. La cifra de capital mínimo es requisito de subsistencia, opera como límite del reembolso de aportaciones y, si el capital disminuye por debajo de ese mínimo, la cooperativa debería disolverse, salvo que se reintegre o se reduzca en la medida necesaria; el capital mínimo puede reducirse mediante una modificación formal de los estatutos.

2.3. Sociedades de garantía recíproca SGR

Las Sociedades de Garantía Recíproca constituyen un instrumento de promoción empresarial que facilita el crédito a las Pymes, ya que sus funciones básicas consisten en conceder avales que les permitan acceder a la financiación bancaria y facilitar el acceso de las empresas avaladas a líneas de financiación privilegiada y obtener mejores condiciones en sus créditos que las que conseguirían por sí solas en el mercado.

Tienen un régimen mercantil específico, proponiéndose su ley reguladora aumentar la solvencia de esta clase de sociedades, pieza clave para consolidar la aceptación del aval que prestan por parte de las entidades de crédito, así como mejorar su ratio de liquidez, base de su eficiencia en la prestación del aval, objetivos que se advierten a lo largo de sus normas reguladoras. Estas sociedades tienen que ofrecer sólidas garantías a los terceros, pero tienen que estar dominadas por las pequeñas y medianas empresas a las que apoyan e impulsan financieramente. Por ello la ley exige que estén constituidas en su mayor parte (4/5) por pymes

Las SGR constituyen un tipo especial y autónomo de sociedad mercantil de capital variable, que en lo que se refiere al capital social y a la responsabilidad de los socios por las deudas sociales (no responden personalmente por ellas) se asemeja en gran medida a una S.A., pero en lo que se refiere al principio de puerta abierta y a los derechos de los socios predomina el carácter mutualista, si bien esta última afirmación no se corresponde exactamente con la regulación de estos derechos en la ley que las aproxima a las SA. Por otra parte, tienen la consideración de entidades financieras, lo que significa que se hallan bajo la supervisión del Ministerio de Economía y del Banco de España.

El capital social de las SGR se halla sometido a los mismos principios de rigen este elemento del pasivo en las sociedades de capital. Sin embargo, presenta la peculiaridad de que se trata de un capital variable en el sentido que es posible su aumento y reducción mediante autorización del Consejo de Administración, sin necesidad de observar las formalidades relativas a la modificación de los estatutos sociales.

Estas variaciones podrían ser susceptibles de originar cierta incertidumbre para los terceros, al presentar un capital con oscilaciones constantes. Pero la realidad es que en ningún momento atentan contra la seguridad del tráfico ni contra la propia continuidad de la empresa, ya que, en principio, se trata de variaciones que no son totalmente discrecionales, al existir unos márgenes de movilidad acotados y un riguroso control respecto de la observancia de los requisitos mínimos de solvencia de la sociedad.

El artículo 7 de la ley establece que el capital social, que se integrará por las aportaciones de los socios (que deben ser dinerarias), será variable entre una cifra mínima fijada en los estatutos (que no podrá ser inferior a 1.800.000 euros) y el triple de dicha cantidad (capital máximo). Estará dividido en participaciones sociales de igual valor nominal, acumulables e indivisibles, que no tendrán la consideración de valores negociables ni podrán denominarse acciones.

Dentro de los límites establecidos para la variación del capital, y respetando los requisitos mínimos de solvencia, aquél podrá aumentar o disminuir sin necesidad de modificación estatutaria por acuerdo del Consejo de Administración, por la creación y atribución de nuevas participaciones sociales o mediante el reembolso y extinción de las existentes. La variación del capital fuera de los límites mencionados exigirá la modificación de la cifra mínima fijada en los estatutos, siguiendo para ello el procedimiento establecido en su ley reguladora.

La variabilidad del capital permite la continua incorporación de nuevos socios y la separación de los que deseen abandonar la sociedad pidiendo el reembolso de sus participaciones, rigiendo en consecuencia el principio de puerta abierta.

Por otra parte, los “requisitos mínimos de solvencia” que los acuerdos de aumento o reducción del capital por parte del Consejo habrán de respetar en todo caso –los cuales el Gobierno ha establecido mediante Real Decreto-, parecen hacer referencia a estos dos extremos: a) la SGR debe tener un capital que, aparte de no bajar del mínimo legal, habrá de ser adecuado y proporcionado al número de socios con que cuente y al volumen de deuda que prevea garantizar; y b) el patrimonio social –del que forman parte integrante el “fondo de provisiones técnicas” y las reservas- no podrá ser inferior en ningún momento a la cifra de capital.

2.4.-Sociedades agrarias de transformación SAT

El régimen de las SAT no contempla propiamente una técnica de capital variable de manera directa; sus estatutos deben contener una cifra de capital determinada , estando constituido el capital por el valor de las aportaciones de los socios, totalmente suscrito y desembolsado al menos en un 25% y sus variaciones se deben a las particularidades derivadas de la condición de productores agrícolas que tienen que tener los socios lo que determina, por una parte, las causas de baja de socios y también la adquisición de socios nuevos, pero sin pueda considerarse que estas sociedades, que se califican como civiles, tengan propiamente un capital variable.

2.5. –Sociedades laborales SL.-

Tampoco el régimen vigente de las SL, sea SAL o SLL, contiene una técnica de capital variable; deben contener en sus estatutos una cifra de capital dividida en acciones nominativas o en participaciones; lo que ocurre es que ese capital está distribuido en dos categorías o clases, la clase laboral y la clase general, y si se produce un cambio de clase como consecuencia de una transmisión, los administradores están autorizados por ley a modificar los estatutos en lo que sean afectados y a otorgar escritura pública, todo ello relacionado con la especial estructura de capital que se les exige de que personas que tengan la condición de trabajadores fijos de la sociedad controlen la mayoría del capital, ninguno de ellos tenga más del tercio del capital y los trabajadores accionistas trabajen la mayoría de las horas de la sociedad.

Del examen sucinto de las características de estas sociedades se desprende que, salvo para el caso de las SICAVS, en que sí existe un capital variable, y, en menor medida, de las cooperativas y las sociedades de garantía recíproca, donde lo que hay es más bien un régimen flexible de variación de la cifra del capital, con alcance particular en cada caso, no parece posible, en el estado actual de la legislación española, configurar una categoría general societaria ni establecer un régimen común a las mismas referido a la variabilidad del capital, que está condicionada en cada caso por la muy específica función que pretende la sociedad, normalmente verificada y controlada por una autoridad administrativa. Más aún, en el caso concreto de las SICAVS, sin duda el más significativo, el principio de obligatoriedad de la variación del capital, que se produce cada día, tampoco permite cualquier tipo de generalización de su régimen.

Ahora bien, esa conclusión no supone que no pueda abordarse la creación de un tipo societario, no vinculado a ninguno de los fines específicos que pretenden esos tipos especiales de sociedades, que pueda ser aplicable a sociedades mercantiles ordinarias, no ligadas a una finalidad específica. Sin embargo, este planteamiento

debe tener en cuenta los condicionamientos actuales derivados del estado actual de la normativa comunitaria en materia de sociedades, circunstancia que, a nuestro juicio, no facilita en este momento el citado objetivo.

3.- COMPATIBILIDAD DEL CAPITAL VARIABLE CON LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE SOCIEDADES

En efecto, las sociedades incluidas en el anexo de la Directiva 2012/30 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 (en España, las sociedades anónimas), que ha codificado la normativa europea derogando la segunda directiva, que procedía de 1977 y que había experimentado distintas modificaciones en 1992, 2006 y 2009, han de sujetarse a las normas europeas en la materia (principalmente contenidas en los artículos 2, c y d, 3, g, 6, en cuanto a las menciones estatutarias y 29 y siguientes, en cuanto a las variaciones de la cifra del capital) que no contemplan el capital variable a disposición de los administradores y gestores de la sociedad, salvo en lo que implica el régimen tradicional del “capital autorizado”, y que son las que inspiran la normativa española de capital social de la legislación sobre sociedades de capital, en concreto de las normas aplicables a las sociedades anónimas.

Pudiera parecer extraña esta conclusión teniendo en cuenta el carácter de sociedad anónima que tienen las SICAVs, pero precisamente la Unión Europea se ha dado cuenta de esta anomalía: la Comisión Europea ha iniciado un proceso de “recodificación” de algunas Directivas, entre ellas la citada Directiva 2102/30. La Propuesta de Directiva (3-XII-2015) mantiene la exigencia estatutaria de una cifra de capital determinada, aunque permite que conste una cifra concreta de capital suscrito o una cifra de capital autorizado (artículos 3 y 13, e) que actúa como límite dentro del que puede moverse la cifra de capital suscrito. Esta opción permite cierta variabilidad dentro de ese margen, en los términos del artículo 67. Sin embargo, el propio artículo 43 de la propuesta de Directiva viene a confirmar el significado de la cifra de capital al mencionar como excepciones que los Estados miembros pueden reconocer al régimen del capital tanto a las sociedades de inversión de capital variable, como a las cooperativas, que son precisamente los supuestos ya conocidos, señalando en concreto que:

“Los Estados miembros podrán decidir no aplicar las disposiciones de este capítulo – que es el que regula el mantenimiento y modificación del capital - a las sociedades de inversión de capital variable y a las cooperativas constituidas bajo una de las formas de sociedad que figure en el anexo I. En la medida en que las legislaciones de los Estados miembros hagan uso de esta opción, deberán exigir a dichas sociedades incluir las palabras «sociedades de inversión de capital variable» o «cooperativa» en todos los documentos indicados en el artículo 25”

Por lo tanto, parece claro que no se puede aplicar a la sociedad anónima una normativa sobre capital variable que no cumpla con la normativa europea que inspira

la normativa que contiene nuestra regulación de las sociedades de capital aplicables a las sociedades anónimas.

Para el caso concreto de la sociedad limitada, procede añadir algunas consideraciones sobre el estado de la cuestión en ese ámbito.

4.- POSIBILIDAD DE REGULAR EL CAPITAL VARIABLE PARA OTRAS SOCIEDADES DISTINTA DE LA ANÓNIMA Y CONCRETAMENTE PARA LA LIMITADA.

La Ponencia ha examinado diversos textos, vigentes o proyectados, con el fin de valorar las manifestaciones o indicios que puedan existir al respecto.

4.1. Ejemplos del Derecho Comparado

Ámbito en el que sólo ha encontrado el ejemplo de la ley mexicana de sociedades que regula sociedades mercantiles de capital variable y que ha sido copiada por algunos Estados centroamericanos.

El régimen de capital variable fue introducido en México por el Código de Comercio de 1884 y reglamentado posteriormente por la Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934 (en adelante, "LGSM"). Desde su introducción, este régimen ha tenido una aplicación generalizada en México, de tal modo que la mayoría de las sociedades mercantiles en nuestros días adoptan esta modalidad, si no es desde el momento de su constitución, sí posteriormente, a través de una modificación estatutaria.

Aunque las sociedades de capital variable se encuentran reguladas específicamente en el capítulo VIII de la LGSM (artículos 213 a 221), el artículo 1 de dicho ordenamiento establece que cualquiera de los seis tipos de sociedades mercantiles que la propia ley reconoce (colectiva, comanditaria simple, comanditaria por acciones, limitada, anónima, y cooperativa) pueden constituirse como de capital variable, reconociéndose por la doctrina mexicana como una mera modalidad, y no como una especie diferente de sociedad mercantil. Así lo reconoció expresamente el legislador en la correspondiente Exposición de Motivos, en la cual establece que:

"... la ley acoge como una modalidad para todas las sociedades, el de constituirse como de capital variable. Aunque de utilidad para hacer posible 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 podrán adoptar instituciones como las de las acciones emitidas y no suscritas que no habrían podido hallar lugar de haber conservado íntegramente el sistema rígido del Código de Comercio".

Como es de ver, el legislador sólo justifica la adopción de esta modalidad societaria porque permite adoptar las llamadas acciones de tesorería, si bien luego, en su articulado (art. 213) se infiere otra razón: que no se apliquen al sistema de capital variable las formalidades propias del régimen de las sociedades de capital fijo, sino sólo las que se establecen específicamente en el Capítulo VIII de la Ley.

En efecto, para ser comprendido, el régimen de capital variable debe ser necesariamente contrastado con el régimen del capital fijo, pues las formalidades que se exigen para éste en materia de variaciones del capital social, no resultan aplicables para aquél, tal y como lo dispone el artículo 213 de la LGSM. Este precepto prescribe que el capital social de las sociedades de capital variable es susceptible de aumento por aportaciones posteriores de los socios o por la admisión de nuevos socios; así como de disminuciones por retiro parcial o total de las aportaciones, sin más formalidades que las establecidas en el capítulo VIII de la LGSM.

Ahora bien, antes de analizar a qué se refiere la LGSM con la expresión “sin más formalidades”, resulta útil abordar brevemente las formalidades aplicables para las variaciones del capital en una sociedad de capital fijo. El artículo 5 de la LGSM (ubicado en la parte general de la LGSM, aplicable a todo tipo de sociedades) establece que “las sociedades se constituirán ante notario y en la misma forma se harán constar sus modificaciones”. Y el artículo 7 dispone además que la escritura pública se inscriba en el Registro de Comercio. En consecuencia, dado que el importe del capital social es un requisito esencial para todo contrato social, su modificación, por lo antes dispuesto, debe realizarse también ante fedatario público, requiriendo posteriormente la anotación de dicho cambio en el folio electrónico que la sociedad respectiva tenga en el Registro Público de Comercio, así como la publicación del mismo en un sistema electrónico que la Secretaría de Economía recientemente implementó en México (para el caso de reducciones de capital).

Así, mientras que para las sociedades de capital fijo es necesario seguir un procedimiento estricto y riguroso, el Capítulo VIII de la LGSM contempla una reducción de formalidades en este sentido, en el bien entendido de que, al margen de sus normas específicas, toda sociedad de capital variable debe regirse por las disposiciones aplicables a su clase respectiva, así como por las disposiciones de la sociedad anónima en materia de balances y responsabilidad de los administradores, según dispone el artículo 214 de la Ley.

Así, esta modalidad de sociedades se regula por las siguientes normas específicas:

a) Es necesario agregar a la denominación o razón social de la sociedad correspondiente las palabras “de capital variable” (o “de C.V.”, como se acostumbra en la práctica mexicana).

b) 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”. Como señala Barrera Graf, estas condiciones pueden indicar o implicar que no se eleve a escritura pública el acuerdo de aumento o disminución de capital, lo cual sólo es posible si los estatutos sociales conceden tal facultad de aumento o disminución a la asamblea ordinaria o al órgano de administración de la sociedad.

c) En las sociedades por acciones (i.e. la sociedad anónima y la sociedad en comandita por acciones), el contrato social o la Asamblea General Extraordinaria de accionistas fijarán los aumentos de capital y los términos y forma en que deban realizarse 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.

d) Se debe realizar la inscripción de las variaciones del capital (aumentos y reducciones) en un libro de registro que para tal efecto llevará la sociedad respectiva.

e) El retiro parcial o total de aportaciones de un socio debe ser notificado a la sociedad y no surtirá sus efectos hasta el fin del ejercicio anual en curso o hasta el fin del siguiente (dependiendo de la fecha de notificación).

f) No podrá ejercitarse el derecho de separación cuando tenga como consecuencia reducir a menos del mínimo el capital social.

Este catálogo reducido de formalidades es, precisamente, el elemento que configura la columna vertebral de este régimen corporativo. De hecho, en la Exposición de Motivos de la LGSM se manifiesta lo siguiente:

“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 terminadas instituciones jurídicas que vienen tropezando con el obstáculo de la rigidez del código de comercio...”

Adicionalmente, las denominadas “acciones de tesorería” (i.e., acciones emitidas, pero no suscritas) jugaron también un papel fundamental en la introducción de esta modalidad al sistema jurídico mexicano:

“... el gobierno estima que (el capital variable) será particularmente importante en las sociedades por acciones, supuesto que... podrán adoptar instituciones como la de las acciones emitidas y no suscritas, que no habrían podido hallar lugar, de haberse conservado íntegramente el sistema rígido del código de comercio”.

En la práctica mexicana, las sociedades de capital variable juegan un papel fundamental dado que, por regla general, las modificaciones de la parte variable del capital pueden realizarse sin necesidad de cumplimentar ninguno de los siguientes requisitos:

- a) llevar a cabo una modificación del contrato social;
 - b) anotar la modificación en el folio mercantil del Registro Público de Comercio;
- y
- c) realizar su publicación en el sistema electrónico (para el caso de reducciones de capital).

Así, dado que la LGSM permite en su artículo 216 que el contrato social establezca las condiciones que regirán las variaciones del capital, quienes constituyen una sociedad o quienes redactan nuevos estatutos suelen acudir a formalidades simples, reducidas y menos costosas para la realización de modificaciones en la parte variable del capital social, como por ejemplo su realización a través de asambleas ordinarias (en oposición a las extraordinarias, para el caso de las sociedades anónimas, que requieren quórum y porcentajes de votación mayores), o mediante el órgano de administración de la sociedad.

De esta forma, los operadores de sociedades anónimas, al momento de realizar variaciones del capital social en su parte variable gozan de las siguientes ventajas:

- a) Reducen sus costos en materia de fedatario público, pues como se ha explicado anteriormente, se realizan estas modificaciones a través de asambleas ordinarias de accionistas, las cuales no requieren ser protocolizadas en escritura pública.
- b) Se evitan el costo de llevar a cabo las inscripciones mercantiles que por ley se obliga a quienes realizan variaciones en la parte fija del capital;
- c) Evitan también las gestiones necesarias para realizar las publicaciones electrónicas; y
- d) Reducen sus costos en materia de asesoría legal y gestiones administrativas, entre otras cosas.

Por otra parte, es importante señalar que, dado que la regulación de esta modalidad de sociedades es parca y superficial (recordemos que consta únicamente de 8 artículos), la práctica jurídica mexicana ha suplido dichas carencias con estipulaciones estatutarias y actos que podrían llegar a vulnerar disposiciones de orden público o la seguridad de los acreedores, los inversionistas y/o los mismos socios o accionistas.

En efecto, se han puesto de relieve la existencia de importantes deficiencias en la regulación.

Como se ha dicho, según el artículo 213 de la LGSM el capital social de las sociedades de capital variable es susceptible de aumento (i) por aportaciones

posteriores de los socios o (ii) por la admisión de nuevos socios. Se desconoce si fue por intención o negligencia del legislador el hecho de que se haya dejado fuera a otro tipo de mecanismos para aumentar el capital; como lo son los llamados aumentos nominales del capital social, que incluyen a la capitalización de beneficios o de primas sobre acciones, tan comunes en la práctica comercial en la actualidad. Dado que el legislador no incluyó a estos mecanismos en la regulación del capital variable, resulta incierto si fue su intención el relegar estos mecanismos al sistema de capital fijo, o bien si lo fue el afectarlos de nulidad en caso de realizarse.

Exactamente la misma suerte corren los mecanismos para disminuir capital social que no se corresponden con la separación total o parcial de socios –único supuesto considerado por el 213 de la LGSM- como lo son (i) la reducción por devolución de aportaciones a los accionistas o (ii) las reducciones por pérdidas.

Adicionalmente, el artículo 220 de la LGSM -único artículo que regula de manera directa el llamado derecho de separación de los socios- establece también una regulación deficiente, ya que de su aplicación han surgido o pueden surgir diversas incertidumbres tanto para los acreedores de los socios como de los socios mismos.

Otro aspecto que no debe ignorarse, es que la LGSM parece confundir el término “formalidades” (signos o conjunto de signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad) con el término “condiciones”, siendo que dichos términos tienen alcances diferentes, como se desprende de la teoría general de las obligaciones. Distinto hubiera sido si, al redactar el contenido del artículo 216 de la LGSM, el legislador obligara a la sociedades a incluir en sus estatutos las formalidades particulares bajo las cuales dichas sociedades llevarían a cabo sus aumentos y disminuciones de capital, preferiblemente estableciendo criterios mínimos de referencia. De hecho, como se dijo en el apartado anterior, la práctica mexicana acostumbra a establecer en los estatutos de una sociedad el que los aumentos de capital en su parte variable se realizarán mediante asamblea ordinaria de accionistas (o se confía al órgano de administración) y que, por ello, no será necesario elevar a escritura pública notarial el acta en la que consten los acuerdos acordados por dicha asamblea, evitando con ello costos significativos. Únicamente se requiere la modificación de los estatutos cuando se reduce el capital mínimo que éstos deben fijar, o se incremente el máximo que, en su caso, los estatutos indicaran.

A este respecto, cabe mencionar que mientras para una parte de la doctrina es posible proceder de esta manera sólo en el supuesto de que los estatutos de la sociedad lo contemplen expresamente, para otra parte de la doctrina, una variación de capital necesariamente debe realizarse mediante una asamblea extraordinaria, con su consecuente protocolización notarial, lo que muestra una disparidad de opiniones, consecuencia de la incertidumbre jurídica que la vaguedad de la ley genera.

Ahora bien, aún en caso de que se adopte la primera de las posturas (estatutos que contemplen variaciones en el capital en asamblea ordinaria, sin protocolización),

es innegable que, como lo argumenta Laviada, "...los aumentos de capital y las correspondientes emisiones de acciones de su parte variable, sin formalizarse el acta de emisión en escritura pública... es gravemente peligrosa para los intereses de los inversionistas".

Adicionalmente, como se adelantó en el primer apartado, según el artículo 9 de la LGSM, toda disminución de capital efectuada mediante reembolso a los socios debe ser acompañada de una publicación en el sistema electrónico establecido por la Secretaría de Economía. Al estar ubicado este artículo en la parte general de la LGSM, es incierto si la parte especial de dicho ordenamiento (capítulo VIII) vuelve inaplicable dicho precepto, liberando a quienes realizan una disminución de capital en la parte variable de la obligación de publicar en el sistema electrónico.

Ahora bien, el artículo 219 de la LGSM establece un requisito que, como tal, sí puede ser considerado como una formalidad para la realización de variaciones en el capital: la inscripción de las mismas en un libro de registro que para tal efecto llevará la sociedad. Sin embargo, como lo menciona Díaz Bravo, casi nada se ha ocupado la doctrina en examinar las funciones y consecuencias de no llevar este libro, siendo que se trata de una norma imperfecta (pues no contempla sanción para su incumplimiento) y además incompleta en cuanto que no contempla sus funciones, valor probatorio y personas facultadas para consultarlo, al margen de que los terceros carecen de acceso al mismo, lo que implica que la sociedad o sus socios de control pueden fácilmente manipularlo.

Barrera Graf se muestra particularmente crítico con el sistema legal de las sociedades de capital variable y su traducción en la práctica, ya que, en su opinión, es fuente propicia de incontables y cuantiosos abusos y fraudes contra acreedores tanto de la sociedad como de los socios. En realidad, la garantía de dichos acreedores no es la totalidad del capital, sino sólo aquella porción que los estatutos establezcan como mínimo. Si ninguna publicidad se exige –como sucede en la práctica– a las variaciones del capital (ya evidentemente no lo es su constancia en un libro registro que lleva la sociedad, el cual ésta puede manipular a su antojo y al que no tienen acceso los terceros), ni se protocolizan en escritura pública ni se inscriben en el Registro de Comercio, la consecuencia es que la sociedad y/o el socio que la controla pueden fácilmente simular aumentos de capital en daño de sus acreedores particulares, o pueden proceder a disminuciones fraudulentas de capital “mediante el retiro total o parcial de las aportaciones” (art. 213), dejando a los acreedores sin más garantía que un capital mínimo que suele ser irrisorio.

Ante esta realidad, el citado autor opina que o bien se debe prescindir de esta modalidad de sociedad de capital variable, o, si subsiste, debe exigirse la inscripción en el Registro de Comercio de cualquier aumento o reducción del capital social en protección de los acreedores y de los propios socios.

4.2. Propuestas en el Derecho Comunitario.

En época relativamente reciente, se han elaborado en el ámbito comunitario dos iniciativas que, referidas a sociedades de menor tamaño o de estructura más simples, pueden servir de referencia para comprobar si se ha producido alguna manifestaciones favorables a la admisión de técnicas de capital variable.

En primer lugar, la Propuesta de Reglamento del Consejo, de 25 de junio de 2008, sobre Estatuto de la Sociedad Privada Europea, pensado en cierto modo como réplica de la Sociedad Anónima Europea, con destino a pequeñas y medianas empresas, y parece que hoy paralizado o abandonado.

Tanto en sus requisitos esenciales (artículo 3, a), como en las menciones a incorporar a su inscripción (artículo 10, c), sigue apareciendo la referencia al capital social, desarrollada luego en los artículos 19 y siguientes, conforme a los criterios tradicionales. Concretamente, el artículo 19 exige que la cifra de capital conste en euros, con un mínimo de 1, y que esté íntegramente suscrita, aunque su desembolso pueda ser diferido. Ninguna otra particularidad referida a la variabilidad del capital aparece en el texto.

La segunda iniciativa, más reciente, es la propuesta de Directiva, de 9 de abril de 2014, sobre sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada, cuya discusión continúa aún, con notable lentitud.

También aquí el artículo 13, 1, f, contiene una mención al capital social, como mención necesaria en la inscripción, sin otra particularidad, mientras que los artículos 16 y siguientes, donde está el régimen del capital, establecen la necesidad de un capital mínimo, que puede ser de 1 euro, la suscripción íntegra, y el desembolso completo en el momento en que la SUP proceda a registrarse. Tampoco hay previsión alguna sobre variabilidad especial de la cifra de capital.

Cabe, finalmente, indicar que, recientemente, en el seno de Naciones Unidas, la Comisión para el Derecho Mercantil Internacional, ha elaborado dos propuestas articuladas (de ley modelo sobre las entidades mercantiles unipersonales, en 2014, y de ley modelo sobre las entidades mercantiles simplificadas, en 2015), en las que hay previsiones sobre la formación del capital (artículos 7 y 8, y 7 a 13, respectivamente), sin que se recojan indicios de especial tratamiento de la variabilidad.

Vistas estas referencias, no parece que en el ámbito comunitario existan en el momento actual previsiones o tendencias favorables a incorporar la figura de la sociedad de capital variable como tipo diferenciado, ni un tratamiento especial de la variabilidad de la cifra de capital, más allá de la eventual distinción entre el capital suscrito y el capital autorizado, que se aparte de lo que ha venido siendo el régimen tradicional.

4.3. La Private Limited Company inglesa

Esta sociedad ha servido de inspiración a la propuesta de sociedad privada europea ya que es un tipo societario aplicable a sociedades pequeñas o de estructura accionarial simple, como las filiales de empresas grandes.

A dicho tipo societario, en relación con el capital se le reconocen en la UK Company Law de 2006 numerosas dispensas respecto de la normativa normal de sociedades, que respeta naturalmente las exigencias europeas, salvo que los Estatutos de la sociedad en concreto disponga otra cosa:

Por destacar algunas:

a) El art. 550 concede a los administradores la posibilidad de atribuir a terceros participaciones (shares) de la compañía y otorgar derechos para suscribirlas y para convertir en ellas cualquier tipo de valores.

b) El art. 567 permite que los estatutos de la sociedad excluyan la aplicación de las normas sobre derecho de suscripción preferente de los accionistas.

c) El art. 642 permite cualquier reducción de capital basado en un test de solvencia realizado por los administradores. Y

d) El art. 709 puede redimir o adquirir las propias acciones sin exigir que se haga con beneficios distribuibles o con nuevas emisiones.

Todo ello no supone un capital variable pero si puede producir efectos semejantes en cuanto a la disponibilidad para que los administradores pueden vender y adquirir acciones de la sociedad.

4.4. Consideración complementaria.

A la vista de los textos y documentos examinados, cabe entender que una actuación en el sentido de incorporar la figura de la sociedad de capital variable, o técnicas análogas, en el ámbito de las sociedades limitadas, iría en contra de la tendencia de la normativa sobre sociedades de capital, que en general somete a la sociedad limitada a reglas semejantes a las sociedades anónimas en materia de capital, aun cuando recientemente se hayan tomado medidas como el denominado régimen de fundación sucesiva que, como ya se indicó, no puede considerarse una técnica de variabilidad del capital.

Naturalmente, la decisión sobre la procedencia de profundizar en esta materia redactando el correspondiente proyecto de ley, excede de la competencia de esta Ponencia, conforme establece claramente la Orden que la constituyó al principio señalada: debe ser la Sección de lo Mercantil la que adopte un criterio al respecto para someterlo a la aprobación del Pleno de la Comisión de Codificación, aunque del

contenido de este informe se desprende claramente una opinión de la Ponencia no favorable a plantear una reforma legislativa en esta materia. Si la decisión del Pleno fuese positiva, esta Ponencia procedería a redactar el proyecto de anteproyecto de ley correspondiente, modificando la ley de sociedades de capital.

Como resultado de todo lo anterior, se formulan las siguientes

5.- CONCLUSIONES DEL ESTUDIO PRELIMINAR

5.1. Los supuestos en los que la normativa vigente permite una modificación de las normas sobre mantenimiento y modificación de capital respecto del establecido en la legislación sobre sociedades de capital están íntimamente ligados a la naturaleza de las sociedades, a la condición que por ello deben reunir los accionistas y a la normativa administrativa que le es de aplicación, por lo que no parece posible establecer una normativa general sobre variabilidad del capital aplicable a todas ellas.

5.2. Fuera de esos casos específicos, la normativa sobre mantenimiento y modificación de las sociedades anónimas no puede ser modificada por imperativo de la normativa europea, que va a resaltar expresamente la excepción que suponen las Sicavs y las Cooperativas.

5.3. Es posible, por supuesto, establecer un régimen diferente de mantenimiento y modificación del capital para las sociedades de responsabilidad limitada, que puede suponer una variabilidad plena del capital, conforme a la ley mexicana o bien una serie de tolerancias y dispensas, como las planteadas en Europa que pasan por sustituir la garantía que supone para terceros el capital por un sistema de test de solvencia. Sobre esta posibilidad y su alcance debe decidir el Pleno de la Comisión de Codificación, una vez que la Sección de lo Mercantil haya expresado su criterio al respecto.

Madrid, a 29 de marzo de 2016