

CAPITAL SOCIAL E INFRACAPITALIZACIÓN. APORTES PARA LA INTRODUCCIÓN DE LA NOCIÓN DEL CAPITAL VARIABLE EN NUESTRA LEY DE SOCIEDADES

IGNACIO LUIS TRIOLO

PONENCIA

SE PROPONE LA INTRODUCCIÓN DE LA NOCIÓN DEL CAPITAL VARIABLE PARA LAS S.A. Y LAS S.R.L.

Por medio de este instituto, estas sociedades pueden variar su capital social (aumentándolo o reduciéndolo) sin necesidad de reformar sus estatutos ni de inscribir el aumento o la reducción de capital en el Registro Público de Comercio.

No se afecta la garantía de los acreedores y terceros que brinda el capital social pues, como se demostrará, el capital no cumple efectivamente con la función de garantía y es necesario rever el concepto.

Con relación a la infracapitalización, se apoyan las soluciones consistentes en tomar como base de cálculo de la reserva legal establecida por el Art. 70 de la Ley de Sociedades no el capital social sino el patrimonio social (nosotros agregamos que debería preverse que esto no importe una inmovilización de fondos muy importante) y, adicionalmente, establecer la obligatoriedad de capitalizar reservas

cuando las mismas superen una determinada proporción del capital social.

DESARROLLO

1. EL CONCEPTO CLÁSICO DE CAPITAL SOCIAL. CRÍTICAS

Si partimos del Artículo 1º de nuestra Ley de Sociedades Nº 19.550¹ (en adelante la "LSC") veremos que entre los elementos que configuran el concepto de sociedad encontramos la "*obligación de los socios de realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios*"². De este artículo, se extrae la noción clásica de capital social entendido como "*la suma de los aportes en numerario y en especie (obligaciones de dar) que los socios se comprometen a efectuar*"³. Este concepto debe ser distinguido de otros conceptos afines para evitar confusiones. Halperín⁴ señala los siguientes:

- 1) *Fondo Común*: Está constituido con los aportes de los socios, los cuales deben efectuarse en el momento y de la manera establecida para cada tipo societario. Este concepto ha caído en desuso y se reflató con la incorporación de los Contratos de Colaboración Empresarial a nuestra LSC por parte de la Ley Nº 22.903⁵ (fondo común operativo), aunque en rigor de verdad, no tiene demasiada relevancia a los efectos jurídicos por su carencia de utilidad práctica.
- 2) *Capital*: Es el concepto precitado, el cual se mantiene invariado y estático, salvo, obviamente, los casos de aumento y reducción de capital, conforme los procedimientos legales y estatutarios vigentes.
- 3) *Patrimonio*: Halperín lo define diciendo que "el patrimonio social está formado por el conjunto de bienes del activo con el cual la sociedad actúa y afronta el pasivo que lo integra" (tenemos en cuenta estas dos funciones)⁶.

¹ ADLA XXXII-B-1760.

² Ley de Sociedades Comerciales, Artículo 1º.

³ ZALDÍVAR, MANÓVIL, RAGAZZI, ROVIRA y SAN MILLÁN, "*Cuadernos de Derecho Societario*", Volúmen I, pág. 206, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1973.

⁴ HALPERÍN, Isaac, "*Curso de Derecho Comercial*", Tomo 1, págs. 246 y 247, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1975.

⁵ ADLA XLIII-D-3673.

Siempre se ha dicho que, inicialmente, capital y patrimonio coinciden pero que a medida que la sociedad va desarrollando su objeto social, realizando inversiones, gastos, etc., esa igualdad desaparece. A los fines prácticos y didácticos coincidimos con tal precisión, pero en rigor de verdad hay que hacer algunas salvedades, ya que si analizamos esta aseveración, no siempre coinciden capital y patrimonio (ni siquiera al momento inicial de la constitución de la sociedad). En este punto seguimos a Cabanellas⁷, pues tanto la definición de capital (entendida como el conjunto de aportaciones de los socios) como la identidad entre capital y patrimonio al momento de la constitución no tienen en cuenta lo siguiente: el cambio de valor que puedan experimentar los bienes aportados (tanto dinero como bienes muebles e inmuebles) durante la vida de sociedad, debido a las fluctuaciones producidas por la depreciación monetaria, el desgaste de los bienes muebles, etc.; la existencia de emisiones sobre y bajo⁸ la par; las prestaciones accesorias y las obligaciones de hacer (porque en definitiva es algo que se aporta pero la LSC no las tiene en cuenta a los fines de su valuación en numerario); las diferencias entre el valor real de determinados aportes y el valor contable que se les asigna (que muchas veces difieren en más o en menos); etc.

Ya explicado el concepto clásico de capital social, veamos ahora cuáles son las funciones que cumple y bajo qué principios se rige.

2. LAS FUNCIONES Y LOS PRINCIPIOS DEL CAPITAL SOCIAL

La mayoría de nuestra doctrina coincide en que el capital social cumple básicamente tres funciones⁹: de productividad, de organización y de garantía. Explicaremos brevemente cada una de ellas:

a) *Función de productividad*: Es una función económica. El capital sirve como elemento generador de la actividad productiva de la empresa. De aquí que la determinación de su cuantía cobra relevancia según la naturaleza y la magnitud de esa actividad¹⁰. Volveremos más adelante sobre esto al referirnos a la infracapitalización.

⁶ El paréntesis es nuestro.

⁷ CABANELLAS DE LA CUEVAS, Guillermo, "Derecho Societario", Tomo 2, págs. 629 y ss, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1993.

⁸ Aunque las emisiones bajo la par están expresamente prohibidas por el Art. 202 de la LSC, las aceptamos en un plano estrictamente doctrinario.

⁹ Ver COLOMBRES, Gervasio R., "Curso de Derecho Societario", pág. 135, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972.

¹⁰ VERÓN, Alberto Víctor, "Sociedades Comerciales", Tomo 1, pág. 329, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986.

b) *Función de organización*: El capital sirve como elemento básico determinante de la posición del socio (medición “matemática” de su responsabilidad y participación). Asimismo, sirve para determinar los derechos y obligaciones de cada uno de los socios, actuando como guía para fijar los derechos políticos y patrimoniales en la sociedad. Esta afirmación, según Araya, no constituye una verdad total y debe ser corregida teniendo presentes los privilegios atribuidos estatutariamente a ciertas clases de acciones, y cita como ejemplo el caso del Art. 216 de la LSC¹¹.

c) *Función de garantía*: Considerada por la doctrina tradicional como la función esencial del capital: el valor del capital social como garantía de los acreedores y, en definitiva, de todo aquel que contrata y hace negocios con la sociedad. Sabemos que, como principio, les está vedado a los acreedores dirigirse contra los socios para cobrar sus deudas, pues deben hacerlo contra la sociedad (según las reglas establecidas para cada tipo societario). En virtud de ello, siempre se ha dicho que el capital social cumple una función garantista al prohibir la disposición del mismo porque “siempre va a estar ahí” (pues es “indisponible” e “intangibile”, además de estar contabilizado en el pasivo de los estados contables). Volveremos más adelante sobre este tema, pero adelantamos que, según nuestra opinión, en la actualidad el capital social no cumple adecuadamente con su función de garantía, por diversas razones que expondremos. En virtud de ello, propondremos algunas posibles soluciones.

Refirámonos brevemente a los principios en los que se fundamenta la noción de capital social. En primer lugar, el *principio de unidad* el cual indica que el capital debe ser único y singular (aun en el caso de que existan sucursales, agencias u oficinas de representación a las que se les asigne capital, pues en esos casos no se afecta el principio de unidad dado que el capital pertenece a la matriz). En segundo lugar, el *principio de determinación*, el capital debe ser fijado en forma exacta y precisa. En tercer lugar, el *principio de efectividad*: el capital debe ser aportado y existir en la realidad. Y en cuarto y último lugar, el *principio de permanencia o intangibilidad* del capital social, que significa que, en principio, el capital debe permanecer inalterado (salvo obviamente los casos de aumento y reducción de capital conforme a la ley y a los estatutos). Esto impone que el capital no puede (o no debe) tocarse, tampoco puede violarse o profanarse, tampoco puede cambiar de naturaleza, etc.

¹¹ ARAYA, Miguel C., “El Capital Social: Bienes Aportables”, en Revista del Derecho Comercial (Nº 33), págs. 7 y ss., Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000.

Este último principio, el de intangibilidad, es el que está más íntimamente ligado y relacionado con la función de garantía que cumple el capital social.

Aunque la LSC no dispone expresamente que el capital constituye la garantía de los acreedores, se extrae de varias de sus normas la fortaleza que quiso darse a este concepto¹². A manera de ejemplo citamos las siguientes: el Art. 13 inc. 3º declara nulo el convenio que asegure al socio su capital o las ganancias eventuales; el Art. 31 fija montos que no pueden ser excedidos por una sociedad para participar en otra (salvo que la sociedad participante tenga objeto exclusivo financiero o de inversión); el Art. 32 prohíbe la constitución de sociedades o los aumentos de capital mediante participaciones recíprocas y, además, fija topes para la participación de las sociedades controladas en la controlante y en las controladas por ésta; las disposiciones de los Arts. 37 a 54 referidas a la integración del capital cuando se realiza con bienes no dinerarios (requisitos, tipos de bienes que pueden aportarse, valuaciones, acciones que pueden ejercerse, etc.); las disposiciones de los Arts. 61 a 73 referidas al régimen de balances y cuentas que tienden a otorgar la máxima seguridad y protección al capital social; el Art. 68 establece que los dividendos deben ser distribuidos solamente si provienen de ganancias líquidas y realizadas que surgen de un balance confeccionado y aprobado por el órgano social correspondiente; el Art. 70 impone la obligación de constituir una reserva legal; el Art. 11 inc. 4º y el Art. 163 imponen para las sociedades por acciones la representación del capital mediante acciones con expresión de su valor nominal en moneda argentina; el Art. 185 establece que los promotores y fundadores no pueden reservarse para sí ventaja alguna que importe la afectación del capital (salvo una retribución que podrá consistir en una participación que no debe exceder del 10% de las ganancias y por un término máximo de 10 ejercicios); el Art. 186 impone la suscripción total del capital¹³; el Art. 187 impone a las sociedades por acciones que los aportes en especie deberán consistir únicamente en obligaciones de dar, las cuales deben integrarse totalmente al momento de realizar el aporte; el Art. 202 prohíbe la emisión

¹² Ver VERÓN y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, op. cit. en notas 10 y 7 respectivamente.

¹³ A manera de recordatorio, tengamos en cuenta que nuestro Código de Comercio, que regulaba las sociedades comerciales con anterioridad a la sanción de la Ley 19.550, facultaba la suscripción parcial del capital de las sociedades anónimas (Art. 318, inc. 2º). Luego, por medio del Decreto 852/55 se introdujo la figura del capital autorizado. Sobre este tema ver: MASCHERONI, Fernando H., *Manual de Sociedades Anónimas*, págs. 77 a 79, Editorial Cangallo, Buenos Aires, 1975 y ALEGRÍA, Héctor, *Sociedades Anónimas*, págs. 38 y 39, Editorial Fórum, Buenos Aires, 1963.

de acciones bajo la par; los Arts. 203 a 206 regulan los casos y los procedimientos para la reducción del capital social (sea esta reducción obligatoria o voluntaria); el Art. 220 prohíbe la adquisición por parte de la sociedad de sus propias acciones, salvo en los casos autorizados; el Art. 222 establece que la sociedad no puede recibir sus propias acciones en calidad de garantía; el Art. 223 expresa que la sociedad puede amortizar total o parcialmente las acciones integradas solamente con ganancias líquidas y realizadas (sujeto al cumplimiento de determinados requisitos y a la autorización del estatuto); el Art. 224 prohíbe distribuir intereses o dividendos anticipados o provisionales resultantes de balances especiales (salvo el caso de las sociedades comprendidas en el Art. 299); y, finalmente, la regulación de los bonos de goce o participación contenida en los Arts. 227 a 232.

Veamos ahora si efectivamente el concepto de capital social cumple con las funciones que se le han reconocido.

3. ¿LA NOCIÓN TRADICIONAL DE CAPITAL SOCIAL CUMPLE CON SUS FUNCIONES? ALGUNAS NOTAS SOBRE LA CRISIS DEL CAPITAL SOCIAL Y SOBRE LA INFRACAPITALIZACIÓN

Desde hace algún tiempo, han comenzado a aparecer en nuestra doctrina diversas corrientes que opinan que el capital social no cumple adecuadamente con sus funciones, especialmente la de servir de garantía para los acreedores¹⁴. Estas opiniones aparecen, además, en la doctrina extranjera (Alemania, Italia, España, Uruguay, etc.). Lo que se pone realmente en tela de juicio es la conveniencia, nada más y nada menos, de seguir manteniendo la figura del capital social dentro de las legislaciones citadas¹⁵. En nuestra opinión no pretendemos ser

¹⁴ Dentro de nuestra doctrina podemos citar a los siguientes autores: Le Pera, Sergio, "Sobre la futilidad de la noción de capital social" en *La Ley*, 1986-B, págs. 972 y ss. ARAYA, Miguel C., "Repensar la noción de capital social" en "Derecho Empresarial Actual", pág. 33, Buenos Aires, 1996.

¹⁵ Igualmente creemos necesario tener en cuenta el caso de algunas legislaciones societarias de los Estados Unidos de América como la reforma de la Model Bussines Corporation Acta de 1980 que elimina la noción del capital social. Tengamos en cuenta que, a efectos de proteger a los terceros y acreedores, la mayoría de las legislaciones societarias de los Estados Unidos prevén distintos "tests" para distribuir dividendos y utilidades a sus socios sin menoscabar los derechos de los acreedores. Ellos son el "Earned Surplus Test", el "Insolvency Test" y el "Nimble Dividends Test", por medio de los cuales se prohíbe distribuir dividendos cuando la sociedad deviene insolvente luego de dicha distribución. Para ampliar ver CLARK, Robert Charles, "Corporate Law", págs. 612 a 618, Aspen Law & Business, 1986.

Dentro de nuestra doctrina, Vergara del CARRIL propuso eliminar la cifra del capital social del estatuto. Ver Vergara del CARRIL, Ángel Daniel, "La Cifra del Capital no debe figurar en el

tan drásticos en pos de la “novedad”. Hay instituciones en materia de derecho societario - como es el caso del capital social - tan arraigadas en nuestro ordenamiento, que sería impensable proponer su eliminación total (al menos por el momento). Sin embargo, creemos que sería “saludable” proponer algunos tópicos que puedan ser de utilidad para dotar de la debida garantía a los acreedores y a los terceros contratantes con la sociedad.

Recordemos la definición de capital social que expresamos al principio de este trabajo: “*la suma de los aportes en numerario y en especie (obligaciones de dar) que los socios se comprometen a efectuar*”¹⁶. De esta definición se extrae que el capital social está íntimamente ligado a las aportaciones de los socios¹⁷, a la indisponibilidad de esa suma por parte de los mismos¹⁸ y a la retención de una porción del patrimonio social. Siguiendo a Olivera García¹⁹, podemos decir que la vinculación entre capital social y los aportes realizados por los socios resulta incorrecta e inútil, pues, entre otras cosas, no existe una correspondencia necesaria entre los aportes de los socios y el capital, ni aun en el momento mismo de la creación de la sociedad. Asimismo, en nuestro país, los procesos inflacionarios alteraron la noción de capital²⁰. En definitiva, opinamos que el capital social no cumple la función de garantía y, por lo tanto, al no cumplir con una de sus funciones primordiales podemos decir que el concepto de capital social está en crisis.

Pero, por otro lado, no sólo el capital no cumple con la función de garantía, sino que muchas veces tampoco cumple con la función de productividad. El Art. 1º de la LSC se refiere a la realización de aportes “*para aplicarlos a la producción e intercambio de bienes o servicios*”. De acuerdo con esto, la mayoría de la doctrina opina que debe existir una adecuada proporción entre capital social y objeto social. Es decir, el capital debe ser suficiente y acorde con el objeto que se pretende cumplir²¹. Si el capital social es insuficiente para cumplir con el

Estatuto”, ponencia presentada en el Segundo Congreso de Derecho Societario celebrado en Mar del Plata en octubre de 1979.

¹⁶ ZALDÍVAR y otros, op. cit. en nota 3.

¹⁷ Hecho que ya hemos demostrado que no siempre es así. Ver CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Op. Cit. en nota 7.

¹⁸ Según la opinión de Le Pera (ver Le Pera, Sergio, Op. Cit. en nota 14) “(...) *el capital de una sociedad no es “intangible”, por definición solo sirve para ser “tocado”, es decir para ser invertido, trabajar con él, o de otra manera ser usado peligrosamente*”.

¹⁹ OLIVERA GARCÍA, Ricardo, “*La Crisis del Concepto de Capital Social*” en “Revista de Derecho Comercial” (Nº 32), págs. 369 y ss., Editorial Depalma, Buenos Aires, 1999.

²⁰ ARAYA, Miguel C., “*Capital y Patrimonio*”, LL 1996 IV-676.

²¹ También nuestros tribunales se han pronunciado sobre esta cuestión en el fallo “Veca Cons-

objeto que la sociedad se propone cumplir, estamos ante la llamada *infracapitalización*. Siguiendo a Rippe y Costa, citados por Lisdero²², podemos hablar de dos tipos de *infracapitalización*:

- a) *la infracapitalización técnica*: cuando el valor real del patrimonio neto es inferior al valor nominal del capital social.
- b) *infracapitalización funcional*: cuando existe un desfase entre el capital social y el capital real que se necesita para lograr el objeto social. Dentro de la *infracapitalización funcional* podemos hablar de *infracapitalización material* e *infracapitalización nominal*. La material se da cuando la sociedad se encuentra absolutamente privada por medios propios de cumplir con el objeto social. La nominal, cuando la sociedad no cuenta con un capital adecuado para el cumplimiento de su objeto pero el capital se encuentra reforzado con reservas o con créditos de los propios socios.

Si nos referimos a la *infracapitalización funcional*, dentro de nuestra doctrina no existe acuerdo sobre si debe haber una relación adecuada entre capital social y objeto social, o bien, si esa relación puede no darse, es decir, que una sociedad puede actuar con un capital irrisorio en perfectas condiciones.

Los que apoyan la idea de que debe haber una adecuada relación entre capital social y objeto social se basan en lo siguiente: i) la doctrina sentada por el fallo *Veca Constructora S.R.L.*²³ resuelto por el Butty, en el cual se denegó la inscripción de una sociedad porque el capital social que se le había fijado era insuficiente para el objeto social que la sociedad se proponía cumplir, ii) la garantía de los acreedores y de los terceros entendida como que el capital debe en todo momento mantener una adecuada relación con el objeto social para brindarles a aquellos la debida protección.

No estamos de acuerdo en su totalidad con estas ideas. Somos de la opinión de que la garantía de los acreedores no está dada por el capital social sino por el patrimonio social. En la actualidad, cuando se contrata con una sociedad se presta más atención al patrimonio que a su capital social. Existen en la actualidad muchas sociedades que

tructor S.R.L.", LL 1980 D-464.

²² LISDERO, Alfredo R., "Una posible solución al problema de la *infracapitalización societaria*" en Diario El Derecho del 6 de marzo del 2001, pág. 4.

²³ "Veca Constructora S.R.L." LL 1980 D-464. Resuelto por Butty. Dicho fallo se apoyó en el Art. 953 del Código Civil. La sociedad es un contrato (plurilateral de organización) y por lo tanto el objeto de dicho contrato debe ser de posible cumplimiento. Un capital desproporcionado en relación al objeto de la sociedad no permitiría su cumplimiento, por lo tanto la inscripción fue denegada.

desarrollan sus negocios de manera efectiva y exitosa -muchas de las cuales hasta son subsidiarias de importantes corporaciones americanas y europeas- que poseen capitales sociales irrisorios, en algunos casos de sólo centavos. Por otra parte, también existen sociedades con cifras de capital social realmente interesantes y “adecuadamente proporcionadas con su objeto” pero que, cuando se examinan sus estados contables al momento de contratar o hacer negocios con ella, no brindan una adecuada garantía.

Frente a esta situación, la pregunta es cómo se soluciona el problema de la infracapitalización y, sobre todo, cómo logramos que se pueda brindar una adecuada garantía a los acreedores, teniendo en cuenta que el capital social no es suficiente garantía.

Consideramos que el requisito de capital un mínimo de \$ 12.000 establecido por el Art. 186 de la LSC no es la solución. Según Uría y Menéndez²⁴ al referirse a la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas de España del año 1989 *“No es función del capital mínimo, sin embargo, garantizar la constitución en la sociedad de un patrimonio suficiente para el desarrollo de su objeto social. La ley impone un requisito de capital mínimo pero no exige que el capital sea “suficiente” en atención al nivel de riesgo de las actividades que la sociedad pretenda acometer”*.

Es decir, mientras la sociedad cumpla con su objeto y pueda brindar las garantías adecuadas, sean cuales fueren, no encontramos objeciones a la infracapitalización, pues, en definitiva, *“El capital es solo el número que refleja la cantidad de dinero recibido por la sociedad en pago de sus acciones”*²⁵.

Con respecto a las posibles soluciones al problema de la infracapitalización, coincidimos y apoyamos las propuestas por Lisdero²⁶, consistentes en tomar como base de cálculo de la reserva legal establecida por el Art. 70 de la LSC no el capital social sino el patrimonio social y, adicionalmente, establecer la obligatoriedad de capitalizar reservas cuando superen una determinada proporción del capital social. Estas soluciones sí creemos que constituirán una verdadera garantía. Igualmente nosotros opinamos que debería preverse, para el cálculo de la reserva legal sobre el patrimonio, que no importe una inmovilización de fondos muy importante.

Pero, por otro lado, también opinamos que las sociedades no

²⁴ Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio, *“Curso de Derecho Mercantil”*, Tomo 1, pág. 776, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

²⁵ Le Pera, Sergio, Op. Cit. en nota 14.

²⁶ Ver Lisdero, Alfredo, R. Op. Cit. en nota 22.

siempre necesitan contar con el mismo capital para el desarrollo de sus negocios, por ello proponemos la inclusión de la figura de las sociedades de capital variable a nuestra LSC.

4. NUESTRA PROPUESTA: LA INCLUSIÓN DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL VARIABLE EN NUESTRA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES

Hay muchos casos en los cuales no tiene razón de ser la rigidez adoptada por nuestra Ley de Sociedades en materia de intangibilidad del capital como mecanismo para proteger a los terceros. Hemos demostrado que el capital social no cumple adecuadamente con su función de servir de garantía para los acreedores y, adicionalmente, existen muchas sociedades que por la naturaleza de los negocios que llevan a cabo precisan, a lo largo de su existencia, cantidades absolutamente desiguales de capital. ¿Por qué obligar a una sociedad a mantener una gran suma de capital ocioso cuando no lo necesita? ¿Por qué no permitirles que posean un capital de naturaleza "variable" que les posibilite de una forma eficaz y rápida aumentarlo o disminuirlo sin necesidad de reformar los estatutos sociales? El primer embate que podría hacerse a esta propuesta de introducción de las sociedades de capital variable sería que al poder las sociedades variar su capital sin atenerse a las formalidades de aumento y reducción de la LSC, en definitiva, sin tener que modificar los estatutos sociales, se menoscabaría la garantía de los terceros y acreedores, y se crearía un clima de total inseguridad. Pero aquí volvemos a repetir una vez más que el capital social no cumple con la función de servir de garantía sino que esa función es cumplida por el patrimonio social. Por ello también podríamos aceptar tener sociedades infracapitalizadas en momentos en que la sociedad no necesita grandes cantidades de capital, complementando esta propuesta con las soluciones planteadas por Lisdero²⁷ para acabar con la infracapitalización que ya explicáramos.

El caso más común en materia de sociedades de capital variable lo encontramos en la Ley General de Sociedades Mercantiles²⁸ de México (en adelante la "LGSM"). Esta ley reconoce a todas las sociedades la posibilidad de constituirse con capital variable²⁹.

²⁷ Lisdero, Alfredo R. Op. Cit. en nota 22.

²⁸ Ley General de Sociedades Mercantiles, Art. 213 a 221.

²⁹ LGSM, Artículo 1º: "(...) Cualquiera de las sociedades a que se refieren las fracciones I a V de este artículo podrán constituirse como sociedad de capital variable, observándose entonces las disposiciones del Capítulo VIII de esta Ley".

La esencia de la variabilidad del capital es enunciada por el Art. 213 de la LGSM: "En las sociedades de capital variable el capital social será susceptible de aumento por aportaciones posteriores de los socios o por la admisión de nuevos socios, y de disminución de dicho capital por retiro parcial o total de las aportaciones, sin más formalidades que las establecidas por este capítulo".

Según Rodríguez y Rodríguez³⁰, los primeros antecedentes de las sociedades de capital variable los encontramos en la Ley francesa del 24 de julio de 1867, que tuvo por finalidad suprimir las restricciones que la legislación civil había impuesto a las sociedades cooperativas. De esa manera, se estableció que las sociedades comerciales tomaran como variante las respectivas formas de capital fijo.

Las ventajas de introducir esta nueva modalidad están dadas por la posibilidad de aumentar el capital a medida que lo exijan las necesidades de la empresa, sin las trabas que implica la reforma de los estatutos y su inscripción en el Registro Público de Comercio. Además, en ciertos tipos de negocios existe una relación directa entre el volumen del capital social y las operaciones que pueden realizarse (bancos, seguros, etc.), para los cuales incorporar esta figura sería beneficioso.

En caso de aceptarse nuestra propuesta de incluir a las sociedades de capital variable dentro de la LSC, debemos complementarla con lo siguiente:

- la sociedad de capital variable no es un nuevo tipo societario, sino una modalidad de las sociedades legisladas por la LSC. Proponemos que la posibilidad de constituirse con capital variable les sea reconocida por la LSC solamente a las S.A. y a las S.R.L.
- el capital puede aumentarse por nuevas aportaciones de los socios o por el ingreso de nuevos socios.
- la obligación de poseer un capital mínimo para las S.A. debe mantenerse y hacerse extensiva a las S.R.L.
- el aumento y la reducción de capital deberá realizarse en la forma en que lo determinen los estatutos de las sociedades, que deberán prever la manera y los términos para decretarlos y hacerlos efectivos. Es decir, debería existir libertad de pacto. Igualmente, creemos conveniente que en todos los casos la variabilidad debiera resolverse por asamblea extraordinaria, manteniendo los quórum y

³⁰ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín, "Derecho Mercantil", págs. 189 y ss., Editorial Porrúa, México, 1997.

mayorías establecidos por la LSC, y que el estatuto debería prever cuál es el límite a la obligación de los socios de hacer nuevas aportaciones (pues sería ilógico pensar en una obligación ilimitada de hacer nuevos aportes).

- la posibilidad de que las aportaciones sean ofrecidas en forma espontánea, y no siempre cuando la sociedad las requiere (en todos los casos fijando un límite), debería contemplarse.
- todas las registraciones correspondientes a los aumentos y reducciones de capital deberán ser registradas en un libro especial. Podría preverse la posibilidad de utilizar el Libro de Registro de Accionistas.
- para los casos de reducción de capital, el retiro total o parcial de las aportaciones efectuadas por un socio deberá ser notificado a la sociedad en forma fehaciente. Para el cálculo de lo que debe recibir ese socio podríamos aplicar las normas relativas al ejercicio del derecho de receso.
- la posibilidad de que sea la misma sociedad la que pretenda devolver a sus socios parte de sus aportes ante un exceso de capitales improductivos³¹ debería preverse.
- la adopción de este sistema deberá preverse simultáneamente para el aumento y para la reducción de capital.
- la leyenda "de capital variable" o su abreviatura deberían agregarse luego del nombre y del tipo social de la sociedad (al igual que en el derecho mexicano).

³¹ MANTILLA MOLINA, Roberto, "*Derecho Mercantil*", pág. 444, Editorial Porrúa, México, 1994.