

AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL VARIABLE MEDIANTE ASAMBLEA ORDINARIA; ES SUFICIENTE PARA SURTIR EFECTOS ANTE EL “SAT”

Por: Dr. Miguel Ángel Marmolejo Cervantes.

Colaboradoras: Pasantes en Derecho de la Universidad Autónoma de Aguascalientes: Brenda Palacios e Ingrid Saucedo.

HIPÓTESIS: El presente artículo realiza una crítica analítica sobre la tesis que al rubro cita: **AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL, TRATÁNDOSE DE SOCIEDADES DE CAPITAL VARIABLE. PARA SURTIR EFECTOS FRENTE A TERCEROS, LOS ACUERDOS DEBEN TOMARSE VÍA ASAMBLEA EXTRAORDINARIA Y PROTOCOLIZARSE ANTE NOTARIO PÚBLICO**, en virtud de que el razonamiento utilizado por los Magistrados, no tomó en consideración la variable consistente en los **principios de autonomía de la voluntad de las partes y de libertad contractual**, ya que su argumentación se basa básicamente, que al regularse una sola figura (capital social), aun y cuando esta sea variable, los acuerdos para el aumento del mismo, **también** deben cumplir con los requisitos de los artículos 182 fracción III y 194 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (**LGSM**), es decir, se debe celebrar una asamblea extraordinaria y protocolizarse para ser posteriormente inscritas ante el Registro Público de Comercio (**RPC**) respectivo, dejando a un lado que lo anterior resulta aplicable, **salvo pacto en contrario**, debidamente incorporado en los estatutos de la sociedad y el cual esté incorporado previo a la celebración de la asamblea que decreta el aumento de capital social en su parte variable, por lo tanto, si de dicho pacto se deriva que el referido aumento puede ser decretado mediante asamblea ordinaria, por ser una de las condiciones que gobiernan las modificaciones al capital social en su parte variable, en términos de los artículos 213 y 216 de la LGSM, **BASTA Y RESULTA SER SUFICIENTE**, la simple celebración de esta y la anotación de la modificación correspondiente en el libro de registro de variaciones de capital social de la empresa, en términos de los derechos fundamentales consignados en los **principios de autonomía de la voluntad de las partes y de libertad contractual** y del derecho humano relativo a la **libertad de asociación**, sin ser necesaria por ende su protocolización ante Fedatario Público (*Notario o Corredor Público*) ni mucho menos inscrita ante el RPC por ser asamblea ordinaria, surtiendo efectos frente a terceros al anotarse la modificación ante el libro corporativo citado, por tanto es ilegal la calificación de tratamiento de deuda a cargo de la Autoridad Hacendaria por tratarse de aportaciones para futuros aumentos de capital, en términos del artículo 48 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, cuando en realidad se trata de un simple aumento de capital social.

PALABRAS CLAVE: Aumento de Capital Social, Efectos ante terceros, Protocolización ante Fedatario Público, Asamblea Ordinaria o Extraordinaria, deuda, aportaciones para futuros aumentos de capital social, principios de autonomía de la voluntad de las partes y de libertad contractual, derecho humano de libertad de asociación.

ABSTRACT: This article consists on making an analytical review upon the resolution named as: ***INCREASING OF EQUITY, ON CORPORATIONS OF VARIABLE CAPITAL. TO PRODUCE EFFECTS ON THIRD PARTIES, THE RESOLUTIONS SHALL BE HELD ON EXTRAORDINARY SHAREHOLDERS MEETING AND BE NOTARIZED BEFORE NOTARY PUBLIC***, in which Judges did not take into account special regulations, such as ***principles of autonomy of will and freedom of contract as well as freedom of association***, because they simply argued that there is one concept (equity) even if it's variable, therefore resolutions to increase it, must also fulfill requirements set on articles 182 section III and 194 of the General Corporation Law (extraordinary meeting and notarized), even though articles 213 and 216 of the Law enable shareholders to agree on changing the meeting to ***Ordinary*** as long as such agreement is part of bylaws. This is a turning point judgment due to the fact that ordinary meetings do not need to be notarized, consequently the Mexican IRS cannot assume the income as taxable (debt is) instead it shall be considered as "equity" (non taxable income). Please remind that in Mexico legal formalities make the difference.

KEYWORDS: Building Social Capital Effects on third parties, Logging before a Notary Public, Ordinary or Extraordinary, debt, contributions for future capital increase, early autonomy of the parties and of contractual freedom, human right of freedom association.

ANÁLISIS JURÍDICO

La Sala Regional del Noroeste II del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa se ocupó el día 2 de mayo del 2012 de la resolución del Juicio Contencioso Administrativo Número 79/11-02-01-6 emitiendo la siguiente tesis, materia del presente análisis:

AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL, TRATÁNDOSE DE SOCIEDADES DE CAPITAL VARIABLE. PARA SURTIR EFECTOS FRENTE A TERCEROS, LOS ACUERDOS DEBEN TOMARSE VIA ASAMBLEA EXTRAORDINARIA Y PROTOCOLIZARSE ANTE NOTARIO PÚBLICO.- Los acuerdos de aumento de capital para surtir efectos frente a terceros, deben tomarse a través de acta de asamblea extraordinaria y protocolizarse ante Notario Público, conforme lo establecen los artículos 182, primer párrafo, fracción III; y 194 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, sin que sea acertado que tratándose de sociedades mercantiles de capital variable, a través de los estatutos se distinga entre los aumentos de capital social variable, para acordar que éstos se realizarían vía asamblea ordinaria, a diferencia de los aumentos del capital social fijo, en los cuales se acuerda que se deben tomar mediante una asamblea extraordinaria; dado que, cuando una empresa se constituya como una sociedad anónima de capital variable, esa circunstancia no es motivo para considerar que los acuerdos para aumento o disminución del capital social, que en la especie tiene la característica de ser variable, pueden efectuarse vía asamblea ordinaria; pues del análisis a los artículos 213 y 216 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, contenidos en el capítulo VIII, denominado De las sociedades de

capital variable, de los cuales, el primero de ellos, establece que: “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” y el segundo de ellos regula que; “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;” esto es, se regula una sola figura jurídica como elemento de la sociedad y que se denomina capital social, aun y cuando éste sea variable, por tal motivo, se puede llegar a la conclusión que los acuerdos para el aumento del capital social en sociedades de capital variable, también deberán cumplir con los requisitos que exige la ley de la materia, dentro de los cuales, en el artículo 182, fracción III, se establece que el aumento o reducción del capital social, debe realizarse a través de asambleas extraordinarias, y cuyas actas deben ser protocolizadas e inscritas en el registro público en términos del artículo 194, último párrafo, de la citada ley; por lo tanto, el acuerdo de aumento de capital tomado en asamblea ordinaria, no surte efectos contra terceros al no cumplir las formalidades de ley, y aquellas aportaciones efectuadas por los socios, no se podían considerar un aumento de capital, sino deudas a cargo de la actora, por tratarse aportaciones para futuro aumento de capital, en términos del artículo 48 de la Ley del Impuesto sobre la Renta.¹

Los ***elementos argumentativos*** en los cuales se basa la tesis citada son los siguientes:

- 1. No es acertado que las sociedades mercantiles de capital variable, a través de sus estatutos, se distinga entre los aumentos de capital social variable, para acordar que estos se realizarían vía Asamblea Ordinaria.*
- 2. Cuando una empresa se constituya como una sociedad anónima de capital variable, esa circunstancia no es motivo para considerar que los acuerdos para aumento o disminución del capital social, que en la especie tiene la característica de ser variable, puedan efectuarse vía Asamblea Ordinaria.*
- 3. Del análisis jurídico de los artículos 213 y 216 de la LGSM se regula una sola figura jurídica como elemento de la sociedad y que se denomina capital social, aun y cuando este sea variable.*
- 4. Se puede llegar a la conclusión que los acuerdos para el aumento del capital social en sociedades de capital variable, también deberán cumplir con los requisitos que exigen los artículos 182 fracción III y 194 de la LGSM.*
- 5. El acuerdo de aumento de capital tomado en Asamblea Ordinaria, no surte efectos contra terceros al no cumplir las formalidades de la ley.*

¹ R.T.F.J.F.A. Séptima Época. Año III. No. 19. Febrero 2013. p. 532

De lo anteriormente expuesto, ***las ideas a detalle*** que se desprenden son las siguientes:

- 1) *No es acertado el pacto en estatutos que estipule que los aumentos del capital social variable sean efectuados en Asamblea Ordinaria.*
- 2) *El hecho de ser una Sociedad Anónima de Capital Variable, no es suficiente para que los aumentos o disminuciones de capital social variable, se realicen en Asamblea Ordinaria.*
- 3) *Los artículos 213 y 216 de la LGSM regulan como única figura jurídica al capital social.*
- 4) *Los requisitos contenidos en los artículos 182 fracción III y 194 de la LGSM, resultan **también** ser aplicables a los acuerdos de aumento de capital social variable.*
- 5) *Para que surta efectos frente a terceros, el aumento de capital social debe celebrarse mediante Asamblea Extraordinaria y estar protocolizada.*

Previo a la contraargumentación respectiva que realice el suscrito, conviene en este momento amable lector, hacer un alto y destacar el contenido de los artículos aplicables de la Ley General de Sociedades Mercantiles en relación a la materia de la decisión:

*“**Artículo 182.-** Son **asambleas extraordinarias**, las que se reúnan para tratar cualquiera de los siguientes asuntos:*

(...)

III.- Aumento o reducción del capital social;”

*“**Artículo 194.-** Las actas de las Asambleas Generales de Accionistas **se asentarán en el libro respectivo y deberán ser firmadas por el Presidente y por el Secretario de la Asamblea**, así como por los Comisarios que concurren. Se agregarán a las actas los documentos que justifiquen que las convocatorias se hicieron en los términos que esta Ley establece.*

Cuando por cualquiera circunstancia no pudiere asentarse el acta de una asamblea en el libro respectivo, se protocolizará ante Notario.

*Las actas de las asambleas extraordinarias serán protocolizadas **ante fedatario público.**”*

*“**Artículo 213.-** 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.**”*

*“**Artículo 216.-** El contrato constitutivo de toda sociedad de capital variable, deberá contener, además de las estipulaciones que correspondan a la naturaleza de la sociedad, **las condiciones que se fijen para el aumento y la disminución** del capital social.*

*En las sociedades por acciones el **contrato social** o la Asamblea General Extraordinaria fijarán los aumentos del capital y la forma y términos en que deban hacerse*

las correspondientes emisiones de acciones. Las acciones emitidas y no suscritas a los certificados provisionales, en su caso, se conservarán en poder de la sociedad para entregarse a medida que vaya realizándose la suscripción.”

Ahora bien los argumentos por los cuales se sustenta la tesis materia de análisis, son contrarios a los derechos fundamentales consignados en los **principios de autonomía de la voluntad de las partes y de libertad contractual** y al derecho humano relativo a la **libertad de asociación** tal y como se desprenden de las razones jurídicas que se exponen a continuación:

1) No es acertado el pacto en estatutos que estipule que los aumentos del capital social variable sean efectuados en Asamblea Ordinaria.

Contra argumentación: Considero que el presente argumento sostenido por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa constituye el argumento madre y angular del fundamento de su decisión, puesto que de este se derivan las demás argumentaciones hechas por los Magistrados y que de manera sistémica se enumeran en los incisos 2), 3), 4) y 5) del presente apartado analítico, razón por la cual constituye el argumento máximo del Tribunal porque a su juicio, sin argumentación clara y precisa al respecto, califica como no acertado el pacto que contiene los estatutos de la sociedad, mediante el cual los aumentos de capital social variable se lleven a cabo mediante la celebración de una Asamblea Ordinaria, violándose flagrantemente los derechos fundamentales consignados en los principios de autonomía de la voluntad de las partes y de libertad contractual, máximas aplicables al contrato social.

En este sentido, al momento de pactar en los estatutos sociales, la **condición** de que el aumento de capital social se realizará vía celebración de una Asamblea Ordinaria, **sin más formalidades**, dicho pacto es válido y suficiente para modificar el tipo de Asamblea que regirá el aumento social variable, condición que surte sus efectos frente a terceros, por contenerse en la escritura constitutiva ante fedatario público debidamente inscrita ante el Registro Público de Comercio y/o mediante la Asamblea Extraordinaria que modifique los estatutos sociales del contrato constitutivo (la cual sí debe ser protocolizada).

De manera tal, que la publicidad queda por agotada y por lo tanto, los terceros quedan notificados sobre la existencia de dicho pacto, el cual corresponde exclusivamente a la esfera de la decisión autónoma de los accionistas de así determinarlo apoyándose entre otros, en criterios de economía, practicidad y dinamismo, propios de la naturaleza mercantil de los comerciantes, así como basados en la libertad de asociación en cuanto a su libertad para autogobernarse y autodeterminarse en el seno y al interior de la sociedad de la mejor forma y manera conveniente, en términos del artículo 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos, motivo por los cuales, los artículos 213 y 216 de la LGSM son flexibles en cuanto sus alcances y no violatorios al orden público, ya que se reitera los derechos de los terceros se encuentran cubiertos al estar incorporados en los estatutos sociales.

Ahora bien, cuando los accionistas hacen valer el pacto y celebran la Asamblea Ordinaria de aumento de capital variable, las variaciones sufridas a este, deben ser anotadas en el Libro de Registro de Variaciones de Capital Social, con ello se otorga toda la certeza jurídica de la naturaleza y existencia del aumento de capital referido.

Supongamos que el SAT ejercita sus facultades de comprobación a un contribuyente sociedad mercantil de capital variable y la autoridad hacendaria le detecta en su estado de cuenta bancario, diversos depósitos, en su derecho de audiencia el contribuyente dentro del proceso de fiscalización (***que sin ser tema del presente, la litis abierta ha sufrido cambios jurisprudenciales recientes, de corte inconvenicional a parecer del suscrito, pero por lo pronto, ahora el contribuyente debe aportar todas las pruebas a la autoridad durante el proceso de fiscalización***) exhibe el **(1)** Contrato Social cuyos estatutos contemplan el pacto de que los aumentos de capital social variable se realizarán vía Asamblea Ordinaria, **(2)** la propia Asamblea Ordinaria de aumento de capital social variable y **(3)** el Libro de Registro de Variaciones de Capital Social, a lo cual la autoridad le responde que no es suficiente y aplica la tesis materia del análisis y desestima la Asamblea Ordinaria por no ser Extraordinaria, no estar protocolizada ante fedatario público (Notario y/o Corredor Público) y por lo tanto dichos depósitos son considerados deudas, en términos del artículo 48 de la Ley del Impuesto sobre la Renta en vez de un simple aumento de capital social variable.

Claro que la actuación de la autoridad hacendaria va más enfocada a contar con un documento con fecha cierta, por ello se siente más cómoda con la participación del federatario público (Notario y/o Corredor Público), *sin embargo*, la fecha cierta aplica en aquellos actos jurídicos que así lo requiera y no cuando la propia ley, es decir la LGSM permite y autoriza por acuerdo de los accionistas, el decretar un aumento de capital variable vía Asamblea Ordinaria, excluyendo la fecha cierta que deriva de la fedación, ya que esta se cumplimenta al anotar la variación de capital, en el Libro de Registro de Variaciones de Capital Social, lo anterior es lógico y jurídico al menos para efectos fiscales, como lo es nuestro caso, ya que de conformidad con el artículo 28 del Código Fiscal de la Federación, quedan incluidos en la contabilidad los libros y registros sociales a que obliguen otras leyes, es decir la LGSM, por tanto la autoridad fiscal no puede desestimarlos, puesto que cuál sería su actuación en el caso de que le sea exhibido el Libro por parte del contribuyente, ¿Qué argumento quedaría?; es claro pues, que la autoridad no cuenta con facultades, ni legitimación para sugerir y organizar la vida interna de la sociedad del contribuyente, ni muchos menos para calificar si sus pactos son válidos o no, porque entonces estaría violando el derecho humano de la libre asociación referido, independientemente de que es facultad exclusiva de la autoridad jurisdiccional el declarar nulo un acuerdo de estas características, basta pues respetar la libertad contractual del contribuyente, máxime cuando la LGSM se lo permite y lo avala.

No pasa por alto estimado lector, los límites de la autonomía de la voluntad que constituye el orden público, así como ahora los derechos humanos, para nuestro caso el de los terceros, pero se reitera el pacto es derivado de una facultad que otorgan los artículos 213 y 216 de la LGSM y su implementación cumple con los requisitos de publicidad frente a terceros y particularmente a la autoridad hacendaria SAT, ya que al exhibirle el contribuyente el Libro de Registro de Variaciones de Capital cumple con la formalidad simplificada requerida (la fecha cierta queda cumplida con la certificación que realice el Secretario del Consejo de Administración y/o Administrador Único respectivo, ya que cuenta(n) con la facultad de fección correspondiente) por la LGSM y el Libro es parte integrante de la contabilidad del contribuyente, por tanto suficiente para acreditar que se trata de un aumento de capital social variable y no de una deuda, lo anterior por la aplicación de las reglas especiales en materia de aumento de capital social variable que contempla la LGSM.

[TAJ]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3; Pág. 1723

DERECHOS HUMANOS. CONSTITUYEN UN LÍMITE A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, Y SON OPONIBLES FRENTE A PARTICULARES EN UN PLANO DE HORIZONTALIDAD.- El acto de un particular por el que se crea el derecho privado no escapa a los controles de constitucionalidad y de convencionalidad, pues aun cuando está sujeto a la teoría de la voluntad de las partes tiene un límite, y ese límite son los derechos humanos, oponibles no sólo a los poderes públicos sino también a los particulares; de manera que si bien esos derechos son valaderos en un plano de verticalidad -en una relación de supra a subordinación- también son válidos en un plano de horizontalidad, es decir, en las relaciones de coordinación, al ser un límite a la autonomía individual, puesto que si al Estado se le exige respeto a tales derechos, no hay razón para que el particular no los respete frente a otro particular.

Por último, diversos autores doctrinales, fortalecen los argumentos esgrimidos con anterioridad, veamos algunos de los más representativos:

“Los aumentos del Capital en principio corresponden a la asamblea extraordinaria; **sin embargo, el contrato social puede disponer que los acuerdos relativos a aumentos** (no se habla de disminuciones en el párrafo segundo del artículo 216) **se adopten por asamblea ordinaria**, e inclusive por el órgano de administración (consejo o administración único).”²

² BARRERA GRAF, Jorge., “*Instituciones de Derecho Mercantil*”, 2ª Ed., Av. República Argentina 15 Altos, Col. Centro, 06020, México, DF. Editorial Porrúa, 2005, pp. 641-642.

“El primer párrafo (haciendo el autor referencia al artículo 216 primer párrafo de la LGSM) contiene una repetición de lo dispuesto en el artículo 214, en cuanto vuelve a insistir en que en el contrato constitutivo de toda sociedad deberá contener las estipulaciones que correspondan a la naturaleza de la sociedad. **Pero su parte medular es la que ordena que dicho contrato deberá contener las condiciones que se fijen para el aumento o la disminución del capital social**, es decir una modificación del mismo.”³

Del mismo tema, Raúl Cervantes confirma y reitera el criterio de los autores citados y cita: “**En el acta constitutiva deberán establecerse las condiciones que se fijen para el aumento y la disminución del capital (Art. 216). Se deberá determinar qué órgano podrá hacer efectivas las variaciones de capital**.”⁴

Por último, el Maestro Barrera Graf hace de nueva cuenta gala de sus conocimientos y establece: “**el sistema de capital variable se caracteriza por la ausencia de formalidades para aumentos y disminuciones de capital social, toda vez que por tener que establecerse tal modalidad en los estatutos, no se requiere de una modificación en los estatutos de la sociedad**.”⁵

Finalizo el tema con la siguiente tesis que fue emitida por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, teniendo como antecedente el amparo directo 5973/74 de fecha 5 de junio de 1978, misma que refuerza los análisis y argumentos desarrollados anteriormente, a la letra dice:

SOCIEDADES DE CAPITAL VARIABLE. NO REQUIEREN MODIFICAR SU ESCRITURA SOCIAL PARA AUMENTAR O DISMINUIR SU CAPITAL. - *Es verdad que en términos de la fracción III del artículo 182 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, son asambleas extraordinarias las que se reúnan para tratar, entre otros asuntos, el aumento o reducción del capital social; sin embargo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 213 de la citada legislación, que se refiere a las sociedades de capital variable, en éstas el capital social será susceptible de aumento por aportaciones posteriores de los socios y por admisión de nuevos socios y de disminución de dicho capital por retiro parcial o total de las aportaciones, sin más formalidades que las establecidas en el propio capítulo III de dicho ordenamiento, con la circunstancia de que la razón legal de este último extremo, obedece a que en las sociedades de este tipo, resulta inadecuado el principio de*

³ LIZARDI ALBARRÁN, Manuel., *Estudio de la Ley General de Sociedades Mercantiles y Comentarios a sus Artículos*, 2ª Ed., Av. República Argentina, 15, México, Editorial Porrúa, 2011, pp. 305-306.

⁴ CERVANTES AHUMADA, Raúl., *Derecho Mercantil*, 1ª Ed., Col. Las Águilas, México, DF. Editorial Herrero S.A DE C.V, 1975, p. 190.

⁵ BARRERA GRAF, Jorge., *Derecho Mercantil*, 1ª Ed., Ciudad de Investigación en Humanidades Ciudad Universitaria, México DF, 1991, p. 38.

*permanencia constante del mismo monto del capital, puesto que dichos entes realizan negocios que por su especial naturaleza requieren, en diversos momentos de su existencia, cantidades absolutamente desiguales de capital y es en función de ello que el aumento o disminución del mismo, puede hacerse sin necesidad de modificar la escritura social y por tanto, sin que sea necesaria la celebración de la asamblea general extraordinaria de accionistas a que se refiere el primero de los preceptos citados con anterioridad, por lo que la única limitación es que dicho aumento o disminución se lleve a cabo **en los términos del contrato social**.*⁶

- 2) **El hecho de ser una Sociedad Anónima de Capital Variable, no es suficiente para que los aumentos o disminuciones de capital social variable, se realicen en Asamblea Ordinaria.**

Contra argumentación: Me parece acertado este argumento, es decir, no por el hecho de que sea una Sociedad Anónima de Capital Variable se pueda inferir que el aumento o disminución del capital social variable se realice en Asamblea Ordinaria, sin embargo, se reitera que lo anterior está sujeto a que el pacto en contrario obre en los estatutos sociales y los accionistas fundadores lo aprueben o bien posteriormente modifiquen los estatutos en Asamblea Extraordinaria y adoptan en consecuencia el pacto en contrario, entonces el mismo es oponible a terceros, legal y perfectamente válido. Por tanto la clave aquí es estar atentos al contenido de los estatutos sociales a fin de que el pacto en contrario esté conforme a los artículos 213 y 216 de la LGSM.

- 3) **Los artículos 213 y 216 de la LGSM regulan como única figura jurídica al capital social**

Contra argumentación: No está claro el alcance, motivos y objeto de esta aseveración, sin embargo, la LGSM claramente establece que se trata de un capítulo que contiene disposiciones especiales aplicables al aumento de capital variable.

- 4) **Los requisitos contenidos en los artículos 182 fracción III y 194 de la LGSM, son también aplicables a los acuerdos de aumento de capital social variable**

Contra argumentación: No es que sean también aplicables, como si subsanara alguna laguna y/o se complementara otra, o bien por pensamiento analógico, simplemente es un pacto en contrario que al ser disposición especial deroga a las disposiciones generales, es decir, si pactas en los estatutos que el aumento se realizará vía Asamblea Ordinaria, basta y es suficiente para que no sean aplicables los artículos 182 fracción III y 194 de la LGSM y en su lugar sean aplicables las

⁶ [TA]; 7a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; Volumen 109-114, Cuarta Parte; p. 161

condiciones pactadas por las partes sin más formalidades, solo que obre en los estatutos sociales (pacto en contrario) de conformidad con los artículos 213 y 216 de la LGSM.

5) Para que surta efectos frente a terceros, el aumento de capital social debe celebrarse mediante Asamblea Extraordinaria y estar protocolizada

Contra argumentación: *Por todas las razones asentadas con anterioridad esta conclusión solo es aplicable cuando no exista pacto en contrario en los términos referidos, de lo contrario, se debe estar a lo acordado y/o pactado por las partes, en atención al principio de autonomía de la voluntad de las partes y libre contratación y el derecho humano de libertad de asociación.*

CONCLUSIONES

Es importante que las autoridades fiscales así como los Magistrados del Tribunal Federal de Justicia Fiscal al interpretar leyes mercantiles, lo realicen tomando en cuenta su naturaleza y no bajo ópticas deformes que generen un concepto que denomino: "*metamercafiscal*"; es decir, algo más allá de lo mercantil con base a criterios fiscales, al menos no en materia de interpretación de leyes mercantiles de forma directa, es decir, es claro que el derecho fiscal, en sus ordenamientos jurídicos, reclasifique figuras civiles y mercantiles para fines fiscales, sin embargo, dicho criterio no es compatible y correcto cuando se intepretan leyes que cuentan con un sistema especial de interpretación y una dinámica muy distinta de aplicación jurídica, como lo es la Ley General de Sociedades Mercantiles. *La clave de este asunto* (finalizo y reitero) *está en la redacción adecuada del pacto en contrario que obre en los estatutos sociales y permita el aumento de capital variable mediante Asamblea Ordinaria, asentando el cambio en el libro corporativo citado.*

Fuentes de Información

DOCTRINA

BARRERA GRAF, Jorge., *Instituciones de Derecho Mercantil, Segunda Edición.*, México, DF., Porrúa, 2005.

LIZARDI ALBARRÁN, Manuel., *Estudio de la Ley General de Sociedades Mercantiles y Comentarios a sus Artículos, Segunda Edición.*, México, Porrúa, 2011.

CERVANTES AHUMADA, Raúl., *Derecho Mercantil, Primera Edición.*, México, DF. Editorial Herrero S.A DE C.V, 1975.

BARRERA GRAF, Jorge., *Derecho Mercantil, Primera Edición*, México DF, 1991, Derechos reservados al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

LEGISLACIÓN

NACIONAL

LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES, Última reforma publicada en el DOF el 15 de diciembre de 2011.

LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1º de enero de 2002. Última reforma publicada Diario Oficial de la Federación el 25 de Mayo de 2012.

OTRAS FUENTES

JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.
<http://ius.scjn.gob.mx/paginas/tesis.aspx>
Disponible el día 15 de Julio de 2013.

TESIS DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA.
<http://201.151.109.51:8080/SCJI/assembly/detalleTesis?cveTesis=VII-TASR-NOII-9>
Disponible el día 16 de Julio de 2013