

LA ATIPICIDAD EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Enrique GUADARRAMA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Subtipos societarios*. III. *Atipicidad societaria*. IV. *Cláusulas estatutarias atípicas*. *Supuestos prácticos*.

I. INTRODUCCIÓN

El análisis del tema de la atipicidad en la sociedad anónima se plantea en dos niveles: *a)* en el plano general de creación de nuevos tipos de sociedades y *b)* en el plano específico del clausulado estatutario. Se vincula, asimismo, con la distinción de la anónima en abiertas y cerradas, de las que se hace una referencia inicial.¹

* Este trabajo forma parte de un capítulo del libro en preparación del autor.

¹ Girón Tena, J., habla de la sociedad anónima cerrada, que se caracteriza por ser más o menos familiar, la sociedad anónima contemplada por el legislador y la gran sociedad anónima o sociedad anónima bursátil, peculiar de las grandes empresas de la economía actual; “Las reformas varias, pendientes y andantes de la sociedad anónima en España”, *La Ley*, Madrid, 17 de enero de 1989, núm. 2145, p. 1; Rubio, J., denomina a la primera microscópica y a la última macroscópica, “Curso de derecho de sociedades anónimas”, *Derecho financiero*, 2a. ed., Madrid, 1967, p. 28; Hemard, J. *et al.*, *Sociétés Commerciales*, París, Dalloz, 1972, t. I, pp. 549-554; Nocquet, P., “Le critère de la dimension dans les sociétés commerciales”, *Rev. Soc.*, 1974, pp. 651 y 662; Ascarelli, T., “Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica”, *Rev. Soc.*, 1959, pp. 996 y 997; Coria, G., “Problèmes fondamentaux des sociétés anonymes”, *Rev. Soc.*, 1960, pp. 538 y 545. La doctrina mexicana ha reconocido esa distinción, véase Barrera Graf, J., *Instituciones de derecho mercantil*, México, 1989, pp. 407-425; León León, R., “Reforma a la Ley Bursátil mexicana”, *La reforma de la legislación mercantil*, México, Porrúa, 1985, p. 267; Igartúa Araiza, O., “Comentarios a disposiciones recientes aplicables a sociedades que cotizan en el mercado”, *RDP*, núm. 6, pp. 565 y 566; Salinas Martínez, A., “Adquisición en bolsa de las propias acciones”, *RDP*, núm. 3, p. 121. Para un análisis de la precisión terminológica, caracterización, función y diferencias de los subtipos societarios véase

El trabajo tiene un doble propósito: por un lado, formular reflexiones acerca de aspectos puntuales de la atipicidad societaria y, por otro, hacer un ejercicio práctico sobre diversas cláusulas atípicas que pueden figurar en los estatutos de una sociedad anónima. En este punto, se hace una distinción entre cláusulas a las que denominamos válidas, porque su inserción estatutaria no provoca dificultades jurídicas, y cláusulas atípicas no válidas, que no es viable incorporar en los estatutos por ir contra las reglas de la atipicidad estatutaria.

II. SUBTIPOS SOCIETARIOS

1. *Anónima cerrada*

La sociedad anónima cerrada se caracteriza por el propósito que tienen los socios de contar con las ventajas de la anónima, pero en una organización interna en que priven las condiciones personales de los socios en el acceso, permanencia y salida de la sociedad. Al ser preponderantes los criterios personalistas, en ocasiones se identifica a estas sociedades con las anónimas familiares, lo cual sin ser del todo incorrecto, resulta una referencia incompleta.

La sociedad anónima cerrada, efectivamente, puede estar integrada por personas que se hayan unidas por nexos familiares. Sin embargo, a la par de la vinculación de los socios por el parentesco, también lo pueden ser los criterios de amistad, de afecto o de conveniencia. Por lo general, se trata de grupos con un número pequeño de personas, pero nada impide configurar una sociedad de gran potencial económico, cuyos miembros pueden ser pocos y estar unidos con criterios personales o de conveniencia societaria, o incluso de exigencia legal como ocurre con la bolsa de valores y el INDEVAL, a los que se impone la obligación de constituirse con socios especiales participantes en el mercado bursátil.² De esa mane-

Guadarrama López, E., *Las sociedades anónimas. Análisis de los subtipos societarios*, 3a. ed., México, Porrúa, 1999; *id.*, “Sociedad anónima cerrada y sociedad anónima abierta o bursátil en derecho continental. Características y diferencias”, *RDP*, núm. 2, 1990, pp. 53-89.

² Para las bolsas de valores, el artículo 31 fracciones IV y V de la LMV establece: IV. “Las acciones podrán ser suscritas por casas de bolsa, especialistas bursátiles, instituciones de crédito, instituciones de seguros, de fianzas, sociedades de inversión, sociedades operadoras de sociedades de inversión, administradoras de fondos para el retiro, so-

ra no es extraordinario ni excepcional la existencia de una sociedad anónima cerrada de vastas dimensiones económicas.³

La caracterización de la sociedad anónima cerrada con base en la vinculación personal de sus socios es doctrinal, pero refleja lo que sucede en la práctica. No obstante, encuentra apoyo legal a través de la posibilidad de establecer estatutariamente tanto restricciones a la transmisión de acciones (es decir, a la posición jurídica de socio), como condiciones personales para ingresar a la sociedad, por ejemplo, tener una profesión determinada.

Las restricciones estatutarias se convierten en la fórmula empleada en ese subtipo social para controlar el aspecto *intuitu personae* de la sociedad. Con esa fórmula, más que razones de adaptación del tipo a su fin social, las finalidades que se persiguen son de dos clases: a) controlar la titularidad de los puestos de socio, es decir, un aspecto negativo de excluir a gente que puedan perturbar la sociedad y, b) conservar el poder empresarial a través del control del accionariado.

2. Anónima abierta o bursátil

El aspecto medular de este subtipo de sociedad anónima lo representa la cotización y negociación de sus acciones en el mercado bursátil y, con

ciudades emisoras a que se refiere esta Ley y las demás personas que determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante disposiciones de carácter general que al efecto emita”. V. “En ningún momento podrán participar en el capital social: a) Personas morales extranjeras que ejerzan funciones de gobierno, y b) Personas que sean propietarias directa o indirectamente del diez por ciento o más del capital de las personas señaladas en la fracción IV de este artículo”. En este precepto se exigen los requisitos a cumplir por parte de los socios y se indican las condiciones negativas para realizar su ingreso. Respecto del INDEVAL, el artículo 56 fracción III precisa que “sólo podrán ser socios el Banco de México, las casas de bolsa, especialistas bursátiles, bolsas de valores, instituciones de crédito, así como compañías de seguros y fianzas”.

³ Además de los datos referidos en la nota anterior, se puede hablar del ejemplo más representativo de ese subtipo societario en la Ford Co. norteamericana, que a pesar de ser una de las empresas con mayor poderío económico funcionó como una anónima cerrada (*close corporation*) hasta antes de enero de 1956, fecha en la que ofreció al público más de 10 millones de títulos. Fernández de la Gándara, *La atipicidad del derecho de sociedades*, Zaragoza, Pórtico, 1977, p. 153; Tunc, A., *Le droit américain des sociétés anonymes*, París, Económica, 1985, pp. 305 y 306. Este último autor afirma de las *close corporations* en los Estados Unidos de América: “las cifras son elocuentes... son las más numerosas y aseguran la cuarta parte de la actividad económica”. En el mismo sentido, Jennings, R. y Buxbaum, R., *Corporations, Cases and Materials*, 5a. ed., Minnesota, American Casebook Series, 1979, p. 334.

ello, el llamamiento al ahorro público dentro del mercado de valores y la difusión de sus títulos entre el sector de inversionistas.

Esta peculiaridad condiciona el funcionamiento del subtipo societario y provoca la presencia de dos situaciones: *a)* de derecho, consistente en que la normativa reguladora de la actividad bursátil le es aplicable a la sociedad anónima que cotiza en bolsa y, *b)* de análisis doctrinal, en cuanto se suele ver a la negociación bursátil como una nota caracterizadora de ese subtipo, que ha originado la idea de que se esté en presencia de un tipo de sociedad diferente a las previstas en la ley (artículo 1o. LGSM). Ambas situaciones presentan una problemática común de fondo que se requiere analizar.

Lo que entra en juego en la anónima abierta es una relación directa entre la sociedad emisora de acciones y el mercado bursátil. Se trata de una relación directa porque las acciones son la vía instrumental de las sociedades para allegarse de grandes recursos económicos provenientes del público inversionista, y por ser el mercado de valores el medio en el cual y a través del cual se produce la canalización de los recursos económicos hacia las anónimas, al promover la conexión entre quienes desean invertir sus ahorros y quienes buscan allegarse de fondos económicos.

Esa relación sociedad emisora-mercado bursátil no implica que de no existir un mercado bursátil no puedan emitirse y negociarse acciones, ni que el mercado bursátil no pueda operar sin acciones que ahí se negocien.⁴

En el primer caso, al constituirse cualquier anónima está obligada a dividir su capital social en acciones, aunque éstas no lleguen a materializarse en títulos. La no existencia de títulos no significa que la organiza-

⁴ Domínguez García, M. A., distingue entre valores mobiliarios (delimitados dentro de la legislación de anónimas) y valores negociables (delimitados dentro de la legislación bursátil). Así, no todos los valores mobiliarios son valores negociables, v. gr., acciones con restricciones para circular; ni todos los valores negociables son necesariamente valores mobiliarios, v. gr., pagarés de empresas y participaciones hipotecarias. “Acciones y obligaciones representadas mediante anotaciones en cuenta: aspectos dogmáticos y de régimen jurídico”, *Estudios jurídicos en homenaje Aurelio Menéndez*, t. II, 1997, pp. 1642-1644. En el mismo tenor de distinción véase Recalde Cartells, A., “Los valores negociables ¿Concepto delimitador del derecho del mercado de valores?” *Instituciones del mercado financiero*, Madrid, 1999, vol. 5, pp. 2536-2539, quien señala que el concepto de valor negociable está ligado a la función que cumple el derecho del mercado de valores, el cual no debe estar condicionado por el derecho de los títulos-valor en particular a la característica de incorporación, pues la indiscriminada recepción del ahorro del público inversor es lo que interesa al legislador proteger, no la eventual circulación o aptitud circulatoria de los instrumentos con los que se efectúa tal captación de ahorros.

ción y funcionamiento de la sociedad deje de girar en torno a la nota caracterizadora de división del capital social en acciones, pues en su caso, la titularidad de la condición jurídica de socio se hace desprender de los estatutos, tanto para la adquisición de la calidad de socio y ejercicio de los derechos que le correspondan, como para la transmisión de dicha posición y negociación de los derechos inherentes a ella. No hay, una obligación vinculación y dependencia de los títulos acciones a la existencia y operación de un mercado bursátil.

En el supuesto caso de que el mercado bursátil tuviera supeditado su funcionamiento a la negociación de acciones, debe señalarse que las acciones representan uno de los diversos valores mobiliarios que son susceptibles de negociarse en el mercado (otras son las obligaciones, los certificados bursátiles, los títulos del Estado, los diversos instrumentos financieros, etcétera), por lo que no se presenta ninguna dependencia del mercado en esos títulos. Quizá el título acción sea el más significativo en cuanto a cantidad y al impacto económico en el financiamiento a las sociedades, pero no es el único título que cotiza en el mercado bursátil. Lo que sucede es que en esa relación sociedad emisora-mercado bursátil, cuando una anónima opta por el camino de la cotización bursátil sólo puede hacerlo en el mercado oficial de valores y no en otro.⁵

Respecto a las acciones, el hecho de negociarse en bolsa no las desvincula de la sociedad emisora, pues en estricto sentido, están subordinadas y son dependientes de la propia emisora. La doctrina las califica como “bienes de segundo grado” objeto del mercado bursátil, por no tener un valor en sí mismas, sino que su valor está en función de la situación

⁵ Hay que tener presente que en derecho mexicano, a partir del 12 de julio de 1993, la Bolsa Mexicana de Valores puso en operación el llamado mercado intermedio o sección B, cuyo objetivo es crear un mecanismo alternativo de financiamiento para empresas pequeñas y medianas, así como ampliar la gama de oportunidades para los inversionistas nacionales y extranjeros. Por supuesto, las sociedades que ahí coticen deben acreditar niveles altos de solvencia y de crecimiento potencial, pues la idea es que cubran una fase de transición para incorporarse en lo futuro al mercado bursátil. Por ello, se les exige sistemas de administración profesional, procedimientos de generación de información confiable y oportuna, y una definición de las políticas y planes estratégicos de conducción de la empresa. Al abrirse la opción bursátil para pequeñas y medianas sociedades se ha llegado a señalar que hay una especie de bolsa popular. En la práctica no ha logrado crecer ante la poca participación de sociedades de mediana dimensión económica.

que presente la emisora.⁶ Ese carácter tiene el título múltiple o título único que puede emitir la emisora respecto de los títulos que son depositados en el Indeval (artículo 74 LMV).

En suma, la caracterización de la sociedad anónima abierta o bursátil se obtiene con el ingreso y permanencia de una anónima en el mercado de valores.

III. ATIPICIDAD SOCIETARIA

La atipicidad societaria, en su vertiente del negocio social, engloba las opciones o modelos de sociedades previstas por el legislador en el ordenamiento jurídico (SNC, SRL, SA, S. Coop., etcétera); se está en presencia de una sociedad atípica cuando la ley no regula ciertas sociedades y son los particulares quienes las crean con un esquema diferente a las sociedades reguladas en la ley. En este caso, los problemas que surgen se relacionan con la estructura externa a la sociedad; en cambio, los problemas generados con las cláusulas atípicas de una sociedad regulada por la ley están vinculados con la estructura social interna.⁷

Lo determinante en la atipicidad de tipos sociales, es que la voluntad de las partes se encamina a constituir una sociedad distinta a las contempladas en el catálogo legal. En el derecho mexicano el problema está resuelto al estar señalado expresamente en la exposición de motivos de la LGSM que los particulares no podrán constituir sociedades distintas a las enumeradas en el artículo 1o. En este sentido, nuestra ley se acoge al principio del *numerus clausus*, pues los particulares tienen limitada su opción electiva a las sociedades enumeradas en la ley.⁸

⁶ Girón Tena, J., “Sociedades y bolsa”, *Coloquio de Derecho Bursátil*, Universidad de Bilbao, 1970, p. 89; Galgano, F., *Diritto commerciale. Le Società*, Bologna, 1990, p. 188; Guyón, Y., denomina título de segundo grado al certificado expedido por la SICOVAM representativo de los valores depositados, en cuanto son creados por ese instituto y no por la persona jurídica emisora, “Les aspects juridiques de la dématerialisation des valeurs mobilières”, *Rev. Soc.*, 1984, p. 459.

⁷ Para un análisis del doble límite a la autonomía de la voluntad, algunas consideraciones de las funciones del tipo social y el contenido de los principios configuradores de la anónima, véase Duque Domínguez, J., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, *Derecho de sociedades anónimas*, Madrid, Civitas, 1991, t. I, pp. 91-109.

⁸ Barrera Graf, J., *Las sociedades en derecho mexicano*, México, 1993, p. 128, quien señala que para las sociedades civiles no hay declaración ni norma semejante, aunque no

Bajo este esquema, se requiere determinar si las anónimas cerrada y abierta alcanzan el carácter de una sociedad diferente a las previstas en la ley.

En el primer caso, no es factible caracterizar a la anónima cerrada como un nuevo tipo social distinto a los enumerados en el artículo 1o. LGSM, debido a que frente a la anónima general no pierde formalmente los presupuestos característicos propios del tipo, esto es; *a)* hay voluntad de elección del tipo e inscripción registral (en México, habría anónima cerrada irregular con plena personalidad jurídica, artículo 2 LGSM); *b)* estructura organicista o corporativa, aunque atenuada y semejante a las sociedades personalistas; *c)* limitación de responsabilidad, y *d)* división del capital social en acciones.

Tampoco hay afectación en los parámetros de seguridad en el tráfico comercial y en el de protección jurídica de terceros, porque existe la certeza de que la sociedad que se desenvuelve en el ámbito comercial es una sociedad anónima, y porque los terceros al contratar con la sociedad no ven disminuido el respaldo jurídico que la ley les proporciona, pues ni se pierde o disminuye la responsabilidad ilimitada del ente social, ni se pierde o disminuye el carácter de garantía que representa la cifra del capital social.

En cuanto a la sociedad anónima abierta o bursátil, su análisis de atipicidad sólo es factible en la vertiente de creación de tipos sociales, ya que la peculiaridad de ofrecer y negociar sus acciones dentro del mercado bursátil no implica que sea una cláusula atípica atentatoria de las finalidades y funciones de la sociedad anónima. Por el contrario, al contar con reglas particulares y especiales, la anónima bursátil posee un mayor tinte de sociedad capitalista al posibilitar la captación, a mayor escala, de recursos económicos entre el público inversionista.

En el fondo, la anónima bursátil tiene a la sociedad anónima como tipo social patrón, y cumple con sus notas caracterizadoras y definitorias (responsabilidad limitada de los socios, capital social dividido en acciones, estructura organicista o corporativa e inscripción registral). Lo que resta por determinar es si el ingreso y permanencia en el mercado bursátil es un elemento definitorio de tal peso que provoque la aparición de un tipo societario distinto.

constituye un tipo social, sino una categoría, por lo que sí permite la creación de varios tipos (sociedad conyugal, sociedades de beneficencia, sociedades de profesionistas).

Si pensamos que la voluntad de los socios de cotizar en bolsa está limitada a que sea en un mercado oficial y no fuera de él, y de que el sometimiento de la sociedad a las disposiciones imperativas del ordenamiento bursátil prescinde de la voluntad de los socios y de los órganos de la sociedad, es posible deducir que la cotización bursátil es un mecanismo operativo propio de la gran sociedad anónima,⁹ pero no un elemento configurador de un nuevo tipo social.

IV. CLÁUSULAS ESTATUTARIAS ATÍPICAS. SUPUESTOS PRÁCTICOS

En esta vertiente de la atipicidad societaria, el punto de partida es que las cláusulas estatutarias se aprueban en función del interés de todos los socios y no de una parte de ellos; la sociedad sólo funge como un instrumento de coordinación de intereses de los partícipes. Los socios luego de adoptar el tipo legal que mejor sirve para sus propósitos, están en posibilidad de incluir reglas estatutarias no reguladas en la ley. En este punto, lo importante es determinar la validez de aquellas cláusulas aprobadas por los socios, cuyo tópico o contenido no está contemplado en la ley o lo está a través de parámetros de mínimos y máximos.

Al respecto, la doctrina germánica parte de una consideración básica e insoslayable: la existencia de zonas jurídicas societarias vedadas para la atipicidad, que en el supuesto de no ser respetadas por los particulares acarrearán la consecuencia de que esas cláusulas se califiquen de no válidas, esto es, existen ciertos sectores jurídicos que no pueden ser afectados por la excesiva libertad negocial reflejada en un clausulado atípico. En estos sectores se encuentran: a) las normas de carácter imperativo, bajo cuyo

⁹ En Italia, a raíz de la reforma de 1974, que parecía seguir la premisa de la sociedad anónima bursátil como un nuevo tipo de sociedad anónima, la doctrina ha rechazado ese supuesto. Así, Galgano, F., considera la imposibilidad de catalogar a la sociedad anónima bursátil como un tipo ulterior de sociedad por prescindir para su inclusión en Bolsa de la voluntad de los socios fundadores y de los órganos de la sociedad, aunque no soslaya que ésta opera bajo un presupuesto de hechos: la habitual y larga negociación de los títulos, lo cual no puede decirse que esté sustraída del todo a la voluntad de los socios, a quienes siempre se reconoce la elección del tipo sociedad anónima y el aumento del capital social, *Trattato di Diritto commerciale e di Diritto Pubblico dell' economia*, Padova, CEDAM, 1984, p. 47; Ferri, G., señala que en la tipología de la realidad no puede decirse que existan dos tipos diferentes de sociedad anónima, pues no ha podido encontrarse la diferencia en la estructura organizativa de la sociedad anónima que cotiza en bolsa, de la que no lo hace, *Le Società*, Torino, UTET, 1989, p. 383.

mandato debe quedar sometida toda cláusula que pretenda adquirir validez, pues el legislador le atribuye, expresamente, un carácter de obligada observancia; *b*) las normas que establecen y regulan los elementos caracterizadores de un tipo social, que no pueden ser distorsionados en perjuicio de terceros y *c*) las normas de orden público, por la trascendencia que tienen entre personas extrañas o terceros a la sociedad y la seguridad jurídica en el tráfico mercantil.

Entre las nociones de apoyo al razonamiento alemán, se tiene el concepto de los “límites inmanentes” a la libertad contractual. Se trata de un concepto doctrinal que no está explicitado en el ordenamiento jurídico ni en precepto legal alguno, por lo que se requiere construirlo doctrinalmente sobre la base de los principios generales del derecho de sociedades. La conclusión a la que llegan los doctrinarios alemanes es que los límites inmanentes son dos: la naturaleza o esencia de los institutos legales y la configuración del tipo legal societario.¹⁰

La naturaleza o esencia del instituto legal implica la expresión de las cualidades conceptuales de la figura y la posibilidad de localizar dentro del conjunto de normas jurídicas, los rasgos distintivos y peculiaridades fundamentales de la misma. En otras palabras, la esencia de un tipo social se constituye por lo que se denominan sus elementos caracterizadores.

En cambio, en la configuración del tipo legal societario, se requiere distinguir entre forma jurídica de sociedad y tipo de sociedad. La forma de sociedad es el concepto general de las distintas modalidades de sociedad (SNC, sociedad anónima, SRL, etcétera) en el que se incluyen los elementos esenciales mínimos de los supuestos de hecho ocurridos en el tráfico comercial a manera de definición legal. Se trata de modelos socioeconómicos y de organización previstos por el legislador.

En cambio, los tipos sociales representan esquemas organizativos que se presentan en la realidad, y que son contemplados implícitamente en la regulación jurídico-positiva, pues presuponen modelos de operación tenidos en cuenta por el legislador en la regulación de las formas societa-

¹⁰ *Cfr.* Fernández de la Gándara, *La atipicidad... cit.*, nota 3, pp. 209 y ss., y la variada bibliografía alemana ahí citada. Embid Irujo, J. M. y Martínez Sanz, F., enumeran los principios configuradores de la sociedad anónima y la SRL como límites a la autonomía de la voluntad de los socios, asimismo, refieren las cláusulas puramente facultativas o de libre configuración estatutaria. “Libertad de configuración estatutaria en el derecho español de sociedades de capital”, *R. de S.*, núm. 7, 1996, pp. 11-30.

rias (en realidad la “forma social” está pensada para un “tipo” concreto de sociedad).

1. *Cláusulas atípicas válidas en la sociedad anónima*

Las cláusulas atípicas se pueden clasificar en dos: *a)* reglamentarias o reguladoras de tópicos previstos en la ley, y *b)* complementarias o accesorias de la ley. En el primer caso, se encuadran las cláusulas autorizadas por la ley bajo el esquema de los mínimos y máximos o bien bajo el rubro del pacto en contrario. En cambio, las segundas incorporan aspectos no contemplados por el legislador, pero que los socios consideran importante incluirlos en el articulado de sus estatutos.

Tratándose de las cláusulas reglamentarias o reguladoras de la ley, los particulares al amparo de su autonomía de la voluntad pueden moverse en la banda de los mínimos y máximos legales. Así, si la exigencia legal establece un mínimo, los socios podrían incrementar ese mínimo, pero nunca disminuirlo, *v. gr.*, en el caso del fondo de reserva, es factible fijar estatutariamente un porcentaje de separación de utilidades superior al 5% anual y señalar que el fondo se constituya con el equivalente al 20% o más del capital social. La permisión se explica en razón de que se alcanza una mayor garantía a la prevista en la ley; se trataría de una cláusula de beneficio para la sociedad. En el caso de que se fijaran porcentajes inferiores a los legales, la cláusula es nula por ser contraria a la ley y por generar una falta de protección y de perjuicio a la sociedad.

Respecto de los tope máximos, se admite a los socios fijar un porcentaje menor al máximo legal, pero no sería válido si se supera ese tope hacia arriba, *v. gr.*, derechos de fundador que no podrían reconocerse más allá de 10 años y con máximo de 10% en la participación de utilidades. No sería válida una cláusula que se excediera de los 10 años o fijara una participación en utilidades mayor al 10%.

La situación de los pactos en contrario a que alude la ley posibilita a los socios prever en los estatutos una situación diferente a lo señalado en la ley, *v. gr.*, que las aportaciones de bienes no se consideren traslativas de dominio (artículo 11); la existencia de reglas especiales para el reparto de ganancias o pérdidas (artículo 16); que la presidencia de las asambleas generales de accionistas no recayera en el consejo de administra-

ción (artículo 193); el reconocimiento de facultades particulares para los liquidadores (artículo 242).

En el mismo tema de los pactos de los socios hay algunos que la ley no reconoce como válidos y, por tanto, su incorporación en los estatutos se calificaría de cláusula estatutaria atípica no válida, *v. gr.*, suprimir la responsabilidad del socio por aportaciones de crédito a la sociedad (artículo 12); exonerar frente a terceros a un nuevo socio de las obligaciones sociales adquiridas con anterioridad a su ingreso (artículo 13); exonerar al socio saliente frente a terceros de las operaciones pendientes al momento de la salida (artículo 14); excluir a uno o más socios del reparto de ganancias (artículo 17); restricción de la libertad de voto (artículo 198).

Con las ideas anteriores, en un ejercicio práctico se puede hacer una revisión del articulado de la LGSM para destacar algunas cláusulas estatutarias atípicas válidas y otras a las que no sería dable reconocer su validez jurídica. En este rubro se enumeran las cláusulas atípicas válidas en función del contenido temático:

En materia de capital social (aportaciones, dividendos pasivos etcétera):

- Establecer dividendos pasivos en udis;
- Establecer la posibilidad de que en aumentos de capital se reconozcan los dividendos pasivos;
- Exigir avalúo de las aportaciones en especie;
- Establecer la posibilidad de que los dividendos pasivos se cubran con aportaciones en especie;
- Establecer un porcentaje máximo de capital social que pueda ser colocado entre el público inversionista.

En materia de socios (derechos, obligaciones, representación, etcétera):

- Determinar la actividad de uno o varios socios (a manera de socio industrial, pero sin aplicar las reglas de éste);
- Enlazar a la anterior una cláusula de exclusión de socios;
- Exigir al representante de un accionista ante la Asamblea General, que tenga calidad de socio y que sólo pueda participar cuando no se presente a la sesión el socio representado;

- Establecer el mecanismo arbitral para resolver controversias sociedad-socio, antes de acudir a instancias judiciales;¹¹
- Fijar un número máximo de socios;
- Prever la posibilidad de emitir voto secreto por escrito y no nominal en casos que se califiquen de trascendentes para la sociedad;
- Prohibir competencia de los socios con la sociedad;
- Establecer como obligatorio el derecho del tanto entre los socios;
- Prohibir competencia de los socios con la sociedad;
- Establecer la obligación de los socios de aceptar cargo en comisiones aprobadas por la Asamblea General, so pena de exclusión de la sociedad.

En materia de órganos sociales:

- Adicionar a la convocatoria en los periódicos (que incluso puede ser uno específico, *v. gr.*, *El Financiero*, *El Economista*, etcétera) la obligación de notificar en el domicilio de socios;
- Precisar causales específicas de responsabilidad de los administradores previstas en la ley (exceso de atribuciones con relación al fin social, no cubrir la garantía específica para ejercicio del cargo, no separar el porcentaje de las utilidades para el fondo de reserva);
- Precisar los actos jurídicos que los administradores requerirán anuencia de la asamblea;
- Establecer reglas de sustitución inmediata de administradores por causa de muerte, renuncia, revocación o cualquier otra (lo que se conoce como fórmulas de cobertura: sistema de suplentes, sistema de cooptación, sistema mixto);

¹¹ Ha resultado polémico el caso específico del arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales, pues surgen muchas interrogantes: ¿deben participar en el nombramiento de árbitros todos los socios y terceros afectados por el acuerdo social?, si una vez iniciado el procedimiento arbitral, un tercero impugna judicialmente el acuerdo ¿debe prevalecer el arbitraje o el procedimiento judicial?, ¿pueden solicitarse en el arbitraje las medidas cautelares de suspensión del acuerdo social?, etcétera. Sobre el tema véase Pico I. Juney, J. y Vázquez, Albert, D., “El arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales”, *R. de S.*, núm. 11, 1999, pp. 183-204; Campos Villegas, E., “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1998, pp. 313-349; Jaeger, P. G., “Appunti sull’arbitrato e le società commerciali”, *Giur. Comm.*, 1990, I, pp. 219-226.

- Establecer en situaciones normales la sustitución escalonada de administradores, *v. gr.*, sustituir a 3 miembros el primer año, a otros 3 en el segundo año, etcétera.
- Designar administradores de manera proporcional al capital social;
- Establecer a favor de los administradores las llamadas opciones de compra sobre acciones;¹²
- Aprobar la conformación de órganos asesores o de consulta;
- Establecer la obligación de los administradores de remitir información importante por medios electrónicos.

En materia de acciones:

- Prever la transmisión forzosa de acciones;
- Limitar el número máximo de acciones o porcentaje en el capital social que puede poseer un socio;
- Prever la suspensión de derechos patrimoniales, en caso de adquisición de acciones no autorizadas;
- Reconocer un mecanismo diferente al cupón para el cobro de utilidades sociales;
- Prever amortización de acciones acorde al porcentaje de participación en el capital social, sin recurrir al procedimiento de sorteo ante notario o corredor público;

En materias varias (constitución, disolución etcétera).

- Constitución de una sociedad mixta o intermedia entre la constitución simultánea y la constitución sucesiva previstas en la ley;
- Establecer diversas causales de disolución de la sociedad.

¹² Es lo que la doctrina identifica como *stock options*, que es un sistema de complemento retributivo de los administradores, directivos y otros trabajadores de sociedades bursátiles, particularmente las británicas y las norteamericanas. El tema es de amplio debate en los derechos europeos, véase Ibañez Jiménez, J., *Stock Options. Regulación, economía, política retributiva y debate social*, Madrid, Dickinson, 2000; Fernández del Pozo, L., “Participación de trabajadores y directivos en el capital de las sociedades anónimas. Examen de la cuestión en derecho societario”, *Homenaje a Sánchez Calero*, Madrid, Mc Graw Hill, 2002, vol. I, pp. 815-893; “Las llamadas stock options y las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica”, *Homenaje a Sánchez Calero*, Madrid, Mc Graw Hill, 2002, vol. II, pp. 1485-1539.

2. Cláusulas atípicas no válidas en la sociedad anónima

En materia de capital social:

- Reconocer el pacto comisorio en caso de que un socio no pague los dividendos pasivos;¹³
- Dividir capital social en partes sociales y no en acciones;
- Que el capital social no esté íntegramente suscrito (caso de acciones de tesorería);
- Establecer el depósito por más de 2 años de aquellas acciones que representen aportaciones en especie.

En materia de socios:

- Constituir la sociedad con un socio;
- Limitar la responsabilidad por deudas sociales a unos socios y a otros no;
- Incorporar socios industriales (y aplicar reglas respectivas);
- Declarar el no reparto de utilidades en toda la etapa de funcionamiento de la sociedad;
- Establecer casos distintos a la adjudicación judicial en que la sociedad pueda adquirir sus propias acciones;
- No reconocer el derecho de suscripción preferente o bien reconocerlo pero estableciendo un plazo menor al legal para su ejercicio (artículo 132);
- Establecer la adquisición de acciones ordinarias condicionada a la suscripción de acciones de voto limitado.¹⁴

¹³ *Cfr.* Abascal Zamora ubica el tema dentro del análisis que realiza de las acciones pagadoras, cuya regulación califica de deficiente y poco atractiva. Agrega que de hecho tales acciones son poco conocidas en México, ya que al buscar atraer el ahorro público se recurre a instituciones de crédito o casas de bolsa que pagan la emisión para colocarla entre el público inversionista, “Las acciones de las sociedades anónimas”, *CIIJ*, núm. 3, septiembre-diciembre de 1986, pp. 897 y 898.

¹⁴ Es lo que se conoce como acciones “engrapadas”. Esta posibilidad está prohibida en las sociedades bursátiles a raíz de la reforma de junio de 2001 (artículo 14 bis-3.II). La cuestión es determinar si tal disposición se aplica a las sociedades no bursátiles; en principio no tendría porque hacerse extensivo, pues la regla especial de la LMV no alcanza a la regla general de la LGSM, sin embargo, si se analiza la situación en función de la esfera de afectación de la sociedad y del socio, debe concluirse que debe prevalecer el interés de los socios, quienes no tendrían que ser obligados a cumplir con esa condición.

En materia de órganos sociales:

- Reconocer pactos parasocietarios sobre ejercicio de voto de socios (artículo 198);
- Establecer el voto plural, *v. gr.*, 1 voto por *c/5* acciones;
- Establecer el número máximo de votos que en la asamblea de socios puede emitir un mismo accionista o sociedades pertenecientes a un grupo;
- Condicionar la asistencia de socios a las Juntas a poseer un número mínimo de acciones;
- Establecer como facultades de la junta ordinaria de accionistas asuntos de la asamblea extraordinaria;
- Establecer quórum de asistencia con base al número de socios y no del capital representado.
- Suprimir la segunda convocatoria para asamblea de socios;
- Exigir la presencia de todos los socios en primera convocatoria;
- Establecer como optativo o, simplemente no constituir, el órgano de vigilancia;
- Establecer que las asambleas de accionistas se celebren en el lugar que año con año apruebe la propia asamblea.

En materias varias:

- Ir contra las prohibiciones expresas de la ley (*v. gr.*, excluir a uno o varios socios del reparto de ganancias —artículo 17—; no conformar el fondo de reserva —artículo 21—; excluir a un socio de responder por la legitimidad de un crédito y de la solvencia del deudor —artículo 12—; excluir a un nuevo socio de obligaciones anteriores a su ingreso —artículo 13—; excluir de responsabilidad frente a terceros a socio que se separen o sean excluidos —artículo 14—; quórum de asistencia y de votación en asamblea ordinaria o extraordinaria de accionistas —artículos 189-191—);
- Reducir los mínimos y los máximos previstos en la ley en distintas materias (*v. gr.*, reserva legal; capital mínimo, número mínimo de socios; dividendos pasivos; derechos de fundador).