

2ej
No. 455

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



LA CAPACIDAD TECNICA DEL COMISARIO EN LA SOCIEDAD ANONIMA

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE;
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A

ALFONSO SAENZ RAMIREZ

MEXICO, D. F.

1984



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

CAPACIDAD TECNICA DEL COMISARIO EN LA S. A.

DEDICATORIA	I
INDICE GENERAL	II
ABREVIATURAS	V
INTRODUCCION.....	VI
CAPITULO 1. GENERALIDADES	1
A. ANTECEDENTES.....	2
a) SURGIMIENTO DEL ORGANO DE VIGILANCIA.....	2
b) NECESIDAD FILOSOFICO-ECONOMICA Y TELEOLOGICA. 5	
B. FUNCION DEL COMISARIO EN ALGUNAS LEGISLACIONES - EXTRANJERAS.	11
C. EVOLUCION DE LA FIGURA DEL COMISARIO EN LA LEGIS- LACION MEXICANA.....	19
a) CODIGO DE COMERCIO DE 1854.....	20
b) CODIGO DE COMERCIO DE 1884.....	20
c) LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS DE 1888.....	22
d) CODIGO DE COMERCIO DE 1889.....	24
CAPITULO 2. ORGANO DE VIGILANCIA EN LA SOCIEDAD ANONIMA.....	26
A. QUE ES VIGILANCIA Y QUE ES CONTROL ALCANCE Y SIG- NIFICADO.....	27
B. CONCEPTO DE COMISARIO.....	34
C. EL COMISARIO COMO ORGANO PROFESIONAL DE VIGILAN- CIA.....	41

1. NATURALEZA JURIDICA DE LA FUNCION DEL COMISARIO EN RELACION A LA SOCIEDAD.....	41
a) COMO ORGANO.....	41
b) FUNCIONARIO	45
c) MANDATARIO.....	48
d) PRESTADOR DE SERVICIOS.....	51
2. CARACTERES DEL COMISARIO.....	52
a) NOMBRAMIENTO.....	52
b) TEMPORALIDAD.....	63
c) PERSONAL O POR REPRESENTANTE.....	69
d) INEXISTENCIA DEL CUERPO COLEGIADO O CONSEJO.....	74
e) INDEPENDENCIA.....	78
f) GARANTIA.....	86
g) RESPONSABILIDAD.....	90
h) RETRIBUCION O REMUNERACION	107
i) CONCLUSION DEL CARGO	110
CAPITULO 3. CAPACIDAD JURIDICA DEL COMISARIO.....	119
A. CAPACIDAD JURIDICA DE GOCE Y DE EJERCICIO.....	120
B. HABILITACION PARA EJERCER EL COMERCIO SEGUN - EL CODIGO DE COMERCIO Y LEYES ESPECIALES..	124
C. SER SOCIO O EXTRAÑO A LA SOCIEDAD.....	129
D. NO EMPLEADOS DE LA SOCIEDAD.....	130
E. NO PARENTESCO CONSANGUINEO O AFINIDAD.....	132
F. SER PERSONA FISICA O MORAL.....	135

CAPITULO 4. CAPACIDAD TECNICA DEL COMISARIO.....	138
A. NATURALEZA JURIDICA DE SUS ATRIBUCIONES.....	139
B. ATRIBUCIONES CONTABLES.....	148
C. EL BALANCE.....	150
D. EL DICTAMEN.....	175
E. EL CONTADOR PUBLICO INDEPENDIENTE.....	183
F. COMPATIBILIDAD Y DIVERGENCIAS DE LAS FUNCIONES .. DEL COMISARIO Y DEL CONTADOR PUBLICO INDEPENDIEN. TE.....	184
G. NECESIDAD DE REFORMAR LA LEY GENERAL DE SOCIEDA.. DES MERCANTILES.....	187
CONCLUSIONES.....	XI
BIBLIOGRAFIA.....	XVI

A B R E V I A T U R A S .

- C.C. - Código Civil.
- C.Comercio - Código de Comercio.
- LFT - Ley Federal del Trabajo.
- LGSM - Ley General de Sociedades Mercantiles
- D.F. - Distrito Federal.
- RCFF - Reglamento del Código Fiscal de la Federación.
- LGTOP - Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito
- Art. - Artículo
- Fracc. - Fracción.

I N T R O D U C C I O N

Dada la importancia y el auge que han tomado las Sociedades Anónimas en el desarrollo económico de México, me preocupa de manera fundamental el problema a que se enfrentan innumerables Sociedades Anónimas ante la duplicidad del cargo de Comisario y Contador Público Independiente como auditor externo.

Esto en virtud de que en múltiples ocasiones el Comisario es una persona que carece de capacidad técnico-contable para cumplir diligentemente con su cargo. Tomando en consideración que toda Sociedad Anónima tiene un contador público interno, como un auxiliar del comerciante, encargado de llevarle su contabilidad, y que es contratado por el o los administradores, estableciéndose así una relación de subordinación laboral, que es precisamente lo que le limita para desempeñar el cargo de Comisario.

Así mismo debe tenerse en cuenta que en la Sociedad Anónima, en determinado momento es necesaria la colaboración de un Contador Público como auditor externo, que se encargue de realizar la Auditoría, revise los estados financieros y emita su opinión o dictámen. Aclaro que el Contador Público

interno de la Sociedad Anónima, no puede hacer tampoco la men
cionada Auditoría, como consecuencia de prohibiciones esta--
blecidas en normas contables como son el Código de Etica pro
fesional y normas de Auditoría de los Contadores Públicos.

Debe hacer especial énfasis en que el Comisario de u-
na Sociedad Anónima, para cumplir con sus obligaciones eminen
temente contables, puede basarse en la revisión de los esta--
dos financieros y dictamen emitido por un Contador Público in
dependiente como auditor externo; pero es precisamente aquí
donde se presenta el caso de duplicidad del cargo mencionado,
por falta de capacidad técnica.

Bien podría ser el Contador Público como auditor ex-
terno, quien fungiera como Comisario en la Sociedad Anónima,-
cumpliendo diligentemente con las implicaciones del cargo y --
por otro lado haciendo menos onerosa la carga a la Sociedad --
por la retribución de dos personas, de cargos que por su natu-
raleza bien pueden ser realizados por una sola.

Es pues por un lado, la duplicidad del cargo de Comi-
sario y Contador Público independiente, lo que me induce a ha
cer este breve estudio, sobre el órgano de vi
gilancia en la Sociedad Anónima y por el otro, el haberme per
catado de la im
plicación fundamentalmente contable de algunas de las funcio-

nes del comisario, que me orillan a pensar en la necesidad de contar con la calidad profesional de Contador Público para el desempeño del cargo, exigida únicamente por la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares y no obstante - que el cargo de Comisario sea estructural como cuerpo de vigilancia.

Para tal efecto analizaré cómo y por qué surge el órgano de vigilancia en la Sociedad Anónima, su evolución dentro de nuestras legislaciones mercantiles, que va de un consejo de inspección colegiado, a la actuación individual del Comisario. Y por ser una institución común a muchas legislaciones, haré un breve esbozo del órgano de vigilancia de las Sociedades Anónimas, en comparación con otras legislaciones extranjeras.

En estas condiciones mi objeto de estudio se dirige a analizar al órgano de vigilancia en la Sociedad Anónima en México, su naturaleza jurídica, las características del cargo, - su capacidad jurídica para ejercerlo; finalmente haciendo - destacar de sus atribuciones las contables, las cuales me obligan a pensar en la necesidad de la ya reiteradamente mencionada capacidad técnica del Comisario, haciendo distinciones - claras entre lo que es el Contador Público interno, Contador Público independiente como Auditor externo, y su compatibilidad para el desempeño del cargo de Comisario.

Es ineludible que la figura del Comisario ha ido evo

lucionando poco a poco en nuestra legislación mercantil, sin embargo existen algunas deficiencias arraigadas en la misma - Ley General de Sociedades Mercantiles a saber:

La Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 164, no exige ningún requisito para ser Comisario.

Esto genera:

- 1) La duplicidad del cargo de Comisario y Contador Público Independiente.
- 2) Que en la práctica se nombre Comisario a aquella persona que preste su nombre para cumplir con un mero requisito legal. Siendo en este caso, la función del Comisario desempeñada negligentemente, en perjuicio de los accionistas, por falta de capacidad técnica contable.

En virtud de que el Comisario tiene la obligación de exigir a los administradores, conforme a la Ley General de Sociedades Mercantiles (Art. 172 incisos de la "C" a la "G"), - la elaboración de los estados financieros y anexar el dictámen elaborado por él, conforme al Art. 166, Fracción IV LGSM, incisos A, B, y C.

Dicha labor de formular los estados financieros, está sujeta a ciertas normas para su elaboración y eficacia que ne

cesariamente nos hacen pensar en la necesidad de reformar la LGSM exigiendo como requisito para ser Comisario el tener título de Contador Público y ejercitarlo en forma independiente.

CAPITULO I

GENERALIDADES

A. ANTECEDENTES.

a. SURGIMIENTO DEL ORGANO DE VIGILANCIA.

En la evolución del Derecho Mercantil, a lo largo de su historia, con muy poca frecuencia se habla del Comisario, por lo que se nos presenta el problema de determinar su origen, sus formas iniciales y en fin, su desenvolvimiento en el campo jurídico.

En la Sociedad Anónima, en virtud del número de personas titulares de acciones, la posibilidad de transmisión de las mismas, que implican el continuo cambio de propietarios, lo desordenado y caótico que sería inmiscuir a todos los accionistas en un pie de igualdad en el desenvolvimiento interno de la empresa, impide que los socios puedan intervenir, en forma directa en la administración y discusión de las medidas financieras, o en la contabilización de las transacciones, por lo que el legislador consideró necesaria la existencia de una persona que en representación de los socios, cumpliera con la ejecución material de aquellas atribuciones.

Con el nacimiento de la Sociedad Anónima y como consecuencia de la dificultad para lograr la consecución de objetivos, que por su naturaleza no estaban al alcance de las fuerzas individuales, y con las que difícilmente podría alcanzarse la finalidad perseguida; la evolución de las Sociedades Anónimas, se fue perfilando hacia una excepción al postulado de la confianza como condición insuperable en la existencia de las Sociedades Anónimas hasta ese entonces, pues en la gran mayoría de los casos, lo importante era reunir una multitud de pequeños capitales y por ello se idearon las acciones al portador, ahora nominativas por Ley, pero limitándose la responsabilidad de quienes las suscribían a una cantidad igual a la que se obligaban con la compra de sus títulos.

Esta finalidad de reunir capitales, marcó entre los accionistas dos grupos:

El primero integrado por los promotores, generalmente, futuros encargados del manejo del negocio, quienes a base de la confianza que inspiran, atraen el dinero de los que integran el segundo grupo: inversionistas, empleados, etc., a quienes se les niega la posibilidad de cercio

rarse personalmente del buen manejo de sus ahorros y de la veracidad de los informes, (especialmente estados financieros) que les rinden los administradores; por que dado su número, resulta injusto y anti-económico, imponerle una carga a la Sociedad, sujetándola a que cuando cada quien lo desee, revise la contabilidad y comprobantes de la empresa. (1)

A cambio de la restricción anterior y para proteger a este grupo, el legislador estableció la obligación de -- nombrar a una o más personas de su confianza, para revisar en su representación las operaciones de la Sociedad. Es decir, que los inversionistas que contribuyen a formar el capital social, tienen que confiar no sólo en los administradores de la Sociedad, sino también en quién o quienes supervisen a éstos últimos; y así desde el siglo pasado surge en varios países la figura del Comisario, Síndico, Interventor o Censor, según la denominación que se le dió en distintas legislaciones.

" Así pues el Derecho Francés en la Ley de 1867, reguló al Órgano de vigilancia y la Ley Belga de 1873; siendo -

(1) C.P. Alejandro Hernández de la Portilla. "LA COMPATIBILIDAD DE LOS CARGOS DE CONTADOR PUBLICO Y COMISARIO". Revista de PRICE WATERHOUSE Y CIA. 1960. p. 2.

el antecedente inmediato a nuestra legislación, en la regulación de esta figura el Código Italiano de 1882. Posteriormente, en el Código Alemán de 1900 se habría creado un consejo de vigilancia, con amplísimas facultades."(2)

b. NECESIDAD FILOSOFICO ECONOMICA Y TELEOLOGICA DEL COMISARIO EN LA SOCIEDAD ANONIMA.

Originándose así la necesidad de crear esa función-controladora o fiscalizadora, que en algunas legislaciones está encomendada a un órgano unipersonal y en otras a un colegio o consejo especial.

Otras de las razones que fundan la necesidad de su creación son: que se necesitaba en la Sociedad Anónima de un órgano que se encargara de garantizar con su control -- frente a terceros, la verdad y exactitud en el desarrollo de las actividades jurídicas, financieras y contables.

Por otro lado, para el inversionista, el pensar -- que existía este órgano, hacía las operaciones de la Sociedad, más serias ya que alguien velaría por el cumplimiento estricto de los deberes de los administradores.

(2) Joaquín Rodríguez Rodríguez. - "TRATADO DE SOCIEDADES - MERCANTILES ". Porrúa, México, 1981. pp.148, 149 y 150.

"El Síndico, Censor, Contralor o Comisario, según el nombre que le atribuya la legislación respectiva, es una garantía legal, tanto para los accionistas como para los terceros, en cuanto que sus intereses dentro de la Sociedad están bien salvaguardados.

Esta institución sirve además de contrapeso en las relaciones que derivan del órgano directivo y la Sociedad. La Asamblea debe ser controlada también por el Síndico o Comisario, velando por que ésta no viole la Ley o los estatutos."⁽³⁾

Los Comisarios tienen la obligación de vigilar la -- gestión de la Sociedad, no únicamente para denunciar a los administradores, sino para que dichos administradores, ceden concienzudamente los intereses de la Sociedad; así pues, entre las funciones esenciales de los Comisarios tiene fundamental importancia, la de vigilar la contabilidad de la empresa, y en especial examinar minuciosamente el proyecto de Balance compilado por los Administradores. (4)

" En las Sociedades Anónimas el derecho parte del concepto de que como consecuencia del número de los accionistas y de su variabilidad, el socio como tal no puede admi

(3) Rogasiano M. Lo Celso. " RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS GESTORES EN LAS SOCIEDADES ANONIMAS ". Buenos Aires. 1944, pp.127 y 128.

(4) De Gregorio Alfredo. " DE LAS SOCIEDADES Y ASOCIACIONES COMERCIALES EN EL COMENTARIO AL CODIGO DE COMERCIO DE BOLAFIO, VIVANTE, ROCCO " Buenos Aires. 1950, T.7, V.II, p.84.

nistrar directa y personalmente a la Sociedad..." ... " El accionista ni siquiera tiene un poder ilimitado y continuo de -- control personal y directo; el control general y permanente de la Sociedad, se confía a un órgano especial (Comisarios) llegando a confiarse al accionista individualmente, o a minorías calificadas, limitadas funciones de control. (5)

Así pues, ante la imposibilidad de que cada accionista revise personalmente las cuentas de la Sociedad, fue necesaria la creación del órgano de vigilancia que "son inspectores permanentes de la administración y delegados por los accionistas..." (6)

Es decir es un órgano profesional que de modo continuo realiza la función de vigilancia de los administradores.

La función de vigilancia que es primordialmente la necesaria y debida protección de los intereses de los accionistas, se logra al provocar que los administradores se conduzcan en forma honradamente diligente.

Pero para que el comisario pueda velar por los intereses de los accionistas y responda a la confianza en él - -

(5) Tullio Ascarelli.- " PRINCIPIOS Y PROBLEMAS DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS". Traducc. René Cacheaux Sanabria.- Imprenta Universitaria. México. 1951, pp.38 y 39.

(6) César Vivante.- " TRATADO DE DERECHO MERCANTIL" .- Ed.Reus S.A., Madrid. 1932. 1a. Edición. T.2, p.298.

depositada, necesitan evidentemente satisfacer un mínimo de - capacidad moral o ética y fundamentalmente técnica como un a tributo del cual en ocasiones carecen, por una laguna legal, de no exigir que el Comisario sea Contador Público.

Pienso pues, en que lo que la Ley quiso crear, fue "in dividuos" que, lejos de ser atemorizados por uno o varios accionistas que desearan corromper su postura, actúen cuando -- así se requiera, exteriorizando ante la asamblea, aquellos a ctos censurables, y siempre dispuestos a "abrir los ojos" de - aquellos por quienes están viendo, esta es pues la postura é - tica que debe guardar quien desempeñe el cargo de Comisario - con respecto a los accionistas.

El criterio sustentado para la designación de estos - representantes de los accionistas fue desde aquel entonces:... "que el Síndico o Comisario según el nombre que haya usado el legislador, fuera persona que no tuviera atenuante o justifi - cación para dejar de corresponder a la confianza que en él se depositó." (7)

Vivante planteó con pluma definitivamente clara, ple - na de contenido moral, la tesis de que la vigilancia del Sín - dico, que es autoridad independiente, debe tender a que los -

(7) Op.Cit. Alejandro Hernández de la Portilla. p.3.

administradores, aún sin quererlo, se conduzcan en forma honradamente diligente. (8)

Esta mecánica de nombrar Comisario a una persona digna de confianza de los accionistas, pero carente de capacidad técnica, permitiéndole a él, escoger a quien le preste auxilio eficaz en su función, es decir a un Contador Público, en la práctica funciona bien, pero en la realidad es éste último quien de hecho desempeña el cargo.

Los hombres de negocios, (accionistas) dándose cuenta de esta situación, tratan de eliminar al intermediario, de notando la clara necesidad de que por mandato de Ley o por --convencimiento propio, sea directamente un Contador Público -- quien desempeñe el cargo de Comisario.

En nuestro País, algunas Sociedades para cumplir exclusivamente con una fórmula legal, nombran Comisario a una -- persona que preste su nombre, en cuyo caso la función encomendada no se satisface, ya que el individuo que ocupa dicho cargo, no está preparado para ejercerlo y consecuentemente, ni -- siquiera intenta una revisión de los estados financieros, teniendo que recurrir a solicitar los servicios de un Contador--Público que cubra este aspecto, practicando una Auditoría de las cuentas de la empresa.

(8) Op.Cit. César Vivante. T.2, p.298.

Vivante en lo espiritual, tuvo un profundo sentido de lo que debería significar la independencia para opinar y reconoció, sin embargo, que en la práctica, los síndicos -- (Comisario), no han tenido la autoridad suficiente sobre los administradores. (9)

El Órgano de vigilancia así creado por el legislador tiene que actuar con independencia de criterio que se logra - respondiendo a aspectos de origen como: Su elección por la - Asamblea y no por el Consejo de Administración, Administrador Unico o Gerente, no tener liga de parentesco con los administradores, no ser empleados de la empresa y si actúan en grupo esto es, que sean dos o más comisarios, no obligarlos a ligarse al voto de la mayoría, sólo tomando en cuenta estas consideraciones el Comisario, podrá cumplir con la necesaria protección del ahorrador o inversionista de la Sociedad Anónima.

Vivante subraya además que: " Deben desempeñar personalmente su cargo y no pueden valerse de contables para examinar los libros y documentos sociales, pues si esta facultad se niega hasta a los accionistas, por temor de que se descubran los secretos sociales, con mayor razón deberá negarse a los extraños..."(10) Afirmación que confirma mi postura de que el Comisario debe ser Contador Público y ejercitar por sí solo el cargo, y aunque en la Legislación Mexicana si se per-

(9) Op.Cit. César Vivante. T.2, p.303.

(10) Idem. p.301

mita la delegación del cargo, no es conveniente.

No será correcto dedicar a dos técnicos para que revisen dos veces lo mismo; ni se justificaría que el personal de la Sociedad se dedique dos veces también al auxilio que requieren dichas revisiones. (11)

La Sociedad Anónima es un medio para la movilización de los ahorros de grandes grupos de población y para la consiguiente difusión de la inversión y para proteger a los inversionistas de malos manejos de los administradores, nace la necesidad de crear un órgano de vigilancia. (12)

B. - FUNCION DEL COMISARIO EN ALGUNAS LEGISLACIONES EXTRANJERAS.

En el Derecho francés, la Ley de 1867 reguló al órgano de vigilancia potestativo en las sociedades personales y obligatorio en las sociedades por acciones. El Comisario en esta legislación, puede ser socio o extraño a la Sociedad.

" En la Sociedad Anónima precisa uno o varios Comisarios, algunas veces calificados de censores, accionistas o no. El Comisario está necesariamente sometido a la reelección cada año. " (13)

(11) Op.Cit. C.P. Alenjandro Hernández de la Portilla. p.11

(12) Op.Cit. Tullio Ascarelli. p.11.

(13) Op.Cit. Joaquín Rodríguez Rodríguez. p.149.

Cuando la Asamblea hubiere omitido su nombramiento- el Presidente del Tribunal de Comercio lo designará.

El Comisario después del primer semestre de cada ejercicio se puede hacer llegar del Balance de la situación pero no tiene facultad para comprobar ese balance, y sólo tres meses antes de la fecha de la Asamblea anual puede investigar la contabilidad de la Sociedad.

"... La legislación francesa en la cual, la función del control sobre el balance está confiada a los Comisarios, elegidos por seis ejercicios sociales en la Asamblea General Ordinaria. (Art. 224 Ley del 24 de julio de 1966, sobre las Sociedades Comerciales)." (14)

El Código de Comercio Italiano de 1937 pertenece a un sistema distinto; junto a los administradores, existen los Comisarios cuyas atribuciones son la vigilancia de las operaciones sociales y la revisión del Balance, siendo un órgano de intervención permanente.

El Código de Comercio de 1937 cambió en forma radical unificándose con el Código Civil Italiano de 1942, acentuándose el carácter colegiado del órgano (Collegio Sindicale).⁽¹⁵⁾

El Código Civil Italiano de 1942, en sus Arts. 2397 a 2409 regula con cierta amplitud al órgano de control que es el Co-

(14) Mario Bauche García Diego.- "LA EMPRESA".- Porrúa, México. 1977. p.550.

(15) Op.Cit. Joaquín Rodríguez Rodríguez. p.150.

legio Sindical al cual se le confia la verificación del balance.

A estos síndicos los nombra la Asamblea y duran en su cargo un trienio; dicho colegio se compone por tres o cinco miembros propietarios, socios o extraños a la sociedad y de dos suplentes que deben ser seleccionados de entre los profesionistas idóneos determinados por la Ley.(16)

En el derecho Suizo, la reglamentación de los órganos de control corresponde, en forma general, con las disposiciones francesas citadas anteriormente.(17)

En Suiza por el antiguo Código Federal de las obligaciones de 1881, que entró en vigor en 1883 y unificó el Derecho Comercial, el control de las Sociedades estaba confiado a Comisarios verificadores, cuyo papel y atribuciones eran bastante restringidas. Se trataba sobre todo de verificar el buen estado de la contabilidad, es decir la concordancia de los registros contables con las inscripciones en los libros.(18)

En 1936 con la revisión del Código, la misión de los contralores se vuelve más extensa. En su Art.728, se establece claramente la nueva concepción; los contralores verifican si las cuentas de pérdidas y ganancias y el balance están conforme a los libros, si éstos se llevan con exactitud y si el estado del capital social y de los resultados de la empresa responden a las reglas generales, establecidas por la Ley de

(16) Op.Cit. Mario Bauche García Diego. p.551.

(17) Op.Cit. Joaquín Rodríguez Rodríguez. p.150.

(18) Op.Cit. Mario Bauche García Diego. p.551.

Evaluaciones en materia del Balance, así como las prescripciones especiales de los estatutos. (19)

Los contralores (Comisarios para el Derecho Mexicano) como en nuestro derecho y en el francés no pueden ser administradores ni empleados de la Sociedad, deben ser neutrales y estar capacitados para informar objetivamente a la Sociedad.

Pueden ser accionistas o extraños a la Sociedad; no es indispensable que sean personas físicas, ya que el Art. 727 párrafo 3 del Código Suizo, establece que "personas Morales, tales como una sociedad fiduciaria o un sindicato de revisión pueden estar encargados del control. "

Es la Asamblea General de Accionistas a quien compete la elección de los contralores, siendo esta disposición de orden público.

Son elegidos la primera vez por un año, por la Asamblea constitutiva y posteriormente pueden ser elegidos por tres o más años, según lo establece el Art. 727, párrafo 4 del Código Federal de Obligaciones.

En el Derecho Alemán el Código de Comercio de 1900, regulaba a un Consejo de vigilancia con amplísimas facultades, llegando a inmiscuirse en la administración de la Sociedad, puesto que podían conferírseles facultades administrativas ilimitadamente quedándole solo prohibida, la representación de la Sociedad frente a terceros.

(19) Brosset y Schmidt.- "GUIDE DES SOCIETES EN DROIT SUISSE" T.II, pp.259 a 261.

Existen además, en el Derecho Alemán los revisores, que son órganos de carácter potestativo y cuyas funciones corresponden a las del Comisario del Derecho Francés. (20)

En la Ley Alemana de Sociedades Anónimas, el Consejo de vigilancia se compone de tres hasta de veinte miembros que serán personas físicas, elegidos por la Asamblea General, por tiempo determinado y con un cargo de carácter revocable.

El Consejo de vigilancia controla la gestión de los negocios sociales, pudiendo exigir al Consejo de Administración informes sobre éstos, examinar los libros y documentos de la Sociedad, comprobar el estado de los bienes, de la caja, de la existencia de valores y mercaderías, pueden convocar a Asamblea cuando lo exijan los intereses sociales, no puede desempeñar funciones de gestión, pero pueden someter cierta categoría de gestiones a su consideración.

El consejo de vigilancia representa a la Sociedad en actos jurídicos en los que el Consejo de administración sea parte y cuando la Sociedad demande de éstos, una resolución de la Asamblea General. (21)

En sus orígenes el Código de Comercio Español es una de las expresiones del sistema liberal, no prevé dato alguno sobre el órgano de vigilancia; omite toda alusión a los órganos de control y vigilancia. (22)

En la vigente Ley española sobre el régimen jurídico de las Sociedades Anónimas, el órgano de vigilancia está cons-

(20) Op.Cit. Joaquín Rodríguez Rodríguez. p.150.

(21) Idem. p.151.

(22) Idem. p.149.

tituido por los llamados censores de cuentas. (23)

A diferencia de otras legislaciones no ha instituido un Órgano colegiado (consejo o comité de vigilancia encargado de fiscalizar la gestión administrativa de modo permanente).- Contiene por el contrario un sistema de revisión y vigilancia original.

Por su parte, la Ley española de 1951, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas no instituye un Órgano de vigilancia sobre la gestión social con funciones permanentes.

La Asamblea General designa a los "accionistas censores de cuentas". En el ejercicio de su función el censor podría examinar por sí mismo la contabilidad y todos los documentos relativos a los hechos contables, pero su informe salvo pronunciamiento expreso de la Junta General en contrario sólo se referirá a la exactitud y veracidad de los datos consignados en el Balance y cuenta de pérdidas y ganancias.

Los censores de cuentas: no podrán pertenecer al consejo de administración; serán designados por la Junta General en que se aprueben las cuentas del ejercicio anterior y serán dos propietarios y dos suplentes y no cesarán en su función -

(23) Rodrigo Uria.- " DERECHO MERCANTIL ".- Madrid. 1958 p.231

hasta que sean aprobadas las cuentas del siguiente ejercicio.(24)

En el Derecho Inglés, nos dice Gower que en forma sorprendentemente la Ley de Sociedades (Companies act. 1948), no establece en forma precisa los asuntos que deben tratarse en Asamblea General ya que la única obligación estatutaria que debe llevarse a cabo, es la designación de auditores.(25)

El Art. 159 del Companies Act. 1948, establece: " toda Sociedad deberá designar un auditor o auditores en cada Asamblea General anual, para desempeñar su cargo desde la conclusión de ella hasta la conclusión de la siguiente Asamblea General anual. "(26)

El Art. 161 establece que una persona no puede ser designada auditor de una Sociedad, a menos que sea miembro de un cuerpo de " Contadores ", establecido en el Reino Unido y reconocido por el Departamento de Comercio.(27)

Tampoco pueden ser auditores los empleados de esa sociedad o de cualquier otra Sociedad en el mismo grupo, ni socios de un empleado. Asegurándose la integridad profesional de los auditores, pero no garantiza en sí mismo su independencia, ya que son profesionistas que dependen del trabajo de au-

(24) Op.Cit. Mario Bauche García Diego.pp.551 y 552.

(25) Ibidem. p.552.

(26) Gower.- "THE PRINCIPLES OF MODERN COMPANY LAW". p.433.

(27) Op.Cit. Mario Bauche García Diego. p.553.

ditoría.

Aquí los auditores no constituyen un órgano de la Sociedad, como en nuestro Derecho. Sus funciones se limitan a formular un informe sobre el balance y a concurrir a las Asambleas Generales y a ser oídos en las mismas. Las funciones - de inspección las realiza el Departamento de Comercio, quien nombra inspectores. (28)

En Estados Unidos de Norteamérica, no existe el cargo de Comisario, ni como órgano Social, ni como tercero extraño a la Sociedad; los accionistas deben ejercer sus derechos de información sobre libros y documentos de la Sociedad por - sí mismos a través de autoridad judicial. Sin embargo por el carácter local de la Legislación Norteamericana nos encontramos con el Código Civil del Estado de California, que prevé - que cuando un 10% de los accionistas solicite una inspección, el Juez nombrará un inspector competente o un Contador Público, para que haga una auditoría.

En algunos otros estados existen disposiciones legales para la rendición y publicación de informes anuales. (29)

Así pues, vemos que existe una antinómia fundamen- tal de encomendar la revisión a un órgano social, o bien a perso--

(28) Op.Cit. Mario Bauche García Diego. p.553.

(29) Ibidem.pp.553 y 554.

nas enteramente extrañas a la Sociedad; a la primera solución se han adherido, la mayoría de las legislaciones, inclusive, la nuestra, y a la segunda, sólo una minoría que integran legislaciones como la inglesa, noruega, danesa y en otras como los Estados Unidos de Norteamérica, ni siquiera existe un órgano de control, sino que son los mismos accionistas los que ejercitan su derecho de información de los balances.

Por otro lado en legislaciones Mercantiles, Códigos de Comercio o Leyes especiales de países como Francia, Alemania y Bélgica, se regula expresamente al órgano de vigilancia y frente a estos países, otros como España en los que no existe en su legislación un órgano de vigilancia, aunque en la -- práctica exista regulado por usos más arraigados.

En Países en los que el órgano de vigilancia está estructurado legalmente; en unos como Italia, fun- -- ciona como órgano individual y en otros colegiado, como en Alemania.

En algunos países como Austria, Inglaterra y Suiza - el Consejo de Vigilancia, tiene funciones limitadas a la revisión contable. En cambio en otros como Alemania, la función de vigilancia, se extiende a toda la actuación de los administradores.

C.- EVOLUCION DE LA FIGURA DEL COMISARIO EN LA LEGISLACION MEXICANA.

a. CODIGO DE COMERCIO 1854.

En México no encontramos rastro alguno de actividades de vigilancia, realizadas por un órgano especializado. Joaquín Rodríguez Rodríguez, al respecto hace la misma aceveración. (30)

Sin embargo en el Código de Comercio de 1854, en la Sección II, DE LAS COMPAÑIAS DE COMERCIO, en su Artículo 246 dice:

" En las compañías anónimas, no pueden los accionistas hacer investigación alguna acerca de la administración, si no es en el tiempo y según el modo que se hayan fijado, en las respectivas escrituras y reglamentos. " (31)

De lo anterior podemos deducir, que efectivamente la ley no regulaba órgano de vigilancia alguno, sin embargo, lo dejaba a arbitrio de los accionistas y en forma supletoria a los mismos estatutos de la Sociedad. Por otro lado, eran los primeros indicios de regulación codificada de las Sociedades-comerciales y en concreto de la Anónima y en mucho regía aún el principio general de la confianza como elemento rector de las relaciones entre los integrantes de la sociedad anónima.

b. EL CODIGO DE COMERCIO 1884.

Mario Bauche García Diego, menciona que es hasta el

(30) Op.Cit. Mario Bauche García Diego. p.554.

(31) Código de Comercio. 1854. México.

Código de Comercio de 1884 en el que se crea un Consejo de inspección, cuyos componentes deben ser designados en la escritura constitutiva y que actúa como órgano colegiado.(32)Al respecto Rodríguez Rodríguez hace la misma afirmación. Nuestro Código de Comercio de 1884, en sus artículos 552, 563,-565, 569, 577 a 583, 585 a 587, regulaba al órgano de vigilancia; de los cuales transcribo los siguientes:

Art. 563: " Las resoluciones de la junta general de los Consejos de administración e inspección y en general todas las que hayan de adoptarse, se acordarán por mayoría de votos por acciones de los que deban intervenir en ella... "

Art. 565: " En la primera junta general de accionistas que se celebre, se harán los nombramientos de Director o Directores de los demás individuos del Consejo de administración y de los del consejo de inspección. "

Art. 569: " Las reuniones extraordinarias que manden convocar el consejo de administración o el de inspección, se citarán al menos con treinta días de anticipación. "

Art. 577: " El número de miembros del consejo de inspección será de cinco nombrados por la Asamblea de accionistas. "

(32) Op.Cit. Mario Bauche García Diego. p.554.

Art.578: "Las atribuciones del consejo de inspección son dos: fiscalizar los actos de la administración y todos los otros, concernientes al servicio de la compañía, verificar las cuentas, velar por el exacto -- cumplimiento de los estatutos y reglamento..."

El Art. 579 menciona que el cargo de miembro del consejo de inspección será retribuido.

El Art.580 dispone que el consejo de inspección ejercedrá sus atribuciones por sí o por medio de uno o más - de sus miembros y en el tiempo que lo juzgue conve--niente, organizando sus trabajos de forma que pueda- presentar el resultado de ellos junto con el dictamen.

El Art. 582 se refiere a la responsabilidad del consejo de inspección frente a la Sociedad. (33)

Es pues en dicha Ley donde encontramos por primera - vez en nuestro País, la regulación de un Consejo de inspección con funciones de control y vigilancia.

c. LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS 1888.

Suprimió el carácter colegiado del consejo de inspección y sin duda por influencia del derecho italiano, estable- ció comisarios individuales. (34)

En su Art. 37 la Ley de Sociedades Anónimas dice:

"La vigilancia de las Sociedades Anónimas debe ser -

(33) C.Comercio. 1884. México.

(34) Op.Cit. Joaquín Rodríguez Rodríguez. p.148.

confiada a uno o varios socios que se llamarán comisarios, - los que para desempeñar su encargo depositarán el número de - acciones que determinen los estatutos.

Los comisarios serán nombrados por la asamblea general. Sin embargo en la primera vez, pueden ser nombrados en la escritura pública de la Sociedad..." ..."los comisarios se rán siempre reelegibles y su cargo revocable..."

"Art. 38. Los comisarios tienen un derecho ilimitado de vigilancia sobre las operaciones de la Sociedad. Cada vez que lo deseen, pueden inspeccionar los libros, correspondencia, actas y en general todas las escrituras y papeles de la Sociedad. En consecuencia, los accionistas no podrán ejercer por sí esas facultades. Los administradores les entregarán - cada año, el balance general para que procedan a hacer su comprobación; y los comisarios someterán a la asamblea el resultado de sus trabajos con las proposiciones que crean convenientes... "

Conforme a esta misma ley, se establece que en las - asambleas ordinarias se hará el nombramiento de comisarios - que éstos serán responsables en los mismos términos que los administradores; que en dichas asambleas ordinarias se determinarán los emolumentos de los comisarios y que la convocación de asambleas la hará el consejo de administración o el - comisario. (35)

(35) Ley de Sociedades Anónimas, 1888.

d. CODIGO DE COMERCIO 1889 (vigente)

El Código de Comercio de 1889, respetó la estructura de la Ley de Sociedades Anónimas de 1888, que prácticamente se reprodujo en la Ley General de Sociedades Mercantiles vigente. Las disposiciones vigentes en materia de vigilancia de rivan indirectamente del Código de Comercio Italiano. (36)

En el Código de Comercio de 1889 en el Art. 198, con ffa la vigilancia de las Sociedades Anónimas a uno o varios - " socios " que se llamaran comisarios.

El Artículo 164 de la Ley General de Sociedades Mercantiles tiene relación con éste artículo 198 párrafo 1o. del Código de Comercio Mexicano de 1889, salvo que en éste se establecía que el cargo debería de ser desempeñado por socios, en tanto que la ley vigente afirma que pueden ser socios o extraños, como también lo preceptúan de modo expreso las legislaciones belga, francesa e italiana.

En concreto este Código de Comercio de 1889 mexicano no modifica lo establecido en la anterior Ley de Sociedades Anónimas. (37)

En cuanto a la Ley General de Sociedades Mercantiles de 1933, no hago por el momento mención alguna a ella, pues-

(36) Op.Cit. Joaquín Rodríguez Rodríguez.- p.148.

(37) Código de Comercio 1889. Colección Códigos y Leyes Federales, Herrero Hnos. 9a. Edición. México, 1926.pp.49 y 50.

to que va a ser objeto de análisis de los capítulos posteriores.

CAPITULO II

EL ORGANO DE VIGILANCIA EN LA
SOCIEDAD ANONIMA .

A. - QUE ES VIGILANCIA Y QUE ES CONTROL ALCANCE Y SIGNIFICADO.

Es posible establecer una diferencia entre actividades de control y vigilancia sobre todo tomando en cuenta las distinciones que nos ofrece el derecho comparado.

De este modo por un lado podría hablarse de vigilancia para referirse a la actividad de custodia, realizada por ciertos órganos que, incluso, puede trascender a la esfera administrativa, al imponer a los órganos administrativos ciertas normas de actuación o bien prohibirles ciertos actos, al poder ejercer frente a ellos el derecho de voto.

Entenderíamos por otro lado como una actividad de control, aquella que realiza un órgano estrictamente de revisión de la contabilidad. (38)

Es preciso para comprobar estas acepciones, analizar algunos criterios de distintos tratadistas; casi la mayoría de los autores distinguen estas actividades de vigilancia y control o revisión, pero no precisan su diferencia; algunos otros, equiparan control y vigilancia, sin embargo, en estricto sentido se trata de actividades diversas.

Así entendido el órgano de vigilancia en las Sociedades Anónimas mexicanas, tiene una función, cuya actividad es

(38) Wieland. Op.Cit. Joaquín Rodríguez Rodríguez. - T.2 p.148

mixta; por un lado vigilar ilimitadamente las gestiones de los administradores y marcha de la sociedad, por el otro, la de controlar sus cuentas y revisar sus Estados Financieros.

Al respecto, agruparé a aquellos que hablan de vigilancia, equiparándola a su vez al control o bien comprendiendo esta última actividad en la primera.

Mantilla Molina acevera " la vigilancia de la marcha regular de las sociedades anónimas corresponde a los comisarios. " (39) Este autor dentro de la actividad de vigilancia - engloba también la de estricto control.

Al respecto Rafael de Pina Vara dice: " La vigilancia de la administración de la Sociedad Anónima, corresponde a los comisarios, que constituyen un órgano especial de control sobre la gestión de los administradores. " (40)

Creo que Rafael de Pina Vara es poco rígido con ambos términos, pues definitivamente vigilancia y control implican actividades diferentes, y el los maneja indistintamente.

Incluso nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles menciona en su artículo 164 que la "vigilancia" de las Sociedades Anónimas estará a cargo de uno o varios comisarios temporales y revocables que pueden ser socios o personas ex-

(39) Roberto Mantilla Molina, DERECHO MERCANTIL, Porrúa. Mex. 1982. p.413.

(40) Rafael de Pina Vara. ELEMENTOS DE DERECHO MERCANTIL MEXICANO. 16a. Ed. Porrúa. México. 1983. p.119.

trañas a la Sociedad.

Parece ser que el legislador mexicano, incurrió en el mismo error, pues nuestro Órgano de vigilancia tal como se encuentra regulado en la Ley General de Sociedades Mercantiles, realiza actividades de vigilancia y de control en sentido estricto, y que en el mismo sentido debían de distinguirse. Es preciso ahora agrupar a algunos tratadistas que separan estas actividades de control y vigilancia; o bien si no en forma expresa, sí tácitamente:

Mario Bauche García Diego afirma ..." nuestros comisarios son Órganos de la Sociedad por estar encomendada a ellos la vigilancia permanente de la Sociedad, ya que su función no es solamente la de controlar el balance mediante su dictamen aprobatorio o desaprobatario, sino la de ejercer una constante vigilancia sobre el Órgano administrativo. (41)

Lorenzo Mossa aunque en forma vaga, pero parece separar ambas actividades ..." La junta de comisarios ejerce su vigilancia sobre el consejo de administración, sobre el funcionamiento de la Sociedad en su conjunto y sobre el Balance" (42)

Manuel Broseta Pont comenta que en legislación española "se ha creado un sistema de control y vigilancia denominado censores de cuentas"; que en sentido estricto, es de me-

(41) Op.Cit. Mario Bauche García Diego. p.554.

(42) Mossa Lorenzo. DERECHO MERCANTIL. UTHEA, Buenos Aires. - 1940, V.1 p.175.

ro control de cuentas y balance de la sociedad.

El menciona que en todas las legislaciones se completa la trilogía de órganos sociales mediante un tercero, encargado de controlar, vigilar y revisar de forma directa o indirecta la actuación de los administradores.(43)

En el Derecho Español existen los censores de cuentas que es un órgano de fiscalización cuya actividad fundamental, es de revisión de las cuentas y del balance de cada ejercicio para ser presentado a la aprobación de la Junta General ordinaria. En este sentido, realizan una actividad de mero control, pues para nada tienen ingerencia ni facultad de vigilar la actuación de los administradores.(44)

Vivante menciona: " La actuación de los Síndicos es toda de vigilancia y de tutela y no deben ellos tomar parte en la administración. " (45)

Ring reconoce en los Síndicos una función mixta de administración y vigilancia.(46)

En el Derecho Germánico, el consejo de vigilancia participa activamente en la administración de la Sociedad, sin embargo, existen además los revisores cuyas funciones equivalen

(43) Manuel Broseta Pont. MANUAL DE DERECHO MERCANTIL. Ed. Tecnos, Madrid. 1976, p.254.

(44) Op.Cit. Rodrigo Uria. p. 231.

(45) Op.Cit. César Vivante. T.2. p.300.

(46) Ring. Op.Cit. César Vivante. T.2.pp.300 y 301.

a las de los comisarios franceses.

" En la legislación francesa tradicional, el órgano de inspección actúa exclusivamente en el terreno de la contabilidad. "

Es una función de estricto control, ya que se limita exclusivamente a la actividad contable.

Es característico del Sistema inglés que el control de las Sociedades Anónimas, se ejerce desde el exterior, por personas pertenecientes a Asociaciones de expertos contables de gran solvencia técnica y moral.

Apoyándome en Joaquín Garrigues, considero que en la mayoría de las legislaciones se prevé el funcionamiento de un órgano que examine y conserve la gestión de los administradores, representando a la junta general de accionistas, quienes no están capacitados para desempeñar una continua labor de -- fiscalización.

En un principio existía un órgano de coadministración compuesto por los grandes accionistas de la Sociedad, cuya labor no era de estricta fiscalización, esto implica que el mismo órgano de administración o gestión, desempeñaba funciones fiscalizadoras. "Frente a este sistema de administra-

(47) Joaquín Garrigues y Rodrigo Uria. COMENTARIO A LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS. Madrid. 1953. T.2, p.411.

(48) Idem .

ción y fiscalización encomendadas al mismo órgano está el sistema de separación en órganos distintos de la gestión y dirección de los negocios y de su fiscalización. (49)

En el primer caso, el mismo órgano de administración, realizaba las funciones de control y vigilancia. Es ya en el segundo caso, al ser realizadas por un órgano distinto cuando podemos distinguir dentro de la actividad de el órgano de inspección, funciones de vigilancia de la actuación de los administradores y de estricto control de las cuentas sociales.

Walter Frisch Philipp, menciona que los comisarios - tienen en principio, una actividad de vigilancia, no de administración de la Sociedad Anónima; sin embargo, la misma Ley le da ciertas atribuciones que implican administración, aunque en forma indirecta. (50)

Solo distinguiendo entre vigilancia y control, se entendería que esas funciones no invaden el ámbito de la administración de la Sociedad.

Claramente podemos ver que en las distintas legislaciones existen tanto órganos de vigilancia como otros de estricto control; en algunas sólo hay órgano de control, como es en la legislación española, pero en nuestra legislación, nos encontramos con un órgano de vigilancia cuya función es mixta,

(49) Op.Cit. Joaquín Garrigues y Rodrigo Uria. T.2pp.410 y 411

(50) Walter Frisch Philipp. LA SOCIEDAD ANONIMA MEXICANA. Porrúa. México. 1982. p.318.

ejerce vigilancia y control.

Quizá esto quede más claro, si analizamos algunas - funciones de control y vigilancia dentro de la Sociedad Anónima en nuestra legislación.

En tales condiciones, tenemos que los mismos accio-- nistas en nuestra legislación, tienen funciones de vigilancia y de control; el derecho de los accionistas conforme al Art. - 185 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, de pedir la- convocatoria de asamblea general ordinaria, cuando ésta se ha dejado de reunir durante dos años, es una función de vigilan- cia, el de denunciar las anomalías e irregularidades en la administración o manejo de la sociedad, conforme al Art. 167 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, es un derecho de vigilancia; el de examinar los documentos y el balance conforme al Art. 172 de la misma ley, es una función de estricto con-- trol.

Los mismos accionistas considerados como minorías, - son también órganos de vigilancia; pues la minoría que repre- sente el 25% del capital social, tienen derecho a nombrar a - un administrador, conforme al Art. 144 de la Ley General de - Sociedades Mercantiles.

También son funciones de vigilancia las concedidas a la minoría que represente el 33% del capital social, para con- vocar a Asamblea ordinaria o extraordinaria, conforme al Art.

201 LGSM.

El principal órgano que tiene funciones tanto de control como de vigilancia, en la Sociedad Anónima, es la Asamblea general de accionistas, que tiene el más amplio derecho de información y decisión.

Sin embargo, me he de referir únicamente a la función de vigilancia y control que realiza el órgano profesional designado específicamente para cubrir esa labor en forma continua.

B. - CONCEPTO DE COMISARIO.

Al respecto analizaré algunas definiciones propuestas por diferentes tratadistas para concluir en la que a mi parecer es más acertada:

Para Joaquín Rodríguez Rodríguez: " Los comisarios son los órganos encargados de vigilar permanentemente la gestión social con independencia de la administración y en interés exclusivo de la Sociedad." (51)

Rodríguez Rodríguez analiza su concepto en tres partes: la primera: entiende que su tarea es vigilar la gestión social, por que no son exclusivamente revisores de la contabilidad, (aunque entre las atribuciones que tiene, encontramos -

(51) Wieland. Op.Cit. Joaquín Rodríguez Rodríguez. T.2, p.152.

algunas de carácter netamente contables como lo marca el Art. 166 LGSM en sus fracciones II, III, y fundamentalmente la IV.

Lo que determina que sea un órgano encargado de revisar la gestión social en general, es la fracción IX del mismo Art. 166 LGSM, en el que se dispone que el Comisario deberá - " vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la Sociedad. "

Así pues por disposición legal las funciones del Comisario van más allá de un simple exámen de la marcha contable de la sociedad, su actividad, abarca la vigilancia y control de toda la gestión de la sociedad.

La misma ley concede a los Comisarios una amplia esfera de vigilancia y no la limita a la mera revisión contable.

La segunda: nuestra ley quiso crear con los Comisarios un órgano totalmente independiente al órgano de administración, capaz de enfrentarse en un momento dado a éste. Es pues, indispensable que los Comisarios no dependan, directa o indirectamente de los administradores, pues ello les privaría de su libertad de acción y mental, imprescindible para el desempeño de su cargo.

Esta es la razón por la que nuestra LGSM, establece que los Comisarios no puedan ser dependientes de la negocia--

ción, ni parientes de los administradores, puntos a los que - con posterioridad me referiré; es pues factor esencial para el desempeño del cargo de Comisario, el actuar con independencia de criterio, a tal grado que inclusive se prohíbe a los Comisarios toda actividad de carácter administrativo. (Lo mismo sucede en Italia Art. 183 - 185 del Código de Comercio, y en Bélgica en el Art. 64 de la Ley del 25 de mayo de 1913).

La tercera: la función encomendada al Comisario es - en interés exclusivo de la Sociedad.

Rafael de Pina Vara nos dice que: " La vigilancia - de la administración de la Sociedad Anónima, corresponde a los Comisarios que constituyen un órgano especial de control sobre la gestión de los administradores ". (52)

De Pina, a diferencia de Rodríguez Rodríguez, utiliza el vocablo "control de la gestión de los administradores" en vez de "vigilancia de la gestión de los administradores". Considero en este sentido, que es más correcto el hablar de vigilar, pues es mucho más amplia la concepción de vigilancia de la gestión de los administradores, y que en un momento dado - puede comprender la actividad de control; pero si analizamos en un sentido estricto el concepto de Pina sobre el Comisario podríamos concluir, que él sólo se refiere a la actividad de control de las gestiones de la administración, es decir de la

(52) Op.Cit. Rafael de Pina Vara. p. 119.

revisión de cuentas y balances, y ésto no es correcto, pues - nuestra misma ley, rompe los límites de la gestión de vigilancia ilimitada de las gestiones sociales.

Para César Vivante "los Síndicos realizan una función personal y continúa de vigilancia, que se extiende por - todo el interior de la Hacienda Social. Son inspectores permanentes de la administración y delegados por los accionistas que no pueden ejercer dicho cargo personalmente, debiendo rendir cuentas de los resultados de su vigilancia, a los accionistas en las reuniones periódicas de la Asamblea. " (53)

Aunque Vivante da una definición en forma casuística del síndico (Comisario) es a su vez bastante completa.

En el Derecho español, el cargo de Síndico debe desempeñarse personalmente y no puede valerse de contables, para examinar los libros y documentos sociales. Vigilan permanentemente las cuentas de la Sociedad y balances e inspeccionan la administración de la Sociedad, en representación de los accionistas.

Para Rodrigo Uria, el órgano de fiscalización, lo constituyen los censores que fiscalizan indirectamente la gestión social, mediante el examen y la revisión de las cuentas y del balance de cada ejercicio económico, antes de ser presentado para su aclaración a la junta general ordinaria. (54)

(53) Op.Cit. César Vivante. T.2, p.298.

(54) Op.Cit. Rodrigo Uria. p.231.

Al Comisario no debe equiparársele con los funcionarios o empleados de la Sociedad, aunque tenga ciertas atribuciones, que nada tienen que ver con las cuentas o responsabilidades de los administradores, hay que advertir que en todo caso, son deberes de vigilancia que no entrañan actos de administración, ni dependencia de los administradores.

La asistencia a las sesiones de consejo y a las asambleas con voz pero sin intervenir en las decisiones que se tomen, permite al Comisario percatarse de situaciones y circunstancias que probablemente no descubriría en el examen de las cuentas y que pueden serle útiles en la emisión de su opinión.

Los Comisarios no son mandatarios de la Sociedad ni de la Asamblea. Así mismo la Ley no les atribuye este carácter. El mandato implica una relación voluntaria, mientras que la existencia de los Comisarios, es resultado de una exigencia legal, que los socios no pueden suprimir ni desconocer. Además el mandato se otorga para actos jurídicos y los actos que realizan los Comisarios no son siempre de esa naturaleza.

Mantilla Molina nos dice que el Comisario es un re-

presentante permanente de la Asamblea, a efecto de vigilar la marcha del consejo de administración, concepto erróneo que -- deriva del Código de Comercio Italiano. (55) Sin embargo, en su tratado de Derecho Mercantil; México, 1982, no existe esta afirmación.

En la Ley Francesa de 1935 los Comisarios son mandatarios de la Asamblea. Y en Derecho Inglés, están ligados a la Sociedad, por un contrato que se aproxima más a la -- prestación de servicios que al mandato.

Tampoco podemos decir que el Comisario sea un representante de la Sociedad, y menos de la Asamblea, pues la -- representación implica la posibilidad de vincular a la Sociedad con terceros, y esta facultad no incumbe jamás a los Comisarios, al menos en Derecho Mexicano. Tampoco cabe la representación de la Asamblea por que ésta no es más que un órgano de la Sociedad y no es factible la representación de órgano a órgano.

Es por esto que la relación que liga al Comisario con la Sociedad, debe ser de una prestación de servicios auténtica como auxiliar del comercio, que se desenvuelve en la esfera

(55) Roberto Mantilla Molina. "APUNTES DE SOCIEDADES". México, 1941. p229.

ra interna de la Sociedad y carece por tanto, de todo aspecto representativo.

Para Uria es un mero acto de control o fiscalización de cuentas la que realizan los censores.

Para Lorenzo Mossa " La junta de Comisarios ejerce su vigilancia sobre el consejo de administración sobre el funcionamiento de la Sociedad en conjunto y sobre el balance." (56)

Nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles vigente no nos da un concepto de Comisario. Sin embargo en su Art. 164 establece: " La vigilancia de la Sociedad estará a cargo de uno o varios Comisarios, temporales, revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la Sociedad. Este artículo simplemente se limita a describir las características fundamentales del cargo y no limita o exige en forma alguna de capacidad específica para realizarlo. " (57)

Por mi parte definiría al Órgano de vigilancia (Comisario) dentro de nuestro sistema legal como: Al Organó encargado de vigilar permanentemente la gestión social con independencia de los administradores y de controlar las cuentas y balances en interés exclusivo de los accionistas.

(56) Op.Cit. Lorenzo Mossa T.1, p.175

(57) Ley General de Sociedades Mercantiles. Ed. Porrúa. México, 1982

C. - EL COMISARIO COMO ORGANO PROFESIONAL DE VIGILANCIA.

1. - NATURALEZA JURIDICA DE LA FUNCION DEL COMISARIO EN RELACION A LA SOCIEDAD.

En cuanto a su naturaleza, aunque no hay controversia ni existe diversidad de criterios, no es fácil establecer claramente, cual es la naturaleza jurídica del cargo de Comisario y distinguir entre un órgano, funcionario, mandatario y presta dor de servicios.

a. COMO ORGANO:

En primer término debe quedar bien preciso, que se -- trata de un órgano dentro de la Sociedad Anónima. Un órgano - que no sólo en nuestra legislación sino en la mayoría viene a completar ..."la trilogía de órganos sociales mediante un ter- cero, encargado de controlar, vigilar y revisar en forma direc- ta o indirecta la actuación de los administradores. " (58)

Pierre Vigreux, expone que las Sociedades Anónimas a- grupan capitales. Los accionistas se harán representar para - el logro de esta tarea por los administradores, a quienes nom- brarán ellos mismos..." ..."este órgano de dirección constituye el consejo de administración, que será a su vez controlado por otros representantes de los accionistas, los Comisarios..." ..."cuya mi-

(58) Op.Cit. Manuel Broseta Pont. p.254.

sión será la de asegurar que la sociedad esté bien dirigida."
(59)

Aquí vemos también que se trata de un Órgano de la -
Sociedad, que representa a los accionistas.

Dicha representación no es producto de un mandato -
sino que nace de la existencia de un Órgano, que se encuentra
constituido, por un lado, por las funciones determinadas a e-
se Órgano, y por otro lado, la persona o personas físicas de
las cuales se vale la Sociedad como ente abstracto, dentro de
nuestro derecho, para ejecutar esas funciones que correspon--
den al Órgano para la obtención del fin común para el cual se
creó.

Nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, esta-
blece que "el Órgano de vigilancia lo integran los comisa- -
rios". "La persona moral que es la Sociedad se sirve de - -
esos "órganos" al igual que la persona física de su cerebro,-
corazón, etc..." ..." Los Órganos de una persona moral, como-
es la Sociedad Anónima no pueden tener personalidad jurídica,
ni capacidad procesal, porque nuestras leyes únicamente le --
han otorgado la calidad de sujeto de derecho a la Sociedad --
misma... " (60)

Las sociedades necesitan necesariamente de una repre-
sentación permanente a través de sus Órganos.

(59) Pierre Vigreux. LES DROITS DE ACTIONNAIRES DANS LES SOCIE-
TES ANONYMES. pp.11 y 12.

(60) Op. Cit.Mario Bauche García Diego. p.523.

" Debemos tener en cuenta, asimismo, que la Sociedad constituye una persona moral que requiere de personas físicas de individuos, para exteriorizarse y manifestarse ante terceros. " (61)

... " Las sociedades requieren imprescindiblemente - de las personas físicas para todas aquellas actividades que exigen la acción y la voluntad individuales, es decir, para la prestación de servicios, ejecución de obras y trabajos; para actos de gestión, para manifestaciones de voluntad; en suma para la ejecución de las funciones de dirección y de representación de la Sociedad. (62)

El órgano se forma de personas y de fines, actividades o funciones y sólo constituyen una parte del ente mismo.

" Para otros autores, el órgano es exclusivamente la persona o personas que lo integran." " Y otros opinan que es la función o esfera de competencia lo que caracteriza y define al órgano. "

Yo considero que son ambas cosas, tanto la persona o personas que lo integran, pero también ese cúmulo de atribuciones, funciones y competencias preestablecidas.

Es pues, en primer término el Comisario, un órgano -

(61) Jorge Barrera Graf . LA REPRESENTACION VOLUNTARIA. 1a. - Edición. México. 1967. p.151.

(62) Idem.

de la Sociedad Anónima. " El Órgano de vigilancia en el que - los accionistas e inversionistas de la Sociedad Anónima depositan su confianza, para que éste vele por sus intereses, vigilando y controlando la gestión del órgano de administración.

Creo que es posible afirmar que como órgano de la Sociedad no es posible explicar su función mediante la figura - jurídica de la representación.

" Especialmente debe hacerse notar que la palabra -- "Órgano", se emplea con dos significados. En el primero, simple y rudimentario, indica al individuo por medio del cual el ente colectivo quiere y actúa... "

En el segundo significado, más amplio del cual el -- primero es un aspecto, indica, al contrario, aquellas instituciones que sirven para formar y ejecutar la voluntad del ente y a las cuales están adscritas y en las que se basan los individuos de los que materialmente emana la voluntad. " (63)

Antonio Brunetti, conceptúa al órgano como las personas o grupos de personas físicas que por voluntad de la Ley - están autorizadas a manifestar la voluntad del ente y a desarrollar la actividad jurídica necesaria para alcanzar sus fi nes. (64)

Nuestra ley General de Sociedades Mercantiles, se re

(63) Oscar Vásquez del Mercado. -ASAMBLEAS, FUSION Y LIQUIDACION DE SOCIEDADES MERCANTILES.- Porrúa. México, 1980. p.16.

(64) Antonio Brunetti. TRATTATO DEL DIRITO DE LA SOCIETA.- Milano. 1949. T.II. p.285.

fiere al "órgano" al tratar de la asamblea de accionistas en la Anónima (Art. 178) y cuidadosamente evita usar tal término para referirse a las funciones y a los cargos de la administración y de la vigilancia. (65)

No obstante lo anterior, puedo afirmar que nuestro derecho positivo (doctrina), acoge la teoría del órgano atribuyéndole distintas facultades de gestión, dirección y de representación de la sociedad. (66) "El accionista ni siquiera tiene un poder ilimitado y continuo de control personal y directo; el control general y permanente de la Sociedad se confía a un órgano especial (Comisarios) ..."(67)

Ascarelli confirma que el Comisario integra un órgano de la Sociedad.

Así el órgano de representación de la sociedad, realiza las funciones establecidas para el desempeño de los objetivos sociales; es una representación orgánica de carácter necesario, según afirma Mossa.

b. COMO FUNCIONARIO.

Siendo el Comisario el órgano de vigilancia de la Sociedad Anónima, quien lo desempeña no es un funcionario de la Sociedad, pues el serlo implicaría estar sujeto a principios de dirección y dependencia los cuales no van de acuerdo con-

(65) Op.Cit. Jorge Barrera Graf . p.160.

(66) Ibidem. p.161

(67) Julio Ascarelli. "PRINCIPIOS Y PROBLEMAS DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS. México, p.39.

la naturaleza del cargo y sus actos no le van a ser imputados directamente a él, sino al ente de que forma parte.

La persona física que integra ese órgano y que llevará a cabo la exteriorización de esas funciones determinadas a ese órgano, no será un funcionario de la Sociedad. Y no será un funcionario, atendiendo a que el funcionario es aquella persona que ejecuta las funciones establecidas para el desempeño de un cargo, pero sujeto a una Dirección, lo que atentaría en forma directa a su independencia de criterio, tanto como Comisario, como Contador Público independiente.

El Comisario para cumplir con su función no puede estar subordinado a términos de Dirección y dependencia, ya que empleado de confianza y funcionario, son términos similares, - conforme al Art. 9o. de la Ley Federal del Trabajo, que dice: " La categoría del trabajador de confianza, depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas y no de la designación que se dé al puesto. Son funciones de confianza las de dirección, inspección, vigilancia y fiscalización, cuando tengan carácter general, y las que se relacionen con trabajos personales del patrón, dentro de la empresa o establecimiento. " (68)

Además conforme al título Sexto que se refiere a los trabajos especiales, Capítulo II de los Trabajadores de confianza, se comprende a los que realizan funciones de dirección,

(68) LEY FEDERAL DEL TRABAJO. Alberto Trueba Urbina y Jorge Trueba Barrera. Porrúa. México. 1981, Art. 9o. p.27.

administración, vigilancia y fiscalización con carácter general.

En este sentido, encontramos una contradicción, ya - que por un lado la Ley General de Sociedades Mercantiles, exige que el Comisario sea una persona que actúe con total independencia, sin estar sujeto a lazos de dirección o dependencia. Por otro lado la Ley Federal del Trabajo, establece que se trata de un empleado de confianza, y lo que implica un trabajo personal subordinado, que le restaría esa independencia, para opinar. De igual forma, según propongo en este estudio, si el cargo de Comisario lo desempeñase un Contador Público - "independiente", por sus normas de contabilidad y código de ética profesional no podrían desempeñar el cargo, en virtud de carecer de independencia mental, por estar sujetos a una relación de subordinación de carácter laboral.

Walter Frisch Phillip dice que el Comisario no es -- trabajador conforme a la Ley Federal del Trabajo. (69)

Es pues un error de la LFT, el considerar al Comisario como un empleado de confianza; es distinto el que su cargo corresponda a la confianza en el depositada, por los accionistas a que tenga que realizar su actividad sujeto a decisiones de Dirección y subordinación, lo que anularía por completo la esencia y finalidad de dicho cargo.

(69) Op.Cit. Walter Frisch Phillip. p.318.

Es así el Comisario en primer término un órgano social que de ninguna manera puede ser empleado de la Sociedad, - pues se perdería el necesario sentido de la independencia que el cargo requiere.

El Comisario no está sujeto a relación contractual - de carácter obrero patronal. Este es el espíritu que nos debe llevar a la correcta interpretación de la palabra "empleado", sinónimo de trabajador y que comprende desde el puesto más humilde hasta el más remunerado de los servicios de la Sociedad.

Por tal razón no consideramos al órgano de vigilancia como un funcionario de la Sociedad, ni mucho menos como - empleado de confianza, para así salvar este elemento esencial en el desempeño del cargo de Comisario y mucho más aún, si es te lo desempeña un Contador Público independiente.

El Comisario para cumplir con su función no está subordinado a términos de dirección y dependencia, razón fundamental para que no se le pueda considerar como "funcionario " y reconocer que su obligación es hacia una masa anónima a --- quien representa.

c. COMO MANDATARIO.

Tampoco es posible considerar al Comisario como un - mandatario de la Sociedad, pues como se menciona anteriormente, por tratarse de un órgano, sus facultades son implícitas-

al cargo, independientemente de quien las desempeñe.

Si se tratase de un mandatario, la persona nombrada para desempeñar el cargo para ejecutar esas funciones, tendría que otorgar facultades a otra persona, la cual si sería mandatario, cuyas funciones quedarían limitadas por el mandato en el que se le autoriza a actuar en nombre y representación de la Sociedad.

Es pues diferente la representación de la Sociedad por integrar un órgano de la Sociedad, que la representación que se atribuye a los apoderados o gestores de la Sociedad.

Jorge Barrera Graf nos dice: "Se afirma que a diferencia de cualquier especie de representación voluntaria o legal, en el caso del órgano, no se plantea la relación bilateral, representado-representante, ni la externa entre representante-tercero; sino que la relación se establece directamente entre la sociedad (supuesto representado) y los terceros que con ella contratan a través del órgano.(70)

Ferrara dice que no puede existir representación en donde no hay relación entre dos sujetos, sino entre el sujeto y sus funciones. (71)

Sin embargo en algunas legislaciones como en derecho

(70) Op.Cit. Jorge Barrera Graf . p.165

(71) Ferrara. Idem.

español, Lorenzo Mossa menciona que la junta de Comisarios, - también están considerados como mandatarios, pero su - - - oficio es orgánico, creo existe una contradicción.(72)

..." No es un poder o procura el encargo que se confiere a un profesionista, como contadores..." (73)

Es decir en este último caso estamos en presencia de un contrato de prestación de servicios, pero no hay en favor de estos profesionistas el otorgamiento de un poder propiamente, y por ello no existe un mandato.

En este caso no se trata de un mandato que se confiere a un profesionista, para que realice determinados actos jurídicos, el profesionista obra en nombre propio, aunque su - trabajo aproveche a otra persona; que en este acto es la So--ciedad.

" Además el poder o procura a que se refiere el primer párrafo del Art. 2554 del C.C., puede otorgarse representación a un profesionista, a virtud de un contrato de Servi--cios Profesionales (Art. 2606 C.C.), cuya finalidad y alcances derivarán no necesariamente de un poder (documento) sino del convenio mismo entre las partes, sin que tal representa--ción se considere implícita en el contrato..." (74)

El nombramiento del Comisario nace de un acto unila-

(72) Op. Cit. Lorenzo Mossa. p.175.

(73) Jorge Barrera Graf . p.72

(74) Ibidem. p.75.

teral de proposición de la Asamblea de accionistas, nombramiento que le inviste de las facultades o poderes que la Ley y los estatutos de la Sociedad le confieren como órgano social.

d. COMO PRESTADOR DE SERVICIOS.

El Comisario por Ley no tiene en la Sociedad un "patrón" a quien se deba de subordinar el desempeño de su vigilancia, no puede ser funcionario; solamente puede mantener una liga sujeta a contrato de Servicio Profesional; la de Comisario.

Considero que el Comisario es un órgano profesional de vigilancia y control de la Sociedad Anónima, cargo que se desempeña por virtud de un contrato de Servicios Profesionales, ya que el profesionista realiza ordinariamente actos materiales y no actúa en nombre o por cuenta del cliente, sino simplemente ejerce su profesión, cumpliendo con las atribuciones que su cargo implica. Lo que en nada se opone a que el Comisario sea un órgano de vigilancia, es decir, el conjunto de funciones y atribuciones que implican el desempeño del cargo y por otro lado, el sujeto que va a hacer efectivas esas atribuciones que por virtud de la implicación contable de éstas, debe recaer en un prestador de Servicios Profesionales.

Definiendo a éste como una persona que se obliga a prestar determinados servicios, que requieren de una preparación técnica y a veces de título profesional, a otra persona-

que en este caso concreto, sería una masa anónima, es decir a los accionistas, recibiendo por ello una retribución u honorarios, que el Comisario percibe anualmente y a los que en la práctica generalmente renuncia, para evitar comprometer el elemento de independencia que debe reinar durante toda su gestión.

Así pues, el servicio profesional, es mucho más amplio que un simple mandato, no debe entenderse sólo como la celebración de actos jurídicos, sino también de actos materiales o simplemente hechos, pero siempre propios de una profesión determinada, ya que el profesionista debe poseer los conocimientos técnicos debidamente comprobados, a través de las autoridades que les expidieron el título profesional, existiendo por otro lado, una retribución anual, que cumple con el elemento de los honorarios dentro de este contrato de prestación de servicios. (75)

2.- CARACTERES DEL CARGO DE COMISARIO.

Es preciso ahora hacer mención a aquellos lineamientos que van a caracterizar el desempeño del cargo de Comisario.

a. NOMBRAMIENTO.

Corresponde a la Asamblea ordinaria de accionistas como órgano supremo de la Sociedad la designación; al efecto señala el Art. 181, fracción II de la LGSM, que la Asamblea

(75) Ramón Sánchez Medal. "DE LOS CONTRATOS CIVILES". Porrúa, México, 1978. pp.282 a 290.

ordinaria de accionistas se ocupará en su caso de nombrar a -- los Comisarios.

Oscar Vásquez del Mercado menciona que entre los puntos a tratar por la Asamblea ordinaria de accionistas está el de nombrar al Comisario o ratificarlo.

Joaquín Rodríguez Rodríguez indica que es competen--cia exclusiva de la Asamblea general ordinaria de accionistas la facultad de nombrar a los Comisarios, por las mayorías exigidas para la válida adopción de acuerdos por las mismas. Como consecuencia de esto, sólo los accionistas con derecho a -voto intervendrán en su elección.

Al respecto Jorge Barrera Graff especifica que es a la Asamblea ordinaria a quien corresponde el nombramiento de los miembros del órgano de vigilancia, que lo pueden hacer en cualquier momento, incluso sin indicarlo en la orden del día de la convocatoria respectiva. (76)

César Vivante nos dice que el nombramiento de los Comisarios es un requisito esencial para la constitución regu--lar de la Sociedad, si en la escritura social se descuidó -- nombrarles, el tribunal deberá abstenerse de ordenar la publicación de los estatutos, y si posteriormente se ha omitido dicho nombramiento por las asambleas ordinarias, cualquier socio puede pedir a la autoridad judicial que suspenda la ejecución

(76) Jorge Barrera Graf . "INTRODUCCION AL DERECHO MEXICANO". UNAM. México, 1981, T.II, pp.845 y 846.

de su acuerdo mientras no se haya procedido al referido nombramiento. (77)

Walter Frisch Philipp dice que en el Derecho Mexicano existe la posibilidad de nombramiento por la Asamblea ordinaria de accionistas, Art. 181, Fracc. II LGSM (78), al igual que Roberto Mantilla Molina. (79)

La designación de Comisario es realizada por la mayoría y en el mismo momento en que se elige a los administradores. Por ser el grupo que con sus votos los nombra y tiene plena confianza en ellos (los administradores) y no experimentan la necesidad de designar a una persona que fiscalice sus actos; entonces eligen Comisario simplemente por cumplir con una fórmula legal.

Debería en tales condiciones confiarse su nombramiento a la minoría que no logró hacer el de los administradores, para así eliminar esa desventaja que tienen en relación con los fuertes inversionistas.

Raúl Cervantes Ahumada al respecto menciona que en la exposición de motivos de la L G S M, una de las materias más importantes es sin duda la relativa a la protección que deben recibir las minorías. (80)

La cuestión es difícil, porque la protección debida

(77) Op. Cit. César Vivante, T.II, p.298.

(78) Op.Cit. Walter Frisch Philipp. p.317.

(79) DERECHO MERCANTIL. México, 1982. p.414.

(80) Raúl Cervantes Ahumada. "DERECHO MERCANTIL".- Ed.Herre ro, México, 1982. p.211.

a los grupos minoritarios, debe ser siempre sin perjuicio de las bases del sistema corporativo y sin olvidar que si es injusto que una minoría se encuentre indefensa dentro de una Sociedad Anónima, todavía más injusto o ilógico es que los socios que representan la mayoría sobre el capital estuviesen supeditados a los deseos o intereses del menor número. (80)BIS

Rafael de Pina Vara igualmente nos menciona que el nombramiento de los Comisarios corresponde a los accionistas, conforme al Art. 91 fracción V de la LGSM, que dice que la escritura constitutiva de la Sociedad Anónima, deberá contener además de los datos requeridos por el Art. 60. LGSM, fracción V, el nombramiento de uno o varios Comisarios. El Art. 100, fracción IV LGSM, menciona que la Asamblea general constitutiva se ocupará, de hacer el nombramiento de los Comisarios. y el Art. 181, Fracc.II LGSM, que se refiere a que la asamblea general ordinaria de accionistas nombrará a los Comisarios. (81)

Los derechos de las minorías, por lo que se refiere al nombramiento de Comisario, creo que no funciona en la práctica como veremos más adelante y como ha hecho alusión el tratadista Roberto Mantilla Molina.

Rodrigo Uria, refiere que el nombramiento de los censores de cuentas en derecho español, habrá de hacerse por unanimidad, pero si no se consigue ésta, la minoría podrá nom-

(80) BIS. Op.Cit. Raúl Cervantes Ahumada. p.211

(81) Op. Cit. Rafael de Pina Vara. p.120.

brar por sí otro efectivo y su suplente. En la designación del censor, por la junta general ha de verse... un acto unilateral de proposición o nombramiento que le inviste de las facultades o poderes que la ley le confiere, como verdadero órgano social que ejerce una función exclusivamente interna. (82)

Broseta Pont, tratadista español, destaca que los -- censores de cuentas son nombrados por la junta general ordinaria que aprueba las cuentas sociales, entre accionistas no -- miembros del consejo de administración, para garantizar su independencia..." (83)

En derecho Holandés, el nombramiento puede ser hecho por las personas indicadas en los estados. Por pacto expreso puede encargarse a una compañía de expertos que cada año designe como comisario a uno de sus miembros.

En nuestra legislación en cambio cualquier atribución en cuanto al nombramiento de los Comisarios, hecho a favor de terceros extraños a la Sociedad o de otro órgano de esta, sería completamente ilegal. (84)

Los Comisarios pueden ser socios o extraños, pero la facultad para designarlos no se debe dejar a extraños a la Sociedad.

Joaquín Garrigues alude que la designación de los ac--

(82) Op.Cit.Rodrigo Uria.pp.231 y 232.

(83) Op.Cit. Manuel Broseta Pont. p.254

(84) Comentario al pie de página. Op.Cit. Rodríguez Rodríguez Joaquín, T.II p.156.

57
cionistas, censores de cuentas, corresponde exclusivamente a -
la junta general de accionistas. La razón es que los censo--
res de cuentas constituyen un órgano social subordinado a la -
junta de socios. La designación se hace por votación de los -
asistentes a la junta; pero no rige aquí el régimen de las ma-
yorías; la ley distingue dos supuestos:

Primero: que haya unanimidad entre los accionistas --
respecto del nombramiento.

Segundo: Que no se produzca esa unanimidad, siendo la
minoría discordante, igual al menos a la décima parte del capi
tal social desembolsado.

En el primer caso, los censores designados por unani-
midad, serán dos propietarios y dos suplentes. El nombramien-
to debe recaer en persona que tenga la condición de accionista.

En el segundo caso, se concede a la minoría la facul-
tad de designar un censor de cuentas propietario y un suplente.
La ley requiere que este censor designado por la minoría sea -
una persona extraña a la Sociedad, y además capacitada para la
revisión de contabilidades, siendo estos necesariamente miem--
bros del Instituto de Censores, jurados de cuentas, no accionis-
tas. (85)

Este autor considera más en cuanto al nombramiento --
del Comisario, la desventaja de las minorías que nuestra legis

(85) Op.Cit.Joaquín Rodríguez Rodríguez y Rodrigo Uria.pp.412-
y 413

lación vigente.

Oscar Vásquez del Mercado comenta que el nombramiento de los Comisarios, es otro de los puntos que debe tratar - la Asamblea general ordinaria anual de accionistas, así como su ratificación cuando ya ha sido hecho.

La regla de que los Comisarios sean nombrados por la Asamblea general ordinaria de accionistas, tiene sin embargo - sus excepciones, a saber:

Joaquín Rodríguez Rodríguez al respecto, señala que - la primera es la que establece el Art. 144 LGSM, aplicable a los Comisarios, por disposición del Art. 171 de la misma ley, con arreglo a la cual la minoría que represente un 25% del capital social, tendrá derecho a nombrar un Comisario, si éstos son tres o más.

Desde luego los estatutos de la Sociedad Anónima podrán establecer un derecho más amplio en favor de la minoría. Es decir que los estatutos concedan a la minoría la facultad - de nombrar un Comisario aunque sólo sean dos los que hayan de designarse, etc.

" Cuando los Comisarios son tres o más el contrato - social determinará, los derechos que correspondan a las minorías en la designación, pero en todo caso la minoría que represente un 25% del capital social ,puede nombrar cuando menos - un Comisario. "

Así pues la designación de los Comisarios se hace por Asamblea.

Cuando por cualquier causa faltare la totalidad de los Comisarios, la Asamblea debe hacer las designaciones correspondientes o bien la autoridad judicial del domicilio de la sociedad, si los administradores no convocan a Asamblea. Art.168 Ley General de Sociedades Mercantiles.(86)

El derecho de la Asamblea es absoluto e indelegable,- por tanto cualquier atribución en cuanto al nombramiento de -- los Comisarios, hecha a favor de terceros extraños a la Sociedad o de otro órgano de ésta, sería completamente ilegal.(87)

El Art. 171 LGSM dice que son aplicables a los Comisarios entre otras disposiciones el Art. 144 LGSM que a su vez - establece: ..." en todo caso la minoría que represente un 25% del capital social, nombrará cuando menos un..." (comisario)"

Rafael de Pina Vara nos dice que cuando los Comisarios sean tres o más, el contrato social determinará los derechos que correspondan a la mayoría en la designación, pero en todo caso la mayoría que represente un 25% del capital social, nombrará cuando menos un Comisario.(88)

Dispone el Art. 168 LGSM que en el caso de que por cualquier motivo, faltare la totalidad de los Comisarios, los

(86)Op.Cit. Oscar Vásquez del Mercado.pp.152, 153, 154 y 155.

(87)Op.Cit. Joaquín Rodríguez Rodríguez. p.156

(88)ELEMENTOS DE DERECHO MERCANTIL. Porrúa. 1983. México,p.121.

administradores deberán convocar en el término de tres días a asamblea general ordinaria de accionistas, para que ésta haga el nombramiento o nombramientos correspondientes. Cuando los administradores no hicieren la convocatoria, dentro del plazo fijado, cualquier accionista podrá ocurrir a la autoridad judicial del domicilio de la Sociedad y a solicitud de cualquier accionista, nombrará a los comisarios, en forma provisional - mientras la asamblea ordinaria de accionistas, hace el nombramiento definitivo. (89)

El nombramiento de Comisario que haga la autoridad judicial, en el caso excepcional del Art. 168 LGSM, sólo concede a los designados, el carácter de interinos, en tanto la asamblea general ordinaria usa de su derecho. La misma Asamblea puede designar Comisarios suplentes para que cubran las ausencias definitivas o temporales de los Comisarios propietarios. La ley no ha regulado esta cuestión, por lo mismo, queda abandonada a lo que los estatutos dispongan.

La designación de los primeros Comisarios se hará en el acta de constitución, si la fundación es simultánea y por la asamblea constitutiva si se trata de fundación sucesiva. (90)

Roberto Mantilla Molina señala que compete a la Asamblea ordinaria de accionistas designar al órgano de vigilancia. Aunque el acuerdo referente al nombramiento, ha de hacerse por mayoría, la ley ha concedido una especial protección al grupo que ha quedado en minoría, siempre que alcance-

(89) Op.Cit. Rafael Pina Vara. p.121

(90) Op.Cit. Joaquín Rodríguez Rodríguez. pp.156 y 157.

el 25% del capital social, y que los Comisarios designados -- sean tres o más, caso en el que la referida minoría nombrará un Comisario. Art.144 LGSM.

Este esbozo de representación proporcional es insuficiente ya que las minorías que no alcancen el 25%, quedan sin ninguna representación y aún el derecho que tenga dicho tanto por ciento resulta casi ilusorio, si el número total -- de Comisarios es muy elevado.

Los estatutos pueden regular en forma más amplia -- los derechos de las minorías. (92)

Walter Frisch Philipp, comenta que en el derecho me xicano existen posibilidades de nombramiento de Comisarios-- por la Asamblea General ordinaria de accionistas Art. 181 -- Fracc. II y 168 LGSM o por la minoría de accionistas Art.144 y 171 LGSM y por último por la autoridad judicial Art.168 LGSM.

El último caso se refiere sólo a Comisarios provi-- sionales.

La minoría sólo intervendrá en el nombramiento cuan do "sean tres o más los Comisarios" y esta represente el 25% del capital social. Los estatutos pueden ser más favorables a la minoría en el sentido que permitan el nombramiento de -- un mayor número de Comisarios en favor de la minoría. Pero

(91) Op.Cit. Roberto Mantilla Molina. p.399.

(92) Idem. p.400.

por otra parte los estatutos no pueden favorecer a una minoría; en tal grado que el derecho legal de la mayoría quede prácticamente suprimido.

Se requiere la aceptación del cargo pero no la inscripción en el Registro de Comercio. (93)

Jorge Barrera Graf nos habla de que la Ley concede a las minorías el derecho de designar a los Comisarios, sólo cuando el órgano se integra de tres o más miembros y representen el 25% del capital social, de nombrar a uno de ellos- Art. 144 LGSM. El contrato social puede ampliar esta facultad legal tan mezquina y tan fácil de eludir. (94)

Nombramiento de los comisarios en caso de ausencia:

Si llegare a faltar por alguna circunstancia la totalidad de los Comisarios, el consejo de administración, convocará en un término de tres días a la asamblea general de accionistas, para que se proceda a la correspondiente designación, este derecho para convocar a la Asamblea pasa a cualquier accionista, en defecto del consejo de administración, haciendo intervenir a la autoridad judicial correspondiente, la cual en el caso de que no se reuniese la asamblea de accionistas, puede designar con carácter provisional a los Comisarios, hasta en tanto no se reúna la correspondiente asamblea de accionistas, para que haga el nombramiento con carácter definitivo. (95)

(93) Op.Cit. Walter Frisch Philipp. pp.317 y 318.

(94) INTRODUCCION AL DERECHO MEXICANO. UNAM México. 1981, T. II. p.846.

(95) Lic.Salvador M. Elías. CURSO DE DERECHO MERCANTIL. México. 1966.pp.45 y 46

Es cierto que el Comisario es nombrado por los accionistas, y esto entraña un acto de confianza de éstos hacia aquel; confianza que intervendrá también en el caso de nombramiento de un Contador Público como auditor externo, que en nada limita ni afecta a su independencia. Su nombramiento generalmente como auditor externo, lo hace el Órgano de administración, pero si este fuera Comisario, lo haría el Órgano más importante de la Sociedad, la Asamblea de accionistas. - No estoy de acuerdo con Mantilla Molina en que necesariamente sean Órganos diversos los que designan al Comisario o al auditor externo, y mucho menos si en uno solo recaen ambos nombramientos.

b. - TEMPORALIDAD.

No hay disposición que precise por cuanto tiempo va a desempeñar el Comisario su cargo; pero si es bien cierto - que este debe ser desempeñado permanente y continuamente, independientemente de cuanto dure la gestión del Comisario.

La fracción IX del Art. 166 LGSM emplea la frase: - " en cualquier tiempo " lo que resalta que la función del Comisario, se realiza momento a momento, en todos los instantes de la vida social. A este principio, hay excepciones - en algunas legislaciones como la española, su función es esporádica, como menciona Manuel Broseta Pont.

No encontramos en las disposiciones relativas a los

comisarios, normas concretas sobre el período de su función.

La ley no reglamenta los detalles de tal temporalidad Walter Frisch Philipp determina que conforme al Art. 164 LGSM el cargo de los Comisarios es temporal.

Sin embargo y en virtud de que la asamblea ordinaria de accionistas, es quien nombrará en su caso a los comisarios- podría deducirse que la asamblea debe reunirse anualmente, para los efectos de tal nombramiento, que el período de función de los Comisarios podría estar previsto conforme al ejercicio social; tal posibilidad es sumamente vaga. (96)

" Aunque la ley no declara la temporalidad del cargo, no fija límite máximo a su duración, como hacen muchas leyes- extranjeras, de modo que en los estatutos puede establecerse - un plazo de duración tal que prácticamente, la designación sea indefinida. (97)

Walter Frisch Philipp expresa que un nombramiento expresado a "tiempo indefinido" se tendrá como temporal. (98)

Rafael de Pina Vara simplemente menciona que conforme al Art. 164 LGSM éste será temporal. (99)

Para Joaquín Rodríguez Rodríguez los comisarios son

(96) Op.Cit. Walter Frisch Philipp. pp.312, 313 y 322.

(97) Op. Cit. Roberto Mantilla Molina. pp.398 y 399

(98) Op.Cit. Walter Frisch Philipp p.513.

(99) Op.Cit. Rafael de Pina Vara. p.119.

de carácter temporal, como dice el Art. 164 LGSM. Por esto tienen que ser nombrados por tiempo fijo, que deberá expresarse en los estatutos.

Surge la duda de si los Comisarios deberán ser designados sólo por un ejercicio social, o si será lícito su nombramiento para dos, tres o más.

En el Código de Comercio Mexicano de 1884, la cuestión no estaba resuelta, ya que el Art. 560 se refería al derecho de la mayoría de remover a los Comisarios designados, - aún cuando en los estatutos se hubiesen fijado los períodos, - duración y épocas de renovación de los mismos.

Del mismo modo el Código de Comercio Mexicano de 1889 en su Art. 122 al hablar de la competencia de la asamblea general dice que ésta deberá nombrar Comisarios "durante el plazo señalado por los estatutos"; por lo tanto, ambos precedentes parecen inclinarse por la posibilidad de que los comisarios sean nombrados por más de un ejercicio social.

Desde luego no podría invocarse en contra de esta posibilidad, el texto del Art. 181 Fracc. II LGSM y afirmarse - que puesto que la asamblea debe reunirse anualmente, cuando lo haga tendrá que tratar lo relativo al nombramiento de los Comisarios, pues ésta interpretación olvida el dato elemental de que, cuando el Artículo mencionado habla de la competencia

de la asamblea para el nombramiento de administradores y comisarios, dice: "en su caso" lo que evidentemente significa que el nombramiento de dicho Comisario, sólo tendrá que ocuparse "cuando el caso llegue", esto es, cuando haya vacantes o cuando deban ser renovados por cualquier circunstancia legal o estatutaria.

El derecho extranjero tampoco nos proporciona una solución uniforme; en Francia sólo pueden ser designados por un año, Art. 27 y 29 de la Ley Francesa de 1867. En Bélgica - el Art. 154 de la Ley de 1873, dice que el nombramiento puede ser hasta por seis años; en Suiza, en el Código de las Obligaciones, Art. 663, hasta por cinco años y en Portugal y Hungría, hasta por tres años, según los Códigos de Comercio respectivos, Art. 172 y 194. En Italia, según el Código de Comercio, el nombramiento era anual, pero la Ley Italiana de 1937 establece también una duración hasta por un trienio.

" Teniendo en cuenta la necesidad de que no se renueven con demasiada frecuencia, estas personas que desempeñan una misión tan delicada y difícil, nos inclinamos por una interpretación favorable al posible nombramiento por varios ejercicios sociales, que por otro lado, es la fórmula que se recoge de la práctica mexicana. " (100)

Vivante considera que uno de los motivos del fracaso (100) Op.Cit. Joaquín Rodríguez Rodríguez. pp 157 y 158.

so de los Comisarios en Italia, consiste en el corto periodo en el que legalmente se les habilita, para el desempeño del cargo.

Amezcuá Barbachano define la duración anual, con datos tomados de derecho francés e italiano. (101)

En todo caso, son reelegibles, solución conforme al derecho extranjero.

Pienso que basta con dejar una indefinición en cuanto al plazo de duración del cargo y agregar la característica de la revocabilidad del cargo, para que no exista controversia alguna al respecto.

Sin embargo el transcurso del plazo para el cual fueron nombrados no autoriza a los Comisarios a abandonar sus funciones hasta en tanto no se haya nombrado a su sustituto, y éste haya entrado en funciones conforme al Art. 154 al que remite el 171 LGSM.

César Vivante al respecto dice que los Síndicos desempeñan el cargo por el tiempo que dura un ejercicio social y por consiguiente de ordinario se nombran o confirman de año en año. (102)

En nuestra legislación mercantil la temporalidad se

(101) Amezcua Barbachano citado por Joaquín Rodríguez Rodríguez. Op.Cit. p.158.

(102) TRATADO DE DERECHO MERCANTIL. Ed.Reus, Madrid. T.2 p.298

regula de la forma siguiente:

El Código de Comercio de 1854 no establece nada acerca del Comisario.

El Código de Comercio de 1884 tampoco hace alusión alguna acerca de la duración del cargo.

La Ley de Sociedades Anónimas de 1888 no establece en absoluto, término de duración, pero si menciona que serán reelegibles. (Por tanto, se entiende que año con año, se debe nombrar o confirmar el cargo).

El Código de Comercio de 1889 no menciona nada relacionado con la temporalidad o duración del cargo, mencionando sin embargo que éstos pueden ser reelegibles, lo cual constituye un error, ya que mientras no se establezca un plazo no tiene razón de ser (salvo por la revocabilidad).

Si la Ley menciona que la asamblea general ordinaria se celebra cada año, el nombramiento o ratificación de los comisarios en la Sociedad Anónima, por analogía será por igual período; siendo potestativo para los accionistas el establecer en los estatutos de la Sociedad una duración mayor.

El cargo es por naturaleza de carácter temporal, tal y como lo establece en el Art. 164 LGSM, sin embargo hasta aquí llega la Ley, creándose una laguna y una indefinición en

el cargo pudiendo sin embargo el cargo ser indeterminado, pero no vitalicio para no atentar a la naturaleza temporal del mismo.

En el derecho español en cuanto a la duración del -- cargo del censor, la Ley establece que serán designados por -- la junta general en que se aprueben las cuentas del ejercicio anterior, y que no cesarán en su función, hasta el momento en que sean aprobadas las del siguiente, es decir, el cargo abarca todo un ejercicio económico, o sea anualmente. (103)

c. PERSONAL O POR REPRESENTANTE.

Tanto Joaquín Garrigues como Rodrigo Uria mencionan que en la legislación española, se estimó que en la práctica los órganos de vigilancia cuyos miembros son generalmente de extracción mayoritaria, no representan en último caso, intereses sociales distintos a los del consejo de administración, -- ni ponen celo especial en el desempeño de su misión... y agregan que en sustitución del órgano de vigilancia, con funciones permanentes, la Ley prevé el nombramiento por la junta general de accionistas, censores de cuentas que obligatoriamente examinarán e informarán por escrito sobre el balance, estado de pérdidas y ganancias, etc. "pudiendo examinar por sí o en unión de otras personas técnicas en contabilidad."

Es claro que aunque se trate de un órgano de vigilancia

(103) Op.Cit. Rodrigo Uria y Joaquín Garrigues. p.414.

cia sui-generis, contempla también la posibilidad de sustitución del cargo, en un representante." (104)

La Ley General de Sociedades Mercantiles no menciona que el cargo de Comisario deba desempeñarse en forma personal y mucho menos prohíbe que éste, se desempeñe por medio de representante, según se desprende del Art. 169, 2o. párrafo LGSM.

Considero que no es posible que el Comisario sustituya todas sus facultades; tanto de control como de vigilancia, pues si así fuera estaríamos en presencia de una delegación del cargo; creo que es lógico pensar que sólo es factible sustituirse en aquellas atribuciones de estricto control.

Aquellas atribuciones de vigilancia por naturaleza, deben de ser tomadas sólo por la persona a quien la asamblea de accionistas otorgue el carácter de Comisario, en virtud de la confianza que inspira, de modo que la sustitución, es una decisión que debe tomar dicha asamblea como órgano supremo de la Sociedad Anónima. Según el Art. 181 Fracc. II LGSM es la Asamblea ordinaria de accionistas quien nombrará a los Comisarios.

En las actividades de control el Comisario si puede ser sustituido por un tercero a través de un contrato de - - prestación de servicios.

(104) Op.Cit.Joaquín Garrígues. pp.410 y 411.

La sustitución no debe implicar el otorgamiento de un mandato, por que éste implica la realización de actos jurídicos, en nombre y por cuenta de otra persona, y las actividades de control no son actos jurídicos, sino hechos materiales, tales como la elaboración de balances, estados financieros, dictamen, etc. Ni una representación pues este representante sustituto, no puede vincular a la Sociedad con terceros.

El representante sustituto es responsable frente al Comisario quien en última instancia tendrá que responder -- frente a esa masa anónima por los actos que realice su sustituto.

Concluyo así en que el Comisario puede sustituir en un tercero su obligación de realizar ciertas actividades materiales de control, sin autorización de la asamblea ordinaria, a través de un contrato de prestación de servicios.

Una de las razones principales que provocan la falta de capacidad en los Comisarios para el desempeño de su -- cargo, estriba cuando este no reúne los atributos requeridos, en la posibilidad de sustituir sus funciones, es decir, de -- actuar por medio de un representante, que cuente con la capa cidad técnica requerida para el desempeño del cargo, lo cual genera mayores erogaciones, ya que las funciones bien podrían ser desempeñadas por el propio Comisario siempre que este -- sea la persona idónea para ello.

La Ley General de Sociedades Mercantiles no prohíbe a los Comisarios desempeñar su cargo por medio de representantes, ya que pueden hacerlo personalmente si tienen la capacidad para ello o por representante, si carecen de ella.

La responsabilidad penal que pudiera derivarse de las actividades realizadas en el desempeño del cargo, repercutirá sobre las personas que en su nombre actúen. (105)

Roberto Mantilla Molina reafirma lo antes dicho al señalar que, la LGSM no establece que el cargo deba ser personal, ni prohíbe como lo hace al referirse a los administradores que se desempeñe por medio de representante. (106)

Con razón César Vivante afirma que los Síndicos deben desempeñar personalmente su cargo y no pueden valerse de contables para examinar los libros y documentos sociales, -- pues si ésta facultad se niega hasta a los accionistas, por el temor de que se descubran los secretos sociales, con mayor razón debería negarse a los extraños.

Vivante además aclara que si el legislador quiere que los suplentes se nombren " por la asamblea", es evidente que los Síndicos no tienen derecho a elegir quien los supla en el desempeño de su propio cargo . (107)

Es muy atinada la aclaración de Vivante, pues en -

(105) Op.Cit. Joaquín Rodríguez Rodríguez. T.2 , p.154.

(106) Op.Cit. Roberto Mantilla Molina. p.414.

(107) Op.Cit. César Vivante. p.303

efecto, si es la asamblea de accionistas quien nombra al Comisario, depositando su confianza en el, va contra la naturaleza de este acto el que nuestra Ley le permite delegar sus funciones en un tercero extraño.

Este defecto de nuestra ley de permitir la sustitución en un tercero, provoca precisamente que se nombre a una tercera persona como Comisario sin cerciorarse de si es capaz técnicamente para el desempeño del cargo y únicamente movidos por la confianza que les inspira o de simplemente satisfacer un requisito orgánico; y éste al momento de verse obligado a cumplir con funciones que implican cierta calidad profesional se ve obligado a delegar sus atribuciones en un tercero.

Si bien es cierto que el cargo de Comisario, por un lado se debe desempeñar en forma personal, esto implica que la persona designada, ha de actuar por sí mismo, por el otro permite que en su caso, pueda hacerlo por medio de representante.

" La representación importa la substitución de una voluntad a otra, en la realización de negocios jurídicos, de modo que los efectos de este se verifican en favor o en contra de aquel, en cuyo nombre o interés, se han celebrado."(108)

En conclusión, podemos afirmar que la Ley permite -- que el Comisario designado, substituya sus facultades en otra

(108) Coviello Nicolás.- "DOCTRINA GENERAL DE DERECHO CIVIL". México. 1938. p.431.

persona para que obre a nombre y por cuenta de él, lo que implica que el representante tenga libertad de acción, facultad de decidir.

Sin embargo, no es en este caso, una representación voluntaria, que nace de una declaración unilateral, como en el caso del poder, o bilateral como en el caso del mandato.

La LGSM, solo menciona que el cargo de Comisario es personal. La misma Ley no prohíbe que el Comisario pueda substituir sus facultades; según se desprende del Art. 169 LGSM, 2o. párrafo, podrán sin embargo, auxiliarse y apoyarse en el trabajo de personal, que actúe bajo su dirección y dependencia, o en los servicios de técnicos o profesionistas independientes, cuya contratación y designación dependa de los propios Comisarios (pero con autorización de la Asamblea).

d. INEXISTENCIA DEL CUERPO COLEGIADO O CONSEJO.

En las diferentes legislaciones encontramos distinta estructura, en el órgano de vigilancia por lo que se refiere a su constitución colegiada o individual.

Así en el Derecho Italiano, tenemos la existencia de un órgano de vigilancia integrado como órgano individual, sin embargo, en 1942, se acentúa el carácter colegiado de este órgano (Collegio Sindicale), que según César Vivante no forma un colegio que delibere por mayoría. (109) Al igual que en el De (109) Op.Cit. César Vivante. T. 2 p.299.

recho Alemán, donde existe un consejo de vigilancia. En oposición a otras legislaciones, como la francesa y española, -- los censores síndicos, actúan en forma individual.

Sin embargo esto es sólo analizándolo desde el punto de vista de las personas que lo integran.

Así mismo, tenemos que en la legislación mexicana, - se ha evolucionado del consejo de inspección colegiado, hasta la actuación individual del Comisario.

Así en el Código de Comercio de 1884, se crea un Consejo de inspección como órgano colegiado; que en la Ley de - Sociedades Anónimas de 1888 se va a suprimir el carácter colegiado del consejo de inspección, sin duda por influencia -- del Derecho Italiano, estableciendo Comisarios individuales.

El Código de Comercio de 1889, respetó esta nueva estrutura. Y la vigente LGSM, que deriva indirectamente del - Código Italiano nos dice en su Art. 164 que: "la vigilancia - de la Sociedad Anónima estará a cargo de uno o varios Comisarios..."

Este artículo establece la posibilidad de que el órgano sea colegiado, posibilidad que se desvirtúa, al analizar la forma en que responden y forman las decisiones los Comisarios cuando están integrados en forma de Consejo.

Es en efecto en los estatutos en donde se va a establecer si el cargo de Comisario se va a desempeñar por uno o varios Comisarios.

Existen legislaciones que exigen un número mínimo de Comisarios, como es el Derecho Alemán, que establece un mínimo de tres. (110)

En el Derecho Italiano César Vivante señala que los Síndicos deben ser tres por lo menos, pero también pueden ser cinco, de aquí la necesidad de que los estatutos establezcan el número. (111)

En nuestro derecho, cuando los Comisarios sean dos o más, no por ello constituirán un consejo de vigilancia, en el que las decisiones puedan tomarse por mayoría de votos.

Afirmo por lo anterior que la colegiación no se presume del número de personas que integren dicho órgano, sino de la forma en que tomen las decisiones.

En este sentido, no es aconsejable que el órgano sea colegiado en la toma de decisiones, pues si el objeto de que sean varios es que cada uno dé su opinión y haga las observaciones pertinentes, al ser colegiado, este tendrá que unificar su opinión a la de la mayoría, aún sin estar de acuerdo.

(110) Fischer citado por Joaquín Rodríguez Rodríguez. p.155.

(111) Op.Cit. César Vivante. T.2, p.298.

Así en nuestro derecho aunque se permite que se integre un consejo de vigilancia, por el número de personas que lo constituyen, estas toman sus decisiones y dan sus opiniones en forma individual.

" La Ley General de Sociedades Mercantiles, quiere - que los Comisarios sean órganos individuales, cualquiera que sea su número. " (112)

Walter Frisch Philipp alude a que "los Comisarios no forman en lo general, un órgano colegiado, salvo en el caso del nombramiento de administradores provisionales (Art.155, - Fracc. II LGSM) en que los Comisarios actuarán en forma colegiada."(113)

La existencia de por lo menos un Comisario, es obligatoria, conforme al Art. 164 LGSM, que permite que se designe uno o más Comisarios. Sin embargo aún cuando exista más de un Comisario no formarán por ello un órgano colegiado y actuarán en forma individual. Por este motivo la Ley es omisa en cuanto a quórum, voto y otros puntos relevantes para un órgano colegiado.

Nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles no contiene disposición expresa que establezca el carácter colegiado de los Comisarios cuando sean dos o más.

(112) Op.Cit. Joaquín Rodríguez Rodríguez. p.155.

(113) Op.Cit. Walter Frisch Philipp. p.318.

El Art. 171 LGSM relativo al órgano de vigilancia - no nos remite al Art. 143 LGSM como sucede en el caso de los administradores y que se refiere a la situación en que sean dos o más los administradores, en que se constituirá un Consejo de administración, así, cuando los Comisarios sean dos o más no por ello existirá un consejo de vigilancia.

Además en cuanto a la responsabilidad de los Comisarios, ésta será individual, conforme al Art. 169 LGSM lo que hace aún más incompatible la existencia de un cuerpo colegiado.

Por otro lado la Ley tampoco prevé la sustitución - forzosa de Comisarios faltantes, sino en el caso en que no - haya ninguno como lo contempla el Art. 168 LGSM, que señala: " Cuando por cualquier causa, faltare la totalidad de los -- Comisarios, el consejo de administración deberá convocar en - el término de tres días a asamblea general de accionistas pa - ra que ésta haga la designación correspondiente..."

En estas condiciones, concluimos que no existe en - nuestra legislación un órgano de vigilancia colegiado, lo -- que analizado desde el punto de vista de la finalidad para - la cual se creó dicho órgano, es definitivamente acertado.

e. INDEPENDENCIA.

Es precisamente ésta la característica más importante, quizá la base de sustento del cargo de Comisario.

Joaquín Rodríguez Rodríguez citando a Wieland, considera que "los Comisarios son los órganos encargados de vigilar permanentemente la gestión social, con independencia de la administración y en interés exclusivo de la Sociedad."⁽¹¹⁴⁾

La idea de independencia, se sustenta en el criterio que lo que nuestra ley ha querido crear con el cargo de Comisario, que integra el órgano de vigilancia, es situar al órgano de administración bajo la vigilancia general de éstos y de ser necesario permitir el enfrentamiento de ambos. Es claro que en la práctica, en virtud de que no se respeta este elemento de independencia absoluta, que debe tener el Comisario, apenas si tienen la menor significación en la vida cotidiana de las Sociedades Anónimas, quedando muy lejos del ideal legislativo.

No debe por tanto existir una dependencia directa ni indirecta de los administradores, por que ello les privaría de la indispensable libertad de acción para llevar a cabo el eficiente cumplimiento de su cargo.

Es de advertir que ésta independencia implica, no solo no depender directa o indirectamente de los administradores sino que la Ley General de Sociedades Mercantiles, es mucho más precisa y rompe con todo nexo o interés de parte, que pudiera ligar al Comisario con la administración o con la Socie-

(114) Op.Cit. Joaquín Rodríguez Rodríguez. T.2, p.152.

dad misma; así tenemos que no pueden ser dependientes de la negociación, ni parientes de los administradores, ambas limitaciones a la capacidad del Comisario, de las que me referiré más ampliamente en el capítulo posterior. Debo hacer notar que en cuanto a la limitación de ejercer el cargo de Comisario cuando existe una relación conyugal, solamente el Código de Etica profesional de los Contadores Públicos y el Reglamento del Código Fiscal de la Federación establece esta prohibición.*

Al ser empleados de la Sociedad, no tendrían independencia de criterio para cumplir con su tarea de control y vigilancia de la actividad social, pues en cierta forma deberán subordinación a los administradores. Por otro lado, el parentesco con los administradores, generaría una comunidad de interés absolutamente incompatibles, con el órgano de control y vigilancia.

La independencia debe ser tal, que se prohíbe por Ley a los Comisarios, realizar toda actividad de carácter administrativo. En igual modo ocurre en Italia, Arts.183 y 185 del Código de Comercio y en Bélgica.

Nuestra Legislación para desvirtuar lo que pudiese parecer actividad de carácter administrativo, limita al Comisario en su voto.

Nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, señala en su Art.165, algunas condiciones para el desempeño del cargo de Comisario, independientemente de los requisitos particulares que pueden exigir los estatutos.

*Art.53 Fracc.I Regl.Código Fiscal de la Federación.-"Estará impedido para dictaminar sobre los estados financieros de un contribuyente por afectar su independencia e imparcialidad, el contador público registrado que: I.-Sea cónyuge, pariente por consanguinidad o civil en línea recta sin limitación de grado, transversal dentro del cuarto y por afinidad dentro del segundo, del propietario o socio principal de la empresa o de algún director, administrador o empleado que tenga intervención importante en la administración"

En su fracción II nos aclara que deben ser independientes de los administradores, señalando como casos de independencia para el cargo de Comisario, el parentesco con los administradores y el no ser empleados de la Sociedad o de Sociedades matrices de la misma, con una participación mayor del 25%, en el capital social de la primera, o de sociedades filiales en las cuales la primera sea accionista, en más de un 50%, según reforma del Diario Oficial del 23 de enero de 1981. (115)

Roberto Mantilla Molina de igual forma considera que las prohibiciones para ser Comisario, que marca el Art. 165 - LGSM, Fracc. II, ser empleados de la Sociedad, o parientes de los administradores, se fundan en la independencia que ha de tener el Comisario para vigilar y censurar libremente la actuación de los administradores. (116)

César Vivante aclara que precisamente, por que la función de los Síndicos (Comisarios) es la vigilancia e incompatible con participación alguna de la administración, no pueden ellos ser elegidos de entre quienes tengan un empleo estable en la Sociedad. (117)

" La actuación de los Síndicos (Comisarios) es toda vigilancia y de tutela y no deben ellos tomar parte de la administración."(118)

(115) Op.Cit. Walter Frisch Philipp. p.316.

(116) Op.Cit. Roberto Mantilla Molina. p.414.

(117) Op.Cit. César Vivante. p.301

(118) Ibidem. p.300

En esta afirmación vemos la total independencia con- que debe contar el Órgano de vigilancia; si el Comisario tie- ne algunas atribuciones, que por sus características pueden - parecer administrativas, no lo son pues tienen una función me ramente tutelar, no deliberativa.

No es sino hasta la vigente Ley General de Socieda-- des Mercantiles, en la que se plasma en forma indirecta este elemento de independencia, bajo el cual debe actuar el órga- no de vigilancia.

En el Derecho Español, una de las legislaciones que excepcionalmente no consideran que deba existir independencia de los censores de cuentas, más por el contrario, deben ser - accionistas, los subordinan definitivamente a la junta de so- cios, con la única limitación de que no pertenezcan al Órgano de administración. (119)

Concluyendo:

La indendencia de los Comisarios la ligaron los le-- gisladores a elementos de origen tales como:

- 1) A la elección por la Asamblea y no por el Órgano- de Administración o por el Gerente.
- 2) A no ser elegibles en determinados casos de paren- tesco con los administradores.
- 3) A no ser empleados de la Sociedad, de que son co- misarios.

(119) Op.Cit. Joaquín Garrígues y Rodrigo Uria. pp.412 y 413.

4) Si actúan en grupo, esto es, que sean dos o más Comisarios, no obligarlos a ligarse al voto de la mayoría.

Al ser designados los Comisarios por la asamblea, - el medio de vigilancia así creado por el legislador, para que pueda actuar con independencia de criterio, no puede ser contratado por el órgano de administración, o dirección de la empresa, para evitar la existencia de un interés de parte o subordinación, se deja la designación al anonimato de la Sociedad, para que pueda actuar con independencia absoluta.

El Comisario para poder cumplir con su función, no debe estar subordinado a términos de Dirección o dependencia, sin excepción de persona alguna, con la única obligación de actuar en beneficio de toda una masa anónima, dispuestos a velar por los intereses de todos los accionistas.

El Comisario debe velar por los intereses de los accionistas, sin individualizar o concretizar por algún accionista, esto es el aspecto ético que debe pesar en el ánimo del Comisario, para proceder con la limpieza que requiere la confianza en él delegada.

Así es como debe culminar la actitud independiente de quien está debidamente preparado moral y profesionalmente.

No sólo Vivante, sino Rocco, Bolafio, Messineo y otros autores como Joaquín Rodríguez Rodríguez, aprueban la te

sis de que el Comisario aún en el caso de que el Órgano esté integrado por un consejo, pueda disentir de los demás, opinando conforme a su criterio propio sin subordinar su pensamiento al de la mayoría.

" Opinar en forma independiente, significa no subordinar la opinión propia a la de partes interesadas; lo que requiere estar conciente de que multitud de inversiones y operaciones financieras, se llevan a cabo por la confianza que los accionistas tienen en las cifras, hechos y estados financieros que dictamine sin salvedades. " (120)

Hablaré ahora de la otra cara de la independencia -- que es la mental y económica: Tomando en consideración que, - algunas de las atribuciones del cargo de Comisario, son eminentemente contables, en caso de ser realizadas por un contador público, el aspecto de la independencia mental y económica, son requisitos preponderantes para la certificación y opinión respecto de las cuentas para que pueda conducirse imparcialmente, en garantía de los terceros en general, (esto debe considerarse aplicable al Comisario, aún en el caso de no ser contador público).

Por esto el Instituto Mexicano de Contadores Públicos en su reglamento de Etica Profesional, establece los casos en que no hay independencia y que son cuando el Contador Público sea:

(120) Alejandro Hernández de la Portilla, p.8

a) "Pariente consanguíneo o civil en línea directa - sin limitación de grado, colateral, dentro del cuarto, y afín dentro del segundo del propietario o socio principal de la empresa o de algún director o administrador o empleado del cliente que tenga intervención importante en la administración o en las - - cuentas del propio cliente. " Esto es perfectamente aplicable al Comisario de la Sociedad Anónima.

b) Ser "Director, administrador o empleado del cliente o de una empresa afiliada, subsidiaria o que esté vinculada económica o administrativamente, cualquiera que sea la forma como se le designe y se le retribuyan sus servicios. " o

c) Sea "propietario de la empresa o tenga alguna - ingerencia o vinculación económica en un grado tal - que pueda afectar a su libertad de criterio." (121)

Siendo el Comisario, Contador Público titulado y - no sometido a alguna de las situaciones anteriores, que son - las mismas comprendidas por la LGSM, e incluso más completas; es tan independiente respecto a la Sociedad como el auditor - externo, por lo tanto no existiría impedimento para que certifique y opine de las cuentas de la Sociedad, cuya vigilancia - ejerce.

(121) C.P. Manuel Resa.- "EL CONTADOR PUBLICO TITULADO TIENE INDEPENDENCIA PARA OPINAR O CERTIFICAR LOS ESTADOS FINANCIEROS DE LA SOCIEDAD DE LA QUE ES COMISARIO?"- Revista Finanzas y - Contabilidad. Ed.Finanzas S. de R.L., México. 1958. pp.3 y 4.

Para proteger aún más la independencia del Comisario (y más si es contador público), debe cuidarse que en estos casos, sus honorarios no se basen, como es frecuente en una participación en las utilidades de la sociedad, fijada en los estatutos o por la Asamblea general de accionistas, pues tal -- disposición crearía un interés de parte y por otro lado va -- contra el Reglamento de Etica Profesional de los Contadores -- Públicos, que prohíbe prestar servicios profesionales a cambio de honorarios que dependan de una eventualidad.

El que en el acto del nombramiento del Comisario, exista un acto de confianza, en nada afecta a su independencia para opinar, al contrario, la refuerza.

César Vivante nos dice que los Síndicos no constituyen una agrupación que decida por mayoría. Cada uno de ellos puede desempeñar según su iniciativa y criterio propios, las funciones que la ley le asigna sin hallarse ligado por el voto de sus colegas, en esa independencia radica la razón por la que no se ha sujetado su regulación a normas de colegiación.

f. GARANTIA.

En la legislación Mercantil Mexicana no es sino hasta la Ley de Sociedades Anónimas de 1888, cuando se prevé el otorgamiento de garantía a cargo de los Comisarios.

En el Art. 37 de esta ley se establece que la garantía se debía otorgar con el número de acciones que determinarán los estatutos.

De igual manera lo hace el Código de Comercio de - - 1889 Mexicano.

La LGSM en su Art. 171 nos remite el Art.152 para -- considerarla como una disposición aplicable a los Comisarios:

Así entendemos que el Art. 152 establece que los Comisarios, al igual que los administradores y gerentes de la - Sociedad, prestarán la garantía que determinen los estatutos, o en su defecto la que fije la asamblea general de accionis--tas, para asegurar las responsabilidades que pudieran contra--er en el desempeño de su encargo.

La LGSM vigente limita al depósito de acciones, para garantizar el encargo, dejándolo al arbitrio de los accionis--tas, pudiendo consistir en: depósito en dinero, acciones, --- fianza u otra.

Joaquín Rodríguez Rodríguez afirma que deben otorgar garantía sobre el desempeño de su misión, de acuerdo con lo - que establezcan los estatutos y en su defecto por lo que haya acordado la asamblea.

" Debe llamarse la atención sobre la circunstancia -

de que la constitución de garantía así como el nombramiento de Comisario, no son inscribibles en el Registro Público de Comercio, por que son datos de carácter interno, que no afectan a los terceros que se relacionen con la Sociedad. Esta -- falta de publicidad es general en el derecho extranjero." (122)

Roberto Mantilla Molina confirma que los Comisarios, están obligados a otorgar garantía por su manejo. La garantía del manejo de los Comisarios al igual que la de los administradores, la fijarán los estatutos y en su defecto la asamblea.

Con frecuencia esta garantía se otorga mediante la constitución de prenda sobre acciones de la misma sociedad, - en caso de ser los Comisarios también accionistas, no obstante pueden darse en garantía prenda sobre acciones ajenas, ya que no necesariamente se tiene que ser socio para garantizar con acciones.

La ley no fija cuantía alguna como mínimo de la garantía, que ha de otorgarse y por ello en la práctica comúnmente las cantidades son irrisorias.

" Inspirándose en los proyectos italianos de Vivante y D'Amelio, el proyecto del Código de Comercio Mexicano de -- 1947, fija un mínimo del 10% del capital social a la garantía. En la redacción del proyecto de 1952, tal mínimo se redujo al (122) Op.Cit. Joaquín Rodríguez Rodríguez. p.154.

5% del capital social. El proyecto de 1960, conservó esta -- norma. " (123)

Al respecto Rafael de Pina, dice que los Comisarios para asegurar las responsabilidades en que pueden incurrir - en el desempeño de sus funciones, deben otorgar la garantía que establezcan los estatutos, o que determine la Asamblea-general ordinaria de accionistas.

César Vivante aclara que en Derecho Italiano, los Síndicos (Comisarios) no están obligados a prestar fianza, - pero los estatutos pueden exigirla como requisito para su -- nombramiento o para tomar posesión del cargo.

Oscar Vásquez del Mercado afirma que " Los administradores como los funcionarios deben caucionar el desempeño- de su cargo. " (124)

Aunque los Comisarios no cumplan con el requisito - de constituir garantía, esto no afecta su nombramiento, sien- do sus actos válidos y ello no impide que desempeñen sus fun- ciones; en cuanto a su falta de inscripción en el Registro - Público de Comercio, tampoco afecta su nombramiento, ni inva- lida sus actos, ya que estos quedan dentro de la esfera in-- terna de la Sociedad. Sin embargo no estoy de acuerdo con -- Joaquín Rodríguez Rodríguez cuando señala que el nombramien- to y caución del Comisario, no son inscribibles, ya que con-

(123) Op.Cit. Roberto Mantilla Molina p.401.

(124) Op.Cit. Oscar Vásquez del Mercado. p.156.

forme al Art. 29 y 31 Fracc. IV del Reglamento del Registro Público de Comercio son documentos inscribibles, los testimonios de escrituras notariales y el Art. 31 Fracc. IV, se refiere a los nombramientos de personas que desempeñen funciones representativas dentro de la empresa.

Por lo anterior considero que el nombramiento o designación de Comisario si es inscribible, aunque la esfera de acción de éste, sea interna en la Sociedad, pues para proteger a terceros frente a la Sociedad, es necesario darle publicidad a su nombramiento.

En igual forma reitera que la labor del Síndico es interna en absoluto, pues se endereza a la vida interior y no a la exterior de la Sociedad; no representan a ésta frente a terceros y por esto su nombramiento no debe inscribirse en el Registro Público.

g. RESPONSABILIDAD.

Con relación a este punto cabe mencionar que el derecho común es supletorio de los actos de comercio conforme a lo establecido en el artículo 2o. del Código de Comercio vigente.

En relación con la responsabilidad en la que pueden incurrir los Comisarios, tiene múltiples aspectos. Con frecuencia es difícil determinar la magnitud de la responsabilidad por la actividad que desarrollan en la Sociedad Anónima.

La responsabilidad Civil en que puede incurrir un Cómisario, se configura por tres elementos: la existencia de un daño, la culpa y la relación causal entre el hecho y el daño. Si falta alguno de estos elementos no se configura la responsabilidad civil.

Esta responsabilidad sea contractual o extracontractual, produce el efecto de reparar el daño causado, ambas suponen la existencia de una obligación anterior; consistiendo igualmente las dos en una violación a esa obligación legal. (125)

No obstante la culpa contractual se forma por el simple hecho de no cumplir con una obligación preestablecida, sin necesidad de que se actúe con dolo o intención, directa de -causar daño. Este cumplimiento se traduce en la reparación -del daño.

La responsabilidad extracontractual surge cuando no existe obligación concreta entre los interesados, tan sólo un deber general de no causar daño a otro; en esta es necesario-que el daño se cause, por dolo o culpa.

Por lo que toca a la reparación del daño y a la carga de la prueba, tratándose de responsabilidad contractual, la -reparación debe consistir en el restablecimiento de la situa-ción anterior al mismo y de no ser posible, deberá constar en el pago de daños y perjuicios, o incluso se puede optar por -

(125) Planiol, citado por Rojina Villegas Rafael.-"DERECHO CIVIL MEXICANO".- T.V. V. 2 p.351.

una y otra, conforme al Art. 2107 del C.C. vigente. *

En la contractual, quien demanda daños y perjuicios, no tendrá que probar la culpa del deudor; será el deudor, -- quien para liberarse, tendrá que justificar que su incumplimiento, se debió a caso fortuito o fuerza mayor. (126)

En caso de responsabilidad extracontractual, es necesario demostrar la existencia de la culpa o dolo en que haya incurrido el demandado, según lo señala el Art. 1910 del C.C. vigente.*

Así el actor en el juicio de responsabilidad civil - contra los Comisarios, tiene que probar que el incumplimiento del deber específico establecido por la norma o en su caso, - la falta de diligencia o cuidado (culpa), afecta a la buena - gestión de su cargo; debiendo probar el daño y la relación de causalidad entre la conducta y el daño. (127)

Aún cuando el Órgano de vigilancia, puede integrarse como un consejo; cada uno de sus miembros, actuará en forma - independiente, partiendo de ese supuesto, su responsabilidad-

* Art.2107, C.C.vigente.- "La responsabilidad de que se trata en este título, además de importar la devolución de la cosa o su precio, o la de ambos, en su caso, importará la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios."

* Art.1910, C.C.vigente.- "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima"

(126) Planiol citado por Rafael Rojina Villegas. T.V, V.2, p. 350.

(127) Galindo Garfías Ignacio.-"SOCIEDAD ANONIMA LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES".-México. 1957. p.234.

no será solidaria, sino excepcionalmente como lo veremos más adelante, siendo ésta fundamentalmente individual.

La solidaridad en Derecho Civil, no se presume, resulta de la Ley o de la voluntad de las partes.* Esto en Derecho Mercantil, no funciona así; los codeudores que dan obligados presuntativamente en forma solidaria, es por eso que el Comisario que conozca de una irregularidad de quien le precedió en el cargo, se obligue solidariamente con éste, y es esta una de las excepciones que presenta la solidaridad en esta figura jurídica.

El Comisario tiene la obligación de llevar a cabo la vigilancia, control y fiscalización de los intereses de los accionistas, apoyándose en la Ley y en los estatutos, éstas tareas deben ser desempeñadas con la diligencia que utilizaría todo hombre en el cuidado de sus propios negocios, cuando falta esta diligencia se produce un daño y surge la obligación de repararlo, generándose consecuentemente la responsabilidad.

Si el daño se produce en el patrimonio de la sociedad, la acción se atribuye a la Sociedad a través de la Asamblea. Este daño en el patrimonio social, produce un daño culposo y por tanto una responsabilidad civil.

La responsabilidad civil, comprende en primer

* Art.1988, C.C.vigente.- "La solidaridad no se presume, resulta de la ley o de la voluntad de las partes."

término el restablecimiento de la situación anterior al hecho dañoso, concebido como la reparación del menoscabo que sufre el patrimonio, como consecuencia de la obligación incumplida; en segundo término el pago de una indemnización por los perjuicios sufridos, conforme lo establece el Art.2107 del C.C.-vigente para el D. F. *

El titular de la acción es la Sociedad Anónima, pero ésta sólo puede tomar un acuerdo a través de sus órganos y en este caso es la Asamblea general de accionistas, conforme al Art. 161 LGSM y ésta en su caso designará a la persona que ejercitará esta acción conforme al Art. 163 LGSM.

Es concretamente a la Asamblea general ordinaria a la que corresponde tratar los asuntos relacionados con la responsabilidad en virtud de que el Art.180 LGSM dice que tratará los asuntos no enumerados en el Art. 182, de las que tratarán en extraordinarias, y el Art. 182 LGSM enumera las materias a tratar en las extraordinarias y no habla de la responsabilidad.

La Asamblea de socios puede tomar el acuerdo de exigir responsabilidad por que se haya convocado con esa finalidad o por que se sucite en su seno, con motivo de la aprobación del informe financiero, o por que se detecte alguna irregularidad. Por tanto puede o no estar comprendido en los asuntos a tratar en el Orden del Día.

* Véase p.92

Dos efectos produce la declaración de responsabilidad por la asamblea: autorizar en juicio a la persona a quien se encomienda el ejercicio de la acción; y la cesación inmediata en su cargo al Comisario.

Los Comisarios en el ejercicio de sus funciones, -- siempre tienen que responder del resultado de su gestión frente a la Sociedad, frente a los accionistas individualmente -- considerados y frente a los terceros extraños a la Sociedad.

El Art. 169 LGSM dice: "Los Comisarios serán individualmente responsables para con la Sociedad, por el cumplimiento de las obligaciones que la Ley y los estatutos les imponen..." en caso de que se auxilién de técnicos o profesionistas independientes, como lo prevé el Art. 169 LGSM, 2o. párrafo, cuya designación y contratación depende directamente de los Comisarios, así mismo, serán responsables frente a la Sociedad, accionistas y terceros, por los actos que realicen estos terceros contratados por ellos.

Esta responsabilidad individual implica que cada uno sólo responde por los actos u omisiones propios, y la coincidencia en la acción u omisión que causen daño a la Sociedad, no establece entre ellos vínculo alguno.

Cuando por incumplimiento de sus obligaciones, la sociedad experimenta un daño, cada Comisario será responsable por ello y deberá resarcirlo.

Cuando el Comisario advierta irregularidades dentro de la gestión de los que le han precedido en su cargo, deben ponerlo en consideración a la asamblea general, ya que de no hacerlo se convertiría en responsable solidario, en cuanto a esas irregularidades.* Sin embargo la solidaridad de esa responsabilidad no existe entre los Comisarios, es decir, no la adquieren todos; sino sólo entre cada Comisario y los anteriores.

Los Comisarios responden por regla general individualmente. La responsabilidad solidaria sólo surge con el conocimiento de irregularidades cometidas por el Comisario anterior y que no se denuncian; esto es un dato muy subjetivo, de manera que es difícil que un Comisario se convierta en responsable de los actos que fueron cometidos por otro y que el solo conoció.

Esta responsabilidad por culpa, sólo solidariza al que la cometió, y a quien las conoce sin denunciarlas, pero no a los diversos Comisarios.

Cuando un Comisario incumple alguna de sus obligaciones, concretamente frente a un accionista, éste puede exigir el resarcimiento del daño y perjuicio que hubiere experimentado.

* En cuanto a las irregularidades conocidas por el Comisario pero omitidas: el Art.160 LGSM. al que nos remite el Art.171 LGSM dice: "Los comisarios serán solidariamente responsables con los que les hayan precedido por las irregularidades en que estos hubieran incurrido si, conociéndolas no las denunciaren por escrito a los accionistas."

En el caso de los terceros extraños, que contrataron con la Sociedad, confiados en actos proporcionados por los Comisarios, sobre la situación y marcha de la Sociedad, estos - pueden exigir responsabilidad a aquellos, por daños provoca-- dos por la falsedad de datos.

Los sistemas para exigir la responsabilidad:

El Art. 171 LGSM nos remite a las disposiciones con-- tenidas en los Arts. 161, 162 y 163 LGSM sobre los administra-- dores; de ellos se desprende un doble procedimiento para que los accionistas puedan exigir responsabilidad a los Comisa-- rios:

1.) La asamblea general ordinaria de accionistas, -- por mayoría puede exigir la responsabilidad del Comisario y nombrar a la persona que se encargue de ejer-- citarla.

2.) La minoría que represente el 33% del capital so-- cial, independientemente del acuerdo de la asamblea, y aún en contra de él, podrá en forma directa, acu-- diendo a la autoridad judicial ejercitar su acción - de responsabilidad siempre que:

a) La demanda comprenda el monto total de las res-- ponsabilidades en favor de la Sociedad y no únicamen-- te las de los promoventes.

b) Que los promoventes no hayan aprobado la resolu-- ción tomada por la asamblea general de accionistas -

sobre no haber lugar a proceder contra los administradores demandados.

Roberto Mantilla Molina acerca de la responsabilidad de los Comisarios, menciona que responden individualmente de sus actos, conforme al Art. 169 LGSM, y que es causa de responsabilidad el que, intervengan en casos en que tengan interés opuesto al de la Sociedad, como lo establece el Art. 170 LGSM. Así mismo, pueden exigir esta responsabilidad, la sociedad o quienes posean el 33% del capital social de acuerdo con los Arts. 161, 163 y 171 del mismo ordenamiento. Provocando su separación del cargo y la inhabilidad para volverlo a desempeñar, mientras no se declare judicialmente la exención de culpa, según los Arts. 162 y 171 de la mencionada Ley. (128)

Rafael de Pina Vara reitera la responsabilidad individual de los Comisarios al remitirnos al texto de la Ley.

De lo anterior de desprende que cada Comisario podrá desempeñar en forma aislada a los demás, las labores de vigilancia que le incumben.

Niceto Alcalá Zamora Castillo, con relación a lo anterior, comenta que sería preferible una suspensión en lugar de un cese del cargo y que debía exigirse determinado tiempo para que la mencionada acción de responsabilidad se deduzca -

(128) Op.Cit. Roberto Mantilla Molina. pp.416 y 417.

de los tribunales. (129)

Como excepción, la Ley citada en su Art. 163 permite además que los accionistas que representen el 33% del capital social, podrán ejercitar directamente la acción de responsabilidad social en contra de los Comisarios. Este derecho de la minoría, puede ser ejercido en el caso de que la mayoría haya negado previamente la exigencia de responsabilidad o cuando no hubiese resuelto sobre ésta. En caso de que esta minoría ejerza su acción, nombrará a la persona que haya de ejercitar la acción.

No podrán votar para ejercitar la acción de responsabilidad a cargo de la minoría, de acuerdo al Art. 163 LGSM aquellos accionistas que en asamblea general hayan aprobado, la resolución sobre no haber lugar a proceder contra los Comisarios demandados.

La minoría no puede ser impedida por la mayoría, para ejercitar su acción de responsabilidad y viceversa, (conforme al Art.201 párrafo final LGSM) siempre y cuando no hayan dado su voto, aprobando la resolución de no exigir la responsabilidad al Comisario.

En México se designará siempre la persona que exija la responsabilidad sin que se necesite nombramiento judicial para tal efecto. (Art.161 y 163 LGSM).

(129) Niceto Alcalá Zamora Castillo.- "ASPECTOS Y REPERCUSIONES PROCESALES DEL CODIGO CIVIL HONDUREÑO"- 1954.

De acuerdo con Walter Frisch Philipp podemos analizar la responsabilidad de los Comisarios en tres ámbitos a -saber:

a) Uno de ellos frente a la Sociedad Anónima consiste en cumplir con sus funciones de vigilancia, sin penetrar en la esfera administrativa, esto es vigilando se dé estricto cumplimiento a la Ley y a los estatutos en el manejo de la Sociedad, incluso contando con voz pero nunca con voto, lo -que les aleja de la posibilidad de tener facultades de decisión, que los harían aparecer como responsables frente a la Sociedad. Además con la obligación de cumplir verazmente con sus obligaciones que implican estricto control y fiscalización.

b) La actuación del Comisario frente a terceros, -- que en nuestro derecho no está prevista, por lo que no puede actuar a nombre de la Sociedad, siendo en todo caso nula su actuación y respondiendo este frente al contratante civil y personalmente.*

c) Por último, frente a los accionistas considera-- dos individualmente y a los acreedores de la Sociedad Anónima, en forma análoga que los administradores; no tienen la - facultad de exigir responsabilidad a los Comisarios, ya que-

* Art.1802 C.C.vigente del D.F.- "Los contratos celebrados a nombre de - otro por quien no sea su legítimo representante, serán nulos, a no ser - que la persona a cuyo nombre fueron celebrados los ratifique antes de -- que se retracten por la otra parte. La ratificación debe ser hecha con -- las mismas formalidades que para el contrato exige la ley. Si no se ob-- tiene la ratificación, el otro contratante tendrá derecho a exigir daños y perjuicios a quien indebidamente contrató."

estos responden sólo frente a la Sociedad Anónima. *

No debiendo confundir esto con los casos en que por la ley, la asamblea autorice a un accionista para exigir en forma individual la responsabilidad. *

El Art. 171 dispone la aplicación del Art. 160 LGSM a los Comisarios: referente a la obligación de los Comisarios de denunciar toda irregularidad cometida por los administradores o Comisarios; sin embargo, estoy de acuerdo en que no debía aplicarse la solidaridad en este caso, ya que rompería -- con el principio general de que los Comisarios responderán in dividualmente debido a la inexistencia del consejo y órgano -- colegiado de vigilancia, en nuestro derecho, ya que por naturaleza es un órgano que actúa en forma individual. (130)

Para exigir judicialmente la responsabilidad, no -- existe un plazo, de manera que el juzgado se basará en los --

* Art. 161 LGSM.- "la responsabilidad de los administradores sólo podrá -- ser exigida por acuerdo de la asamblea general de accionistas, la que designará la persona que haya de ejercitar la acción correspondiente, salvo lo dispuesto en el artículo 163."

* Art. 163 LGSM.- "Los accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital social, por lo menos, podrán ejercitar directamente la acción de responsabilidad civil contra los administradores, siempre que -- se satisfagan los requisitos siguientes:

I. Que la demanda comprenda el monto total de las responsabilidades en fa vor de la sociedad y no únicamente el interés personal de los promoven tes; y

II. Que, en su caso, los actores no hayan aprobado la resolución tomada -- por la asamblea general de accionistas sobre no haber lugar a proceder -- contra los administradores demandados.

Los bienes que se obtengan como resultado de la reclamación serán percibi dos por la sociedad. "

(130) Op. Cit. Walter Frisch Philipp. p. 321.

plazos de prescripción negativa.*

La minoría, al ejercitar su acción contra el Comisario, actúa en nombre propio, según la parte final del Art. 163 LGSM, pues requiere que la demanda comprenda el monto total de las responsabilidades en favor de la Sociedad.

Al actuar en nombre propio, los representantes de -- las minorías pagarán al Comisario que haya ganado el juicio, -- las costas, en tanto que si obtienen una resolución favorable -- es lógico que la Sociedad las asuma.**

Sin embargo, el contenido de la pretensión de la minoría, no puede ser de tipo individual, es decir, que no se puede limitar el daño causado personalmente a los accionistas minoritarios, sino que debe abarcar cuantitativa y cualitativamente el daño sufrido por la Sociedad Anónima, como lo establece el Art. 163 en su parte final y fracción primera, según los cuales, la Sociedad, recibirá los bienes obtenidos por el proceso de la minoría que asuma el riesgo.

*Art.1047 C.Comercio.- "En todos los casos en que el presente código no es tablezca para la prescripción un plazo más corto, la prescripción ordinaria en materia comercial se completará por el transcurso de diez años."

**Art.1082 C.Comercio.- "Cada parte será inmediatamente responsable de las costas que originen las diligencias que promueva: en caso de condenación -- en costas, la parte condenada indemnizará a la otra de todas las que hubiere anticipado. La condenación no comprenderá la remuneración del procurador, sino cuando fuere agente de negocios titulado, no la del patrono, si no cuando fuere abogado recibido; cuando un abogado fuere procurador, sólo comprenderá sus honorarios la condenación, cuando él mismo se haya encargado de la dirección del juicio sin recurrir al patrocinio de otro abogado."

En las demandas que se entablan conforme al Art.161 y 163 LGSM, no se puede exigir la responsabilidad individual del accionista, además la carga de la prueba de culpabilidad de los Comisarios, esta a cargo de la parte demandante.*

Para demandas individuales, contra los Comisarios - que se entablen con el objeto de que se repare el daño exclusivamente sufrido por un accionista, un acreedor de la Sociedad, o de un tercero, por la conducta antijurídica y culpable de los Comisarios, la vía procesal respectiva será la del proceso individual o normal. (131)

" La atribución tiene origen en un deber de obrar..." por lo que el Síndico debe dar cumplimiento imperativamente - a las funciones encomendadas, velar por el cumplimiento de -- las leyes por parte de todos los funcionarios, interesados o accionistas de la Sociedad Anónima. (132)

Para Oscar Vásquez del Mercado, los comisarios, son responsables por los actos que realizan en el ejercicio de su cargo; responden individualmente frente a la Sociedad por el incumplimiento de las obligaciones que la Ley y los estatutos les imponen, y sólo hay solidaridad con los que les hayan precedido en el cargo, si conociendo actos irregulares de éstos, no hacen la denuncia respectiva, y reitera la posibilidad de exigir responsabilidad a cargo del Comisario por la asamblea-

* Véase p. 92

(131) Op.Cit. Walter Frisch Philipp. pp.308, 309, 310, 319, 329 y 321.

(132) Op.Cit. Rogasiano M. Lo Celso. p.132.

de accionistas que designará a la persona que haya de ejercer la acción correspondiente y como excepción los accionistas que representen el 33% del capital social, podrán ejercerla, pero satisfaciendo los requisitos del Art.163 LGSM. (133)

La responsabilidad de los Comisarios es frente a la Sociedad y sólo ésta podría hacerla valer a través de sus órganos competentes.

Los socios no podrán individualmente ejercitar la acción de responsabilidad, pidiendo el resarcimiento del daño porque, ningún vínculo jurídico existe entre estos y los Comisarios; quien les confiere el nombramiento es la Sociedad como tal y no los accionistas.

Cuando aprovechandose de su posición, los Comisarios realicen actos que violen la Ley o los estatutos, dichos actos pueden considerarse delictuosos, y no hay razón para estimarse ejecutados en ejercicio de sus facultades, en este caso, los accionistas tendrán derecho a ejercer la acción de responsabilidad.

Mossa Lorenzo menciona: " que la junta de Comisarios está expuesta a responsabilidad civil y a sanciones penales. La responsabilidad por hechos de los administradores (Comisarios) llega hasta ellos cuando el daño inferido depende de su negligencia. (134)

(133) Op.Cit. Oscar Vásquez del Mercado. pp.160, 161 y 162.

(134) Op.Cit. Mossa Lorenzo. T.1, p.175.

Opino empero que la responsabilidad penal procederá siempre que los actos tipifiquen un delito.

Rodrigo Uria acerca de la responsabilidad del Censor en la legislación española menciona que la Ley no regula este tema, pero por analogía con el sistema de responsabilidad, de los administradores, habrá que estimar que los censores responden civilmente en el desempeño de su cargo, por daño causado - por culpa lata.

Cada censor responderá personalmente de los daños -- causados por su propia culpa. No debe reputarse solidaria su responsabilidad ni siquiera en el caso de que emitan un dictámen conjunto.

El titular directo de la acción de responsabilidad será la Sociedad. Pero no hay inconveniente en admitir que pueden ejercitar la acción con carácter subsidiario, los accionistas que representen la décima parte del capital social, ya que los censores de cuentas actúan fundamentalmente en interés de los socios. (135)

Vivante por su parte expresa que los Síndicos no deciden por mayoría; cada uno puede desempeñar según su iniciativa y criterio las funciones que la Ley le asigna sin hallarse ligado al voto de sus colegas, por ello y basado en esta independencia se alejan de la posibilidad de responsabilidad solidaria. (135) Op.Cit. Rodrigo Uria. p.234.

daria. Sin embargo no pueden escapar a la responsabilidad solidaria, que nace por negligencia de no manifestar las culpas ajenas de sus predecesores. (136)

El Comisario es individualmente responsable para -- con la sociedad, por el incumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos le imponen. El contador público independiente, al emitir su dictámen o "certificado" sobre las -- cuentas, adquiere una responsabilidad más grave y amplia no -- sólo ante los accionistas, sino frente a los terceros en general, llámense inversionistas, acreedores, etc., la cual puede exigírsele legalmente si ha faltado a sus deberes profesionales, con mayor razón si es a la vez comisario.

Al respecto, el citado Reglamento de Etica Profesional del Instituto Mexicano de Contadores Públicos dispone que:

" El contador público será considerado culpable de un acto que desacredite la profesión, si al expresar su opinión respecto a los estados financieros, que haya examinado o al presentar cualquiera otra información profesional:

- a) Omite un hecho importante que conozca y sea necesario manifestar para que los estados o sus informes desorienten o induzcan a conclusiones erróneas;
- b) Disimula o no informa sobre cualquier dato falso importante que aparezca en los estados financieros y del cual tenga conocimiento;

- c) Incurre en negligencia grave en la ejecución de su trabajo profesional o al rendir el informe correspondiente;
- d) No obtiene suficiente información para justificar la opinión que sustente; o,
- e) No informe respecto de cualquier desviación grave de los principios contables generalmente reconocidos o acerca de cualquier omisión importante en los procedimientos de auditoría generalmente aceptados y aplicables en las circunstancias del caso concreto.

En suma, los informes y documentos que presente el contador público, deberán contener la expresión de su juicio fundado, sin ocultar o desvirtuar los hechos de manera que puedan inducir a error. " (137)

h. RETRIBUCION O REMUNERACION.

El Art. 181 Fracc.III LGSM, atribuye a la asamblea general ordinaria de accionistas la facultad de determinar los emolumentos correspondientes a los Comisarios, en el caso de que no se hubieren establecido en los estatutos.

" La retribución puede consistir en un sueldo o en una participación en los beneficios o bien en una combinación de ambas. " (138)

(137) Op.Cit. Manuel Resa Jr. p.5.

(138) Op.Cit. Joaquín Rodríguez Rodríguez. T.2, p.159.

No creo que sea recomendable que la retribución consista en una participación en los beneficios pues esto restaría la pureza absoluta de la independencia con que debe actuar el Comisario y que en caso de ser contador público independiente, la ley le exige.

La asamblea no tiene absoluta libertad para fijar esta cuantía, cuando la misma no se haya fijado expresamente en los estatutos, por que si señalara una retribución irrisoria, - pues en este caso los comisarios podrían invocar el Art. 2607- del Código Civil para el D.F., que dispone que toda prestación de servicios se remunerará según convenio y en su defecto por la costumbre del lugar. (139)

Es por tanto lógico que en estos casos se habría de fijar pericialmente la remuneración, tomando en cuenta factores objetivos de la situación y sociedad de que se trate.

La labor de los Comisarios es continua por lo que no es justo valorar la realización de su obra al final de cada ejercicio como algunos autores afirman.

En caso de revocación antes de tiempo deberá indemnizarsele por su trabajo desenvuelto.

Walter Frisch Philipp comenta que es a los estatutos

(139) Amezcua Barbachano citado por Rodríguez Rodríguez, Op.-- Cit. T.2, p.160.

de la Sociedad Anónima a los que se les concede primacía para determinar los emolumentos del Comisario, este cargo no es o no debe ser esencialmente oneroso. (140) *

Los Comisarios pueden exigir que sus emolumentos - - sean proporcionados a su labor desempeñada. (141)

César Vivante acerca de la retribución de los Síndicos menciona que la retribución es la compensación de un trabajo realizado y valuable. No es la asamblea constituyente la que acuerda la retribución, sino la asamblea ordinaria después de un año de ejercicio; es decir después de cada ejercicio social. (142)

Oscar Vásquez del Mercado, señala que los emolumentos de los Comisarios a que se refiere el Art. 181 Fracc. III, LGSM, deben ser establecidos por la asamblea general ordinaria anual.

Si los estatutos de antemano disponen la forma y cantidad a pagar, la asamblea solo ratificará lo establecido y - sólo si los estatutos no mencionan nada, la asamblea debe resolver al respecto.

(140) Op.Cit. Walter Frisch Philipp. p.322.

* Art. 181 Fracc. III. LGSM.- " La asamblea ordinaria... III. Determinar los emolumentos correspondientes a los administradores y comisarios, cuando no hayan sido fijados en los estatutos."

(141) Op.Cit. Roberto Mantilla Molina. p.339.

(142) Op.Cit. César Vivante. T. 2, p.299.

Aunque no existe fundamento en la ley cuando no haya utilidades a distribuir o déficit en el ejercicio, se deberá retribuir la labor de los Comisarios.

Ante el silencio de los estatutos, la ley reconoce - el derecho a una retribución, según opinan varios autores como Vivante y Mantilla Molina.

El Comisario nunca debe subordinar su opinión a las pretenciones de sus honorarios o retribución, ya que la misma debe ser objetiva e imparcial.

i. CONCLUSION DEL CARGO:

La manera normal de terminar la función de Comisario es por expiración del plazo para el cual fue designado, pero continuará en sus funciones hasta que quien debe substituirlo asuma el cargo.

Existen varias causas de terminación del cargo:

- 1o. Por revocación.
- 2o. Por remoción.
- 3o. Por renuncia.
- 4o. Por incapacidad que sobreviene.
- 5o. Por expiración del plazo.
- 6o. Muerte.
- 7o. Por disolución o quiebra de la Sociedad.

Trataré cada una de estas causas en particular:

10. Revocación.

Es otra de las características que se establece en el Art. 164 LGSM, para el cargo de Comisario; y causa de conclusión del mismo.

La asamblea general ordinaria tiene el más amplio e ilimitado derecho aún sin expresión de causa para revocar en su cargo a los Comisarios.

Para Joaquín Rodríguez Rodríguez cualquier disposición estatutaria, que restringiese ese derecho, así como aquellas cláusulas que exijan mayorías especiales, superiores a las que se necesitan para la válida adopción de acuerdos por la asamblea general ordinaria de accionistas, no tendrán ningún efecto legal. (143)

Conforme al Art. 171 LGSM que nos remite al 144 en su segundo párrafo, se establece en forma análoga, que sólo podrá revocarse el nombramiento del Comisario o Comisarios designados por las minorías, cuando se revoque igualmente el nombramiento de todos los demás Comisarios. Una resolución tomada por la minoría de los accionistas para exigir responsabilidad conforme al Art. 163 LGSM, no causa efecto de revocación en virtud de que el Art. 162 LGSM se refiere a una resolución pronunciada por la asamblea general de accionistas, es decir tomada por la mayoría, en caso de que una minoría exija

(143) Op.Cit. Joaquín Rodríguez Rodríguez. T.II, p.158.

la responsabilidad, la revocación sólo funciona desde el momento en que el juez resuelva la existencia de la responsabilidad. La revocación en este caso se causará ipso facto, sin necesidad de revocación por la asamblea ordinaria.

Así mismo y en virtud de que el mencionado Art. 171 LGSM, también nos remite al 162 del mismo ordenamiento, analógicamente se aplica a los Comisarios la disposición del segundo párrafo; de la que podemos derivar que por el hecho de que la asamblea general de accionistas pronuncie resolución en el sentido de que se les exija la responsabilidad en que hayan incurrido; por ministerio de ley, el Comisario respectivo, -- queda revocado sin necesidad de declaración expresa en ese -- sentido de la asamblea general. Si se declarara tal situación tendría efecto meramente declarativo, no constitutivo. (144)

La revocación no se refiere a una mera suspensión.

El órgano competente exclusivamente para una revocación es la asamblea ordinaria debido a que ella tiene la facultad de nombrar a los Comisarios, conforme al Art.181, -- Fracc. II LGSM.

Si su nombramiento fue hecho en los estatutos constitutivos de la Sociedad Anónima, la revocación de tal nombramiento no puede ser considerado como una reforma a los estatutos

(144) Op.Cit. Walter Frisch Philipp. p.313.

tos, que exija de un acuerdo formado por la asamblea extraordinaria. *

Nuestra LGSM no regula en forma concreta las causas de revocación del cargo de Comisario, por lo tanto, al no -- existir causas admisibles de revocación específicas, esta es admisible, en cualquier momento sin que sea necesario cierto motivo para la revocación.

Ninguna revocación surte efectos frente a terceros de buena fe si contraviene lo establecido en el Art. 26 C.Co mercio, que establece que si no es registrada la revocación del nombramiento, sólo producirá efecto entre los que la o-- torguen, pero no podrá producir perjuicio a tercero. (145)

Al respecto Rafael de Pina Vara nos dice que los Co misarios, pueden ser revocados en cualquier tiempo, por la - asamblea general ordinaria de accionistas conforme a los Artículos- 181 y 164 LGSM, sin embargo, sólo podrá ser revocado el nombramiento del Comisario designado por la minoría, cuando i-- gualmente, se deje sin efecto el de todos los demás Comisa-- rios. (Art. 144 y 171 LGSM)

2o. Remoción:

El Art. 176 LGSM establece como causa de remoción -

* Art. 181. Fracc. II. LGSM.- " La asamblea ordinaria...II.- En su caso, nombrar al administrador o consejo de administra- ción y a los comisarios;

(145) Op.Cit. Walter Frisch Philipp. pp.314 y 315.

de los Comisarios, el que no se presente oportunamente el informe sobre el Balance.

La asamblea ordinaria de accionistas puede resolver sobre la remoción de un Comisario, por causa de su responsabilidad.

Parece ser que la remoción y revocación del cargo - del Comisario, son tomados como términos análogos.

La facultad de remoción no puede estar limitada ni por los estatutos, ni por la Ley; es decir que no puede restringirse a culpas determinadas del Comisario en el ejercicio de su función.

La remoción o revocación de un Comisario sin justa causa deberá de indemnizarse. (146) Afirmación que en nuestro derecho no se encuentra sustentada por ningún concepto.

3o. Renuncia.

Los Comisarios pueden renunciar a su cargo pero no podrá abandonarlo en tanto la renuncia no les sea admitida, - pudiendo ser responsables de los daños y perjuicios que causen a la sociedad con motivo del incumplimiento de su obligación.

(146) Op.Cit. César Vivante. T.2, p.289.

Para que una renuncia de Comisario surta efectos de terminación de su cargo, se requiere de la aceptación de la misma por la sociedad, a no ser que exista un motivo o causa justificada importante para dicha renuncia. Dicha aceptación es competencia de la asamblea general ordinaria.

No estoy de acuerdo con él, en virtud de que el Art. 171 LGSM nos remite al 152 de la misma Ley que establece análogamente que los Comisarios continuarán en funciones aún -- cuando ya haya concluido el plazo para el cual fueron designados y no se hubiesen realizado nuevos nombramientos y éstos no hayan tomado posesión.

Considero que siempre debe someterse la renuncia a la aceptación de la asamblea general ordinaria para que realice a su vez, los nuevos nombramientos y posteriormente entren en posesión de sus cargos.

La renuncia como acto unilateral de voluntad del Comisario, pone fin a su cargo, esto implica que se someta al conocimiento de la asamblea que lo nombró para que no vea alterada la continuidad que exige el órgano de vigilancia y puedan nombrar nuevo Comisario.

La LGSM no supone ninguna formalidad para presentar la renuncia pero es evidente que deberá ser comunicada por escrito. (147)

(147) Op.Cit. Joaquín Garrigues. pp.87 y 88.

La renuncia sólo es válida respecto de terceros, desde el momento en que se inscribe en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio o de aquel en que se inscribe el nombramiento del sustituto. (148)

4o. Por incapacidad que sobreviene:

Para poder ocupar el cargo de Comisario de una sociedad anónima se requiere además de la capacidad de ejercicio -- plena, conforme al derecho civil; que la persona no esté inhabilitada para ejercer el comercio.

Así la incapacidad sobreviene por pérdida de capacidad legal para el ejercicio del comercio, o por que llegue a ser dependiente de la sociedad, o por que se establezca un parentesco por afinidad con alguno de los administradores, dando término a la relación de la sociedad con el Comisario.

Vivante dice que los Síndicos decaen en su cargo, si durante el ejercicio del mismo se ven afectados por alguna de las causas que les impediría ser elegidos, como el parentesco por afinidad con alguno de los administradores, si se les declara en quiebra, sujetos a interdicción o incapacitados, así como la condena por delitos que les haga indignos de confianza de los socios. (149)

En el capítulo siguiente nos ocuparemos de la capaci

(148) Op.Cit. Joaquín Rodríguez Rodríguez, p.102

(149) Op.Cit. César Vivante, T.2, p.299.

dad jurídica que debe tener el Comisario para el ejercicio de su cargo.

5o. Por expiración del término.

Los Comisarios continuarán en el desempeño de sus funciones, aún cuando hubiere concluido el plazo para el que hayan sido nombrados, mientras no se haga nueva designación y los designados no tomen posesión de su cargo.

Se presenta como una consecuencia normal de carácter temporal del nombramiento, sin embargo no tiene efectos inmediatos, pues como vemos en el Artículo mencionado en el párrafo anterior, se establece que el Comisario debe continuar en el desempeño de sus funciones hasta que se hayan hecho nuevos nombramientos y los nominados tomen posesión de su cargo.

6o. Por muerte.

Por la muerte del Comisario termina su cargo por razones obvias y estaremos en el supuesto del Art.168 LGSM que establece que si faltare por cualquier causa la totalidad de los Comisarios (en el caso de que sea uno solo), el consejo de administración deberá convocar dentro de los tres días siguientes a asamblea general de accionistas, para que ésta haga la designación correspondiente.

7o. Disolución y Quiebra.

Por la disolución de la sociedad ni por la quiebra - declarada judicialmente termina la función de los Comisarios, ya que estos continúan en su cargo con todas las obligaciones que tienen en la vida normal de esta.

CAPITULO III

CAPACIDAD JURIDICA DEL COMISARIO

A. CAPACIDAD JURIDICA DE GOCE Y EJERCICIO.

El Órgano de vigilancia como explicamos anteriormente, requiere de personas para exteriorizar o materializar -- las funciones que dicho cargo implica.

Dichas personas físicas o morales deberán tener la capacidad necesaria para ejercer el cargo de Comisario.

Al respecto trataremos la capacidad jurídica.

(150) " La capacidad se divide en: de goce y de ejercicio"

La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos o sujeto de obligaciones. (151)

Todo hombre es persona y por tanto, todo sujeto, por el hecho de serlo tiene capacidad de goce. Esta capacidad de goce la consagra nuestro Artículo 22 del Código Civil vigente del D. F., y crea una verdadera ficción jurídica declarando - que: " La Capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que el individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley y se le tiene por nacido. De esto se desprende que toda persona por el hecho de serlo tiene capacidad de goce que es la capacidad mínima.

Sin embargo, no es ésta la capacidad suficiente que

(150) Messineo citado por Rafael Rojina Villegas.- COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. Porrúa. México, 1982, T.1, p.158.

(151) Idem.

se requiere para ser Comisario.

Esta capacidad de goce permite ser titular de derechos y obligaciones; quien tiene capacidad de ejercicio, -- forzosamente hace suponer, que cuenta con ésta; pero el tener la capacidad de goce, no implica poder ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones directamente.

"En cuanto a la capacidad de ejercicio, esta supone la posibilidad jurídica del sujeto, para hacer valer directamente sus derechos, celebrar en nombre propio, actos jurídicos, contraer y cumplir sus obligaciones... " (152)

Podemos definirla como:

" Capacidad de ejercicio es la aptitud de participar directamente en la vida jurídica, es decir hacerlo personalmente. "(153)

La capacidad de ejercicio, se adquiere a los dieciocho años, con la mayoría de edad. Sin embargo los mayores de edad (Art. 647 C.C.del D.F.), que padezcan locura, - idiotismo, imbecilidad, los sordomudos que no saben leer ni escribir, los ebrios consuetudinarios y los que hacen habitualmente uso de drogas y enervantes, carecen de capacidad de ejercicio. Pueden hacer valer sus derechos por medio de representantes. (154)

(152) Op.Cit. Rafael Rojina Villegas. T. 1. p.164.

(153) Idem.

(154) Op.Cit. Ignacio Galindo Garfias. p.386.

Aquellos que carezcan de capacidad de ejercicio es tarán imposibilitados para ejercer el cargo de Comisario en la sociedad anónima.

El Comisario deberá reunir como atributo el de ser una persona con capacidad, es decir, con la aptitud para -- ser sujeto de derechos y obligaciones. En sentido estricto, la capacidad de goce, sería la simple aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones y la de ejercicio la posibili dad de, siendo titular, ejercer derechos y contraer obligaciones por sí mismo.

La incapacidad surge por situaciones inherentes a la persona:

La incapacidad natural: -por minoría de edad, o
-incapacidad mental.

La incapacidad legal, asimilable a la incompatibilidad se trata de personas que teniendo capacidad plena, se les coarta por disposición legal, (por ser Presidente, Mi-- nistro, Juez, etc) o por caer en estado de interdicción.

El órgano de vigilancia requiere de personas que - tengan la capacidad plena conocida en derecho común, y que esta no esté afectada por alguna limitación marcada por la Ley.

Debe considerarse que existe la posibilidad de que

el cargo de Comisario, sea desempeñado por una persona moral, que a su vez, lo ejercitará a través de personas físicas con plena capacidad de ejercicio; sin embargo, ésta persona moral deberá salvar aquellas limitaciones relativas a la sociedad.

Se dice que las personas morales tienen una capacidad limitada por su objeto o finalidad social y sus estatutos.

Conforme al Art.26 C.C. para el D.F., que establece que las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios, para realizar el objeto de su institución; así mismo, que éstas obran y se obligan a través de sus órganos y conforme a sus estatutos.

En este orden de ideas, si una persona moral es designada Comisario de otra, podrá serlo si su objeto o sus estatutos lo preveen o lo permiten expresamente. Sin embargo no basta que la persona física o moral, tenga la capacidad para ejercitar derechos y cumplir obligaciones por sí mismas, ya que debe además, cumplir con otras condiciones especiales, para el desempeño del cargo de Comisario que vendrían a complementar esa capacidad plena con la que necesariamente debe contar.

El Art.165 LGSM indica que los requisitos particularizantes, exigidos para el cargo de Comisario son:

1o. La habilitación para ejercer el comercio.

- 2o. Ser socio o extraño a la Sociedad (Art.164 LGSM)
- 3o. No ser empleados de la sociedad.
- 4o. Ser independientes de los administradores (es - decir, que no exista parentesco consanguíneo o por afinidad).
- 5o. Pueden ser persona física o moral.

B. HABILITACION PARA EJERCER EL COMERCIO SEGUN EL CODIGO DE COMERCIO Y LEYES ESPECIALES.

En primer lugar, el Comisario, para poder ejercer el cargo de Comisario, no debe estar inhabilitado para ejercer el comercio.

Conforme al Art.5o. del C. Comercio todas las personas que según las leyes comunes, son hábiles para contratar y obligarse y a quienes las mismas leyes no les prohíben expresamente la profesión del comercio, tienen capacidad legal para ejercerlo. Y en Derecho Civil, son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por ley. (Art.1798 C.C. D.F., y ésta exceptúa únicamente a los menores de edad, mayores incapacitados, conforme al Art. 450 C.C. D.F.).

El órgano de vigilancia requiere de personas que tengan capacidad necesaria para ejercer el comercio, sin que esto signifique que el Comisario deba necesariamente ser comerciante.

Aunque de hecho por estar al frente de un órgano de una sociedad mercantil, que es considerada por nuestro derecho conforme al Art. 3o. Fracc. II del C.Comercio, como comerciante, por ello debe estar capacitado para ejercer el comercio.

Para poder ejercer el comercio, es presupuesto fundamental el contar con capacidad plena, de acuerdo con el derecho civil. Y no caer en los supuestos de incapacidad natural y legal contenidos en el Art.450 de nuestro C.C. vigente en el D.F.

Los Arts. 3o. y 5o. del C.Comercio, establecen como requisito para ser considerado legalmente como comerciante además de la capacidad plena, el ejercicio del comercio.

El afectado por incapacidad de ejercicio, no puede por actos propios, adquirir la calidad de comerciante. Sin embargo, toda persona que tiene capacidad de ejercicio, de Derecho civil, la tiene también para realizar por sí misma actos de comercio. Para ser Comisario basta tener esta capacidad de ejercicio del derecho civil, y estar habilitado o tener la posibilidad de ejercer el comercio. (155)

Jorge Barrera Graf dice que la definición de comerciante individual exige la capacidad de la persona para ejercer el comercio; así en nuestro derecho mercantil, sólo es -

comerciante individual la persona que tenga capacidad para - actuar como tal, esto es, que tenga la facultad de contratar- y obligarse por sí misma o sea que la persona tenga capacidad de ejercicio que se manifiesta en la facultad de reclamar el cumplimiento de los derechos y responder, directa o personalmente del cumplimiento de las obligaciones. (156)

La capacidad de goce como hemos visto, la tienen to das las personas por el mismo hecho de serlo, incluso menores de edad, o mayores en estado de interdicción y cualquiera de ellos puede ser titular de derechos y recibir por distintos me dios los beneficios de dichos actos jurídicos, pero la posibi lidad de ejercer derechos, se adquiere hasta la mayoría de -- edad.

Los incapaces no pueden ser comerciantes o actuar como tales, sino por obra de la representación legal.

Tienen capacidad para ejercer el comercio, aquellos- a quienes el Derecho civil, considera como plenamente capaces y a quienes, el propio derecho no prohíbe expresamente la pro fesión de comercio.

Nuestro derecho civil considera capaces plenamente a los mayores de edad (18 años capacidad de ejercicio) y que -- consecuentemente, tiene capacidad para comerciar.

(156) Revista de la Facultad de Derecho en México.- "EL COMER CIANTE INDIVIDUAL EN DERECHO MERCANTIL MEXICANO".- T.XVII -- No.71, pp. 504 y 505.

Aquellos que tienen incapacidad legal, el propio derecho les prohíbe expresamente ejercer el comercio, en esta categoría están:

- a) Los sujetos a interdicción declarada judicialmente.
- b) Los Jueces, Ministros y funcionarios públicos.

Y conforme al Art. 12 del Código de Comercio:

- a) Los Notarios y corredores públicos.
- b) Los quebrados no rehabilitados y aquellos que por sentencia ejecutoriada, hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, falsedad, peculado, cohecho y la concusión.

En cuanto a los extranjeros y tomando en cuenta -- las distintas categorías migratorias, que regula la Ley de Población encontramos:

Que el turista no inmigrante extranjero, que ingresa al País con el propósito de diversión y paseo, le está -- prohibido practicar el comercio.

Inmigrante rentista extranjero que acojiéndose a -- los beneficios de la hospitalidad, ingresa al País acreditando fehacientemente que dispone de ingresos suficientes, para no ser una carga en el País; le está vedado practicar el comercio.

El inmigrante inversionista es el extranjero que se obliga a invertir las cantidades que señala la Ley y la autoridad (Secretaría de Gobernación) para que se inviertan, existiendo una diferencia respecto del monto de tales inversiones, según que el lugar de inversión sea el D.F., o el resto del territorio; esta calidad es la privilegiada y facultada para comerciar.

El inmigrado o residente es el extranjero que ha ingresado al País legalmente, y tiene una residencia por -- más de cinco años, ha contraído matrimonio con mexicana(o) o tenga hijos nacidos en el territorio, y se haya hecho la declaratoria correspondiente, esta calidad concede al extranjero, el ejercicio de todos los derechos del mexicano, con excepción de los del ciudadano.

A los asilados políticos se les permite toda actividad, inclusive el comercio, privándoseles de los derechos políticos propios de los ciudadanos.

El extranjero que viole las limitaciones al ejercicio del comercio, será sancionado administrativamente.

El Art. 87 de la Ley General de Población dice que queda prohibido a los inmigrantes, ejercer el comercio salvo en los casos en que expresamente se permite.

El Art.55 de la Ley General de Población previene que el inmigrado (que es quien adquiere mediante la declaratoria respectiva derechos de radicación permanente en el -- País) podrá dedicarse a cualquier actividad siendo lícita.

C. SER SOCIO O EXTRAÑO A LA SOCIEDAD.

Es otro de los elementos característicos requeridos por la LGSM, la cual en su Art. 164 señala que el cargo de Comisario en la sociedad anónima, puede encomendarse a un accionista o persona extraña a la sociedad.

Lo anterior permite que los accionistas puedan nombrar personas que reúnan las características para el desempeño del cargo, que generalmente no se encuentran dentro -- del círculo íntimo de los socios.

Vivante nos indica al respecto que los Síndicos -- (Comisario) pueden ser elegidos entre los socios, o bien entre personas extrañas, sin embargo los estatutos de la Sociedad pueden limitar su elección estableciendo condiciones de vecindad, residencia, profesión. (157)

De lo anterior se deduce que en este aspecto, la Ley deja amplio el campo para elegir al Comisario; sin embargo en los estatutos de la sociedad, es posible limitarlo a que sean sólo accionistas, o bien extraños, pero que sa-- (157) Op.Cit. César Vivante, T.2 p.298.

tisfagan ciertos requisitos.

En la Ley de Sociedades Anónimas de 1888, aún se establecía que, el cargo de Comisario fuese desempeñado exclusivamente por socios de la Sociedad. Es evidente que nuestra legislación ha evolucionado, dejando abierta la posibilidad de nombrar Comisarios a un socio o extraño de la sociedad, indistintamente.

La mayoría de las obligaciones coinciden en la posición de escoger a los Comisarios de entre los accionistas o de terceros, absolutamente extraños a la Sociedad, como sucede en Suiza, Italia y Francia. (158)

D. NO EMPLEADOS DE LA SOCIEDAD.

De ignorarse esta norma, se perdería el sentido de independencia que el cargo requiere.

En especial los Comisarios deben ser totalmente independientes de los administradores, según se desprende del Art. 165 LGSM en su Fracc. II que señala la prohibición de que sean empleados de la sociedad.

Walter Frisch Philipp aclara que el precepto mencionado prohíbe no sólo el ser empleado de la sociedad; sino, de las sociedades matrices de la misma con una participación ma-- (158) Vease p. 14 Capítulo I.

yor del 25% del capital social, de la primera o de aquellas so
ciedades filiales en las que la primera sea accionista en más
de un 50%.

Rafael de Pina Vara acevera que los empleados de la so
ciedad, los empleados de aquellas sociedades que sean accionis
tas en la sociedad en cuestión, por más de un 25% y aquellas -
sociedades en que la sociedad sea accionista en más de un 50%,
no podrán desempeñar el cargo de Comisario.

La razón de ser de esta excepción, se funda escencial
mente en la independenciam con que debe contar el Comisario pa-
ra vigilar y censurar libremente la actuación de los adminis-
tradores.

Para Vivante precisamente por que la función de los-
Síndicos (Comisarios) es esencialmente de vigilancia e incom-
patible con participación alguna en la administración, no pue-
den ser elegidos de entre quienes tengan un empleo estable en
la sociedad, y si los ya empleados prefieren el cargo de Síndi
co (Comisarios) deberfan renunciar al empleo, pues no son ine-
legibles, sino incompatibles. (159) En derecho mexicano el Art.
165 LGSM Fracc.II establece como limitación para ser Comisario
a los empleados.*

(159) Op.Cit. César Vivante. T.2, p.301

* Art. 165 Fracc.II LGSM.- " II. Los empleados de la sociedad, los emplea-
dos de aquellas sociedades que sean accionistas de la sociedad en cuestión
por más de un veinticinco por ciento del capital social, ni los empleados-
de aquellas sociedades de las que la sociedad en cuestión sea accionista -
en más de un cincuenta por ciento..."

Si un empleado desempeñase el cargo de Comisario, debería vigilar y criticar la actuación de los administradores que lo contrataron, y que pueden despedirlo, por lo que la vicilanccia sería letra muerta.

Por lo tanto, el Comisario no puede estar sujeto a una relación contractual de carácter laboral, que comprende desde el puesto más humilde, hasta el más encumbrado de los servidores de una sociedad. El Comisario por ley, no debe tener en la sociedad, un patrón a quien deba subordinar el desempeño de su vigilancia, solamente puede mantener una liga sujeta a contrato de servicio profesional: la de Comisario. (160)

E. NO PARENTESCO CONSANGUINEO O AFINIDAD.

Los Comisarios no son elegibles en determinados casos de parentesco con los administradores.

En el Art.165 LGSM Fracc.III está considerado como impedimento para ser Comisario en la sociedad anónima, el parentesco consanguíneo en línea recta, sin límite de grado, en línea colateral hasta el cuarto grado y el parentesco por afinidad hasta el segundo grado.

Sin embargo la ley omite establecer incompatibilidad alguna por parentesco civil.

Pienso que el tratadista Roberto Mantilla Molina, ha-
(160) Véase p. 51 Cap.II.

ciendo una interpretación extensiva del Art. 165, lleva a concluir que tampoco pueden ser Comisarios el cónyuge de un administrador ni quienes están ligados a él por parentesco civil.

Más que una interpretación extensiva, debe concluirse esto de una presunción que nace de la naturaleza misma del cargo de Comisario.

Walter Frisch Philipp opina que se debe interpretar el Art. 165 LGSM Fracc. III en forma extensiva, incluyendo al cónyuge de los administradores.

Vivante establece como impedimento o causa de decaer en el cargo el estar afectado de parentesco o afinidad con alguno de los administradores. (161)

Este impedimento por razón del parentesco, responde de igual forma a la independencia mental necesaria para el desempeño del cargo, buscando fundamentalmente, la imparcialidad en la vigilancia, control y opinión, respecto de las cuentas.

En igual manera, el reglamento de ética profesional de los contadores públicos y el Reglamento del Código Fiscal de la Federación, en su Art. 53 Fracc. I, y en virtud de la naturaleza de sus funciones compatibles con el cargo de Comisario, vedan el desempeño del mismo en los casos de parentesco consanguíneo o civil (aquí si se prevé el caso del cónyuge), en l-- (161) Op.Cit. César Vivante. T.2, p.299.

nea recta, sin limitación de grado, colateral, dentro del cuarto y afín dentro del segundo.

En estas condiciones tenemos que no puede ser Comisario de la sociedad anónima.

1o. Los parientes de los administradores en línea recta, sin limitación de grado, es decir aquellos que están unidos por lazos de sangre y que descienden de un tronco común; habrá impedimento tanto en forma ascendente, como descendente, sin límite de grado. (Art.293 C.C., D.F.)

2o. En cuanto al parentesco colateral consanguíneo, se refiere al nexo que liga a las personas que sin descender unas de otras provienen de un progenitor común. -- (Art.297 y 298 C.C., D.F.)

3o. En cuanto al parentesco por afinidad, hasta el segundo grado; es el vínculo de parentesco que surge entre cada uno de los cónyuges y los parientes del otro. Sin embargo esto no es tan extenso; no establece un nexo entre los afines del marido y los de la mujer. Asimismo conforme al Art. 53 del Reglamento del Código Fiscal de la Federación, estará impedido para dictaminar sobre los estados financieros el cónyuge.

4o. La Ley de Sociedades Mercantiles nada dice respecto del parentesco civil, que puede surgir por medio de la adopción, que sólo crea parentesco entre adoptante-

y adoptado. Es esta una evidente laguna de la Ley, - pues interpretando extensivamente el Art. 165 LGSM - - existe parentesco entre ambos y en una situación concreta, sería impedimento para ejercer el cargo de Comisario.

F.- SER PERSONA FISICA O MORAL.

La Ley General de Sociedades Mercantiles no excluye expresamente a las personas morales del cargo de Comisario.

Según Joaquín Rodríguez Rodríguez el Comisario de una sociedad anónima puede ser tanto persona física como moral. La capacidad de una sociedad para desempeñar el cargo de Comisario depende del objeto social, que se haya declarado en la escritura constitutiva, ya que las persona jurídicas tienen personalidad en la medida en que es necesaria, para el desempeño del objeto social que persiguen.

La confianza en la que se basa el desempeño del cargo de Comisario, puede tenerse indiscutiblemente en una Sociedad.

Claro ejemplo de esto lo encontramos en la Holding o dentro de la legislación mexicana en la posibilidad expresa de las instituciones fiduciarias para desempeñar el cargo de Comisario, conforme al Art. 44 inciso C de la Ley de Instituciones de Crédito. (162) En el entendido de que la Holding es una com-

(162) Op.Cit. Joaquín Rodríguez Rodríguez, T.2, p.154.

pañía controladora de otras sociedades subsidiarias.

En otras legislaciones es dudoso que sea posible desempeñar el cargo de Comisario por sociedades como en derecho - - francés y alemán.

En cambio en otras como Inglaterra, se prevé expresamente esa posibilidad.

Vivante no prevé esta posibilidad y el considera que - el cargo debe desempeñarse sólo a través de la persona física individual. (163)

Walter Frisch Philipp no está de acuerdo con Rodríguez Rodríguez en admitir que sean designadas personas morales como Comisarios. El se basa para rebatir lo anterior en la confianza en que descansa la elección del Comisario, y en la responsabilidad de un individuo determinado, criterio que para él no es compatible, con la designación de personas morales.

Creo que su disentimiento no es acertado ya que se puede nombrar Comisario a una sociedad que es accionista en otra, o que forma parte de ésta en el caso de la Holding y responder el nombramiento a cierta confianza; la Sociedad Comisario será responsable en forma individual frente a la sociedad de la que es Comisario, y en última instancia la Sociedad Comisario, nombra a las personas físicas que desempeñarán el cargo pero -- (163) Op.Cit. César Vivante, T.2, p.301.

que serán responsables sólo para con ésta.

En nuestra ley no existe disposición legal alguna que prohíba que el cargo de Comisario se desempeñe por medio de -- persona física o moral, aunque siempre hable de persona física. Inclusive el Art. 171 de la Ley no nos remite al 147 aplicable a los administradores y que los limita en el desempeño de su - cargo a través de representante, limitación que no es aplica-- ble a los Comisarios.

Y en cuanto a la responsabilidad penal que pudiera sur gir a consecuencia de las actividades realizadas en el desempe ño del cargo, repercutirá sobre la Sociedad-Comisario y sobre las personas físicas que en su nombre actuaren.

CAPITULO IV.

CAPACIDAD TECNICA DEL COMISARIO

A. NATURALEZA JURIDICA DE SUS ATRIBUCIONES.

Según hemos visto, el Art. 164 LGSM establece que la vigilancia de la sociedad anónima corresponde a los Comisarios. Dichos Comisarios desempeñan una función mucho más amplia y compleja de la que correspondería a un simple revisor de contabilidad, ya que como dejamos establecido en capítulos precedentes, sus funciones son de dos tipos: de vigilancia y control; de vigilancia, comprendería la custodia de todos los actos que realizan los administradores, de manera que se apeguen a la conveniencia de la sociedad; así encontramos una infinidad de actividades de este órgano, que podrían calificarse de administrativas, sin embargo éstas son de mera vigilancia, pues en ninguna de éstas actividades, el órgano de vigilancia toma decisiones.

El otro cariz de su función es la de control o inspección que es la más importante y que consiste fundamentalmente en fiscalizar en todas sus partes la administración de la sociedad. Su función de vigilancia consiste en lograr la buena gestión de los administradores, velando por el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias; esta vigilancia culmina con el estudio crítico del Balance, pues es en este en el que se encuentra el reflejo y repercusión de todas y cada una de las actividades que la sociedad haya realizado.

La labor de los Comisarios es totalmente interna y -

se dirige a la vida interior de la sociedad.

No son sus funciones de carácter administrativo ya - que de su ejercicio deben abstenerse totalmente y mucho me-- nos aún realiza funciones de carácter representativo.

" Toda su actuación se limita a observar e informar-- acerca de la actuación de los administradores. Para salvar-- este límite, a las funciones del Órgano de vigilancia de no - intervenir en la administración simplemente se les niega el derecho de voto, pueden participar con voz en las asambleas pero sin voto. " (164)

Así, su función es de estricta vigilancia, no de ad-- ministración de la sociedad anónima.

Sin embargo, el derecho y obligación de los Comisa-- rios de asistir con voz pero sin voto a todas las sesiones - del consejo de administración, y asamblea de accionistas, a las cuales deberán de ser citados, así como la competencia para hacer que se inserten en el Orden del Día de las sesiones de consejo, los puntos que crean pertinentes, son funciones de mera vigilancia, aunque parezcan administrativas, - - pues en el ejercicio de ellas el Comisario no toma decisión alguna, que es lo que en última instancia caracterizaría un acto de administración.

La única forma en que el Comisario puede hacer fren-- (164) Op.Cit. Joaquín Rodríguez Rodríguez. T.2, p.160.

te a la conducta de los administradores, es informando a la A samblea general de accionistas, formulando las consideraciones y proposiciones pertinentes; nunca con la facultad de resolver en forma determinante, tienen voz pero jamás facultad de decisión. (165) *

Roberto Mantilla Molina resume todas las atribuciones de los Comisarios en una: la que marca la Fracc. IX del Art. 166 LGSM "vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad, y proveer a su regular funcionamiento." (166)

Los Comisarios actuarán a iniciativa propia o por denuncia presentada por cualquier accionista, conforme al Art. 167 LGSM, que dispone que los accionistas podrán denunciar por escrito a los Comisarios, los hechos que estime irregulares en la administración; estos deberán mencionar las denuncias en sus informes a la asamblea general y formular las consideraciones y proposiciones que crean pertinentes. (167)

César Vivante respecto de la actuación de los Síndicos (Comisarios) afirma que esta debe ser toda de vigilancia y tutela y no deben tomar ellos parte en la administración; -

(165) Op.Cit. Walter Frisch Philipp. p.319.

* Según el Art. 155 Fracc. II LGSM la única excepción en que el Comisario puede resolver o realizar un acto administrativo es en cuanto a la competencia para nombrar administradores -- con carácter provisional, y sólo por falta de administrador -- unico o miembros del Consejo.

(166) Op.Cit. Roberto Mantilla Molina. p.415.

(167) Op.Cit. Rafael de Pina Vara. p.120

en esta completa abstención se basa el buen funcionamiento de la sociedad; tienen voz y esta tiene una función meramente tutelar no deliberativa; si los estatutos les confiasen alguna determinación administrativa, esta sería ilegal. Ya que la labor de los Síndicos (Comisarios), es absolutamente interior, se refiere a la vida interna de la sociedad y no representan a ésta frente a terceros. (168)

El Comisario en la sociedad anónima se encarga de garantizar con su control, la verdad y exactitud en el desarrollo de las actividades jurídicas, financieras y contables. Es este órgano actúa como contrapeso en las relaciones que derivan entre la administración y la sociedad, representada por la asamblea de accionistas, que debe también ser controlada por el Síndico (Comisario) para que ésta no viole la Ley o los estatutos. (169)

En la mayoría de las legislaciones nos encontramos -- con que las atribuciones del órgano de vigilancia, son muy similares; en Inglaterra los auditores tienen funciones fundamentalmente contables, tales como supervisar el balance anual y formular un informe de éste, además de velar por el cumplimiento de las leyes, concurrir a las asambleas generales y ser oídos en las mismas. (170)

En Suiza sus atribuciones son bastante restringidas,

(168) Op.Cit. César Vivante, T.2 pp. 300 y 301

(169) Op.Cit. Rogasiano M. Lo Celso. pp.131 y 132.

(170) Ibidem. p.137.

se trata de Comisarios verificadores del buen estado de la -- contabilidad, es decir de la concordancia de los registros con tables, con las inscripciones en los libros. Verifican si las cuentas de pérdidas y ganancias y el balance están conformes a los libros y si el estado de capital social y resultados de la empresa, responde a las reglas generales establecidas por la ley para las evaluaciones en materia de Balance así como a las prescripciones de los estatutos. (171)

En Italia al Collegio Sindicale, se confia la verificación del Balance. Tienen sin embargo funciones de tutela y vigilancia de toda la actuación de la sociedad, sin implicarse en actividades administrativas. (172)

En España los censores de cuentas tienen funciones fundamentalmente de control, a ellos se encomienda el exámen e informe sobre el Balance, cuenta de pérdidas y ganancias, examinar la contabilidad y documentos relativos a hechos contables. (173)

En Francia sus atribuciones son tanto de vigilancia y tutela del cumplimiento de la Ley y los estatutos y de control o fiscalización de la actuación de los administradores y de la actividad misma de la Sociedad. (174)

(171) Op.Cit. Mario Bauche García Diego. p.551.

(172) Op.Cit. César Vivante. p.294.

(173) Op.Cit. Joaquín Garrigues. pp.410 y 411.

(174) Idem.

El Síndico o Comisario debe cumplir con deberes explícitamente individualizados en la Ley; estas atribuciones se traducen en un deber de obrar y el Comisario debe dar cumplimiento imperativamente a las atribuciones a que nos referiremos a continuación:

La Ley General de Sociedades Mercantiles en su Art. 166 establece las atribuciones del cargo de Comisario. Al respecto analizaré brevemente cada una de ellas para abocarme esencialmente a aquellas de carácter contable en las que hare mayor énfasis.

Son facultades y obligaciones de los Comisarios:

1o. Art. 166 Fracc. I, LGSM. - Cerciorarse de la constitución y subsistencia de la garantía que exige el Art. 152-LGSM que se refiere a la garantía que deben otorgar los administradores y gerentes; analógicamente aplicado a los Comisarios, establece que éstos prestarán la garantía que determinen los estatutos o la asamblea general de accionistas, para asegurar las responsabilidades que pudieran contraer en el desempeño de sus cargos. Asimismo los Comisarios deberán comprobar que en efecto, se cumplió con las obligaciones legales y estatutarias constituyéndose el depósito en dinero, en acciones o fianza en la forma requerida.

Deben cuidar del mantenimiento de la garantía y en caso de que no subsista o de que corra inminentemente riesgo de

desaparecer o de que perciban cualquier otra irregularidad en la misma, deberán dar cuenta sin demora a la asamblea general. Incluso los Comisarios tienen obligación de convocar a Asamblea general para que los accionistas se den cuenta de estas irregularidades.

2o. Art. 166 Fracc. V, LGSM.- Podrán hacer insertar - en el orden del día de las sesiones del consejo de administración y asambleas de accionistas, los puntos que crean pertinentes. Es por este conducto que los Comisarios pueden forzar la opinión de los administradores y de la asamblea hacia cuestiones que crean convenientes para la sociedad; esta influencia jamás rebasará a la propia exposición del problema y razonamiento que en torno a éste puedan presentar.

3o. Art. 166 Fracc. VI, LGSM.- Convocar a asambleas ordinarias y extraordinarias de accionistas, en caso de omisión de los administradores y en cualquier otro caso en que lo juzguen conveniente.

Es otro de los deberes del Comisario y en aquellos casos en que debiendo los administradores cumplir con dicho supuesto no lo hagan, en este caso, la omisión de la convocatoria, implicaría responsabilidad de los Comisarios.

4o. Art. 166 Fracc. VII, LGSM.- Asistir con voz pero sin voto a todas las sesiones de consejo. La falta de convocatoria a la sesión del consejo entre otros al Comisario, sería

motivo de nulidad de los acuerdos que en la misma se adopta--ren. Son los estatutos los que regulan la forma en que debe -hacerse dicha convocatoria, dejando constancia de su autenti--cidad.

5o. Art. 166 Fracc. VIII LGSM.- Asistir con voz pero--sin voto a la asamblea de accionistas.

6o. Art. 166 Fracc. IX, LGSM.- En general vigilar ili--mitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la socie--dad. Esta atribución resume a todas las anteriores, ampliando la facultad de vigilar en todos los ámbitos y momentos, las o--peraciones de la sociedad, comprendiendo la misión de vigilan--cia en sentido estricto de la actividad de los administrado--res, para la buena gestión, como el aspecto contable o de es--tricto control.

Conforme al Art. 167 LGSM los Comisarios tienen el de--ber de informar de las denuncias que reciban de cualquier ac--cionista, a la asamblea general formulando respecto de éstas, las consideraciones y proposiciones que a su juicio sean per--tinentes. No obstante de que esta atribución o deber del Comi--sario, no está comprendida en el Art. 166 mencionado, es sin--embargo, otra de sus obligaciones que implica por un lado la posibilidad de hacer conocer a la asamblea de accionistas por escrito y objetivamente las manifestaciones recibidas de los accionistas, sobre la existencia de anomalías o irregularida--

des en el buen funcionamiento de la sociedad.

Por otro lado el Comisario no se limita a ser un mero transmisor de las denuncias recibidas, sino que debe formular su juicio crítico, es decir, comprobar si son verdaderos o -- falsos los datos recibidos y acompañar a ésto sus proposiciones. La única atribución que pudiera tachar de administrativa, sería la de nombrar provisionalmente a los administrado-- res que faltaren cuando no los haya suficientes para integrar el quorum.*

Todas estas atribuciones mencionadas nos acercan a una auténtica intervención administrativa en la sociedad, sin embargo no lo es aún cuando desde el punto de vista formal -- así lo parezca, pues en ningún caso tiene la facultad de decisión o deliberativa.

Estas atribuciones son en esencia, un medio para hacer cumplir la Ley y los estatutos, y en general para lograr la buena marcha de la sociedad.

*Art. 155, Fracc. II, LGSM.- " En los casos de revocación de nombramiento de los administradores, se observarán las siguientes reglas: ... II. Cuando se revoque el nombramiento del administrador único o cuando habiendo varios administrado res se revoque el nombramiento de todos o de un número tal -- que los restantes no reúnan el quórum estatutario, los comisa rios designarán con carácter provisional a los administrado-- res faltantes. Iguales reglas se observarán en los casos de que la falta de los administradores sea ocasionada por muerte, impedimento u otra causa. "

He excluído la enumeración de aquellas atribuciones - que por su carácter son de implicación contable, ya que a ellas haré especial referencia en líneas posteriores.

B. ATRIBUCIONES CONTABLES :

Son en esencia las contenidas en el Art. 166 LGSM, -- Fracc. II, III y IV, Fracc. A, B, y C, y mediante el análisis de las mismas trataré de demostrar que su complejidad nos orilla a pensar que este cargo debe desempeñarlo un Contador Público Independiente.

Fundamentalmente son tres:

I. La primera que se deriva de la Fracc. II del Art. 166 LGSM que establece la obligación de los Comisarios de exigir a los administradores una información mensual, que incluya por lo menos un estado de situación financiera y un estado de resultados. Es decir, deben exigir de los administradores la entrega de una balanza mensual de comprobación con el objeto de determinar a través de ésta, el detalle de la marcha de las operaciones sociales.

II. En el Art. 166 Fracc. III LGSM, se establece que, deben realizar un exámen de las operaciones, documentos, registros y demás evidencias comprobatorias para poder llevar a cabo la vigilancia y emitir el dictamen correspondiente, esto es, inspeccionar por lo menos mensualmente los libros, papeles y existencia en caja sin límite alguno en sus facultades-

de investigación y vigilancia, por lo que no hay libro ni documento que no deba serles mostrado.

III. El Art. 166 LGSM, Fracc. IV, incisos A, B y C - disponen que:

El o los Comisarios deben rendir anualmente a la Asamblea general ordinaria de accionistas, un informe respecto a la veracidad, suficiencia y razonabilidad de la información presentada por el consejo de administración a la propia asamblea de accionistas. Esto es que elaboraran su dictamen mediante la revisión del balance anual. Los Comisarios deben entrar en el fondo del balance, a través de la apariencia -- que ofrezcan las cifras. Por el momento sólo transcribiré -- los incisos A, B, y C de la Fracc. IV del Art. 166 LGSM que establece los requisitos que debe contener el dictámen. Este informe anual deberá incluir por lo menos:

1o. La opinión del Comisario sobre si las políticas y criterios contables y de información seguidos por la Sociedad, son adecuados y suficientes, tomando en consideración las circunstancias particulares de la Sociedad.

2o. La opinión del Comisario sobre si esas políticas y criterios, han sido aplicados consistentemente en la información presentada por los administradores.

3o. La opinión del Comisario sobre si como consecuen

cia de lo anterior, la información presentada por los administradores, refleja en forma veráz y suficiente, la situación financiera y los resultados de la sociedad.

Una vez establecidas las atribuciones y deberes típicamente contables del órgano de vigilancia, pasaremos a tratar en forma concreta, cuales son las implicaciones técnicas necesarias, para elaborar o manejar el balance y emitir un dictámen.

C. EL BALANCE.

1.- Concepto, naturaleza y función jurídica y contable.

La elaboración del balance con los problemas jurídicos y contables que implica, es una obligación común a todos los comerciantes, entre los que encontramos a la sociedad anónima.

Para César Vivante la obligación de compilar un balance periódico, adquiere especial importancia en la obligación jurídica y económica de una sociedad por acciones, por que el balance tiene la función de un documento autónomo, sujeto a una especial publicidad que sirve para hacer conocer anualmente a los acreedores sociales con que garantías pueden contar, y para hacer conocer a los socios sobre que base patri-

monial se ha hecho la distribución de dividendos.

De igual forma, Joaquín Garrigues opina que en la Sociedad anónima, el balance es de carácter necesario para proteger los intereses de los acreedores terceros y del público en general, que puede relacionarse con una Sociedad. (176)

En las sociedades mercantiles, debido a la suma de capitales que suponen, es necesario asegurarse de la marcha y estado que guarda la sociedad por lo que es obligatorio el llevar libros de contabilidad, conservar correspondencia y anualmente formular el inventario y el balance del ejercicio.

Así el Art. 33 del C.Comercio Mexicano prescribe esta obligación de llevar tres libros por lo menos:

El libro de inventarios y balances;

El libro general de Diario; y

El libro Mayor o de cuentas corrientes;

Todos encuadernados y foliados.

De igual manera los Arts. 28 y 29 del Regl. del CFF. establece la obligación de llevar como mínimo el Libro de Diario y el Mayor general. *

(176) Op.Cit. César Vivante, T.2, p.294.

*Art. 28, Regl. CFF.- " Los contribuyentes que adopten el sistema de registro manual, deberán llevar sus libros diario, mayor y los que estén obligados a llevar por otras disposiciones fiscales, debidamente encuadernados, empastados y foliados, debiendo presentarlos para su sellado ante la autoridad recaudadora correspondiente, previamente a su utilización.- Cuando se terminen dichos libros, deberán presentarse conjuntamente con

los nuevos, a efecto de que estos últimos sean también sellados. "

Art. 28, Regl. CFF.- " En el libro diario, el contribuyente deberá anotar en forma descriptiva todas sus operaciones, actos o actividades siguiendo el orden cronológico en que éstos se efectúen, indicadando el movimiento de cargo o crédito que a cada una corresponda.

En el libro mayor deberá anotarse los nombres de las cuentas de contabilidad, su saldo al final del período de registro inmediato anterior, el total del movimiento de cargo o crédito a cada cuenta en el período y su saldo final... "

Generalmente en todas las legislaciones mercantiles se menciona el concepto de balance.

El Art. 172 LGSM anterior a la reforma del 23 de enero de 1981 nos dice que las Sociedades Anónimas practicarán anualmente un balance en el que se hará constar el capital social especificándose, en su caso, la parte exhibida y por exhibir, la existencia de caja, las diversas cuentas que forman el activo y el pasivo, las utilidades o pérdidas y los demás datos necesarios para mostrar claramente el estado económico de la sociedad. Esta definición es deficiente pues - así entendido el balance, sería un mero inventario.

Joaquín Rodríguez Rodríguez nos da como definición de balance "a la representación periódica, esquemática y sumaria de los elementos activos y pasivos del patrimonio social, reunidos comparativamente, de manera que pongan en evidencia su situación de conjunto y el resultado beneficioso o desventajoso del ejercicio a que se refiere. "(177)

De Gregorio hace notar que algunas partidas del balance, presuponen necesariamente de un reconocimiento efectivo (177) Op.Cit. Joaquín Rodríguez Rodríguez, T.II, p.307.

vo, hecho mediante un inventario, de los valores por ellas -
indicados. (178)

Messineo conviene con él al decir que el balance es un documento derivado, dependiente que adquiere sentido sólomente per relationem, o sea, que describe una situación contable preconstituida. (179)

César Vivante define al Balance como un cuadro contable que resume los saldos de las diferentes cuentas de la empresa y que expresa la situación financiera de la sociedad, añadiendo que posee la función de un documento que está sujeto a una especial publicidad. (180)

EL INVENTARIO.

Por tanto es evidente que el inventario constituye un trabajo previo de valorizaciones, el cual es indispensable para la compilación del balance.

No debe sin embargo confundirse entre inventario y balance; es cierto que guardan estrecha relación; algunas partidas del balance, presuponen necesariamente de un reconocimiento efectivo, hecho mediante el inventario de los valores por ellas indicados, siendo el inventario una operación preliminar, valorativa e indispensable para la formación del balance.

(178) De Gregorio Alfredo.- BILANCI DELLA SOCIETA ANONIMA.- Milán. 1938, p.4

(179) Messineo. Citado por Brunetti. Op.Cit. T.2, p.452.

(180) Op.Cit. César Vivante. T.2 p.317:

El balance de las sociedades mercantiles, tiene como unico fin, el de llegar a conocer la auténtica situación patrimonial de ésta. Es un instrumento mediante el cual, se realiza una efectiva vigilancia, respecto del cumplimiento de los principios de garantía y de permanencia del capital social y puede hacerse efectiva una publicidad seria sobre la situación patrimonial de la sociedad.

La función del balance de ejercicio en la sociedad a nónima, debe garantizar los intereses de los socios y de los terceros y los primeros deben ser informados periódicamente, de un modo sumario, de los negocios de la sociedad y de la labor de los administradores y los terceros, dada la responsabilidad limitada de los socios y que el capital social es la única garantía ofrecida, quieren conocer periódicamente la situación patrimonial y asegurar su integridad.

En los términos del Art. 172 LGSM anterior a la reforma del 23 de enero de 1981 el balance debía comprender:

a) La partida que indica que el capital social debe quedar sin modificación en el pasivo, mientras dicho capital no se reduzca o aumente legalmente, por tanto las utilidades o pérdidas del ejercicio no deben cargarse o acreditarse a la cuenta del capital social, esto respetando el principio de la integridad del capital, es preciso que en el balance se indi-

que las utilidades percibidas y las pérdidas sufridas. Las utilidades o pérdidas no van a modificar el capital social.

b) El balance de las sociedades anónimas debía indicar en el pasivo, el monto de la reserva legal y eventualmente el de las estatutarias.

c) La valoración de los diversos elementos patrimoniales, exige en el balance de las sociedades anónimas, mucha prudencia pues una valoración exagerada puede conducir a el engaño al público, sobre la situación efectiva del patrimonio social, y puede incluso ser causa de distribución de utilidades inexistentes y por tanto provocar una disminución del capital.

Además de la necesidad de compilar anualmente un balance de ejercicio, existen otras que no pueden satisfacerse en este balance ordinario, así encontramos otros balances con finalidades distintas, que sirven para solucionar problemas eventuales, pero previstos en la Ley; son los balances extraordinarios.

Así pues, es distinto el balance cuya función es la de señalar los cambios patrimoniales ocurridos durante un ejercicio social, de aquel que soluciona determinadas situaciones y que los administradores están obligados a presen-

tar a la asamblea ordinaria de accionistas, en determinadas circunstancias (fusión, liquidación: por quiebra, por emisión de obligaciones, disminución de capital social por abajo del mínimo.)

Roberto Mantilla Molina señala que el balance refleja el estado económico de la negociación en un momento determinado, para lo cual en él se enumeran diversos elementos -- que constituyen su activo y su pasivo; la diferencia entre -- ambos forma el capital contable, integrado a su vez por el capital social, reserva legal y estatutarias y utilidades acumuladas en años anteriores y las obtenidas en el ejercicio anterior al balance y con deducción de las pérdidas sufridas. (181)

Salvador M. Elias afirma que conforme a los preceptos contables y jurídicos, las sociedades anónimas tienen la obligación de practicar anualmente un balance que contenga:-- el capital social consionándose en su caso la parte exhibida o pagada y la parte por exhibir, se incluirá la existencia -- en caja, las distintas cuentas que forman el activo y pasivo; el estado de pérdidas y ganancias, mostrando con claridad y precisión el estado económico y financiero de la sociedad.(182)

No trataremos en concreto cada uno de éstos casos, ya que lo que nos interesa es desmembrar genéricamente las implicaciones del balance en general.

(181) Op.Cit. Roberto Mantilla Molina. p.404.

(182) Op.Cit. Salvador M. Elias, p.46.

Mantilla Molina menciona que nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, en su Art. 172 incisos C a G, describen los informes financieros que se entienden con la expresión del balance. (183)

2.- Formación del Balance.

Brunetti al referirse a la estructura técnica del Balance afirma que son tres los criterios fundamentales que dirigen su formación:

- a) Unilateral.
- b) Continuidad.
- c) Periodicidad.

a) Se entiende que el balance es unitario cuando abarca todo el patrimonio de la sociedad. En el caso de que dicha sociedad tenga filiales o sucursales, entonces los activos y los pasivos que resultan de los balances de éstas pasarán al balance general.

b) La continuidad del balance la podemos considerar en un sentido formal y otro material. Formalmente consiste en todas las características del mecanismo numérico, con las que cada ejercicio social está vinculado al ejercicio anterior. En el sentido material entendemos por continuidad la fijeza y permanencia de las bases de valoración como métodos contables empleados en los anteriores ejercicios.

(183) Op.Cit. Roberto Mantilla Molina. p.404

c) Por periodicidad entendemos que el balance debe - formularse cíclicamente al final del ejercicio social, que es de un año. Esto se desprende del Art.38 Fracc. III del C. Comercio y Art. 172 LGSM que disponen que el comerciante forme anualmente el libro de inventarios y balances así como de que las sociedades anónimas practiquen anualmente un informe o balance por lo menos. (184)

A estos tres criterios establecidos por Brunetti, deben agregarse los principios de "claridad" para mostrar el - estado económico de la sociedad y el de "precisión".

Al respecto el Código Civil Italiano contiene estos principios al referirse al balance y estado de pérdidas y ganancias, deben resultar "con claridad y precisión", la situación patrimonial, las utilidades conseguidas o las pérdidas-sufridas.

Estos dos principios responden a que generalmente, - en las valoraciones que integran el balance predominan criterios subjetivos o juicios estimativos. La LGSM no da normas-de detalle para asegurar la fidelidad y claridad del balance como lo han hecho algunas legislaciones extranjeras.

El inventario es base para la formación del Balance; para la formulación de dicho inventario es necesario esclarecer el estado o composición de la empresa a través de una mi
(184) Op.Cit. Antonio Brunetti. T.2, p.498.

nuciosa recolección de los componentes activos y pasivos del capital describiendo en forma concisa el estado integral de su patrimonio; se hace una búsqueda de todos los bienes, créditos, deudas; un estudio de todas las relaciones de hecho y de derecho, relativas a dichos bienes, su calidad, estado, - condición.

Una exposición ordenada y sistemática de todos los - datos logrados.

Una valoración de los bienes, créditos, deudas y enumeración de los valores obtenidos.

El inventario pues proporciona elementos muy valio-- sos de interpretación que figurarán en el Balance.

El inventario es un reconocimiento periódico indis-- pensable, pues indica el capital neto exacto de la empresa, y controla cuantitativa y cualitativamente todos los medios- económicos y financieros que tiene a su disposición la em-- presa.

Para lograr una correcta formación del balance, es - indispensable seguir en el inventario el proceso lógico que menciona Ceccherelli basado en:

1. Revisión general de la contabilidad ya que sobre- la exactitud de esta descansan todas las variaciones acaecidas en el ejercicio social.

2. Enumeración de los bienes de la empresa.
3. Valorar todos los breves sociales.
4. Actualizar estos valores.
5. Ajuste de cuentas, corrección de saldos sobre la base de los resultados del inventario. (185)

En las sociedades anónimas en la formación del balance, intervienen en diversa medida y con finalidades distintas tres órganos constituidos por:

1. Los Administradores;
2. Los Comisarios;
3. La Asamblea General de Accionistas.

En el derecho Alemán, es el consejo de administración, quien debe formular el balance y previa fiscalización del consejo de inspección (vigilancia), presentarlo para aprobación a la asamblea general. (186)

En la legislación argentina, a los directores o administradores se les impone el deber de redactar y presentar el balance ante los Síndicos para que sea aprobado en su caso -- por la asamblea. (187)

Brunetti hace notar que los administradores redactan un proyecto de balance, ya que este debe ser revisado y apro-

(185) Antonio Brunetti. "TRATADO DE DERECHO DE LA SOCIEDAD ". Milán, 1950, T.2., p.186.

(186) Op.Cit. Joaquín Rodríguez Rodríguez, T.II, pp.150 y 151.

(187) Op.Cit. Mossa Lorenzo, T.I, p.175.

bado por la Asamblea.

Resumiendo, es a los administradores a quienes corresponde formar el proyecto de balance.

El incumplimiento de la obligación de formar el balance, así como la distribución indebida de dividendos, será motivo de remoción de los administradores o Comisarios, sin perjuicio de que se les exijan las responsabilidades en que hubieren incurrido.

El Art. 173 de la LGSM prescribe que el balance deberá quedar concluido dentro de los tres meses siguientes a la clausura de cada ejercicio social y el administrador o consejo de administración lo entregará a los Comisarios. Si se incumple esto la sanción será la que establece el Art. 176 de la LGSM, que es la remoción.

Especial importancia concede la Ley a la obligación de los administradores de presentar anualmente a la asamblea de accionistas, el resultado de su gestión, por medio de un Balance, documento contable que refleja el estado económico de la sociedad en un momento determinado, enumerando los elementos que integran el activo, (efectivo en caja, banco, documentos por cobrar, mercancías, muebles, inmuebles) y su pasivo, (acreedores, documentos por pagar, etc.); la diferencia entre ambos, formar el capital contable integrado por el capital social, reserva legal y estatutarias y utilidades acumuladas en

años anteriores y obtenidas en el ejercicio anterior al Balance.

Las funciones del Comisario en la formación del balance, son fundamentalmente examinar el balance y formular un dictamen escrito.

En el derecho argentino, a fin de cada año, los directores deben presentar a los Comisarios el balance, cuenta de pérdidas y ganancias, éstos lo examinarán y formularán un dictamen por escrito, después constituirán asamblea general, se imprimirán estos documentos y los repartirán a los accionistas por lo menos diez días antes del fijado para la asamblea general. (188)

En el derecho Italiano los administradores presentarán su balance a los Comisarios, con la relación exacta de los documentos justificativos por lo menos 30 días antes del fijado para la asamblea que debe discutirlo. (189)

Los Comisarios deben informar a la asamblea sobre los resultados del ejercicio social, y sobre la manera como se ha llevado a cabo la contabilidad haciendo las observaciones y proposiciones con relación al balance y a su aprobación.

El balance debe quedar depositado en copia junto con -

(188) Op.Cit. Rogasiano M. Lo Celso. pp. 131 y 132.

(189) Op.Cit. César Vivante, T.2, p.317.

la relación de los administradores y Comisarios durante los 15 días que preceden a la Asamblea hasta su aprobación.

Teniendo en cuenta que los Balances anuales deben presentarse y someterse a la consideración de la asamblea general ordinaria y en atención a que la misma se celebra dentro de -- los cuatro meses que siguen a la clausura de un ejercicio so- - cial, la Ley establece que los Balances deberán concluirse den- - tro de los tres meses siguientes a la clausura de un ejercicio, debiendo los administradores ponerlo a disposición del Comisa- rio, con un mes de anticipación a la asamblea que haya de dis- cutirlo.

En nuestro derecho, se establece que el administrador o consejo de administración, entregará el balance a los Comisa- rios, junto con los documentos justificativos.

Los Comisarios tienen como función de fundamental im- portancia el controlar la contabilidad de la empresa, examinan- do minuciosamente el proyecto de balance, compilado por los ad- ministradores.

Aunque el inventario sea presupuesto para la formula- ción del Balance, el Comisario, nos dice De Gregorio, no tiene obligación de intervenir en la revisión y formación de éste. (190)

No coincido con dicha opinión, ya que conforme a la -- (190) Op.Cit. De Gregorio Alfredo, p.4.

fracción IX del Art. 166 LGSM, el Comisario debe vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad y por ende, el inventario debe ser revisado por ellos.

Sin embargo debido al corto lapso que otorga la Ley al Comisario para realizar la revisión del balance (15 días) no cuenta con suficiente tiempo para comprobar el inventario y -- proyecto del balance por lo que es clara la contradicción que hay en nuestra LGSM a este respecto.

En caso de que los Comisarios tengan algunas sospechas sobre fraudes o desórdenes contables, la vigilancia de la sociedad anónima tendría que ejercerse sobre todos los actos relacionados con la formación del proyecto del balance realizando personalmente las operaciones del balance.

El Comisario tiene todas las facultades de inspección y vigilancia oportunas, proveyéndoseles de las más amplias medidas de control.

Una vez revisado por los Comisarios el proyecto del balance, formulado por los administradores, junto con el dictamen de los Comisarios, será puesto a disposición de los accionistas, quince días antes de la asamblea para su discusión y aprobación; este término de 15 días no permite al accionista un -- exámen detallado de las varias partidas del balance.

En el Art. 176 LGSM, sólo se prevee el caso en que el

órgano de administración o Comisarios omitan la presentación oportuna del balance a los accionistas y será causa de remoción independiente de las responsabilidades.

Vivante sostiene que si se omite el depósito del Balance o se deposita por menos tiempo, si ninguno de los accionistas hace valer el derecho de aplazamiento de la asamblea, ello hace suponer se consideraron lo suficientemente informados y no podrán impugnar la deliberación del balance.

Brunetti niega la posibilidad de que la asamblea ordinaria de accionistas pueda no aprobar el balance; tiene la facultad de modificarlo y rectificarlo, siendo anualmente convocada para su aprobación; estará autorizada para encarar al Comisario y administradores las modificaciones que estime necesarias, remitiendo su aprobación a una asamblea posterior. (191)

Ascarelli en contraposición a Brunetti, señala que la asamblea de accionistas libremente puede aprobar, rechazar o modificar en todo o en parte el balance. (192)

Esto no es del todo correcto pues la asamblea no puede desconocer los asientos y valoraciones patrimoniales presentados.

(191) Op.Cit. Antonio Brunetti. p.453.

(192) Tullio Ascarelli.- " SOCIEDADES Y ASOCIACIONES COMERCIALES ". México, 1940, p.295.

En nuestra legislación conforme al Art. 178 LGSM, la -
asamblea es el órgano supremo de la sociedad, y por tanto con-
facultades para acordar y ratificar en todos los actos y opera-
ciones de la sociedad. Así es facultad exclusiva de la asam-
blea ordinaria de accionistas la discusión sobre los actos con-
cernientes a la administración y situación financiera de la so-
ciedad y su aprobación conforme al Art. 181 Fracc. I LGSM.

Para Vivante la aprobación del balance libera de res-
ponsabilidad a los administradores. En contraposición está De-
Gregorio y Ascarelli, quienes piensan que la aceptación del ba-
lance no supone tal liberación.

La mayoría de los tratadistas como Fre, Marqhierri, Na-
varrini, Wieland, están de acuerdo en que la aprobación del ba-
lance implica la ratificación de la gestión de los administra-
dores, ya que el balance puede considerársele como una rendi-
ción de cuentas de los administradores.

Funda su opinión en que el balance no da una informa-
ción suficiente sobre la gestión social para que la aproba-
ción de unos datos abstractos, implique también la aprobación
de sus desconocidos fundamentos.

Los efectos jurídicos de la aprobación del balance:

1. Sólo podrá hacerse la repartición de utilidades después de la aprobación del Balance que efectivamente -- arroje utilidades. (Art. 19 LGSM)

2. Se formará el fondo de reserva legal, separando de las utilidades netas anualmente el 5% como mínimo hasta que alcance la 5a. parte del capital social. (Art. 20 LGSM)

3. No podrá emitir obligaciones por cantidad mayor que el activo neto de la sociedad emisora. (Art. 210 y - 212 LGTOC).

4. Al arrojar el balance pérdida de las 2/3 partes del capital social, pasará al estado de disolución. (Art. 229, Fracc. V LGSM).

Una vez aprobado el balance por la Asamblea general, - conforme al Art. 177 LGSM, se exige la publicación del balance. La ley no menciona nada de los anexos por lo que en la práctica sólo se publica el Balance.

Debe hacerse 15 días después de su aprobación por la - asamblea juntamente con sus notas y el dictamen del Comisario - en el periódico oficial del domicilio de la sociedad, o en el Diario Oficial de la Federación, y se depositará copia del mis

mo en el Registro Público de Comercio.

3.- Contenido del Balance.

Descansa en tres elementos: activo, pasivo y la diferencia entre lo que la sociedad tiene y debe que es el capital contable.

En él, debe figurar todo lo que sea de posible valoración en dinero.

El capital social constituye la base fundamental de la teoría y técnica del balance, puesto que la característica fundamental de éste es la de fijar el resultado de los movimientos patrimoniales en determinado período. El balance trata de expresar, en forma sintética, cualitativa y cuantitativa de los medios que se emplean en determinado negocio y que al final del ejercicio, indica el resultado de éste y permite entrever los probables desarrollos futuros. Por lo que si se requieren determinar periódicamente los resultados, es necesario reconstruir el capital en su integridad y cada una de éstas reconstituciones, representa una posición final en cuanto al ejercicio anterior e inicial en cuanto al futuro.

La esencia de la contabilidad son los cambios patrimoniales y es el balance un medio para medir esos cambios pa-

trimoniales.

Es conveniente tomar en consideración que al inicio de la vida de una sociedad suele confundirse entre patrimonio y capital social. Siendo el capital social, la suma de las aportaciones de los socios y el patrimonio en su inicio es todo el haber social.

El patrimonio de una sociedad está fluctuando casi - - siempre por encima y a veces por abajo del capital social. (193)

Esto no quiere decir que el capital sea algo ficticio, es algo real, una realidad jurídica que debe corresponder a una realidad económica.

El balance de ejercicio indica los valores atribuidos al activo, al pasivo, y al patrimonio neto.

Tratando de poner en evidencia el saldo es decir la diferencia aritmética entre el total del activo y del pasivo y - que puede ser positivo o negativo, o sea la ganancia o la pérdida registrada durante el ejercicio.

(193) Op. Cit. Joaquín Garrígues, p.634.

Aunque el Artículo 172 LGSM, referente a la información financiera que es el Balance, no menciona que partidas debe comprender el activo; en la práctica es aceptado el principio de la teoría bipartita de donde surge el Balance.

Rodríguez Rodríguez está de acuerdo en aplicar el sistema adoptado por Vivante, al decir que en el activo se hacen figurar los resultados del inventario, divididos por categorías en bienes muebles, inmuebles, títulos de crédito, dinero en caja, créditos frente a los accionistas por la parte aún no pagada de las acciones, créditos frente a terceros y los demás derechos, como títulos de propiedad literaria, artística o industrial.

El anteproyecto de Código de Comercio de 1947, adopta un sistema detallado que prescribe que se debe especificar en el activo:

1. Los créditos a cargo de los socios por aportaciones todavía no realizadas;
2. Los inmuebles;
3. Las patentes, derechos de autor, marcas de fábrica, nombres comerciales y concesiones;
4. Las maquinarias, muebles y enseres;
5. Las existencias en materias primas y enseres;
6. Los títulos, valores y participaciones sociales.
7. Los créditos, con separación de los que son a cargo

de los Bancos;

8. La existencia en caja y en Bancos;

9. El déficit y las pérdidas.

Las partidas del Pasivo; en este se incluyen el capital social y las reservas sin constituir, propiamente deudas y obligaciones, y esto requiere de una explicación; No se trata de deudas sociales, sino de fijar en el pasivo una cifra de retención.

Brunetti sostiene que la inclusión del capital social y reservas en el pasivo, no se justifica con criterios jurídicos, pero si con criterios contables, sugeridos por una vieja costumbre errada contable y jurídicamente, pero que aceptamos por estar reforzada por la Ley. (194)

Garrigues manifiesta que el uso mercantil y contable - supliendo la falta de preceptos legales, exige contabilizar al capital social en la partida del pasivo. No significa esto -- que el capital sea una deuda sino la expresión contable de un principio de estabilidad del capital social, dictado en intereses de los acreedores. La garantía mínima de éstos exige que a la cifra del capital social, corresponda en la realidad un conjunto equivalente de Bienes patrimoniales. (La suma de aportaciones de los Socios). (195)

(194) Op. Cit. Antonio Brunetti. p. 465.

(195) Op. Cit. Joaquín Garrigues. T.1, V.2, p. 446

En nuestro País Rodríguez Rodríguez afirma que el pasivo debe integrarse con asientos que hagan referencia a las diversas deudas de la sociedad, al capital nominal de la misma, a sus reservas, fondos de amortización y cuenta de pérdidas y ganancias.

VALORACION DEL BALANCE:

El Balance sería una compilación de datos numérica no constatable, si no tuviera sus bases en el inventario y a su vez este documento contable sería una relación de cosas incongruentes, nunca un reflejo real del patrimonio, si no se sujetan a una auténtica valoración.

Existen dos grandes sistemas de valoración:

El de origen germánico que establece normas detalladas de consideración valorativa de los elementos del patrimonio;

El francés ampliamente liberal, no contiene disposiciones sobre valoración del activo.

En México, se carece de disposiciones sustantivas de carácter general; sin embargo, disposiciones fiscales y particulares relativas a instituciones de crédito, seguros y fianzas, que regulan la valoración de su patrimonio.

La carencia de disposiciones orillan a que los inventarios y Balances queden abandonados al buen criterio de los admi

nistradores controlados por los Comisarios.

La ciencia contable ha elaborado una serie de criterios relativos, no solo a la valoración sino a la elaboración del Balance, éstos criterios aunque no tienen obligatoriedad legal son comunmente aplicados.

Esto reafirma mi hasta ahora sostenida opinión de que, el Contador Público Independiente como Comisario de la Sociedad Anónima, tiene los conocimientos técnicos y contables necesarios para cumplir con la complicada atribución del Artículo 172 LGSM incisos " C "a" G " ; que nos dice: " Las Sociedades Anónimas bajo la responsabilidad de sus administradores, presentarán a la Asamblea de accionistas, anualmente un informe - que incluya por lo menos :

Inciso C. Un estado que muestre la situación financiera de la Sociedad a la fecha de cierre del ejercicio o estado financiero de la Sociedad a una fecha determinada.

Inciso D. Un estado que muestre debidamente explicados y clasificados los resultados de la Sociedad durante el ejercicio; es el estado de resultados que nos indica las utilidades o pérdidas en un período dado.

Inciso E. Un estado que muestre los cambios en la situación financiera, durante el ejercicio; es el

estado de cambios de la situación financiera.

Inciso F. Un estado que muestre los cambios en las partidas que integran el patrimonio social, acaecidos durante el ejercicio, es el estado de variaciones.

El contenido de los incisos A y B se comprenden en las notas necesarias para aclarar o completar la información que suministran los estados anteriores, establecidas en el inciso G del mismo artículo mencionado.

Concluyendo; los estados financieros que tienen que elaborar los administradores, revisar los Comisarios y aprobarla Asamblea, implican para su elaboración un conocimiento técnico de la materia contable por su complejidad.

Estos estados financieros se componen de cuatro estados:

- A) - El Balance General que es la situación financiera de la Sociedad a una fecha determinada. El estado financiero de la Sociedad, desde su creación a una fecha determinada.
- B) - Los estados de resultados que arroja la utilidad o pérdida en un período o ejercicio social dado.
- C) - El estado de variaciones en el capital contable -

que son las variaciones o modificaciones que sufre el capital social más las utilidades y/o menos las pérdidas.

D) - El estado de cambios en la situación financiera; muestra los orígenes y fuentes de los recursos de una sociedad. (El origen de determinado dinero y su aplicación.)

A estos cuatro tipos de estados financieros se añaden las notas sobre los estados financieros, en las que se explican las políticas y criterios contables y de información seguidos para preparar esta información financiera.

Dentro de las funciones del Comisario se encuentra la de revisar estos estados financieros y notas y conforme al último párrafo del Art. 172 LGSM éste debe emitir su dictamen a que se refiere el Art. 166 Fracc. IV de la misma Ley.

D. EL DICTAMEN.

Deberá ser presentado por los Comisarios dentro de los quince días siguientes a la fecha en que recibieron el Balance, haciendo las observaciones pertinentes, será un documento analítico e interpretativo del Balance.

Es una opinión profesional concreta y sintética, por --

el cual el Contador Público independiente señala brevemente la naturaleza y alcance de la auditoría que ha realizado y expresa la opinión que se ha formado respecto de los estados financieros.

Basándose en una revisión efectuada de acuerdo con las normas de auditoría, generalmente aceptadas, podrá opinarse sobre la situación financiera, opinión que no es una afirmación o aseveración de los hechos examinados.

El dictamen es un documento de mucha importancia, significa que el contenido de los estados financieros, a los cuales va anexo, ha sido revisado y verificado, dentro de los límites manifestados en el propio dictamen; a fin de que tal documento garantice verdaderamente los intereses del público inversionista. " La ley ha dispuesto que sólo sea emitido por CONTADORES PUBLICOS INDEPENDIENTES. " (196)

Esta es otra de las razones que dan fuerza a la necesidad de que el Comisario sea un Contador Público independiente.

El dictamen se rige por lo que establece el artículo - 166 Fracc. IV incisos A, B, y C de la LGSM, que establece que el Comisario deberá anualmente rendir a la asamblea general ordinaria de accionistas, un informe sobre la veracidad, suficiencia y razonabilidad de la información presentada por el --

consejo de administración a la propia asamblea de accionistas.
Este informe debe contener:

a) La opinión del Comisario sobre si las políticas y - criterios contables y de información seguidos por la Sociedad, - son adecuados y suficientes, tomando en consideración las cir-- cunstancias particulares de la sociedad.

b) La opinión del Comisario sobre si éstas políticas y criterios han sido aplicados consistentemente en la información presentada por los administradores.

c) La opinión del Comisario sobre si como consecuencia de lo anterior, la información presentada por los administrado- res refleja en forma veraz la situación financiera y resultados de la sociedad.

A manera de ejemplificación, a continuación transcribo un dictamen de Comisario para hacer más objetivo su contenido:

" H. Asamblea de Accionistas de

Tengo el honor de informar a esa H. Asam- - blea que en cumplimiento a la Ley y de los estatutos sociales he examinado el balance general de al de de 19 , así como los estados de resultados, de movi- miento del capital contable y de cambios de la situación financiera correspondiente al- ejercicio social que terminó en esa fecha y el informe de la auditoría respectiva sus-- crito por .

En mi opinión y con base en el informe cita- do:

a) La Sociedad siguió durante el año políti- cas y criterios contables y de información-


adecuados y suficientes.

b) Las políticas y criterios contables -- fueron aplicados consistentemente en la información presentada por los administradores.

c) La información presentada por los administradores refleja en forma veraz y suficiente la situación financiera y los resultados de operación de la sociedad.

Por lo tanto, me permito proponer a la H.- Asamblea el siguiente proyecto de resolución:

UNICA.- Son de aprobarse y se aprueben el balance general al de de 19 , -- los estados de resultados, de movimiento del capital contable, y de cambios en la situación financiera en la forma que se -- presentan a la Asamblea.

Atentamente.
EL COMISARIO. 

El primer párrafo del dictamen, llamado por la Comisión de procedimientos de auditoría, párrafo de alcance que es una breve exposición del alcance del trabajo realizado por el (Comisario) auditor y del grado de responsabilidad que asume con respecto al mismo.

En el se indican el nombre de la persona física o mo-

ral, cuya contabilidad es objeto de auditoría, el tipo de esta dos financieros examinados y el período que abarcan, las nor-- mas aplicadas en la revisión y trabajo desarrollado.

En el dictamen se deben examinar los estados financie ros que son generalmente:

- 1o. Balance general.
- 2o. Estado de pérdidas y ganancias (o de resultados)
- 3o. Estado de variaciones en el capital contable.

Ya que estos son los que reflejan mejor la situación- financiera de una empresa y los resultados de sus operaciones.

El balance general se puede definir como un resumen - tanto del activo y del pasivo, como del capital de una empresa dispuesto en forma tal que, muestre con claridad la situación financiera de la misma en un momento determinado.

El estado de pérdidas y ganancias es un resumen de -- los cambios en el patrimonio de una empresa, resultantes de -- las operaciones efectuadas entre dos fechas.

El estado de utilidades acumuladas o del estado de va riaciones en el capital contable, presenta los movimientos-

del capital durante un ejercicio.

Estos tres renglones integran el dictamen.

El reglamento de ética profesional del Instituto Mexicano de Contadores Públicos en su regla 2.12 establece en forma categórica:

" El contador público no expresará una opinión acerca de los estados financieros, ni presentará cualquiera otra información profesional sin haber practicado un exámen adecuado conforme a las reglas de auditoría generálmente aceptadas.

No firmará dichos estados ni informe sin incluir un -- dictamen redactado de forma que exprese claramente su opinión. "

Deben presentarse en papel con su membrete.

Además este dictamen debe llenar o cumplir con las normas de auditoría generalmente aceptadas que son las siguientes:

a) NORMAS PERSONALES.

1a. El trabajo de auditoría de estados financieros con la finalidad de rendir una opinión profesional sobre los propios estados financieros, debe ser desempeñado por personas que, teniendo título profesional legalmente expedido y reconocido, tengan entrenamiento técnico

adecuado y capacidad profesional como auditores.

2a. El auditor está obligado a ejercer un cuidado y diligencia razonable en la realización de su exámen y en la preparación de su dictamen o informe.

3a. El auditor o auditores están obligados a mantener una actitud de independencia mental en todos los asuntos relativos a su trabajo profesional.

b) NORMAS RELATIVAS A LA EJECUCION DEL TRABAJO.

1a. El trabajo de auditoría debe ser planeado adecuadamente y si se usan ayudantes, éstos deben ser supervisados de manera apropiada.

2a. Como base para determinar la confianza que va a depositarse en él, y para determinar la extensión que va a dar a los procedimientos de auditoría que use, el auditor debe efectuar un estudio y evaluación adecuados del control interno existente en la empresa.

3a. Mediante sus procedimientos de auditoría, el auditor debe obtener evidencia comprobatoria suficiente y competente en el grado que se requiera para suministrar una base objetiva para su opinión relativa a los estados financieros que examina.

c) NORMAS RELATIVAS A LA INFORMACION Y DICTAMEN.

1a. En todos los casos en que el nombre de un contador público quede asociado con algunos estados financieros,

el contador público debe expresar, de manera clara e inequívoca, la naturaleza de su relación con dichos estados financieros. Si se ha realizado algún examen de ellos, el Contador Público debe manifestar de modo expreso y claro, el carácter de su examen. Su alcance y grado de responsabilidad que como consecuencia de él asume.

2a. El auditor debe declarar si en su opinión los estados financieros presentan de modo razonable la posición financiera y los resultados de operación de la empresa en la fecha y por el período a que se refieren y si dichos estados financieros fueron formulados de conformidad con principios de contabilidad generalmente aceptados.

3a. El auditor debe declarar expresamente en su dictamen, o informe si los principios de contabilidad han sido observados consistentemente en el período actual en relación con el período precedente.

4a. A menos que el auditor haga una declaración expresa en contrario, se considerará que él estima que las declaraciones informativas incluidas en los estados financieros son razonablemente adecuados.

5a. Cuando el auditor se considere obligado a hacer salvedades a algunas de las afirmaciones genéricas de su dictamen, deberá expresarlas de modo claro e inequívoco, manifestar explícitamente a cual de las informaciones -

genéricas se refieren e indicar los motivos de la salvedad y trascendencia o importancia de ella dentro del -- cuadro general que suministran los estados financieros.

6a. Cuando el auditor considere que no está en condiciones de expresar una opinión profesional con respecto a los estados financieros tomados en conjunto, debe aclararlo así de manera explícita, aún cuando después de esta declaración podrá hacer los comentarios parciales -- que considere que el resultado de su exámen le autoriza para hacer. (197)

Así debe ser elaborado un dictamen del Comisario y por ésto se me hace casi imposible pensar en que pueda ser bien realizado por una persona carente de capacidad técnica y profesional.

Esta capacidad técnica y profesional sólo la tiene el contador público.

E. EL CONTADOR PUBLICO INDEPENDIENTE.

Pero no se trata del contador público interno de la Sociedad, que es contratado por los administradores para que lleve la contabilidad de la Sociedad, careciendo de independencia tanto mental como física, pues depende de quien le contrató y en -

(197) Op.Cit. C.P. y L.A.E. Benjamín R. Téllez.pp.51, 52, 55 y 56.

última instancia su labor esta subordinada a ellos, transformándose de auxiliar independiente como deberfa ser, en profesional dependiente.

Debe ser por el contrario el Contador Público totalmente independiente a la Sociedad, y ser nombrado por la Asamblea ordinaria de accionistas, éste va a representar los intereses de esa masa anónima de los accionistas, pero sin deber subordinación física ni mental a nadie, con lo cual se garantiza la imparcialidad de su actividad. Es en última instancia un contador público independiente, que funge como auditor externo, es decir, que revisa los estados financieros elaborados por los administradores y emite sobre éstos su dictamen u opinión haciendo las observaciones pertinentes.

En estas condiciones analizaremos si existe la posibilidad de que un Contador Público independiente como auditor externo funja como Comisario de la Sociedad para lo cual enumeraré las compatibilidades e incompatibilidades que se presentarían:

F. COMPATIBILIDAD Y DIVERGENCIAS DE LAS FUNCIONES DEL COMISARIO Y DEL CONTADOR PUBLICO INDEPENDIENTE.

a. Puntos de coincidencia:

- 1o. El trabajo a efectuar por el Comisario según propio dictado de la Ley, es de experto contable.
- 2o. El ambiente ético es el mismo.
- 3o. El radio de acción del Comisario se circunscribe a los accionistas de la asamblea que lo eligió; y el Contador público llega adonde la empresa quiera que se conozca su opinión.

40. El desempeño de su cargo se resuelve por todos los motivos, en revisión de cuentas y operaciones efectuados, esto es supervisan no administran.
50. La causa que decide la supervisión requerida se origina en personas ajenas a la administración que requieren una información honesta y correcta.
60. Lo anterior requiere una absoluta independencia.
70. La independencia significa no estar subordinado a alguien; por eso la Ley y en su caso el Código de Ética prohíben que sean empleados. Esta palabra la usó el legislador como sinónimo de trabajador. Por lo tanto de acuerdo con el Derecho Mexicano, este Contador Público o Comisario no tienen patrón, esto es, elemento que los dirija y ante quienes deben subordinarse.
80. Si no cumplen con diligencia, capacidad y ética están sujetos a responsabilidades muy serias; y de las cuales ni administradores, ni accionistas mayoritarios los pueden salvar; pues la postura de independencia que logra, baluarte de la humanidad, -- tiene su contrapartida en las obligaciones que esto significa.

b. Puntos de divergencia:

10. Al Comisario lo designa la asamblea.

Al Contador Público lo puede nombrar la administración de la empresa, esto puede traducirse pensando en forma rígida en un mayor grado de independencia,

del Comisario sobre el Contador Público.

- 2o. El Comisario puede asistir con voz pero sin voto a las sesiones de consejo. El contador público no cuenta con esa facultad. Esto puede traducirse en ventaja para la supervisión efectuada por el Comisario. (Si el Comisario fuese el contador Público, éste tendría la facultad de asistir con voz pero sin voto a las asambleas y sesiones del consejo).
- 3o. El Comisario puede citar a la asamblea de accionistas cuando lo juzgue conveniente. El contador público no; mientras no se le nombre Comisario, esto influye en el estado anímico del profesionalista.
- 4o. El contador público tiene ventaja sobre el Comisario en que debe estar preparado para el ejercicio de su profesión y por tanto, la revisión de cuentas y operaciones no constituye para él un problema insuperable, como lo es para el Comisario que carece de esta capacidad profesional y que al ser insuperable necesariamente tiene que recurrir a un contador público que lo auxilie.
- 4o. Solamente los accionistas de una Sociedad que conozcan bien la capacidad y estructura moral de su Comisario, pueden descansar en su dictamen. No así cuando se trata de la opinión del contador que es apreciada fuera del ámbito de la empresa para rebasar, si es necesario las fronteras nacionales.

En esencia las funciones de Comisario y auditor externo son similares.

De lo anterior podemos concluir que en los puntos en -- que hay coincidencia son los fundamentales y que legalmente no existe impedimento alguno para pensar que existe la compatibilidad para encomendar el cargo de Comisario a un contador público independiente.

En los puntos en que hay discrepancia, si así se puede llamar, estos se volverán compatibles si el contador público de desempeña el cargo de Comisario reuniendo los requisitos que hemos analizado, como necesarios e imprescindibles para el buen desempeño del cargo.

Es el contador público el profesionista indicado para proteger mejor los intereses de terceros y de la comunidad, en general como Comisario de la Sociedad Anónima, desempeñando su cargo conforme a las exigencias científicas y tecnológicas que demanda el gran número de pequeños ahorradores cuya fé merece tanto respeto como la misma vida.

G. **NECESIDAD DE REFORMAR LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.**

Considero censurable que la Ley no exija ningún requisito para ser Comisario ya que sus funciones como lo hemos demostrado son eminentemente técnicas y que exigen para su cumplimien

to conocimientos profesionales elementales de Contador público.

El Comisario que no cuenta con la preparación adecuada, se ve obligado por necesidad a constituirse en un simple transportador de ideas.

Claramente se advierte que no existe incompatibilidad - para que el contador público sea Comisario pues, buena parte de los deberes que la Ley General de Sociedades Mercantiles señala a los Comisarios, se refiere a la revisión de cuentas, y a su intervención en la formación del Balance Anual, funciones que nadie mejor que el contador público titulado, como auditor externo, puede cumplir por su preparación y técnica para desempeñar este trabajo.

El Comisario tiene ciertamente otras funciones que en nada se oponen a las actividades del contador público, como hacer que se inserten en la orden del día de las sesiones del consejo y asambleas, los puntos que crean pertinentes. Asistir con voz pero sin voto a estas juntas de consejo y asamblea de accionistas; etc.

La independencia mental y económica son elementos exigidos tanto al Comisario como al contador público en el desempeño de sus funciones.

Por lo tanto debe pugnarse por que los Comisarios sean

contadores públicos titulados independientes, pues en este caso dicho profesional sí está capacitado para dictaminar y funqir - como Comisario de la Sociedad.

Por tal motivo es necesario reformar nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles en el sentido de que se exija como requisito para ser Comisario: el tener título profesional de Contador Público, siendo necesario reformar el Artículo 164 de la Ley Leneral de Sociedades Mercantiles en el siguiente sentido:

Art. 164. - La vigilancia de la Sociedad Anónima estará a cargo de uno o varios Comisarios temporales y revocables quienes deberán tener el - Título de Contador Público.

y en el Art. 165. - No podrán ser Comisarios:

...IV.- Los que conforme a la Ley General - de Profesiones carezcan de Título de Contador Público y no lo ejerciten en forma indépendiente.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. Aunque la Ley General de Sociedades Mercantiles prevé la posibilidad de sustitución del Comisario en profesionales o auxiliares para el desempeño de su cargo, esta medida ya no es acorde con la realidad económica, de nuestro país.

SEGUNDO. En virtud de que el Órgano de vigilancia de la Sociedad Anónima, tiene como fundamental atribución la de control y fiscalización de todas las operaciones de la Sociedad y en concreto vigilar la actividad de los administradores, que en buena parte se refleja en los Estados Financieros, el Comisario tiene que revisar y emitir su dictamen.

TERCERA. La revisión de los estados financieros y emisión del dictamen implican el conocimiento de ciertas reglas y requisitos de carácter contable, así como normas jurídicas para su correcta y eficaz elaboración.

CUARTA. Por tal razón resulta casi imposible que una persona sin experiencia en las ciencias jurídico contables, -- que no cuente con el título profesional de Contador Público, y que no actúe en forma independiente, pueda -- realizar su función de Comisario, cumpliendo con todas las exigencias legales y estatutarias que el cargo implica, así como cumplir con las reglas mínimas para sa-

tisfacer los requisitos contables para la elaboración del dictámen y revisión de los estados financieros.

QUINTA. Debe considerarse que en la elaboración de los Estados financieros, intervienen en diversa medida y con finalidades distintas, los administradores, Comisarios y Asamblea General Ordinaria de Accionistas; Los administradores con la obligación de redactar el proyecto del Balance, los Comisarios examinando minuciosamente el proyecto del Balance compilado por los administradores y para ello deben tener los conocimientos técnicos de lo que comprenden los Estados Financieros, de la forma en que se deben elaborar para poder revisar en forma veraz el Balance y emitir su dictamen para ponerlo a disposición de la Asamblea para su discusión y aprobación.

SEXTA. El dictamen que elabora el Comisario debe ser el medio más eficaz y digno de crédito con que cuentan los accionistas para conocer la opinión (de un Contador Público) sobre los resultados de los Estados Financieros, y en los que sin duda es necesaria la opinión autorizada plenamente confiable de un profesional capaz de estimar lo que se proyecta y evaluar los resultados de lo que se ha hecho.

SEPTIMA. Es por esto que los Comisarios deben ser personas expertas en el arte del Comercio y de las finanzas, atributos que se encuentran en la persona del Contador Público.

OCTAVA. La Ley General de Sociedades Mercantiles no exige especialidad profesional de Contador Público. Quizá por lo complicado que se ha ido tornando las actividades de una empresa en todos los campos y en especial, frente a las autoridades hacendarias es ineludible esta latente necesidad.

NOVENA. Es de advertirse que en la práctica moderna se pugna -- por una reforma radical al sistema del Órgano de vigilancia, haciéndose obligatorio el desempeño del cargo de Comisario por personas versadas en ciencias contables y financieras, arraigadas en las actividades mismas de la empresa.

DECIMA. Ciencia y experiencia son los elementos necesarios para que el Comisario pueda operar como un verdadero contrapeso de la administración, protector de las masas anónimas y de las minorías.

DECIMA PRIMERA. Como consecuencia de la falta de capacidad contable y financiera para la solución y conocimiento de problemas operativos de la complicada Sociedad Anónima, es

necesario adicionar a la Ley General de Sociedades Mercantiles, en su Art. 164, estableciendo la obligación de que el Comisario no sea tan solo socio o extraño a la Sociedad; sino un verdadero profesional con la capacidad necesaria para cumplir satisfactoria y atinadamente con su cargo. Esto es, que sea Contador Público y que actúe en forma independiente.

DECIMA SEGUNDA. El Art. 9o. de la Ley Federal del Trabajo, considera que la función de vigilancia y fiscalización de carácter general, son trabajos de confianza; y esto atenta contra la naturaleza misma del cargo de Comisario que debe desempeñarse con independencia mental y física esta última implica la ausencia de toda liga o subordinación a un patrón o dirección, por lo cual se propone también la reforma a dicho precepto.

DECIMA TERCERA. Considero que de adoptarse la propuesta que en este trabajo se plantea, la función que de acuerdo con los imperativos legales, debe realizar el Comisario, se cumpliría con mayor diligencia además de repercutir acertadamente en la sanidad económica de las empresas, lo cual es especialmente trascendente para el avance económico de México.

B I E L I O G R A F I A

13. DE GREGORIO ALFREDO. I BILANCI DELLA SOCIETA ANONIMA MILANO, 1938.
14. DE J. TENE FELIPE. DERECHO MERCANTIL MEXICANO. ED.-PORRUA. 10a. EDICION. MEXICO, 1980.
15. DE LA CUEVA MARIO. EL NUEVO DERECHO MEXICANO DEL TRABAJO. MEXICO, 1980.
16. DE PINA VARA RAFAEL. ELEMENTOS DE DERECHO MERCANTIL. ED. PORRUA, S. A. 1a. EDICION, MEXICO, 1983.
17. ELIAS SALVADOR M. APUNTES DE DERECHO MERCANTIL. MEXICO, 1954.
18. FRISH PHILIPP WALTER. LA SOCIEDAD ANONIMA MEXICANA.-ED. PORRUA. 2a. EDICION. MEXICO, 1982.
19. GALINDO GARFIAS IGNACIO. DERECHO CIVIL. ED. PORRUA, S.A. 2a. EDICION, MEXICO, 1976.
20. GALINDO GARFIAS IGNACIO. SOCIEDAD ANONIMA, RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES. MEXICO, 1957.
21. GARRIGUES JOAQUIN Y RODRIGO URIA. COMENTARIO A LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS. MADRID. INSTITUTO DE ESTUDIOS POLITECNICOS. IMPRESO EN SAMARAN MALLORCA 4.-MADRID, 1953. TOMO II.
22. GARRIGUES JOAQUIN. CURSO DE DERECHO MERCANTIL. MADRID, 1959. 3a. EDICION, REVISADA POR EVELIO VERDADERO.
23. LANGLE Y RUBIO EMILIO. MANUAL DE DERECHO MERCANTIL - ESPANOL. BARCELONA, 1950.
24. LO CELSO ROGASIANO M. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS GESTORES EN LAS SOCIEDADES ANONIMAS. BUENOS AIRES, -1944.

25. MACIAS PINEDA ROBERTO. EL ANALISIS DE LOS ESTADOS FINANCIEROS. EDICIONES CONTABLES Y ADMINISTRATIVAS, -- S. A. 8o. EDICION. MEXICO, 1975.
26. MANTILLA MOLINA ROBERTO. APUNTES DE SOCIEDADES. MEXICO.
27. MANTILLA MOLINA ROBERTO. DERECHO MERCANTIL. ED. PORRUA. 22a. EDICION. MEXICO, 1982.
28. MESSINEO FRANCESCO. MANUALE DI DIRITTO CIVILE E COMMERCIALE. MILANO, 1953.
29. MOSSA LORENZO. DERECHO MERCANTIL. TRADUCCION POR EL ABOGADO FELIPE DE J. TENA. UTHEA. ARGENTINA BUENOS-AIRES. 1940. VOLUMEN I.
30. NICETO ALCALA ZAMORA. ASPECTO Y REPERCUSIONES PROCESALES DEL CODIGO CIVIL HONDUREÑO. 1954.
31. ROCCO ALFREDO. PRINCIPIOS DE DERECHO MERCANTIL. EDITORA NACIONAL, S. A. MEXICO, 1947.
32. RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN. TRATADO DE SOCIEDADES - MERCANTILES. ED. PORRUA, 6a. EDICION. MEXICO, 1981. TOMO I y TOMO II.
33. ROJINA VILLEGAS RAFAEL. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL.- ED. PORRUA. MEXICO, 1981. TOMO I y TOMO II.
34. S. PAZ GUILLERMO. ESTUDIO CONTABLE DE SOCIEDADES. -- ED. PORRUA, S. A. 5a. EDICION. MEXICO, 1972.
35. SANCHEZ MEDAL RAMON. DE LOS CONTRATOS CIVILES. ED.- PORRUA, S. A., MEXICO, 1978.
36. SOLA CAÑIZARES FELIPE. TRATADO DE DERECHO COMERCIAL COMPARADO. BARCELONA, 1963.

37. TELLEZ TREJO BENJAMIN ROLANDO. EL DICTAMEN EN LA CONTADURIA PUBLICA. EDICIONES CONTABLES Y ADMINISTRATIVAS, S. A. MEXICO, 1975.
38. URIA RODRIGO. DERECHO MERCANTIL. MADRID, 1953. IMPRESO EN ESPAÑA. COPYRIGHT 1958.
39. VASQUEZ DEL MERCADO OSCAR. ASAMBLEAS, FUSION Y LIQUIDACION DE SOCIEDADES MERCANTILES. ED. PORRUA, S.A. 2a. EDICION. MEXICO, 1980.
40. VASQUEZ DEL MERCADO OSCAR. CONTRATOS MERCANTILES. ED. PORRUA, S. A. 1a. EDICION. MEXICO, 1982.
41. VIVANTE CESAR. TRATADO DE DERECHO MERCANTIL. TRADUCIDO POR RICARDO ESPEJO DE HINOJOSA. 1a. EDICION. MADRID. ED. REUS, S. A. 1932.

R E V I S T A S .

1. HERNANDES DE LA PORTILLA ALEJANDRO. LA COMPATILIDAD DE LOS CARGOS DE CONTADOR PUBLICO Y COMISARIO. REVISTA DE PRICE WATER HOUSE Y CIA. MEXICO, 1960.
2. REZA JR. MANUEL. ¿ EL CONTADOR PUBLICO TITULADO TIENE INDEPENDENCIA PARA OPINAR O CERTIFICAR LOS ESTADOS FINANCIEROS DE LA SOCIEDAD DE LA QUE ES COMISARIO?. - ED. FINANZAS S. DE R. L. MEXICO, 1950. REVISTA DE FINANZAS Y CONTABILIDAD.