

566
225

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS COMISARIOS COMO ORGANO DE VIGILANCIA DE 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
BEATRIZ VIRGINIA MARTINEZ HERNANDEZ

MEXICO, D. F.

1993

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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.

INDICE

pág.

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

LEGISLACIONES MERCANTILES EN EL DERECHO MEXICANO.

A. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN EL DERECHO MEXICANO.

1

1. CODIGO DE COMERCIO DE 1854.	1
2. PROYECTO DE CODIGO DE COMERCIO DE 1880.	3
3. CODIGO DE COMERCIO DE 1884.	5
4. LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS DE 1889.	7
5. PROYECTO DE CODIGO DE COMERCIO DE 1929.	9
6. LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES DE 1934.	12

CAPITULO SEGUNDO**LEGISLACIONES MERCANTILES EXTRANJERAS.**

A. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN EL DERECHO COMPARADO.	19
1. EUROPA.	20
a) LEGISLACION ALEMANA.	21
b) LEGISLACION AUSTRIACA.	27
c) LEGISLACION ESPAÑOLA.	28
d) LEGISLACION FRANCESA.	33
e) LEGISLACION INGLESA. (DERECHO ANGLOSAJON)	37
f) LEGISLACION ITALIANA.	40
2. LATINOAMERICA.	45
a) LEGISLACION ARGENTINA.	45
b) LEGISLACION BRASILEÑA.	48
c) LEGISLACION COLOMBIANA.	50
d) LEGISLACION NORTEAMERICANA.	52
e) LEGISLACION PARAGUAYA.	54
f) LEGISLACION URUGUAYA.	55
g) LEGISLACION VENEZOLANA.	56

CAPITULO TERCERO

ASPECTOS CONCEPTUALES DEL ORGANO DE VIGILANCIA.

A. CONCEPTO DEL ORGANO, DE CONTROL Y DE LA VIGILANCIA.	58
B. CONCEPTO DE COMISARIO Y CARACTERISTICAS DEL CARGO.	71
C. NATURALEZA JURIDICA Y CAPACIDAD PARA EL DESEMPEÑO DEL CARGO.	77
D. NOMBRAMIENTO DE LOS COMISARIOS.	87
E. FACULTADES Y OBLIGACIONES DE LOS COMISARIOS.	95
F. REMUNERACION.	117
G. DURACION Y CONCLUSION DEL CARGO.	118

CAPITULO CUARTO.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS COMISARIOS COMO ORGANO DE VIGILANCIA EN UNA SOCIEDAD ANONIMA.

A. EL ORGANO DE VIGILANCIA COMO ORGANO COLEGIADO.	122
---	-----

1. INEXISTENCIA EN EL DERECHO MEXICANO DEL ORGANO DE	
--	--

VIGILANCIA COMO ORGANO COLEGIADO.	122
2. LA COLEGIALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO.	126
B. RESPONSABILIDAD DE LOS COMISARIOS.	130
1. DE LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL DE LOS COMISARIOS:	130
a) FRENTE A LA SOCIEDAD.	130
b) FRENTE A LOS ACCIONISTAS.	134
c) FRENTE A TERCEROS.	135
2. DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS COMISARIOS.	136
D. MODIFICACIONES PROPUESTAS A LA LEGISLACION MERCANTIL VIGENTE.	145

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

LEGISLACION CONSULTADA.

ABREVIATURAS MAS UTILIZADAS

Art. : Arts.	Artículo: Artículos
Aut. Cit.	Autor Citado.
Cía.	Compañía.
Cfr.	Confróntese.
Dr.	Doctor.
Edit.	Editorial.
Ed.	Edición.
Ibídem.	Incluído en el texto, extraído de la misma fuente, en cuanto a la obra, autor, pero página distinta.
Idem.	Incluído en el texto, de la misma fuente idénticamente.
LGSM.	Ley General de Sociedades Mercantiles.
No.	Número.
ob. cit.	Obra citada.
pág.; págs.	Página; Páginas.
S.A. de C.V.	Sociedad Anónima de Capital Variable.
S.C.J.N.	Suprema Corte de Justicia de la Nación.
S/Ed.	Sin editorial.
t	Tomo.
V.	Véase.
Vol.; Vols.	Volúmen o Volúmenes.

Fabián y Sol, no tengo palabras para agradecerles todo lo que me han dado, porque todo lo que soy y todo cuanto he logrado se los debo a ustedes, mis padres.

Este estudio es la culminación de una etapa importante en mi vida como estudiante para dar inicio a una nueva como profesionista. Como mis guías que siempre han sido, les dedico con todo cariño este trabajo, deseando con ansiedad celebrarlo nuevamente reunidos.

Los Amo.

Mónica, Claudia y Mariana, mis hermanas, sabiendo que les encantaría acompañarme en estos momentos.

Las quiero y las extraño.

Fabián, hemanito del alma, gracias por tús palabras de aliento y por estar siempre cuando más te necesito.

Te adoro.

Gaby, mi hermana consentida, que te puedo decir, LO LOGRAMOS!... porque este trabajo tiene todo el apoyo, la paciencia y la comprensión que me diste durante su elaboración.

También te adoro.

Quiero agradecer a las siguientes personalidades que de alguna manera han contribuido guiándome en mi formación como profesional a través de sus sabios consejos y enseñanzas y por la oportunidad que me han brindado, en su momento, al permitirme colaborar con cada uno de ustedes.

Lic. Octavio Estrella Blanco.

Lic. Bernado Gómez Vega.

Lic. Alejandro Unthoff

Lic. Manuel M. Soto,

Siempre preocupado por mi formación profesional, compartiendo su experiencia conmigo.

Gracias por darme la oportunidad de colaborar con usted.

A Carlos,

Gran amigo,

Sin lugar a dudas, sin tu ayuda, paciencia, colaboración y sobre todo sin el tiempo que me dedicaste, no hubiera podido terminar la elaboración de este estudio y alcanzar una de las principales metas de todo estudiante para convertirse en profesionalista.

Mil Gracias por el apoyo que siempre me has dado.

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

La escasa o nula vigilancia ejercida sobre los administradores de una Sociedad Anónima por la Asamblea de Accionistas o por los socios individualmente, ha planteado en todos los países, el problema de su control a través de un Organó especializado.

Desafortunadamente, en nuestro Derecho Mercantil Mexicano se ha desvirtuado el ideal legislativo del Organó de Vigilancia dentro de las Sociedades Anónimas, ya que siendo el comisario uno de los Organos Sociales más importantes para el funcionamiento de la Sociedad Anónima, no se le ha concedido la debida importancia y significación de la que debería ser objeto contando con regulaciones específicas y no de carácter general y que por analogía se les imponen, satisfaciendo el requisito legal de su nombramiento, tan sólo por ajustarse a las disposiciones legales.

Comenzamos tratando en el Primer Capítulo los antecedentes legislativos dentro del Derecho Mexicano; posteriormente se expone en el Segundo Capítulo la justificación histórica y actual en el Derecho Comparado de la existencia y regulación de un Organó de Vigilancia dentro de las Sociedades Anónimas, abarcando los Sistemas Legislativos de mayor importancia en base a nuestro criterio, con relación a la fiscalización.

Más adelante, abordaremos el forzoso y necesario tema de los aspectos conceptuales del Organó de Vigilancia, abarcando de manera general, las principales características de los comisarios, sus obligaciones y facultades,

analizando e interpretando los diversos preceptos jurídicos y las características de sus funciones; mismos que servirán como fundamento para exponer y analizar en el Capítulo Cuarto las diferentes soluciones que ofrece el Derecho Comparado acerca de la responsabilidad solidaria del comisariado, haciendo simultáneamente una apreciación crítica de las mismas en comparación con las leyes mexicanas relativas.

Para concluir, formulamos un proyecto de articulado que regule la función del comisariado en México fundamentado en las legislaciones extranjeras analizadas, con el propósito de lograr que en nuestra legislación mercantil se le dé la debida importancia a este Organismo de Vigilancia.

Con este estudio, realizado bajo la valiosa dirección de la Abogada Rosalía Fernández, Profesora Adscrita al Seminario de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, es mi deseo contribuir para lograr una regulación legal que permita que el comisariado en México, además de que sea, no solamente un órgano necesario sino práctico de las Sociedades Anónimas.

Beatriz Martínez Hernández.

Agosto de 1993.

CAPITULO PRIMERO

LEGISLACIONES MERCANTILES EN EL DERECHO MEXICANO.

A. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN EL DERECHO MEXICANO.

1. CODIGO DE COMERCIO DE 1854.

En 1854, con una extensión de 1091 artículos, se promulga el

primer Código de Comercio de México, llamado Código de Lares, estando en vigor apenas un año debido a la situación política existente en esa época.

Este Código de Lares como suele llamársele regula de manera sistemática, inspirado en legislaciones extranjeras, la materia mercantil.

Así pues, en dicho Código de Comercio de 1854 se encuentran contenidas las primeras regulaciones legales respecto a las Sociedades Anónimas, aún cuando puede inferirse la poca importancia que para ese tiempo (1854) habían alcanzado, ya que únicamente se establecen diez artículos al respecto, que van del 242 al 251.¹

Dentro de dichos preceptos, no encontramos disposición alguna referente al nombramiento de alguien que vigilara e inspeccionara la actuación de los administradores, ni la situación real de las sociedades, es decir, no existe aún el concepto de Órgano de Vigilancia tal como lo conocemos hoy en día.

Sin embargo, en su Artículo 246 establecía que " En la 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 haya fijado en las respectiva Escrituras y Reglamentos".²

En consecuencia, eran los propios accionistas quienes ejercían la función de vigilancia siempre bajo ciertas circunstancias y en forma muy

¹ Mantilla Molina, Roberto L., Derecho Mercantil, Introducción Y Conceptos Fundamentales., Sociedades. Vigésimo Quinta Ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1987, pág. 452.

² Código de Comercio de México, 16 de Mayo de 1984. (Código de Lares).

limitada, pero de acuerdo con los Estatutos Sociales.

La abrogación de este Código de Laredo se considera que fue puramente de hecho, ya que la Ley del 22 de Noviembre de 1855 que lo sustituyó, únicamente se limita a suprimir a los Tribunales Especiales del mismo.

2. PROYECTO DE CODIGO DE COMERCIO DE 1880.

Durante la vigencia del Código de Laredo, existió un proyecto en el cual por vez primera se establece como requisito de validez en la Escritura Constitutiva, la creación de un Organismo de Vigilancia en los términos de su Artículo 589; que en general establecía que el Acta de Asociación de las Sociedades Anónimas se elevaría a Escritura Pública, siempre y cuando reuniera todos los requisitos de validez establecidos por dicho Código, de entre los cuales se encontraba la forma como se debería integrar el Consejo de Inspección.³

Asimismo, establecía que el Consejo de Inspección debería estar formado por cinco miembros (Artículo 615), los cuales serían nombrados en la Primera Junta General de Accionistas (Artículo 603).

Dicho nombramiento, se efectuaría por votación de la mayoría de los accionista, no teniendo los administradores voto alguno.

³ Proyecto de Código de Comercio de 1880, México.

Una vez nombrados, se encargarían de formular su reglamento particular, mismo que debería ser presentado para su aprobación a la Junta de Accionistas (Artículo 604).

Por otro lado, en su Artículo 556 se establecía que dentro de las funciones del Consejo de Inspección se encontraban en forma general, la administración de la sociedad, y las facultades especiales que se fijaren en el reglamento particular de la sociedad.

En cuanto a las atribuciones del Consejo de Inspección, el Código de referencia las mencionaba de la siguiente manera:

ARTICULO 616:

"Fiscalizar los actos de la administración y todos los otros actos concernientes al servicio de la compañía,"

"Verificar cuentas,"

"Velar por el exacto cumplimiento de los estatutos y reglamentos y "

"Vigilar los ramos pertenecientes a la asociación."

También se le facultaba al Consejo de Inspección para ejercer sus atribuciones por si o por medio de uno o más de sus miembros durante el tiempo que consideraren conveniente, organizando sus trabajos de tal forma,

que pudieren presentar el resultado de los mismos acompañado de su respectivo dictámen dentro de las Juntas Generales de Accionistas, pudiendo convocarlas fuera de las fechas establecidas para las mismas, pero en calidad de Extraordinarias, en casos graves y urgentes.

Además, la misma Ley los facultaba para convocar a Asamblea y para suspender las medidas dictadas por la administración en operaciones pendientes, a través de un informe justificado (Artículos 607 y 609).

Por lo que toca a la responsabilidad del Consejo de Inspección, el Artículo 620 establecía que " El Consejo de Inspección es responsable para con la compañía del exacto cumplimiento de sus deberes".⁴

En consecuencia, dicha disposición no señala expresamente si la responsabilidad debería ser individual o solidaria, por lo que consideramos que la misma era solidaria, ya que el Consejo de Inspección era un órgano colegiado y sus miembros no actuaban en forma individual.

3. CODIGO DE COMERCIO DE 1884.

Primeramente, es interesante mencionar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1857 facultaba a los Estados de la República para legislar en materia mercantil. Esto no dió buenos resultados, y

⁴ Idem

en 1883 se reformó la Carta Magna volviendo materia de la competencia del Gobierno Federal el legislar en materia mercantil y uniformándose de esta manera en todo el país la Legislación Mercantil.

Tras esta reforma, aparece el Código de Comercio de 1884, el cual es considerado bastante avanzado para su época, no obstante su poca vigencia.

Este Código de 1884, reglamentó en sus Artículos 527 al 588 a las Sociedades Anónimas siguiendo casi textualmente el Proyecto de Código de Comercio de 1880 ⁵, conteniendo además de las disposiciones antes mencionadas los siguientes cambios respecto al Consejo de Inspección:

a) Se reguló la existencia de un Consejo de Inspección estableciéndose que la falta u omisión del mismo causaría la nulidad del Pacto Social (Artículo 552).

b) El cargo de miembro del Consejo sería remunerativo, salvo pacto en contrario dispuesto en los Estatutos Sociales.

c) Se amplía la responsabilidad de los miembros del Consejo, agregándose en el Artículo 587 que " Los Directores y Miembros del Consejo de Administración o Inspección, así como los empleados de las Sociedades Anónimas y en Comandita Compuesta, son responsables para con dichas

⁵ Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos, 1884, pág. 151.

sociedades de los perjuicios que resulten por falta de cumplimiento de sus respectivos deberes y por negligencias culpables en que incurran, sin que se les permita la compensación de las ventajas que hayan proporcionado a dichas sociedades, para neutralizar las pérdidas que por su culpa hubieren sufrido".⁶

Nuevamente se omite en este Código de Comercio de 1884, si la responsabilidad del Consejo sería solidaria o individual, continuándose con la creencia de que la misma sería solidaria por considerársele que actuaban como un órgano colegiado dentro de las Sociedades Anónimas (Artículo 581).

4. LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS DE 1889.

El Código de Comercio de 1884, fue derogado en su parte relativa a las Sociedades Anónimas por la Ley de Sociedades Anónimas publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de Abril de 1888, y que entró en vigor el día primero de Enero de 1890.⁷

Esta Ley, es la primera que empieza a reemplazar partes o capítulos de Códigos de Comercio existentes por nuevas leyes especiales, siendo este el caso de la Ley de Sociedades Anónimas.

La Ley de Sociedades Anónimas por influencia del Derecho Italiano estableció comisarios individuales, suprimiendo así el carácter

⁶ Idem

⁷ Legislación Mexicana, Dublan Y Lozano, t. XIX, publicado en México en 1890.

colegiado del Consejo de Inspección.

Aunque este nuevo ordenamiento fue de vigencia muy corta, cambia el sistema de vigilancia dentro de las Sociedades Anónimas, estableciendo en su Artículo 37 que " La vigilancia de las Sociedades Anónimas sería confiada a uno o varios socios llamados comisarios, los cuales para poder desempeñar su cargo depositarán el numero de acciones que determinen los estatutos". *

Es aquí en donde por primera vez se observa la figura de los comisarios y se establecía que deberían ser nombrados en la Escritura Constitutiva de la sociedad. No obstante cualquier disposición en contrario, los comisarios podían ser reelectos y su cargo era revocable por la Asamblea General de Accionistas de la sociedad.

Las vacantes de los comisarios, serían reemplazadas de la manera establecida por los Estatutos Sociales, pero siempre en base al nombramiento que para tal efecto realizara la Asamblea General de Accionistas.

Por lo que toca a la responsabilidad de los comisarios, aquí ya se observa una clara disposición al respecto en el Artículo 39 que disponía que la extensión y efectos de la responsabilidad de los comisarios se regiría por la reglas que en ese sentido fijaren los miembros del Consejo de Administración.

Asimismo, se puede desprender que a pesar de que la Ley ya

* Idem.

habla de la responsabilidad, también es cierto que la responsabilidad no la fija ésta, sino que la deja al propio Consejo de Administración.

La Ley sólo se limita a enumerar las atribuciones de los comisarios, ya que el Artículo 38 hace ilimitado su derecho de vigilancia respecto de todas las operaciones de la sociedad.

Así pues, cada vez que los comisarios lo desearan se les faculta a inspeccionar los libros, correspondencia, actas y en general todas las escrituras y papeles relacionados con la sociedad.

En consecuencia, se les prohíbe a los accionistas ejercer dichas facultades y se establece la obligación al Consejo de Administración de entregar anualmente el balance general de la sociedad, con el objeto de que se haga su comprobación, mismo que a su vez sería sometido a la Asamblea General de Accionistas por los comisarios, acompañado de las proposiciones, explicaciones y demostraciones que éstos juzgaren convenientes.

5. PROYECTO DE CODIGO DE COMERCIO DE 1929.

En el año de 1929, se publicó un Proyecto para el Nuevo Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos redactado por una Comisión nombrada por la entonces Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo, la cual estaba integrada por notables juristas como por ejemplo el Lic. Manuel A.

Chávez, el Lic. Roberto A. Esteva Ruiz, Lic. José M. Gurría Urgell y Lic. José A. Brown; por comerciantes como los señores Gustavo Padrés e Isidro C. Romero, y por un ingeniero civil llamado Joaquín Pedrero Córdova.

Este Proyecto, daba mayor importancia al concepto de "cosa de comercio", y según opinión del maestro Roberto Mantilla Molina, "era excesivamente prolijo" *, ya que muchos de sus artículos son innecesarios por estar consagrados a cuestiones totalmente doctrinales, además de incluir conclusiones obvias a principios ya asentados y resolver cuestiones alejadas de la realidad.

Sin efectuársele estudio doctrinal alguno, fue tácitamente rechazado, pues no llegó a dársele el carácter de norma jurídica, y la reforma a la legislación mercantil se realizó a través de leyes aisladas como es el caso de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que posteriormente mencionaremos.

No obstante, dicho Proyecto introdujo dentro de sus preceptos algunas innovaciones relacionadas con el Organo de Vigilancia, contenidas en los numerales 234 a 239, que a la letra dicen:

"Artículo 234.

Para ocupar el cargo de Comisario ya no era necesario tener la calidad de socio".

* ob.cit., pág. 29.

"Artículo 235.

En el Contrato Social se debía establecer las facultades y el número de los miembros del Órgano de Vigilancia en cuestión".

"Artículo 236.

La duración en el cargo sería la de un ejercicio social"

"Artículo 237.

Se le concede a las minorías el derecho de nombrar a un comisario"

"Artículo 238.

En cuanto a la responsabilidad de los comisarios, se reglamenta en igual forma que en el Código antes descrito, con la salvedad de que la misma únicamente podría ser exigida por la Asamblea General de Accionistas."

"Artículo 239.

Por último, en cuanto al nombramiento y a la revocación del cargo, éstas deberían inscribirse en el Registro Público de Comercio del lugar en donde se encontrare registrada la sociedad en cuestión".¹⁰.

¹⁰ Proyecto para el Nuevo Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos de 1929, México.

6. LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES DE 1934.

LA CUESTION DE SU INCONSTITUCIONALIDAD.

La Ley General de Sociedades Mercantiles (en lo sucesivo denominada como "LGSM") de fecha 28 de Julio de 1934, fue creada por el Poder Ejecutivo en uso de las facultades extraordinarias conferidas por decreto expedido por el Congreso de la Unión el 28 de Diciembre de 1933, facultando al Ejecutivo para expedir un nuevo Código de Comercio y las demás Leyes Especiales en materia de comercio y de Derecho Procesal Mercantil; sin mencionar nada acerca del contenido de la referida LGSM.

Como se observa claramente, el Congreso delegó al Poder Ejecutivo únicamente la facultad para expedir un nuevo Código de Comercio, más no lo facultó para crear el contenido de la LGSM.

De esta manera, tomando en cuenta lo establecido en el Artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con los Artículos 50, 51, 52, 53 y 73 de la misma, el Congreso tiene la facultad exclusiva para legislar en materia federal y local. Sin embargo, esta regla tiene dos excepciones, la primera prevista en el Artículo 29 y la segunda en el Artículo 49 constitucionales, en relación con la concesión de facultades extraordinarias

para legislar en el caso de la suspensión de garantías, pero no en materia de comercio exterior (Artículo 131). El Congreso no sólo tiene la facultad para legislar, sino también la obligación de no autorizar en forma abstracta que se legisle."

Por otro lado, conforme al Artículo 49 constitucional, salvo los casos establecidos en los preceptos antes citados, un individuo no puede ejercer la actividad de legislar.

Esta situación constitucional ya existía desde antes de la reforma del mencionado Artículo 49, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de Agosto de 1938, ya que la misma no proporcionó un nuevo contenido a dicha disposición constitucional, sino que acentuó la prohibición constitucional de delegar la facultad legislativa. ¹¹.

Acerca de la constitucionalidad de la referida Ley Mercantil, el maestro Felipe Tena Ramírez, opina que las leyes creadas por la delegación de facultades de este tipo, son totalmente inconstitucionales. ¹²

Asimismo, el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustentando en su Amparo en Revisión No.20/65, fallado el 4 de Abril de 1967 ¹³ opina lo siguiente:

¹¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 5 de febrero de 1917, México.

¹² Diario Oficial de la Federación, 12 de agosto de 1938.

¹³ cfr. Felipe Tena Ramírez, Derecho Constitucional Mexicano, Onceava Ed., Edit. Porrúa, S.A., México 1972, pág. 238.

¹⁴ Tesis Publicada en el informe de 1967, pág. 208, correspondiente al Pleno, reproducida en Ediciones Mayo, actualización II Civil, pág. 214, Tesis 369.

"Facultades Extraordinarias: son inconstitucionales las concedidas al gobernador de un Estado por el Congreso del mismo fuera de los casos permitidos por la Constitución Federal y Local (Estado de Veracruz)... así como no pueden reunirse dos ó más de los Poderes Federales en una sola persona o corporación, salvo los casos de facultades extraordinarias concedidas al Ejecutivo de la Unión, previstas por los Artículos 29 y 131 de la Carta Fundamental por que así lo dispone el Artículo 49 de la misma..."

Ahora bien, por lo que toca a la constitucionalidad de la LGSM, el Congreso tiene constitucionalmente la facultad para subsanar el nacimiento inconstitucional de dicha Ley, de tal forma que a una Ley puede considerársele como constitucional con efectos retroactivos. De esta manera, el Congreso puede efectuar ratificaciones posteriores sobre el contenido de la norma en cuestión.

En este orden de ideas, se puede afirmar que el Congreso ratificó retroactivamente la Ley General de Sociedades Mercantiles, ya que ha efectuado diversas reformas sobre este ordenamiento jurídico.

En consecuencia, las misma se consideran como ratificación implícita de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, la cual es actualmente constitucional, aunque su nacimiento haya sido inconstitucional.

Por otro lado, y adentrándonos más a la Legislación Mercantil que nos atañe, cabe mencionar que en general en el Derecho Mexicano existe la

tendencia del Legislador para lograr cierta seguridad para los accionistas a través de la regulación de la Sociedad Anónima dentro de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

La Exposición de Motivos de dicha Ley hace mención a una estructura rígida que fue conservada por el Ejecutivo con el fin de proteger a esta figura jurídica.

La citada Ley de 1934, se distingue de sus precursoras por que contiene una reglamentación más detallada y sistematizada como se desprende de la lectura de sus 120 artículos, los cuales casi doblaban en número de artículos a los de las leyes anteriores.

Actualmente, en 1993, la LGSM a través de sus varias reformas y adiciones ha quedado formada por 259 numerales.

Además, gran parte de sus normas contenían un carácter imperativo, en tanto que las legislaciones anteriores dejaban en libertad la autonomía de las partes; sin embargo, aún contenía disposiciones que carecían de un sentido estricto y seguro.

Por lo que toca a los comisarios, que es el tema de este estudio, la Ley General de Sociedades Mercantiles, reproduce en gran parte las disposiciones relativas al Órgano de Vigilancia de la Ley de Sociedades Anónimas de 1889, señalando como requisito indispensable para la legal constitución de la Sociedad Anónima la creación de un Órgano de Vigilancia.

No obstante lo anterior, al parecer el legislador no actuó con la precisión y cuidado necesarios, ya que el Artículo 165 de la referida Ley, que reglamenta en su Fracción III la incompatibilidad entre comisarios y administradores ¹⁵, le falta reglamentar sobre la identidad de la persona que no puede actuar al mismo tiempo como comisario y administrador, sobre la relación entre los cónyuges y por último, la Ley únicamente se refiere a ciertos familiares de los administradores que no pueden ser comisarios; sin embargo, no excluye a familiares de los comisarios para ser administradores.

Estas situaciones y demás disposiciones relativas al Organismo de Vigilancia serán material de análisis dentro del curso del presente trabajo, por lo que no haré mayor abundamiento de las mismas en este Capítulo.

7. PROYECTO DE CODIGO DE COMERCIO DE 1954.

Durante los años de 1953-1954, la Comisión de Legislación y Revisión de Leyes dependientes de la Secretaría de Economía, elaboró un Código de Comercio, el cual contenía cambios de forma pero no de fondo a la Ley actualmente en vigor.

¹⁵ Ley General de Sociedades Mercantiles, 28 de Julio de 1934, México.

De entre las nuevas modalidades sugeridas por dicho proyecto, cabe enumerar las siguientes que consideramos son las más relevantes para el estudio del tema que nos ocupa, las cuales se encuentran en el Artículo 236 :

" Son facultades y obligaciones de los comisarios:

" I. Cerciorarse de la constitución y subsistencia de la garantía de los administradores y deberá tomar las medidas necesarias para corregir cualesquier irregularidad."

" II. Exigir a los administradores, periódicamente de acuerdo a la naturaleza del negocio, una balanza de comprobación".

"III. Inspeccionar, una vez cada mes por lo menos, los libros y papeles de la sociedad, así como la existencia en caja."

"IV. Revisar el balance general anual y rendir el informe correspondiente, en los términos que establece la Ley."

"V. Convocar a Asambleas Ordinarias y Extraordinarias de Accionistas en caso de omisión de los administradores, y en cualquier otro caso que juzguen conveniente."

"VI. Asistir con voz, pero sin voto, a todas las Sesiones del Consejo de Administración."

"VII. Asistir con voz, pero sin voto a las Asambleas de Accionistas."

"VIII. Vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad; y"

"IX. Someter al Consejo de Administración los puntos que sean convenientes y hacer que se inserten los mismos en las Actas del Orden del Día de las Asambleas de Accionistas."¹⁶

Varios e infructuosos han sido los proyectos elaborados por diversas Comisiones y Jurisconsultos para la promulgación de un nuevo Código de Comercio, ya que a pesar de sus esfuerzos no han logrado regular de manera eficaz la función del Órgano de Vigilancia de las Sociedades Anónimas, de tal manera que se adecúe al desarrollo económico del país.

¹⁶cfr. Proyecto de Código de Comercio, Libros 1, 2 y 3. Comisión de Legislación y Revisión de Leyes. Secretaría de Economía, 1954.

CAPITULO SEGUNDO

LEGISLACIONES MERCANTILES EXTRANJERAS.

A. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN EL DERECHO COMPARADO.

Como fue posible observar en el Capítulo precedente, dentro del marco del Derecho Mexicano, existe una clara delimitación de la competencia de los Organos de Administración y de Vigilancia, respectivamente, dentro de la Sociedad Anónima.

Sin embargo, en la práctica y dentro del Derecho Comparado, tal diferenciación no es tan clara.

La razón es, que aún cuando la existencia y las funciones de dichos órganos se encuentran legalmente previstas, no existe obstáculo alguno para que en los Estatutos Sociales se creen otros Organos Sociales, distintos a los establecidos por Ley, con facultades para administrar o vigilar, provocando que en ocasiones no se delimite el alcance de las facultades administrativas de las facultades de vigilancia.

Además, la estructura orgánica de las Sociedades Anónimas varía en la practica dependiendo del mayor o menor número de su extensión, ya que es normal que las grandes sociedades requieran de una multiplicidad de órganos, los cuales resultarían innecesarios en las sociedades de menor importancia.

Por estas consideraciones, y al mismo tiempo con el objeto de establecer las características del Organo de Vigilancia, haremos una breve exposición que respecto a los mismos proporciona el Derecho Comparado.

1.- EUROPA

No habría transcurrido mucho tiempo desde el momento en que

empezaron a operar las grandes compañías coloniales de los siglos XVII y XVIII, reconocidas generalmente como el antecedente inmediato de las modernas Sociedades Anónimas, cuando a causa de los abusos de los administradores se hizo patente la necesidad de controlar su actividad; en particular, mediante la revisión anual de las cuentas.

Pero dada la incapacidad de los accionistas para desempeñar directamente esa función, se establecieron revisores especiales encargados de rendirles un informe.

Esa forma de control apareció en los estatutos de la Compañía Holandesa de las Indias Orientales, y la encontramos posteriormente reconocida por otras compañías coloniales.

a) LEGISLACION ALEMANA.

En el Derecho Alemán, el Código de Comercio de 1900, había creado un Consejo de Vigilancia con amplísimas facultades, ya que podían entrar en el campo de la administración de la sociedad, otorgándoseles facultades administrativas ilimitadas, prohibiéndoseles únicamente la representación de la misma frente a terceros.

Posteriormente, durante la época del socialismo-nacionalismo, nació la Ley sobre Sociedades Anónimas del 30 de enero de 1937, no teniendo

en su contenido influencia nacional-socialista.

Dicha Ley, fue creada con el objeto de eliminar deficiencias existentes en el Derecho Alemán relacionadas con las Sociedades Anónimas, originadas durante la época de la inflación, así como las repercusiones económicas ocasionadas durante la gran crisis económica de 1930.

En la Ley de 1937, ya se encuentra regulado el Consejo de Inspección ocupando en la constitución de la sociedad un lugar jerárquico ubicado entre la Asamblea General y el Consejo de Administración.

El objeto primordial de este Consejo de Inspección, es vigilar la actuación del Consejo de Administración de una manera más eficaz como si fueran vigilados por los propios accionistas.

Asimismo, con la creación de este órgano, se evita que la dirección de los asuntos interiores de la compañía se encuentren absolutamente en manos del Consejo de Administración."

Aunque la expresión "Consejo de Inspección" o " Consejo de Vigilancia", literalmente parecen dar a entender que se trata de un Consejo de Revisores, Inspectores o Síndicos, para realizar una actividad exclusiva de fiscalización, en realidad se trata de un organismo parecido al Consejo de Administración francés, al Board of Trade inglés o al Directorio Argentino."

¹⁷ cfr Karl Heinsheimer, Derecho Mercantil, traduc. español a la 3a. Ed. Alemana, Edit. Labor, S.A., Barcelona, España, 1933, pags. 51 y 152.

¹⁸ cfr Sola Cañizares, Felipe De, Tratado de Sociedades por Acciones en el Derecho Comparado, Ed. Tipográfica Editora Argentina, S.A., t.I, Buenos Aires, 1957, pág. 152.

Según la mencionada Ley de 1937, el Consejo de Vigilancia debe estar formado por tres miembros como mínimo; sin embargo, en los Estatutos Sociales se puede estipular un número más elevado sin exceder de siete integrantes dentro de las Sociedades Anónimas formadas hasta con tres millones de capital social; de doce integrantes en aquellas Sociedades Anónimas cuyo capital social es superior a tres millones y de veinte miembros cuando el capital social excede de veinte millones.¹⁹

Se le puede atribuir a cada miembro del Consejo de Vigilancia una dirección superior sobre la gestión de los negocios sociales, aunque la representación de la sociedad frente a terceros corresponde siempre a los administradores.²⁰

Los miembros de dicho Consejo de Vigilancia, deben ser personas físicas, las cuales serán elegidas por la Asamblea General de Accionistas, durando en el cargo un tiempo determinado por la misma Asamblea General, pudiendo ser éste revocable en cualquier momento. Sin embargo, no pueden desempeñar el mencionado puesto en más de diez Sociedades Anónimas, salvo las excepciones que fijare en su oportunidad el Ministerio de Justicia (Artículo 86 de la Ley de 1937).²¹

Dicho Consejo, tiene la obligación de conocer constantemente los

¹⁹ cfr Heinsheimer, ob. cit., pág. 152.

²⁰ idem.

²¹ cfr De Sola Cañizares, ob. cit., pág. 43

negocios de la sociedad, pudiendo en todo momento exigir la información de la dirección, examinar los libros y datos de la sociedad, así como de sus bienes, especialmente, investigar la existencia de la caja, cartera y mercancías, pudiendo, para tal efecto, nombrar peritos, pedir a los administradores todas las relaciones e informes que deseen acerca de la marcha de los negocios; asimismo, deben intervenir en la elaboración del balance y del estado de pérdidas y ganancias y en el reporte de beneficios, convocar a Asamblea cuando lo requiera el interés de la sociedad, y por último, tiene la obligación de no abandonar o delegar en otras personas el desempeño de sus funciones, es decir, el cargo de miembro del Consejo de Vigilancia es de carácter personalísimo.

También, en los Estatutos Sociales se le pueden atribuir al Consejo de Vigilancia otras obligaciones directivas, de tal manera que la dirección no sólo sea vigilada por dicho Órgano Social, sino que dependa total y absolutamente del mismo, residiendo en él y no en la Dirección la responsabilidad principal por todos los acontecimientos más importantes en la vida de la sociedad.²²

De esta manera, " el Consejo de Vigilancia puede en realidad funcionar como una especie de Consejo de Administración llegando algunas ocasiones a nombrar a algún miembro del mismo Consejo de Administración".²³

Por otro lado, el Consejo toma sus propios acuerdos en sesiones

²² cfr. Konrad Cosak, Tratado de Derecho Mercantil, Ed. Revista de Derecho Privado, Traduc. Español, Madrid 1935, pág. 119

²³ Heinsheimer, ob. cit., pags. 51 y 152.

resolviéndose aquéllos por mayoría de votos, no siendo así dentro de la Dirección, en donde se toman sus resoluciones dependiendo a lo establecido por los Estatutos Sociales.

No es necesario que los nombres de los miembros que integran el Consejo de Vigilancia sean inscritos en el Registro Civil; no obstante, se deben publicar los mismos en las hojas de la sociedad, y dicha publicación debe ser incorporada a los expedientes del Registro (Artículo 91 de la Ley de 1937).

De acuerdo al Artículo 87 de la mencionada Ley de 1937, los integrantes del Consejo de Vigilancia son elegidos por cuatro años, pero, si durante el término de tres meses estuviere integrado por un número de miembros inferior al necesario, el Tribunal respectivo hará las designaciones correspondientes a instancia de un miembro del Consejo o de un accionista.*

En cuanto a sus deberes, en el desempeño de su cargo, y a sus responsabilidades, esta Ley Alemana dispone que los miembros del Consejo de Vigilancia al igual que los miembros del Consejo de Administración tienen responsabilidad penal si proporcionan datos falsos para obtener el registro de la sociedad, y responsabilidad solidaria por los perjuicios que se causen en el momento de la fundamentación. Este caso no lo prevee nuestro Derecho Mexicano.

Además del Consejo de Vigilancia antes descrito, el Derecho Alemán reglamenta la existencia de Revisores o Comisarios dentro de la

* Artículo 89 de la Ley de 1937.

sociedad, que pueden ser de varios tipos dependiendo de la función que realicen dentro de la misma:

1. **REVISORES DE LA CONSTITUCION.-** Que como su nombre lo indica son aquellas personas encargadas de verificar la legal existencia de la sociedad en el momento de la constitución de la misma.

2. **REVISORES ORDINARIOS DEL BALANCE.-** Son aquellas personas designadas por la Asamblea General de Accionistas como tales, antes de finalizar el ejercicio social, o en su falta, son nombrados por el Tribunal respectivo a solicitud de la Dirección del Consejo de Vigilancia o de un accionista, previa audiencia de la Cámara de Comercio.

No pueden ser Revisores Ordinarios, los Directores, los miembros del Consejo de Vigilancia ni los empleados de la sociedad o de otra sociedad matriz o filial.

Su función principal consiste en examinar las cuentas anuales, la contabilidad y el informe de los Directores, además, deben presentar un informe a la Dirección y al Consejo de Vigilancia al respecto.

3. **REVISORES EXTRAORDINARIOS.-** Son nombrados por la Asamblea General de Accionistas, con el objeto de examinar la marcha de la sociedad o las gestiones de la misma.

Al igual que los Revisores Ordinarios, los Revisores Extraordinarios deben de rendir un informe de sus actividades y depositar una copia del mismo en el Registro de Comercio.

Los Directores tienen la obligación de facilitar la labor de los Revisores, ya sean Ordinarios o Extraordinarios.

La responsabilidad de los Revisores en general, consiste en la obligación de realizar su labor con celo e imparcialidad y son responsables solidariamente frente a la sociedad, si proporcionan datos falsos o si se aprovechan de su encargo, pero esta responsabilidad está limitada hasta la cantidad de cien marcos.

Las funciones que realizan dichos Revisores, en nuestro Derecho, son efectuadas por el comisario, por lo que a nuestro juicio no consideramos necesaria la creación de éstos dentro de la Sociedad Anónima.

b) LEGISLACION AUSTRIACA.

La Ley Austriaca, reproduce en la mayoría de sus preceptos la Ley Alemana de 1937, que fue introducida en este país durante la ocupación Alemana.

El legislador Austriaco de 1965, llevó a cabo una mezcla de dicha

Ley Alemana, " suprimiendo las normas de índole nacional-socialista, y el orden jurídico Austriaco".²⁵

En este sentido, los Juristas Austriacos, consideraron que la Ley Alemana de 1937 debería ser considerada aún en el año de 1965, como moderna y adecuada a las situaciones europeas.

c) LEGISLACION ESPAÑOLA.

CODIGO ESPAÑOL DE SAINZ DE ANDINO.

En el año de 1829, Fernando VII, Rey de España, promulgó un Código de Comercio, el cual fue redactado por Don Pedro Sainz de Andino, en el que regulaba adecuadamente materias que habían sido omitidas o defectuosamente tratadas en el Código Napoleónico.

Sin embargo, debido al desarrollo comercial que se estaba gestando en esa época, este Código llamado de Sainz de Andino, tenía que modificarse, y con el objeto de darle un carácter sistemático, se habían intentado en varias ocasiones su revisión general; pero los diversos trabajos realizados no se consagraron legislativamente, sino hasta el 22 de agosto de 1885, cuando se promulgó un Nuevo Código de Comercio que habría de entrar en vigor en todos

²⁵ Walter Kasner Aktiengesetz, Ley sobre Sociedades por Acciones, Traduc. Español, 3a. Ed., Munich, Edit. Porrúa, S.A., 1965.

los territorios del Reino de España el primero de enero de 1886.

Este Código, pretende acentuar el carácter objetivo del Derecho Comercial, que se basa en el acto de comercio, aunque sin enumerar a los que considera como tales.

Por estas consideraciones, varios autores hispanos no lo creen superior al Código de Sainz de Andino antes mencionado; sin embargo, tuvo gran influencia sobre diversos Códigos de Comercio hispanos.²⁸

Los redactores de dicho Código de Comercio Español, al llegar al Derecho de Sociedades, optaron por olvidarse de la Ley Francesa de 1867 e interpretando a su manera el principio liberal formulado en España por la Ley de 1869, creyeron que la mejor forma de respetar dicho principio consistía en abstenerse de realizar una regulación completa de la Sociedad Anónima.

De esta manera, se intenta ordenar a la sociedad en escasos 19 artículos que iban del 151 al 169, regidos en su mayoría por el principio dispositivo que antepone la voluntad de los interesados al mandato de la Ley.

La escases de preceptos, demuestra que dicho Código de Comercio Español somete a normas imperativas a la Sociedad Anónima, impidiendo a los socios ordenar sus derechos y obligaciones, no regulando absolutamente nada acerca del Órgano de Vigilancia dentro de la misma,

²⁸ cfr Mantilla Molina, ob. cit., pág. 17

limitándose a su constitución y funcionamiento.²⁷

Se prevee, la existencia de uno o varios administradores amóviles, (artículos 122, 151, 155 y 156), sin que en éste figure dato alguno respecto de dicho Organo de Vigilancia.

Desde principios del siglo XX, en las revistas financieras y jurídicas españolas, y en los libros de los mercantilistas españoles, se mencionaban algunos abusos que habían surgido por la excesiva libertad que en la fundación y que en el funcionamiento de la Sociedad Anónima permitía el citado Código de Comercio Español.

Por estas razones, se elaboró un Proyecto de reforma el 19 de agosto de 1926, realizado por la Comisión de Codificación, con el propósito de colmar algunas lagunas existentes en el Código de Comercio de 1886.

En su Exposición de Motivos, se establecía que las Sociedades Anónimas deberían sujetar su organización y funcionamiento a normas preceptivas y obligatorias.

El carácter desfavorable que tuvo la información pública sobre este Proyecto, y sobre todo la oposición por parte de los grupos financieros y bancarios, hicieron fracasar la reforma proyectada de 1926.

Mientras tanto, los mercantilistas juristas postulaban una

²⁷ cfr Garrigues Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, 2a. Ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1979, pág. 413.

reglamentación más minuciosa. De esta manera, el Gobierno Español encomendó al Instituto de Estudios Políticos, la redacción de un Ante-Proyecto de reforma que apareció impreso en el año de 1947.

En la Exposición de Motivos de dicho Ante-Proyecto, se introduce como una innovación la figura de los Censores de Cuentas, con tendencia a organizar un Sistema de Revisión Periódica.

Se trata de un órgano social necesario, constituido por dos ó tres miembros, cuyo nombramiento es por el término de un año económico, (para México corresponde a un ejercicio social), siendo el cargo retribuido.

Se somete al examen de los censores la cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta sobre la distribución de beneficios, pueden examinar la contabilidad y todos los antecedentes de los mismos con la mayor amplitud.²⁸

El dictámen de la Comisión de las Cortes al Proyecto de la Ley del Ministerio de Justicia no contiene ninguna modificación esencial sobre la misma. Fue aprobado por unanimidad en la Sesión del Pleno celebrada el 14 de julio de 1951, siendo publicada la Ley en el Boletín Oficial del día 6 de agosto de 1951, entrando en vigor el día primero de enero de 1952.

La Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, consta de 171 artículos, dentro de los cuales se establece la constitución de dos órganos: (Artículo 2)

²⁸ cfr Girón Tena, José, Derecho de Sociedades Anónimas, Publicación de los Seminarios de la Fac. de Der. de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1952, pág. 384.

La Junta General

El Organismo Administrativo

Sin embargo, no se hace referencia al Organismo de Vigilancia, ya que los legisladores "... consideraron suficiente la labor fiscalizadora de la Junta General".²⁹

Esta Junta General, debe designar a dos censores propietarios y a dos suplentes, encontrándose dentro de sus funciones el examinar la contabilidad, el ejercicio social anterior y presentar un reporte sobre los mismos a dicha Junta General.

Establece además, la posibilidad de que la Ley o los administradores limiten el derecho de examen de los censores cuando éstos así lo juzguen conveniente.

Por otro lado, la Legislación Española concede a la minoría que represente el diez por ciento del capital social, el derecho de nombrar a un censor, pero éste debe ser miembro del Instituto de Censores Jurados de Cuentas, mismos que no pueden ser accionistas.

Con relación a nuestro derecho nos parece acertada esta disposición, ya que concede a la minoría un medio para defender sus derechos dentro de la sociedad.

²⁹ Garrigues Joaquín, Tratado de Derecho Mercantil, Ed. Revista Derecho Priv., t.I, Vol. II, Madrid 1947, pág. 986.

Asimismo, la Ley citada faculta a los accionistas que representen un treinta y tres por ciento del capital social, para pedir a los censores que investiguen en un momento determinado la situación financiera de la sociedad.

En este caso, consideramos que dicho Artículo vulnera los derechos de los accionistas, ya que aunque individualmente cada accionista puede examinar y vigilar la marcha de la sociedad, ésto se limita a un período determinado, antes de la celebración de la Junta General de Accionistas.

En el Derecho Mexicano, se concede a cualquier accionista la facultad de denunciar ante el comisario, cualquier irregularidad que note en la sociedad; opinamos que el Sistema Mexicano es más completo que el Sistema Español, a este respecto.

d) LEGISLACION FRANCESA.

CODIGO DE COMERCIO FRANCES.

Un acontecimiento de gran importancia en la historia del Derecho Mercantil es la promulgación del Código de Comercio Francés, efectuada por Napoleón Bonaparte, el cual entró en vigor en el año de 1808.

Con este Código, el Derecho Mercantil se vuelve predominantemente objetivo, ya que el concepto básico es el acto de comercio,

siendo que basta el realizarlo para que se aplique el Derecho Comercial, y la cualidad de comerciante es sólo la consecuencia de la celebración profesional de actos de comercio.

Por otro lado, este Código de Comercio Francés, amplió su campo de aplicación e hizo que excediera en mucho al comercio en sentido económico.

Posteriormente, nace la Ley Francesa del 24 de julio de 1867, que liberó a la Sociedad Anónima de la concesión previa del Estado, sometiéndola, en cambio, a normas coactivas sobre suscripción de capital social, aportaciones en especie, etc.

Esta Ley, representa en su época un gran adelanto, ya que constituye un cuerpo de doctrina legislativa sobre la Sociedad Anónima que hasta hace poco tiempo conservó su vigor y su original fisonomía, a través de las sucesivas modificaciones parciales de que ha sido objeto.

De este modo, la citada Ley de 1867 reguló a los Organos de Vigilancia, siendo "esta vigilancia potestativa en las sociedades personales y obligatoria en las sociedades por acciones"³⁰

Asimismo, de entre las características más importantes que caben señalar, es que establecía que la sociedad precisa de uno o varios comisarios, algunas veces calificados de censores, sean accionistas o no. El comisario se encuentra necesariamente sometido a la reelección cada año.

³⁰ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, Tratado de Sociedades Mercantiles, 4a. Ed., Edit. Porrúa, S.A., t. II, México 1971, pág. 147.

Si la Asamblea omitiere su nombramiento, el Presidente del Tribunal de Comercio lo debe designar por auto, a petición de parte más diligente. (Artículo 52).³¹

El comisario sólo puede hacerse proporcionar, después del primer semestre de cada ejercicio social, de un sumario del Balance de Situación (Artículo 34), pero se le niega la facultad de comprobar ese balance de situación.

También tiene, la facultad de convocar en todo momento a la Asamblea General corriendo el riesgo de quedar como letra muerta, ya que están a la voluntad del Consejo de Administración. (Artículo 33 párrafo segundo del citado Código de Comercio Francés).

El derecho de investigar la contabilidad y las partidas del activo, sólo comienza ante la proximidad de la Asamblea Anual, tres meses antes de la fecha fijada para que ésta se realice.

Según Thaller, esta vigilancia implica la falta de control permanente, ya que el comisario tiene que limitarse a investigar " si las cuentas están correctamente presentadas, si las estimaciones son exactas, si los beneficios son reales y, en el transcurso del año, si el déficit que existe pone en peligro a la sociedad y necesita con urgencia un acuerdo de los accionistas. El comisario no tiene que investigar si la gestión se hizo de acuerdo con los

³¹ Código de Comercio Francés de 1867.

intereses de la sociedad."²²

Respecto a la responsabilidad de los comisarios, establece los mismos principios que para los administradores, aunque tienen sanciones especiales, cuando dan a sabiendas informes engañosos.

No existe fiscalización por parte del Estado, y la que puede realizar el socio, se reduce a examinar el balance antes de la celebración de la Asamblea General Ordinaria de Accionistas.

En general, la reglamentación de los comisarios en la Legislación Francesa, coincide con nuestra Legislación.

Por último, es interesante señalar que la Ley Francesa en cuestión, prevee el caso de que una empresa cuente con más de cincuenta empleados y obreros, caso en que los faculta para organizar Comités de Empresa, que están integrados por Delegados del personal, que tienen facultades de fiscalización reducidas, especialmente, a examinar el balance por medio de un perito contable, y en su caso, convocar al comisario o enviar a dos Delegados con voz, pero sin voto al Consejo de Administración.

Consideramos muy acertada la mencionada disposición legal, y creemos que sería muy conveniente que tuviéramos una semejante en nuestra legislación mercantil vigente.

²² *Traité de Droit Commercaill*, Libraire Arthur Rousseau, Paris, 1931.

e) **LEGISLACION INGLESA.**

DERECHO ANGLOSAJON.

En el Derecho Inglés, existe un Sistema Revisor, cuyos antecedentes se remontan a las Chartered Companies y a las incorporadas por Acta del Parlamento. El Companies Act de 1948, se trata de un verdadero Código con 462 artículos y 18 anexos.³⁹

Este Companies Act, regula varias formas de vigilancia a saber :

1) Por medio de una accionista, es decir, un **Sistema Individual.**

Aunque un socio tiene el derecho de vigilancia, no está declarado en forma imperativa, por lo que lo usual es que los estatutos deroguen esta facultad y la limiten a un determinado tiempo.

Este Sistema sí está previsto por nuestra Legislación Mercantil.

2) Por medio de **Auditors**, que pueden ser uno o varios,

³⁹ Companies Act de 1948.

nombrados por la Asamblea General de Accionistas, y en su defecto serán nombrados por el Ministerio de Comercio.

Deben pertenecer a una de las asociaciones reconocidas oficialmente por el Board of Trade, y no pueden ser ni empleados ni directores de la sociedad, ni una persona moral.

La Legislación en cuestión, considera a los comisarios como empleados de la sociedad, y sus funciones dependen de lo establecido en los Estatutos Sociales; pero en todo caso, deben de cumplir con las disposiciones legales correspondientes, y realizar un informe que debe ir acompañado al balance social.

Se fiscaliza por ellos la contabilidad en un sentido amplio y no meramente desde un punto de vista aritmético, sino con el fin de asegurar que contiene una exacta imagen de la situación de los negocios sociales, pero siempre sin inmiscuirse en la función gestora de la Administración.³⁴

La obligación esencial de los Auditors es, como se dijo anteriormente, la redacción de su informe -Auditor's Report- que debe ir acompañado al balance anual, y para ello debe examinar las cuentas y los documentos sociales, obtener todas las informaciones y explicaciones necesarias; además, la Ley les confiere expresamente el derecho de examinar los libros y documentos de la sociedad, teniendo para tal efecto, acceso a toda la contabilidad y documentación social.³⁵

³⁴ cfr Girón Tena, ob. cit., pág. 384.

³⁵ cfr Garo, Francisco, J., Sociedades Anónimas, t. II, Buenos Aires, 1954, pág. 315.

De Sola Cañizares, nos dice que: "si los Auditors no cumplen con sus deberes, y como consecuencia de ellos se provocan perjuicios a la sociedad, los Auditors son responsables, y para librarse de dicha responsabilidad, deben probar que el perjuicio no es el resultado del incumplimiento de sus deberes, pero la sociedad debe demostrar la existencia de dicho perjuicio".³⁶

En Inglaterra, el contrato que liga a los Auditors con la sociedad, es un contrato de **Agency**, "que en teoría corresponde al mandato".³⁷

Respecto a este Sistema, consideramos que se asemeja al establecido por nuestro Derecho, mismo que es ejercitado por los comisarios; aunque cabe notar que en nuestro Derecho no hay impedimento alguno para que ocupe el cargo una persona moral y que no se establece además, que deben pertenecer a determinadas asociaciones.

3) Por medio de **inspectores** designados por el Board of Trade, siempre que lo soliciten los accionistas que representen por lo menos el diez por ciento de las acciones emitidas. Tales inspectores gozan de las más amplias facultades.

Este Sistema no está previsto en nuestra Legislación, y consideramos que no hay necesidad de hacerlo.

³⁶ ob. cit., t. II, pág. 63

³⁷ Lisbonne, ob. cit., pág. 17.

4) Por medio de la intervención del **Ministro de Hacienda (Treasury)**, en el caso de que el capital social exceda de la cantidad de cincuenta mil libras.³⁸

Tampoco encontramos disposición alguna relativa en nuestro Derecho por lo que respecta a las Sociedades Anónimas en general.

f. LEGISLACION ITALIANA.

CODIGO DE COMERCIO DE 1882.

CODIGO CIVIL DE 1942.

El Código de Comercio Italiano, del 31 de octubre de 1882, reguló de manera diferente la Administración y Vigilancia de la sociedad, ya que junto a los administradores se crea un Organismo Especial de Vigilancia denominado **Collegio Del Sindaci**.³⁹

En el cual, las atribuciones de los comisarios se extienden a la vigilancia de las operaciones sociales y a la revisión del balance anual, siendo un órgano de intervención permanente.⁴⁰

Tanto en el Código de Comercio de 1882 como en el Código Civil de 1942, se acentúa el carácter de colegiado de este órgano permanente de la

³⁸ De Sola Cañizares, ob. cit., t. II, pág. 53.

³⁹ cfr Brunetti, Antonio. Trattato del Diritto delle Società, Ed. A. Giuffré, Milán, 1946, t. I, pág. 211.

⁴⁰ Artículos 121 y 183 del Código de Comercio Italiano.

sociedad, siendo su nombramiento un elemento esencial del Acta Constitutiva. (Artículos 134 del Código de Comercio y 2328 del Código Civil de 1942).

Sin embargo, el Código Civil de 1942 reglamentó en mayor proporción dentro de sus preceptos a la vigilancia de la sociedad, ya que establece tres tipos de vigilancia:⁴¹

a) **La Vigilancia Privada**, que es la realizada por medio de un órgano social de existencia obligatoria denominado Colegio Sindical, anteriormente citado, formado por tres o cinco miembros que pueden ser o no socios.

En el caso de que la sociedad tenga un capital social mayor de cinco millones de liras, se deberá elegir a los síndicos entre los miembros de una lista llamada **Nómina de Revisores Oficiales de Cuentas**, es decir, se deben elegir por lo menos a un síndico de dicha lista, si el Colegio Sindical está integrado por tres miembros; o por dos síndicos si el Colegio Sindical está formado por cinco miembros.

En ambos casos, se debe nombrar a un suplente.

No pueden ser síndicos, las personas sometidas a interdicción, ni los fallidos condenados a penas que impliquen interdicción a cargos públicos; ni los parientes dentro del cuarto grado.

⁴¹ cfr Rodríguez Rodríguez, Notas de Derecho Mercantil de Ascarelli, pág. 157.

Los síndicos deben ser designados en el acto constitutivo de la sociedad o posteriormente, por designación de la Asamblea, y durarán en su encargo tres años.

El Colegio Sindical será regido por un Presidente, designado en una junta de entre los miembros del citado Colegio, pero si hay algún síndico que sea Revisor General de Cuentas, será éste el que presida; si hubiere varios, la Asamblea General de Accionistas elegirá a uno de entre ellos.

Las funciones principales del Colegio Sindical son:

1. Controlar la administración de la sociedad.
2. Velar por el cumplimiento de la Ley y de los Estatutos Sociales.
3. Comprobar la regularidad de la contabilidad, del balance, del estado de pérdidas y ganancias.
4. Comprobar cada cinco meses el estado de la caja y la existencia de títulos valores (Títulos de Crédito).

Aunque se trata de un órgano colegiado, la Ley faculta a cualquier miembro del Colegio Sindical para que en cualquier momento pueda realizar actos de inspección y control de la sociedad.

Asimismo, establece que los acuerdos del Colegio Sindical se tomarán por mayoría absoluta de votos, que deben hacerse constar en un Libro de Actas Especial, todas aquellas actuaciones del mencionado Colegio.

Además, obliga al Colegio a rendir un informe anual a la Asamblea General de Accionistas, sobre la marcha de la sociedad.

Establece también, la responsabilidad solidaria entre los síndicos y los administradores, por los hechos u omisiones de éstos últimos, si el daño no se hubiere producido si los síndicos hubieren realizado la debida y correcta vigilancia.

Este Sistema es muy semejante al de los comisarios establecido en nuestra Legislación Mercantil, con la diferencia de que en México, se trata de un órgano unitario y no colegiado como lo es el Italiano.

b) **Vigilancia Individual**, es decir, la realizada por los socios; en ésta se faculta expresamente a cualquier socio para inspeccionar y obtener extractos de los libros de la sociedad, y de los libros de la contabilidad, y también para examinar los informes de los administradores y de los síndicos, durante los quince días que antecedan a la verificación de la Asamblea General Ordinaria de Accionistas.

Además, se concede el derecho a cualquier socio de denunciar al Colegio Sindical los hechos que considere censurables, siempre que la denuncia la efectúen los socios que representen una vigésima parte del capital social.

Consideramos por lo que se refiere a esta parte, que este Sistema es semejante al nuestro realizado por los socios.

c) **La Vigilancia Judicial**, es aquella que se realiza por medio de inspectores nombrados por los tribunales , siempre a petición de los accionistas que representen cuando menos un diez por ciento del capital social.

La Ley Italiana, faculta al tribunal para adoptar las medidas precautorias que juzgue convenientes, y para convocar a Asamblea e incluso a revocar los nombramientos de los administradores y de los síndicos, nombrando administradores o síndicos judiciales, los cuales pueden iniciar las acciones de responsabilidad contra aquéllos.

También, prevee el caso de la actuación del tribunal a instancia del Ministerio Público.

En el Derecho Mexicano, se concede una facultad semejante a los tribunales, pero siempre debe ser a instancia de los socios y nunca del Ministerio Público.

Consideramos que la intervención del Ministerio Público sólo podría justificarse en el caso de Sociedades de Interés Público, por lo que opinamos que de establecerse de esta manera aquí en México, requeriría de una reglamentación más detallada.

2.- LATINOAMERICA.

a) LEGISLACION ARGENTINA.

El Código de Comercio Argentino de 1889, fue redactado por los Doctores Dalmacio Velez Sarsfield y Eduardo Acevedo.⁴²

Este Código, establece tres Sistemas de Fiscalización de la sociedad a saber: el Individual, el Privado y el Oficial.

Sistema Individual

Con relación a las sociedades comerciales en general, dicho Código en su Artículo 284 establece que no se le puede negar a los socios el derecho a examinar los libros, correspondencia y demás documentos que comprueben el estado financiero de la Administración Social, pero se ha discutido si es aplicable o no a las Sociedades Anónimas.

Parte de la doctrina y de los fallos de los tribunales limitan este derecho a cierto tiempo anterior a la celebración de la Asamblea General de Accionistas.

⁴² cfr. Segovia. Explicación y Crítica del Nuevo Código de Comercio de la Rep. de Argentina, Lib. y Ed., La Facultad, Buenos Aires, Argentina, 1933, I, pág. 14.

Este Sistema Individual, no es novedoso para nuestro Derecho, ya que también les concede esta facultad a los accionistas de las sociedades mexicanas.

Sistema Privado

El Sistema de Fiscalización Privada, lo establece la Ley Argentina en su Artículo 335 que obliga a la Asamblea de Accionistas a que nombre uno o varios síndicos, revocables en cualquier tiempo.

Garo, afirma que: "...esta sindicatura fue introducida al Código de Comercio Argentino, habiéndose inspirado en el Código de Comercio Italiano de 1882, "aunque sin imitarlo en algunos preceptos dignos de ser imitados".⁴⁹

De entre las funciones atribuidas a los síndicos, se encuentran las siguientes:

"1) Examinar los libros y documentos de la sociedad, siempre que lo juzgue conveniente y por lo menos cada tres meses.

"2) Convocar a Asamblea Extraordinaria de Accionistas cuando lo juzgue conveniente y necesario y a la Asamblea Ordinaria de Accionistas, cuando lo omitiere el Directorio.

⁴⁹ ob. cit., t. II, pág.491.

"3) Asistir con voto consultivo a las Sesiones del Directorio, siempre que lo estime conveniente.

"4) Fiscalizar la Administración de la sociedad, verificando frecuentemente el estado de la caja y la existencia de títulos y valores de toda especie.

"5) Verificar el cumplimiento de los estatutos, relativos a las condiciones establecidas para la intervención de los socios en las Asambleas.

"6) Vigilar las operaciones de liquidación de la sociedad.

"7) Dictaminar sobre el inventario y el balance presentados por el Directorio.

"8) En general, velar por que el Directorio cumpla con las Leyes, Reglamentos y Estatutos de la sociedad".⁴⁴

Este es un órgano necesario, permanente, temporal y reelegible; su nombramiento es revocable y su función indelegable y personal, pudiendo ser ejercida por un socio o por un extraño a la sociedad.

La Ley Argentina, no menciona para nada las incompatibilidades para ser síndico, estableciendo que sus funciones son remuneradas y sus derechos y obligaciones son regidos por las reglas del mandato.

⁴⁴ Cinolio Vernengo, Recopilación de Códigos de la Rep. Argentina, Buenos Aires, t. I, pág. 91, ver También Segovia, ob. cit., Sección IV, pág. 270.

Los síndicos, son responsables por los actos de los Directores violatorios de la Ley o del mandato social, si no dan cuenta a la Asamblea de Accionistas de los mismos.

Este Sistema Privado, es en realidad el que se encuentra vigente en el Derecho Mexicano.

Sistema Oficial.

La Vigilancia Oficial en el Derecho Argentino, aunque no está prevista por la Ley, está ordenada por los Decretos de fechas 17 de noviembre de 1908 y del 27 de abril de 1923; dicha fiscalización es realizada por funcionarios de la Inspección General de Justicia, que asisten a las Asambleas de Accionistas, además de examinar la contabilidad y los balances.

Esta vigilancia es obligatoria, pues en el caso de que una sociedad se niegue a aceptarla, el Estado puede retirarle su autorización para funcionar y privarla de su personalidad jurídica.

En nuestro Derecho, no encontramos reglamentado un sistema semejante a este para las Sociedades Anónimas en general.

b) LEGISLACION BRASILEÑA.

En este país, el Órgano de Vigilancia recibe el nombre de **Consejo Fiscal (Conselho Fiscal)**, el cual está compuesto por tres ó más miembros, con tres suplentes.

Son nombrados por la Asamblea General Ordinaria de Accionistas y a través de la Escritura Constitutiva. (Artículo 124 Decreto-Ley n. 2627 del 26 de septiembre de 1940). Es un órgano obligatorio.⁴⁵

El cargo de fiscal es necesario, "...pues si la Asamblea no ha efectuado el nombramiento, el Presidente de la Junta Comercial di Distrito, debe nombrarlos a requerimiento de parte."⁴⁶

Los fiscales pueden ser accionistas o extraños de la sociedad, y pueden ser reelectos siendo la duración de sus funciones de un año.

El cargo es desempeñado personalmente, y no tienen un derecho permanente de examen, pues debe examinar "...durante el trimestre que precede a la reunión de la Asamblea General Ordinaria de Accionistas, los libros, y al mismo tiempo verificar el estado de la caja y de la cartera".⁴⁷

La Ley Brasileña, no indica si deben obrar colectiva o

⁴⁵ cfr Carvalho de Mendoca, José Javier, Tratado di Direito Comercial Brasileiro, Libro II, Vol. IV, Rio de Janeiro, 1937, pág. 87.

⁴⁶ Carvalho de Mendonca, ob. cit., pág. 90.

⁴⁷ Artículo 127 de la Ley de 1940.

individualmente, pero no hay duda de que el informe debe ser colectivo, aunque se deduce que pueden externar individualmente sus puntos de vista.

No otorgan caución, pues existe la garantía de los administradores. Respecto a su remuneración, la Ley no indica ningún criterio, por lo que ordinariamente la Asamblea de Accionistas les atribuye una retribución fija.

Por lo tanto, son limitadísimas sus funciones, ya que su misión, es la de verificar las cuentas y no la fiscalización permanente de los administradores. Carvalho de Mendonca los llama "Comisarios Guardalibros".⁴⁸

La extensión y efectos de su responsabilidad son los mismos de los mandatarios a los cuales se les equipara.

c) LEGISLACION COLOMBIANA.

En el régimen colombiano, se ha establecido la Fiscalización Privada por Revisores y la Oficial por Funcionarios Públicos.

La Asamblea General de Accionistas, debe elegir un Revisor Fiscal y su suplente, que no podrá ser accionistas de la sociedad.

⁴⁸ob. cit.,pág. 91.

La Ley les confiere amplias facultades para la inspección de las cuentas sociales, y debe autorizar los balances con su firma, siendo responsable solidariamente con los administradores de los perjuicios causados por negligencia en el cumplimiento de sus deberes. (Ley 58 de 1931, Decreto 1946 de 1936, y Artículos 134, 135 y 136 del Decreto de 1950).⁴⁹

La Jurisprudencia ha declarado que puede haber varios Revisores Fiscales, y que pueden ser personas jurídicas.⁵⁰

Dependiendo del Ministro de Economía Nacional de Colombia, se creó el cargo de Superintendente de Sociedades, a través de la Ley de 1931 y del Decreto de 1939, como un elemento necesario para el funcionamiento de la sociedad.

Los contadores públicos que son Superintendentes de Sociedades tienen que ser forzosamente "...ciudadanos colombianos, y deben probar su experiencia y cualidades para conseguir su licencia para este cargo".⁵¹

El Presidente de la República, nombra por un período de cuatro años al Superintendente, el cual puede tener dos Delegados.

La Superintendencia debe autorizar no solamente la constitución de la sociedad, sino el ofrecimiento de acciones al público, el aumento de capital social y la emisión de bonos.

⁴⁹ cfr De Sola Cañizares, ob. cit., pág. 180.

⁵⁰ cfr Superintendencia de Sociedades Anónimas, Oficio del 26 de agosto de 1943.

⁵¹ Backus & Phanor, A Guide of the Law and the Legal Literature of Colombia, Ed. Library of Congress, Washington 1943, pág. 84.

Durante la vida social debe practicar inspecciones y puede imponer multas, e incluso ordenar la disolución de la sociedad, cuando ésta haya perdido el cincuenta por ciento de su capital social.

"La sociedad debe presentar anualmente el balance a la Superintendencia, y cualquier ciudadano puede denunciar a este organismo irregularidades o violaciones legales por parte de la sociedad".⁸²

d) LEGISLACION NORTEAMERICANA.

La Legislación Norteamericana, prescinde del Sistema de Fiscalización por comisarios, que prescriben los Sistema Legislativos a los que nos hemos referido en este Capítulo.

No existe la fiscalización inglesa por Auditors designados por la Asamblea General de Accionistas, aunque los balances de las grandes sociedades son revisados por peritos contables, designados por los propios Directores y no por los accionistas.⁸³

Es un principio de Common Law, "...que cada accionista tiene el derecho de examinar los libros y registros de la sociedad personalmente o

⁸² De Sola Cañizares, ob. cit., pág. 181.

⁸³ cfr Stevens S., Robert, Handbook on the Law of Private Corporations, West Publishing Co. St. Paul, Minn. 1936, pág. 487.

valléndose de un representante, mientras lo haga en tiempo oportuno y para proteger sus intereses".⁵⁴

Morawetz, afirma que este derecho de cada accionista se considera esencial, y que en los Estados Unidos de Norteamérica, el accionista de una sociedad tiene el mismo derecho a examinar los libros, que el socio de una asociación, aunque reconoce que: "...si todos los accionistas de una gran sociedad usaren como quisieren este derecho; en la práctica sería imposible llevar los libros adecuadamente, y se revelarían al público todas las operaciones de la sociedad sin posibilidad de guardar el secreto de sus negocios".⁵⁵

Existe un control oficial de las sociedades, "especialmente en lo que se refiere a la emisión y colocación de sus acciones, a través de las Leyes conocidas como Blue Sky Laws".⁵⁶

Las Blue Sky Laws, nos dice De Sola Cañizares que: "...han sido en general de poca eficacia a causa de las múltiples excepciones que las sociedades han venido obteniendo, de la insuficiencia del personal necesario y de la existencia de estados que aplican un criterio de libertad, coexistiendo con otros de rigurosa reglamentación".⁵⁷

El mismo autor, comenta que "la verdadera fiscalización de las sociedades, es la que resulta de las Leyes Federales, y que contienen una

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ De Sola Cañizares, ob. cit., pag 419.

⁵⁶ Barrera Graf, Curso de Derecho Mercantil, México 1958, Ed. Porrúa, S.A., pág. 379.

⁵⁷ ob. cit., pág. 420.

reglamentación rigurosa, teniendo gran eficacia en la práctica".²⁸

Ballantine, nos habla de "las grandes pérdidas que como consecuencia de la recesión de 1929, sufrieron los accionistas obligacionistas de sociedades, a causa de los abusos en la emisión y venta de los valores mobiliarios, estimándose tales pérdidas en veinticinco billones de dólares durante los diez años que precedieron a 1933".²⁹

Así pues, se consideró necesario y urgente reglamentar la protección de quienes invierten sus fondos en títulos de sociedades inspirándose en la Blue Sky Laws, pero ampliando y perfeccionando el sistema y aplicándolo a todo el territorio de los Estados Unidos de Norteamérica mediante la promulgación de Leyes Federales.³⁰

e) LEGISLACION PARAGUAYA.

El Congreso Nacional por Ley del 10 de julio de 1906, creó un Comité de Inspección para las Sociedades por Acciones, pero tres años más tarde este Comité fue disuelto por la Ley del 22 de junio de 1909, la cual transfirió sus deberes y funciones a la Contaduría General de la Nación.

En 1930, se registraron ciertas adiciones, y la vigilancia de las

²⁸ Idem.

²⁹ Ballantine, Henry Winthrop, On Corporations, Ed. Chicago, Callahan & Co., 1946, pág. 874.

³⁰ Idem.

sociedades quedó a cargo del Ministerio de Hacienda o Tesorería.⁶¹

Aunque la Legislación Paraguaya sobre Sociedades Anónimas se inspira, en principio, por el Código de Comercio Argentino de 1889, no se adoptaron las disposiciones argentinas relativas a la fiscalización de las Sociedades Anónimas ⁶², sino que enfocando la cuestión desde otro punto de vista, estableció una fiscalización e inspección de la Sociedad Anónima, a cargo de Inspectores dependientes del Ministerio de Hacienda, quienes deben estudiar los balances denunciando los hechos ilegales y defectuosos a dicha dependencia.⁶³

f) LEGISLACION URUGUAYA.

El Código de Comercio del Uruguay, sancionado el 26 de marzo de 1865, consta de 1722 artículos.

Posteriormente, y en lo que respecta a la fiscalización, apareció el Decreto del 18 de diciembre de 1947 sobre fiscalización oficial del Estado, ejercida por la Inspección General de Banco y Sociedades Anónimas, traspasándose su ejercicio a la Oficina de Recaudación de Impuestos a las Ganacias Elevadas, por Ley del 29 de abril de 1950.⁶⁴

⁶¹ cfr Clagett L., Helen, A Guide to the Law and Legal Literature of Paraguay, Ed. Library of Congress, Washington 1947, pág. 13.

⁶² Decreto Argentino del 27 de abril de 1923.

⁶³ cfr De Sola Cañizares, ob. cit., pág. 353.

⁶⁴ cfr De Sola Cañizares, ob. cit., pag 507.

La fiscalización tiene lugar en las Asambleas Generales de Accionistas a las que asiste un inspector ⁶⁵, debiendo comprobar la observancia de las disposiciones legales y estatutarias, y los quórum y mayorías necesarios⁶⁶.

Los balances deben ser examinados por la Oficina de Ganancias Elevadas.

De una manera general, esta dependencia puede realizar inspecciones, siempre que tenga conocimiento de irregularidades o violaciones de la Ley o de los estatutos.⁶⁷

El Poder Ejecutivo puede retirar la autorización de funcionamiento a una Sociedad Anónima que se negare a ser inspeccionada.⁶⁸

g) LEGISLACION VENEZOLANA.

En Venezuela, el Código de Comercio del 23 de junio de 1919, el cual ha sido reformado por la Ley del 26 de julio de 1955, establece que la Asamblea Ordinaria de Accionistas nombrará a uno ó más comisarios, socios o no, para que informen a la Asamblea General de Accionistas del siguiente año,

⁶⁵ Decreto del 18 de diciembre de 1947.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ Artículo 27 Decreto cit. de 1947.

⁶⁸ Artículo 28 Decreto cit. de 1947.

sobre la situación de la sociedad, las cuentas y del balance.⁶⁹

En los casos de impedimento o falta de aceptación o nombramiento de alguno de los comisarios, cualquier interesado puede acudir al Juez de Comercio, el cual nombrará, con audiencia de los administradores, a los comisarios que falten.⁷⁰

Los comisarios, tienen un derecho ilimitado de inspección y vigilancia sobre todas las operaciones sociales, y pueden examinar los libros, la correspondencia y en general, todos los documentos de la sociedad.⁷¹

Cada seis meses, los comisarios deben exigir de los administradores, un estado sumario de la situación de la sociedad⁷², y anualmente un balance⁷³, que deberán revisar elaborando un informe⁷⁴ que explique los resultados del examen del balance y de la Administración, las observaciones que ésta le sugiera, y las proposiciones que estimen convenientes.⁷⁵

La deliberación sobre el balance será nula, si no ha sido precedida de este informe.⁷⁶

⁶⁹ cfr De Sola Cañizares, ob. cit., pág. 537.

⁷⁰ Artículo 292 del Código de Comercio.

⁷¹ Artículo 314 del Código de Comercio.

⁷² Artículo 270 del Código de Comercio.

⁷³ Artículo 309 del Código de Comercio.

⁷⁴ Artículo 299 del Código de Comercio.

⁷⁵ Artículo 316 del Código de Comercio.

⁷⁶ Idem.

Deben asimismo, asistir a las Asambleas de Accionistas y desempeñar las funciones que la Ley y los Estatutos Sociales les atribuyan, y en general, velar por el cumplimiento por parte de los administradores, de los deberes que les impongan la Ley y la Escritura, o los Estatutos Sociales de la compañía.”

” Artículo 310 del Código de Comercio.

CAPITULO TERCERO

ASPECTOS CONCEPTUALES DEL ORGANO DE VIGILANCIA.

A. CONCEPTO DEL ORGANO, DE CONTROL Y DE LA VIGILANCIA.

Las sociedades, son personas jurídicas o morales por ser "sujeto de derecho distinto de las personas físicas que lo integran"⁷⁶

⁷⁶ Vivante, Caesare, Tratado de Derecho Mercantil, Ed. Revs, versión español de la 5ta. Ed. Italiana, t. II, Madrid, 1932, pág. 300.

Como personas morales, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 27 del Código Civil para el Distrito Federal obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, requiriendo la existencia de personas físicas para la ejecución material de los actos propios de sus funciones.

Estas personas físicas se constituyen en titulares de los órganos sociales, asumiendo el ejercicio de las facultades que se encuentran dentro de la esfera de la competencia de cada uno de los órganos que integran.

Antes de exponer el concepto de órgano, consideramos necesario hacer aunque brevemente, algunos comentarios sobre los órganos sociales que están previstos y reglamentados por la Ley en relación a las Sociedades Anónimas:

1. Asamblea General de Accionistas.

2. Consejo de Administración.- que puede estar integrado por varias personas o por una sola persona llamándosele en este caso, Administrador Unico.

3. Organismo de Vigilancia.

El maestro Rodríguez Rodríguez, define a la Asamblea General de Accionistas como "...la reunión de accionistas legalmente convocados y

reunidos para expresar la voluntad social en materias de su competencia"⁷⁹

Es por lo tanto, el órgano supremo y deliberante de la voluntad social.

El Consejo de Administración o el Administrador Unico, es el órgano de representación, gestión y ejecución. Su función es tanto interna como externa.

En el primer caso, "actúa hacia afuera, frente a terceros " y en el segundo, "en la formulación de la voluntad y en la adopción de acuerdos sin que ello trascienda frente a terceros"⁸⁰

A su vez, los comisarios constituyen el medio de control de la sociedad, el cual examinaremos con más detalle en el transcurso de este trabajo.

Cesar Vivante, hace una división de los órganos sociales, en ordinarios y extraordinarios. ⁸¹

Los primeros están representados por las Asambleas, los administradores, y los síndicos (comisarios). Los extraordinarios, son los que tienen la misión de subsanar la actuación deficiente de los primeros y de

⁷⁹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, Ed. Porrúa, t. II, México, 1957, pág. 4.

⁸⁰ Rodríguez Rodríguez, ob. cit., pág. 107.

⁸¹ cfr ob. cit., n. 486, pág. 231.

encaminarla por las vías legales, y son la minoría, y cada uno de los socios.

En este punto coincide con Don Joaquín Rodríguez Rodríguez, quien también clasifica a la minoría y a cada uno de los socios, como órganos de vigilancia y de control al expresar que: "...los socios individualmente considerados, son órganos de estas funciones, ya que el derecho individual de cada accionista para pedir la convocatoria de la Asamblea Ordinaria cuando ésta deja de reunirse durante dos ejercicios consecutivos (Artículo 185), el derecho que tiene de denunciar anomalías e irregularidades a los comisarios (Artículo 167), entre otros que podríamos citar, son todos típicos derechos de vigilancia y de control".⁸²

Los mismos accionistas considerados como minoría también son órganos de vigilancia según el autor antes mencionado; así "el derecho que tiene la minoría que represente el 25% del capital social para nombrar a un administrador (Artículo 144 de la LGSM), el derecho de pedir la convocatoria extraordinaria de la Asamblea Ordinaria o Extraordinaria (Artículo 184 de la LGSM), el derecho de exigir responsabilidades a los administradores y comisarios (Artículos 163 y 164 de la LGSM) y el de impugnar los acuerdos sociales de los accionistas que representen el 33% del capital social"⁸³

Al adherirnos a la teoría de Vivante y Rodríguez Rodríguez, opinamos que los socios no pueden renunciar anticipadamente al ejercicio de estas funciones o facultades, ya que no las poseen en beneficio propio e individual, sino del ente social.

⁸² ob. cit., pág. 177.

⁸³ Idem.

Ahora bien, después de examinar algunos aspectos sobre los órganos sociales de la Sociedad Anónima, entraremos al tema de órgano, palabra que ha sido usada en muchos sentidos por diversos autores al querer precisar su significado.

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

Por otro lado, podría referirse a la actividad de los órganos de control, en estricto sentido, a una simple actividad de revisión de la contabilidad. En el Derecho Mexicano tal distinción resulta intrascendente.⁶⁴

De Gregorio, menciona que algunos autores como "Bolaffio, Rocco y Vivante, consideran al órgano como un elemento necesario para el desarrollo de la actividad jurídica del ente, aún cuando el mismo actúe por delegación de poderes de otro".⁶⁵ Creemos que aquí se refiere en especial al poder delegado por la Asamblea.

El mismo De Gregorio, nos da el concepto de órgano diciendo que es : "el elemento necesario constitutivo del ente social, llamado a formar y a

⁶⁴ Rodríguez Rodríguez, ob. cit., pág. 146.

⁶⁵ De las Sociedades y de las Asociaciones Comerciales, Ed. Ediar, I, II, Buenos Aires, pág. 312.

expresar su voluntad, según las reglas de constitución del ente".⁸⁸

Interpretamos las ideas del autor antes citado en el sentido de que se refiere a la Asamblea y al Consejo de Administración, haciéndolas extensivas para el comisario, pues, si el concepto que analizamos es indispensable en las Sociedades Anónimas, nos parece justo extenderlo al Órgano de Vigilancia, toda vez que la figura jurídica de la sociedad se desarrolla necesariamente, según nuestra Ley a través de las actividades de la Asamblea, del Consejo de Administración o Administrador Único y del comisario u Órgano de Vigilancia.

Bonelli, citado por De Gregorio expresa que "órganos de una unidad patrimonial son los elementos por medio de los cuales la misma quiere y obra, esto es, se comporta como sujeto en el mundo jurídico"⁸⁹

Fre expresa que: "el órgano considerado como función y a veces como oficio, sigue formando una unidad única con la entidad, por que no posee una personalidad distinta de la misma, pero la persona física investida del oficio, el portador del órgano (organträger), según la expresión de Jellinek, conserva su personalidad de donde resulta la posibilidad de la existencia de las relaciones entre ella y la entidad".⁹⁰

Este autor, ofrece la siguiente definición del órgano: "...es un elemento estructural del ente, inseparable del mismo, y que no podría funcionar

⁸⁸ ob. cit., n. 160, pág. 315.

⁸⁹ ob. cit., n. 160, pág. 312

⁹⁰ Giancarlo Fre, *L'organo Amministrativo delle Società Anonime*, trad. español, Ed. Foro Italiano, Roma, 1938, pág. 9.

sin la persona física investida de su función"⁸⁹

Por su lado Rocco define al órgano como "un simple instrumento que da vida a una declaración de voluntad para un fin ajeno".⁹⁰

Para aclarar este concepto, Rocco distingue dos categorías de órganos; simples o deliberantes y representativos o representantes.

"Los primeros se dan siempre que la relación permanece interna, es decir, que no trasciende a los terceros al declarar la voluntad (ejemplo: el comisionista), y los segundos son aquellos en que el sujeto de la declaración de voluntad obra para fines ajenos, y la separación entre el sujeto de ella y el destinatario de éstos, se conoce por los terceros, a quienes va dirigida la declaración, de suerte que la relación del órgano es externa ".⁹¹

Brunetti recalca la diferencia entre "órgano", "oficio" y "competencia", afirmando que órgano se refiere siempre al titular, es decir, a una persona, y oficio y competencia se refieren a la función que el órgano está llamado a ejecutar.⁹²

Este autor clasifica a los órganos en necesarios y voluntarios, siendo los primeros aquellos sin los que el ente no puede existir, y voluntarios en el caso opuesto.

⁸⁹ ob. cit., pág. 16.

⁹⁰ Principios de Derecho Mercantil, Ed. Revista de Derecho Priv., trad. español, Madrid 1931, pág. 278.

⁹¹ Rocco, ob. cit., pág. 279.

⁹² Trattato del Diritto delle Società, Milano 1948, t. II, pág. 287.

Asimismo, establece que " la capacidad del órgano que se considera en sus varias clasificaciones, se asume como poder. En este sentido se habla por ejemplo de los poderes de la Asamblea, de los administradores, Directores, en las Sociedades por Acciones, pero el poder del órgano, en estos casos, representa una especial autonomía del órgano mismo, determinada por la disposición de la Ley que la prevee"⁹¹

Por su parte Girón Tena, hace mención al Principio de Legalidad estableciendo que: "...los designados para desempeñar los cargos privados o esferas de competencia de los órganos de la sociedad (organtrager), sólo conseguirán que su voluntad (psicológicamente siempre de ellos) valga como voluntad social, cuando se forme y pronuncie con observancia de las disposiciones legales y constitucionales de la sociedad y en la esfera de su competencia".⁹²

Hace la distinción entre "órgano y portador de la posición jurídica, el primero viene así sensiblemente identificado con el concepto de cargo de Derecho Privado, es decir, una esfera de competencia del que lo desempeña con inmediato efecto sobre otros sujetos".

Esto quiere decir que la personalidad jurídica de la Sociedad Anónima recibe una configuración técnica dentro del marco de la Ley por los estatutos, estableciendo unos cargos privados, que hacen posible la expresión

⁹¹ Idem

⁹² Girón Tena, José., Derecho de Sociedades Anónimas, Publicación de los Seminarios de la Fac. de Der. de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1952.

de la voluntad de la sociedad.

Vázquez del Mercado, por su parte, opina al respecto que: "no obstante que la persona jurídica (sociedad) se considera como un ente real, es decir, se le reconoce como sujeto de derechos y obligaciones, en realidad es un ente abstracto, el cual no podría vivir en el mundo jurídico de no ser que sus componentes, personas físicas, le diesen la materialidad que le es necesaria para actuar".⁶⁶

Precisando el concepto de órgano, Santi Romano, nos dice que: " las personas jurídicas públicas e igualmente las privadas, pueden asumir dos aspectos diversos que corresponden a dos diversos estadios de desarrollo de su ordenamiento. En una primera fase, las personas jurídicas se han considerado como entes incapaces de tener voluntad y acción propias, es decir, han adquirido la capacidad de derecho, pero no la de obrar, de lo que resulta que quienes querían u obraban por ellos y en su interés, eran sus representantes".⁶⁸

Continúa diciendo el autor antes citado que: "posteriormente, el ordenamiento jurídico da a las personas jurídicas públicas una estructura mediante la cual se encuentra en condiciones de querer y actuar directamente, y este resultado se ha obtenido ligando a las personas encargadas de manifestar la voluntad del ente, no con la relación externa de la representación, sino con una relación interna que convierte a las personas en elementos integrantes de su organización, es decir, en una parte de su estructura que precisamente tiene

⁶⁶ Asamblea de Sociedades Anónimas, México 1955, pág. 9

⁶⁸ Frammenti Di Un Dizionario Giuridico, Ed. Dott A. Giuffré, Milano 1953, pags. 146, 147 y 148.

como fin formar una voluntad y ejecutar un acto que jurídicamente se imputa a la persona jurídica. En otros términos, por lo que respecta a la mayor parte de sus manifestaciones, sus representantes han sido substituídos por los órganos²⁷

Nosotros insistimos al referirnos a las figuras que comentamos, en considerarlas como los elementos de una entidad social que tienen la función de constituir o llevar a cabo, una voluntad que jurídicamente debe considerarse junto con sus manifestaciones, como voluntad de la entidad misma.

Así pues, dichas expresiones de los titulares de los órganos como tales, son manifestaciones de voluntad de la propia sociedad.

Los actos de los órganos se confunden con los actos de la propia sociedad, es decir, el ente social actúa jurídicamente por conducto de los titulares de sus órganos.

De esta manera, los titulares de los órganos al actuar dentro de la esfera de su competencia pierden, si cabe la expresión, su propia personalidad y actúan como parte de un todo, identificándose los actos que realizan como órgano, con los de la propia sociedad.

Concepto de Control

En algunos países como se desprende del Capítulo precedente, se distinguen las funciones de control de las de vigilancia.

²⁷ ob. cit., pág. 150.

Entienden por control, las funciones realizadas para llevar a cabo una simple actividad de revisión contable.

Por vigilancia, entienden la actividad de custodia realizada por ciertos órganos, que incluso puede trascender a la esfera administrativa.⁹⁸

El Derecho Comparado, nos indica que hay países en los que las facultades del Consejo de Vigilancia están estrictamente limitadas a la revisión contable, entre ellos podemos mencionar a Inglaterra y Austria. En cambio, en otros países, sus facultades se extienden a toda la actuación de los administradores.⁹⁹

De esta forma, en el Derecho Mexicano, esta distinción del control y de vigilancia resulta intrascendente, ya que según Rodríguez Rodríguez " las funciones que desarrolla el comisario van más allá de una simple revisión contable, sin trascender a una actividad administrativa, y además en ninguna de nuestras legislaciones anteriores ni en la vigente se ha hecho dicha diferencia."¹⁰⁰

Concepto de Vigilancia

Pasemos ahora a delimitar el concepto de vigilancia,

⁹⁸ cfr Rodríguez Rodríguez, Joaquín. ob. cit., t. II, pág. 178.

⁹⁹ cfr Herrera Moreno, Manuel. Los Organos de la Sociedad Anónima. El Comisario, Ed. Porrúa, S.A., 5a. Ed., México 1959, pág. 68.

¹⁰⁰ ob. cit., t. II, pág. 179.

adheriéndonos a lo expuesto por el maestro Girón Tena ¹⁰¹, quien nos da una clasificación respecto a las nociones de vigilancia, control y simple revisión.

Distingue una intervención que busque **descubrir** los defectos, y otra que trate de **prevenirlos**.

Por la amplitud de actuación del interventor, se pueden separar "una intervención que colabora con los administradores y otra que meramente informa de los actos de aquéllos". ¹⁰²

Por el momento de ejercerse "...cabe que sea concomitante o posterior a los hechos o actos a que se refieren, y además puede ser ocasional, periódica y permanente". ¹⁰³

Por la materia puede versar " sobre la actuación administrativa toda, o sobre una faceta de ella (por ejemplo: la contable), y en uno y en otro caso, sobre la legalidad, exactitud y sobre la oportunidad". ¹⁰⁴

Explicando estos conceptos, el término **vigilancia** supone en primer lugar una **actividad interventora**, al ser el comisario representante de la Asamblea General de Accionistas; en segundo lugar **colabora**, con los administradores para el interés de la sociedad; en tercer lugar **informativa**, por los datos que debe presentar a la Asamblea General de Accionistas; en cuarto lugar, **concomitante** en cuanto se desarrollan simultáneamente a la

¹⁰¹ ob. cit., pág. 384

¹⁰² idem.

¹⁰³ idem.

¹⁰⁴ idem.

actuación vigilada, y por último, **permanente**, por ejercer sus funciones durante toda la vida de la sociedad.¹⁰⁵

El término **revisión**, agrega Girón Tena, supone una intervención referida de hechos contables, los cuales abarcan su legalidad y exactitud informativa.¹⁰⁶

Brunetti, llama metafóricamente al "Collegio dei Sindaci, el ojo de la Asamblea, por que los accionistas sin facultad de inspeccionar la contabilidad social, no tendrían ninguna manera para conocer cómo se desarrolla la Administración, y formarse un concepto adecuado sobre la vida económica de la sociedad, si no fuera por la intervención de este órgano de vigilancia".¹⁰⁷

Un postulado definitivo respecto a la vigilancia ejecutada por el comisario, es la exclusión total de su intervención en la esfera administrativa, aunque el Artículo 166 fracción IX de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el cual será analizado en párrafos posteriores, establece que de entre las facultades y obligaciones de los comisarios, en general se encuentra la de vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad.

¹⁰⁵ Girón Tena, ob. cit., pág. 385.

¹⁰⁶ cfr ob. cit., pág. 386.

¹⁰⁷ Brunetti, Antonio., *Trattato del Diritto delle Società*, Ed. A. Giuffré, Milán, 1946, t. I., *Lezioni sulle Società Commerciali*, Ed. Cedam, Padova, 1936.

B. CONCEPTO DE COMISARIO Y CARACTERISTICAS DEL CARGO.

Wieland, nos da una muy completa definición del comisario al decir que "es el órgano encargado de vigilar permanentemente la gestión social, con independencia de la Administración y en interés exclusivo de la sociedad".¹⁰⁸

Por otro lado, Manuel Herrera Moreno, dice que: "es precisamente el comisario a quien compete, dada su finalidad, vigilar la gestión del órgano directivo, es decir, la voluntad exteriorizada, advirtiendo a la Asamblea de los errores y deficiencias en que aquél hubiere incurrido".¹⁰⁹

Por lo anterior, el comisario no sólo debe advertir a la Asamblea, sino que incluso está facultado para convocarla. Más adelante, el citado autor nos dice que "la razón de ser la institución del comisario, es ejercer una función de inspección en la gestión de la Administración, a fin de que la marcha de la sociedad sea regular".¹¹⁰

En consecuencia, podemos aludir que su tarea es la de vigilar la gestión social, por que no son, simples revisores de la contabilidad; aún cuando el mencionado Artículo 166 fracciones II y III de la LGSM, y en especial en la fracción IV, les señala atribuciones de carácter netamente contable; pero en su fracción IX se establece que les corresponderá "vigilar ilimitadamente y en

¹⁰⁸ Citado por Rodríguez Rodríguez, ob. cit., pág. 183. -Ver Amezcua Barbachano, Funciones del Comisario en la Sociedad Anónima, México 1943.

¹⁰⁹ ob. cit., pág. 83.

¹¹⁰ Idem.

cualquier tiempo las operaciones de la sociedad".

De esta manera, de la lectura de dicho precepto legal, se infiere que las funciones de los comisarios, según la Ley, van mucho más lejos de lo que se supondría un simple examen de la marcha contable de la sociedad.

Por otro lado, como se pudo observar en el Primer Capítulo de este trabajo, los antecedentes en nuestro Derecho Mexicano, son claros en lo que se refiere a conceder a los comisarios una amplia esfera de vigilancia, mucho más extensa de la que resultaría de su concepción como simples revisores contables.¹¹¹

Los Artículos 578 del Código de Comercio de 1884 y 199 del Código de Comercio de 1889, son suficientemente explícitos al respecto.

Además, debe tenerse en cuenta que la Ley ha querido crear con los comisarios un órgano tan importante como el propio Consejo de Administración, con el propósito de situar a éste bajo la vigilancia general de aquéllos y, en caso necesario, permitir el enfrentamiento de ambos.

Sin embargo, como es bien sabido, la práctica está muy lejos de esta concepción teórica, ya que los comisarios apenas si tienen la menor significación en la vida diaria de las Sociedades Anónimas, debido a factores muy complejos que han determinado que esta institución quede "muy lejos del ideal legislativo" como señala Vivante.¹¹²

¹¹¹ cfr Rodríguez Rodríguez, ob. cit., pág. 150.

¹¹² ob. cit., pag 117.

Diversas han sido las características que los autores han asignado al cargo de comisario, aunque casi todos coinciden en las principales; así tenemos que Mantilla Molina establece que: "la vigilancia de la marcha regular de la Sociedad Anónima, corresponde a los comisarios. Es un órgano necesario, y las funciones de quien lo desempeña son temporales, revocables y remuneradas".¹¹³

Por su parte, Rodríguez Rodríguez, sostiene que "la Asamblea General de Accionistas, órgano supremo de la sociedad, es el principal órgano de vigilancia y de control, los comisarios son los organismos encargados de vigilar permanentemente la gestión social, con independencia de la Administración y en el interés exclusivo de la sociedad".¹¹⁴

De los anteriores conceptos deducimos que las notas características del cargo de comisario son:

Órgano social, permanente, temporal, revocable, independiente, interno y remunerado.

Decimos que es un órgano necesario de la sociedad, por que así lo establece el Artículo 91 de la Ley General de Sociedades Mercantiles en su inciso V, que a la letra dice: "La escritura constitutiva de la Sociedad Anónima deberá contener, además de los requisitos que enumera el Artículo 6to., los

¹¹³ Derecho Mercantil, Introducción y Conceptos Fundamentales, Sociedades, México 1965, pág. 423.

¹¹⁴ ob. cit., t. II, pág. 177.

siguientes "... V.- El nombramiento de uno o varios comisarios;...".

Es permanente, por que así lo dispone el Artículo 166 de la citada Ley en su fracción IX, al estipular que: "son facultades y obligaciones de los comisarios "...IX.- En general vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad".

Al decir en cualquier tiempo, vemos que no hay limitaciones de época, por lo que es un cargo permanente, esto es, debe durar mientras la sociedad tenga vida jurídica.

Es temporal, según el Artículo 164 de la mencionada Ley: "La vigilancia de la Sociedad Anónima estará a cargo de uno o varios comisarios, temporales y revocables...". Cabe hacer notar que no fija un límite máximo o mínimo de duración, como hacen algunas legislaciones extranjeras, de modo que en los Estatutos Sociales, puede establecerse un plazo de duración tal, que prácticamente la designación sea indefinida; aunque no se pueda establecer en los mismos Estatutos Sociales que sea de tiempo definido."¹⁵

Es revocable, por que así lo establece categóricamente el Artículo 164 de dicha legislación mercantil; precepto que se relaciona con el párrafo precedente. Es de notarse que se puede revocar el nombramiento de uno o varios comisarios, aunque no haya concluido el plazo para el cual fueron designados.

¹⁵ cfr. Mantilla Molina, ob. cit., pág. 424.

En independiente, por la naturaleza de su función, así reiteramos lo expuesto por el maestro Rodríguez Rodríguez que dice que: "... la Ley ha querido crear un órgano de vigilancia capaz de enfrentarse, llegado el caso, con el Consejo de Administración. Para eso es indispensable que los comisarios no dependan ni directa ni indirectamente de los administradores, por que ellos les quitarían la indispensable libertad de acción para el cumplimiento de sus deberes".¹¹⁶

De aquí, que la Ley General de Sociedades Mercantiles haya establecido que los comisarios no pueden ser dependientes de la negociación, ni parientes de los administradores en el cuarto grado. Lo primero, porque siendo empleados deberfan subordinación a los administradores, y, por lo tanto, no pueden tener independencia de criterio para cumplir con su tarea de vigilantes de la actividad social; lo segundo, por que el parentesco supone una comunidad de intereses absolutamente incompatible con la libertad de criterio de un órgano de control.

Es interno, nos dice el mismo autor, por que su actividad se desarrolla en el ámbito interior de la sociedad.

Y por último, es retribuido o remunerado, según se desprende de lo establecido en la mencionada Ley, que aunque no lo hace en forma expresa, es de fácil y clara interpretación, por lo dispuesto en la fracción III del Artículo 181 de la Ley General de Sociedades Mercantiles: " La Asamblea Ordinaria se reunirá por lo menos una vez al año dentro de los cuatro meses que sigan a la

¹¹⁶ ob. cit., t. II, pág. 179.

clausura del ejercicio social, y se ocupará, además de los asuntos incluidos en el orden del día, de los siguientes...III.- Determinar los emolumentos correspondientes de los administradores y comisarios, cuando no hayan sido fijados en los estatutos". Con ésto, se observa que los comisarios obtienen determinados honorarios por el desempeño de sus funciones.

Es importante mencionar que, la Ley no prohíbe que el cargo sea desempeñado por medio de representantes, ni tampoco establece que el mismo sea personal; como lo hace respecto a los administradores el Artículo 147 que a la letra dice: " los cargos de administrador o consejero y de gerente, son personales, no podrán desempeñarse por medio de representantes".

Consideramos que, sí debe fijarse el carácter personal en el cargo de comisario, sin embargo, esto no quiere decir que el cargo no pueda ser desempeñado por personas morales, así, en nuestro derecho la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, en su Artículo 44, inciso c), dispone que: "... las Sociedades o las Instituciones de Crédito que disfruten de concesión para llevar a cabo operaciones fiduciarias, estarán autorizadas en los términos de esta Ley:... c) para desempeñar el cargo de comisario o miembros del Consejo de Vigilancia de sociedades, aunque no tengan participación en ellas;...".

Algunos autores sostienen que las personas morales no deben desempeñar el cargo de comisario, porque éste es un puesto de confianza; consideramos que se puede tener la misma confianza en una persona física o en una persona moral, pudiendo realizar todas y cada una de las funciones

establecidas por las leyes para los comisarios, desempeñando dicho cargo de confianza y con las características que requiere dicha norma jurídica.

Por lo anteriormente expuesto, creemos que es un grave error el decir que los comisarios forman parte del Consejo de Administración, ya que son un órgano distinto, con características diferentes e independientes del mismo.

Tal opinión es menos admisible en México que en otros países, ya que se prohíbe a los comisarios toda actividad de carácter administrativo.¹¹⁷

C. NATURALEZA JURIDICA Y CAPACIDAD PARA EL DESEMPEÑO DEL CARGO.

La posición jurídica de los comisarios según el maestro Rodríguez Rodríguez ¹¹⁸ es que el comisario no es un mandatario de la sociedad ni de la Asamblea de Accionistas.

La Ley, no les atribuye ese carácter y además es de negarse tal situación, ya que el mandato implica una relación voluntaria, mientras que la existencia de los comisarios es por disposición de Ley.

Por otro lado, el mandato se confiere exclusivamente para actos jurídicos y las funciones del comisario no siempre implican actos de esa

¹¹⁷ cfr Rodríguez Y Rodríguez, ob. cit., pág. 151.

¹¹⁸ ob. cit., t. II, pags. 191 y 192.

naturaleza.

Además, el mandato puede ser general o especial, y en el caso de los comisarios, éstos tienen derechos y las obligaciones que fija la misma ley.

Tampoco aceptamos el que los comisarios sean representantes de la sociedad, y menos de la Asamblea de Accionistas por varias razones:

1. La representación implica forzosamente la posibilidad de vincular a la sociedad con terceros. El comisario no lo puede hacer.

2. No podemos tampoco hablar de representación de la Asamblea de Accionistas, por que ella no es más que un órgano de la sociedad, y no es posible la representación de órgano a órgano.

Por otro lado, el maestro Rodríguez Rodríguez afirma que se trata de "una prestación de servicios profesionales que se desarrolla en el ámbito interno de la sociedad y que por lo tanto, carece de representación".¹¹⁹

En este sentido, cabe mencionar el criterio sustentado por Octavio A. Hernández ¹²⁰, en el que toma en consideración diferentes puntos en lo que respecta a la legislación laboral y su aplicación en el caso específico de los comisarios.

¹¹⁹ Idem.

¹²⁰ cfr. Compatibilidad de los Cargos de Comisario y de Auditor Externo, México, oct. de 1960, Revista Dirección y Control, pág. 14.

Asimismo, tomaremos como base las ideas expuestas por el maestro Mario De la Cueva, sin lugar a dudas especialista en la materia.

Conviene primeramente hacer una breve distinción entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios profesionales:

El Artículo 8vo. de la Ley Federal del Trabajo establece que el trabajador es toda persona física que presta a otra, física o moral, un servicio material, intelectual o de ambos géneros, en virtud de un contrato de trabajo".

Por su parte el Artículo 17 establecía que " contrato individual de trabajo es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra, bajo su **dirección y dependencia**, un servicio personal, mediante una retribución convenida".

Dicho Artículo introdujo los conceptos de dirección y dependencia con apego a los modelos de algunas legislaciones extranjeras.

La Doctrina Mexicana, sostenía la tesis de que, en tanto la dirección se refería a la subordinación técnica del trabajador al patrón, la dependencia aludía a la supeditación económica de aquél a éste.

Estos conceptos han sido substituídos por el término de **subordinación**, que conduce a la definición que De la Cueva da de contrato de trabajo, como "aquel por el cual una persona, mediante el pago de la retribución correspondiente, subordina su fuerza de trabajo al servicio de los

finés de otra persona (empresario)".¹²¹

Del concepto definitorio propuesto, podemos mencionar tres elementos:

- 1.- La prestación de un servicio personal.
- 2.- El pago de una retribución.
- 3.- La fuerza de trabajo del trabajador puesta al servicio de la empresa, y la subordinación de su persona a los fines de ésta, por lo que concierne al desarrollo de su fuerza de trabajo.

El autor citado agrega, "... la relación del trabajo no nace sino a partir del momento en que la subordinación del trabajador al empresario deja de ser un simple poder de hecho para transformarse en un **poder jurídico**... donde exista subordinación como poder jurídico, esto es, como **principio de autoridad**, habrá relación de trabajo, y faltando este elemento estaremos en presencia de un contrato de Derecho Civil... Los términos **dirección** y **dependencia**, constituyen una fórmula general que traduce el concepto de subordinación".¹²²

Octavio A. Hernández, llega a la conclusión de que sólo desconociendo el significado de los términos y negando la esencia de los conceptos, puede afirmarse que el comisario sea un trabajador, un empleado, como dice la Ley, de la sociedad a la que presta sus servicios, pues ningún

¹²¹ De la Cueva, Mario., Derecho Mexicano del Trabajo, Edit. Porrúa, S.A., t. I. 4a. Ed., México 1954, pág. 482.

¹²² De la Cueva, ob. cit., pags. 482 y 483.

precepto de la Ley General de Sociedades Mercantiles que instituye el reglamento del comisariado, afirma o deja de prever siquiera, que la sociedad sea el patrón, a quien el comisario subordine su fuerza de trabajo.¹²³

Además, en este sentido, la misma Ley General de Sociedades Mercantiles en su Artículo 165 Fracción II prohíbe terminantemente que asuman el cargo de comisarios quienes sean empleados, es decir, trabajadores de la sociedad.

No siendo pues, el contrato de trabajo la relación jurídica que vincula al comisario con la sociedad, pasemos a estudiar someramente el contrato de prestación de servicios profesionales.

El contrato de prestación de servicios profesionales, esencialmente civil, es un contrato por virtud del cual una persona se obliga, a cambio de una remuneración, a prestar a otra un trabajo que requiere conocimientos técnicos o artísticos, y en ocasiones requiere también de un título profesional.

De esta definición, tomamos los siguientes postulados:

1.- Es un contrato intuitu-personae, que se celebra en atención a las calidades del profesionista.

2.- No es requisito que se pacte remuneración, pues basta el acuerdo de voluntades relativo a la prestación del servicio, para que el profesionista tenga el derecho de cobro de honorarios.¹²⁴

¹²³ cfr. ob. cit., pág. 13.

¹²⁴ Rodríguez Rodríguez, ob. cit., t. II, pags. 194 y 195.

El mismo Octavio A. Hernández comenta que "... el profesionista es claramente distinguido del trabajador, principalmente por los siguientes caracteres:

"a) Su independencia económica derivada de la amplia remuneración que percibe por sus servicios.

"b) Ausencia de la relación de subordinación y obediencia, características del contrato de trabajo, puesto que el profesionista no vende en abstracto determinada cantidad de su energía de trabajo, sino el desarrollo concreto de sus conocimientos científicos o técnicos, con motivo de un asunto o negocio determinado.

"c) La percepción de honorarios subjetivamente determinados, y la insubstituibilidad del profesionista, cuyos servicios se reclaman por sus conocimientos, prestigio, etc."¹²⁵

Aunque nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación en una ocasión decidió que " cuando el servicio profesional se preste en relación de subordinación debe estimarse como un verdadero contrato de trabajo"¹²⁶ , el comisario conserva siempre su independencia económica, y percibe honorarios que se determinan intuitu-personae, por su valor subjetivo. Su labor dentro de la sociedad es eminentemente personal, y no existe ni puede existir la menor

¹²⁵ ob. cit., pág. 15.

¹²⁶ Semanario Jurídico de la Federación, Juicio de Amparo de J. Cristobal García, 3 de Sept. de 1927.

subordinación de él hacia la empresa.

En consecuencia, de lo antes expuesto se podría desprender que el comisario celebra con la sociedad un contrato de prestación de servicios profesionales, instituido y reglamentado por nuestra legislación civil.¹²⁷

El Artículo 2606 del Código Civil de 1928 en su Capítulo II que trata de la prestación de servicios profesionales, establece que " el que presta y el que recibe los servicios profesionales, pueden fijar de común acuerdo retribución debida por ellos.

"Cuando se trate de profesionistas que estuvieren sindicalizados, se observarán las disposiciones relativas establecidas en el respectivo contrato".

Este precepto es el reconocimiento que hace el Derecho Civil, de la posibilidad de que la prestación de servicios profesionales quede regida por el Derecho del Trabajo; a este estatuto corresponde decidir cuando se realiza esa posibilidad.¹²⁸

En nuestra opinión, la naturaleza jurídica del comisariado en México, no la establece ni un mandato, ni una representación, ni un contrato de trabajo ni un contrato de prestación de servicios profesionales, sino que es un cargo honorífico establecido por la LGSM, el cual en ocasiones es retribuido.

¹²⁷ En los Códigos Civiles y Extranjeros del siglo pasado no se encuentra reglamentación alguna de la prestación de servicios profesionales; sólo el Código Civil Portugués contiene dos Artículos sobre el contrato que se refiere a la forma de pago de honorarios. Hasta nuestro Código Civil de 1884 aparece con una individualidad propia al lado del mandato y de la gestión de negocios.

¹²⁸ De la Cueva, ob. cit., pág. 235.

Por otro lado, Joaquín Rodríguez Rodríguez ¹²⁹ señala que con respecto a las condiciones que deben reunir los comisarios para el desempeño del cargo, la ley establece algunas condiciones para la realización del mismo. (Artículo 165 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

En esencia, son las siguientes, con independencia de los requisitos particulares que pueden exigir los estatutos:

1.- No estar inhabilitados para el ejercicio del comercio, lo que debe entenderse en el sentido de que precisa tener capacidad jurídica para el ejercicio de dicha actividad profesional y no estar comprendido en alguna de las prohibiciones que el Código de Comercio y las leyes especiales señalan (Artículo 165 fracción I de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

En este sentido, el Artículo 12 del Código de Comercio establece expresamente que no pueden ejercer el comercio:

"I.- Los corredores.

"II.- Los quebrados que no hayan sido rehabilitados y;

"III.- Los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo en éstos la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión".

Respecto a los primeros, la Ley del Notariado para el Distrito

¹²⁹ cfr. ob. cit., pags. 152 y 153.

Federal y Territorios (Artículo 31, de diciembre de 1945, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 23 de febrero de 1946), establece que " las funciones de notario (corredor) son incompatibles con... el ejercicio de la profesión de comerciante".

La razón de esta disposición, es que en ellos se deposita la fe pública en materia mercantil, y deben por tanto, ser completamente imparciales, lo que no sucedería si por dedicarse al comercio tuvieran un interés que poner en juego.

Los segundos, es decir, los quebrados no rehabilitados, pueden ser considerados ineptos para ejercer sus negocios, y en caso de permitirseles ejercer el comercio, sin ser rehabilitados volverían a poner en peligro no sólo sus intereses, sino los de sus acreedores.

Para los terceros, es decir, los condenados por delitos contra la propiedad, no cesa esta prohibición con la extinción de la pena, pues se trata de una medida de seguridad pública.

2.- Deben ser independientes de los administradores. Por ello la Ley General de Sociedades Mercantiles les prohíbe, como se dijo anteriormente, que sean empleados de la sociedad (Artículo 165 Fracción II), y señala como caso de impedimento para el cargo de comisario el parentesco consanguíneo en línea directa, sin límite alguno, en línea colateral hasta el cuarto grado y el parentesco por afinidad hasta el segundo grado.

Cabe reiterar que la ley ha omitido establecer la incompatibilidad con motivo del parentesco civil.¹³⁰

3.- Los comisarios pueden ser socios o extraños. Esto último es una posibilidad que se concede a los accionistas para que puedan nombrar a personas que reúnan las características necesarias para el desempeño del cargo, "que a veces difícilmente se encuentran en el círculo íntimo de los socios. (Artículo 164 de la Ley General de Sociedades Mercantiles)"¹³¹

4.- Deben otorgar garantía a los resultados del desempeño de su misión. La garantía puede consistir, como la que otorgan los administradores, de acuerdo a lo que establezca la Asamblea General de Accionistas. Es de llamar la atención la circunstancia de que ni el nombramiento del comisario ni la constitución de garantía son inscribibles en el Registro de Comercio, por que son de carácter interno, que no afectan a los terceros que se relacionan con la sociedad. Esta falta de publicidad es general en el derecho extranjero.¹³²

5.- Pueden ser personas físicas o morales. No existe respecto de los comisarios la limitación que la Ley establece para el desempeño de los cargos de administrador y gerente, es decir, la de que el cargo debe desempeñarse personalmente y no por medio de un representante.

Teóricamente no hay dificultad en admitir esta conclusión, ya que no existe prohibición expresa y ni siquiera, repetimos, es aplicable a los

¹³⁰ Amezcua Barbachano, R., Funciones del Comisario en la Sociedad Anónima, México 1943, pág. 54.

¹³¹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín., ob. cit., pág. 152.

¹³² cfr. Vivante, ob. cit., t. II, pág. 300.- Lisbonne, ob. cit., pág. 75.

comisarios la prohibición del desempeño por representante.

La responsabilidad penal que pudiera surgir a consecuencia de las actividades realizadas en el desempeño del cargo, repercutirán sobre la sociedad comisario y sobre las personas físicas que en su nombre actuaren.¹³³

La capacidad de una sociedad para llevar a cabo el cargo de comisario depende del objeto social que se haya establecido en la Escritura Constitutiva, ya que como es bien sabido, las personas jurídicas en el Derecho Mexicano tienen personalidad en la medida en que es necesaria para el desempeño del objeto social que persiguen.¹³⁴

Finalmente, la confianza en la que se basa el desempeño del cargo de comisario, puede tenerse indiscutiblemente en una sociedad.

D. NOMBRAMIENTO DEL CARGO.

El nombramiento de los primeros comisarios, será efectuado por los fundadores de la sociedad, si la constitución de la misma es simultánea; y por la Asamblea Constitutiva si se trata de una constitución sucesiva.

La Ley General de Sociedades Mercantiles en su Artículo 90, establece dichas formas de constitución al indicar que "la sociedad anónima puede constituirse por la comparecencia ante notario de las personas que

¹³³ cfr. Rodríguez Rodríguez, Joaquín., ob. cit., pág. 152.

¹³⁴ Idem.

otorguen la escritura social o por suscripción pública".

Respecto a la forma simultánea, el Artículo 91 especifica entre los requisitos que debe contener al Escritura Constitutiva de la Sociedad Anónima, además de los requeridos por el Artículo 6to. es el siguiente: "...V.- el nombramiento de uno o varios comisarios...".

Por lo tanto, la designación de los comisarios será llevada a cabo en la forma indicada por los socios fundadores.

Para la segunda forma de constitución, es decir, de manera sucesiva o por suscripción pública, el Artículo 100 establece que " la Asamblea General Constitutiva se ocupará ... IV.- de hacer el nombramiento de los administradores y comisarios que hayan de funcionar durante el plazo señalado por los estatutos...".

Aquí la designación será efectuada por los socios que integran la Asamblea General de Accionistas, pero esta forma de constitución de la Sociedad Anónima casi nunca se lleva a cabo en la práctica.¹²⁵

Ahora bien, respecto a los subsecuentes nombramientos de los comisarios, el Artículo 181 de la Ley General de Sociedades Mercantiles señala que " la Asamblea Ordinaria se reunirá por lo menos una vez al año dentro de los cuatro meses que sigan a la clausura del ejercicio social, y se ocupará además de los asuntos incluidos en el orden del día, de los siguientes...II.- en su

¹²⁵ cfr. Navarrini, Umberto., *Delle Società e delle Associazioni Commerciali*, Ed. Dott. Francesco Vallardi, Milano, 1924.

caso, nombrar administrador o consejo de administración y a los comisarios...".

Debemos estudiar las diversas soluciones para los casos de falta de nombramiento de los comisarios y la ausencia, vacancia por revocación, muerte, etc. de los mismos.

En este orden de ideas, nuestra citada legislación mercantil en su Artículo 168 consigna este derecho tan importante para la vida de la sociedad, al señalar que "cuando por cualquier caso faltare la totalidad de los comisarios, el Consejo de Administración deberá convocar en un término de tres días a Asamblea General de Accionistas, para que ésta haga la designación correspondiente."

Si el Consejo de Administración no hiciere la convocatoria dentro del plazo señalado, cualquier accionista podrá acudir a la Autoridad Judicial del domicilio de la sociedad para que ésta haga la convocatoria.

"En caso de que no se reuniere la Asamblea General de Accionistas, o de que reunida no se hiciere la designación respectiva, la Autoridad Judicial del domicilio de la sociedad, a solicitud de cualquier accionista nombrará a los comisarios, quienes funcionarán hasta que la Asamblea General de Accionistas haga el nombramiento definitivo"

Con relación a esta disposición, cabe mencionar que en el Proyecto para el Nuevo Código de Comercio de 1929, se agrega que " la convocatoria podrá ser hecha por un notario o corredor, quien, según sea el

caso, depositará las acciones del accionista respectivo, mismo que las conservará en su poder bajo su responsabilidad".¹³⁶

Opinamos que en el caso de nombramiento por Autoridad Judicial, y como la Ley no exige concretamente requisitos técnicos contables para los comisarios, sería muy recomendable que el nombramiento recaiga en algún miembro del Instituto Mexicano de Contadores Públicos, un organismo de reconocido prestigio en nuestro país.

Esta petición, puede ser hecha por un sólo accionista, cuando no se haya celebrado ninguna Asamblea durante dos ejercicios consecutivos, o celebrada sin ocuparse de los asuntos especificados en ella.

Vásquez del Mercado, al comentar las razones del legislador sobre este derecho, observa que la designación de los comisarios faltantes difiere de la designación de los administradores..."Si les fuera permitido a los administradores, hacer la designación de los comisarios, la misión de vigilancia que éstos tienen sería nugatoria, los administradores escogerían personas que actuaran incondicionalmente a su servicio, y no podrían ser controladas debidamente".¹³⁷

Insistimos en que el carácter del nombramiento del comisario efectuado por la Autoridad Judicial es interino, mientras la Asamblea General Ordinaria hace el definitivo.

¹³⁶ Rodríguez Rodríguez, ob. cit., pág. 173.

¹³⁷ ob. cit., pág. 145.

En el Derecho Francés, la jurisprudencia admite que cuando exista un poder serio y justificado, los accionistas pueden obtener del Tribunal de Comercio, la comunicación (acceso) de los libros de la sociedad.¹³⁸

Respecto a los casos de falta de los comisarios por revocación, muerte, etc., se debe seguir el mismo procedimiento consignado por el Artículo 168 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que ya hemos mencionado en párrafos anteriores.

Ahora bien, en Francia y en Bélgica ¹³⁹, el nombramiento de los comisarios es realizado por primera vez en el acta en que se constituye definitivamente la sociedad, pudiendo ser nombrados por las personas indicadas en los estatutos, los cuales por cláusula expresa pueden encargar a una compañía de expertos, la designación anual de uno de sus miembros para desempeñar el cargo de comisario.¹⁴⁰

En Italia el nombramiento de los comisarios, es un elemento esencial en el acta constitutiva.¹⁴¹

Brunetti nos dice que: "...por emanar de la Asamblea y por ser nombrados al mismo tiempo que los administradores, la Ley los coloca al mismo nivel; al poner los nombramientos en manos de los accionistas, les es indiferente y no les importa que se nombren a fulano o mengano. Por lo tanto,

¹³⁸ cfr Laccour Y Bouteron, Précis de Droit Commercial, impr. Librairie Dalloz, Troisième Ed., t. I, Paris 1925, pág. 226.

¹³⁹ cfr. Bélgica, Ley del 18 de mayo de 1873, Artículo 54.

¹⁴⁰ cfr. Lisbonne, Traité des Sociétés Anonymes, Impr. Librairie Dalloz, 4a. Ed., Paris 1931, pág. 275.- Rousseau, ob. cit., pág. 749.

¹⁴¹ cfr. Brunetti, Lezioni, ob. cit., pág. 212.- Vivante, ob. cit., pág. 298.

prácticamente se transforman en humildes servidores del Consejo de Administración, siempre de acuerdo a dar el visto bueno y a aprobar las obras de los administradores". ¹⁴²

Al decir que después de una experiencia de más de cincuenta años "...la institución se encuentra desacreditada y se podría decir que no es una cosa seria", propone este autor que se forme la Lista de Revisores del Estado, con el cargo exclusivo de revisar la situación patrimonial de la sociedad.¹⁴³

Se hicieron en Italia algunos estudios por una comisión presidida por Vivante, aconsejando una modificación radical de la institución en el mismo sentido, "los sindaci no subsistirán más como un órgano de las sociedades, pues en su lugar el Estado destinaría un cuerpo de funcionarios con deberes específicos de inspección de los libros sociales y de la revisión del balance". ¹⁴⁴

De acuerdo con las normas de este organismo del Estado, los revisores deben pasar un examen, otorgar una garantía, y su encargo dura cinco años. Asimismo, debe tener una reconocida capacidad técnica.

Uno de los estatutos de este cuerpo de funcionarios permanentes, es el de seleccionar entre la lista de revisores, a uno que sea de los miembros del Consejo de Administración con responsabilidad particular de vigilar la realidad sobre los negocios y balances de la sociedad.

¹⁴² Lezioni, ob. cit., pág. 214.

¹⁴³ Idem.

¹⁴⁴ Contributo alla Riforma delle Società Anonima, in Riv. di dir. comm., Italia 1934, t. I, pág. 309.

Este último postulado es criticable, pues de ser así, se anularía la independencia que debe tener el revisor con los miembros del Consejo de Administración.

Mantilla Molina, critica la forma en que está organizado el comisariado en México, pues "...lo nombra la misma mayoría y en el mismo momento en que se eligen los administradores" ⁴⁵, por lo tanto, sólo encuentra dos soluciones:

La primera "suprimir el comisariado como órgano necesario de la Sociedad Anónima, de modo que se elijan sólo cuando lo crea conveniente la Asamblea".

Esta posibilidad nos parece totalmente inconveniente, pues con la supresión del cargo se complicaría más el problema dejando a la sociedad sin el elemento que la vigile.

La segunda, nos parece la adecuada, y consiste en "regular la institución del comisariado sobre bases que garanticen su eficaz funcionamiento.

"Estas bases pueden ser : exigir que el comisario tenga el carácter de contador público, o confiar su nombramiento a la minoría que no logró hacer el de los administradores, tal como se hace en las cooperativas".

⁴⁵ ob. cit., pág. 393.

En este sentido y haciendo referencia al derecho de la minoría, cuán acertada es la afirmación de Mossa al señalar que " los síndicos son los aliados naturales de los accionistas independientes y de las minorías".¹⁴⁶

La Ley General de Sociedades Mercantiles en su Artículo 167 establece que " cualquier accionista podrá denunciar por escrito a los comisarios, los hechos que estime irregulares en la Administración, y éstos deberán mencionar las denuncias en sus informes a la Asamblea General de Accionistas, y formular acerca de ellas, las consideraciones y proposiciones que estimen convenientes".

Otro derecho pendiente a la protección de la minoría, está consignado en el Artículo 171 de la citada ley, que remite al Artículo 144 de la misma y que a la letra dice: "cuando lo administradores (en este caso los comisarios) sean tres ó más, el contrato social determinará los derechos que correspondan a las minorías en la designación, pero en todo caso, la minoría que represente el 25% del Capital Social, nombrará cuando menos un consejero (comisario). Este porcentaje será del 10%, cuando se trate de aquellas sociedades que tengan inscritas sus acciones en la Bolsa de Valores.

"Sólo podrá revocarse el nombramiento del administrador o administradores designados por las minorías, cuando se revoque igualmente el nombramiento de todos los demás administradores (comisarios)".

¹⁴⁶ Mossa, Lorenzo., Diritto Commerciale, Ed. Società Libreria, parte prima, Milano, 1937, pág. 204.

Nos parece poco práctico que estén supeditados los derechos de las minorías a que se elijan tres ó más comisarios, pues ésto casi nunca sucede.¹⁴⁷

Creemos que la Ley debería ser modificada en este punto, concediendo que aún cuando se designara a un sólo comisario, este nombramiento fuera hecho por la minoría, para evitar en lo posible el surgimiento de problemas posteriores. ¹⁴⁸

Respecto al porcentaje del 25% del capital social, creemos también que es elevado, ya que las minorías que no alcancen ese tanto por ciento quedan sin poder ejercitar este derecho. Es más, en caso de que llegaran a reunir el capital social mínimo exigido por la Ley, si no existen los tres ó más comisarios, no pueden ejercer su derecho.

Por último, cabe reiterar que de acuerdo al citado Artículo 164 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la vigilancia de la sociedad estará a cargo de uno o varios comisarios, estando indicado por los estatutos sociales si el cargo es desempeñado por uno o varios de ellos.

E. FACULTADES Y OBLIGACIONES DE LOS COMISARIOS.

Antes de efectuar un análisis de las facultades y obligaciones de

¹⁴⁷ cfr. Mantilla Molina, ob. cit., pág. 373.

¹⁴⁸ cfr. Mantilla Molina, ob. cit., pág. 283.

los comisarios que nuestra Ley señala, creemos conveniente, en primera instancia determinar quienes pueden llevar a cabo las funciones de vigilancia y control dentro de la sociedad además de los comisarios.

En este orden de ideas, consideramos que la función de vigilancia y control de las actividades del Consejo de Administración, no es exclusiva del comisario, ya que también puede ejercitar dichas facultades la Asamblea General de Accionistas y los socios individualmente, aunque a estos últimos se les ha limitado su actividad a la comprobación y examen del balance anual de la sociedad, en un plazo de quince días anteriores a la celebración de la Asamblea General Ordinaria de Accionistas, que deba conocer dicho balance.

Al respecto, el maestro Garrigues opina que: "...ciertamente no puede admitirse que todo socio tenga en cualquier momento la facultad de investigar la administración social (el desenvolvimiento social normal de la empresa estaría a merced de la ignorancia de los socios), por otra parte, tampoco puede dejarse íntegramente en manos de la Junta General de Accionistas la función fiscalizadora. Razones, la discontinuidad inherente a la actuación de la Junta y, casi siempre su incompetencia en materia técnica de gestión social. Sería pues, muy conveniente la regularización en nuestro derecho positivo de órganos de vigilancia y control, en forma de órgano individual o colectivo, y cuya misión consistiese en fiscalizar las operaciones sociales, inquiriendo aclaraciones al Consejo de Administración, e inspeccionando la contabilidad, examinando la situación de la caja, etc." ¹⁴⁹

¹⁴⁹ ob. cit., pág. 189.

Manuel Herrera Moreno, manifiesta que: "...el accionista solamente puede hacer valer sus propias observaciones dentro de las asambleas y examinar el libro de éstas y el de los socios, en los términos que fija la ley" ¹⁵⁰

Ahora bien, nuestra Ley al hablar de las facultades y obligaciones de los comisarios, lo hace como si fuesen derechos y obligaciones de los mismos. Sin embargo, cabe hacer notar la observación de Rodríguez Rodríguez de que: " cada facultad no es un mero derecho, sino también una obligación para el cumplimiento de otras. Más bien, puede decirse que son poderes-deberes, ya que en la medida en que puedan invocarlos deben ejercerlos para la mejor atención de su misión total de vigilancia". ¹⁵¹

En efecto, se trata de facultades que son obligatorias, no potestativas para los comisarios, pues si no las observan, no cumplen con la misión encomendada por la Ley.

La función esencial de los comisarios es la de vigilar los actos del Consejo de Administración con el fin de que se ajusten a las normas legales, a los estatutos y a los acuerdos tomados por la Asamblea que es el órgano supremo de la sociedad. ¹⁵²

Existen otros autores como Escarra ¹⁵³ , Copper Royer ¹⁵⁴ , Lacour Y

¹⁵⁰ ob. cit., pág. 52.

¹⁵¹ ob. cit., pág. 194.

¹⁵² cfr. Vivante, ob. cit., pág. 298.- Heinsheimer, ob. cit., pág. 153.

¹⁵³ Cours de Droit Commercial, Nouvelle Edition, Paris 1952, pág. 508.

¹⁵⁴ Traité des Sociétés Anonymes, Impr. Libraire Dalloz, 4a. Ed., Paris 1931, pág. 277.

Bouleron ¹⁵⁶ , Rousseau ¹⁵⁶ , y Lisbonne ¹⁵⁷ , que consideran que la misión primordial de los comisarios es la de rendir a la Asamblea General Anual, un informe sobre la situación de la sociedad, el balance y sobre las cuentas presentadas por los administradores.

Para responder al deseo de la Ley, el informe debe enterar exactamente a la Asamblea General sobre la situación material de la sociedad, y debe contener una apreciación de las operaciones del Consejo de Administración, la situación de la sociedad en general, la cualidad de los negocios contraídos, etc., pero siempre sin inmiscuirse en la administración de la sociedad.¹⁵⁸

Copper Royer opina que " en la práctica los comisarios de cuentas son de una sobriedad y de una discreción exageradas. No demuestran nada a los accionistas. " Propugna el autor por una legislación nueva, ampliando los poderes de los comisarios de cuentas, y hacer de estos encargados del control y de la vigilancia, un útil intermediario entre la sociedad y los accionistas.¹⁵⁹

El comisario debe firmar él mismo su informe a la Asamblea, pues en él recae toda la responsabilidad. Los administradores tienen el deber de dar todas las facilidades a los comisarios para la redacción de este informe.

En el Derecho Francés, de acuerdo con los Artículos 32, 34 y 35

¹⁵⁶ ob. cit., pág. 425.

¹⁵⁶ ob. cit., pág. 750.

¹⁵⁷ ob. cit., pág. 132.

¹⁵⁸ Rousseau, ob. cit., pág. 750.

¹⁵⁹ ob. cit., pág. 272.

de la Ley de 1867, mencionada en el Capítulo Segundo de este trabajo, cuarenta días antes de la fecha fijada para la reunión de la Asamblea General, el inventario, el balance y el estado de pérdidas y ganancias, deben ser puestos a la disposición de los comisarios. Asimismo, el Artículo 35 prevee que quince días por lo menos antes de la Asamblea, cualquier accionista puede obtener copia del informe del comisario; por lo tanto, los comisarios sólo tienen veinticinco días para examinar los documentos y redactar su informe. Este término es tremendamente corto e inoperante. ¹⁶⁰

Por otro lado, la Legislación Italiana establece que el balance debe ponerse a disposición del comisario por los administradores, por lo menos un mes antes del día fijado para la Asamblea.

Los "síndicos" deben examinarlo y rendir su informe, el cual junto con aquél, debe quedar a disposición de los socios en el domicilio social durante los quince días anteriores a la Asamblea. (Artículo 165 del Código de Comercio). ¹⁶¹

Soprano nos dice que la institución del "síndico" tiene una doble función: de control y de colaboración administrativa. ¹⁶²

Son funciones de control:

"a) El examen de los libros y la contabilidad social, para establecer

¹⁶⁰ cfr. Lisbonne, ob. cit., pág. 132.

¹⁶¹ cfr. Rodríguez Rodríguez, ob. cit., Notas a Ascarelli, pág. 158.- Brunetti, Lezioni... pág. 213.

¹⁶² cfr. Enrique. Trattato Teorico-Practico delle Società Commerciali. Unione Tipografico-Editrice Torinese, Vol. II, Torino, 1934, XII, pág. 667.

la regularidad de las operaciones sociales;

b) La inspección por lo menos una vez al mes, sobre la existencia de títulos y valores de la sociedad, recibidos en propiedad, caución o custodia. Asimismo, los arqueos de caja, etc.,

c) La obligación de examinar el balance;

d) La obligación de rendir a la Asamblea un informe con sus comentarios, y lo relativo a las denuncias de los socios”.

Las funciones de colaboración administrativa según el citado autor son:

“a) Establecer de acuerdo con los administradores la forma del balance;

“b). Convocar a Asamblea General;

“c) La substitución de los administradores en caso de vacante”.¹⁶³

Navarrini, al hablar del informe de los comisarios, dice que debe ser: “...un informe detallado de toda la gestión social, reflejada en su estado por el balance; debe dar vida a los guarismos y hacerlos hablar a los accionistas, recordando las operaciones que dieron lugar a ellos, acompañándolas de sus críticas y observaciones, exponiendo las denuncias hechas por los socios y

¹⁶³ ob. cit., pags. 667 y 668.

poniéndolo de relieve los criterios seguidos por la amortización de los valores, para las valuaciones, la utilización de las reservas, etc., así como haciendo sus proposiciones". ¹⁶⁴

Nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles , en sus Artículos 172 y 173 establecen la obligación, bajo la responsabilidad de los administradores, de presentar a la Asamblea de Accionistas, anulamente un informe. Dicho informe, deberá incluir el informe de los comisarios, debiendo ponerse a disposición de los accionistas por lo menos con quince días de anticipación a la celebración de la Asamblea respectiva.

Por lo que concierne a la obligación de los comisarios de formular el dictámen, el Artículo 176 sanciona la inobservancia a esta disposición, en los siguientes términos: " La falta de presentación oportuna del informe a que se refiere el enunciado general del Artículo 172, será motivo para que la Asamblea General de Accionistas acuerde la remoción del administrador o de los comisarios, sin perjuicio de que se les exijan las responsabilidades en que respectivamente hubieran incurrido".

Pasamos ahora a analizar las facultades y obligaciones contenidas en la Ley General de Sociedades Mercantiles en su Artículo 166. Este precepto está íntimamente relacionado con la obligación de los comisarios de formular el mencionado dictámen.

¹⁶⁴ Delle Società e delle Associazioni Commerciali, (Commento al Codice di Commercio), Ed. Dott Francesco Vallardi, Milano, 1924, pág. 797.

ANALISIS DEL ARTICULO 166 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.

Las facultades y obligaciones que enumera nuestra Ley para los comisarios son:

I.- "Cerciorarse de la constitución y subsistencia de la garantía a que se refiere el Artículo 152, dando cuenta sin demora de cualquier irregularidad a la Asamblea General de Accionistas"

La garantía a que se refiere este artículo es la que se deben otorgar los administradores y gerentes antes de tomar posesión de su cargo, para caucionar su manejo, con el objeto de asegurar las responsabilidades que pudieran contraer en el desempeño de sus funciones.

Por lo tanto, el comisario deberá asegurarse del cumplimiento de esta disposición, constituyendo el depósito en dinero, acciones, o con una fianza de acuerdo a lo pactado.

Lisbonne, a este respecto nos dice que " para los comisarios de pequeñas sociedades se deberá exigir siempre que sean accionistas "¹⁶⁵

¹⁶⁵ ob. cit., pág. 59.

Vivante por su parte, opina que los comisarios deberían prestar una elevada fianza y permanecer en el cargo más tiempo que los administradores " de forma que invertidos los papeles, los últimos hubiesen de temer el no ser confirmados por influencia de los síndicos". ¹⁶⁵

Respecto a la obligación de "dar cuenta sin demora de cualquier irregularidad a la Asamblea General de Accionistas " (término cambiado por el Proyecto del Código de Comercio de 1954 por el de " tomar las medidas necesarias para corregir la irregularidad"), aclaramos que las Asambleas Generales de Accionistas pueden ser constitutivas, ordinarias y extraordinarias. ¹⁶⁷

La constitutiva no se aplica en este caso, por que la Asamblea Ordinaria es la que, según el Artículo 181 de la Ley General de Sociedades Mercantiles podrá conocer de las irregularidades denunciadas por los comisarios.

El maestro Mantilla Molina asevera que " ninguna influencia tiene sobre la calificación de la Asamblea, el momento en que se celebre y la influencia con que tal cosa suceda" ¹⁶⁸ , por lo tanto, la Asamblea Ordinaria puede reunirse en cualquier tiempo en que fuere necesario resolver asuntos propios de su competencia. De esta manera, en el momento en que lo consideren necesario, los comisarios deberán ejercer esta obligación.

¹⁶⁵ ob. cit., pág. 203.

¹⁶⁷ cfr. Mantilla Molina, ob. cit., pág. 368.

¹⁶⁸ ob. cit., pág. 368.

II.- "Exigir a los administradores una información mensual que incluya por lo menos un estado de situación financiera y un estado de resultados."

La balanza de comprobación consiste en una lista de todas las cuentas que figuran en el Libro Mayor poniendo frente a cada una su movimiento y su saldo.¹⁶⁹

Anzures define a la balanza de comprobación ordinaria, como la lista de cuentas abiertas en el Libro Mayor con indicación de la suma de cargos y de abonos de cada cuenta, que se llaman **movimientos**.¹⁷⁰

El Mayor es un libro en donde se llevan las cuentas dedicando para ello una página o folio, que se encabeza con el título de la cuenta. Los asientos que en ella se practican, son cargando a unas con abono a otras por igual cantidad (base en que descansa el registro por partida doble) resultando que en cualquier momento en que se sumen los cargos y abonos de dichas cuentas, ambas sumas serán iguales.¹⁷¹

Al documento en que se listan las cuentas con indicación de los cargos y abonos de cada una, se le denomina balanza, por que hay un equilibrio perfecto entre las sumas de naturaleza contraria; de comprobación,

¹⁶⁹ cfr. Mantilla Molina, ob. cit., pág. 405.

¹⁷⁰ Contabilidad General, México 1952, 5a. Ed., pág. 49.

¹⁷¹ cfr. Anzures. ob. cit., pags. 45 y 77.

por que en esta igualdad queda comprobado que no hay error, y que todo cargo tuvo su correspondiente abono por igual cantidad.¹⁷²

De lo anterior, se desprende que el objeto de la balanza de comprobación es demostrar que los cargos a cuentas, han sido por igual cantidad que los abonos, y a los saldos deudores que arrojen unas, corresponden saldos acreedores de otras, por igual cantidad también, lo cual es como se dice, principio del registro por partida doble " que no hay cargo sin su correspondiente abono, ni deudor sin acreedor".¹⁷³

En consecuencia de los conceptos anteriores, deducimos que existe una necesidad imperiosa de conocimientos técnicos contables en la persona del comisario, para desempeñar adecuadamente la función consignada en esta fracción.

Respecto a la periodicidad del ejercicio de esta función, es decir, mensualmente, el objeto de tal plazo, es precisamente el de que el comisario esté constantemente interiorizado en los asuntos de la sociedad.¹⁷⁴

III.- " Realizar un examen de las operaciones, documentación, registros y demás evidencias comprobatorias, en el grado y extensión que sean necesarios para efectuar la vigilancia de las operaciones

¹⁷² cfr. Anzures., ob. cit., pág. 45.

¹⁷³ Anzures, ob. cit., pág. 46.

¹⁷⁴ cfr. Rousseau, op. cit., pág. 751.

que la Ley les impone y para poder rendir fundadamente el dictámen que se menciona en el siguiente inciso."

Navarrini, al comentar las disposiciones del Artículo 184 del Código de Comercio Italiano de "examinar por lo menos cada trimestre los libros de la sociedad para conocer las operaciones sociales y comprobar la bondad del método de estructuración" ¹⁷⁵, nos dice que todos los libros de la sociedad están sujetos a este examen, inclusive los libros de actas de los administradores, pues no habría motivo para excluirlos, toda vez que los comisarios asisten a sus juntas. (Por bondad del método de estructuración debe entenderse según este autor, la forma normal de llevar los libros). ¹⁷⁶

Lisbonne ¹⁷⁷, Copper Royer ¹⁷⁸, y Moreau ¹⁷⁹ opinan que " todos los libros, el Diario o Gran Libro, copias de las letras, borradores, etc., deben ser puestos, si lo desean, a la disposición de los comisarios".

Rodríguez Rodríguez advierte que los comisarios no tienen límite alguno en sus facultades de investigación y vigilancia, y por consiguiente, no hay libro ni documento que no deba serles mostrado. ¹⁸⁰

IV.- " Rendir anualmente a la Asamblea General

¹⁷⁵ ob. cit., pág. 789.

¹⁷⁶ Idem.

¹⁷⁷ ob. cit., pág. 93.

¹⁷⁸ ob. cit., pág. 284.

¹⁷⁹ ob. cit., pág. 317.

¹⁸⁰ ob. cit., t. II, pág. 196.- Mantilla Molina, ob. cit., pág. 392.

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. Este informe deberá incluir por lo menos:

- 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 circunstancias particulares de la sociedad.**
- B) La opinión del comisario sobre si esas 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 administradores refleja en forma veraz y eficiente la situación financiera y los resultados de la sociedad."**

De acuerdo con el Artículo 172 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, un informe financiero, es decir, el documento contable que refleja en un momento determinado el estado económico y financiero de una negociación, debe ser formulado anualmente. Se enumeran en él las diversas partidas que constituyen el activo de la sociedad: efectivo en caja y bancos, documentos por cobrar, mercancías, muebles, inmuebles, etc.; y el pasivo : documentos por

pagar, acreedores diversos, obligaciones a plazo, etc.

La diferencia entre ambos forma el capital contable, integrado a su vez por el capital social, la reserva legal y las estatutarias, las utilidades acumuladas en los años anteriores y las del ejercicio anterior al informe.¹⁸¹

Para Vivante, el balance o estado financiero como lo llama nuestra legislación, es "un documento contable que resume los saldos de las diferentes cuentas de la empresa, y que debe representar la situación financiera de la sociedad"¹⁸²

Asimismo, comenta 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 qué garantías pueden contar, y para dar a conocer a los socios sobre qué base patrimonial se ha hecho la distribución de dividendos.¹⁸³

La definición que a Rodríguez Rodríguez¹⁸⁴ le parece más aceptable, y a la que nos adherimos también, es la de Navarrini, para quien el balance de la sociedad es " la representación periódica, esquemática y sumaria de los elementos activos y pasivos del patrimonio social, resumidos comparativamente de manera que se ponga en evidencia su situación de conjunto, y el resultado beneficioso o desventajoso del ejercicio a que se

¹⁸¹ cfr. Mantilla Molina, ob. cit., pág. 380.- Anzures, ob. cit., pág. 4.

¹⁸² ob. cit., pág. 295.

¹⁸³ cfr. Vivante, ob. cit., pág. 294.

¹⁸⁴ ob. cit., t. II, pág. 368.

refiere".¹⁸⁶

Observamos que nuestra Ley no hace referencia específica al estado de pérdidas y ganancias, el cual es un documento que muestra los resultados obtenidos por la empresa en un determinado período como consecuencia de sus operaciones; creemos que como en el texto del Artículo 172 de la Ley General de Sociedades Mercantiles se estipula que la elaboración de un reporte que muestre los cambios de la situación financiera, se entiende que es un requisito indispensable para la formación de dicho informe, el estado de pérdidas y ganancias.

Por último, y como se mencionó en párrafos precedentes, el Artículo 173 de la Ley General de Sociedades Mercantiles atribuye a los administradores la obligación de preparar el informe. Dicho informe, incluyendo el de los comisarios, deberá quedar terminado y ponerse a disposición de los accionistas por lo menos quince días antes a la celebración de la Asamblea respectiva. (Artículo 174 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

V.- " Hacer que se inserten en el orden del día de las sesiones del Consejo de Administración y de las Asambleas de Accionistas los puntos que crean convenientes ."

¹⁸⁶ Citado por Rodríguez Rodríguez, ob. cit., t. II, pág. 368.

Los comisarios deben insertar en la orden del día los puntos o proposiciones que consideren importantes, ejerciendo de esta manera, una presión para forzar la decisión de los administradores y de la Asamblea, pero que naturalmente que su influencia y sus argumentos o razonamientos, no excedan de la exposición del problema.¹⁸⁶

Esta fracción, acentúa la obligación de los comisarios de que tienen que estar conectados con la vida social de la sociedad permanentemente, para que en caso de que surja algún problema que consideren que requiere solución por parte de cualquiera de los dos órganos, es decir, de la Asamblea de Accionistas o del Consejo de Administración, lo incluyan en la orden del día.

Asimismo, debe ser comisario una persona con preparación suficiente en contabilidad, finanzas, etc., para percatarse de los problemas y por consiguiente proponer la solución adecuada.

Vivante al comentar la fracción relativa del Código de Comercio Italiano (Artículo 184), dice que " pueden hacer insertar en el orden del día los puntos o proposiciones que consideren pertinentes, pero sin exigir que sean aceptados. No debe existir dualismo entre los administradores y los comisarios".¹⁸⁷

"VI.- Convocar a Asambleas Ordinarias y Extraordinarias de Accionistas, en caso de omisión de los

¹⁸⁶ cfr. Rodríguez Rodríguez, ob. cit., t. II, pág. 196.

¹⁸⁷ ob. cit., pág. 300.- Navarrini, ob. cit., pág. 789.

administradores, y en cualquier otro caso en que lo juzguen conveniente “.

Esta fracción implica dos posibilidades en las que los comisarios deben realizar la convocatoria a Asamblea: la primera en el caso en que los administradores debiendo hacerlo, no la hayan convocado. Aquí el comisario tiene la obligación de efectuar la convocatoria incurriendo en responsabilidad si no lo hace.

La segunda, en cualquier caso en que lo juzgue conveniente. Aquí se deja en libertad a los comisarios para que de acuerdo a su criterio, puedan convocar a Asambleas, entendiendo que “ esta facultad debe ser usada con parsimonia, por los motivos de tiempo y de gastos que toda convocatoria supone ”. ¹⁸⁸

Otro caso en que los comisarios deben efectuar la convocatoria a Asamblea de Accionistas, es aquel que se refiere a cualquier irregularidad que se presente con relación a la constitución y subsistencia de la garantía exigida por el Artículo 152 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, analizado en párrafos anteriores.

Rousseau, afirma que la facultad de convocatoria a Asambleas debe ser usada por los comisarios “ sólo por un motivo grave”. ¹⁸⁹

Según Copper Royer, se trata de un derecho correlativo a un deber,

¹⁸⁸ Rodríguez Rodríguez, ob. cit., t. II, pág. 296.

¹⁸⁹ ob. cit., pág. 751.

ya que si se le niega al comisario de cuentas un derecho permanente de investigación, éste no está en posibilidades de apreciar de una manera exacta la urgencia y la utilidad que puede presentar la convocación inmediata de una Asamblea.¹⁹⁰

Agrega este autor que " el derecho de convocar la Asamblea es un derecho formal que incumbe al orden público, y que no puede ser ni suprimido ni restringido ni sometido a una condición en el texto de los estatutos, o a una resolución de la Asamblea General ".¹⁹¹

Asimismo, respecto a los gastos erogados para la convocatoria de la Asamblea, Copper Royer opina que los podrá efectuar el comisario, pero les serán reembolsados por la sociedad, ya que deben ser gastos que deben ser a su cargo.

Moreau, comenta que se puede considerar caso de urgencia "cuando la deficiente administración de la sociedad, ponga en peligro los intereses sociales y el patrimonio social".¹⁹²

Este autor menciona también que los comisarios deben tener una causa justificada para convocar a Asamblea de Accionistas; y en el caso de que sean culpables de abuso de este derecho, deben ser condenados a reparar los perjuicios causados.¹⁹³

¹⁹⁰ cfr. ob. cit., pág. 288.

¹⁹¹ Copper Royer, ob. cit., pág. 288.

¹⁹² ob. cit., pág. 318.

¹⁹³ ob. cit., pág. 319.

Navarrini al comentar la obligación de convocar a Asamblea contenida en el Artículo 184 fracción VIII del Código de Comercio Italiano nos dice que " es un deber que entra en la más general de las vigilancias, y que contribuye a integrar la obra de los administradores sin contra ponerse a ésta ". ¹⁹⁴

"VII.- Asistir con voz pero sin voto, a todas las sesiones del Consejo de Administración a las cuales deberán ser citados".

Esta función, es consecuencia lógica de las funciones desempeñadas por el comisario, pues de esta manera tendrá un completo conocimiento de todos los negocios sociales, de manera que pueda asegurar a los accionistas, sobre la sinceridad del balance y dar su propia opinión acerca de la orientación y política de la hacienda social.

Los comisarios deben limitarse a vigilar, pues como dice Vivante, "si tomasen parte de la administración de la sociedad, deberían vigilarse así mismos, embarazarían la obra de los administradores y atenuarían la responsabilidad que debe pesar sobre ellos." ¹⁹⁵

Por lo tanto, con relación a esta obligación de asistir con voz pero sin voto a las sesiones de los administradores, se sobre entiende que pueden

¹⁹⁴ ob. cit., pág. 797.- Mossa, ob. cit., pág. 204.

¹⁹⁵ ob. cit., pág. 300.- En la Ley Italiana es motivo de revocación de los comisarios (Sindaci) el no asistir a las Asambleas, o si durante un ejercicio social no lo hacen por lo menos en dos juntas. (artículo 2405 Cod. Civ. 1942).- Brunetti, ob. cit., pág. 404.

criticar y sugerir, pero no oponerse a la ejecución de los acuerdos.

La asistencia de los comisarios a las Sesiones del Consejo de Administración, tiene tal trascendencia, que el hecho de que no asistan por que no se les haya convocado o por que se les niegue el acceso, será motivo de nulidad de los acuerdos que se adopten.¹⁰⁶

"VIII.- Asistir con voz pero sin voto a las Asambleas de los Accionistas".

Aplicamos en esta fracción los comentarios de la anterior, recalcando que debe existir separación de campos en la esfera administrativa (Consejo de Administración) y el control y vigilancia (comisarios).¹⁰⁷

Cuando el comisario sea a la vez accionista de la sociedad no podrá votar en las Asambleas, cuando este organismo estudie la aprobación del informe o discuta la posible responsabilidad que por sus actos como órgano de vigilancia, pueda recaer en el accionista comisario. (Artículo 197 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

Así pues, en el supuesto caso de que un comisario que sea tenedor de la mayoría de las acciones, no es posible transgredir la mencionada prohibición, ya que corre el riesgo de la nulificación de la resolución adoptada (segundo párrafo del Artículo 197 de la Ley General de Sociedades

¹⁰⁶ cfr. Rodríguez Rodríguez, ob. cit., t. II, pág. 296.

¹⁰⁷ cfr. Navarriñ, ob. cit., pág. 797.

Mercantiles).

"IX.- En general vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad".

Esta atribución resume todas las anteriores y de acuerdo con Mantilla Molina, debería añadirse a esta fracción la de "proveer a su regular funcionamiento". ¹⁹⁸

De esta manera, podemos resaltar las dos notas principales, de "vigilancia ilimitada" y "en cualquier tiempo" de las operaciones sociales.

Hemos ya explicado dentro de este Capítulo, el sentido del término vigilancia, por lo que nos concretamos a insistir, en que nada les debe ser negado a los comisarios respecto a lo que deseen inspeccionar y vigilar, naturalmente con la mira encaminada al buen funcionamiento y a la continuidad de la Administración. ¹⁹⁹

Es la función más amplia que se les ha atribuido a los comisarios, ya que no debe existir limitación alguna, que tenga por objeto entorpecer su vigilancia.

Moreau indica que "...la Ley concede a los comisarios, en efecto, un poder de vigilancia ilimitado, pero no el derecho de inmiscuirse en la

¹⁹⁸ ob. cit., pág. 391.

¹⁹⁹ cfr. ob. cit., pág. 204.

administración y dirección de los negocios sociales ". ²⁰⁰

El carácter de "vigilancia ilimitada" encomendada a los comisarios, no significa que para ellos no exista una obligación de secreto profesional frente a los administradores respecto de los negocios de la sociedad; de los cuales se enteren por razón de su cargo, sino, simplemente, que respetando este secreto nada les sea negado en relación con los papeles y negocios de la sociedad. ²⁰¹

La vigilancia no debe concretarse al aspecto contable, sino a "la bondad del método y buena gestión de los administradores". ²⁰²

Respecto al término " en cualquier tiempo", insistimos en que el comisario no debe atenerse a vigilar la actuación de los administradores en un momento dado, sino que puede ejercerla en el tiempo en que lo desee y juzgue conveniente, siempre sin inmiscuirse, repetimos, en la esfera administrativa, o sin entorpecerla.

F. REMUNERACION.

Como ya hemos hecho mención dentro de las características de los comisarios, el cargo de éstos debe ser retribuido como se desprende del texto del Artículo 181 fracción III de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que

²⁰⁰ ob. cit., pág. 317.

²⁰¹ cfr. Moreau, ob. cit., pág. 328.

²⁰² Brunetti, Lezioni, ob. cit., pág. 212.

atribuye a la Asamblea General Ordinaria la facultad de "determinar los emolumentos correspondientes a los administradores y comisarios, cuando no hayan sido fijados por los estatutos".

La retribución puede consistir en un sueldo fijo anual o mensual, o en una participación de utilidades. Asimismo, pueden combinarse ambas formas.

En base a lo anterior, creemos que no es conveniente que los honorarios del comisario se fijen por disposición estatutaria en una cantidad fija, por las siguientes razones:

Es muy difícil precisar de antemano, la intensidad de la labor que debe desarrollar en los años subsecuentes, pues por el transcurso del tiempo, los honorarios fijados en el primer momento podrían ya no ser suficientes, y entonces sería necesario la convocatoria a Asamblea General Extraordinaria para poder reformar los estatutos y fijar nuevamente una cantidad que a la larga podría volver a ser insuficiente.

En consecuencia, lo ideal sería (y lo que sucede en la práctica), que invariablemente la Asamblea General Ordinaria se encargara de fijar los emolumentos de los comisarios para el ejercicio social venidero y así sucesivamente.

Otra razón que debe considerarse junto con lo anteriormente expuesto, es la constante fluctuación del valor de la moneda en nuestro país.

Aquí, debemos tomar en cuenta que, las Sociedades Anónimas se constituyen generalmente por considerables períodos de tiempo, por lo que podrían presentarse situaciones injustas con los comisarios a este respecto.

Ahora bien, opinamos que la Asamblea General Ordinaria debe fijar una cuota anual determinada, la cual podrá dividirse en diferentes partidas, por ejemplo, mensuales, siempre tomando en cuenta la calidad e importancia del trabajo prestado, y las demás condiciones del servicio.

Por lo tanto, no estamos de acuerdo en que se les conceda únicamente una participación en las utilidades, a menos que, como sucede en algunas sociedades, se combinen las dos formas de retribución como aliciente para un mejor resultado y actuación del comisario. De cualquier manera, repetimos, lo usual es la primera forma de retribución.

G. DURACION Y CONCLUSION DEL CARGO.

Aunque el Artículo 164 de la Ley General de Sociedades Mercantiles expresa que "la vigilancia de la Sociedad Anónima estará a cargo de uno o varios comisarios temporales y revocables ...", el carácter de permanencia del comisario se refiere a su función exclusivamente, y no a la posibilidad de duración del cargo.

Así pues, la mencionada fracción IX del Artículo 166, ya comentada

con anterioridad, emplea la frase " en cualquier tiempo" para poner de relieve que la función de los comisarios se realiza de momento a momento, durante toda la vida de la sociedad.

A nuestra manera de ver, las diversas causas por las que puede concluir el cargo de comisario son:

La causa más común es la terminación del plazo para el cual fueron designados; sin embargo, es necesario aclarar que el Artículo 171, al remitirnos al Artículo 154 de la misma Ley General de Sociedades Mercantiles, establece que " los administradores (en este caso los comisarios), continuarán en el desempeño de sus funciones aún cuando hubiere concluído el plazo para el que hayan sido designados, mientras no se hagan nuevos nombramientos y los nombrados no tomen posesión de sus cargos".

Nos parece muy comprensible dicha solución, toda vez que la sociedad no puede prescindir de la existencia del Organo de Vigilancia, durante el lapso necesario para que se haga la nueva designación de los comisarios, o la confirmación de los mismos.

Podemos considerar también, como causa de terminación del cargo de los comisarios, el caso de renuncia que conocerá la Asamblea de Accionistas, aplicándose los conceptos del citado Artículo 154. Igualmente la muerte del comisario es causa de terminación anticipada del cargo.

El caso de remoción de los comisarios, resulta del Artículo 176 de

la Ley General de Sociedades Mercantiles, que permite tal sanción cuando no presentan el informe en el plazo señalado por la Ley.

Otras causas para poner término a la relación de la sociedad con el comisario, es cuando estos últimos se llegaran a encontrar en alguna de las hipótesis a que se refiere el Artículo 165 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, es decir, bien sea por pérdida de la capacidad legal para el ejercicio del comercio, o por que se llegue a tener dependencia con la sociedad, o se establezca un parentesco por afinidad o civil con alguno de los miembros del Consejo de Administración.

Por último, respecto a la conclusión de las funciones del comisario, se encuentra la originada por la revocación del cargo consignada en el citado Artículo 164, que faculta a la Asamblea Ordinaria, con el más amplio poder e ilimitado derecho de revocar tanto a los administradores como a los comisarios, naturalmente llenando los requisitos respecto a la convocatoria, la reunión y la celebración de la Asamblea.

Rodríguez Rodríguez afirma que este derecho de revocación de los comisarios puede ser "sin expresión de causa", y que no tendrán validez las cláusulas o preceptos estatutarios que restrinjan este derecho.²⁰²

Este mismo autor señala que en caso de revocación del comisario antes del transcurso del plazo previsto, deberá indemnizársele en relación con el trabajo que haya prestado, y aún en atención al tiempo por transcurrir para el

²⁰² cfr. ob. cit., pág. 190.

cumplimiento de su encargo.

Opinamos que es una medida muy justa y razonable indemnizar al comisario en relación al trabajo realizado; pero respecto a la posibilidad de la indemnización mencionada por Rodríguez Rodríguez, nos parece más bien un punto de vista teórico, que normalmente no se acostumbra.

Este último caso constituye un problema más bien de índole moral, debiéndose aplicar las consideraciones hechas a hablar de la prestación de servicios profesionales. La Ley no prevee la posibilidad de que sea oído en juicio el comisario para reivindicar su honor profesional; como lo hace la legislación italiana citada en el Segundo Capítulo de este trabajo.

Mencionaremos, asimismo la disposición del Artículo 144 párrafo segundo de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, que establece que la mayoría no puede revocar al comisario nombrado por la minoría, sino revocando también a los que ella designó.

Este derecho concedido tanto al comisario como a la minoría, es lógico y contiene el más elemental deseo de justicia.

CAPITULO CUARTO

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS COMISARIOS COMO ORGANO DE VIGILANCIA DE LA SOCIEDAD ANONIMA.

A. EL ORGANO DE VIGILANCIA COMO ORGANO COLEGIADO.

1. INEXISTENCIA EN EL DERECHO MEXICANO DEL ORGANO DE VIGILANCIA COMO ORGANO COLEGIADO.

Según comentáramos en nuestro Primer Capítulo, en un principio, en el Derecho Mexicano el órgano vigilante actuaba en forma colegiada, regulándose en la actualidad en forma unitaria, a pesar de que puede estar

confiado en varias personas, **no actuando en forma colegiada**, como se desprende del Artículo 164 de la Ley General de Sociedades Mercantiles regulándose que la vigilancia de la sociedad estará a cargo de uno o varios comisarios, entendiéndose que cualquiera que sea su número son órganos individuales, y que son los estatutos los que indicarán si el cargo es desempeñado por uno o varios comisarios.

Sin embargo, en nuestra legislación mercantil ninguno de sus preceptos especifica o regula que en el caso de existir varios comisarios, actúen en forma colegiada, incluso se regula que serán responsables individualmente para con la sociedad por el incumplimiento de las obligaciones establecidas por la Ley y por los estatutos.

En cambio, en el caso de los administradores dispone el primer párrafo del Artículo 143 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que "cuando los administradores sean dos o más constituirán un Consejo de Administración".

Más aún, en su tercer párrafo agrega que "...para que el Consejo de Administración funcione legalmente deberá asistir, por lo menos, la mitad de sus miembros, y sus resoluciones serán válidas cuando sean tomadas por la mayoría de los presentes...", constituyéndo de esta manera un órgano colegiado.

Ahora bien, como ya mencionamos, el cargo de comisario puede ser desempeñado por personas físicas o personas morales. En efecto, la Ley

General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito en su Artículo 44 inciso c), indica que las Instituciones Fiduciarias están facultadas para llevar a cabo el desempeño del cargo de comisario ²⁰⁴, y la Ley General de Sociedades Mercantiles no lo prohíbe, es más creemos que la interpretación del silencio del legislador en este sentido es que al permitir que personas morales sean comisarios de una sociedad, admite tácitamente que entre los miembros de dicha persona moral exista una responsabilidad solidaria, ya que se encuentran actuando internamente como órgano colegiado y como un órgano individual frente a la sociedad en cuestión.

Por otro lado, el maestro Rodríguez Rodríguez afirma que los comisarios son órganos individuales, cualquiera que sea su número, basado en las siguientes razones:

"1.- La evolución legislativa mexicana que va del Consejo de Inspección colegiado del Código de Comercio de 1884 a la actuación individual de los comisarios expresamente establecida por la Ley de sociedades de 1889;

"2.- La falta de disposición expresa que establece el carácter colegiado de los comisarios cuando sean dos ó más;

"3.- La falta de remisión por parte del Artículo 171 de la Ley General de Sociedades Mercantiles sobre comisarios, al Artículo 143 de la misma Ley General de Sociedades Mercantiles, sobre

²⁰⁴ cfr. Mantilla Molina, ob. cit., pág. 390.

administradores;

"4.- El establecimiento de la responsabilidad individual de los comisarios incompatible con su funcionamiento como órgano colegiado. (Artículo 169 de la Ley General de Sociedades Mercantiles);

"5.- La Ley no prevee la substitución forzosa de los comisarios faltantes, sino cuando no queda ninguno (Artículo 168 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), lo que sería inconciliable con la existencia de un órgano colegiado, si los estatutos establecieran la existencia de dos ó más comisarios;

"6.- La influencia evidente del Derecho Italiano sobre la Ley General de Sociedades Mercantiles, tanto de un modo directo como a través del Código de Comercio de 1889; y

"7.- El texto de la Exposición de Motivos habla claramente de actuación individual y del cumplimiento por cada comisario de las tareas que le competen" ²⁰⁹.

Al analizar las consideraciones tomadas como fundamento por el maestro Rodríguez Rodríguez, opinamos que los comisarios constituyen órganos unitarios por Ley y por las lagunas de ésta; pero forman un órgano colegiado en cuanto a que son el Órgano de Vigilancia, como tal, de la

²⁰⁹ ob. cit., t. II, pág. 187.

sociedad, y a que el legislador les hace aplicar preceptos de la Ley General de Sociedades Mercantiles formulados para los administradores, los cuales, por lo general, sí forman una colegialidad.

2. LA COLEGIALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO.

Por lo que se refiere al Derecho comparado y basados en lo que hemos expuesto a los largo del presente trabajo, la primera cuestión que ofrece la integración del Organo de Vigilancia es, como ya dijimos, la de saber si sus funciones van a ser desarrolladas por una o varias personas, actuando individualmente, o por dos o más personas procediendo en forma colegiada de acuerdo con el principio de las mayorías.

La mayor parte de las legislaciones extranjeras consagran en esta materia el principio de la **colegialidad**.

La Ley Belga establece que los administradores y comisarios forman colegios, que deliberan siguiendo la forma establecida por los estatutos, y a falta de estipulación a este respecto, siguiendo las reglas ordinarias de la Asamblea deliberante. ²⁰⁴

Wauwermans, afirma que es admitido para los comisarios, indicar en su informe sus puntos de vista individuales con el fin de determinar dado el

²⁰⁴ cfr. Lisbonne, ob. cit., pág. 127.

caso, la responsabilidad de cada uno de ellos. ²⁰⁷

La Ley Francesa, establece que salvo cláusula estatutaria o indicación precisa de la Asamblea, " el informe debe ser obra común de todos los comisarios. Los disidentes deben indicar en la serie de documentos o en las piezas anexas, los puntos en que no concuerdan con los demás comisarios" ²⁰⁸

Por su parte Copper Royer, indica que "...si hay varios comisarios, todos tienen el mismo nivel de igualdad y deben firmar el informe para la Asamblea. Cuando alguno de los comisarios tenga algún punto disidente a las conclusiones a las que llegaron sus compañeros, deberá indicarlo claramente por separado y con su firma, o presentar su dimisión excusándose de tener que firmar el informe redactado por sus colegas". ²⁰⁹

Aclarando los postulados anteriores, Rousseau comenta que si la Asamblea ha designado a más de un comisario con facultad de actuar conjunta o separadamente, esta fórmula deberá extenderse en el sentido de que los comisarios cumplirán su misión juntos si están de acuerdo, o separados en el caso contrario. Lo mismo se deduce en alguna circunstancia especial como impedimento o defunción de otro comisario. ²¹⁰

En el Derecho Italiano, según el Código de Comercio de 1882, "los síndicos no constituyen una agrupación que decida por mayoría". ²¹¹

²⁰⁷ cfr. citado por Lisbonne, ob. cit., pág. 127.

²⁰⁸ Lisbonne, ob. cit., pág. 128.

²⁰⁹ ob. cit., pág. 267.

²¹⁰ cfr., ob. cit., pág. 749.

²¹¹ Vivante, ob. cit., pág. 303.- Brunetti, ob. cit., Trattato..., pág. 403.

Sólo en un caso de dicha legislación derogada, el Órgano de Vigilancia decidía colegialmente, es decir, por mayoría: cuando en unión de los administradores debían proveer algún puesto de la Administración (Artículo 125). Sin embargo, el Artículo 2404 del Código Civil de 1942 establece que los acuerdos se adopten por mayoría absoluta, levantándose acta.

Navarrini, a este respecto nos dice que la acción de cada uno de los síndicos se desarrolla independientemente de los demás, y por eso cada síndico puede llevar a cabo su tarea singularmente. Este autor, aclara que la Ley se refiere al órgano más que a las personas que lo componen, por lo que lógicamente se debe producir un único resultado en conjunto, en el que, dicho en otras palabras, es la acción colectiva de los síndicos la que debe converger. Este órgano no puede decidir sino con el medio que le es propio, es decir, por medio de la mayoría.²¹²

Menciona el hecho de que dicho Código Italiano haya impuesto un número non en la composición del órgano sindical, explicando su razón por la mayoría que debe decidir.

En el Derecho Alemán, se exige pluralidad de comisarios, precisando el Código Alemán un número de tres (Artículos 86 y 87 de la Ley de 1937).²¹³

Garó, al tocar este tema nos dice que en la legislación argentina,

²¹² cfr., ob. cit., pág. 793.

²¹³ cfr., Heinsheimer, ob. cit., pág. 153.- Cosack, ob. cit., pág. 119.

no existe disposición alguna sobre la actuación individual o colectiva, pero el autor opina que se desempeñarán con independencia de los demás, no haciendo indicación alguna en cuanto a su responsabilidad.²¹⁴

Por último, la Ley Brasileña indica que el Consejo Fiscal debe rendir su informe de manera colectiva, externando individualmente sus puntos de vista, si así lo desean.

En resumen, consideramos que el Derecho Comparado ha tratado de regular a los Organos Sociales de las Sociedades Anónimas en igualdad de circunstancias, procurando en cada caso, la salvaguarda de los derechos sociales en favor de los accionistas, logrando la confianza y la seguridad jurídica que surge de la existencia de Organos Sociales sólidos y confiables durante la vida social de la misma.

B. RESPONSABILIDAD DE LOS COMISARIOS.

1. DE LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL.

La actuación de los comisarios, en el cumplimiento de sus funciones ofrece la posibilidad de que tengan que responder de las results de su gestión frente a la sociedad, frente a los accionistas individualmente considerados y frente a terceros extraños a la misma.²¹⁵

²¹⁴ cfr., ob. cit., t. II, pág. 493.

²¹⁵ cfr. Rodríguez Rodríguez, ob. cit., t. II, pág. 162.

De esta manera, los comisarios como Organos de Vigilancia de acuerdo con nuestra legislación no tienen como los administradores la responsabilidad directa y solidaria que impone la Ley a estos últimos (Artículo 158 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), sino que de acuerdo con el texto del Artículo 169 de la misma legislación mercantil, "...serán individualmente responsables para con la sociedad, por el cumplimiento de las obligaciones que la Ley y los estatutos les imponen".

Responsabilidad individual significa que cada uno responde por los actos y omisiones propios, y por lo tanto si la sociedad experimenta algún daño o perjuicio, cada uno de ellos deberá resarcirlos. ²¹⁶

La sociedad, puede exigir responsabilidad a los comisarios. Esta responsabilidad está establecida por el Artículo 161 de la Ley General de Sociedades Mercantiles para los administradores, al cual remite el Artículo 171 de la misma legislación mercantil, aplicándolo a los comisarios que a la letra estipula :

"La responsabilidad de los administradores (en este caso de los comisarios), sólo podrá ser exigida por acuerdo de la Asamblea General de Accionistas, la que designará a la persona que haya de ejercitar la acción correspondiente salvo lo dispuesto en el Artículo 163."

Este Artículo, según el maestro Rodríguez Rodríguez "...tiende

²¹⁶ Idem.

exclusivamente al reintegro del capital social perdido o disminuído por dolo o culpa de los administradores" ²¹⁷, y una excepción al Artículo 161 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, pues permite que la acción social de responsabilidad sea efectuada en forma directa e individual por los socios.

El citado Artículo 163, estipula lo siguiente: "...los accionistas que representen el 33% del capital social por lo menos, podrán ejercitar la acción social de responsabilidad civil contra los administradores, siempre que se satisfagan los requisitos que a continuación se enlistan:

- 1.- Que la demanda comprenda el monto total de las responsabilidades en favor de la sociedad, no únicamente en interés personal de los promoventes.
 - 2.- 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 percibidos por la sociedad."

Vemos que en realidad no se trata de interés personal, sino social, ya que es la sociedad la que percibe lo que se obtiene de la reclamación.

Otra obligación, ya comentada en el Capítulo respectivo, es la que tiene los comisarios de poner en conocimiento de la Asamblea General de

²¹⁷ ob.cit., t.II, pág. 163.

Accionistas, las irregularidades que hayan advertido en la gestión de sus predecesores, ya que de no hacerlo serán responsables solidariamente con ellos (Artículo 160 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), este Artículo será comentado más ampliamente en el inciso que habla de la responsabilidad solidaria de los comisarios.

Por otro lado, el Artículo 152 de la mencionada legislación mercantil, dispone que, "los administradores y gerentes prestarán la garantía que determinan los estatutos, o en su defecto la Asamblea General de Accionistas, para asegurar las responsabilidades que pudieran contraer en el desempeño de sus encargos".

Este precepto, se aplica a los comisarios por remisión expresa del Artículo 171 al 152 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, siendo lógica esta disposición, ya que de esta manera, la sociedad se asegura en contra de los perjuicios que pueda ocasionarle la mala actuación de los comisarios, pero reconocemos que esta garantía en caso de no estar constituida por acciones de la sociedad, sería insuficiente, toda vez que no se podría otorgar en forma razonable, debido precisamente a la baja o nula retribución de la funciones del comisario.

Por lo tanto, si este sueldo del comisario es tan bajo como acontece frecuentemente en la práctica, no sería justo exigirles una gran responsabilidad en caso de error, aunque tampoco es justo para la sociedad absorber el daño ocasionado por falta de la pericia y cuidado debido que caracteriza o debe caracterizar a los comisarios como Organo de Vigilancia de

la Sociedad Anónima.

Naturalmente, al aceptar el desempeño de sus funciones, el comisario acepta igualmente las responsabilidades, que puedan sobrevenir por dolo o negligencia en la ejecución de las mismas, inherentes a su cargo.

El acuerdo tomado por la Asamblea de exigir la responsabilidad tiene como consecuencia la separación del cargo y la inhabilidad para volverlo a desempeñar, mientras no se declare judicialmente la exención de culpa ²¹⁸, de acuerdo a lo establecido por el Artículo 162 al cual nos remite el Artículo 171 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que a la letra dice:

"Los comisarios cesarán en el desempeño de su encargo inmediatamente que la Asamblea General de Accionistas, pronuncie resolución, en el sentido de que se les exija la responsabilidad en que hayan incurrido".

"Sólo podrán ser nombrados nuevamente en el caso de que la Autoridad Judicial declare infundada la acción ejercitada en su contra".

Creemos que estas disposiciones evitan que los comisarios así removidos, desempeñen otra vez sus funciones, por los peligros que tal responsabilidad originaría.

Por último, mencionaremos lo que establece el Artículo 170 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, sobre la obligación de los comisarios

²¹⁸ cfr. Mantilla Molina, ob. cit., pág. 437.

de abstenerse de toda intervención, en cualquier operación que tuvieran un interés opuesto a la sociedad.

En este caso, deberá manifestarlo a los demás comisarios, y abstenerse de toda deliberación y resolución, siendo responsable si contraviene esta disposición, de los daños y perjuicios que se causaren a la sociedad. (Artículo 156 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

Por lo que respecta a la responsabilidad frente a los accionistas individualmente considerados, un comisario incumple concretamente frente a un accionista alguna de las obligaciones que la Ley establece, por ejemplo, cuando desconoce su derecho de denuncia o cuando, con su conocimiento y conformidad, se haya violado alguno de los derechos especiales de alguno o algunos accionistas; éstos podrán exigir concretamente de aquéllos el resarcimiento de los daños y perjuicios que por ello hubieren causado.²¹⁹

Finalmente, los terceros que contraten con la sociedad y que lo hayan hecho basados en los datos que el comisario les proporcionó, sobre la marcha y situación real de la sociedad, pueden exigir responsabilidad al comisario por los daños sufridos como efecto de dichos datos falsos.

Esto es, si un tercero antes de contratar con la sociedad solicitó datos al comisario sobre el estado financiero y sobre la marcha de la misma, y los datos proporcionados fueron falsos, si en virtud de esos informes el tercero contrató con la sociedad, puede exigir responsabilidad del comisario que le

²¹⁹ cfr. Rodríguez Rodríguez, ob. cit., t. II, pág. 163.

haya proporcionado dicha información.

La Ley General de Sociedades Mercantiles en su Artículo 170, nos señala otra causa de responsabilidad y que consiste en que los comisarios intervengan en los casos en que tengan un interés opuesto a la misma sociedad.

Esta disposición, la consideramos acertada por lo que se refiere a los administradores, pero en el caso de los comisarios, es muy difícil que el comisario tenga un interés opuesto al de la sociedad. Es decir, si el comisario es un accionista, sí puede tener un interés opuesto al social, pero por razones de su calidad de socio y no por ser comisario. En este sentido, pensamos que nuestra legislación debe ser más explícita.

Por último, y con respecto a los sistemas para exigir la responsabilidad a los comisarios, sólo hemos de insistir en el doble procedimiento que nuestra legislación mercantil deja al alcance de los accionistas:

En primer lugar, la Asamblea General de Accionistas puede acordar por la mayoría correspondiente a las Asambleas Ordinarias, la exigencia de responsabilidad y designar a la persona que haya de ejercitar la acción respectiva.

En segundo término, la minoría que represente un 33% del capital social, con independencia del acuerdo de la Asamblea, y aún en contra del

mismo, podrá ejercitar directamente, es decir, por propio acuerdo y acudiendo ante la autoridad judicial competente, la acción de responsabilidad, siempre que se satisfagan los requisitos señalados por el Artículo 163 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que hemos citado anteriormente.

2. DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.

Como lo hemos planteado a lo largo del presente estudio, la solidaridad proviene y está fijada por diversas legislaciones extranjeras, además de que tienden a regular la responsabilidad de los comisarios, de una manera más completa de acuerdo a sus funciones y como uno de los Organos Sociales de la Sociedad Anónima.

De esta manera, en Francia el Artículo 43 de la Ley de 1867, establece el **principio de responsabilidad civil** de los comisarios al estipular que "la extensión y los efectos de la responsabilidad de los comisarios hacia la sociedad, son determinados según las reglas generales del mandato.

Los miembros del Consejo de Vigilancia no son civilmente responsables por los delitos cometidos por los gerentes, salvo si habiendo tenido conocimiento, no lo han revelado en su informe a la Asamblea General de Accionistas". ²²⁰

²²⁰ Thaller, ob. cit., pág. 389.

Por su parte, Copper Royer insiste en que los terceros no pueden ejercer contra los comisarios, ninguna acción fundada sobre las leyes del mandato, puesto que no les han conferido ningún mandato a los comisarios.²²¹

Así pues, el comisario responde por el dolo y sus faltas cometidas en su gestión, a reserva de su responsabilidad relativa a sus faltas, que sea aplicada menos rigurosamente si no está remunerado.

De acuerdo con Deloison, "en el dominio de la responsabilidad los comisarios responden no solamente de su dolo, sino también de la simple falta, de la negligencia e imprudencia de sus actos".²²²

Lisbonne, es el autor que mejor define el ejercicio de la acción de la responsabilidad de los comisarios. Dicho autor menciona dos clases de acciones:

1.- " Acción Social

"a) La sociedad puede actuar contra los comisarios. El Artículo 43 de la Ley Francesa de 1867 prevé la responsabilidad de estos últimos hacia la sociedad.

"La Asamblea, en situación normal, o el síndico, en caso de

²²¹ cfr., ob. cit., pág. 292, ver también, Lacour Y Bouteron, ob. cit., pág. 426.- Rousseau, ob. cit., pág. 752.- Moreau, ob. cit., pág. 329.

²²² citado por Lisbonne, ob. cit., pág. 166.

quiebra, tienen la libre disposición de esta acción.

"b) Los accionistas que representen la vigésima parte del capital social en las Sociedades Anónimas pueden ejercer esta acción.

"c) Los accionistas individualmente considerados pueden ejercitar la acción social (Artículo 17 de la Ley Francesa de 1867).

"2.- Acción Individual (y de acreedores)

Los ejemplos más frecuentes de acciones de este tipo, son las acciones de los acreedores que fiándose en un informe falseado, han tratado comercialmente con la sociedad, y de los accionistas que por la misma razón han adquirido títulos sociales." ²²³

La diferencia según el autor mencionado, entre la acción social y la acción individual, estriba en que la primera interesa a la sociedad y al conjunto de accionistas; en tanto que la segunda, importa sólo a los que tienen algún interés pecuniario particular. ²²⁴

Asimismo, dicho autor cita varios factores que pueden considerarse atenuantes de la responsabilidad de los comisarios, como son: la buena fe, las pérdidas sufridas por los comisarios (en caso de ser accionistas), y la no

²²³ ob. cit., pág. 166.

²²⁴ cfr. Lisbonne, ob. cit., pág. 189.

remuneración de sus funciones. ²²⁵

La responsabilidad del comisario, es en principio personal, pero consideramos que puede ser solidaria en el caso de ser varios los comisarios, habiendo actuado sin que se pueda determinar la responsabilidad de cada uno de ellos. ²²⁶

Es decir, si se trata de un Órgano de Vigilancia, éste debe actuar como una unidad para lograr los fines del encargo que se le encomienda al mismo órgano y no de una manera individual por parte de cada uno de sus miembros en caso de existir pluralidad de los mismos como se dijo anteriormente.

Por otro lado, creemos importante mencionar que si bien es cierto que nuestra legislación mercantil habla de los comisarios como personas individuales, aplica por analogía las reglas que para el Órgano de Administración de la sociedad, establece y regula, considerando este último a sus miembros como una unidad.

En este orden de ideas y tomando en cuenta la diferencia que marca la Ley en este sentido, creemos que si se le quiere dar un trato diferente a los comisarios al trato que se les da a los administradores, nuestros legisladores deberían crear reglas propias para el Órgano de Vigilancia, sin aplicar por analogía reglas estipuladas para un órgano reconocido como

²²⁵ *Idem*.

²²⁶ *cfr. Copper Royer, ob. cit., pág. 299.- Ver También Rousseau, ob. cit., pág. 752.- Lisbonne, ob. cit., pág. 184.*

colegiado, ya que se aplican las mismas reglas para los administradores respecto al ejercicio de la acción de responsabilidad, entre otras que ya hemos mencionado a lo largo de este trabajo.

Moreau, hace una clasificación similar a la de Lisbonne, agregando que los **comisarios de cuentas** incurren en responsabilidad en los siguientes casos:

1.- Infracción a las Causas de Inelegibilidad.

El Artículo 33 de la Ley Francesa de 1867 modificada por Decreto Ley del 8 de agosto de 1935 aplica una pena de 240,000 a 4,800,000 francos.

2.- Informaciones Falsas sobre la Sociedad.

La Ley Francesa de 1867 en su Artículo 34,5 aplica una pena de 240,000 a 4,800,000 francos o prisión de uno a cinco años, por proporcionar informes falsos sobre la sociedad, siempre que existan las dos condiciones siguientes:

- a) El carácter de falsedad en las informaciones.
- b) El conocimiento de su inexactitud y el dolo por parte de los comisarios.

3.- La No Revelación de Hechos Delictuosos.

Esta revelación debe ser hecha al Procurador de la República, la citada Ley Francesa establece una pena de 240,000 a 4,800,000 francos o prisión de uno a cinco años.

4.- Violación del Secreto Profesional.

La Ley Francesa establece que los comisarios deben guardar un secreto absoluto en el ejercicio de su misión, con excepción del Procurador de la República y de la Asamblea General de Accionistas. La pena aplicada es de 24,000 a 120,000 francos y prisión de uno a seis meses.

5.- Complicidad en los Delitos de los Administradores.

La complicidad consiste en consignar en su informe declaraciones falsas sobre la situación de la sociedad, con intención fraudulenta; no haber señalado las irregularidades e inexactitudes del inventario y del balance. El dolo y la intención fraudulenta son las condiciones substanciales de la existencia de la complicidad.

En caso de faltar las dos condiciones mencionadas, los comisarios son civilmente responsables. ²²⁷

En la Legislación Italiana se establecía el principio de que "la

²²⁷ cfr. ob. cit., pags. 331, 335, 336 y 337.

extinción y los efectos de la responsabilidad de los síndicos, se determinan con las reglas del mandato" (Artículo 185 del Código de Comercio de 1842).

Aquí, el legislador italiano no se preocupó por establecer los caracteres de la responsabilidad de los síndicos, ni de su extensión, ni de los medios con que se puede hacer valer, etc., sólo se refería a las reglas que rigen la responsabilidad de los mandatarios, y que se concretan a una responsabilidad solidaria.

Navarrini nos dice, que con el fin de delimitar la responsabilidad de los síndicos que actúan colegiadamente, "...el síndico que no se haya adherido a la deliberación que por desventura causó un perjuicio a la sociedad, podrá hacer constar en la deliberación y en el acta su disenso y las razones que tuvo para no aprobar la deliberación". ²²⁹

También Brunetti ²³⁰, Mossa ²³⁰ y Ascarelli ²³¹, concuerdan en afirmar que su responsabilidad es solidaria con los administradores por los hechos y omisiones de éstos, en el caso de no haber desempeñado debidamente sus funciones de vigilancia.

Brunetti, aclara al respecto que la responsabilidad de los administradores es *In committendo*, y la de los síndicos *In vigilando*; por lo tanto menos grave, pero de cualquier manera existe siempre una

²²⁹ ob. cit., pág. 797.

²³⁰ cfr. Lezioni ..., ob. cit., pág. 213.

²³⁰ cfr. ob. cit., pág. 204.

²³¹ cfr. ob. cit., pág. 158.

responsabilidad solidaria.²²²

Citola, nos dice que tiene sanción de carácter penal la inobservancia por parte del síndico de convocar a Asamblea, en caso de que algún socio denuncie un hecho censurable y urgente (Artículo 2408 del Código Civil Italiano).

En Alemania, comenta Cosack que "para fijar la responsabilidad de los miembros del Consejo de Inspección, se aplicarán las mismas reglas que para los directores (Artículo 249, III y IV)." ²²³

En este sentido, la Ley Alemana dispone que los miembros del Consejo de Vigilancia al igual que los de la Dirección tienen responsabilidad penal si proporcionan datos falsos para obtener el registro de la sociedad, y una responsabilidad solidaria por los perjuicios que se causen en el momento de la fundación.

Por lo que respecta a los revisores en general, como los llama esta legislación, son responsables solidariamente frente a la sociedad, si proporcionan datos falsos o si se aprovechan de su encargo.

En cuanto a la responsabilidad solidaria en el Derecho Mexicano, es curioso observar, como se mencionó en párrafos anteriores, que aún cuando se establece claramente que existe una responsabilidad individual de los comisarios, se reconoce la existencia de la solidaridad de éstos con sus

²²² cfr. Trattato ..., ob. cit., pág. 405.

²²³ ob. cit., pág. 121.

predecesores al no poner en conocimiento de la Asamblea General de Accionistas cualquier irregularidad que descubriesen al tomar posesión de sus respectivos encargos.

Esta responsabilidad, la establece el Artículo 160 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, para los administradores pero, nuevamente por analogía se aplica a los comisarios ya que el Artículo 171 de la misma ley se limita a remitirse a dicho precepto legal.

Ahora bien, de los tres sistemas que mencionamos al referirnos al ejercicio de la acción de responsabilidad contra los comisarios, por daños directos a la sociedad, nos parece que el que sólo autoriza dicho ejercicio mediante la decisión de la Asamblea, es demasiado rígido y deja sin la debida protección a las minorías disidentes que pueden representar una parte importante del capital social y que normalmente tienen especial interés en que la vigilancia de la administración se lleve a cabo con toda seriedad y con estricto apego a las disposiciones legales.

Por otra parte, la acción directa que otorgan a los accionistas individualmente, que tratándose de administradores quizá pudiera justificarse, sobre todo si se toman las precauciones debidas contra el chantaje a que puede dar lugar, creemos que con relación a los comisarios su implantación o reconocimiento no aparece como indispensable y sería más nocivo que beneficioso. En efecto, el otorgamiento de la acción a la minoría basta en definitiva para proteger los principales derechos en presencia. Tiene cierta eficacia preventiva al impedir que los comisarios desatiendan sus deberes por

contar con la benevolencia de la mayoría.

En esas circunstancias, al conceder una acción individual a los socios individualmente se corre sobre todo el riesgo de que la labor de vigilancia sea perturbada o de que llegue incluso, como en la práctica suele darse, a las extorsiones.

Por último, queremos reiterar antes de dar por concluido el estudio de este tema, que la regulación legal tan deficiente con la que contamos no garantiza ni la independencia ni la permanencia de los comisarios, haciendo que su labor fiscalizadora sea considerada en la práctica ineficaz y muy alejada del ideal legislativo.

D. MODIFICACIONES PROPUESTAS A LA LEGISLACION MERCANTIL VIGENTE.

Queda por presentar un proyecto de regulación respecto a la institución de los comisarios, ya que de las necesidades concretas y de la práctica mercantil en México, se desprende el problema de su responsabilidad, que aquí planteamos:

DE LA VIGILANCIA DE LA SOCIEDAD

ARTICULO 1.

La vigilancia de la Sociedad Anónima estará a cargo de uno o varios comisarios, temporales y revocables, quienes podrán ser socios o personas extrañas a la sociedad.

ARTICULO 2.

Es requisito indispensable, para poder desempeñar el cargo de comisario el que los así nombrados de acuerdo a esta Ley, comprueben fehacientemente a satisfacción de la Asamblea General de Accionistas y de la minoría, que represente cuando menos la quinta parte del capital social suscrito, el tener las aptitudes técnicas y profesionales que requiere la ocupación del encargo, ya sea a través de alguna carrera técnica o licenciatura que sea suficiente para llevar a cabo de manera eficaz el desarrollo de sus funciones.

ARTICULO 3.

Los comisarios propietarios y suplentes serán nombrados en la Escritura Constitutiva o por la Asamblea Ordinaria de Accionistas. Una minoría de accionistas que represente cuando menos la quinta parte del capital social suscrito tendrán en todo caso el derecho de nombrar a un comisario, aún cuando en los estatutos no se haya previsto más que uno.

ARTICULO 4.

Los comisarios, durarán en su cargo tres años y sólo podrán ser revocados mediante acuerdo de la Asamblea tomado con el voto favorable de accionistas que representen las tres cuartas partes del capital social suscrito o por causa justificada apreciada por los tribunales competentes. El comisario de la minoría sólo podrá ser revocado por la mayoría del grupo minoritario que lo designó.

ARTICULO 5.

El cargo de comisario es personal y no podrá desempeñarse por medio de representante.

ARTICULO 6.

No podrán ser comisarios:

- I. Quienes conforme a la Ley estén inhabilitados para ejercer el comercio.
- II. Los administradores, gerentes o apoderados de la sociedad.
- III. Los empleados de la compañía, de la sociedad que la controla o de una filial.
- IV. Los cónyuges, los parientes consanguíneos de los

administradores y gerentes, en línea recta sin limitación de grado, los colaterales dentro del cuarto grado y los afines dentro del segundo grado.

ARTICULO 7.

Son atribuciones de los comisarios:

- I. Cerciorarse de la constitución y subsistencia de la garantía de los administradores.
- II. Exigir a los administradores un reporte mensual que incluya por lo menos un estado de la situación financiera de la sociedad y un estado de resultados.
- III. Inspeccionar cuando menos una vez cada dos meses la existencia de la caja, los valores que por cualquier concepto posea la sociedad, los papeles y libros de contabilidad, cerciorándose de su regularidad.
- IV. Realizar un examen de las operaciones, documentación, registros y demás evidencias comprobatorias, en el grado y extensión que sean necesarios para llevar a cabo la correcta vigilancia de las operaciones de la sociedad, y para poder rendir fundadamente el dictamen respectivo.

V. 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. Este informe deberá incluir, por lo menos:

A) La opinión del o de los comisarios sobre si las políticas y criterios contables y de información seguidos por los administradores son adecuados y suficientes tomando en cuenta las circunstancias particulares de la sociedad.

B) La opinión del o de los comisarios conjuntamente presentada sobre si las políticas y criterios han sido aplicados consistentemente en la información presentada por los administradores.

C) La opinión del o de los comisarios conjuntamente presentada sobre si, como consecuencia de lo anterior, la información presentada por los administradores refleja en forma veraz y suficiente la situación financiera y los resultados de la sociedad.

VI. Convocar a Asambleas Ordinarias o Extraordinarias en caso de omisión de los administradores o cuando lo juzguen necesario.

VII. Asistir con voz pero sin voto, a las sesiones del Consejo de Administración y de las Asambleas de Accionistas.

VIII. Denunciar a la Asamblea las irregularidades de que tuvieren conocimiento.

IX. Vigilar que los administradores y gerentes no violen las disposiciones legales o estatutarias.

X. En general, vigilar de manera ilimitada y permanente las operaciones de la sociedad, pero sin intervenir en la Administración.

En el caso de que sean varios los comisarios, todos tendrán el mismo nivel de igualdad, debiendo firmar cada uno de ellos el informe para la Asamblea.

Cuando alguno de los comisarios tenga algún punto disidente respecto a las conclusiones contenidas en dicho informe, deberá indicarlo claramente en documento por separado y con su firma, a la Asamblea señalando las razones que lo motivaron a actuar de esa manera.

ARTICULO 8.

Cualquier accionista podrá denunciar por escrito, a los comisarios, los hechos que estime irregulares en la Administración. Los comisarios, si lo juzgan conveniente podrán hacer la investigación correspondiente, pero en todo caso deberán mencionar las denuncias en sus informes a la Asamblea y

formular acerca de ellas las consideraciones y proposiciones que estimen pertinentes. Cuando la denuncia sea hecha por accionistas que representen la décima parte del capital social suscrito, los comisarios deberán proceder inmediatamente a investigar los hechos que la motivan y a convocar, en su caso, a la Asamblea respectiva.

ARTICULO 9.

La retribución de los comisarios deberá ser fijada de acuerdo al salario mínimo general vigente, por la Asamblea que lo o los designa, pero no podrá ser reducida durante el período del cargo, pero si incrementarse por la Asamblea.

ARTICULO 10.

Los comisarios son solidariamente responsables para con la sociedad y con los accionistas por el cumplimiento de sus obligaciones que esta Ley y los estatutos les imponen.

En el caso mencionado en el último párrafo del Artículo 7 de este Título, no será responsable solidariamente el comisario que, estando exento de culpa, haya manifestado su inconformidad al informe elaborado por los demás comisarios.

ARTICULO 11.

La responsabilidad de los comisarios podrá ser exigida por acuerdo de la Asamblea General de Accionistas y por medio de la persona que al efecto se designe. Los accionistas que representen el 20% del capital social suscrito por lo menos, podrán ejercer directamente la acción de responsabilidad civil contra los comisarios, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos:

I. Que la demanda comprenda el monto total de las responsabilidades en favor de la sociedad y no únicamente el interés personal de los promoventes.

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 el comisario o comisarios demandados.

III.. Que cuando la Asamblea haya renunciado a exigir responsabilidad, la minoría ejercite la acción que este artículo le concede dentro de los seis meses siguientes.

Los bienes que se obtengan como resultado a la reclamación serán percibidos por la sociedad, deducción hecha de los gastos.

ARTICULO 12.

Los comisarios serán responsables frente a los acreedores de la

sociedad por el incumplimiento de sus deberes de vigilancia cuando el patrimonio social resulte insuficiente para satisfacer sus créditos a consecuencia de violaciones a las disposiciones legales establecidas con el fin de mantener la integridad del capital social. La renuncia de la acción por parte de la sociedad no es oponible a los acreedores. En caso de quiebra la acción corresponderá al síndico.

Así las cosas, con lo anterior damos fin a la realización de esta monografía, pretendiendo que en un futuro sirva de alguna manera, para cuando se requieran las reformas citadas.

Sólo nos faltaría exponer las consideraciones finales, que se tomaron como conclusiones, esperando que el presente trabajo sea de la satisfacción de los Señores del Jurado quienes habrán de calificarlo.

CONCLUSIONES

1. El comisariado, en la forma en que se encuentra regulado en nuestra legislación mercantil, no funciona adecuadamente en la práctica, aún cuando dentro del marco del Derecho Mexicano existe una clara delimitación de la competencia de los Organos de Administración y de Vigilancia, respectivamente.

2. En el Derecho Comparado, no hay una clara diferenciación entre los órganos sociales, ya que no existe obstáculo alguno para que en los Estatutos Sociales se creen otros órganos con facultades de administración y vigilancia cuya competencia, determinada por los Estatutos Sociales, pueden llegar a provocar confusión en la separación de las facultades administrativas de las facultades de vigilancia.

3. La función de los comisarios, es vigilar la gestión social en general, ya que no son simples revisores de la contabilidad, a pesar de las atribuciones de carácter contable que le señala la LGSM, ya que esta legislación los faculta a vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad, no encuadrando sus tareas a un simple examen de la marcha contable de la misma.

4. La LGSM ha querido crear con los comisarios un órgano social importante, tanto como el propio Consejo de Administración, con el propósito de situar a éste bajo la vigilancia general de aquéllos. Sin

embargo, en la práctica los comisarios apenas si tienen la menor significación en la vida diaria de las Sociedades Anónimas.

5. El Organó de Vigilancia, puede estar formado por uno o varios miembros, los cuales en caso de ser dos o más, no constituirán consejo, actuando en forma individual y no colegiada, como en el caso del Consejo de Administración; y cuyas características son : que es necesario, temporal, revocable, independiente, interno y remunerado.

6. La naturaleza jurídica de los comisarios no es la de un mandatario ni de la sociedad ni de la Asamblea General de Accionistas, ya que el mandato implica una relación voluntaria entre las partes contratantes; mientras que la existencia de los comisarios es por disposición expresa de la Ley.

7. Tampoco son representantes de la sociedad, y menos de la Asamblea General de Accionistas, ya que en primer término, la representación implica forzosamente la posibilidad de vincular a la sociedad con terceros, cosa que los comisarios no pueden hacer; y en segundo lugar no se puede hablar de representación de la Asamblea General de Accionistas, por que ésta no es más que un órgano de la sociedad, y no es posible la representación de órgano a órgano.

8. También, deshechamos la idea de que la relación jurídica que vincula al comisario con la sociedad es un contrato de trabajo, ya que en ninguno de sus preceptos, la LGSM, afirma o prevee que la sociedad sea

el patrón, a quien el comisario subordine su fuerza de trabajo, además de que dicha legislación prohíbe terminantemente que asuman el cargo de comisario quienes sean empleados de la sociedad.

9. Por último, respecto al contrato de prestación de servicios profesionales, consideramos que tampoco es aplicable a la naturaleza jurídica de los comisarios, puesto que éste es esencialmente un contrato civil por virtud del cual una persona se obliga, a cambio de una remuneración, a prestar a otra un trabajo que requiere conocimientos técnicos o artísticos, y en ocasiones se exige la presentación de un título profesional.

En el caso de los comisarios, regularmente son personas que no tienen la capacidad técnica ni profesional para el desempeño del cargo.

10. En consecuencia, la naturaleza jurídica del comisariado es por disposición expresa de la LGSM, siendo un cargo honorífico para sus integrantes, ya que como lo hemos mencionado, se trata de cumplir con un mero requisito legal dentro de la constitución de las Sociedades Anónimas.

11. El nombramiento de los comisarios, es a través de la Asamblea General de Accionistas o en la Escritura Constitutiva de la sociedad, considerándose que se debe dar la oportunidad a la minoría de los accionistas que representen cuando menos la quinta parte del capital social suscrito a nombrar a un comisario, por lo menos.

12. La LGSM omite el hecho de que el cargo de comisario debe ser personal no pudiendo desempeñarse a través de representante, como en el caso de los administradores.

13. De entre las atribuciones que señala la legislación mercantil para los comisarios, se encuentra la elaboración de un informe respecto a la veracidad, suficiencia y razonabilidad de la información presentada por el Consejo de Administración.

En el caso de que sean varios los comisarios, la LGSM no especifica quien debe ser responsable de dicho informe o de sus consecuencias, por lo que creemos necesario que el mismo sea firmado conjuntamente por todos los integrantes del Órgano de Vigilancia.

14. La responsabilidad de los comisarios es individual y no solidaria de acuerdo a lo que establece la LGSM, para los integrantes del Consejo de Administración, excepto en el caso de sus predecesores, con los cuales serán solidariamente responsables al no avisar a la Asamblea de Accionistas cualquier irregularidad que descubriesen al tomar posesión de sus cargos.

En mi opinión, y tomando en cuenta que la Ley está regulando a un órgano social más que a las personas que lo componen, se debe tener un solo resultado en conjunto, siendo este resultado la acción colectiva de los comisarios que lo integran, proveniente de ahí la

responsabilidad solidaria de los miembros del Organó de Vigilancia.

15. En nuestro Derecho se establecen dos sistemas para exigir la responsabilidad a los comisarios:

a) A través de la Asamblea General de Accionistas.

b) La minoría que represente un 33% del capital social podrá directamente ejercitar ante una autoridad judicial competente la acción de responsabilidad respectiva.

16. Si bien es cierto que, nuestra legislación mercantil habla de los comisarios como personas individuales, aplica por analogía las reglas que para el Organó de Administración de la sociedad establece y regula, considerando a los miembros de este último como una unidad.

En este orden de ideas y tomando en cuenta la diferencia que marca la Ley en este sentido, creemos que si se le quiere dar un trato diferente a los comisarios al trato que se les da a los administradores, nuestros legisladores deberían crear reglas propias para el Organó de Vigilancia, sin aplicar por analogía reglas estipuladas para un órgano reconocido como colegiado, ya que se aplican la mayoría de las regulaciones establecidas para los administradores.

BIBLIOGRAFIA

1. ALVAREZ DEL MANZANO, Faustino. **Tratado de Derecho Mercantil Español, Comparado con el Extranjero**, Edit. Bosch Librería General de Victoriano Suárez, t. II, Madrid, 1916.
2. AMEZCUA BARBACHANO, Rutilo. **Funciones del Comisario en la Sociedad Anónima**, S/Edit., México, 1943.
3. ANZURES, MAXIMINO. **CONTABILIDAD GENERAL**, 5a. Ed., S/Edit., México, 1952.
4. ASCARELLI, Tulio. **Sociedades y Asociaciones Comerciales**, Edit. Ediar, trad. esp., Buenos Aires, 1947.
5. BACCARO, Pablo A. **La Sociedad Anónima y la Sociedad Comercial Integrativa: Co-gestión de Capital y Trabajo**, Edit. Astreano, Buenos Aires, Argentina, 1975.
6. BACKUS & PHANOR. **A Guide to the Law and Legal Literature of Colombia**, Ed. Library Of Congress, Washington, 1943.
7. BALLANTINE, Henry Windthrop. **On Corporations**, Edit. Callahan & Co., Chicago, 1946.
8. BARRERA GRAF, Jorge. **Tratado de Derecho Mercantil**, 3a. Ed., Edit. Porrúa, S.A., t. I, México, 1957.
-Instituciones de Derecho Mercantil, 2a. Ed, Edit. Porrúa, S.A., México, 1990. (Dos ejemplares).
9. BEDARRIDE, J. **Des Sociétés**, 2a. Ed., Paris: A. Meresq Aié, 1876.
10. BENITO, José Luis De. **La Personalidad Jurídica de la Compañía y Sociedades Mercantiles**, 2a. Ed., Edit. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1943.
11. BORJA SORIANO, Manuel. **Teoría General de las Obligaciones**, 2a. Ed., Edit. Porrúa, S. A., México, 1956.
12. BRANDEIS, Pierre. **De la Protection des Obligations dans les Sociétés Commerciales**, Paris: La Partie de la Société du Recueil,

Droit Générale des Lois et des Arrêts, 1987.

13. **BRUNETTI, Antonio. Trattato del Diritto delle Società, Ed. A. Giuffré, t. I, Milán, 1946.**
Lezioni sulle Società Commerciali, Ed. Cedam, Padova, 1936.
14. **CARVALHO DE MENDONCA, José Xavier. Tratado di Direito Comercial Brasileiro, Libro II, Vol. IV, 4a. Ed., Rio de Janeiro, 1945.**
15. **CARRILLO ZALCE, Ignacio. Derecho Mercantil, 17ava. Ed., Edit. Banca y Comercio, S. A., México, 1981.**
16. **CERVANTES, Manuel. Las Diversas Clases de Sociedades Mercantiles y Civiles reconocidas por el Derecho Mexicano: sus características principales, su historia y sus aplicaciones, México: Printing Art, 1915.**
17. **CINOLLO VERNENGO, Víctor. Recopilación de Códigos de la República de Argentina, t. I, S/Edit., Buenos Aires, Argentina.**
18. **CIOTOLA, Eugenio. Sulla Responsabilità del Sindaco per Mancata Convocazione dell'Assemblea. Riv. Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali, 2a. parte, XXII, Società Editrice Libreria, Roma, 1947.**
19. **CLAGETT L., Helen. A Guide to Law and Legal Literature of Paraguay, Ed. Library of Congress, Washington, 1947.**
20. **COPPER ROYER. Traité des Sociétés Anonymes, Imp. Libraire Dalloz, 4a. Ed., Paris, 1931.**
21. **COSACK, Konrad. Tratado de Derecho Mercantil, Ed. Revista de Derecho Privado, traducción español, Madrid, 1935.**
22. **DE GREGORIO, Alfredo. De las Sociedades y de las Asociaciones Comerciales, Ed. Ediar, en Bolaffio- Rocco- Vivante. Derecho Comercial, t. VII, Buenos Aires.**
23. **DE SOLA CAÑIZARES, Felipe. Tratado de Sociedades por Acciones en el Derecho Comparado, Ed. Tipográfica Editora Argentina, S.A., t. I, Buenos Aires, 1957.**
24. **DUBLAN Y LOZANO. Legislación Mexicana, t. XIX, S/Edit., publicada en México en 1890.**

25. ESCARRA, Jean. **Cours de Droit Commercial**, Nouvelle Edition, Paris, 1952.
26. FRE, Giancarlo. **L'Organo Amministrativo nelle Società Anonime**, Edit. Foro Italiano, Roma, 1938.
27. GARO, Francisco J. **Sociedades Anónimas**, t. II, Edit. Ediar, S/Ed., Buenos Aires, 1954.
28. GARRIGUES, Joaquín. **Tratado de Derecho Mercantil**, Edit. Revista de derecho Privado, t. I, vol. III, S/Ed., Madrid, 1949.

Curso de Derecho Mercantil, 7a. Ed., Edit. Porrúa, S.A., t. I, México, 1981.
29. GAY DE MONTELLA, Rafael. **Tratado Práctico de Sociedades Mercantiles**, Edit. Bosh Casa Editora, t. II, S/Ed., Barcelona, 1942.
30. GIRON TENA, José. **Derecho de Sociedades Anónimas**. Publicación de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1952.
31. HERNANDEZ, Octavio A. **Compatibilidad de los Cargos de Comisario y de Auditor Externo**, México, 1960, Rev. Dirección y Control.
32. HEINSHEIMER, Karl. **Derecho Mercantil**, trad. esp. a la tercera ed. alemana, Ed. Labor, S.A., Barcelona, 1933.
33. LACOUR, León. Y BOUTERON, Jacques. **Précis de Droit Commercial**, Impr. Librairie Dalloz, troisième Ed., t. I, Paris, 1925.
34. LISBONNE, Jean. **Les Commissaires de Surveillance dans les Sociétés Anonymes**, Ed. Félix Alcan, Paris, 1936.
35. LOZANO, Antonio. **Antecedentes Históricos del Código de Comercio Mexicano**, t. I, México, 1899.
36. MANTILLA MOLINA, Roberto. **Derecho Mercantil**, 25ava. Ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1985.
37. MOREAU, André. **La Société Anonyme**, Edit. Librairie Du Journal des Notaires et des Advocats, t. I, 10a. Ed., Paris, 1955.

38. **MOSSA, Lorenzo. Diritto Commerciale**, Edit. Società Editrice Libreria, parte prima, Milano, 1937.
39. **NAVARRINI, Umberto. Delle Società e delle Associazioni Commerciale**, Edit. Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1924.
40. **ROCCO, Alfredo. Principios de Derecho Mercantil**, Editora Nacional Rev. Dcho. Priv., Madrid, 1931.
41. **RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil**, 4a. Ed., Edit. Porrúa, S.A., t. I, México, 1971.

Notas de Derecho Mexicano al Derecho Mercantil de Ascarelli, Edit. Porrúa, trad. esp., S/Ed., México, 1940.

Tratado de Sociedades Mercantiles, Edit. Porrúa, 4a. Ed., t. II, México, 1971.
42. **ROUSSEAU, Rodolphe. Des Sociétés Commerciales**, Edit. Arthur Rousseau, 5a. Ed., t. I y II, Paris, 1921.
43. **SANTI ROMANO. Frammenti di un Dizionario Giuridico**, Edit. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1953.
44. **SEGOVIA, Lisandro. Explicación y Crítica del Nuevo Código de Comercio de la República Argentina**, Edit. La Facultad, t. I, Buenos Aires, 1933.
45. **SOPRANO, Enrique. Trattato Teórico-Práctico delle Società Commerciali**, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Vol. II, Torino, 1934-XII.
46. **STEPHENS S., Robert. Handbook on the Law of Private Corporations**, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1936.
47. **THALLER, Edmond. Traité Elementaire de Droit Commercial**, Libraire Arthur Rousseau, Paris, 1931.
48. **VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Asambleas de Sociedades Anónimas**, 7a. Ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1979.
49. **VIVANTE, Cesare. Tratado de Derecho Mercantil**, Ed. Reus, versión español de la 5ta. Ed. Italiana, t. II, Edit. Reus, Madrid, 1932.

LEGISLACION CONSULTADA

1. Código de Comercio de 1854.
2. Código de Comercio de 1884.
3. Ley de Sociedades Anónimas de 1888.
4. Código de Comercio de 1889.
5. Ley General de Sociedades Mercantiles.
6. Ley General de Instituciones de Crédito, 1990.
7. Proyecto al Código de Comercio de 1929 y 1954.
8. Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal, 1928.
9. Código Civil Italiano de 1942.
10. Código de Comercio Argentino de 1889.
11. Código de Comercio Venezolano de 1919.
12. Companies Act de 1948.