



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

EL COMISARIO EN EL PERIODO DE LIQUIDACION DE
LA SOCIEDAD ANONIMA.



T E S I S

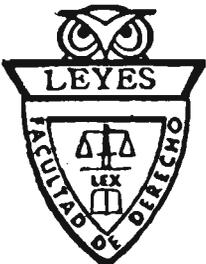
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

CARLA CONSUELO ALAZAÑEZ GARCIA

ASESOR: DR. GILDARDO ENRIQUE BAUTISTA OLALDE





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta 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.

DEDICATORIAS

- ❖ A Dios, porque en todos los momentos de mi vida ha estado presente.
- ❖ A mi mamá, por su amor incondicional, por estar siempre en los momentos en los que más la necesite, por su apoyo, por sus consejos, por su ejemplo, por su confianza, por su amistad y por hacer posible todo en mi vida. Muchas gracias, realmente te quiero mucho.
- ❖ A mi papá, por su amor, por su apoyo, por ser un gran amigo, y por enseñarme que la gente puede ser mejor cada día si se lo propone, lo cual le agradezco y admiro. Te quiero mucho.
- ❖ A mi hermano Alberto, porque tanto él como su hijo, ocupan un lugar muy importante en mi vida y en mi corazón.
- ❖ A mis tíos Flor, Reme, Enedino, Delia y Alberto, por estar siempre conmigo y con mi familia, haciéndonos saber que no estamos solos.
- ❖ A mis abuelitos, por darme los padres que tengo.
- ❖ A Amílcar, por todo el amor, apoyo y confianza que siempre me ha brindado. Te quiero mucho, porque haces que mi vida sea especial estando a tu lado.
- ❖ A Samy, por ser mi mejor amiga de toda una vida, por escucharme y estar ahí siempre presente.
- ❖ A Lucy, por su amistad sincera y por darme la oportunidad de conocerla.
- ❖ A el Dr. Gildardo Enrique Bautista Olalde, por aceptar dirigirme la tesis, así como por ayudarme en todo lo posible con sus conocimientos y enseñanzas.
- ❖ A el Ing. Francisco Illánes, el Lic. E. Alejandro López y el C.P. Rafael Croda, por ser muy buenos jefes y excelentes amigos de la CNDH.
- ❖ A mis amigos de la Universidad
- ❖ A la Universidad Nacional Autónoma de México, por darme la oportunidad de adquirir los conocimientos que me formaron como profesionista y gracias a los cuales pude llevar a cabo la elaboración del presente trabajo.

INDICE**PÁGINAS**

INDICE i - viii

ABREVIATURAS ix

INTRODUCCIÓN x - xi

EL COMISARIO EN EL PERÍODO DE LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES

1.1 ANTECEDENTES DEL COMISARIO EN EL MUNDO.....1 - 3

1.2 ANTECEDENTES DEL COMISARIO EN MÉXICO..... 3

1.2.1 CÓDIGO DE COMERCIO DE 1854..... 3 - 4

1.2.2 PROYECTO DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1884..... 5 - 6

1.2.3 LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DE 1888..... 6 - 7

1.2.4 CÓDIGO DE COMERCIO DE 1889..... 7

1.2.5 PROYECTO DE CÓDIGO DE 1929..... 8

1.2.6 LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES DE 1934.... 8 - 9

1.3. ACTUALIDAD DEL COMISARIO EN EL DERECHO EXTRANJERO.....	9
1.3.1 ALEMANIA.....	9 - 10
1.3.2 ARGENTINA.....	10 - 11
1.3.3 BRASIL.....	12
1.3.4 COLOMBIA.....	12 - 13
1.3.5 ESPAÑA.....	13 - 14
1.3.6 FRANCIA.....	14 - 15
1.3.7 INGLATERRA.....	15 - 17
1.3.8 ITALIA.....	17 - 18
1.3.9 SUIZA.....	18
1.3.10 LA FISCALIZACIÓN O VIGILANCIA EN EL DERECHO COMPARADO.....	18 - 23

CAPÍTULO II. CARACTERÍSTICAS Y FUNCIONES DEL COMISARIO EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA

2.1 DEL ORGANO DE VIGILANCIA.....	24 - 25
2.2. EL COMISARIO: CONCEPTO.....	25 - 29

2.3 DIVERSAS TEORÍAS EN RELACIÓN A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL COMISARIO.....	29
2.3.1. TEORIA DEL MANDATO.....	29 - 35
2.3.2 TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN.....	35 - 37
2.3.3 TEORIA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS.....	37 - 42
2.3.4 RESUMEN DE LAS TEORÍAS.....	42 - 43
2.4. CARACTERÍSTICAS DEL CARGO DE COMISARIO.....	43
2.4.1 SER UN ÓRGANO DE VIGILANCIA.....	43 - 44
2.4.2 SOCIOS O PERSONAS EXTRAÑAS A LA SOCIEDAD.....	44
2.4.3 PERMANENTE.....	44 - 45
2.4.4 TEMPORAL.....	45
2.4.5 REVOCABLE.....	46
2.4.6 INDEPENDIENTE.....	46 - 50
2.4.7 ORGANO INDIVIDUAL Y RESPONSABILIDAD.....	50
2.5. REQUISITOS PARA DESEMPEÑAR EL CARGO.....	50

	iv
2.5.1 NO ESTAR INHABILITADO PARA EJERCER EL COMERCIO.....	51 - 52
2.5.2 INDEPENDENCIA CON LOS ADMINISTRADORES.....	53
2.5.3 SER PERSONA FÍSICA.....	53 - 54
2.5.4 NO SER EMPLEADO DE LA SOCIEDAD, NI DE SU CONTROLADORA O SUBSIDIARIAS.....	54 - 55
2.5.5 NO TENER UNA RELACIÓN DE PARENTESCO CON LOS ADMINISTRADORES.....	55 - 56
2.5.6 PRESTAR GARANTÍA.....	56
2.6 FORMAS DEL ORGANO DE VIGILANCIA.....	56 - 58
2.7 NOMBRAMIENTO DEL COMISARIO.....	59
2.7.1 NOMBRAMIENTO INICIAL.....	59
2.7.2 NOMBRAMIENTO DE SUPLENTES.....	59 - 60
2.7.3 NOMBRAMIENTO POR LA ASAMBLEA.....	60 - 61
2.7.4 NOMBRAMIENTO POR LAS MINORÍAS.....	61 - 62
2.7.5 NOMBRAMIENTO POR AUTORIDAD JUDICIAL.....	62
2.8 FUNCIÓN PRINCIPAL DEL COMISARIO (VIGILANCIA Y CONTROL)	62 - 63

2.9 RETRIBUCIÓN.....	63 - 64
2.10 FACULTADES, OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DEL COMISARIO.....	64
2.10.1. FACULTADES Y OBLIGACIONES.....	64 - 77
2.10.2. RESPONSABILIDADES DEL COMISARIO CONFORME A LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.....	77 - 79
2.10.3 RESPONSABILIDADES DEL COMISARIO CONFORME A LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES.....	79 - 82
2.10.4 ACCIONES DE RESPONSABILIDAD. EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD.....	82 - 83
2.10.5 CRITICA A LA INSTITUCIÓN.....	83 - 84
2.11 TERMINACIÓN DEL CARGO DE COMISARIO.....	84
2.11.1 REVOCACIÓN DEL NOMBRAMIENTO.....	85
2.11.2 MUERTE.....	85
2.11.3 RENUNCIA.....	85 - 86
2.11.4 RESPONSABILIDAD.....	86
2.11.5 TRANSCURSO DEL PLAZO.....	86

2.11.6 INCURRIR EN CUALQUIERA DE LAS CAUSAS DE INCOMPATIBILIDAD PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 165 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.....	87
2.11.7 FUSIÓN DE LA SOCIEDAD.....	87
2.11.8 OTRAS CAUSAS DE LA CONCLUSIÓN DEL ESCARGO....	87 - 88

CAPÍTULO III. DE LA DISOLUCIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

3.1 DISOLUCIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS.....	89
3.1.1. CONCEPTO.....	89 - 90
3.1.2 CLASES DE DISOLUCIÓN.....	90 - 95
3.1.3 CAUSAS DE DISOLUCIÓN.....	96 - 103
3.1.4 ACCIONES EN RELACIÓN CON LA DISOLUCIÓN.....	104
3.1.5 CONSECUENCIAS Y EFECTOS JURÍDICOS, APROBADAS LAS CAUSAS DE DISOLUCIÓN.....	104 - 111

CAPÍTULO IV. DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

4.1 LIQUIDACIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS.....	112
4.1.1 CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.....	112 - 115

4.1.2 LIQUIDADORES.....	115 - 116
4.1.2.1 INICIO DE SU ENCARGO.....	116
4.1.2.2 NOMBRAMIENTO Y FACULTADES.....	117 - 119
4.1.2.3 RESPONSABILIDADES.....	119 - 120
4.1.2.4 HONORARIOS.....	120 - 121
4.1.2.5 REPARTO DEL HABER SOCIAL ENTRE LOS SOCIOS.....	121 - 122
4.1.2.6 TERMINACIÓN DEL CARGO.....	123
4.1.3 PROCEDIMIENTO A SEGUIR TERMINADA LA LIQUIDACIÓN.....	124
4.1.3.1 EFECTOS JURÍDICOS.....	124
4.1.4. PROPUESTA PARA MEJORAR Y EFICIENTAR LA FIGURA DEL COMISARIO EN LA LGSM, ASÍ COMO PARA QUE SE LLEVE A CABO SU PARTICIPACIÓN EN LA FASE DE LIQUIDACIÓN DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA.....	124 - 139
CONCLUSIONES.....	140 - 143
BIBLIOGRAFÍA.....	144 - 146
HEMEROGRAFÍA.....	147

DICCIONARIOS Y OTRAS FUENTES.....	148
LEGISLACIÓN.....	149
PÁGINAS ELECTRÓNICAS.....	150

Abreviaturas más utilizadas, en el presente trabajo:

Art:	Artículo
CCDF:	Código Civil del Distrito Federal
CCF:	Código Civil Federal
CCI:	Código de Comercio Italiano
CNSF:	Comisión Nacional de Seguros y Fianzas
CONDUSEF:	Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.
CONSAR:	Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro
CPF:	Código Penal Federal
LCM:	Ley de Concursos Mercantiles
LGSM:	Ley General de Sociedades Mercantiles
RPC:	Registro Público del Comercio
UNAM:	Universidad Nacional Autónoma de México

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo analizaremos la evolución de la figura del comisario tanto en nuestro país, como en el ámbito internacional intentando con ello tener una visión más amplia de dicha figura.

También trataremos de determinar una definición de esta figura jurídica a la que hacemos alusión, así como las características de su cargo y elementos que caracterizan el comisario en la sociedad anónima, para lo cual, y para los efectos de que sea entendible, abordaremos el concepto de esta figura, para después desmembrar de la definición propuesta sus características.

Analizaremos además las características de su función estudiando las Teorías que nos explican la naturaleza jurídica del comisario, para comprender mejor la panorámica funcional del Comisario en relación con la sociedad mercantil, por lo cual en éste estudio serán tratadas las siguientes teorías: a).- La Teoría de Mandato; b).- La Teoría de la Representación y; c).- La Teoría de la Prestación de Servicios. Posteriormente, estudiaremos la función clave del Comisario en la sociedad, que es la vigilancia de la gestión administrativa y de la marcha regular de la sociedad, así como la de Control.

Llevaremos a cabo un análisis concreto de las principales facultades y obligaciones que la LGSM (Ley General de Sociedades Mercantiles) concede a este órgano, así como los tipos de responsabilidades que tiene frente a la sociedad como frente a terceros. Posteriormente estableceremos las críticas que con respecto a esta Institución se han planteado hasta nuestros días, además de algunas propuestas de reformas a la LGSM al respecto.

Además analizaremos tanto a la disolución como a la liquidación por ser temas que se encuentran estrechamente relacionados con el tema que nos ocupa, veremos

concepto y características muy particulares de cada uno, concluyendo con lo que es la intervención del Comisario en el proceso de liquidación de una Sociedad Anónima.

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES.

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL COMISARIO EN EL MUNDO.

El Comisario como institución tiene sus orígenes en la tendencia que se dio con el objeto de auxiliar a la asamblea general en el examen de las cuentas.

El Código Alemán daba libertad a las sociedades anónimas para que nombrara un órgano despojado de toda función administrativa y lo prescribía como obligatorio para las comanditarias por acciones, el órgano al cual nos referimos era llamado consejo de inspección, cuya función consistía en fiscalizar la marcha administrativa de la sociedad.¹

Con la Ley de 1870 el Estado ya no es quien inspecciona a las sociedades anónimas, pero decreta que el nombramiento de un consejo de inspección en las sociedades sea obligatorio, al cual, en la práctica se le confiaban funciones del consejo de administración; siendo muy probable que por ello el legislador al redactar la Ley de 1884, reconociera la existencia de la validez de las normas estatutarias que asignan al consejo de inspección funciones de administración.

En Suiza existió el Código Federal de las Obligaciones de 1881, en el cual el control de las Sociedades se les confiaba a comisarios verificadores, los cuales verificaban el buen estado de la contabilidad y es en 1936 el año en el que se da la revisión de dicho Código con lo cual las facultades de los comisarios se amplían dedicándose a verificar la conformidad de la contabilidad con los libros, su exactitud y veracidad.

En Francia, la ley de 1867 les establece a las sociedades anónimas la obligación de contar con un órgano de vigilancia, el cual podrá contar con un órgano de vigilancia,

¹ LEON TOVAR SOYLA H. "EL ÓRGANO DE VIGILANCIA EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS" CUADERNOS DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Ed. UNAM, N. 2, Septiembre – Diciembre, 2002, P. p. 991 - 1007.

el cual podrá estar compuesto ya sea por uno o varios comisarios, a veces calificados de censores, que pueden ser accionistas o no y se pueden reelegir cada año.

Ahora bien, al hablar de nuestro país diremos que en 1854 se da la existencia de un Código de Comercio, el cual no establecía órgano alguno de vigilancia, dejando al arbitrio de los socios el contar con un órgano de vigilancia; es hasta 1884 cuando el Código de nuestro país contempla por primera vez el órgano de vigilancia, pero con un nombre distinto al conocido por nosotros en las sociedades anónimas, ya que aquí se establecía un órgano denominado consejo de inspección, el cual estaba facultado para fiscalizar los actos de administración y todos los otros concernientes al servicio de la compañía, verificar cuentas, además de velar por el exacto cumplimiento de los estatutos y reglamentos.²

Visto lo anterior y siendo las Sociedades Anónimas objeto de nuestro estudio, nos parece importante señalar que el 10 de abril de 1888 aparece publicada en el Diario Oficial de la federación una ley especial sobre Sociedades Anónimas denominada Ley de Sociedades Anónimas de 1888, la cual suprime el carácter colegiado del consejo de inspección y en su lugar establece comisarios individuales a los cuales les confía la vigilancia de la sociedad, otorgándoles el derecho ilimitado y permanente de vigilancia de todas las operaciones de la sociedad, de tal manera que en ésta ley queda establecido que los accionistas no pueden ejercer por sí esas facultades.

La ley antes citada es abrogada por el Código de Comercio de 1889, vigente, el cual respeta la estructura de la ley y está prácticamente reproducido en la LGSM en la cual ya se permite que el cargo de comisario pueda ser desempeñado incluso por extraños a la Sociedad y no como en el anterior, en el cual forzosamente debía tratarse de un socio.

Finalmente la ley francesa de fecha 24 de julio de 1966 en su artículo 218, exige que el control de la gestión social sea por personas físicas o sociedades constituidas

² LEON TOVAR SOYLA H., Op. Cit., P. p. 991 - 1007.

por aquellas profesionales e inscritas en la lista de la orden de expertos contables y de abogados contables, de suerte que nadie puede ejercer la función de comisario si no está inscrito en la lista establecida al efecto.³

1.2 ANTECEDENTES DEL COMISARIO EN MÉXICO.

“El derecho español ha tenido una gran influencia en nuestro derecho mercantil, aún a pesar de la consumación de la Independencia no hubo modificación en las ordenanzas españolas, hasta 1841, se suprimen los consulados y las controversias mercantiles se sujetan a los tribunales civiles, hasta que se elabora en 1854 el primer Código de Comercio.”⁴

1.2.1 CÓDIGO DE COMERCIO DE 1854.

Este fue el primer Código de Comercio mexicano que comprendió tanto la materia terrestre como la marítima, entró en vigor el 27 de mayo de 1854, durante el último periodo del gobierno de Santa Anna. Influenciado por el decreto de 1841, y también por la Ley Del Estado de Puebla de 1853, para la elaboración de éste Código se tomaron como modelos a los Códigos Francés y Español en ese entonces vigentes. Siendo dudoso quien fue su autor, se le conoce con el nombre de Código Lares, por el Ministro de Justicia, Negocios Eclesiásticos e Instrucción Pública, don Teodosio Lares quien tuvo una gran influencia en su promulgación.

En éste Código el concepto de comerciante, copiado del español de 1829, se da en función de la inscripción en la matricula de comerciantes, así como de que sea habitual el tráfico mercantil. La materia mercantil se establece cuando se tratan negocios y contratos mercantiles, casi llegando a reproducir la totalidad del contenido del artículo 34 del decreto de 1841.

³ Idem.

⁴ ESTRADA FLORES HÉCTOR, ANÁLISIS DE LA FUNCIONALIDAD DEL COMISARIO EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN MÉXICO, ENEP Acatlán, México 1999, Tesis Inédita para obtener el título de Licenciado en Derecho, Pág. 6.

El Código que estamos tratando cesó de aplicarse curiosamente al darse el triunfo de la Revolución de Ayutla en agosto de 1855, y ya en la Ley sobre Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Federación (23 de noviembre de 1855), ninguna referencia se hace a dicho Código, ni a la jurisdicción mercantil. Sin embargo se vuelve a establecer su vigencia en virtud del decreto de fecha 15 de julio de 1863, el cual es expedido por la regencia del imperio.

Durante la restauración de la República, con el triunfo de Juárez sobre Maximiliano, dicho Código era considerado como el único vigente en la mayor parte de los Estados de la Federación, excepto en la parte relativa al establecimiento del tribunal mercantil y con ciertas modificaciones que el régimen constitucional federal y local, les imponía, en virtud de que la facultad de legislar en materia comercial aún no se reservaba al Congreso de la Unión. Es así entonces que en el Estado de México, el artículo 625 de la Ley Orgánica de los Tribunales del Estado y de Procedimientos Judiciales, disponía "Quedan vigentes en todo lo que no se oponga a la Constitución Federal y a la del Estado, la Ley General de 10 de agosto de 1857, sobre sucesiones; en cuanto a los negocios mercantiles, el Código de Comercio de 16 de mayo de 1854" y en el Estado de Puebla, el Decreto número 44 de 24 de junio de 1868 "se puso en vigor en el Estado el Código de Comercio de 16 de mayo de 1854, con excepción del artículo 1 del libro 1, el libro 5 y las demás disposiciones que pugnan con la Constitución General de la República, o la particular del Estado."⁵

Cabe señalar que en el Código citado "no se contempla regulación alguna de vigilancia en la que se inspeccione la actividad de los administradores y accionistas que sea realizada por algún órgano especial."⁶

⁵ BARRERA GRAFF JORGE, INSTITUCIONES DEL DERECHO MERCANTIL, Editorial Porrúa, México 1999, Pág. 81.

⁶ ESTRADA FLORES HÉCTOR, Op, cit., Pág. 6.

1.2.2 PROYECTO DEL CÓDIGO DE COMERCIO 1884.

La Constitución de 1857 impuso al Congreso de la Unión limitaciones Constitucionales tales como que éste solo podía dictar las bases generales de la legislación mercantil, impedían además la aplicación de Código de Comercio en todo el país. Por lo que para evitar estos inconvenientes el ejecutivo a través de una reforma concede al Congreso de la Unión facultades para dictar el Código de Comercio; de ésta manera se modifica el artículo 3 del Proyecto de 1880 y es entonces cuando se declara en el artículo primero transitorio del Código de 1884 que "éste Código comenzará a regir en toda la República el 20 de julio del presente año."

Se da un gran progreso con el Código de 1884, tomando en cuenta el anterior de 1854, puesto que nos da un concepto de acto mercantil seguido de una lista de operaciones.

Se le da una Reglamentación además a tipos clásicos de sociedades mercantiles de entre las que destaca la Sociedad Anónima.

En éste Código de Comercio por primera vez se plantea la existencia de un órgano de vigilancia, como el que se denominó Consejo de Inspección el cual se planteaba como un requisito de validez de la escritura constitutiva de la sociedad, que en el acta de asociación de las sociedades anónimas elevada a escritura pública, debería contener la manera en la cual se formaría el Consejo de Inspección, sin el cual se daría la nulidad del contrato social.⁷

El Consejo de Inspección al que hacemos alusión era constituido por cinco miembros los cuales fiscalizarían la administración; verificarían las cuentas y actividades de la sociedad, ejerciendo además sus facultades en el tiempo que le pareciera conveniente, presentando un dictamen en el que se plasmara el resultado.

⁷ Ibidem, P.p. 6 - 8.

Así pues las atribuciones mencionadas con antelación pueden ser desempeñadas por el consejo pudiendo actuar como órgano o por alguno de sus miembros y en forma permanente pudiendo convocar en caso de urgencia a juntas extraordinarias de accionistas.

En virtud de que el consejo referido funcionaba como órgano colegiado la responsabilidad les era demandada de manera solidaria.

Además en éste Código se estableció que el Consejo de Inspección es responsable ante la compañía del cumplimiento de sus deberes.

1.2.3 LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DE 1888.

Porfirio Díaz decretó una Ley de Sociedades Anónimas el 10 de Abril de 1888, la cual derogó las disposiciones del Código de 84 relativas a éste tipo de Sociedad y a las de responsabilidad limitada, según se establece en el artículo único transitorio. "Esta ley, que consta de 64 artículos, se aparta por completo de las disposiciones relativas a los Códigos de 1854 y de 1884, y reglamenta este tipo de sociedades de capitales con criterio moderno, considerando muchos de los problemas fundamentales que la técnica más avanzada de nuestros días estudia y analiza."⁸ La ley de 1888, debiera considerarse como una antecedente de las disposiciones de el Código de Comercio de 1890, entre las cuales tenemos las referentes a la suscripción de acciones y aportaciones de los socios, el valor de las acciones y derechos que confieren, a la norma que permite que los votos conferidos a los accionistas sean variables según lo establezcan los Estatutos, así como a la diferencia de asambleas ordinarias y extraordinarias, a los órganos de administración, conformado por consejeros, directores o agentes, finalmente el que nos ocupa que es el de vigilancia y que se encontrará a cargo del Comisario estableciendo que la vigilancia de la Sociedad Anónima se le debe confiar a uno o varios de los Socios que serán nombrados Comisarios, mismos que para poder desempeñar este cargo deberán depositar un determinado número de

⁸ BARRERA GRAFF JORGE, TRATADO DE DERECHO MERCANTIL, Editorial Porrúa, México 1957, Pág. 84

acciones que se establece en los propios estatutos de la sociedad. Los comisarios serán nombrados por la Asamblea General aunque la primera vez pueden ser nombrados en la escritura pública de la sociedad. No obstante cualquier estipulación en contrario, los comisarios serán reelectos y su cargo será revocable. Las vacantes de los comisarios serán reemplazadas de la manera que establezcan los estatutos, pero todo ello tomando en cuenta el nombramiento de la asamblea general. Además la Ley mencionada a los Comisarios les incrementaba su función de vigilancia al establecer que "los comisarios tienen un derecho limitado de vigilancia sobre todas las operaciones de la sociedad, cada vez que lo deseen pueden inspeccionar los libros, correspondencia, actas y en general todas las escrituras y papeles de la sociedad. En consecuencia, los accionistas no podrán ejercer por sí éstas facultades. Los administradores les entregarán cada año, un balance general para que hagan su comprobación sometiendo los comisarios a la asamblea el resultado de sus trabajos, los cuales podrán acompañarse con las explicaciones y demostraciones que sean necesarias" y en relación a la responsabilidad esta ley a la que aludimos establece que la extensión y efectos de la responsabilidad de los comisarios, se rigen por las mismas reglas que les son aplicables al Consejo de Administración.

De lo anterior podemos observar que el Comisario en ésta Ley es visto ya como un órgano unitario que asume sus responsabilidades con carácter individual y que necesariamente se requiere que sea un socio.

1.2.4 CÓDIGO DE COMERCIO DE 1889.

En cuanto al Código de 1889 es casi una replica de la Ley de Sociedades Anónimas antes mencionada.

Así los antecedentes del derecho mexicano son muy claros en cuanto a conceder a los comisarios una esfera muy amplia en cuanto a la vigilancia, mas extensa de lo que resultaría concebirlo únicamente como meros revisores contables, lo anterior lo podemos comprobar remitiéndonos a los artículos del Código de Comercio de 1889.

1.2.5 PROYECTO DE CÓDIGO DE 1929.

El autor Estrada Flores Héctor en su obra Análisis de la funcionalidad del Comisario en la Sociedad Anónima en México comenta que: El Código de 1929, en el cual se establecía que la función del comisario podía desempeñarse ya sea por socios o por personas extrañas a la sociedad; que era obligatoria su Inscripción en el Registro Público, su nombramiento y revocación; la duración del cargo de comisario se daría únicamente por un ejercicio social y; además disponía derechos para los socios minoritarios en el nombramiento y revocación de los comisarios estableciendo que la mayoría representa un treinta y tres por ciento del capital social que nombrarán un comisario cuando menos.⁹

Como se puede observar en éste proyecto el nombramiento del Comisario se inscribía en el Registro Público y se le otorgaban ciertos derechos a las minorías como en el caso de la legislación vigente de México que es la LGSM la cual establece en su artículo 171 que son aplicables a los Comisarios las disposiciones contenidas en una serie de artículos y de entre los cuales destaca el 144, el cual debe interpretarse en el sentido de que debe aplicarse a los comisarios tomando en cuenta que las minorías tienen el derecho de nombrar comisarios aún cuando el número previsto en el contrato social sea inferior a tres.

Por lo cual cada una de las minorías que represente el veinticinco o diez por ciento del capital social en éste último caso cuando las sociedades inscriban sus acciones en el Registro Público de la Propiedad, tienen derecho a designar un comisario, como lo veremos más adelante.¹⁰

1.2.6 LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES DE 1934.

Esta LGSM fue promulgada por el Lic. Abelardo Rodríguez como Presidente Constitucional Substituto de los Estados Unidos Mexicanos y se publicó el 4 de agosto

⁹ ESTRADA FLORES HÉCTOR, Op, cit. P.p. 9 - 10.

¹⁰ GARCÍA RENDÓN MANUEL, SOCIEDADES MERCANTILES, Editorial Harla, México 1993, Pág. 464

de 1934 en el Diario Oficial de la Federación, derogando en su artículo cuarto transitorio de la misma publicación el Título Segundo del Libro Segundo del Código de Comercio de fecha 15 de septiembre de 1889. Cabe señalar que esta Ley estableció con mayor amplitud y en forma más detallada, lo relativo a la vigilancia de la sociedad anónima, debiendo además resaltar que ésta es la ley que nos rige actualmente y la cual tomamos en consideración para realizar el presente trabajo por lo que más adelante la analizaremos de manera más detallada.

1.3 ACTUALIDAD DEL COMISARIO EN EL DERECHO EXTRANJERO.

1.3.1. ALEMANIA.

En el Derecho alemán la vigilancia de las sociedades mercantiles se rige a través de un Consejo de Vigilancia el cual cuenta con amplísimas facultades como lo señala Joaquín Rodríguez Rodríguez en su libro su libro Tratado de Sociedades Mercantiles nos dice que incluso tales facultades llegaban a entrar en el campo de la administración de la sociedad, puesto que podían conferírsele ilimitadamente facultades administrativas, quedándole tan solo prohibida la representación de la sociedad frente a terceros, tal y como lo señala el Código de Comercio de 1900.¹¹

De acuerdo al Código mencionado, existen, en el derecho alemán los revisores, que son órganos de carácter potestativo, cuyas funciones equivalen a las de los comisarios franceses.

En la ley alemana de sociedades anónimas, el consejo de vigilancia (arts. 86 a 99) se compone de tres hasta veinte miembros, que deben ser personas físicas, elegidas por la asamblea general sólo por un determinado tiempo, con carácter revocable. El consejo de vigilancia controla la gestión de los negocios sociales; puede exigir al Consejo de Administración informes sobre éstos, examinar los libros y documentos de la sociedad, comprobar el estado de los bienes, de la caja, de la

¹¹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ JOAQUÍN, TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES, 7ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2001, Pág 612.

existencia de los valores y mercaderías, puede convocar a la asamblea general cuando lo exijan los intereses sociales y, aunque no puede desempeñar funciones de gestión, si puede establecerse en los estatutos o por acuerdo del consejo de vigilancia; representa la sociedad en los actos jurídicos en los que miembros del consejo de administración sean parte, y cuando la sociedad deba demandar a estos en cumplimiento de una resolución de la asamblea general. Cuando se trate de la responsabilidad de los miembros del consejo de administración, el consejo de vigilancia puede demandar sin el consentimiento de aquel, en contra de una resolución de la asamblea general (art. 97).¹²

1.3. 2. ARGENTINA.

En Argentina existe una figura encargada de la vigilancia de las sociedades llamada Inspección General de Justicia (IGJ), la cual tiene a su cargo en la jurisdicción de la Capital Federal, el control de legalidad de las sociedades comerciales previo a su inscripción en el Registro Público de Comercio, así como también el poder de policía respecto del funcionamiento de las sociedades por acciones y extranjeras.

Lo expuesto significa que es la encargada de controlar que los recaudos legales previstos en la ley de sociedades, sean cumplidos por los aspirantes a conformar sociedades y posteriormente por las sociedades mismas en su desempeño.¹³

En cuanto a la regulación de las sociedades el 28 de diciembre de 1971, hubo una Comisión Redactora integrada por los Dres. Halperín, Fargosi, Zaldivar, Odriozola y Colombes, la cual presentó el Proyecto de Ley General de Sociedades destinado a reemplazar el Título II del Libro II del Código de Comercio. El mencionado Proyecto fue sancionado y promulgado como ley el 3 de abril de 1972, publicado en el Boletín Oficial el 25 de abril del mismo año,¹⁴ misma ley es por la que actualmente la temática societaria de Argentina se rige, además de sus modificaciones posteriores (la más

¹² RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ JOAQUÍN, Op. Cit. P.p. 612-613.

¹³ Véase página electrónica: <http://www.laopinion-rafaela.com.ar/opinion/2004/03/21/r432103.htm>

¹⁴ Véase página electrónica: <http://www.societario.com/estudiantes/HistoriaSociedadesComerciales.htm>

importante del año 1983, ley 22.903). Desde entonces y como hace treinta años, el procedimiento de formación de una sociedad comercial y su actividad posterior se encuentran claramente descritas en cuanto a sus requisitos y funciones en dicha ley, sin embargo y a pesar de que la mencionada legislación no ha sufrido cambios de consideración, a partir del año 2003 las sociedades comerciales que se inscriben en la Capital Federal han debido cumplimentar con algunos requisitos no previstos en la norma, por exclusiva exigencia de la autoridad administrativa que las autoriza.¹⁵

Ahora bien la Ley General de Sociedades Comerciales de 1972 (Ley 19.550). a la que hacemos alusión con relación a el órgano de vigilancia establece lo siguiente:

En el derecho societario argentino, el órgano de vigilancia será integrado por accionistas, elegidos por los mismos accionistas, en el caso de México los comisarios que equivalen al órgano de vigilancia, pueden ser socios o personas extrañas a la Sociedad.¹⁶

Además en el caso en el que existieran diversas clases de accionistas, la ley faculta a que en el contrato social se autorice a cada una de ellas para elegir uno o más comisarios titulares e-igual número de suplentes.¹⁷

Finalmente en Argentina, existe como requisito para poder desempeñar el cargo de comisario el tener un título "habilitante" de abogado o contador público o ser sociedad civil constituida exclusivamente por esos profesionales y con responsabilidad solidaria (artículo 285 de la Ley de Sociedades Comerciales)¹⁸ lo cual no ocurre en nuestro país, en virtud de que como lo veremos más adelante esté requisito no se encuentra establecido en nuestra legislación en el caso del comisario de una sociedad anónima.

¹⁵ Véase página electrónica: <http://www.laopinion-rafaela.com.ar/opinion/2004/03/21/r432103.htm>

¹⁶ ACOSTA ROMERO MIGUEL Y OTROS, , P.p. 534-535

¹⁷ LEON TOVAR SOYLA H., Op. Cit., P. p. 991 - 1007.

¹⁸ Idem.

1.3.3. BRASIL.

En éste país el Órgano de Vigilancia recibe el nombre de "Conselho Fiscal" (Consejo Fiscal); el cargo de fiscal puede desempeñarlo los socios o personas ajenas a la sociedad, la duración del cargo es máximo un año, después del cual pueden ser reelectos. La legislación brasileña no exige la preparación técnica a aquellos que formen el "Conselho Fiscal." Este órgano estará Integrado al menos por tres Integrantes y el informe que se rinda a la asamblea será colectivo, de lo cual se deduce que se trata de un órgano colegiado, no obstante ello, sus integrantes pueden en forma Individual presentar sus opiniones.

La asamblea constitutiva será la que por primera ocasión designe a los integrantes del Consejo Fiscal, los nombramientos posteriores, serán definidos por la asamblea general ordinaria de accionistas y si esta hiciere caso omiso, el juez de comercio o el presidente "Di Distrito."

Los fiscales tienen un ámbito muy limitado en el derecho brasileño en cuanto al tiempo, su derecho de revisión se deduce el trimestre que precede a la reunión de la asamblea, y con relación a la materia se resume a la verificación de cuentas.

Por lo anterior, podemos deducir que las funciones del "Conselho Fiscal" son muy reducidas e intrascendentes que no permiten una vigilancia optima, así pues, la reglamentación de esta institución por parte de esta legislación dejó mucho que desear.

1.3.4. COLOMBIA.

En este país al Órgano de Vigilancia es conocido como "Superintendente de Sociedades." Este órgano fue creado por decreto de 1939.

La Superintendencia de Sociedades es un organismo técnico, adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, con personería jurídica, autonomía

administrativa y patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles.¹⁹

Para poder ocupar el cargo de Superintendente de Sociedades es requisito indispensable ser colombiano. Hay que señalar que las personas jurídicas colectivas tienen posibilidades de ser titulares del mismo, pero deben ser sociedades o corporaciones que se dediquen a este fin, principalmente fiduciarias; las personas físicas deben ser contadores con conocimientos y experiencia suficiente.

Las facultades de los superintendentes les permiten realizar las inspecciones que a su juicio sean necesarias, además tienen los poderes suficientes para ordenar la liquidación de la sociedad, en caso de que esta haya perdido más del 50% de su capital.

De Sola Conizares, dice: "Es obligatorio para la empresa, remitir a la superintendencia anualmente el balance y las irregularidades pueden ser denunciadas a este órgano que depende del ministerio de Economía Nacional, por cualquier ciudadano."²⁰

Esta última disposición protege a todo aquel tercero que se viere afectado en sus intereses, ya sea acreedores de la sociedad, posibles accionistas y presuntos adquirentes de acciones de la sociedad.

1.3.5 ESPAÑA.

El Código de Comercio Español, en cuanto a sociedades anónimas, prevé la existencia de uno o varios administradores amovibles (artículos 122,3,151,155 y 156), sin que en él figure dato alguno respecto de los órganos de vigilancia por lo que observamos que omite toda alusión a esos órganos (los de vigilancia y control), destacando, en cambio, relativamente, la importancia de la junta general, cuya

¹⁹ Véase página electrónica: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?Mlval=ppal>

²⁰ Véase página electrónica: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?Mlval=ppal>

significación es muy secundaria en el moderno derecho de sociedades anónimas,²¹ la cual es como la asamblea general y ésta aprueba las cuentas sociales, es la competente para nombrar a los censores de cuentas (comisarios), entre accionistas no miembros del consejo de administración, para garantizar su independencia.²² Los denominados censores de cuentas, son nombrados por la asamblea general por acuerdo mayoritario o por el sistema de representación proporcional. Cabe señalar que cuando dicho nombramiento no se da por unanimidad, la minoría se encuentra facultada para nombrar otro comisario y su suplente.

En el caso que mencionamos en el párrafo anterior los comisarios nombrados por la mayoría deben ser accionistas (censores accionistas) y el de la minoría es una persona extraña a la sociedad (censor jurado), la cual se encuentra capacitada para poder revisar la contabilidad; es decir, deberá ser un miembro del Instituto de Censores Jurados de Cuentas.²³

1.3.6. FRANCIA.

Primero hay que destacar que en Francia se dio un amplio y controvertido debate parlamentario, previo a la inclusión de la figura del Consejo de Vigilancia en la LGSM, para el control interno de la Sociedad. Su adopción se debió a la necesidad de ir acomodando su legislación relacionada con las sociedades anónimas a las normas de la Unión Europea y de la Sociedad Anónima Europea, que optó por dicho órgano.²⁴

En el derecho francés, junto al sistema de los administradores temporales y revocables (artículos 22, 26 y 44 CCF), la ley de 1867 reguló unos órganos de vigilancia. Esta vigilancia que es potestativa en las sociedades personales, es obligatoria en las sociedades por acciones. "En la sociedad anónima precisa uno o varios comisarios, algunas veces calificados de censores, accionistas o no. El comisario

²¹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ JOAQUÍN, TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES, Op. Cit., Pág. 611.

²² LEON TOVAR SOYLA H., Op. Cit., P. p. 991 - 1007.

²³ Idem.

²⁴ ACOSTA ROMERO MIGUEL Y OTROS, TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES CON ÉNFASIS EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA, 1ª Edición, Editorial Porrúa, México 2001, pág. 536.

está necesariamente sometido a la recolección cada año. Si la asamblea omitió su nombramiento, el Presidente del Tribunal de Comercio lo designará por auto, a petición de una parte más diligente " (art. 52).

El comisario sólo puede hacerse proporcionar después del primer semestre de cada ejercicio, un sumario balance de situación (art. 34), se le niega el poder de comprobar ese balance de situación. También la facultad que le corresponde en todo momento de convocar la asamblea general (art. 33, párrafo 2). Corre el riesgo de quedar como letra muerta. 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 (art. 33, párrafo 1).

Según THALLER, citado por Rodríguez Rodríguez en su obra Tratado de Sociedades Mercantiles, cuyas palabras acabamos de citar en los párrafos anteriores 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 intereses de la sociedad." Por eso, no es extraño que se afirme que "el verdadero órgano de vigilancia en la sociedad anónima no es el comisario de cuentas, sino el Consejo de Administración" y finalmente nos dice que la ley de 1867 fue profundamente modificada por el Decreto de 8 de agosto de 1935.²⁵

1.3.7 INGLATERRA.

En Inglaterra la vigilancia de las Sociedades se da a partir de su ley llamada "Companies Act. De 1948", esta legislación establece varias formas de vigilancia según cita Estrada Flores como son: Por accionistas, por auditor, por inspector del Board of

²⁵ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ JOAQUÍN, TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES, Op. Cit., Pág. 611.

Trade y por Ministerio de Hacienda. Por lo que enseguida cada una de estas formas será analizada.²⁶

a) Por accionista:

Esta es una forma individual de vigilancia de las sociedades que queda al libre arbitrio de los accionistas. Lo cual ocasiona que al momento en el que las sociedades se constituyen, fijan estatutos y restricciones tanto de tiempo como de forma.

b) Por auditor:

Se establece que toda sociedad deberá designar uno o varios auditores en cada asamblea general anual, para desempeñar su cargo desde la conclusión de ella, hasta la conclusión de la asamblea anual siguiente.

Es importante decir que este Código establece, que una persona no puede calificar para ser designado auditor de una sociedad, amenos que sea miembro de un cuerpo de contadores, que se encuentre establecido en el Reino Unido y que esté reconocido para desempeñar el cargo por el Departamento de Comercio. Otros que tampoco pueden fungir como auditores son los empleados de esa sociedad o cualquier otra sociedad en el mismo grupo, ni socios de un empleado. Así se asegura la competencia e integridad profesional de los auditores, pero no garantiza su independencia, ya que son hombres profesionales cuyo medio de vida depende de la auditoría.

Los auditores (Comisarios) no son un tercer órgano social, como en nuestra legislación mexicana, quedando sus funciones reducidas a lo que establece la citada ley de 1948, a formular un informe el cual versará sobre el balance, a concurrir y ser oídos en las asambleas.

²⁶ ESTRADA FLORES HÉCTOR, Op. Cit., P.p. 15 - 17.

Solo podrán ser auditores aquellos que pertenezcan a un cuerpo de contadores establecido, y que sea reconocido por el Departamento de Comercio.²⁷

c) Por Inspector de Board of Trade:

Estos son designados por el mismo órgano que lo integran, solo cuando lo pidan los accionistas de la sociedad que representen como mínimo el 10% de las acciones emitidas y estos inspectores tendrán amplias facultades tanto de inspección como de vigilancia.

d) Por ministerio de Hacienda:

Ésta inspección se realiza de manera obligatoria, por parte del Ministerio de Hacienda, en el caso en el que el capital social exceda de 50,000 libras esterlinas; este tipo de vigilancia se lleva a cabo por motivos fiscales.

1.3.8 ITALIA.

Como antecedente de el órgano de vigilancia en Italia, podemos decir que en su Código de Comercio (arts. 121 y 1873) se establecía la existencia de administradores, que podían organizarse en Consejo de Administración (art. 141), y los comisarios, cuyas atribuciones (arts. 183 a 185, CCI) se extienden a la vigilancia de las operaciones sociales y a la revisión del balance, tal y como ocurre en México, siendo además un órgano de intervención permanente. Por otro lado, la ley de 3 de abril de 1937 cambió radicalmente el sistema del CCI y finalmente en el CCI de 1942, se acentúa el carácter colegiado del órgano (del collegio sindacale) y se completan las normas relativas a esta institución (arts. 2397-2409).²⁸

Así que el colegio sindical al que hacemos referencia es un órgano de control interno cuyo nombramiento corresponde a la asamblea y al menos en teoría queda

²⁷ LEON TOVAR SOYLA H., Op. Cit., P. p. 991 - 1007.

²⁸ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ JOAQUÍN, TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES, Op. Cit., Pág. 612

garantizada la imparcialidad de los comisarios y su relativa independencia respecto de las mayorías. Se establece además que el colegio sindical estará integrado por tres o cinco propietarios, socios o extraños a la sociedad (como en el caso de nuestro país), y dos suplentes seleccionados entre los profesionales idóneos determinados por la ley.²⁹

1.3.9 SUIZA.

En el derecho suizo, la reglamentación de los órganos de control corresponde, líneas generales, con la de las disposiciones francesas citadas en la parte correspondiente a Francia.³⁰

1.3.10 LA FISCALIZACIÓN O VIGILANCIA EN EL DERECHO COMPARADO.

Además de la existencia del Comisario como Órgano de vigilancia nuestra legislación mercantil establece diversas formas de fiscalización³¹ de las Sociedades Anónimas que son traducidas a veces en facultades de los socios para señalar las faltas de los comisarios. En el caso del Poder Judicial éste tiene facultades para poder intervenir en caso de ausencia total del órgano de vigilancia, también existe una fiscalización Administrativa que se da cuando intervienen las autoridades hacendarias en las Sociedades que cuentan con un objeto social que las convierte en Sociedades Especiales.

Otras formas de fiscalización o vigilancia también son utilizados en ciertos países del mundo, por diversos medios y/o instituciones, por lo que en el presente apartado detallaremos mediante el derecho comparado como se lleva a cabo dicha fiscalización y para lograrlo tomaremos en cuenta lo que dice Antonio Brunnetti en su obra "Tratado del Derecho de las Sociedades" como lo cita Acosta Romero y Otros en su obra "Tratado de Sociedades Mercantiles con énfasis en la Sociedad Anónima" ya que después de realizar un estudio comparado con diversas legislaciones concluye que

²⁹ LEON TOVAR SOYLA H., Op. Cit., P. p. 991 - 1007.

³⁰ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ JOAQUÍN, TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES, Op. Cit., Pág. 612

³¹ Fiscalizar: Se refiere a sujetar a la inspección

existen diferentes sistemas de fiscalización de las sociedades por acciones de entre las cuales destacan la fiscalización administrativa, judicial, privada e individual por accionista que explicaremos a continuación:³²

A) Fiscalización Administrativa.

Este tipo de fiscalización es realizada por el Estado y se encuentra a cargo de los mismos funcionarios del Estado adoptando diversas formulas, es permanente o reducida a ciertas eventualidades de la vida social. Solo en ciertos países se trata de la autorización del gobierno para modificar los estatutos en otros se realiza una fiscalización permanente y que regularmente lo realizan organismos o departamentos administrativos especializados y en otros casos la fiscalización no es permanente solo en los casos que se encuentran previstos en la Ley.

Por ejemplo en el caso de México las Sociedades Anónimas del Sistema Financiero están supervisadas por la vigilancia externa de la CNBV, CNSF y CONSAR.

La fiscalización Administrativa en la actualidad se da en diversos países entre los que destacan Argentina, Bolivia, Canadá, Chile, Colombia, Congo belga, Cuba, Taiwán, Estados Unidos, Finlandia, Filipinas, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Guatemala, Haití, Holanda, México, Mónaco, Siria, Turquía y Uruguay.

Este tipo de fiscalización varia, dependiendo del país, aunque se da la posibilidad de establecer la siguiente subclasificación:

1) Fiscalización permanente con facultades de inspección en cualquier momento de la vida social.

³² ACOSTA ROMERO MIGUEL Y OTROS, TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES CON ÉNFASIS EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA, 1ª Edición, Editorial Porrúa, México 2001, pág 543.

Este sistema es adoptado por países como: Argentina, Bolivia, Canadá, Colombia, Cuba, Estados Unidos, Filipinas, Gran Bretaña, Grecia, Guatemala, Haití, Siria y Uruguay

2) Fiscalización Administrativa únicamente en determinadas circunstancias previstas por la Ley.

3) Necesidad de autorización administrativa para la modificación de los estatutos y ciertas decisiones sociales: Congo, Holanda, Líbano Mónaco y Turquía.

4) Autorización Administrativa necesaria para las emisiones públicas de títulos: Bélgica, China y Francia.

5) Emisión de Acciones al Portador: Suecia, en cuyo país se requiere permiso especial del Rey para emitir acciones al portador.³³

En México desde 1983 no existen acciones al portador.

B) Fiscalización Judicial:

Es la que realizan los jueces o tribunales, la cual puede ser permanente o reducida en los casos previstos por la ley o a petición de una minoría.

En el Ecuador la fiscalización permanente de la Sociedad la realiza el juez de Comercio, el cual puede en cualquier tiempo revisar libros, documentos y la caja de la sociedad, así como nombrar a los peritos.

En otros países se han previsto intervenciones judiciales solo en ciertos casos. En Alemania, el juez encargado del Registro de Comercio controla la legalidad de las inscripciones así como la evaluación de aportaciones no dinerarias, además de ser el

³³ ACOSTA ROMERO MIGUEL Y OTROS, Op. Cit., Pág. 543.

Juez que designa a los revisores de la Contraloría, en caso de no designarlos la Asamblea o existir oposición por parte de la minoría, designa los revisores ordinarios del balance.

Si se da la fusión de las Sociedades y existen contratos en curso que represente obligaciones incompatibles, o cuya ejecución constituiría una grave iniquidad, que tome en cuenta los derechos contractuales de los interesados.

En Gran Bretaña se da especialmente en cuanto a la confirmación de ciertas decisiones de la Asamblea de Accionistas, e incluso una disposición de la Ley da facultades al Tribunal en ciertas circunstancias para que ordene a un grupo de accionistas venda a otro acciones de la sociedad, logrando con ello una reorganización.

C) Fiscalización Privada:

Es aquella realizada por los Comisarios (como en el caso de México), revisores o Síndicos generalmente nombrados por la Asamblea.

En General este tipo de fiscalización se da en diversos países y en la mayoría de éstos consiste en la designación obligatoria de los Comisarios por la Asamblea.

Tenemos que en el Sistema Inglés adoptado por diversos países la Asamblea debe elegir a los Auditores los cuales cuentan con las más amplias facultades para poder inspeccionar libros y documentos de la Sociedad, redactando un informe que se adhiera al balance.³⁴

En el caso de Alemania la asamblea es quien designa a los revisores ordinarios del balance, aunque una minoría puede pedir del Tribunal que se nombre a otros revisores, previendo la Ley Alemana los revisores de la Constitución que nombrará la Asamblea o de no ser así el Tribunal, a instancia de una minoría.

³⁴ Ibídem. Pág. 542.

Se le da a la minoría el derecho para solicitar la designación de Comisarios en países como Dinamarca, Egipto, Finlandia, Holanda, Panamá, en ciertas legislaciones se establece una representación obligatoria de las minorías en el órgano de vigilancia en países como: Brasil, México y Suecia.

En Francia se da la distinción entre Sociedades por acciones según acudan o no a suscripciones públicas en el primero de los casos uno de los Comisarios deberá estar inscrito en una lista que sea aprobada por el Tribunal; esta distinción se basa en la cotización de acciones en la bolsa o en la cuantía del capital y se da también en Bélgica y en otros países de manera semejante.

En Francia la fiscalización se realiza a base de diversas clases de Comisarios como Comisarios del balance y de la Constitución (se entiende que de la sociedad).

Se da el caso en otras legislaciones que existan Comisarios extraordinarios para cuestiones concretas ya sea por la Asamblea o por el Juez a petición de una minoría.

Existen otras legislaciones que contemplan los supercomisarios que son quienes se encargan de fiscalizar la labor de los Comisarios.

En general en la mayoría de las Legislaciones se les confieren facultades de fiscalización a los Comisarios aunque en otras por el contrario se les imponen una serie de restricciones.

En países como Holanda y Panamá se prevé la Fiscalización Privada con carácter facultativo, otorgándole derechos a la minoría para poder solicitar del juez el nombramiento de los Comisarios.

Visto lo anterior cabe señalar que son pocos los países que no han previsto nada en relación a la fiscalización privada y en algunas ocasiones esto se da porque las sociedades por acciones se encuentran sometidas a una fiscalización administrativa.

D) Fiscalización Individual por Accionista:

En la legislación de algunos países se establece que ninguna sociedad puede negar a los socios el derecho a examinar libros, correspondencia y otro tipo de documentos que puedan comprobar el Estado de la administración social.

Esta disposición por ser de carácter general se podría aplicar también en el caso de las Sociedades Anónimas lo cual haría imposible su funcionamiento puesto que solo hay que imaginar que en una Sociedad que cuente con un gran número de Accionistas en cualquier momento y en forma individual cada uno de ellos en ejercicio de su derecho se pusiera a examinar libros y la correspondencia en las oficinas sociales, lo anterior resulta en realidad muy complejo por lo que se da que incluso en las legislaciones que contienen este tipo de disposiciones, el texto del artículo no se aplica a la letra en virtud de que se da una imposibilidad material de hacerlo o en todo caso los Tribunales los interpretan en sentido muy restrictivo, tal es el caso de Estados Unidos en el que se considera como principio del common law el derecho de un socio a examinar los libros sociales, pero de manera muy prudente los Tribunales se dan a la tarea de interpretar éste principio en forma restrictiva y únicamente acceden al examen de los libros sociales si es en tiempo oportuno y en el caso de que realmente sean protegidos los intereses del accionista.

Hay legislaciones que prevén que el Tribunal puede ordenar la exhibición de los libros a instancia de una minoría, aunque en general las legislaciones lo que hacen es reducir la fiscalización individual del accionista al examen del balance e informes y otros documentos que se presentan a la asamblea, dentro de un plazo fijado por la ley o los estatutos anterior a la fecha de la celebración de la Asamblea.

CAPÍTULO II. CARACTERÍSTICAS Y FUNCIONES DEL COMISARIO EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

2.1 DEL ORGANO DE VIGILANCIA.

En primer lugar nos parece relevante señalar que el órgano de vigilancia de la Sociedad se encuentra constituido, en Derecho Mexicano, por el denominado Comisario.

La Sociedad Anónima, que es de la que nos ocupamos tiene como órgano social obligatorío, el órgano de vigilancia, no siendo así en otras sociedades, como en las de personas o Responsabilidad limitada en donde la existencia y constitución de dicho órgano es facultativo, ya que son los mismos socios quienes se encargan de la vigilancia.

Justificación de su existencia.

El órgano de vigilancia conforme a nuestra legislación justifica su existencia desde el momento en que los accionistas de la sociedad no cuentan con la suficiente competencia para protegerse por sí mismos y tomar decisiones diarias en los ordenes jurídico, financiero y económico de la sociedad, por eso es que se hace necesaria la institución del órgano de vigilancia.³⁵

Tomando en cuenta lo antes expuesto hay que decir el nacimiento del Comisario, surge por la necesidad que tienen los accionistas de la Sociedad de que alguien vigile permanentemente la gestión social.

Importancia.

³⁵ Ibidem. Pág. 531

Dice Macedo Hernández, a quien cita Acosta Romero y otros en su obra "Tratado de Sociedades Mercantiles con énfasis en la Sociedad Anónima": La importancia del órgano de vigilancia radica en que éste es el encargado de vigilar de manera permanente la gestión social con independencia de la administración y en interés de la sociedad.³⁶

Se dice que es muy importante el órgano de vigilancia en las sociedades anónimas, ya que cuando hay ausencia de los comisarios, el Consejo de Administración convocará, en el término de tres días, a la asamblea general de accionistas para que pueda ésta hacer la designación, pero en el caso en que no hiciere el consejo de administración la convocatoria respectiva, cualquier accionista podrá recurrir a la autoridad judicial del domicilio de la sociedad para que en última instancia sea quien convoque y además, será la misma autoridad quien haga la designación.

Para tal efecto la actuación del poder judicial deberá ser pronta y expedita puesto que de lo contrario el procedimiento antes mencionado puede ser poco práctico e incluso llegar a nombrar al órgano de vigilancia hasta la asamblea anual de accionistas.

2.2. EL COMISARIO: CONCEPTO.

Como ya lo mencionamos el Comisario es el órgano encargado de la vigilancia de las sociedades anónimas, del cual diversos autores han dado su opinión y propuesto sus conceptos, algunos más generales, otros más específicos y los cuales intentaremos tocar a continuación, para tener con ello una visión más amplia de dicho órgano.

Primeramente observamos que en el Diccionario Jurídico Mexicano encontramos el siguiente concepto de Comisario: "En derecho comercial el Comisario es la persona que se encarga de las funciones de vigilancia de ciertas sociedades mercantiles. Puede tratarse de una o más personas que integran en cualquiera de éstos supuestos el

³⁶ Idem.

órgano de vigilancia, la existencia del cual es obligatorio para las Sociedades Anónimas.³⁷

Ahora bien pasaremos a citar algunos conceptos que de éste Órgano dan a conocer algunos autores de la doctrina jurídica:

Joaquín Rodríguez y Rodríguez citando a Wieland, define a esta institución diciendo: "Los comisarios son los órganos encargados de vigilar permanentemente la gestión social, con independencia de la administración y en interés exclusivo de la sociedad."³⁸

Como se puede observar en la definición anterior el comisario tiene la tarea de vigilar la gestión social, porque no son solo revisores de contabilidad, aunque en la LGSM artículo 166 fracción II, III y IV les sea señalada una actividad meramente contable, en la fracción IX del mismo artículo se dice que les corresponderá en lo general "vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad."³⁹ Con lo anterior podemos percatarnos de que las funciones de los comisarios según la ley, van más allá de una simple examen de la marcha contable de la negociación lo cual también es expuesto tanto en el artículo 578 del código de comercio de 1884, como en el artículo 199 del código de comercio de 1889.

Algo más que debemos decir en relación al Comisario es que la Ley ha querido darle una gran importancia al comisario como la que merece el Consejo de Administración con el objeto de que este se encuentre bajo la vigilancia de los comisarios y en algunos casos permite el enfrentamiento entre estos dos aunque en la práctica los comisarios debemos decir que no significan mucho.

García López y otros en su Obra Curso de Derecho Mercantil define al Comisario como "El órgano de carácter permanente encargado de vigilar la gestión de los

³⁷ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, 10ª Edición, Tomo A-CH, Editorial Porrúa, México 1997, Pág. 517

³⁸ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ JOAQUÍN, TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES, Op. Cit., Pág. 614

³⁹ Idem.

negocios sociales con independencia del órgano de administración, en interés de los socios y de la sociedad frente a las cuales responde individualmente.⁴⁰

Rodríguez Rodríguez Opina que son comisarios “Los órganos encargados de vigilar permanentemente la gestión social, con independencia de la administración y en interés exclusivo de la sociedad.”⁴¹

Athie Gutiérrez opina que “La institución de la vigilancia tiene por objeto garantizar a la sociedad la buena marcha de la administración, por lo que los vigilantes, se encargan de observar la conducta de los administradores y velan por el exacto cumplimiento de la ley, de la escritura social, de los estatutos y de las resoluciones de la asamblea.”⁴²

Rafael de Pina, señala que: “La vigilancia de la administración de la sociedad anónima corresponde a los comisarios, que constituyen un órgano especial de control sobre la gestión de los administradores.”⁴³

Cervantes Ahumada, nos explica al igual que el artículo 164 de la LGSM que: “La vigilancia de la sociedad anónima, esto es, la vigilancia sobre la administración de la sociedad, “estará a cargo de uno o varios comisarios, temporales y revocables, que pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad.”⁴⁴

Roberto L. Mantilla Molina cita lo siguiente: “La vigilancia de la marcha regular de las sociedades anónimas corresponde a los comisarios.”⁴⁵

⁴⁰ GARCÍA LÓPEZ JOSÉ R Y OTROS, CURSO DE DERECHO MERCANTIL, Editorial Porrúa, México 2003, Pág. 424.

⁴¹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ JOAQUÍN, DERECHO MERCANTIL, 24ª Edición, Editorial Porrúa, México 1999, Pág. 133.

⁴² ATHIÉ GUTIÉRREZ AMADO, DERECHO MERCANTIL, Editorial McGraw Hill, México 1999, Pág. 317.

⁴³ DE PINA VARA RAFAEL, ELEMENTOS DEL DERECHO MERCANTIL, 26ª Edición, Editorial Porrúa, México 1998, Pág. 133.

⁴⁴ CERVANTES AHUMADA RAÚL, DERECHO MERCANTIL, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México 2002, Pág. 104

⁴⁵ MANTILLA MOLINA ROBERTO L., DERECHO MERCANTIL, 29ª Edición, Editorial Porrúa, México 2001, Pág. 434

Díaz Bravo opina en cuanto al Órgano de Vigilancia lo siguiente "He aquí, según la concepción orgánica de las Sociedades a quienes corresponde actuar como si fueran ojos. El comisario o comisarios que en este segundo caso constituirán el Consejo de Vigilancia."⁴⁶

Así mismo, la LGSM en su artículo 164. establece:

"La vigilancia de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios Comisarios, temporales y revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad."

Final y atinadamente establece el Lic. Manuel García Rendón, los elementos constitutivos de este órgano de vigilancia como son: su permanencia, su independencia y su actuación individual. Este autor intenta darnos un concepto más amplio del Comisario el cual reúne en lo posible las características que la LGSM le atribuye a este órgano, en la siguiente definición:

"Los comisarios son los órganos integrados por socios o personas extrañas a la sociedad. necesarios. permanentes, temporales y revocables encargados de vigilar la gestión de los negocios sociales, con independencia de los administradores, en interés de los socios y de la sociedad, frente a los cuales responden individualmente."⁴⁷

Como podemos ver la definición que nos da García Rendón es muy apropiada, puesto que engloba los elementos característicos de este órgano, aunque, a nuestro criterio, la definición del Lic. Manuel García Rendón, quedaría más completa si se le incluyera el concepto de " en cualquier tiempo", para quedar en la siguiente forma:

"Los comisarios son los órganos Integrados por socios o personas extrañas a la sociedad, necesarios, permanentes, temporales y revocables, encargados de vigilar en cualquier tiempo la gestión de los negocios sociales, con independencia de los

⁴⁶ DÍAZ BRAVO ARTURO, DERECHO MERCANTIL, Editorial Iure, México 2000, Pág. 106.

⁴⁷ GARCÍA RENDÓN MANUEL, SOCIEDADES MERCANTILES, Op. Cit., Pág. 456.

administradores, en interés de los socios y de la sociedad, frente a los cuales responden individualmente.”

A lo anterior cabe señalar que no agregamos que la vigilancia será ilimitada como señala el artículo 166 fracción IX de la LGSM en virtud, de que nadie está obligado a lo imposible y el comisario difícilmente estaría en posibilidad de ejercer una vigilancia directa total y por lo tanto ilimitada de las operaciones de una entidad.⁴⁸

2.3 DIVERSAS TEORIAS EN RELACIÓN A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL COMISARIO.

2.3.1. TEORÍA DEL MANDATO.

De la relación jurídica que existe entre el Comisario y la sociedad, la primera teoría contractual que liga a éste con la sociedad, es la del Mandato.

A) CONCEPTO:

La definición del mandato la da el Código Civil Federal en su artículo 2546 en el cual establece que:

“El mandato es el contrato por medio del cual el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga.”

De ésta definición deduce Treviño García, en su obra Los Contratos Civiles y sus Generalidades que:

⁴⁸ MORA BONILLA RÓMULO “PROFESIONALIZACIÓN DEL COMISARIO: PROPUESTA” REVISTA NUEVO CONSULTORIO FISCAL, Ed. Facultad de Contaduría y Administración (UNAM), N. 193, Septiembre 1997, P. p. 49 – 52.

"a) es un contrato; b) recae de modo exclusivo sobre actos jurídicos, es decir, solo puede tener por objeto la celebración de actos jurídicos, y c) los actos que ha de ejecutar el mandatario son por cuenta del mandante."⁴⁹

En relación al contrato de mandato el Lic. Zamora y Valencia lo define como "Aquel por virtud del cual una persona llamada mandatario se obliga a ejecutar, por cuenta de otra llamada mandante, los actos jurídicos que ésta le encarga."⁵⁰

B) LAS CARACTERÍSTICAS DEL MANDATO SON:

1.- Es un contrato de prestación de servicios. El contenido de la conducta del mandatario manifestada como una prestación, es un hacer, consistente en actos jurídicos.

2.- Los actos que debe ejecutar el mandatario, son precisamente actos jurídicos y no hechos materiales.

3.- Los actos jurídicos que realice el mandatario, como consecuencia del contrato, siempre serán por cuenta del mandante, lo que significa que inmediata o mediatamente repercutirán en el patrimonio, o en general en la esfera jurídica de éste.

4.- El mandatario no obra siempre a nombre del mandante, pues puede obrar a nombre propio.

Las características mencionadas nos permiten distinguir al mandato con otras figuras jurídicas, sin embargo, suele ocurrir que en la práctica sea confundido con la representación y en ocasiones con la prestación de servicios profesionales, por lo que

⁴⁹ TREVIÑO GARCÍA RICARDO, LOS CONTRATOS CIVILES Y SUS GENERALIDADES, 6ª Edición, Editorial McGraw – Hill, México 2002, Pág. 338.

⁵⁰ ZAMORA Y VALENCIA, MIGUEL A., CONTRATOS CIVILES, 6ª Edición, Editorial Porrúa, México 1997, Pág. 229

es procedente marcar las diferencias existentes entre una y otra figura jurídica, lo cual haremos, más adelante.

C) OBLIGACIONES DEL MANDATARIO:

1) Ejecutar los actos jurídicos que constituyen el objeto del contrato encargados por sí o por conducto de un sustituto, si estuviese facultado para ello, conforme a las instrucciones recibidas y en ningún caso podrá proceder contra las disposiciones que sean expresas;

2) Dar aviso al mandante de toda circunstancia que pudiera determinar la revocación o modificación del cargo;

3) Rendir cuentas informando de la ejecución de los actos que le fueron encomendados;

4) Entregar al mandante todo lo que hubiere recibido como consecuencia de la ejecución de los actos que se le encomendaron aun cuando lo recibido no haya sido debido al mandante; ·

5) Indemnizar al mandante de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de sus obligaciones ya sea que haya obrado violando las instrucciones que recibió o excediéndose de su encargo, pagando además los intereses de las sumas que pertenezcan al mandante y que hubiere invertido en su provecho, desde la fecha de la inversión o que de debiendo entregarlas no lo hiciera, desde que se constituyó en mora.

D) OBLIGACIONES DEL MANDANTE, PARA CON EL MANDATARIO:

1) Retribuir al mandatario: Ya que como el artículo 2549 del Código Civil establece literalmente:

Solamente será gratuito el mandato cuando así se haya convenido expresamente.

La retribución será consistente en cualquier clase de bienes o servicios con las limitaciones que establece la teoría general de las obligaciones, es decir, mientras la conducta regulada del deudor sea lícita y posible, además hay que decir que el problema radica ya que en algunas ocasiones no existe estipulación expresa en relación a la gratuidad u onerosidad del contrato, en éste caso el mandante deberá retribuir al mandatario, el problema es que la ley no establece como será determinada la retribución por lo tanto por analogía y tomando en cuenta el contrato de prestación de servicios profesionales se considera que será retribuido conforme al arancel si los servicios prestados estuvieren en el regulados y de no estar será conforme a la costumbre del lugar, a la importancia de los actos realizados del negocio a las posibilidades que tenga el mandante y a la reputación del mandatario.

E) CAUSAS DE TERMINACIÓN DEL MANDATO:

1) Porque el mandante revoque al mandatario (en este caso eso no significa que el mandante se libera de sus obligaciones).

2) Por que el mandatario renuncie a sus facultades para realizar los actos que se le encomendaron (en este caso es el mandatario quien no se libera de sus obligaciones).

En cualquiera de los casos anteriores deberá pagar los daños y perjuicios causados tanto quien revoque como quien renuncie de hacerlo en tiempo inoportuno.

3) Por muerte o interdicción, ya sea del mandante o del mandatario.

4) Por vencimiento del plazo fijado en el contrato.

5) Por conclusión del negocio que dio origen al contrato.

6) Si el mandante desaparece o se ignora donde se encuentra y el mandatario pasados tres años no garantiza el resultado de sus gestiones en los términos en que deba hacerlo el representante del ausente.

7) Por nulidad.

8) Por resolución.

F) JURISPRUDENCIA, QUE NIEGA LA POSIBILIDAD DE OTORGAR UN MANDATO A LOS COMISARIOS:

Ahora bien la jurisprudencia citada en la obra de Carvallo Yáñez en relación al mandato nos dice lo siguiente:

“DERIVADO DE LAS FUNCIONES Y FACULTADES QUE SE ENCOMIENDAN A LOS VIGILANTES SOCIALES, NO ES POSIBLE OTORGAR UN MANDATO A LOS COMISARIOS PARA LA EJECUCIÓN DE ACTOS CONCRETOS POR CUENTA DE LA SOCIEDAD, LO CUAL HA SIDO CONFIRMADO POR EL CRITERIO QUE A CONTINUACIÓN SE RELACIONA:

MANDATO. EL QUE SE OTORGA A UN COMISARIO DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA PARA REPRESENTARLA ES INEFICAZ.- El mandato otorgado a un comisario de una Sociedad Anónima no puede tener eficacia, por ser incompatible con sus funciones de comisario de la misma, aunque no se haya reclamado la nulidad del documento, porque eso no es obstáculo para que se pueda impugnar la exactitud del mismo; de suerte que un comisario no puede actuar como representante de una sociedad respecto de la cual realiza funciones de vigilancia, lo que se deduce de la LGSM al establecer en el artículo 164 y siguientes las facultades que el comisario tiene respecto de una sociedad, que son las de vigilancia de los actos de los administradores, pues incluso se prohíbe a las personas que van a ejercer tal función que sean parientes consanguíneos de los administradores en línea recta sin limitación de grado, los colaterales dentro del cuarto y los afines dentro del segundo grado, lo que resulta lógico pues la intención de la ley es que no existan intereses entre los comisarios y los administradores que vayan en detrimento de las sociedades o de terceras personas.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito

Precedentes Amparo directo 7203/91.-Sucesión de Clementina Santillán viuda de Peñaloza.-26 de marzo de 1992.- unanimidad de votos.-Ponente: José Rojas Aja.- Secretario: Francisco Sánchez Planells.⁵¹

G) CONCLUSIONES:

En relación a ésta teoría existen autores que afirman que el comisario desarrolla sus actividades bajo el esquema de un mandato social, otros, que el síndico (comisarios) no son mandatarios de la sociedad o de los accionistas, toda vez que el mismo es impuesto por la ley y como tal, la misma le fija los poderes indelegables con carácter de orden público, que no pueden ser desconocidos ni disminuidos por los estatutos ni por la asamblea.

Rutilio Amezcúa Barbachano, niega el carácter de mandatario a los comisarios, diciendo que en todo mandato el mandante encarga al mandatario la ejecución de determinados actos. Ahora bien, el mandante puede revocar en cualquier momento el mandato y lo que es más, puede llevar a cabo los actos que le habían encomendado. Caso contrario es el de las Sociedades Anónimas en que la asamblea de accionistas no puede en momento alguno ejercitar por si los actos propios de los comisarios, razón por la que no podemos ni debemos considerar a éstos como mandatarios de la sociedad."

52

De todo lo anterior, podemos deducir que la relación jurídica del comisario con la sociedad no corresponde al mandato, porque sí bien es cierto que el mandato es un contrato por el cual una de las partes se obliga sobre la otra a ejecutar ciertos actos, creemos que el comisario no debe estar obligado ante ningún órgano de la sociedad.

Además no debemos olvidar que el mandato es otorgado para llevar a cabo actos meramente jurídicos; pero las funciones del comisario no siempre implican la realización de actos de esa naturaleza, además el mandato es una relación voluntaria

⁵¹ CARVALLO YÁNEZ ERICK, PRÁCTICA CORPORATIVA JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS, 1ª Edición, Editorial Porrúa, México 2001, Pág. 290

⁵² AMEZCUA BARBACHANO, R., FUNCIONES DEL COMISARIO EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA, México 1943, Tesis Inédita para obtener el título de Licenciado en Derecho. P.17

de las partes, o sea, puede existir o no, mientras que la existencia del comisario es el resultado de una exigencia legal, que los socios no pueden desconocer ni suprimir. Por otro lado, las atribuciones, derechos y obligaciones del mandatario, tienen que ser expresamente determinados en el contrato de mandato; mientras que los derechos y obligaciones del comisario son impuestos por la ley y no por un contrato. Finalmente el artículo 192 de la LGSM, establece en su párrafo segundo lo siguiente:

No podrán ser mandatarios los Administradores ni los Comisarios de la sociedad.

2.3.2 TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN.

A) CONCEPTO:

Sánchez Medal en su obra denominada “De los Contratos Civiles” nos dice que la Representación es la acción de representar, es decir “el acto por virtud del cual una persona dotada de poder, llamada representante, obra a nombre y por cuenta de otra llamada representada o “dominus” del negocio.”⁵³

Además por representación, también podemos entender la declaración unilateral que realiza el representante frente a terceros al realizar un determinado acto jurídico, de que actúa a nombre y por cuenta de su representado.

Dicho lo anterior, hay que señalar que toda representación exige o supone un poder, pero no se confunden, puesto que el poder es la facultad de representar y la representación es el ejercicio de esa facultad o el acto por virtud del cual se pone en practica dicha facultad. Al igual que el poder, la representación tiene tres posibles fuentes de origen: la ley, una resolución judicial o la voluntad unilateral de una de las partes en un contrato de mandato y, por ello se puede distinguir la representación legal, la representación judicial y la voluntaria. El efecto que tiene la Representación es que el

⁵³ SÁNCHEZ MEDAL RAMÓN, DE LOS CONTRATOS CIVILES, 19ª Edición, Editorial Porrúa, México 2002, Pág. 309.

acto que realiza el representante a nombre del representado produce efectos jurídicos, activos y pasivos, directamente sobre al patrimonio del último, puesto que el representante queda ajeno a los derechos y a la obligaciones derivadas de tal acto.

B) CLASES DE REPRESENTACIÓN:

Así mismo, hay autores como Zamora y Valencia que opinan que son dos las clases de representación:

La representación legal. Ésta deriva de la ley o por medio de un acto de autoridad. vgr. La patria potestad; puesto que al nacer una persona física, sus padres son sus representantes en el ejercicio de la patria potestad, otra puede ser la tutoría la cual es conferida mediante un procedimiento judicial ya que con fundamento en una norma se da la necesidad de nombrar a un representante puesto que en este caso la persona no puede hacer valer sus derechos por si misma ni cumplir con sus obligaciones, así mismo la representación legal también se da en el caso del representante del ausente o del albacea entre otros.

La representación voluntaria o convencional, si la representación se confiere deliberadamente por una persona capaz a otra para que a su nombre realice determinados actos jurídicos toma el nombre de voluntaria.⁵⁴ Por lo anterior deducimos que se le da un poder el cual puede revestir las especies que establece el Código Civil Federal en su artículo 2554, para pleitos y cobranzas, para actos de administración y para actos de dominio.

Zamora y Valencia en su obra Contratos Civiles nos dice la representación es la figura jurídica que permite que sean modificados el ámbito personal o patrimonial de una persona por medio de la actuación de otra capaz que actúa a nombre de la primera.

⁵⁴ ZAMORA Y VALENCIA, MIGUEL A., Op. Cit., Pág. 231

Ahora bien, si nos referimos a que la representación consiste en permitir que los actos celebrados por una persona repercutan y surtan efectos jurídicos en la esfera económica de otra, como si esta última lo hubiera realizado, podemos decir que el comisario no tiene función tal, porque no va a realizar actos ni para los administradores ni para los accionistas, porque el comisario se debe mantener en un estado de vigilancia y no de representante al realizar actos en la sociedad.

C) CONCLUSIÓN:

De todo lo anterior, deducimos que el comisario es un órgano encargado de la vigilancia de la sociedad y no un representante de ésta ni de los órganos administrativos, ni de los accionistas.

2.3.3 TEORÍA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

A) CONCEPTO:

Dice el Lic. Miguel Angel Zamora y Valencia, en su obra "Contratos Civiles" que: El contrato de Prestación de Servicios Profesionales es un "contrato por virtud del cual una persona llamada profesional o profesor se obliga a prestar un servicio técnico a favor de otra llamada cliente, a cambio de una retribución llamada honorario." ⁵⁵

Dice el Lic. Ramón Sánchez Medal, que la prestación de servicios profesionales es el "contrato por el que una persona llamada profesionista o profesor se obliga a prestar determinados servicios calificados que requieren una preparación técnica y a veces de un título profesional, a otra persona llamada cliente que se obliga a pagarle una determinada retribución llamada honorario."⁵⁶

⁵⁵ Ibidem. Pág. 287

⁵⁶ SÁNCHEZ MEDAL RAMÓN, Op. Cit., Pág. 336

B) NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO:

En muchos casos al profesionalista se le confiere un mandato para que realice determinados actos jurídicos, como en el caso de un abogado a quien se constituye mandatario judicial o de un ingeniero al que se le otorga un poder para que lleve a cabo ciertos actos jurídicos, ante algunas autoridades o frente a terceros, así mismo no puede ser que se confunda muchas veces el contrato de prestación de servicios profesionales con el de mandato, puesto que en aquél los servicios que presta el profesionalista no son necesariamente actos jurídicos. Ni los médicos, notarios o abogados necesariamente son mandatarios de sus clientes, pues no llevan a cabo siempre actos jurídicos, ni obran por cuenta de ellos, únicamente llevan a cabo el ejercicio de su profesión y obran en nombre propio, aunque como bien dice Planiol, su trabajo aproveche a otra persona.

C) CLASIFICACIÓN:

Se trata de un contrato bilateral, oneroso y conmutativo. Se trata también de un contrato consensual.

Se debe considerar un contrato "intuitu personae" en virtud de que el profesionalista se elige por sus cualidades personales y por ello su cargo no puede ser delegado, por lo que además hay que decir que por ésta misma circunstancia éste contrato puede terminar con la muerte del profesionalista.

D) ELEMENTOS PERSONALES:

Los nombres de quienes llevan a cabo éste tipo de contrato se llaman profesionalista o profesor, que es aquel que presta su servicio; y cliente, el que lo recibe y retribuye.

E) ELEMENTOS REALES:

Son dos los elementos: el servicio profesional y los honorarios.

1) Servicio Profesional: No siempre se llevan a cabo actos jurídicos, también pueden ser actos materiales e incluso hechos, pero todos ellos propios de una determinada profesión, en virtud de que el profesionista debe contar con una preparación especial y contar con conocimientos técnicos o científica debidamente comprobados a través de las autoridades que expidieron el título profesional.

2) Honorarios: Estos pueden consistir en algún bien o en cierto servicio que pague el cliente a cambio de los servicio profesionales, aunque generalmente la retribución se paga en dinero.

A lo anterior hay que decir que se puede pactar que no exista el pago de honorarios siendo la prestación de servicios profesionales gratuita.

F) ELEMENTOS FORMALES:

Para que se puede llevar a cabo éste contrato, no se requiere de alguna formalidad para su celebración por lo que se trata de un contrato informal o consensual y así como en el mandato, en éste tipo de contrato, también puede darse una aceptación tácita del profesionista que ofrece sus servicios.

G) OBLIGACIONES DEL PROFESOR O PROFESIONISTA:

1) Prestar el Servicio convenido, poniendo sus conocimientos científicos y técnicos al servicio del cliente en el desempeño del trabajo convenido.

2) Guardar el secreto sobre los asuntos que sus clientes le confíen, salvo los informes que deba proporcionar conforme a las leyes y hay que señalar que el incumplimiento es sancionado.

3) Erogar las expensas y gastos necesarios para el desempeño del servicio profesional, aunque puede pactarse que el cliente anticipe dichas expensas o gastos, en el caso en el que el profesionista realice éste tipo de erogaciones tendrá derecho a que le sean reembolsadas por el cliente, con rédito legal, desde aquél día en el que se hicieron, a menos de que se hubiese pactado que las expensas y gastos quedarían incluidos en el monto de los honorarios.

4) Este es solo en el caso en el que el profesionista sea abogado o procurador judicial y aunque no sea mandatario del cliente, se encuentra obligado a no patrocinar o ayudar a diversos contendientes o partes con intereses opuestos en un mismo negocio o negocios conexos, puesto que de llegar a incumplir ésta obligación, podrá incurrir en el delito de prevaricato, ya previsto por el Código Penal para el Distrito Federal, sin embargo hay que señalar que sí puede patrocinar a varias partes que tengan comunidad de intereses, pero que no sean contrapartes entre sí.

H) OBLIGACIONES DEL CLIENTE:

Son tres:

1) Pagar los honorarios que se hayan convenido.

2) Reembolsar las expensas o gastos que hubiere erogado el profesionista con los respectivos intereses legales, desde el día en que se desembolsaron, a menos de que las erogaciones hubieren quedado incluidas en los honorarios convenidos con el profesionista.

Puede pactarse la anticipación de erogaciones por parte del cliente, caso en el cual el profesionalista no se encuentra obligado a efectuarlas, sino únicamente a solicitar que el cliente de manera oportuna lo provea de tales fondos.

Las expensas también se pueden efectuar por el profesionalista y se puede convenir que éste no cobre honorarios, a menos de que obtenga éxito en el negocio que le fue encargado y entonces tales honorarios consistirán en una participación en las utilidades o resultados lo cual no se prohíbe en nuestro derecho, a menos que el profesionalista pretenda quedarse con una parte que sea mayor a la del cliente.

3) Pagar al profesionalista los daños y perjuicios que de manera eventual le hayan sido causados con motivo de la prestación del servicio. Por ejemplo: en el caso de que sea un médico y practique una operación a un paciente y sea contagiado de otra enfermedad distinta e ignorada por él.

1) TERMINACIÓN DEL CONTRATO:

Al no existir modos especiales para terminar con éste contrato, se estará a lo dispuesto por las reglas generales de terminación de los contratos como son:

- La conclusión del negocio, asunto u obra encomendada.

- La imposibilidad objetiva de seguir prestando el servicio (muerte del paciente de un médico que lo atiende).

- El mutuo consentimiento de las partes.

- La muerte o declaración de interdicción del profesionalista (en virtud de que se considera un contrato "intuitu personae").

- La imposibilidad del profesionista de seguir prestando sus servicios (enfermedad del profesionista).
- Revocación o desistimiento del cliente.

2.3.4 RESUMEN DE LAS TEORÍAS.

De las Teorías antes mencionadas podemos desprender que el comisario, no es un mandatario ni de la sociedad ni de la asamblea. La ley no le atribuye a los comisarios este carácter y además se puede negar tal situación porque el mandatario implica una relación voluntaria, mientras que la existencia del comisario es por disposición de ley; además el mandato se confiere exclusivamente para actos jurídicos y las funciones del comisario no siempre son actos de esa naturaleza.

Además, estamos de acuerdo con la jurisprudencia, en el sentido de que el mandato que se otorga al Comisario de una sociedad anónima, no puede tener eficacia por ser incompatible con sus funciones, además de que no puede actuar como representante de una sociedad, respecto de la cual realiza funciones de vigilancia además de que la representación implicaría forzosamente la posibilidad de vincular a la sociedad con terceros y esto no lo puede hacer el comisario y desde luego faltaría la independencia, elemento indispensable para el correcto desempeño del cargo de comisario.

Tampoco es posible aceptar la representación entre un órgano y otro órgano (asamblea-representado; comisario-representante).

Llegamos a la conclusión de que el comisario lleva a cabo una prestación de servicios, que se desarrolla en el ámbito interno de la sociedad y que por lo tanto carece de toda función de representación.

Esta postura que adoptamos después de haber observado una serie de teorías lo hemos hecho tomando en consideración las siguientes razones:

1.- Por la conducta ética que el comisario como profesional responsable observa en atención a sus funciones.

2.- Su independencia económica la cual se deriva de la remuneración que percibe por sus servicios.

3.- La insustituibilidad del profesional, puesto que en la prestación de servicios profesionales se toma en cuenta el reconocimiento de sus conocimientos, por el prestigio que goza y por la confianza que debe inspirar, por lo cual ninguna otra persona, podrá llevar a cabo las funciones que a éste específicamente le fueron encomendadas.

4.- Por la exigencia legal de un título, que acredite los conocimientos técnicos y científicos que la ley considera indispensables para poder ejercer la profesión (que en el caso del comisario, tomando en cuenta sus funciones, debería de ser la de contador público).

Así que podemos decir que el comisario tiene un vínculo de relación con la sociedad de prestación de servicios profesionales y de ninguna manera de mandatarios o representantes.

2.4 CARACTERÍSTICAS DEL CARGO DE COMISARIO.

2.4.1 SER UN ÓRGANO DE VIGILANCIA.

En relación al órgano de vigilancia dice García Rendón que el comisario se supone que tiene una doble función que es la de vigilancia y la de control; en primer lugar el control es ejercido por medio del veto de las resoluciones tomadas por los

administradores, o bien, por medio del ejercicio del derecho de voto privilegiado en las juntas del consejo de administración aunque en nuestra legislación no es así ya que se impone la prohibición a éstos de inmiscuirse en la gestión de los negocios sociales y de ninguna manera se les concede el derecho de vetar los acuerdos del consejo,⁵⁷ aunque autores como Macedo Hernández y de Pina Vara consideran que éstos órganos llevan realmente a cabo el control.

En el caso de la función de vigilancia no se trata únicamente de examinar los estados financieros y libros de la sociedad sino que además comprende la de vigilar de manera ilimitada las operaciones sociales pudiendo exigir a los administradores información relativa a los aspectos financieros, económicos, jurídicos, etc. De las operaciones aprobadas por éstos.

2.4.2 SOCIOS O PERSONAS EXTRAÑAS A LA SOCIEDAD.

La razón por la cual los comisarios pueden ser personas ajenas a la sociedad es por la necesidad que se tiene de confiar en alguna persona que se encuentre versada en el arte del comercio y la interpretación y análisis de los Estados Financieros, el cuidado de las operaciones de la sociedad, en especial cuando los accionistas no son peritos en tales menesteres.⁵⁸

Por lo cual tanto socios como personas extrañas a la sociedad pueden fungir como comisarios siempre y cuando tengan los conocimientos necesarios para poder desempeñar el encargo.

2.4.3 PERMANENTE.

El cargo que desempeña el Comisario es ejercido de manera permanente ya que puede vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad lo cual tiene su fundamento en la fracc. IX del artículo 166 de la LGSM, que dice: "Son

⁵⁷ GARCÍA RENDÓN MANUEL, Op. Cit., Pág. 457

⁵⁸ Idem.

facultades y obligaciones del comisario: ... IX, en general, vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad". Al establecer el legislador "en cualquier tiempo" dejó plasmado sin limitaciones de época para ejercitar la vigilancia de la sociedad, puesto que las funciones del comisario se realizan momento a momento durante la existencia de la sociedad.

El cargo de comisario es ejercido de manera permanente durante su nombramiento y aún después hasta que el nuevo comisario designado tome posesión de su cargo (art. 154 y 171 de la LGSM).

Así como la Ley otorga a los Comisarios el derecho de vigilar en forma permanente la gestión de los negocios sociales, de igual manera los administradores tienen la obligación de informarles respecto a éstas.

2.4.4 TEMPORAL.

En cuanto a la temporalidad se refiere la ley es poco clara al respecto, ya que solo se establece en el artículo 164 de la LGSM, lo siguiente: "La vigilancia de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios comisarios, temporales y revocables, ...", conforme a esto, los comisarios deberán ser nombrados por un tiempo definido el cual se tendrá que expresar en los estatutos sociales, cuya determinación corresponde a los accionistas de la sociedad por lo que, lamentablemente, su duración en el cargo o desempeño del mismo se establece con base a la libre voluntad de los accionistas, por lo que es común que en el contrato social se estipule su duración ya sea por tiempo determinado o indeterminado y en su caso, podrán reelegirse. En el primer caso si su duración se estipula por tiempo determinado, los comisarios deberán continuar en el desempeño de sus funciones mientras no se hagan nuevos nombramientos y los nombrados no tomen posesión quedando a lo dispuesto por los artículos 154 y 171 de la LGSM.

2.4.5 REVOCABLE.

Primero debemos señalar el término revocación el cual proviene del latín revocatio-onis, acción y efecto de revocare dejar sin efecto una concesión, un mandato o una resolución; acto jurídico que deja sin efecto otro anterior por voluntad del otorgante.

La revocación es una de las formas de terminación de los contratos o de extinción de los actos jurídicos por voluntad del autor o de las partes.⁵⁹

El nombramiento de los Comisarios así como el de los administradores, es libremente revocable, con causa y sin causa, tenemos solo dos casos de revocación con causa que se encuentran expresamente establecidos en la ley, el primero es cuando se da la remoción de los comisarios, por omisión de denunciar ante la asamblea las irregularidades en que hubieren incurrido los que los precedieron y la segunda se da por no presentar de manera oportuna a la asamblea anual el informe a que se refieren los artículos 166, fracción IV y 173 de la LGSM. En el caso que se diera la Revocación sin causa del nombramiento del comisario puede motivarse el ejercicio de la acción de daños y perjuicios en contra de la sociedad.

2.4.6 INDEPENDIENTE.

A veces se llega a creer que los comisarios forman parte del consejo de administración, aunque no hay nada más erróneo que esta creencia, puesto que los comisarios por ser órganos de vigilancia de la sociedad, tienen la atribución de velar por los intereses de la sociedad y de los socios, frente a los órganos de la administración,⁶⁰ es más hasta encontramos que dentro de los requisitos que se establecen para ser comisario se encuentra el de independencia de los comisarios frente a los administradores.

⁵⁹ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, 10ª Edición, Tomo P-Z, Editorial Porrúa, México 1997, Pág. 2856.

⁶⁰ GARCÍA RENDÓN MANUEL, Op. Cit., Pág. 459

El elemento de independencia mencionado está ligado a la libertad de vigilar ilimitadamente las operaciones de la sociedad, toda vez de que si el comisario tuviere absoluta libertad de actuación en su función para la sociedad, se estaría ante un comisario totalmente liberado de cualquier tipo de atadura que lo relacione con los órganos sociales de la sociedad.

Es entendido que el comisario es una figura que reviste dos tipos de responsabilidades: una ante la sociedad u organismo del que depende, y otra; ante la o las personas físicas o jurídicas colectivas interesadas en la sociedad u organismo a la cual el comisario se refiere en su Informe, personas que, una vez analizado el informe presentado, toman alguna posición cierta de sus decisiones en beneficio de sus intereses.

Así como para la sociedad u organismo, el informe de los comisarios es base para la aprobación de los resultados y gestiones que presentan los administradores, es para las personas físicas o jurídicas colectivas interesadas en la sociedad, el sustento técnico y legal para tomar alguna participación correcta en la sociedad, por lo que dicho comisario tiene la obligación y responsabilidad de emitir un informe apegado a las disposiciones legales aplicables vigentes y bajo la más estricta independencia, imparcialidad, objetividad y ética profesional.

El interés y confianza que brinda la persona física o moral interesada en la sociedad sobre el informe del comisario, es el punto medular que deben proteger nuestro Poder Legislativo, emitiendo al efecto disposiciones legales que impongan sanciones más severas, derivadas de la responsabilidad que debe asumir el comisario en la elaboración de su informe.

Conforme al Código de Ética Profesional de la Contaduría Pública, se determinan algunas causas que pueden dar lugar a la falta de independencia para el comisario, citándose las siguientes:

"DEL CONTADOR PÚBLICO COMO AUDITOR EXTERNO.⁶¹

Artículo 2.21. Se considera que no hay independencia ni imparcialidad para expresar una opinión que sirva de base a terceros para tomar decisiones, cuando el contador público:

a) Sea cónyuge, pariente consanguíneo o civil en línea recta sin limitación de grado, colateral dentro del cuarto y afín dentro del segundo, del propietario o socio principal de la empresa o de algún director, administrador o empleado del cliente, que tenga intervención importante en la administración del propio cliente.

b) Sea, haya sido en el ejercicio social que dictamina o en relación al cual se le pide su opinión, o tenga tratos verbales o escritos encaminados a ser director, miembro del consejo de administración, administrador o empleado del cliente o de una empresa afiliada, subsidiaria o que este vinculada económica o administrativamente, cualquiera que sea la forma como se le designe y se le retribuyan sus servicios. En el caso del Comisario, se considera que subsiste la independencia de criterio.

c) Tenga, haya tenido en el ejercicio social que dictamine o en relación con el cual se le pide su opinión, o pretenda tener alguna injerencia o vinculación económica directa o indirecta, en la empresa, en un grado tal que pueda afectar su independencia de criterio.

d) Reciba en cualquier circunstancia o motivo, participación directa sobre los resultados del asunto que se le encomendó de la empresa que contrató sus servicios profesionales y exprese su opinión sobre estados financieros en circunstancias en las cuales su emolumento dependa del éxito de cualquier transacción.

e) Sea agente de bolsa de valores, en ejercicio.

f) Desempeñe un puesto público en una oficina que tenga ingerencia en la revisión de declaraciones y dictámenes para fines fiscales, fijación de impuestos y otorgamiento de exenciones, concesiones o permisos de trascendencia y

⁶¹ Auditoría externa: Son los métodos empleados por una firma externa de profesionales para averiguar la exactitud del contenido de los estados financieros presentados por una empresa. Se trata de dar carácter público, mediante la revisión, a unos estados financieros que en principio eran privados.

Auditoría interna: Es una actividad independiente que tiene lugar dentro de la empresa y que está encaminada a la revisión de operaciones contables, con la finalidad de prestar un servicio a la dirección de la empresa

Es un control de dirección que tiene por objeto la medida y evaluación de la eficacia de otros controles, en virtud de que muchas veces el director de una empresa no puede tener el control directo de las operaciones por ser tantas y tan complejas.

decisiones sobre nombramientos de contadores públicos para prestar servicios a dependencias o empresas estatales.

g) Perciba de un solo cliente, durante mas de dos años consecutivos, más del 40% de su ingresos u otra proporción que aun siendo menor, sea de tal manera importante frente al total de sus ingresos, que le impida mantener su independencia.

h) Tenga relaciones o intereses que puedan ejercer influencia negativa, impidan o amenacen su independencia de criterio.⁶²

Podríamos determinar una serie de puntos que en cualquier medida pueden privar la Independencia del comisario, ya que para establecer la Independencia del comisario es basándose en parámetros o causas mínimas de orden ético que pueden influir en perder esa cualidad para informar con credibilidad y producir la confianza en la persona física o moral que se sirva del Informe para tomar alguna decisión como ya lo mencionamos.

En la práctica resulta complicado y a veces muy difícil, contar con los elementos suficientes y necesarios para demostrar que el Informe presentado por el comisario contenga información, datos o reportes falsos contrarios a las operaciones reales de la sociedad, por lo que es muy pobre ver en los tribunales demandas en contra de los comisarios por daños y perjuicios por la falsedad de su informe.

El comisario como órgano que es de la sociedad anónima, forma parte indispensable de ella, al que le corresponde como a todo órgano de la sociedad atribuciones, que pueden ser desempeñadas por personas físicas, aun y cuando dicho órgano sea encomendado a personas jurídicas colectivas.

La finalidad que desarrolla y para la cual es creado el comisario, es para el control y vigilancia de las actividades del órgano de asamblea y de administración, por lo que se hace imprescindible la independencia efectiva del comisario frente a dichos órganos.

⁶² Véase página electrónica: www.lmcp.org.mx

La realidad en nuestro derecho mexicano es triste, en virtud de que ni su nombramiento, ni su actuación dentro de la sociedad y frente a los socios, y sobre todo, frente a los administradores les permite a los comisarios el actuar con la mejor y absoluta libertad e independencia. De seguir así, el Órgano de Vigilancia, en la sociedad anónima continuará siendo inoperante.

2.4.7 ORGANO INDIVIDUAL Y RESPONSABILIDAD.

Aún si se trata de dos o mas comisarios, el ejercicio del encargo es individual porque en primer lugar la ley declara expresamente que son individualmente responsables ante la sociedad según lo establece el artículo 169 de la LGSM y porque, en segundo término, no establece que deban actuar como un consejo o comité de vigilancia; esto significa, que deban desempeñar sus funciones como órgano colegiado en el cual las resoluciones se tomarían por mayoría de votos, así que lo deben hacer de manera individual.

Al respecto, Walter Frish Philipp, enuncia en su obra intitulada "Sociedad Anónima Mexicana" la existencia de dos tipos de responsabilidad de los comisarios: La individual y la solidaria. La primera se da en los casos en los cuales no existe colaboración intencional entre comisarios, por ejemplo, uno opera dolosamente en forma ilícita, mientras que el otro contribuye al mismo daño, a través de negligencia culpable y, en la segunda, se da en el caso de colaboración intencional de los comisarios, respondiendo éstos en forma solidaria.⁶³

2.5 REQUISITOS PARA DESEMPEÑAR EL CARGO.

La LGSM establece los requisitos para desempeñar el cargo de comisario y dice son los siguientes:

⁶³ FRISCH PHILIPP, WALTER, SOCIEDAD ANÓNIMA MEXICANA, 3ª Edición, Editorial Harla, México 1994, pag. 418 y 419

2.5.1 NO ESTAR INHABILITADO PARA EJERCER EL COMERCIO.

La LGSM en su artículo 165 fracción I, Establece que no podrán desempeñar el cargo de comisario I.- Los que conforme a la Ley estén inhabilitados para ejercer el comercio.

Con relación a lo anterior se entiende que la persona debe tener la capacidad legal (de ejercicio o de actuar) para poder realizar dicha actividad, y no encontrarse en los supuestos que indica el Código de Comercio en su artículo 5 el cual dice que: Toda persona que, según las leyes comunes, es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tiene capacidad legal para ejercerlo.

En general capacidad viene del latín *capacitas*, aptitud o suficiencia para alguna cosa. Jurídicamente se entiende como la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, o como la facultad o posibilidad de que esta persona pueda ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma. Hans Kelsen considera al respecto, que debe entenderse por capacidad la aptitud de un individuo para que de sus actos se deriven consecuencias de derecho.

La capacidad se divide en: a) la de goce y b) la de ejercicio, las cuales explicaremos a continuación:

a) Capacidad de Goce:

Esta es un atributo de la personalidad que se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte y por medio de la cual una persona puede tener tanto derechos como obligaciones.

b) Capacidad de Ejercicio:

Esta es la aptitud que requieren las personas para ejercitar por sí mismas sus derechos y cumplir sus obligaciones⁶⁴ además de lo que establece el artículo 450 del Código Civil Federal el cual establece:

Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

III. (Se deroga).

IV. (Se deroga).

Para dedicarse al comercio la persona además de la capacidad de ejercicio o de actuar, no debe encasillarse en los supuestos establecidos en el artículo 12 Código de Comercio, que establece lo siguiente:

No pueden ejercer el comercio:

I.- Los corredores;

II.- Los quebrados que no hayan sido rehabilitados;

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.

⁶⁴ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, 10ª Edición, Tomo A-CH, Op. Cit., Pág. 397.

2.5.2 INDEPENDENCIA CON LOS ADMINISTRADORES.

Los comisarios deben ser independientes de los administradores. Por ello la LGSM les prohíbe que sean empleados de la sociedad (art. 165 fr.II), y señala como caso de impedimento para el cargo de comisario el parentesco consanguíneo en línea directa, sin límite alguno, en colateral hasta el cuarto grado y el parentesco por afinidad hasta el segundo grado.⁶⁵

El maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez sostiene que, aunque en éste caso la Ley ha omitido establecer incompatibilidad con motivo del parentesco civil se desprende será necesario también, establecer que no podrá ser comisario el cónyuge de un administrador. Al contrario de Mantilla Molina quien indica que no es necesario establecer el concepto aludido por el maestro Rodríguez, ya que “una interpretación extensiva del artículo 165 nos lleva a concluir que tampoco pueden ser comisarios el cónyuge de un administrador ni quienes estén ligados a el por parentesco civil.”

2.5.3 SER PERSONA FÍSICA.

En general la doctrina mexicana, estima que puede confiarse la vigilancia de las operaciones de la sociedad a personas jurídicas colectivas, aunque muchos autores no admiten tal punto de vista basándose en que el nombramiento del comisario descansa en cierta confianza y responsabilidad de un individuo determinado, tal es el caso de García Rendón quien está de acuerdo con este último punto de vista ya que dice que en primer lugar la ley atribuye responsabilidad individual a los comisarios y en segundo lugar es incuestionable que los comisarios no pueden delegar el cargo, ya que solo pueden auxiliarse y apoyarse en el trabajo del personal que actúe bajo su dirección y dependencia o en los servicios de técnicos o profesionistas independientes cuya contratación y designación dependa de los propios comisarios, por lo que la sociedad está obligada al pago de gastos en que incurran los comisarios por concepto de sueldos

⁶⁵ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ JOAQUÍN, TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES, Op. Cit., Pág. 615

y honorarios pagados a dichas personas, cuando los emolumentos que les asignen por asamblea sean insuficientes.

2.5.4 NO SER EMPLEADO DE LA SOCIEDAD, NI DE SU CONTROLADORA O SUBSIDIARIAS.

Se establece en el artículo 165 de la LGSM, que un comisario no deberá ser empleado de la sociedad dado que no tienen la independencia necesaria como para desempeñar el cargo.

Los Comisarios tampoco podrán ser empleados de aquellas sociedades que sean accionistas de la sociedad a la que pertenezcan por más de un veinticinco por ciento del capital social.

Por último no podrán ser comisarios los empleados de aquellas sociedades de las que la sociedad en cuestión sea accionista en más de un cincuenta por ciento; ello significa que los empleados de las sociedades controladoras no pueden ser comisarios de las subsidiarias y que los empleados de las subsidiarias no pueden ser comisarios de las controladoras.

La jurisprudencia ha establecido el siguiente criterio:

Localización

Instancia: Cuarta Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Parte : LXXIV, Quinta Parte

Tesis:

Página: 14

Rubro:

COMISARIOS DE SOCIEDADES MERCANTILES. CARACTER LABORAL.

Texto:

Las actividades de un comisario se encuentran reguladas por la LGSM, no pudiéndose determinar a priori que una persona designada como comisario sea un trabajador, pues se trata de un vigilante de las actividades de determinada persona moral, por lo que para calificar si es en realidad un trabajador, se hace necesario en todo caso examinar objetivamente las condiciones de realización del servicio prestado.

Precedentes:

Amparo directo 6028/62. Gustavo Corres Calderón. 7 de agosto de 1963. 5 votos. Ponente: Ma. Cristina Salmorán de Tamayo.⁶⁶

2.5.5 NO TENER UNA RELACIÓN DE PARENTESCO CON LOS ADMINISTRADORES.

En el artículo 165, fracción III de la LGSM establece que no podrán ser comisarios:

Los parientes consanguíneos de los administradores en línea recta sin limitación de grado, los colaterales dentro del cuarto grado y los afines dentro del segundo, ello puesto que se presume no gozan de la independencia necesaria para desempeñar el cargo. Aunque no establece inhabilitación para desempeñar el cargo por ser pariente del socio principal, de algún director, o bien del administrador o empleado del cliente que tenga intervención importante en la administración o en las cuentas del propio cliente.⁶⁷

Pero de cualquier forma, resulta lógica la prohibición de parentesco, ya que los comisarios vigilan los actos de los administradores y al parecer la intención de la ley es que no existan intereses entre los comisarios y los administradores que vayan en detrimento de la sociedad o de terceras personas.

⁶⁶ Véase página electrónica: <http://www.scjn.gob.mx/inicial.asp>

⁶⁷ LEON TOVAR SOYLA H., Op. Cit., P. p. 991 - 1007.

Ahora bien tanto en el Código Civil Federal como en los de las mayorías de las entidades federativas en cuanto al parentesco existe:

a) En línea recta ascendente, ello comprende a los padres, abuelos, bisabuelos, etc. y en línea recta descendente, a los hijos, nietos, bisnietos, etc.

b) En línea colateral, a los hermanos (segundo grado), a los tíos y sobrinos (tercer grado) y a los primos hermanos (cuarto grado), y

c) A los cuñados (segundo grado de afinidad).

No incluyéndose en estos incisos al consorte o al hijo adoptivo.

2.5.6 PRESTAR GARANTÍA.

Al igual que los administradores deben prestar la garantía que determinen los estatutos o en su caso la Asamblea General de Accionistas que los nombre, asegurando de ésta manera las responsabilidades en las que pudieran incurrir durante el desempeño de su encargo.

Cabe destacar que el nombramiento del comisario no será inscrito en el Registro Público del Comercio, dado que los comisarios no cuentan con facultades de gestión, ni de representación y de que, su actuación no tiene trascendencia externa.

2.6 FORMAS DEL ÓRGANO DE VIGILANCIA.

Son dos las principales formas de los órganos de vigilancia a saber:

a) Unitario o Unipersonal: El cual tiene como característica primordial la de que su titularidad pertenece a una sola persona y;

b) Colegiado: Del cual se dice que es un órgano que está constituido por una pluralidad de individuos, los cuales toman acuerdos Por mayoría de votos, y por ende la responsabilidad que tienen los miembros de este órgano es solidaria.

Como sabemos, el órgano de vigilancia de las sociedades anónimas en nuestro derecho en un principio era colegiado; pero años más tarde, el funcionamiento de este órgano pasa a ser unitario y en la actualidad continúa siéndolo, según se desprende del artículo 164 de la LGSM, que el órgano de vigilancia estará a cargo de uno o más comisarios, la existencia de por lo menos un comisario es obligatoria, pero, no por el hecho de que sean varios los titulares significa que conformen un órgano colegiado, sino que actúan en forma individual.

Con respecto a lo anterior, el Dr. Walter Frisch Philipp, manifiesta que "los comisarios no forman, en lo general, un órgano colegiado. El artículo 164 de la LGSM, permite que se designe uno o más comisarios, la existencia de por lo menos uno es obligatoria, pero en el caso de que existan más de uno, ellos no formarán un órgano colegiado, sino actuarán en forma Individual."⁶⁸ Por la situación aquí referida la LGSM no establece disposición alguna respecto el quórum, voto o algunos otros puntos relevantes para un órgano colegiado.

Con respecto de que si dos o más, comisarios constituyen un consejo de vigilancia en las sociedades anónimas, nos parece que en la practica es muy raro encontrarse que en una sociedad anónima se haya designado un consejo de vigilancia, esto es más común en sociedades cooperativas, en sociedades de producción rural, en uniones de ejidos y comunidades, en las cuales el órgano de vigilancia estará integrado por tres miembros que conformarán una junta o consejo de vigilancia. En cambio, en las sociedades del sistema financiero mexicano, si se determina con claridad, que el órgano de vigilancia estará integrado con dos o hasta tres comisarios con sus suplentes que podrán actuar conjunta o separadamente. Sin embargo en la propia ley que las

⁶⁸ FRISCH PHILIPP WALTER, Op. Cit., Pág. 416

regula, se les establece una responsabilidad individual, debidamente determinada por la imposición de sanciones concretas al tipo de ilícito causado.

Los juristas Walter Frisch Philipp, Joaquín Rodríguez y Rodríguez, Roberto Mantilla Molina, establecen que los comisarios, aún cuando sean más de dos no constituyen un consejo o comité de vigilancia, ya que cada uno de ellos responde individualmente de su culpabilidad ante la sociedad.

Por otro lado, la LGSM en su artículo 158, establece la responsabilidad solidaria a los miembros del consejo de administración y para los comisarios establece la responsabilidad individual (artículo 169), de la siguiente forma: "Los comisarios serán individualmente responsables para con la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos le imponen." A este respecto, el jurista Walter Frisch Philipp manifiesta que cada comisario responderá del daño culpable causado por él. Si hubo una pluralidad de comisarios que incurrieron respecto del mismo daño en responsabilidad, cada uno de ellos responderá de todo el daño causado culpablemente por él. Así se manifiesta una acumulación de responsabilidades individuales respecto el mismo daño. Lo anterior es aplicable a los casos en los cuales no existe colaboración intencional entre comisarios, por ejemplo: uno opera dolosamente en forma ilícita, mientras que el otro contribuye al daño, a través de la negligencia culpable. Sin embargo en el caso de colaboración intencional, los comisarios responden en forma solidaria, según artículo 1917 del Código Civil tanto Federal como del Distrito Federal,⁶⁹ por ejemplo: aquellos comisarios que no hayan denunciado por escrito a los comisarios que los hayan precedido, por las irregularidades en que estos hayan incurrido o aquellos comisarios que hayan actuado en forma conjunta en la elaboración de algún daño.

⁶⁹ *Ibidem*. Pág. 418

2.7. NOMBRAMIENTO DEL COMISARIO.

El procedimiento para el nombramiento de Comisarios que ha establecido la LGSM, es de que los comisarios sean designados por los accionistas, sin que tenga cabida la designación provisional extraordinaria como en el caso del nombramiento de los administradores, por lo que los comisarios se designan en la escritura constitutiva o por asamblea ordinaria, teniendo en cuenta que las minorías también tienen un derecho para poder designar a uno o más comisarios.

Aunque desde luego la autoridad judicial cuenta con las facultades para designar a los comisarios según lo establece el artículo 168 de la LGSM.

Ahora bien pasaremos a ver el procedimiento para el nombramiento de Comisarios:

2.7.1 NOMBRAMIENTO INICIAL.

La exigencia de designar a uno o varios comisarios se encuentra en el artículo 91, fracción V de la LGSM y no en el artículo 6 de la misma ley puesto que el órgano de vigilancia no es necesario para todas las sociedades.

La inamovilidad del comisario no es lícito establecerla, ya que es libremente revocable, aunque la designación según Manuel García Rendón puede hacerse por determinado tiempo, aunque hay que señalar que la revocación del cargo que sea injustificada puede motivar a la obligación por parte de la sociedad a reparar los daños y perjuicios causados en el caso en que la remoción del cargo sea injusta.

2.7.2 NOMBRAMIENTO DE SUPLENTE.

La LGSM no establece un sistema de designación provisional extraordinaria de los comisarios, como en el caso de los administradores (artículo 155 de la LGSM,

específicamente en la fracción II)⁷⁰ en donde si lo hace, aunque en la práctica en la escritura constitutiva se establece que por cada comisario propietario se deberá designar un suplente los cuales generalmente se estipula entran en funciones en los casos de revocación del nombramiento, muerte o impedimento definitivo de los propietarios para desempeñar el encargo de comisario.

2.7.3 NOMBRAMIENTO POR LA ASAMBLEA.

La facultad de la asamblea ordinaria anual de accionistas de nombrar un comisario se desprende de manera directa del artículo 180 de la LGSM, que establece que son asambleas ordinarias las que se reúnan para tratar cualquier asunto que no sea de los enumerados por el artículo 182 y de manera indirecta de lo que establece el artículo 152 de la LGSM que estipula la obligación de los comisarios de prestar garantía que asegure las responsabilidades que pudiera contraer en el desempeño de su cargo.

La asamblea ordinaria anual de accionistas nombrará a los comisarios según lo establece el artículo 181, fracción II de la LGSM,⁷¹ aunque no necesariamente la designación se hará cada año puesto que podrá hacerse por la asamblea ordinaria cuando sea necesario.

Sin embargo no todos los accionistas intervienen en la elección del comisario, solo aquellos con derecho a voto.

El que la asamblea general designe a los comisarios constituye una facultad absoluta e indelegable de la misma; por el que la asamblea manifiesta un acto

⁷⁰ Artículo 155.- En los casos de revocación del nombramiento de los Administradores, se observarán las siguientes reglas:

I.- Si fueren varios los Administradores y sólo se revocaren los nombramientos de algunos de ellos, los restantes desempeñaran la administración, si reúnen el quórum estatutario, y

II.- Cuando se revoque el nombramiento del Administrador único, o cuando habiendo varios Administradores se revoque el nombramiento de todos o de un número tal que los restantes no reúnan el quórum estatutario, los Comisarios designarán con carácter provisional a los Administradores faltantes.

Iguales reglas se observarán en los casos de que la falta de los Administradores sea ocasionada por muerte, impedimento u otra causa.

⁷¹ Artículo 181.- 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 la orden del día, de los siguientes:

II.- En su caso, nombrar al Administrador o Consejo de Administración y a los Comisarios;

unilateral de proposición o nombramiento que enviste al comisario de facultades o poderes que la ley y estatutos le confieren como verdadero órgano social que ejerce una función interna.⁷²

La misma asamblea que nombra a los comisarios es la que designa al administrador único o consejo de administración y dado que al designar a los administradores a los cuales les tiene plena confianza, no se le hace necesario designar a una persona que fiscalice sus actos, por lo que nombra a un comisario como mero requisito legal.

2.7.4 NOMBRAMIENTO POR LAS MINORÍAS.

El artículo 171 de la LGSM nos dice que le serán aplicables a los comisarios las disposiciones previstas en el artículo 144 de la misma ley, que se refiere al derecho que ya sea estatutariamente o legalmente se le debe conceder a las minorías para designar administradores, en el caso de que éstos sean tres o más, aunque según la doctrina mexicana es raro que se prevea en el contrato social la designación de tres o más comisarios.

A juicio de García Rendón el artículo 171 de la LGSM, debe interpretarse en el sentido de que debe aplicarse a los comisarios en cuanto a las disposiciones del artículo 144 tomando en cuenta que las minorías tienen el derecho de nombrar comisarios aún cuando el número previsto en el contrato social sea inferior a tres.

Aunque cada una de las minorías que represente el veinticinco o diez por ciento del capital social (en éste último caso si tienen sus acciones inscritas en la bolsa de valores) según sea el caso, tienen derecho a designar un comisario.⁷³ Dicha minoría puede estar representada por un solo socio si sus acciones cubren éste porcentaje en virtud de que la ley establece esa minoría en función del capital y no de los

⁷² LEON TOVAR SOYLA H., Op. Cit., P. p. 991 - 1007.

⁷³ GARCÍA RENDÓN MANUEL, Op. Cit., Pág. 464

accionistas.⁷⁴ Dicho porcentaje resulta ser exagerado en virtud de que las minorías que no lo alcancen quedarán sin representación, por lo que debería ser reformada la ley en el sentido de otorgarle una mayor protección a las minorías, reconociéndoles el derecho a nombrar personas que fiscalicen y revisen la actuación de los administradores.

2.7.5 NOMBRAMIENTO POR AUTORIDAD JUDICIAL.

Según el artículo 168 de la LGSM, cuando por cualquier causa faltare la totalidad de los comisarios deberá observarse lo siguiente:

- El Consejo de administración deberá convocar en el término de tres días, a asamblea general de accionistas para que ésta haga la designación correspondiente.

- Si el Consejo no hiciere la convocatoria dentro del plazo señalado, cualquier accionista podrá ocurrir a la autoridad judicial del domicilio de la sociedad para que ésta haga la convocatoria, y

- En el caso de que no se reuniera la asamblea o de que reunida no se hiciere la designación, 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.

2.8 FUNCIÓN PRINCIPAL DEL COMISARIO (VIGILANCIA Y CONTROL).

Ahora pasaremos a la función más importante del Comisario, la cual es como ya mencionamos la de vigilar y controlar la gestión de los administradores de la sociedad. Desde este punto de vista tendremos que definir de ser posible que entendemos por vigilancia, y lo que es control. Es importante presentar las diferencias entre una y otra, para lo cual tendremos que enfocarnos a los conceptos doctrinales expuestos por los siguientes juristas:

⁷⁴ LEON TOVAR SOYLA H., Op. Cit., P. p. 991 - 1007.

Joaquín Rodríguez y Rodríguez. Nos da una noción de la que puede ser la diferencia entre vigilancia y control estableciendo que: "Tal vez fuese factible establecer una diferencia entre actividades de vigilancia y de control sobre todo a la vista de las conclusiones que ofrece el derecho. 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, o prohibirles ciertos actos al poder ejercer frente a ellos un derecho de veto."⁷⁵

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

2.9 RETRIBUCIÓN.

El cargo de comisario debe ser retribuido, como se desprende del artículo 181 fracción III,⁷⁶ que impone a la asamblea general ordinaria de accionistas la obligación de fijar la remuneración de los mismos, en el caso de que no se hubiere establecido en los estatutos.⁷⁷

La retribución puede consistir en un sueldo, o en una participación en los beneficios, o en una combinación entre las dos formas antes aludidas.

Si la Asamblea tratara de fijar una retribución mínima, que resultara irrisoria, para los comisarios, éstos podrían protegerse en el artículo 2607 del CCDF que dispone que la prestación de servicios se remunerará según convenio, y en defecto del mismo, de acuerdo con la costumbre del lugar.

⁷⁵ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ JOAQUÍN, TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES, Op. Cit., P.p. 609-610.

⁷⁶ 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 la orden del día, de los siguientes:
III.- Determinar los emolumentos correspondientes a los Administradores y Comisarios, cuando no hayan sido fijados en los estatutos.

⁷⁷ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ JOAQUÍN, DERECHO MERCANTIL, Op. Cit., Pág. 136.

Sin embargo, el comisario puede renunciar a percibir remuneración, tal como lo pueden hacer los administradores.

2.10 FACULTADES. OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DEL COMISARIO.

En la LGSM a los comisarios se les asigna, facultades y obligaciones que le permiten ejercer la custodia ilimitada y general sobre las operaciones de la sociedad y gestión de los administradores, no olvidando que su función principal radica en llevar a cabo la fiscalización en todas sus partes de la administración de la sociedad, tratando que éste órgano se ajuste tanto a los requisitos como a las normas de una buena administración, tomando en cuenta la ley y estatutos de la sociedad.

2.10.1 FACULTADES Y OBLIGACIONES.

La LGSM confiere un gran número de atribuciones los cuales brindan un adecuado soporte jurídico a sus funciones de vigilancia. Las atribuciones tiene como ya mencionamos tanto el carácter de facultades como el de obligaciones ya que no es solo un derecho a favor del comisario puesto que esto implica para otros cumplir con una obligación por lo que la doctrina suele llamarlos poderes o deberes.

En el artículo 166 de la LGSM le son atribuidas al comisario las siguientes facultades y obligaciones, a las cuales les anexamos una breve explicación de las fracciones.

1.- Cerciorarse de la constitución y subsistencia de la garantía que exige el artículo 152. dando cuenta sin demora de cualquier irregularidad a la asamblea general de accionistas;

En la fracción I se prevé que podría ocurrir que durante la actuación de los administradores llegaren a causar daños o perjuicios a la sociedad, por lo que la LGSM en su artículo 152 establece que tanto puede en la asamblea general de accionistas como en los estatutos establecer la obligación a cargo de los administradores o

gerentes según sea el caso, garantía que puede consistir en prenda, depósito de acciones u otros valores, fianza, hipoteca, entre otras, ello para que puedan responder en caso de incumplimiento de sus obligaciones, teniendo que ser el comisario quien verifique y manifieste a la asamblea general de accionistas el cumplimiento de la obligación.

Aunque en cuanto a la garantía que otorgan los administradores para que puedan desempeñar su cargo, la ley no fija ningún monto o valor de la garantía, quedando a lo que disponga la asamblea general de accionistas pues en la práctica se trata de una cantidad mínima lo que hace que no se cumpla con el objeto de garantizar los ilícitos en los que incurran los comisarios en el ejercicio de sus funciones, por lo que debería considerarse una cantidad mayor que repercuta de alguna manera en el patrimonio de los administradores y comisario.

II.- Exigir a los administradores una información mensual que incluya por lo menos un estado de situación financiera (balance) y un estado de resultados (estado de pérdidas y ganancias);

Esta fracción establece al comisario la obligación de solicitar en forma mensual a los administradores la información referente a la situación financiera y estados de resultados de la sociedad, entendiendo como Balance General o Estado de Situación Financiera: El documento que muestra la situación financiera de un negocio a determinada fecha, mediante la exposición de su activo, pasivo y capital, así que para una mejor comprensión enseguida se expondrá el significado de cada uno de éstos:

a) Activo.- los bienes totales de la sociedad puestos en movimiento o bien son aquello que posee en propiedad o que le deben;

b) Pasivo.- todo lo que la sociedad deben forma de deudas a favor de terceras personas y;

c) Capital.- es toda inversión que se hace con fines lucrativos ya sea para producir bienes o servicios o prestando dinero para percibir intereses, o el conjunto de bienes invertidos por la sociedad en el negocio, que viene a ser la diferencia entre su activo y pasivo.

d) Balance: Es la Operación contable periódica, por la que se determinan y resumen en forma ordenada, los saldos de todas las cuentas para establecer el activo, el pasivo y el capital de una empresa, así como las ganancias y pérdidas producidas en ese periodo.

La historia de un negocio, desde su nacimiento hasta su liquidación, se inserta en el documento que, en términos jurídicos se denomina "sistema financiero", que corresponde a lo que en nomenclatura contable, se designa como balance.⁷⁸

e) Balance General: Es el estado demostrativo de la situación financiera de una empresa, a una fecha determinada, preparado de acuerdo con la contabilidad y documentación respectiva que incluye al activo, al pasivo y al capital contable.⁷⁹

f) Estado de resultados o Pérdidas y Ganancias: El documento que muestra los resultados obtenidos por la sociedad en cierto periodo, como consecuencia de sus operaciones.

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 que la Ley les impone y para poder rendir a la asamblea anual fundamentalmente el dictamen, que se menciona en el siguiente inciso;

En ésta fracción se establece que el comisario deberá realizar un examen de las declaraciones, documentación; registros y demás evidencias comprobatorias que sirvan

⁷⁸ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, 10ª Edición, Tomo A-CH, Op. Cit., Pág. 307.

⁷⁹ *Ibidem*. Pág. 308.

para efectuar la vigilancia de las operaciones y así poder rendir con fundamento el dictamen al que la fracción IV de éste mismo artículo hace alusión.

De tal manera que revisa las operaciones de la sociedad a través de los estados financieros⁸⁰ de la misma, también examina y evalúa el control interno aplicando técnicas y procedimientos de auditoría, en el grado y extensión necesarios obteniendo evidencias comprobatorias; es decir, los elementos de juicio en los que podrá fundamentar su opinión, los que deberán ser objetivos y ciertos, fundándose en la naturaleza de los hechos examinados, llegando a los conocimientos de ellos y entonces dichos elementos comprobarán la autenticidad de los hechos y corrección de criterios contables que se utilizaron, lo que permite que la auditoría⁸¹ se lleve a cabo lo mejor posible.

IV.- Rendir anualmente a la asamblea general ordinaria de accionistas un informe respecto de 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 según el artículo 166, fracción IV de la LGSM:

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.

⁸⁰ Estados financieros: Son aquellos documentos que muestran la situación económica de una empresa, la capacidad de pago de la misma, a una fecha determinada, pasada, presente o futura; o bien el resultado de operaciones obtenidas en un período o ejercicio pasado, presente o futuro, en situaciones normales o especiales. Surgen por la existencia de documentos contabilizadores y libros de contabilidad, que de hecho son informes financieros, que en la mayoría de las veces no sirven a los directores de la empresa para que puedan formar un juicio acerca de la posición y resultados de la misma, porque en su conjunto son materia voluminosa, y lo que necesitan es información condensada y concreta sobre los hechos económicos. Por ello se requiere la preparación de Estados Financieros que reúnan estas condiciones.

⁸¹ La auditoría, es en general un examen sistemático de los estados financieros, registros y operaciones con la finalidad de determinar si están de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados, con las políticas establecidas y con cualquier otro tipo de exigencias legales o voluntariamente aceptadas. La auditoría tiene como objeto averiguar la exactitud, integridad y autenticidad de los estados financieros, expedientes y demás documentos administrativo – contables, así como sugerir las mejoras que procedan.

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 suficiente la situación financiera y los resultados de la sociedad.

De ésta fracción IV del artículo 166 de la LGSM, se desprenden los conceptos de veracidad, suficiencia, razonabilidad, consistencia, políticas y criterios contables así como circunstancias particulares de la sociedad, los cuales veremos a continuación:

Veracidad: Este concepto se puede definir como la autenticidad de los datos consignados en los estados financieros de una sociedad, los cuales son fuente fidedigna para conocer la situación real de la empresa, en cuanto a su posición financiera y resultados de sus operaciones.⁸²

Suficiencia: Es la condición que se logra cuando ya sea por los resultados de una sola prueba o por la concurrencia de varias pruebas diferentes, el auditor y cualquiera persona con la capacidad profesional necesaria, podría llegar a adquirir la certeza moral de que los hechos que se están tratando de probar o los criterios cuya corrección se está juzgando, han quedado satisfactoriamente comprobados.⁸³

Razonabilidad: Para que un estado financiero se considere correcto, es decir, para que sea una presentación razonable de la situación y los resultados de una empresa, dichos estados financieros deben haber sido formulados conforme a principios de contabilidad generalmente aceptados. Solamente la observancia de esos principios hace posible que se tenga un grado de certeza razonable de los puntos o rubros que representan los estados financieros.

⁸² ESTRADA FLORES HÉCTOR, Op. Cit., Pág. 102.

⁸³ Ibidem. P.p. 103.

Consistencia: Este concepto tiene la connotación de continuidad o uniformidad, e implica que no se han efectuado cambios de importancia en los principios empleados o en las bases de su aplicación de dichos principios, ya sea al inicio, durante o al cierre del periodo o año al que se refieren los estados financieros.

Políticas y Criterios Contables: Estos son los diferentes sistemas o lineamientos que utiliza la administración de una sociedad, para contabilizar y cotejar los resultados de sus operaciones realizadas, tomando en cuenta las circunstancias de cada empresa.⁸⁴

Circunstancias Particulares de la Sociedad: Son los antecedentes específicos de una empresa, que pueden influir en la aplicación y resultados de los procedimientos de auditoría.

Ya habiendo estudiado por separado de la fracción II a la IV del artículo 166 de la LGSM nos hemos dado cuenta que dichos preceptos legales se encuentran íntimamente relacionados puesto que son de extrema importancia para la actuación del comisario.

El comisario de conformidad con las fracciones mencionadas hará el examen correspondiente para la elaboración de su informe, tomando en consideración los estados financieros, la contabilidad de la empresa y documentación comprobatoria, así como la opinión del examen que realice el comisario de lo anteriormente señalado, que es conclusión de la práctica de la auditoría.

Se desprende de lo anterior que debido al carácter técnico que implica el desempeño de la vigilancia en la sociedad, es incorrecto que personas que no siendo contadores públicos firmen informes de comisarios, siendo que su contenido es más entendible para quienes ejercen la profesión de Contador Público, y lo peor, es que en la práctica quien lo hace carece de los conocimientos relativos a esta actividad. Más

⁸⁴ Ibidem. Pág. 104

aún cuando dicha información es publicada y utilizada por terceros como lo pueden ser: proveedores, bancos con que se opera, autoridades fiscales, posibles inversionistas, trabajadores etc., cada uno dentro de sus particulares intereses.

Los estados financieros se elaboran con el propósito de presentar un informe periódico de la marcha de la administración, y se refiere a la situación que guarda la inversión en el negocio y a los resultados obtenidos durante el periodo que se informa.

El informe de los comisarios, deberá quedar terminado y ponerse a disposición de los accionistas por lo menos quince días antes de la fecha de la asamblea que haya de discutirlo (art. 173 de la LGSM). Estos podrán hacer de conocimiento al comisario de cualquier irregularidad que conozcan según lo establece el artículo 167 del citado ordenamiento. De no ser presentado dicho informe será motivo para que la Asamblea General de Accionistas acuerde la remoción del comisario, sin perjuicio de las responsabilidades en la que hubiera incurrido (artículo 176).

Ahora bien en el libro de Erick Carvallo Yáñez llamado Práctica Corporativa Jurídica de las Sociedades Anónimas nos da un modelo de informe del comisario de una sociedad anónima a la asamblea general de accionistas, el cual a continuación se señalo para la mejor ejemplificación de la fracción IV del artículo 166 de la LGSM:

"A los señores accionistas de CORPORACIÓN UCRANIA, S.A. DE C.V.:

He revisado los balances generales consolidados de CORPORACIÓN UGRANIA, S.A. de C.V., y sus subsidiarias (en conjunto identificadas como la CORPORACIÓN), al 31 de Diciembre de 2000, y los estados consolidados de resultandos, de variaciones en el capital contable y de cambios en la situación financiera que les son relativos. Dichos estados financieros son responsabilidad de la Administración de la CORPORACIÓN, por lo que mi responsabilidad consiste en expresar una opinión sobre los mismos con base en la auditoría que he practicado.

Excepto por lo que se menciona en párrafos siguientes, mi examen fue realizado de acuerdo con las normas de auditoría generalmente aceptadas, las cuales requieren que la auditoría sea planteada y realizada de tal manera que permita obtener una seguridad razonable de que los estados financieros no contienen errores y de que están preparados de acuerdo con los principios de contabilidad antedichos.

La Auditoría consiste en el examen, con base en pruebas selectivas de la evidencia que soporta las cifras y revelaciones de los estados financieros; de igual forma, incluyo la evaluación de los principios de contabilidad que he utilizado, de las estimaciones significativas efectuadas por la administración y de la presentación de los estados financieros tomados en su conjunto, por lo que considero que los exámenes practicados me permiten sustentarme sobre una base razonable para emitir mi opinión.

1. No se obtuvieron los contratos de créditos, ni siquiera en fotocopia, celebrados con Banco Ucrania, S.A., por \$50, y por 199 millones de pesos, lo que no me permite obtener información relativa a revelaciones, ajustes o reclasificaciones que pudieran incluirse en los estados financieros de la CORPORACIÓN.

No obstante lo anterior, se me ha presentado evidencia con los correspondientes estados de cuenta bancarios, de que los créditos que nos ocupan se encuentran al corriente en el pago de principal, no así en cuanto a los posibles intereses que estos pudieran haber generado en virtud que no tengo base alguna para efectuar el cálculo respectivo.

Excepto por las limitaciones que pudieran derivarse de las observaciones incluidas en el punto uno anterior, los estados financieros de la CORPORACIÓN presentan en forma razonable la situación financiera consolidada de la misma entidad y sus subsidiarias al 31 de diciembre del 2000 y los resultados, variaciones de capital contable y cambios en la situación financiera consolidada por el año que concluyó en la fecha antes indicada, de conformidad con los principios generalmente aceptados en México.

El Comisario

CORPORACIÓN UCRANIA, S.A. DE C.V.

Alfonso Daniel Hano Arrazola⁸⁵

V.- Hacer que se inserten en la orden del día de las sesiones del consejo de administración y de las asambleas de accionistas, los puntos que crean pertinentes;

Esta atribución les es concedida tomando en cuenta la calidad del comisario, como órgano social, por lo que se ve en la necesidad de plantear problemas que se le presenten a la sociedad logrando de ésta manera que se traten por medio del órgano deliberatorio que es la Asamblea o el ejecutivo, es decir, el Consejo de Administración. Pudiendo así los comisarios forzar a los administradores y accionistas a que en las juntas o asambleas, se traten ciertos puntos que el comisario considera de suma importancia para la sociedad y lo único que hará será exponer el problema que desee que la asamblea o consejo traten.

VI.- Convocar a asambleas ordinarias y extraordinarias de accionistas, en caso de omisión de los administradores y en cualquier otro caso de omisión en que lo juzguen conveniente;

Aquí al parecer otorga a favor del órgano de vigilancia la facultad discrecional para convocar a asambleas ordinarias y extraordinarias cuando:

1) Los administradores omiten hacerlo, ya sea por negligencia, olvido o deliberadamente y,

⁸⁵ CARVALLO YÁNEZ ERICK, Op. Cit., P.p. 292-294.

2) Cuando los comisario tuvieran el conocimiento de algún hecho vital para la marcha regular de la sociedad, y juzguen que los accionistas en pleno tomen alguna decisión al respecto.

Esta facultad protege el interés de los socios en general y de manera particular la de las minorías, puesto que si los administradores omiten hacer convocatoria a la asamblea de accionistas, los comisarios que vigilen la marcha de la sociedad, deben aplicar esta facultad y por lo tanto de no llegar los comisarios a realizar la convocatoria, serán responsables por lo daños y perjuicios que se puedan causar.

Erick Carvallo Yáñez de su obra antes citada nos da también un modelo de convocatoria a asamblea general ordinaria de accionistas efectuada por el comisario de la sociedad.

“CORPORACIÓN UCRANIA S.A. DE C.V.

ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA DE ACCIONISTAS

PRIMERA CONVOCATORIA

De conformidad con lo dispuesto por los artículo 166, fracción VI, 180, 181, 183, 186 y 187 de la LGSM, se convoca a los accionistas de CORPORACIÓN UCRANIA, S.A. DE C.V. (la Sociedad), a la Asamblea General Ordinaria que se celebrará el día 20 de julio de 2000 a las 10:00 horas, en el domicilio de la Sociedad, ubicado en calle de la tranquilidad # 2990, Colonia el Olivo, Delegación Coyoacán, C.P. 1004890, en esta Ciudad de México, Distrito Federal, para tratar los asuntos contenidos en el siguiente:

ORDEN DEL DÍA

I. Proposición, discusión y, en su caso, aceptación de la renuncia de los miembros del Consejo de Administración de la sociedad presentada a la misma con fecha 18 de junio de 2000.

II. Ratificación de lo actuado por el Consejo de Administración y funcionarios de la Sociedad, respecto de sus funciones hasta el día 18 de junio del 2000 o, en su caso, acuerdos relativos a exigir la responsabilidad de los citados miembros del Consejo de Administración.

III. Nombramiento y en su caso, ratificación de los miembros provisionales del Consejo de Administración, designados por el Comisario de la Sociedad.

IV. Determinación de los emolumentos correspondientes a los nuevos miembros del consejo de administración de la Sociedad, respecto del ejercicio social que finalizará el 31 de diciembre de 2000.

V. Designación de Delegados especiales.

Se les recuerda a los accionistas que el libro de registro de acciones de la sociedad permanecerá cerrado durante los periodos comprendidos desde el tercer día hábil anterior a la celebración de la Asamblea, hasta e incluyendo el día en que la misma se celebre, y que para tener derecho a asistir y votar en dicha asamblea, deberán exhibir la tarjeta de admisión correspondiente, que será expedida por el comisario de la Sociedad a solicitud de las personas inscritas como titulares de acciones en el Libro de Registro de Acciones, solicitud que deberá presentarse en el domicilio sito en calle de la tranquilidad # 2990, Colonia el Olivo, Delegación Coyoacán, C.P. 1004890, En ésta Ciudad de México, Distrito Federal, cuando menos con 24 hora hábiles de anticipación a la fecha señalada para la celebración de la Asamblea a la que se convoca por la presente, conjuntamente con la constancia de depósito respectiva.

Los accionistas podrán ser representados en la Asamblea por apoderado, mediante simple carta poder suscrita ante dos testigos.

México D.F. a 20 de Junio de 2000

Alfonso Daniel Hano Arrazola

Comisario⁸⁶

VII.- Asistir con voz, pero sin voto, a todas las sesiones del consejo de administración. a las cuales deberán ser citados;

VIII.- Asistir con voz, pero sin voto, a las asambleas de accionistas;

Este comentario va enfocado, tanto a la fracción VII como a la VIII y se refiere a que los comisarios pueden asistir tanto a las juntas del consejo de administración como a las asambleas generales de accionistas que lleve a cabo la sociedad, ello con voz pero sin voto a lo cual Rodríguez y Rodríguez opina: "La asistencia de los comisarios al Consejo de Administración tiene tal trascendencia que la falta de convocatoria podría ser motivo de nulidad de los acuerdos que el mismo adoptará. Los estatutos se cuidan de regular la forma de citación, que en todo caso deberá dejar constancia de su autenticidad para evitar cualquier maniobra dolosa";⁸⁷ por lo tanto en los estatutos sociales resulta necesario que se reglamenten las formas de citación en las convocatorias de las sociedades.

Además sería importante que tanto en el acta de asamblea, como en la de consejo la opinión de los comisarios se inserte en los casos en los cuales el comisario haya hecho alguna consideración puesto que ellos tienen la calidad de consultores asesores, verificadores y por supuesto su calidad principal de vigilantes, ya que la

⁸⁶ Ibidem. P. p. 291 - 292

⁸⁷ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ JOAQUÍN, TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES, Op. Cit., Pág. 625.

presencia de los comisarios en las juntas de consejo y reuniones de asamblea, haciendo o no uso de la palabra no deja constancia de su criterio, aunque no pretendemos que sus consideraciones sean impuestas, simplemente que queden asentadas.

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

En ésta fracción entendemos que la función de vigilancia se ejerce sin límite y en todo momento que lo considere pertinente lo cual solo se podrá dar cuando la función del comisario sea totalmente independiente a la sociedad.

Además de las facultades y obligaciones antes referidas, se desprenden de la LGSM las siguientes:

- La de continuar en el desempeño de sus funciones mientras no se hagan nuevos nombramientos de comisarios. y los nombrados no tomen posesión de sus cargos (art. 154. en relación con el 171).
- El denunciar a la asamblea las irregularidades en que hubieran incurrido quienes los procedieron en el desempeño de su cargo (art. 160. en relación al 171).
- La de autorizar con su firma las actas de asamblea y de consejo a las que concurran (art. 194).
- El derecho de percibir emolumentos (art. 181, fracc. III).

Así mismo, es importante establecer que, las atribuciones de los comisarios se ejercen exclusivamente dentro de la esfera de las relaciones internas de la sociedad, ya que los comisarios son un órgano del régimen interior de la sociedad; careciendo estos de cualquier función administrativa y representativa, por esto los comisarios carecen del derecho al voto en las juntas de administradores y de accionistas (Fracc. VI. VII y VIII).

Así las cosas, no existe disposición legal alguna que restrinja, por parte de los comisarios, la actuación de los administradores, toda vez que éstos sólo deben limitarse a sus funciones de observadores e informadores, ya que lo único que los comisarios están facultados es para convocar a asamblea e informarles a cerca de las conductas infractoras de los administradores.

2.10.2. RESPONSABILIDADES DEL COMISARIO CONFORME A LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.

Los comisarios son responsables de la comisión de actos dolosos, ilícitos y culposos. Generalmente, la responsabilidad de los comisarios es individual e interna y por excepción solidaria y externa.

a) Responsabilidad Individual.

Según el artículo 169 de la LGSM, los comisarios serán individualmente responsables para con la sociedad, en cuanto al cumplimiento de las obligaciones que la Ley y los Estatutos les imponen lo cual significa según dice Rodríguez Rodríguez que cada uno solo responde por los actos y omisiones propios y que la coincidencia en la acción u omisión perjudiciales no establece entre ellos vínculo alguno, esto es, que no contraen responsabilidad mancomunada o solidaria.⁸⁸

b) Responsabilidad solidaria.

Por excepción, la LGSM atribuye responsabilidad solidaria a los comisarios declarando en el artículo 171, que les es aplicable lo dispuesto en el artículo 160 de la misma ley. Por lo cual los comisarios serán solidariamente responsables con los que les hayan precedido, por las irregularidades en las que éstos incurrieren y si conociéndolas el nuevo comisario no las denunciare.

⁸⁸ GARCÍA RENDÓN MANUEL, Op. Cit., Pág. 470

Por lo anterior el tratadista García Rendón, llega a las siguientes conclusiones:

Que la solidaridad no se establece entre los comisarios en funciones, sino entre cada uno de ellos y los que les hayan precedido en el desempeño del encargo.

Que la denuncia debe hacerse por escrito a la asamblea de accionistas, porque muy bien puede suceder que sea uno solo el comisario en funciones.

c) Responsabilidad interna.

Primeramente los comisarios son responsables frente a la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que la Ley y los estatutos les imponen (artículo 169 de la LGSM) y en ciertos casos deberán responder del resarcimiento de los daños y perjuicios que les causen a los socios por sus actos u omisiones, un ejemplo podría darse en el caso en que a solicitud de los accionistas no convocaran a asambleas, en defecto de los administradores (artículo 184 y 185 de la LGSM o cuando no se hiciera como lo prevé el artículo 155 de la ley la designación provisional de éstos.

d) Responsabilidad externa.

En virtud de que los comisarios actúan en el interior de la sociedad y que no tienen facultades de representación, la responsabilidad que tienen frente a terceros es un caso excepcional y que se encuentra en leyes administrativas de orden público como fiscales.

En cuanto a la responsabilidad externa se refiere, es deseable aplicar a los comisarios por analogía las responsabilidades que la Ley les imputa a los administradores, cuando sea repartido indebidamente el dividendo o la reserva legal. Aunque en el caso de nuestra legislación ésta no permite la integración analógica.⁸⁹

⁸⁹ **Analogía jurídica.** Con esta expresión los juristas entienden una semejanza entre hechos o situaciones que se encuentran en la base de la interpretación analógica.

Las personas que no sean socios pero que se encuentren relacionados con la sociedad y que se encuentran en los datos proporcionados por los comisarios, respecto de la situación y marcha de la empresa pueden exigir responsabilidad a éstos por los daños que experimentaron a consecuencia de la existencia de los datos incumplidos o falsedades de cualquier otra manera.⁹⁰

Aunque según García Rendón la cuestión planteada por Rodríguez y Rodríguez carece de base puesto que los comisarios no proporcionan información a terceros, lo que hacen es rendir a la asamblea anual de accionistas un dictamen que expresa su opinión respecto a la sinceridad, congruencia y suficiencia de las políticas y criterios contables y de información que los administradores de la misma presentan.

2.10.3 RESPONSABILIDADES DEL COMISARIO CONFORME A LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES.

En cuanto a la responsabilidad que tiene el Comisario de la Sociedad en un concurso mercantil los Licenciados Fernando de Salvidea de Miguel y Fernando Orrantia Dworak expresan que La Ley de Concursos Mercantiles (LCM), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 2000 y que abrogó a la anterior Ley de Quiebras y de Suspensión de Pagos, tiene por objeto regular el concurso mercantil. El supuesto del concurso mercantil es el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones a cargo del deudor, concepto definido en la propia LCM.⁹¹

El concurso mercantil consta de dos etapas sucesivas, conciliación y quiebra. La finalidad de la conciliación es lograr la conservación de la empresa del comerciante mediante la celebración de un convenio con sus acreedores. La finalidad de la quiebra es la realización del valor económico de la empresa del comerciante, ya sea mediante

Aunque la analogía no constituye un sistema de interpretación, sino de integración de la Ley, puesto que su función es la de colmar lagunas de ésta y que, por otra parte, el artículo 14 constitucional sólo autoriza la aplicación de los principios generales de derecho como medio de integración de la Ley.

⁹⁰ GARCÍA RENDÓN MANUEL, Op. Cit., Pág. 471

⁹¹ Véase página electrónica: www.lmcp.org.mx/pdf/revista/200207_28 a 30.pdf

la venta de la empresa como unidad o de sus partes, para el pago a los acreedores del quebrado.

Cuando se trate de sociedades mercantiles sujetas a concurso, la LCM afecta principalmente a los administradores, pues el concurso mercantil es, ante todo, un proceso entre el comerciante y sus acreedores. No obstante, los comisarios de una sociedad anónima sujeta a concurso pueden verse afectados de tres maneras, primero, en cuanto a su relación con el visitador, segundo, en cuanto a la continuación o cesación de sus funciones durante el concurso y, tercero, en cuanto las implicaciones penales del concurso mercantil.

- Relación entre el comisario y el visitador:

El visitador es la persona encargada de revisar la situación de la empresa a fin de rendir al juez del concurso mercantil un dictamen al respecto que le servirá de base al juez para declarar la existencia o inexistencia del concurso. A fin de rendir su dictamen, el visitador y sus auxiliares tendrán acceso a los registros donde conste la situación financiera y contable de la empresa, con la facultad de llevar a cabo entrevistas con el personal directivo, gerencial y administrativo del comerciante, incluyendo a sus asesores externos financieros, contables o legales. En consideración a la amplitud de la descripción de las personas obligadas a otorgar entrevistas al visitador, el comisario está obligado a entrevistarse con el visitador. En caso de negativa injustificada por el comisario, el juez del concurso puede imponerle una o varias medidas de apremio.

- Continuación y cesación de las funciones del comisario:

La declaración de concurso mercantil no implica necesariamente el cese de las funciones del comisario. Durante la etapa de conciliación, los órganos de administración y vigilancia continuarán en sus funciones, salvo que el juez, a solicitud del conciliador, remueva a los órganos de administración de la empresa, en cuyo caso quedarán

suspendidas las facultades de los comisarios y otros órganos que tengan competencia para tomar determinaciones sobre los administradores. En todo caso, al declararse la quiebra, cesarán en sus funciones los comisarios y demás órganos de administración y vigilancia de la sociedad sujeta a concurso.

- Implicaciones penales:

El título décimo primero de la LCM establece tres delitos especiales para el caso de concurso mercantil, entre los cuales el más relevante para el comisario es el establecido en el artículo 271, que establece como tipo penal cualquier acto o conducta dolosa del comerciante al causar o agravar el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones. Si bien la LCM no atribuye a los comisarios responsabilidad penal como autores o partícipes, conforme a las reglas de responsabilidad penal del CPF, puede atribuirse responsabilidad penal como autores o partícipes, a los comisarios que dolosamente presten ayuda o auxilien a los administradores en la comisión del delito. como lo sería el caso de un comisario que a solicitud del administrador, omite informar a los accionistas una irregularidad, a sabiendas que dicha irregularidad causará o agravará el incumplimiento generalizado de las obligaciones de la sociedad.

Aun cuando el comisario no actúe como autor o partícipe del delito, puede incurrir en responsabilidad penal como encubridor. En términos generales, el delito de encubrimiento según lo establece el artículo 400 del Código Penal Federal lo comete la persona que:

Adquiera, reciba u oculte el producto de un delito a sabiendas de esta circunstancia y con ánimo de lucro.

Preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito.

Oculte al responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe.

Requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o persecución de los delincuentes.

No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo. Por ejemplo, cometería el delito de encubrimiento el comisario que al advertir de un administrador irregularidades en curso y que de consumarse lleguen a causar el incumplimiento generalizado de las obligaciones de la sociedad omita avisar a los accionistas.⁹²

2.10.4 ACCIONES DE RESPONSABILIDAD. EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD.

En el artículo 171 de la LGSM se establece la aplicación de los artículos 161, 162 y 163 de la misma ley, que hacen referencia a las responsabilidades de los administradores y a las acciones que se les confieren a la sociedad y a los accionistas para reclamarlas.

a) Acción de la Sociedad.

Establece el artículo 161 que la responsabilidad de los comisarios se podrá exigir mediante acuerdo de la asamblea general de accionistas, la cual además podrá designar a la persona que habrá de ejercitar la acción.

Tomando en cuenta que el artículo 182 no reserva a la asamblea extraordinaria la facultad de exigir la responsabilidad de los comisarios, se concluye que ésta corresponde a la asamblea ordinaria de accionistas.

⁹² Véase página electrónica: www.lmcp.org.mx/pdf/revista/200207_28_a_30.pdf

b) Acción directa de los socios.

2.10.5 CRÍTICA A LA INSTITUCIÓN.

La Institución del comisario, surge por la necesidad de vigilar el manejo de los negocios y/o operaciones de las sociedades, por parte de los administradores de éstas, por lo cual los diferentes sistemas jurídicos del mundo han adoptado diversas disposiciones que intentan establecer un sistema de control y vigilancia en la gestión social, protegiendo de ésta manera los intereses de los inversionistas que integran las sociedades anónimas.

En muchos aspectos la legislación mercantil mexicana, se da la presencia de características arcaicas, que hacen que muchos de sus preceptos vigentes, sean ignorados e incumplidos.

La figura del comisario, ideada para vigilar a los administradores de la sociedad, se ha convertido por falta de adaptación a las condiciones reales, en una figura meramente formal e ineficiente, ya que así como se encuentra organizado en la LGSM, el comisario es visto como una institución inútil, debido a la falta de exigencias por parte de la legislación de la materia, puesto que resulta ser que dicho cargo lo detentan los conocidos de los administradores, los cuales no cuentan con criterio propio y firman cualquier cosa con tal de que se les paguen sus honorarios, que les son asignados en forma anual, lo cual hace que generalmente no cuenten con capacidad técnica e independencia necesaria y lo único que se hace es cumplir con una mera formalidad, como ya lo mencionamos.

Por lo tanto como nos plasma en su libro el autor Mantilla Molina, o se suprime el comisario como órgano necesario de la Sociedad Anónima, de modo que se elija sólo cuando lo crea conveniente la asamblea, o se le regula sobre bases que garanticen su eficaz funcionamiento, ello a través de la imposición de ciertas características o requisitos que deben cumplir para poder ocupar el cargo de comisario como 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 es la norma para las cooperativas.⁹³ Además tomando en cuenta que las labores que realiza son técnicas debería exigirse que cuando no las desempeñe una institución fiduciaria, dicho cargo recaiga en una persona que cuente con un título de contador público y que actúe de manera independiente, tanto de los administradores como de los socios.

2.11 TERMINACIÓN DE CARGO DE COMISARIO.

En realidad el legislador en la LGSM, omitió establecer en forma directa alguna causa por virtud de la cual se pueda dar la terminación del cargo de comisario, sin embargo García Rendón dice inferir las siguientes, que son:

- Revocación del nombramiento.
- Muerte.
- Renuncia.
- Responsabilidad.
- Transcurso del Plazo:
- Incurrir en cualquiera de las causas de incompatibilidad previstas en el artículo 165 de la LGSM.
- Fusión de la Sociedad.

⁹³ MANTILLA MOLINA ROBERTO L, Op. Cit., P.p. 437 – 438.

2.11.1 REVOCACIÓN DEL NOMBRAMIENTO.

La revocación del nombramiento de los comisarios se encuentra prevista en la LGSM.

En la ley se contemplan dos causas de revocación que son las siguientes:

a) En el primer caso tenemos a la remoción que se da por incurrir en responsabilidad (artículo 162 de la LGSM).

b) En el segundo caso tenemos la remoción que se da por falta de presentación oportuna del informe que deben rendir a la asamblea anual ordinaria de accionistas (artículos 166, fracc IV y 176, de la LGSM).⁹⁴

2.11.2 MUERTE.

Siendo que la muerte conlleva a la disolución de los vínculos jurídicos de una persona con otras por lo tanto la muerte del comisario provoca la conclusión del encargo.

2.11.3 RENUNCIA.

Es renunciable el cargo de comisario por no ser constitucionalmente obligatorio el desempeño de éste (artículo 5 de la constitución). Para determinar en qué momento debe surtir efectos la renuncia, debe estarse a los siguientes supuestos.

a) Hubiera sido designado un comisario suplente, la renuncia surtirá efectos desde la fecha en que el propietario lo comunique al administrador o al consejo de administración, y

⁹⁴ GARCÍA RENDÓN MANUEL, Op. Cit., Pág. 465

b) Si no hubiere sido designado comisario suplente, la renuncia surtirá efectos a partir de la fecha en que la asamblea de accionistas la acepte.

En el supuesto de que, como consecuencia de la renuncia, el comisario abandone el cargo en tiempo inoportuno, deberá indemnizar a la sociedad de los daños y perjuicios que cause, toda vez que está obligado a continuar desempeñándolo mientras no se haga nuevo nombramiento y el nombrado no tome posesión de su cargo (artículos 154 y 171 de la LGSM).⁹⁵

2.11.4 RESPONSABILIDAD.

Se da la cesación de funciones por incurrir en responsabilidad ya que según el artículo 162 párrafo segundo de la LGSM, termina el encargo del comisario cuando la asamblea general de accionistas pronuncie una resolución y en ésta le exija la responsabilidad en la que hubiera incurrido el comisario.

Si la acción de responsabilidad es directamente ejercitada por los accionistas que mínimo representen el 33% del capital (artículo 163 de la LGSM), cuando el juez pronuncie su sentencia en donde sea acreditada la responsabilidad de los comisarios, inmediatamente después cesarán sus funciones.

2.11.5 TRANSCURSO DEL PLAZO.

Si a los comisarios se les designa para que desempeñen su cargo por un determinado tiempo, al llegar ese tiempo se termina el encargo, sin embargo los comisarios deberán seguir realizando sus funciones, mientras no se lleven a cabo nuevos nombramientos o mientras los comisarios no entren en posesión de sus respectivos encargos.

⁹⁵ Ibidem. Pág. 466

2.11.6 INCURRIR EN CUALQUIERA DE LAS CAUSAS DE INCOMPATIBILIDAD PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 165 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.

En el artículo 165 de la LGSM se contemplan derivadas de la falta de independencia de los comisarios las incompatibilidades para ejercer el cargo estableciendo tal artículo lo siguiente:

Artículo 165.- No podrán ser comisarios:

I.- Los que conforme a la Ley estén inhabilitados para ejercer el comercio;

II.- Los empleados de la sociedad, los empleados de aquellas sociedades que sean accionistas de la sociedad en cuestión por más de un veinticinco por ciento del capital social, ni los empleados de aquellas sociedades de las que la sociedad en cuestión sea accionista en más de un cincuenta por ciento.

III.- Los parientes consanguíneos de los Administradores, en línea recta sin limitación de grado, los colaterales dentro del cuarto y los afines dentro del segundo.

En los supuestos antes mencionados no parece que concluya el encargo, desde el momento en que se actualizan.

2.11.7 FUSIÓN DE LA SOCIEDAD.

Al fusionarse una sociedad cesan las funciones del comisario de la sociedad o sociedades fusionadas, dejando de existir éstas al momento de que surte efectos la fusión.

2.11.8 OTRAS DE LAS CAUSAS DE LA CONCLUSIÓN DEL ENCARGO.

En la escritura social se pueden prever otras causas de conclusión del encargo de los comisarios, como la de no presentarse reiteradamente a las juntas del consejo de administración a que fueren convocados o la de no convocar a asamblea, cuando las mayorías legales o estatutarias de los accionistas así se lo requieran.

Ahora bien Rodríguez Rodríguez opina que ni la disolución de la sociedad, ni la quiebra ponen fin a la función que realizan los comisarios.

CAPÍTULO III. DE LA DISOLUCIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS.

3.1 DISOLUCIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS.

3.1.1 CONCEPTO.

El concepto de disolución, es "la situación de la sociedad que pierde su capacidad jurídica para el cumplimiento del fin para el que se creó y que sólo subsiste para la disolución de los vínculos establecidos por la sociedad con terceros, por aquélla con los socios y por éstos entre sí."⁹⁶

Cervantes Ahumada nos dice al respecto: "La escritura constitutiva debe contener, según vimos, el término de vida de la sociedad. Como las personas físicas, las sociedades nacen, crecen, sufren accidentes o transformaciones y mueren. A la muerte de la sociedad se le llama disolución. Al terminarse la sociedad, se dice que se disuelve. La expresión procede de la idea tradicional de suponer a la sociedad unión de socios que, al terminarse se disgrega."⁹⁷

Díaz Bravo considera que por disolución se entiende "el hecho de que una sociedad quede impedida para seguir realizando su objetivo social y, consecuentemente, cesen los administradores en sus cargos."⁹⁸

García López y Otros opinan: "Jurídicamente disolución significa el término de una relación contractual, la destrucción de los vínculos jurídicos existentes entre las partes."⁹⁹

Rodríguez Rodríguez, citado por García López y Otros, en su obra Curso de Derecho Mercantil, nos dice que se entiende por disolución: "La situación de la

⁹⁶ ACOSTA ROMERO MIGUEL Y OTROS, NUEVO DERECHO MERCANTIL, 2ª Edición Editorial Porrúa, México 2003, Pág. 461.

⁹⁷ CERVANTES AHUMADA RAÚL, Op. Cit., Pág. 196

⁹⁸ DÍAZ BRAVO ARTURO, Op. Cit., Pág. 119.

⁹⁹ GARCÍA LÓPEZ JOSÉ R Y OTROS, Op. Cit., Pág. 501.

Sociedad que pierde su capacidad jurídica para el cumplimiento del fin para el que se creó y que solo subsiste para la resolución de los vínculos establecidos por la sociedad con terceros, por aquella con los socios y por éstas entre sí.¹⁰⁰

De ésta definición se desprenden los siguientes elementos:

a) Es una situación.- La situación jurídica cambia de la anterior que se podría llamar "vida ordinaria."

b) Pérdida de parte de su capacidad jurídica.- Lo anterior en cuanto a que ya no puede realizar operaciones nuevas, únicamente la conservará para realizar actos encaminados a resolver los vínculos jurídicos establecidos durante la vida ordinaria de la Sociedad.

c) Resolución de los vínculos jurídicos.- La Sociedad conservará su personalidad jurídica únicamente a efecto de dar por terminados los vínculos existentes.

García Rendón señala que es necesario aclarar que cuando se alude a la disolución de la sociedad se está haciendo referencia a la resolución del negocio social, y no a la extinción de la persona moral nacida de él, pues ésta, aunque pierde su capacidad para realizar nuevas operaciones subsiste para efectos de resolver, en una etapa posterior llamada liquidación, los vínculos jurídicos establecidos por la sociedad con terceros y con sus propios socios y por los socios entre sí.¹⁰¹

3.1.2 CLASES DE DISOLUCIÓN.

En nuestro derecho, existen dos clases de disolución:

¹⁰⁰ Ibidem. Pág. 502.

¹⁰¹ GARCÍA RENDÓN MANUEL, Op. Cit., Pág. 556

1) Disolución parcial;

Díaz Bravo nos dice que se entiende por disolución parcial: "La que supone la separación de uno o varios socios, con reembolso del capital aportado sin que se afecte la vida de la Sociedad, que por lo demás llevará adelante su operación normal."¹⁰²

García López en relación a la disolución parcial nos dice: "Consiste en la rescisión del contrato de Sociedad respecto a uno o algunos socios, es decir, no se afectan todos los vínculos individuales, sino solo uno o algunos de ellos. Lo anterior no debe prestarse a confusiones: La disolución recibe el nombre de parcial por que no se dan por resueltos los vínculos con todos los socios, pero para aquellos socios que se ven afectados, en realidad se da una disolución total, porque dejan de pertenecer a la Sociedad."¹⁰³

Rafael de Pina Vara en su libro Elementos de Derecho Mercantil Mexicano dice que se habla de disolución parcial cuando un socio deja de participar en la Sociedad cuando el vínculo jurídico que lo une a la sociedad queda roto. Esto sucede en los casos de exclusión, retiro o muerte de un socio.¹⁰⁴

Al efecto, encontramos que para Mantilla Molina en su obra "Derecho Mercantil", citado por Acosta Romero y Otros en su obra "Tratado de Sociedades Mercantiles con énfasis en la Sociedad Anónima" habla de disolución parcial de la sociedad en los siguientes términos: la disolución parcial de la sociedad no es otra cosa que extinción del vínculo jurídico que liga a uno de los socios con la sociedad y son las siguientes:

- a) Ejercicio del derecho de retiro por parte del socio.

En todas las sociedades los socios tienen, en ciertas circunstancias, el derecho de retirarse de la compañía, lo cual puede provocar su disolución parcial.

¹⁰² DÍAZ BRAVO ARTURO, Op. Cit., Pág. 120.

¹⁰³ GARCÍA LÓPEZ JOSÉ R Y OTROS, Op. Cit., Pág. 504.

¹⁰⁴ DE PINA VARA RAFAEL, Op. Cit., Pag. 134.

b) Violación de las obligaciones del socio.

En todas las sociedades, la falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas por los socios faculta a la sociedad para rescindir el negocio social.

Específicamente en la sociedad en nombre colectivo, los casos de violación de las obligaciones de los socios se encuentran en el artículo 50 de la LGSM.

La sociedad para hacer efectiva la rescisión del negocio social, salvo conformidad expresa del afectado, concurrirá ante los tribunales para que éstos declaren comprobada la causa de rescisión. En el caso especial de violación del deber de no hacer competencia a la sociedad, el derecho de excluir al infractor se extingue pasados tres meses.

Así que la infracción del deber de no hacer competencia a la sociedad origina además de la exclusión de socio, su obligación de resarcir los daños y perjuicios que hubiere causado a la sociedad, además lo priva de ciertas ganancias que le corresponden en la sociedad.

c) Comisión de actos fraudulentos o dolosos contra la compañía.

Esta causa de exclusión se da en la sociedad en nombre colectivo, en la sociedad en comandita simple, en la sociedad de responsabilidad limitada y en la sociedad en comandita por acciones respecto de los comanditados.

d) Declaración de quiebra, interdicción o inhabilitación para ejercer el comercio.

Se da principalmente cuando el socio ha perdido las cualidades de solvencia, honorabilidad o inteligencia, que fueron consideradas para que pudiera ingresar a la compañía.

e) Muerte del Socio.

En éste caso opina Mantilla Molina que es válido establecer que en las sociedades al morir uno de los socios, se lleve a cabo la disolución parcial de la sociedad, continuando la compañía entre los socios supérstites; y a los herederos del difunto se les liquidará la parte social de su causante (arts. 32, 57, 67 y 211 de la L.G.S.M.).¹⁰⁵

La cláusula de la escritura social que prevenga la continuación de la compañía con los herederos del socio fallecido sólo produce sus efectos, cuando dichos herederos manifiestan su consentimiento, pues de lo contrario, se producirá la disolución parcial de la Sociedad, y dentro de un plazo de seis meses deberá entregárseles la cuota que les corresponda según el último balance (art. 230 párrafo segundo).¹⁰⁶

Lo anterior considera Mantilla Molina es contrario al principio de conservación de la empresa, mencionada en la literatura mercantil, y en ocasiones esto perjudica, tanto a la compañía como a sus acreedores, puesto que en dos meses deberán obtener los fondos para liquidar a los herederos del socio difunto el importe de su cuota.

Por otro lado Acosta Romero y Otros dicen que de manera incorrecta, la ley ordena que dicha parte se liquide conforme al último balance aprobado, lo que es doblemente injusto: para los herederos, si hubiere incremento de ganancias con posterioridad al último balance y para la sociedad si se hubieren producido pérdidas.¹⁰⁷

Así mismo Acosta Romero y Otros, opinan que no debería hacerse alusión a la disolución parcial, puesto que este concepto, ni siquiera se encuentra contemplado por nuestra legislación y por otra parte cuando se trata de actos de retiro de un socio, de

¹⁰⁵ ACOSTA ROMERO MIGUEL Y OTROS, TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES CON ÉNFASIS EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA, Op. Cit., Pág. 588.

¹⁰⁶ MANTILLA MOLINA ROBERTO L, Op. Cit., Pág. 455.

¹⁰⁷ CERVANTES AHUMADA RAÚL, Op. Cit., P.p. 197 y 198

violación de sus obligaciones no se disuelve la sociedad, sigue existiendo, si uno o varios de sus socios se retiran, sin llegar a la disolución que se establece en la fracción IV del artículo 229 la cual considera que las sociedades se disuelven en caso de que el número de accionistas llegue a ser inferior al mínimo que esta Ley establece, o porque las partes de interés se reúnan en una sola persona.¹⁰⁸

Para García Rendón la disolución parcial es la resolución del negocio social que puede producirse respecto de uno o varios socios.

Cervantes Ahumada comenta: "En los casos de separación de un socio la doctrina suele hablar incorrectamente de disolución parcial, tal vez por una tendencia a equiparar idealmente a la sociedad con la persona física; pero la separación no produce muerte parcial de la sociedad, cuya estructura orgánica no se vera alterada. Más correcto sería hablar, sencillamente, de exclusión de uno o más socios."¹⁰⁹

En relación a éste tipo de disolución Cervantes Ahumada comenta lo siguiente:

En las sociedades personalistas, que se suponen sustentadas por la confianza y la afectio societatis existente entre los socios, la muerte, el retiro o la exclusión de alguno de ellos produciría la disolución de la sociedad. Tales causas de disolución persisten en nuestro derecho respecto de las sociedades en nombre colectivo y de las comanditas, las que se disolverán por muerte, incapacidad, exclusión o retiro de un socio salvo que la escritura constitutiva o la junta de socios resuelvan la continuación de la sociedad.

También puede considerarse que se da la disolución parcial "cuando un socio deja de participar en la sociedad, cuando el vínculo jurídico que lo une a la sociedad queda roto."¹¹⁰

¹⁰⁸ ACOSTA ROMERO MIGUEL Y OTROS, TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES CON ÉNFASIS EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA, Op. Cit., Pág. 588.

¹⁰⁹ CERVANTES AHUMADA RAÚL, Op. Cit., Pág.198.

¹¹⁰ Véase página electrónica: <http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/E/SdeRL-Espinosa.htm>

En términos generales se trata de disolución parcial: Es cuando la relación jurídica y la aportación por parte de uno o varios socios, con respecto a la sociedad, llega a su término.

2) Disolución Total.

Mantilla Molina citado por Rafael de Pina dice en relación a la disolución total no es sino un fenómeno previo a su extinción, a lograr la cual va encaminada la actividad social durante la etapa que sigue a la disolución, o sea, la liquidación.¹¹¹

García Rendón opina que la disolución total es la resolución del negocio social que puede producirse respecto de todos los socios.

Díaz Bravo opina que como disolución total debe entenderse "La absoluta cesación del objeto social y, por tanto, de la actividad de los administradores, quienes no podrán iniciar nuevas operaciones, so pena de responder solidariamente por las operaciones que en lo sucesivo efectúen."¹¹²

García López y Otros dicen que la disolución total es aquella que "concluye el vínculo jurídico para todos los socios sin que exista excepción alguna."¹¹³

También se considera como disolución total "un fenómeno previo a su extinción a lograr, la cual va encaminada a la actividad social durante la etapa que sigue a la disolución; es decir, la liquidación."¹¹⁴

En éste orden de ideas la disolución total es el acto aprobado por los socios en virtud del cual, las relaciones jurídicas existentes en la sociedad en su conjunto, llegan a su término lo cual nos trae como consecuencia el fin de ésta, aunque conserva su personalidad para efectos de su liquidación.

¹¹¹ DE PINA VARA RAFAEL, Op. Cit., Pág. 134.

¹¹² DÍAZ BRAVO ARTURO, Op. Cit., Pág. 120.

¹¹³ GARCÍA LÓPEZ JOSÉ R Y OTROS, Op. Cit., Pág. 504.

¹¹⁴ Véase página electrónica: <http://www.universidadabierto.edu.mx/Biblio/E/SdeRL-Espinosa.htm>

3.1.3 CAUSAS DE DISOLUCIÓN.

Entendemos por causas de disolución total aquellas que al producirse motivan la conclusión del vínculo social para todos los socios, sin excepción.¹¹⁵

DISOLUCIÓN TOTAL, OBLIGATORIA Y NO OBLIGATORIA.

Las causas de disolución son aquellas circunstancias que al producirse tienen como consecuencia terminar con el vínculo social existente entre todos los socios.¹¹⁶

Estas causas generales de disolución de la sociedad de cualquier tipo que sea, se encuentran previstas en el artículo 229 de la LGSM y son las siguientes, debiendo señalar que las correspondientes a las fracciones I y VII forman parte de la disolución obligatoria y las demás de la disolución potestativa:

I.- Por expiración del término fijado en el contrato social;

Esta es la única causa de disolución que no es anticipada, es rara y no se da en la práctica corporativa de la Sociedad Anónima ya que los administradores, concientes del plazo de expiración convocan a asamblea extraordinaria para que puedan ampliar el plazo ya que de no hacerlo extinguido el término los socios no tendrán la posibilidad de prorrogarlo en virtud de que se da una extinción de pleno derecho sin que haya de por medio una resolución judicial o un acuerdo del órgano supremo de la sociedad, en éste caso no se requiere ningún acuerdo por parte de la asamblea de socios, ni su inscripción en el Registro Público de Comercio.

¹¹⁵ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ JOAQUÍN, DERECHO MERCANTIL, Op. Cit., P.p. 203 - 204.

¹¹⁶ ACOSTA ROMERO MIGUEL Y OTROS, NUEVO DERECHO MERCANTIL, Op. Cit., Pág. 461.

Hay que destacar que en el caso en el cual algún administrador continúe realizando nuevas operaciones que sean posteriores al término, será solidariamente responsable de éstas, según lo establece el artículo 233 de la LGSM que a la letra dice:

Artículo 233.- Los Administradores no podrán iniciar nuevas operaciones con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad, al acuerdo sobre disolución o a la comprobación de una causa de disolución. Si contravinieran esta prohibición, los administradores serán solidariamente responsables por las operaciones efectuadas.

II.- Por imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad o por quedar éste consumado;

Tomando en cuenta como menciona Acosta Romero y Otros en su obra Tratado de Sociedades Mercantiles con énfasis en la Sociedad Anónima se trata de una causa de disolución anticipada de la sociedad que se presenta cuando se imposibilita física o legalmente, realizar el objeto de la Sociedad o éste se ha consumado.

Por lo cual tenemos que se presenta una causa de disolución por imposibilidad física, cuando por ejemplo una sociedad que se dedica a explotar una concesión minera en la que se agota la veta del mineral hace imposible seguir cumpliendo el objeto de la sociedad. Ahora bien, será imposibilidad legal, si por ejemplo con posterioridad a su constitución se expide alguna ley que determine alguna limitante o prohibición al objeto que dicha sociedad tiene.¹¹⁷

Mencionaremos otro ejemplo: I. Se constituye una sociedad para la compra-venta de armas y, por ley posterior, la compra – venta de armas se prohíbe. Habrá, en este caso, imposibilidad de seguir realizando el objeto social. II. Se constituye una sociedad para construir una presa, y la obra se termina, con lo cual en objeto quedará consumado.

¹¹⁷ ACOSTA ROMERO MIGUEL Y OTROS, TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES CON ÉNFASIS EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA, Op. Cit., Pág. 590.

En estos casos la causa de terminación no operará de pleno derecho sino que será necesario acuerdo del órgano supremo de la sociedad, o, en su caso, resolución judicial.¹¹⁸

III.- Por acuerdo de los socios tomado de conformidad con el contrato social y con la Ley;

Dicho acuerdo podrá ser tomado por los socios en cualquier momento, de conformidad con lo que establezca el documento social o por la LGSM en su artículo 6.

Si la Asamblea extraordinaria de Accionistas, determina disolverla totalmente sin causas dispuestas en la ley estipulada ó en los estatutos sociales, el acuerdo consistirá en reconocer la causa que hace imposible el vínculo social entre los socios, para lograr el fin común.

El órgano supremo deberá ser convocado e instituido con el quórum necesario para reformar estatutos sociales, siendo en la Sociedad Anónima la asamblea general extraordinaria de accionistas conforme al artículo 182, fracción II de la LGSM.

IV.- Porque el número de accionistas llegue a ser inferior al mínimo que esta Ley establece, o porque las partes de interés se reúnan en una sola persona;

Cabe señalar que es difícil que se de éste supuesto, en virtud que con la reforma de julio de 1992 se redujo el número de accionistas para constituir una Sociedad Anónima, quedando en dos.

Aunque por otro lado Acosta Romero y Otros en su libro Tratado de Sociedades Mercantiles con énfasis en la Sociedad Anónima realizaron una investigación, no encontrando ejemplos de que el supuesto aludido se hubiese dado, salvo en dos ocasiones:

¹¹⁸ CERVANTES AHUMADA RAÚL, Op. Cit, Pág. 197

1. Abandono de uniones de crédito por parte de los socios que es un supuesto diferente.

2. Cuando el expresidente López Portillo expropió los bancos y el gobierno Federal se hizo accionista único de las Sociedades Anónimas Bancarias mismas que, no entraron en disolución, ni en liquidación.¹¹⁹

V.- Por la pérdida de las dos terceras partes del capital social.

En esta causal de disolución se alude a la pérdida de las dos terceras partes del capital social, lo cual implicaría una disminución de garantía hacia terceros e incapacidad económica de cumplir con la potencialidad económica para la cual fue creada.

Así que en este caso lo que puede ocurrir es que si el activo patrimonial se reduce a una tercera parte del capital social, se tendrán tres alternativas:

1. Que los socios acuerden reintegrar el capital perdido.

2. Que la sociedad reduzca su capital, haciéndolo coincidir con el capital contable.

Desapareciendo en éstos casos la causal de disolución.

3. Reconocer y declarar la causal de disolución.

A éste artículo 229 de la LGSM que contempla las causales de disolución le agregaríamos las siguientes fracciones tal y como lo hace García Rendón en su obra:

¹¹⁹ ACOSTA ROMERO MIGUEL Y OTROS, TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES CON ÉNFASIS EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA, Op. Cit., Pág. 591.

VII.- *La ilicitud del objeto social o la ejecución habitual de los actos ilícitos (artículo 3).*

VIII.- *La muerte del socio colectivo o del comanditado cuando se haya pactado lo contrario o no se haya previsto en el contrato social que la sociedad continúe con sus herederos.*

Y también agregaríamos como contempla Acosta Romero y Otros en su Obra Nuevo Derecho Mercantil la siguiente fracción:

IX.- *La fusión, en el caso de la sociedad fusionada y escisión, tratándose de la sociedad escisionada.*

Ahora bien dentro de la disolución Total tenemos:

1) La disolución obligatoria.

Esta tiene por causa un hecho o acto fatal.

En éste caso la LGSM prevé dos casos:

a) La expiración del término.

En éste caso basta con que el término se cumpla para que la sociedad se tenga por disuelta, ello sin que deban decidir los socios, ni la autoridad judicial.

Hay que decir que según el artículo 232 de la LGSM las causas de disolución deberán inscribirse en el Registro Público de Comercio, con excepción de la ya mencionada expiración del término.

b) Objeto ilícito o ejecución habitual de actos ilícitos.

En éste caso los socios no pueden rectificar los actos que la determinan, pues admitir lo contrario sería como sostener que los particulares pueden dejar sin efecto las

decisiones de la autoridad judicial, ello significa que el objeto social ilícito y la ejecución habitual de los actos ilícitos por sí mismas no producen la disolución de la sociedad, puesto que requieren de la declaración de la autoridad judicial.

2) La disolución no obligatoria.

Esta se caracteriza por tener por causa un hecho o acto no fatal y para que surta sus efectos requiere de un acto potestativo de los socios, a sea un acuerdo de disolver la sociedad.

Ahora bien, las causas que motivan la disolución no obligatoria están las siguientes:

a) Acuerdo de los socios que se encuentre de conformidad con el contrato social y con la ley;

Este tipo de disolución es potestativa, basta un acto de voluntad de ellos para que la sociedad entre en estado de disolución, sin que se requiera declaración de la ley o autoridad judicial.

b) La muerte del socio colectivo y la del comanditado;

Esta causa de disolución no parece ser obligatoria ya que el artículo 230 de la LGSM prevé que por muerte del socio se disolverá la sociedad salvo pacto en contrario, es decir, podrá ser continuada por:

- El o los socios supérstites con los herederos del fallecido, cuando así se hubiere pactado en el contrato social (artículo 32 de la LGSM).

- Los Socios supérstites, si no se hubiera hecho tal estipulación o si los herederos de socio difunto no manifiestan su consentimiento para sucederlo (artículo 230, párrafo segundo de la LGSM).

- Por emisión de un nuevo socio si el supérstite fuera único.

c) Consumación del objeto social o imposibilidad de seguirlo realizando;

d) Reducción del número de accionistas por abajo del mínimo legal;

e) Reunión de las partes de interés en una sola persona;

f) Pérdida de las dos terceras partes del capital social.

En los casos de los incisos c), d) y f) no se trata de causas de disolución obligatoria puesto que nada impide que los socios cambien el objeto social, admitan nuevos socios o reconstruyan el capital para continuar la vida de la sociedad, estas causas de disolución son potestativas, ya que se da la existencia de un hecho no fatal que los socios pueden remediar.

Hay que decir que no debemos afirmar que cualquier interesado puede exigir la disolución por cualquier causa, puesto que la Ley legitima a los acreedores para demandar judicialmente la disolución y liquidación de la sociedad, cuando su objeto sea ilícito o realice en forma habitual actos ilícitos. Lo que sí puede hacer cualquier interesado es demandar en vía ordinaria la inscripción de la disolución en el Registro Público de Comercio, cuando los socios hayan acordado, reconocido o comprobado que existe dicha causa.

Tomando en cuenta lo anterior, la Ley tampoco impide a cualquier interesado demandar de la sociedad el reconocimiento de que existe una causa de disolución y si

llegara a hacerse dicho reconocimiento puede proceder a exigir la inscripción de la disolución en el Registro Público de Comercio, si la sociedad fuera omisa en hacerlo.

DISOLUCIÓN CONVENCIONAL

No hay disposición que impida que en el documento social se estipulen otras causas de disolución parcial o total de la sociedad.

Tampoco existe impedimento para que en el contrato social se supriman como causales de disolución la consumación del objeto social, la imposibilidad de seguir realizándolo o la pérdida de las dos terceras partes del capital social, dado que en el contrato social se puede establecer que el objeto social se modifique o que el capital se restituya, aunque en el caso de cambio de objeto, los socios tendrían derecho de retiro y a que se les restituyera su capital y los socios aún los de las sociedades capitalistas la Ley no se opone a que incrementen sus responsabilidades en beneficio de los acreedores.

OTRAS CAUSAS DE DISOLUCIÓN

Hay autores que opinan que la fusión y transformación de las sociedades reguladas en los artículos 222 a 228 bis de la LGSM son causa de disolución, pero la fusión según García Rendón no produce la disolución, simplemente la extinción de la sociedad misma que acaece en cuanto la fusión surte sus efectos, en tanto la transformación no implica desaparición de la transformada y creación de una nueva persona jurídica, sino más bien se adopta otra forma social, puesto que la transformación solo conlleva a una modificación en el documento social en lo que corresponde al grado de responsabilidad de los socios y las normas de organización y funcionamiento de la sociedad.¹²⁰

¹²⁰ GARCÍA RENDÓN MANUEL, Op. Cit., Pág. 562

3.1.4 ACCIONES EN RELACIÓN CON LA DISOLUCIÓN.

La Ley otorga dos acciones para cualquier persona que pueda tener interés jurídico en relación a la disolución de una Sociedad.

La primera consiste en la falta de inscripción en el Registro Público de Comercio, de la disolución existiendo causa para ello, lo cual se supone en perjuicio de terceros, cualquier interesado podrá recurrir ante la autoridad judicial para que ordene el registro de la disolución.

La segunda se da cuando habiéndose inscrito en el Registro Público de Comercio la disolución y no hubiere existido causa alguna según el interesado, en éste caso dentro del término de treinta días contados a partir de la fecha de inscripción, podrá recurrir ante la autoridad judicial y demandar la cancelación de la inscripción.

"Esta acción es sumamente importante para los socios que hayan sido minoría en el acuerdo de disolución tomado por la asamblea, y para los acreedores de la sociedad, en busca de protección de sus intereses que pueden verse perjudicados en el caso de que la disolución sea motivada por causas ficticias."¹²¹

3.1.5 CONSECUENCIAS Y EFECTOS JURÍDICOS, APROBADAS LAS CAUSAS DE DISOLUCIÓN.

Existen ciertas circunstancias que en cierto tiempo impiden que una Sociedad Anónima, continúe con sus actividades normales por lo que no se obtienen los resultados que de la misma se esperaban, o bien, ya no puede continuar efectuando sus operaciones para las cuales fue creada, por lo tanto se coloca en una situación de disolución.

Consecuencia inmediata de lo anterior, son los efectos jurídicos enmarcados en la LGSM:

a) Las Sociedades conservan su personalidad, para el único efecto de su liquidación.

Artículo 244.- Las sociedades, aún después de disueltas, conservarán su personalidad jurídica para los efectos de la liquidación.

b) Las sociedades disueltas deben ponerse en liquidación

Artículo 234.- Disuelta la sociedad, se pondrá en liquidación.

Por lo tanto la finalidad social se transforma: ahora los actos de la sociedad deben ir encaminados a concluir las operaciones pendientes, obtener dinero suficiente para cubrir el pasivo y repartir el patrimonio entre los socios.¹²²

La disolución concluye, al iniciarse la etapa de liquidación.

Debe realizarse además la Inscripción en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio, señalando como antecedente lo estipulado en el artículo 232 párrafo segundo que indica "en los demás casos, comprobada por la sociedad la existencia de causas de disolución, se inscribirá ésta en el Registro Público de Comercio."

c) Se produce un cambio en la representación legal de la sociedad. Los administradores cesan en sus funciones, haciéndose cargo de la representación legal de la sociedad.

Los administradores terminan sus funciones y los liquidadores se hacen cargo de la representación social (arts. 235, 237 y 241 de la LGSM).

Además de lo que dispone el artículo siguiente:

¹²² DE PINA VARA RAFAEL, Op. Cit., Pág. 136.

Artículo 233.- Los Administradores no podrán iniciar nuevas operaciones con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad, al acuerdo sobre disolución o a la comprobación de una causa de disolución. Si contravinieren esta prohibición, los Administradores serán solidariamente responsables por las operaciones efectuadas.

De la lectura del artículo anterior se desprende que existe un cambio en la representación legal de la sociedad, ya que las funciones de los administradores cesan; debido a esto se establece claramente la imposibilidad de que los mismos emprendan nuevas gestiones.

Ahora bien y a manera de ejemplo, se redacta un acta de asamblea general extraordinaria de accionista de una sociedad anónima de capital variable que señala entre uno de sus puntos del orden del día la discusión y resolución sobre la disolución de la sociedad, ponerla en liquidación y nombramiento del liquidador único.

En La ciudad de México Distrito Federal, con domicilio social de CCÁT de México, S.A. de C.V., siendo las 12:00 horas del día__de____de 2004, los accionistas o sus representantes que mencionan más adelante, se reunieron en las oficinas de la sociedad para celebrar una asamblea extraordinaria. También concurren el C.P. Ramón Alanis Díaz, comisario de la sociedad y el señor José de Jesús Fernández García por invitación previa que se le hizo.

Presidió la asamblea el licenciado José Joel Pérez Alfaro y la licenciada María Ramírez Rojas actuó como secretario.

Fue nombrada escrutadora la licenciada María Ramírez Rojas, quien preparó la siguiente lista de asistencia:

ACCIONISTAS

ACCIONES

Serie B

Subserie I

Subserie II

CCATelecom, INC., representada por la Lic. María Ramírez Rojas	9,996	2,090,000
Pedro Luis Larios	1	
Daniel Armando De la Fuente	1	
José Joel Pérez	1	
Federico Mendieta	1	
	<hr/>	
<hr/>	10,000	2,090,000
TOTAL		2,100,000

La escrutadora hace constar que el capital social está representado en su totalidad, por lo que el Presidente declaró la asamblea legalmente instalada, en los términos de la LGSM, aunque no se haya publicado la convocatoria respectiva, con lo que estuvieron de acuerdo los presentes y quienes aprobaron el siguiente:

ORDEN DEL DÍA

I. Discusión y resolución sobre la disolución de la sociedad, ponerla en liquidación y nombramiento del liquidador único.

II. Cualquier otro asunto relacionado con los puntos anteriores.

I. En desahogo del primer punto del Orden del Día, el Presidente informó que los accionistas han manifestado su interés en disolver la sociedad, ponerla en liquidación y nombrar al liquidador único, lo cual formalmente se somete a la consideración de ésta asamblea.

Dicha propuesta fue aceptada y por unanimidad de votos se tomaron las siguientes resoluciones:

I. De acuerdo con lo que establece el artículo 229 inciso III, de la LGSM, se declara disuelta la sociedad y se pone en liquidación.

II. Se nombra al señor José de Jesús Fernández García como liquidador único de CCAT de México, S.A. de C.V., quien contará con todas las facultades que le concede el artículo 242 de la LGSM, incluyendo las siguientes:

a) Poder general para actos de administración y para pleitos y cobranzas, en los términos de los dos primeros párrafos del Artículo 2554 del Código Civil para el Distrito Federal y sus correlativos de los Códigos Civiles de los Estados de la República Mexicana, con todas las facultades generales y las especiales que conforme a la Ley requieran cláusula especial de acuerdo con el Artículo 2587 del citado Código y sus correlativos de los demás Códigos Civiles mencionados, tales como las de desistirse, transigir, comprometer en árbitros, artículos y absolver posiciones, recusar, aceptar cesiones de bienes, recibir pagos, otorgar recibos y cancelaciones, ejercitar acciones civiles, mercantiles y penales en representación de la compañía, así como contestar demandas y continuar los procedimientos por todas sus instancias hasta su terminación, promover el juicio de amparo, tramitarlo y desistirse de él, en la inteligencia de que dicho apoderado podrá ejercitar el poder ante las juntas de conciliación y arbitraje, ya sean locales o federales y ante cualesquiera otra clase de autoridades judiciales o administrativas; celebrar contratos colectivos o individuales de trabajo; hacer toda clase de denuncias, acusaciones y querellas de cualquier naturaleza, representar a la compañía en cualquier proceso penal; constituirse en coadyuvante del

Ministerio Público, otorgar el perdón al acusado cuando proceda, presentar pruebas en los procesos penales de acuerdo con el Artículo 9° del Código de Procedimientos Penales y sus correlativos de los Códigos de Procedimientos Penales de los Estados de la República Mexicana, contando al efecto con todas las facultades generales y especiales que conforme a los Códigos de Procedimientos Penales de los Estados de la República Mexicana requieran cláusula especial para formular denuncias y/o querellas. Queda entendido que las facultades conferidas son enumerativas pero no limitativas para el ejercicio del poder.

Asimismo, el liquidador único queda facultado para otorgar y suscribir títulos de crédito en los términos del Artículo Noveno de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, solamente por cuanto hace a las cuentas bancarias de la sociedad.

b) Poder especial para actos de administración y para pleitos y cobranzas en materia laboral, para que de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 9, 11, 876 y 878 de la Ley Federal del Trabajo, obliguen a la sociedad con sus trabajadores y empleados y con los Sindicatos u Organizaciones a las que dichos trabajadores o empleados pertenezcan, a fin de que el apoderado intervenga en la administración de esas relaciones laborales, individuales y/o colectivas, incluyendo facultades expresas para que con ese carácter celebre, firme, revise y/o modifique, contratos individuales y/o colectivos de trabajo, intervenga en todos y cualesquier procedimiento conciliatorios, ante toda clase de autoridades laborales, ya sean federales o locales y para que articule y absuelva posiciones. Este poder se otorga además, en los términos de lo dispuesto por los Artículos 2554 y 2587 del Código Civil para el Distrito Federal, con todas las facultades generales y las especiales a que dichos artículos se refieren, incluyendo en forma enunciativa y no limitativa, las siguientes: Intervenir en los procedimientos y negociaciones conciliatorios ante cualquier autoridad de trabajo, sea federal o local, transigir, comprometer en árbitros, articular y absolver posiciones, revisar, aceptar cesiones de bienes, recibir pagos, otorgar recibos y cancelaciones, contestar demandas y formular contrademandas, hacer denuncias, acusaciones y querellas, otorgar perdón al acusado, y, en general, ejercitar todas sus instancias hasta

su conclusión, en la inteligencia de que éste poder podrá ejercitarse ante las Juntas de Conciliación y de Conciliación y Arbitraje, Federales o Locales; Secretaría del Trabajo y Previsión Social, Direcciones de Trabajo de los Gobiernos Estatales y ante cualquier Autoridad Laboral, Federal o Local, sindicatos, personas físicas, instituciones o sociedades, todo esto, en nombre y representación de la citada sociedad poderdante.

De igual forma, en el desempeño de su cargo, el liquidador único gozará de las más amplias facultades para disponer del activo de la sociedad y para llevar a cabo todas las gestiones que en general estime convenientes para realizar la liquidación de la sociedad de acuerdo a lo establecido por la ley.

III. Estando presente el señor Jesús Fernández García, manifestó que acepta el cargo que se le confiere y protestó desempeñarlo debidamente.

Con el nombramiento anterior, quedan sin efectos los nombramientos de los consejeros de la sociedad a quienes se les da el más amplio agradecimiento por la actuación desempeñada en sus cargos, relevándolos de cualquier responsabilidad y otorgándoles el finiquito más amplio que en derecho proceda por tal concepto.

II. En desahogo del último punto del Orden del día, y de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la LGSM, los accionistas por unanimidad de votos, resolvieron designar a los licenciados José Joel Pérez Alfaro y María Ramírez Rojas, como delegados especiales de esta asamblea, para que conjunta o separadamente concurren ante el fedatario público de su elección a formalizar la presente acta e inscriban el instrumento público que se expida en el Registro Público de Comercio del domicilio social de la sociedad.

No habiendo otro asunto que tratar, se dio por terminada la asamblea, en la que todos los accionistas estuvieron presentes o representados en el momento de las votaciones, preparándose para constancia la presente acta que firman el Presidente y el Secretario actuantes así como el Comisario.

Lic. José Joel Pérez Alfaro

Lic. María Ramírez Rojas

C.P. Ramón Alanis Díaz

Comisario

El registro del documento es un requisito esencial e indispensable; es esencial porque así lo estipula la ley al imponer la obligación de su inscripción, a fin de proceder a la fase de liquidación; es indispensable porque a partir de esa fecha y para fines de publicidad, surtirá efectos contra cualquier tercero interesado en la marcha de la sociedad anónima.

La inscripción en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio, tiene efectos meramente publicitarios y de seguridad para los terceros, pero aún así la disolución deberá inscribirse según lo establece el artículo 232 de la LGSM.

Por lo que la no inscripción y/o publicación de la disolución, trae como consecuencia ante terceros, como si la disolución no se hubiese llevado a cabo.

CAPÍTULO IV. DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS.

4.1 LIQUIDACIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS.

4.1.1 CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.

Agotados los temas anteriores, proseguimos con el tema final del presente trabajo, como breve antecedente, la LGSM en su capítulo XI, indica:

Artículo 234. Disuelta la sociedad se pondrá en liquidación.

Artículo 244. Las sociedades aún después de disueltas, conservarán su personalidad jurídica para los efectos de la liquidación.

La liquidación es el procedimiento que debe observarse cuando una sociedad se disuelve, y tiene como finalidad concluir las operaciones sociales pendientes al momento de la disolución, realizar el activo social, pagar el pasivo de la sociedad y disminuir el remanente, si lo hubiere, entre los socios, en la proporción que les corresponda, de acuerdo con lo convenido o lo dispuesto por la ley.¹²³

Vivante, citado por Vázquez del Mercado dice que la liquidación "Comprende en sentido amplio, todas las operaciones posteriores a la disolución de la sociedad, que sean necesarias para finalizar los negocios en curso, pagar las deudas, cobrar los créditos, reducir a metálico los bienes sociales y dividirlos entre los socios. En un sentido más restringido y jurídico, comprende todas las operaciones que se llevan a cabo en el período que media entre la disolución y la formación de la masa divisible entre los socios."¹²⁴

¹²³ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, 13ª Edición, Tomo J-Q, Editorial Porrúa, México 1999, Pág. 2040

¹²⁴ VÁZQUEZ DEL MERCADO OSCAR, ASAMBLEAS, FUSIÓN, LIQUIDACIÓN Y ESCISIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES, 8ª Edición, Editorial Porrúa, México 2001, Pág. 373.

Sraffa, también citado por Vásquez del Mercado determina de manera más concreta y concisa: "La liquidación de la sociedad comercial, en sentido técnico, consiste, pues, en aquel conjunto de operaciones que, regulando todas las relaciones nacidas entre la sociedad y terceros, hace posible la terminación de las relaciones entre los socios y la división relativa del capital social."¹²⁵

Vásquez del Mercado considera: "Liquidar equivale a extinguir el pasivo, mediante el pago de las deudas sociales, y regular el activo. O en otras palabras, liquidar implica cumplir las obligaciones y extinguir los derechos."¹²⁶

De Pina Vara Rafael citado por Acosta Romero y Otros en su Obra Nuevo Derecho Mercantil opina que la Liquidación: "Constituye la fase final del estado de disolución. En términos generales, la liquidación tendrá por objeto concluir las operaciones sociales pendientes, cobrar lo que se le adeude a la sociedad y pagar lo que ella deba, vender los bienes sociales y practicar el reparto del haber social o patrimonio social entre los socios."¹²⁷

Díaz Bravo dice: "La liquidación acarrea como su nombre lo indica, dos actividades fundamentales, ahora a cargo de los liquidadores a) el pago de las deudas sociales y el cobro de los créditos; b) el pago a los socios de la cuota de liquidación."¹²⁸

Rodríguez Rodríguez opina en cuanto a la liquidación, que "debemos entender las operaciones necesarias para concluir los negocios pendientes a cargo de la sociedad, para cobrar lo que a la misma se adeuda, para pagar lo que ella deba, para vender todo el activo y transformarlo en dinero contante y para dividir entre los socios el patrimonio que así resulte."¹²⁹

¹²⁵ VÁZQUEZ DEL MERCADO OSCAR, Op. Cit., P.p. 373 - 374.

¹²⁶ *Ibidem*. Pág. 374.

¹²⁷ ACOSTA ROMERO MIGUEL Y OTROS, NUEVO DERECHO MERCANTIL, Op. Cit., Pág. 464.

¹²⁸ DÍAZ BRAVO ARTURO, Op. Cit., Pág. 120.

¹²⁹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ JOAQUÍN, DERECHO MERCANTIL, Op. Cit., Pág. 209.

Para García López la liquidación es "La etapa en que se ejecuta la terminación de los vínculos jurídicos que ocasiona la disolución. En otras palabras es un procedimiento que necesariamente se debe observar cuando una sociedad se disuelve, y tiene como finalidad concluir con las operaciones sociales pendientes hasta el momento de la disolución."¹³⁰

Así que para poder dar por terminadas las operaciones sociales pendientes la Sociedad durante la liquidación deberá:

- Abstenerse de realizar nuevas operaciones.
- Cobrar lo que se adeude a la Sociedad.
- Pagar los pasivos que tenga la Sociedad.
- Vender los bienes de la Sociedad.
- Realizar el reparto de patrimonio social entre los Socios.

Después de haber estudiado las definiciones anteriores y siendo la liquidación, un proceso de funciones sucesivas que han de durar un periodo determinado; se puede decir que es un estado jurídico especial, que encierra una serie de actividades tendientes a concluir aquellas operaciones de la sociedad, que traerán como consecuencia si hubiere, el reparto del haber social, el fin del vínculo entre los socios y la extinción de la personalidad Jurídica de la sociedad.

Por lo antes mencionado podemos desprender que la liquidación puede tener como características las siguientes:

Las características del concepto liquidación, son las siguientes:

¹³⁰ GARCÍA LÓPEZ JOSÉ R Y OTROS, Op. Cit., Pág. 510.

- a) Es la consecuencia necesaria e inmediata de la disolución de toda sociedad.
- b) Encierra el cobro de los créditos a favor de la sociedad.
- c) Extingue el pasivo existente, mediante el pago de las deudas sociales.
- d) Conduce al reparto del remanente del haber social, si existe entre los accionistas, en proporción a su participación en el capital social.
- e) Concluye la vida jurídica de la sociedad.

4.1.2 LIQUIDADORES.

García López los define como "Los representantes legales de la Sociedad, y estarán a cargo del proceso de liquidación, se asemejan a los administradores en cuanto realizan funciones de representación mientras los administradores tenían como límite de sus actos el objeto social, los liquidadores deberán limitarse a buscar los fines de la liquidación."¹³¹ .

Rodríguez y Rodríguez nos menciona al respecto: "Son los administradores y los representantes legales de la sociedad en liquidación, encargados de llevar ésta a cabo."¹³²

Garriguez opina que los liquidadores son los gestores y representantes de la sociedad en liquidación, que representan activa y pasivamente a la sociedad, no a los socios ni a los acreedores.¹³³

¹³¹ Ibidem. Pág. 512.

¹³² RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ JOAQUÍN, DERECHO MERCANTIL, Op. Cit., Pág. 211.

¹³³ GARRIGUEZ GARRIGUEZ JOAQUÍN, CURSO DE DERECHO MERCANTIL, 9ª Edición, Editorial Porrúa, México 1998, Pág. 600.

La liquidación de las sociedades mercantiles estará a cargo de uno o mas liquidadores.

Así que en ellos recae la representación legal de la sociedad para los efectos de la liquidación, además de la responsabilidad de liquidar la sociedad, por lo cual son los administradores de la sociedad en esta etapa.

4.1.2.1 INICIO DE SU ENCARGO

En tanto que los liquidadores no hayan recibido bienes, documentos y libros de la sociedad, no entren en funciones y si su nombramiento no se encuentra inscrito aún en el Registro Público de Comercio, los administradores una vez disuelta la sociedad seguirán siéndolo, en éste caso los administradores seguirán teniendo la representación legal de la sociedad, pero con carácter de liquidadores provisionales ya que de los asuntos propios de la liquidación solo podrán encargársele a los liquidadores, lo anterior queda establecido en el artículo 235 de la LGSM el cual les confiere representación legal y menciona su encargo y no su mandato como con los administradores.

Así que mientras los liquidadores no entren en posesión de su encargo, los administradores deberán continuar en el desempeño de su función realizando de manera provisional las funciones competencia de los liquidadores.

Por lo que al entrar una Sociedad en liquidación, el órgano de Administración, sea administrador general o consejo de administración, cambia por uno de liquidación formado ahora por uno o más liquidadores.¹³⁴

¹³⁴ ACOSTA ROMERO MIGUEL Y OTROS, TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES CON ÉNFASIS EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA, Op. Cit., Pág. 595.

4.1.2.2 NOMBRAMIENTO Y FACULTADES.

En cuanto al nombramiento de los liquidadores cabe mencionar que a cargo de éstos se encuentra la liquidación (art. 235); sustituyen en sus funciones al o los administradores, y su designación salvo pacto en contrario, "deberá hacerse en el mismo acto en que se acuerde o reconozca la disolución."¹³⁵

El artículo 236 de la LGSM también dispone, que si la sociedad es disuelta por expiración del plazo de duración, o por sentencia ejecutoriada, la designación que la junta o asamblea haga de los liquidadores se hará en cuanto termine el plazo o se dicte sentencia y de no cumplirse con lo anterior, puede cualquier socio pedir a un Juez que realice la designación, ello mediante un juicio ordinario.

El liquidador o los liquidadores pueden ser, o no ser socios de la sociedad y según el artículo 44 de la Ley de Instituciones de Crédito (Fiduciarios), puede tratarse de personas físicas o jurídicas colectivas.

Los acuerdos, tanto de disolución como de liquidación se deberán inscribir en el Registro Público de Comercio de manera conjunta con el nombramiento de liquidadores el cual se puede revocar en cualquier momento por la Asamblea General de Accionistas,¹³⁶ si se trata de varios liquidadores deberían actuar de manera conjunta, pero la liquidación es realizada generalmente por una sola persona, debiendo los administradores entregar al liquidador los bienes, activos, libros y documentos de la sociedad levantando un inventario de activos y pasivos sociales.

Se dan ciertas opiniones en relación a que la Asamblea Final de Accionistas debe protocolizar el nombramiento de los liquidadores ante fedatario público, ello por razón de seguridad jurídica.

¹³⁵ BARRERA GRAFF JORGE, INSTITUCIONES DEL DERECHO MERCANTIL, Op. Cit., Pág. 674.

¹³⁶ Como lo establece el párrafo I del artículo 178, la Asamblea General de Accionistas es el Órgano Supremo de la Sociedad; podrá acordar y ratificar todos los actos y operaciones de ésta y sus resoluciones serán cumplidas por la persona que ella misma designe, o a falta de designación, por el Administrador o por el Consejo de Administración.

Los liquidadores tendrán las siguientes facultades según la LGSM:

Artículo 242.- Salvo el acuerdo de los socios o las disposiciones del contrato social, los liquidadores tendrán las siguientes facultades:

I.- Concluir las operaciones sociales que hubieren quedado pendientes al tiempo de la disolución;

II.- Cobrar lo que se deba a la sociedad y pagar lo que ella deba;

III.- Vender los bienes de la sociedad;

IV.- Liquidar a cada socio su haber social;

V.- Practicar el balance final de la liquidación, que deberá someterse a la discusión y aprobación de los socios, en la forma que corresponda, según la naturaleza de la sociedad.

El balance final, una vez aprobado, se depositará en el Registro Público de Comercio;

VI.- Obtener del Registro Público de Comercio la cancelación de la inscripción del contrato social, una vez concluida la liquidación.

El Balance Final de Liquidación debe ser discutido y aprobado por los socios y una vez aprobado se depositará en el Registro Público de Comercio, obteniendo así los liquidadores la cancelación de la inscripción del documento social y la distribución del activo final de liquidación en caso de existir, se realizará entre los socios y dicho acuerdo de distribución deberá publicarse en el periódico oficial del domicilio de la sociedad y de existir acreedores estos podrán oponerse. "En el caso en el que las sumas no hayan sido cobradas por los accionistas en los dos meses siguientes a la aprobación del balance final, serán depositadas a disposición de ellos en una institución de crédito (art. 249 de la L.G.S.M.). Nada dice la Ley en relación a la suerte que correrá el depósito si ningún accionista se presenta a reclamarlo."¹³⁷

La sociedad mantiene su personalidad jurídica durante la liquidación, pero según Acosta Romero y Otros, en su Obra Tratado de Sociedades Mercantiles con énfasis en

¹³⁷ MANTILLA MOLINA ROBERTO L, Op. Cit., Pág. 455

la Sociedad Anónima, dicha personalidad se extingue cuando se cancela su inscripción en el Registro Público de Comercio.

Los liquidadores tendrán la obligación de mantener en depósito durante diez años los libros y papeles de la sociedad, tiempo suficiente para que prescriban las obligaciones a cargo de la compañía.

4.1.2.3. RESPONSABILIDADES.

En el artículo 235 de nuestra LGSM se establece en cuanto a las responsabilidades de los liquidadores: La liquidación estará a cargo de uno o más liquidadores, quienes serán representantes legales de la sociedad y responderán por los actos que ejecuten excediéndose de los límites de su encargo. Si es un solo liquidador responderá en forma personal; en cambio, si son varios liquidadores responderán de manera mancomunada, es decir, todos deberán responder en la misma proporción (a prorrata).¹³⁸ Debiendo destacar que a diferencia de los administradores que lleven a cabo nuevas operaciones una vez decretada la disolución, en el caso de los liquidadores que se excedan en sus atribuciones no responden de manera solidaria, en virtud de que la ley no impone dicha responsabilidad y, la solidaridad no se presume, sino que resulta ya sea de la ley o voluntad de las partes (art. 1988 CCF).

Por otra parte, la acción contra los liquidadores corresponde a la Sociedad, y no a cada uno de los socios de manera personal. Lo anterior puesto que el liquidador es un mandatario de la sociedad, quien se constituye como un mandante. Además una vez extinguida la personalidad de la sociedad, y como la acción prescribe en cinco años, según lo establece el Código de Comercio en su artículo 1045, el socio individual podrá ejercer la acción por propio derecho.

¹³⁸ GARCÍA LÓPEZ JOSÉ R Y OTROS, Op. Cit., Pág. 513.

Para concluir, es importante indicar que el artículo 1045, fracc. II del Código de Comercio, señala el término para exigir responsabilidades a los liquidadores por lo que lo transcribimos a continuación:

Se prescribirán en cinco años:

I.- Las acciones derivadas del contrato de Sociedad y de operaciones sociales por lo que se refiere a derechos y obligaciones de la Sociedad para con los socios, de los socios para con la Sociedad y de socios entre sí por razón de la Sociedad;

II.- Las acciones que puedan competir contra los liquidatarios de las mismas sociedades por razón de su encargo.

4.1.2.4 HONORARIOS.

Nuestra legislación es omisa en cuestiones de suma importancia como lo son el pago de honorarios a los liquidadores y el depósito de los libros de contabilidad lo cual trataremos en un intento por subsanar estas irregularidades:

En primer lugar tomando en cuenta lo que establece el artículo 5 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la parte en que nos dice que nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento podemos observar que a todo trabajo debe corresponderle una remuneración y desde luego debe expresar el liquidador su voluntad de ocupar el cargo, sus honorarios debieran pagarse con cargo a los activos de la sociedad y reflejarse en el balance final de liquidación.

En segundo lugar la ley es omisa en cuanto a donde deberán quedar depositados los libros de contabilidad, siendo ésta una obligación de los liquidadores y al no ser lógico que se queden depositados ni en sus oficinas o domicilios particulares (puesto que a veces se trata de una gran cantidad), deberá preverse su depósito en un Almacén General de Depósito y que los gastos que implique este depósito y sean pagados del remanente que arroje el balance final de liquidación.

El problema se presenta cuando no hay activos líquidos para cubrir esos gastos que en todo caso deben prever los socios y las leyes, en este aspecto se da la existencia de una laguna.

Por otra parte la Ley tampoco establece los requisitos que deben cubrirse para poder ser liquidadores, si deben contar con cierto perfil profesional, lo cual tiene una gran importancia, en virtud de que no todas las personas cuentan con los conocimientos contables administrativos y legales para poder llevar a cabo la liquidación de una sociedad anónima lo cual sería más adecuado, lo llevaran acabo profesionistas como un contador público titulado y en su caso un licenciado en derecho.

4.1.2.5 REPARTO DEL HABER SOCIAL ENTRE LOS SOCIOS.

Los liquidadores, cubiertas las deudas sociales, liquidarán a cada socio la parte que les corresponda en el haber social.

Este reparto deberá tomar en cuenta lo que establece el artículo 243 de la LGSM que a la letra dice:

Ningún socio podrá exigir de los liquidadores la entrega total del haber que le corresponda; pero sí la parcial que sea compatible con los intereses de los acreedores de la sociedad, mientras no estén extinguidos sus créditos pasivos, o se haya depositado su importe si se presentare inconveniente para hacer su pago.

El acuerdo sobre distribución parcial deberá publicarse en el Periódico Oficial del domicilio de la sociedad, y los acreedores tendrán el derecho de oposición en la forma y términos del artículo 9.

En la liquidación, una vez que hayan sido pagadas las deudas sociales, la distribución del remanente del patrimonio entre los socios debe hacerse de acuerdo a las reglas siguientes, salvo estipulación distinta en el contrato social o en las bases que fijen los socios.

En el caso de las sociedades anónimas la distribución se realizará de la siguiente manera:

a) En el balance final se indicará la parte que a cada socio corresponda en el haber social;

b) Dicho balance se publicará por tres veces, de diez en diez días, en el Periódico Oficial de la localidad en que tenga su domicilio la sociedad.

c) El mismo balance quedará, por igual término, así como los papeles y libros de la sociedad, a disposición de los accionistas, quienes gozarán de un plazo de quince días a partir de la última publicación, para presentar sus reclamaciones a los liquidadores.

d) Transcurrido dicho plazo, los liquidadores convocarán a una Asamblea General de Accionistas para que apruebe en definitiva el balance. Esta Asamblea será presidida por uno de los liquidadores (art. 247 de la LGSM).

e) Aprobado el balance general, los liquidadores procederán a hacer a los accionistas los pagos que correspondan, contra la entrega de los títulos de las acciones (art. 248 de la LGSM).

Las sumas que pertenezcan a los accionistas y que no fueren cobradas en el transcurso de dos meses, contados desde la aprobación del balance final, se depositarán en una institución de crédito con la indicación del accionista al que le serán pagadas. Por lo que dichas sumas se pagarán por la institución de crédito en que se hubiese constituido el depósito (art. 249 de la LGSM).

4.1.2.6 TERMINACIÓN DEL CARGO.

De no existir activos líquidos para poder pagar los honorarios a los liquidadores, los derechos de inscripción y en su caso los gastos de cancelación del Registro Público de Comercio de la Sociedad y en el caso de créditos con cobro a largo plazo, los liquidadores deberán hacerse cargo del cobro de esos créditos lo cual ocasionaría gastos, al igual que el depósito de papelería donde conste la contabilidad.

Como ya lo mencionamos la ley es omisa al respecto y debiera preverse que se constituya una reserva para gastos de liquidación puesto que de no hacerse, la consecuencia sería que la sociedad fuese abandonada por falta de interés de la sociedad y que los liquidadores no puedan cubrir esos gastos y tampoco les sean pagados sus honorarios.

Aprobado el Balance final, concluyen las funciones del liquidador, no quedando pendiente ninguna operación de la sociedad, el liquidador ya no cuenta con representación pero queda con la obligación de cancelar el registro de la sociedad y conservar sus libros y papeles durante los próximos diez años.

En la Asamblea en la que se apruebe el balance final se establecerá, el nombramiento de delegado especial para que acuda ante fedatario público, a otorgar la escritura o instrumento de liquidación, cargo que deberá llevar a cabo el liquidador.

La Ley del Impuesto Sobre la Renta impone al liquidador como última obligación la de presentar la declaración final del ejercicio de liquidación, dentro del mes siguiente, terminada la liquidación.

En éste rubro es también importante que en el acto de disolución, se prevea el pago de los impuestos que pudieren quedar a cargo de la sociedad, ya que de no ser así, el liquidador se encontraría imposibilitado económicamente para realizar el pago.

4.1.3 PROCEDIMIENTO A SEGUIR TERMINADA LA LIQUIDACIÓN.

4.1.3.1 EFECTOS JURÍDICOS.

En cuanto a los efectos cabe decir que la sociedad conserva su personalidad jurídica, con el único fin de ponerse en estado de liquidación; el nombre de la sociedad deberá ir seguido de las palabras "en liquidación." El órgano de administración se transforma, los administradores cesan en sus funciones y son substituidos por liquidadores y la estructura social, encaminada hacia la producción será substituida y deberá extinguir sus relaciones pendientes con terceros.¹³⁹

Al finalizar con el procedimiento de liquidación de una sociedad, se deberá cancelar la inscripción del documento social en el Registro Público de Comercio.

Así mismo y como lo veremos más adelante el comisario no interviene en la liquidación, en virtud de que la Sociedad ya no se encuentra trabajando de manera normal y los administradores a los que vigilaba el comisario terminaron su encargo y en éste periodo de liquidación son los liquidadores quienes persiguen el cierre definitivo de las operaciones sociales y a los cuales ya no vigila el comisario.

4.1.4. PROPUESTA PARA MEJORAR Y EFICIENTAR LA FIGURA DEL COMISARIO EN LA LGSM, ASÍ COMO PARA QUE SE LLEVE A CABO SU PARTICIPACIÓN EN LA FASE DE LIQUIDACIÓN DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA.

En virtud de las características básicas que debe tener el órgano de vigilancia o comisario y a efecto de hacer más transparentes sus funciones dentro de la sociedad anónima, se vuelve necesario contar con las disposiciones normativas que permitan establecer las facultades, actividades y responsabilidades de éste, para lo cual, estamos convencidos de que es primordial el contar en nuestro sistema jurídico

¹³⁹ ACOSTA ROMERO MIGUEL Y OTROS, NUEVO DERECHO MERCANTIL, Op. Cit., Pág. 465.

mercantil con disposiciones que regulen lo siguiente: La importancia de la función de vigilancia en las sociedades mercantiles; la veracidad de la información presentada a la Asamblea General de Accionistas por el Consejo de Administración; la presentación de la información financiera de la sociedad que refleje conforme a la técnica contable veracidad y confianza ante terceros interesados en formar parte en la sociedad.

Otros aspecto que debería ser regulado es que como se ha desarrollado en páginas anteriores, uno de los requisitos para desempeñar el cargo de comisario es el de no tener parentesco con el administrador por lo que no podrán desempeñar el cargo de comisario: Los parientes consanguíneos de los administradores en línea recta sin limitación de grado, los colaterales dentro del cuarto grado y los afines dentro del segundo, ello puesto que se presume no gozan de la independencia necesaria para desempeñar el cargo. Con lo anterior estamos totalmente de acuerdo ya que al parecer con esta disposición se trata de que no existan intereses entre los comisarios y administradores que vayan en detrimento ya sea de la sociedad o de terceras personas, pero creemos al igual que otros autores que debieran aumentarse dentro de la legislación que serán inhabilitados para desempeñar el cargo de comisario el pariente del socio principal, de algún director, o bien del administrador o empleado del cliente que tenga intervención importante en la administración o en las cuentas del propio cliente, ello nos serviría para darle mayor independencia a la figura del comisario que como ya lo vimos es una de las características de éste. Con esta postura se lograría que el comisario tenga total independencia al realizar su función.

Asimismo, consideramos que el cargo de comisario debería ser desempeñado por una persona extraña a la sociedad y no por algún socio, ello con el objeto de dar a terceros mejor confianza en la presentación de su informe a la Asamblea General de Accionistas y buscar con ello independencia ante aquellos que lo nombraron. Esta persona deberá estar en ejercicio independiente de su profesión y además deberá desempeñar sus actividades en beneficio de la sociedad.

Como se contempla actualmente al comisario en la sociedad anónima en la LGSM, en la mayoría de las ocasiones resulta que es un órgano inútil, ya que en la práctica, se trata de designar como tal a un compadre de los administradores que se limita a firmar lo que le pidan y a cobrar los honorarios que se le asignan anualmente, por lo cual carece de capacidad técnica e independencia, no cumpliendo así con su función, por lo que nos parece que para que desempeñe el cargo de comisario debería exigírsele no solo la independencia sino además la capacidad técnica correspondiente y creemos que quien mejor que alguien que tenga una formación académica mínima a nivel licenciatura en contaduría pública que sea una persona especializada en la materia contable.

El punto anterior es relevante toda vez que la mayor parte de las actividades desempeñadas por el comisario en cualesquiera de las sociedades mercantiles, son primordialmente para ser aplicada por un Licenciado en Contaduría, por lo que en ejercicio de su profesión es necesario que la función del comisario recaiga en una persona competente para tal fin.

Nos parece que la ley debería ser más clara y específica ya que aunque existe en la práctica la designación de los comisarios suplentes en la escritura constitutiva, en la cual se establece que por cada comisario propietario se designará un suplente, quien entrará en funciones en caso de revocación, muerte o impedimento de los propietarios, no establece un sistema de designación provisional extraordinaria de los comisarios como en el caso de los administradores en donde si lo hace ya que si es revocado el nombramiento de los administradores serán los comisarios quienes podrán designar con carácter de provisional a éstos, por lo cual consideramos que lo mismo debería ocurrir en el caso de los comisarios quienes serían designados de manera provisional por la asamblea de accionistas.

Nos parece que las minorías deberían contar con una representación, en cuanto al nombramiento de comisario que como se encuentra regulado en nuestra legislación solo se podría en el caso de que la minoría que represente el veinticinco por ciento del

capital social tendrá derecho a nombrar un comisario, solo si éstos son tres o más, el problema radica en que de no cubrir este veinticinco por ciento dicha minoría quedaría sin representación, por lo cual debería establecerse un porcentaje menor para que fuera más fácil para la minoría alcanzarlo, por ejemplo un diez por ciento además no solo debería preverse representación de las minorías cuando se establezca que habrá más de tres comisarios, consideramos que deberían contar con esa representación siempre.

En cuanto al informe del comisario se deben emitir disposiciones que impongan sanciones mas severas derivadas de la responsabilidad que debe asumir el comisario en la elaboración de su informe, puesto que éste sirve para la aprobación de resultados y gestiones que presentan los administradores y para las personas interesadas en la sociedad es el sustento técnico legal para tomar una participación correcta en la sociedad porque resulta que en la actualidad es difícil encontrarse con demandas por daños y perjuicios en contra de los comisarios derivadas de la falsedad de su informe.

La persona que sea designada para ocupar el cargo de comisario de una sociedad, debería estar registrada oficialmente por las autoridades hacendarias como personas altamente capacitadas en el campo de la contaduría pública y tener integridad moral para desempeñar dicho cargo. Con ello se busca que las personas a quien se les encomiende el cargo de comisario tengan mayor credibilidad ante terceros en la expedición de su dictamen.

Cuando nos referimos a la parte relativa a la liquidación observamos que la ley es omisa en cuanto a como se pagarán los gastos derivados de la liquidación como son el pago a los liquidadores, los gastos de cancelación en el Registro Público del Comercio, los créditos con cobro a largo plazo y la obligación de los liquidadores de conservar los libros de la sociedad durante los siguientes diez años después de que haya sido liquidada la Sociedad todo ello ocasiona gastos y problemas, por ejemplo en el último al que aludimos, lo correcto sería depositarlos en un almacén general de depósito, en virtud de que sería ilógico que aunque es obligación de el liquidador

guardarlos, éste lo hiciera en su casa u oficina, puesto que a veces la cantidad de documentos es muy grande, por lo tanto se debería contemplar el pago del Almacén que se pagaría con el remanente que arroje el balance final de liquidación, pero muchas veces no se cuenta con activos líquidos para cubrir dichos gastos y por lo tanto los socios y la ley lo deberían contemplar, además de que si no es así puede ser que la sociedad sea abandonada, porque no pueden cubrir los gastos o por que no les pagan sus honorarios.

En cuanto a los requisitos para ser liquidadores, cabe destacar que la ley no los menciona y tampoco establece cierto perfil, lo cual consideramos de suma importancia ya que no todas las personas cuentan con los conocimientos contables, administrativos y legales que se requieren, por lo tanto debería establecerse que éste cargo sea desempeñado ya sea por un contador público o por un licenciado en derecho.

En relación a nuestra propuesta de que el comisario actúe como órgano de vigilancia en el periodo de liquidación encontramos lo siguiente:

Carvalho Yáñez inserta en su libro una jurisprudencia en la que le adiciona esta nota:

FINALMENTE LA SUPREMA CORTE HA ESCLARECIDO QUE LAS FUNCIONES DE LOS LIQUIDADORES NO QUEDAN BAJO EL SOMETIMIENTO DE LOS COMISARIOS, DADO QUE EN ESTE SUPUESTO YA NO HAY MARCHA NORMAL SOCIAL QUE VIGILAR Y POR EL CONTRARIO, LOS LIQUIDADORES DE LAS S.A. PERSIGUEN EL CIERRE DEFINITIVO DE LAS OPERACIONES SOCIALES.¹⁴⁰

Instancia: Tercera Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Parte L;

Página 923.

LIQUIDADORES Y COMISARIOS DE UNA SOCIEDAD, FACULTADES DE LOS.- En el Código de Comercio, no existe disposición alguna que obligue a los liquidadores de sociedades, a someter el balance y cuenta correspondientes, a los comisarios, sin que valga invocar la doctrina italiana para sostener lo contrario toda vez

¹⁴⁰ CARVALLO YÁNEZ ERICK, Op. Cit., P.p. 290-291

que en el Código de Comercio Italiano, existe disposición expresa al respecto, esto es, sobre que las funciones de los comisarios no terminan con el acuerdo de disolución y liquidación de la sociedad, y que los liquidadores están obligados a someterles el balance y cuentas, precepto que falta en nuestro derecho y en los códigos que se sirvieron de modelo, respecto de los cuales sostienen tanto la doctrina francesa como la belga, que la función de los comisarios termina al mismo tiempo que el encargo de los administradores, y que, consiguientemente, no existe en estos la obligación de someter a la aprobación de aquellos, el balance y cuentas.

Precedentes: Medina Alonso Armando y Coags.- Pág. 923 Tomo L- 4 de noviembre de 1936 - 5 votos.¹⁴¹

Visto lo anterior podemos observar que en el momento de la liquidación de una sociedad, los liquidadores no son vigilados por los comisarios, dado que la sociedad ya no se encuentra funcionando de manera normal y lo único que persiguen es el cierre definitivo de las operaciones sociales, pero como en el Código de Comercio Italiano, en nuestro derecho debería contemplarse que las funciones de los comisarios no terminen con el acuerdo de disolución y liquidación de la sociedad, y que los liquidadores estén obligados a someter el balance y cuentas de la sociedad a los comisarios. Además también la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, tomando en cuenta que las instituciones de fianzas se constituyen como Sociedades Anónimas, contempla en su artículo 108 que mientras dure la liquidación, los comisarios o las comisiones de vigilancia, en su caso, desempeñarán respecto de los liquidadores la misma función que cumplen respecto de los administradores de la sociedad, de lo que se desprende que los comisarios en éste caso podrán vigilar a los liquidadores como lo hacían con los administradores, además la Ley General de Sociedades Mercantiles no prohíbe expresamente que los comisarios vigilen a los liquidadores y por lo tanto debe regularse de manera expresa.

Por lo que visto lo anterior se propone crear dentro de la LGSM, en el capítulo de la sociedad anónima en su cuarta sección denominada de la vigilancia de la sociedad una sección más completa llamada del órgano de vigilancia en la sociedad anónima, la cual quedaría de la siguiente manera:

¹⁴¹ Véase página electrónica: <http://www.scjn.gob.mx/inicial.asp>

CAPITULO V. DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.**SECCIÓN CUARTA. DEL ÓRGANO DE VIGILANCIA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA**

Artículo 162.- *El nombramiento de uno o más comisarios deberá establecerse en la escritura constitutiva de la sociedad anónima.*

Artículo 163.- *Las minorías deberán nombrar a un comisario cuando representen el 10 por ciento del capital social.*

Artículo 164.- *La vigilancia de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios Comisarios, temporales y revocables, quienes deberán ser personas extrañas a la sociedad, mismas que deberán contar con un título Licenciado en Contaduría Pública, además de estar debidamente registrados ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.*

Artículo 165.- *No podrán ser comisarios:*

I.- Los que conforme a la Ley estén inhabilitados para ejercer el comercio;

II.- Los empleados de la sociedad, los empleados de aquellas sociedades que sean accionistas de la sociedad en cuestión por más de un veinticinco por ciento del capital social, ni los empleados de aquellas sociedades de las que la sociedad en cuestión sea accionista en más de un cincuenta por ciento.

III.- Los parientes consanguíneos de los Administradores, en línea recta sin limitación de grado, los colaterales dentro del cuarto y los afines dentro del segundo, los parientes del accionista mayoritario, de los directores, del administrador o empleado del cliente de la sociedad que tenga intervención importante en la administración o cuentas del cliente.

Artículo 166.- *Son facultades y obligaciones de los comisarios:*

I.- Cerciorarse de la constitución y subsistencia de la garantía que exige el artículo 152, dando cuenta sin demora de cualquiera irregularidad a la Asamblea General de Accionistas;

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

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 que la ley les impone y para poder rendir fundadamente el dictamen que se menciona en el siguiente inciso.

IV.- 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 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 suficiente la situación financiera y los resultados de la sociedad.

En el caso de que la sociedad entre en Estado de liquidación igualmente el comisario deberá seguir rindiendo su informe pero en éste caso será en relación a las acciones realizadas por los liquidadores, derivadas de la misma como son las de vigilar lo siguiente:

a.- Se concluyan las operaciones sociales que hubieren quedado pendientes al tiempo de la disolución;

b.- Que se cobre lo que se deba a la sociedad y pagar lo que ella deba;

c.- Que se efectúe la venta de los bienes de la sociedad;

d.- Que se liquide a cada socio su haber social;

e.- Además de revisar el balance final y hacerle las observaciones que estime pertinentes antes de que sea sometido a la discusión y aprobación de los socios.

V.- Hacer que se inserten en la Orden del Día de las sesiones del Consejo de Administración y de las Asambleas de Accionistas, los puntos que crean pertinentes;

VI.- Convocar a Asambleas ordinarias y extraordinarias de accionistas, en caso de omisión de los Administradores y en cualquier otro caso en que lo juzguen conveniente;

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

VIII.- *Asistir, con voz pero sin voto, a las Asambleas de Accionistas, y*

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

Artículo 166 BIS.- En los casos de revocación del nombramiento de los comisarios, se observarán las siguientes reglas:

I.- Si fueren varios los comisarios y sólo se revocaren los nombramientos de algunos de ellos, los restantes desempeñaran el cargo del faltante, y

II.- Cuando se revoque el nombramiento del comisario, cuando éste sea único, o cuando habiendo varios comisarios se revoque el nombramiento de todos, la asamblea de accionistas designarán con carácter provisional a los comisarios faltantes.

Iguales reglas se observarán en los casos de que la falta de los comisarios sea ocasionada por muerte, impedimento u otra causa.

Artículo 167.- *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 pertinentes.*

Artículo 168.- *Cuando por cualquier causa faltare la totalidad de los Comisarios, el Consejo de Administración deberá convocar, en el término de tres días, a Asamblea General de Accionistas, para que ésta haga la designación correspondiente.*

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

En el caso de que no se reuniera la Asamblea o de que reunida no se hiciere la designación, la autoridad judicial del domicilio de la sociedad, a solicitud de cualquier accionista, nombrará los Comisarios, quienes funcionarán hasta que la Asamblea General de Accionistas haga el nombramiento definitivo.

Artículo 169.- *Los comisarios serán individualmente responsables para con la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen. Podrán, sin embargo, auxiliarse y apoyarse en el trabajo de personal que actúe bajo su dirección y dependencia o en los servicios de técnicos o profesionistas independientes cuya contratación y designación dependa de los propios comisarios, aunque queda expresamente prohibido a los comisarios delegar su encargo a otra persona.*

Además los comisarios incurrirán en responsabilidad cuando la información o el mismo informe que rinde el comisario resulte erróneo o falso.

Artículo 170.- Los Comisarios que en cualquiera operación tuvieren un interés opuesto al de la sociedad, deberán abstenerse de toda intervención, bajo la sanción establecida en el artículo 156.

Artículo 171.- Son aplicables a los Comisarios las disposiciones contenidas en los artículos 144, 152, 154, 160, 161, 162 y 163.

Artículo 172.- Las sociedades anónimas, bajo la responsabilidad de sus administradores, presentarán a la Asamblea de Accionistas, anualmente, un informe que incluya por lo menos:...

A la información anterior se agregará el informe de los comisarios a que se refiere la fracción IV del artículo 166.

Artículo 173.- El informe del que habla el enunciado general del artículo anterior, incluido el informe de los comisarios, deberá quedar terminado y ponerse a disposición de los accionistas por lo menos quince días antes de la fecha de la asamblea que haya de discutirlo. Los accionistas tendrán derecho a que se les entregue una copia del informe correspondiente.

Artículo 176.- 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 Consejo de Administración, o de los Comisarios, sin perjuicio de que se les exijan las responsabilidades en que respectivamente hubieren incurrido.

Artículo 177.- Quince días después de la fecha en que la asamblea general de accionistas haya aprobado el informe a que se refiere el enunciado general del artículo 172, deberán mandarse publicar los estados financieros incluidos en el mismo, juntamente con sus notas y el dictamen del comisario, en el periódico oficial de la entidad en donde tenga su domicilio la sociedad, o, si se trata de sociedades que tengan oficinas o dependencias en varias entidades, en el Diario Oficial de la Federación. Se depositará copia autorizada del mismo en el Registro Público de Comercio. Si se hubiere formulado en término alguna oposición contra la aprobación del balance por la Asamblea General de Accionistas, se hará la publicación y depósito con la anotación relativa al nombre de los opositores y el número de acciones que representen.

Artículo 181.- 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 la orden del día, de los siguientes:

I.- Discutir, aprobar o modificar el informe de los administradores a que se refiere el enunciado general del artículo 172, tomando en cuenta el informe de los comisarios, y tomar las medidas que juzgue oportunas.

II.- En su caso, nombrar al Administrador o Consejo de Administración y a los Comisarios;

III.- Determinar los emolumentos correspondientes a los Administradores y Comisarios, cuando no hayan sido fijados en los estatutos.

Artículo 183.- La convocatoria para las asambleas deberá hacerse por el Administrador o el Consejo de Administración, o por los Comisarios, salvo lo dispuesto en los artículos 168, 184 y 185.

Artículo 184.- Los accionistas que representen por lo menos el treinta y tres por ciento del capital social, podrán pedir por escrito, en cualquier tiempo, al Administrador o Consejo de Administración o a los Comisarios, la Convocatoria de una Asamblea General de Accionistas, para tratar de los asuntos que indiquen en su petición.

Si el Administrador o Consejo de Administración, o los Comisarios se rehusaren a hacer la convocatoria, o no lo hicieren dentro del término de quince días desde que hayan recibido la solicitud, la convocatoria podrá ser hecha por la autoridad judicial del domicilio de la sociedad, a solicitud de quienes representen el treinta y tres por ciento del capital social, exhibiendo al efecto los títulos de las acciones.

Artículo 185.- La petición a que se refiere el artículo anterior, podrá ser hecha por el titular de una sola acción, en cualquiera de los casos siguientes:

I.- Cuando no se haya celebrado ninguna asamblea durante dos ejercicios consecutivos;

II.- Cuando las asambleas celebradas durante ese tiempo no se hayan ocupado de los asuntos que indica el artículo 181.

Si el Administrador o Consejo de Administración, o los Comisarios se rehusaren a hacer la convocatoria, o no la hicieren dentro del término de quince días desde que hayan recibido la solicitud, ésta se formulará ante el Juez competente para que haga la convocatoria, previo traslado de la petición al Administrador o Consejo de Administración y a los Comisarios. El punto se decidirá siguiéndose la tramitación establecida para los incidentes de los juicios mercantiles.

Artículo 192.- Los accionistas podrán hacerse representar en las Asambleas por mandatarios, ya sea que pertenezcan o no a la sociedad. La representación deberá conferirse en la forma que prescriban los estatutos y a falta de estipulación, por escrito.

No podrán ser mandatarios los Administradores ni los Comisarios de la sociedad.

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

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

Las actas de las Asambleas Extraordinarias serán protocolizadas ante Notario e inscritas en el Registro Público de Comercio.

Artículo 197.- Los administradores y los comisarios no podrán votar en las deliberaciones relativas a la aprobación de los informes a que se refieren los artículos 166 en su fracción IV y 172 en su enunciado general o a su responsabilidad.

En caso de contravención esta disposición, la resolución será nula cuando sin el voto del Administrador o Comisario no se habría logrado la mayoría requerida.

Artículo 201.- Los accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital social podrán oponerse judicialmente a las resoluciones de las Asambleas Generales, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos:

I.- Que la demanda se presente dentro de los quince días siguientes a la fecha de clausura de la Asamblea;

II.- Que los reclamantes no hayan concurrido a la Asamblea o hayan dado su voto en contra de la resolución, y

III.- Que la demanda señale la cláusula del contrato social o el precepto legal infringido y el concepto de violación.

No podrá formularse oposición judicial contra las resoluciones relativas a la responsabilidad de los Administradores o de los Comisarios.

En el caso de la liquidación quedaría de la misma manera pero adicionándole algunos párrafos que incorporarían al comisario dentro de la liquidación.

CAPITULO XI. DE LA LIQUIDACIÓN DE LAS SOCIEDADES.

Artículo 234.- Disuelta la sociedad, se pondrá en liquidación.

Artículo 235.- La liquidación estará a cargo de uno o más liquidadores, quienes serán representantes legales de la sociedad y responderán por los actos que ejecuten excediéndose de los límites de su encargo.

Artículo 235 BIS.- El comisario rendirá su informe como lo venía haciendo antes de que la Sociedad entrara en liquidación, es decir cuando se encontraba funcionando de manera normal, ello con el fin de vigilar que los liquidadores lleven a cabo sus funciones sin excederse de los límites que les marca su encargo.

Artículo 236.- A falta de disposición del contrato social, el nombramiento de los liquidadores se hará por acuerdo de los socios, tomado en la proporción y forma que esta Ley señala, según la naturaleza de la sociedad, para el acuerdo sobre disolución. La designación de liquidadores deberá hacerse en el mismo acto en que se acuerde o se reconozca la disolución. En los casos de que la sociedad se disuelva por la expiración del plazo o en virtud de sentencia ejecutoriada, la designación de los liquidadores deberá hacerse inmediatamente que concluya el plazo o que se dicte la sentencia.

Si por cualquier motivo el nombramiento de los liquidadores no se hiciera en los términos que fija este artículo, lo hará la autoridad judicial en la vía sumaria, a petición de cualquier socio.

Artículo 237.- Mientras no haya sido inscrito en el Registro Público de Comercio el nombramiento de los liquidadores y éstos no hayan entrado en funciones, los administradores continuarán en el desempeño de su encargo.

Artículo 238.- El nombramiento de los liquidadores podrá ser revocado por acuerdo de los socios, tomado en los términos del artículo 236 o por resolución judicial, si cualquier socio justificare, en la vía sumaria, la existencia de una causa grave para la revocación.

Los liquidadores cuyos nombramientos fueren revocados, continuarán en su encargo hasta que entren en funciones los nuevamente nombrados.

Artículo 239.- Cuando sean varios los liquidadores, éstos deberán obrar conjuntamente.

Artículo 240.- La liquidación se practicará con arreglo a las estipulaciones relativas del contrato social o a la resolución que tomen los socios al acordarse o reconocerse la disolución de la sociedad. A falta de dichas estipulaciones, la liquidación se practicará de conformidad con las disposiciones de este capítulo.

Artículo 241.- Hecho el nombramiento de los liquidadores, los Administradores les entregarán todos los bienes, libros y documentos de la sociedad, levantándose en todo caso un inventario del activo y pasivo sociales.

Artículo 242.- Salvo el acuerdo de los socios o las disposiciones del contrato social, los liquidadores tendrán las siguientes facultades:

I.- Concluir las operaciones sociales que hubieren quedado pendientes al tiempo de la disolución;

II.- Cobrar lo que se deba a la sociedad y pagar lo que ella deba;

III.- Vender los bienes de la sociedad;

IV.- Liquidar a cada socio su haber social;

V.- Practicar el balance final de la liquidación, que deberá someterse a la discusión y aprobación de los socios, en la forma que corresponda, según la naturaleza de la sociedad.

El balance final, una vez aprobado, se depositará en el Registro Público de Comercio;

VI.- Obtener del Registro Público de Comercio la cancelación de la inscripción del contrato social, una vez concluida la liquidación.

Artículo 243.- Ningún socio podrá exigir de los liquidadores la entrega total del haber que le corresponda; pero sí la parcial que sea compatible con los intereses de los acreedores de la sociedad, mientras no estén extinguidos sus créditos pasivos, o se haya depositado su importe si se presentare inconveniente para hacer su pago.

El acuerdo sobre distribución parcial deberá publicarse en el Periódico Oficial del domicilio de la sociedad, y los acreedores tendrán el derecho de oposición en la forma y términos del artículo 9o.

Artículo 244.- Las sociedades, aún después de disueltas, conservarán su personalidad jurídica para los efectos de la liquidación.

Artículo 245.- Los liquidadores mantendrán en depósito, durante diez años después de la fecha en que se concluya la liquidación, los libros y papeles de la sociedad.

El depósito será efectuado en un Almacén General de Depósito y el pago al depositario le será pagado con el remanente que arroje el balance final.

Artículo 246.- En la liquidación de las sociedades en nombre colectivo, en comandita simple o de responsabilidad limitada, una vez pagadas las deudas

sociales, la distribución del remanente entre los socios, si no hubiere estipulaciones expresas, se sujetará a las siguientes reglas:

I.- Si los bienes en que consiste el haber social son de fácil división, se repartirán en la proporción que corresponda a la representación de cada socio en la masa común;

II.- Si los bienes fueren de diversa naturaleza, se fraccionarán en las partes proporcionales respectivas, compensándose entre los socios las diferencias que hubiere;

III.- Una vez formados los lotes, el liquidador convocará a los socios a una junta en la que les dará a conocer el proyecto respectivo; y aquéllos gozarán de un plazo de ocho días hábiles a partir del siguiente a la fecha de la junta, para exigir modificaciones, si creyeren perjudicados sus derechos;

IV.- Si los socios manifestaren expresamente su conformidad o si, durante el plazo que se acaba de indicar, no formularen observaciones, se les tendrán por conformes con el proyecto, y el liquidador hará la respectiva adjudicación, otorgándose, en su caso, los documentos que procedan;

V.- Si, durante el plazo a que se refiere la fracción III, los socios formularen observaciones al proyecto de división, el liquidador convocará a una nueva junta, en el plazo de ocho días, para que, de mutuo acuerdo, se hagan al proyecto las modificaciones a que haya lugar; y si no fuere posible obtener el acuerdo, el liquidador adjudicará el lote o lotes respecto de los cuales hubiere inconformidad, en común a los respectivos socios, y la situación jurídica resultante entre los adjudicatarios se regirá por las reglas de la copropiedad;

VI.- Si la liquidación social se hiciere a virtud de la muerte de uno de los socios, la división o venta de los inmuebles se hará conforme a las disposiciones de esta Ley, aunque entre los herederos haya menores de edad.

Artículo 247.- En la liquidación de las sociedades anónimas y en comandita por acciones, los liquidadores procederán a la distribución del remanente entre los socios con sujeción a las siguientes reglas:

I.- En el balance final se indicará la parte que a cada socio corresponda en el haber social;

II.- Dicho balance se publicará por tres veces, de diez en diez días, en el Periódico Oficial de la localidad en que tenga su domicilio la sociedad.

El mismo balance quedará, por igual término, así como los papeles y libros de la sociedad, a disposición de los accionistas, quienes gozarán de un plazo de quince días a partir de la última publicación, para presentar sus reclamaciones a los liquidadores.

III.- Transcurrido dicho plazo, los liquidadores convocarán a una Asamblea General de Accionistas para que apruebe en definitiva el balance. Esta Asamblea será presidida por uno de los liquidadores.

IV.- El comisario en la presentación de su informe deberá emitir su opinión y observaciones en relación al balance final que preparan los liquidadores.

Artículo 248.- Aprobado el balance general, los liquidadores procederán a hacer a los accionistas los pagos que correspondan, contra la entrega de los títulos de las acciones.

Artículo 249.- Las sumas que pertenezcan a los accionistas y que no fueren cobradas en el transcurso de dos meses, contados desde la aprobación del balance final, se depositarán en una institución de crédito con la indicación del accionista. Dichas sumas se pagarán por la institución de crédito en que se hubiese constituido el depósito.

CONCLUSIONES

Después de haber hecho el análisis correspondiente al comisario, desde sus orígenes tanto en México como en el mundo, su desarrollo, sus características y su actuación dentro de la liquidación, las conclusiones del presente trabajo son las siguientes:

PRIMERA.- El Comisario en México es un órgano primordial, encargado de la vigilancia de la Sociedad Anónima, en virtud de que su actividad consistente en vigilar el buen funcionamiento de la sociedad, ayuda a cuidar los intereses tanto de las personas que integran la sociedad como de los terceros interesados.

SEGUNDA.- En cuanto a la naturaleza jurídica del comisario hay que destacar que no se trata de un mandato, ni de una representación, sino más bien se trata de un órgano de visión y denuncia en el ámbito interno de la sociedad, puesto que el comisario observa una conducta ética como profesional, cuenta con independencia económica que se deriva de la remuneración económica que percibe por sus servicios, es insustituible en virtud de que solo él puede llevar a cabo el encargo que le fue encomendado y finalmente por la exigencia de contar con título que acredite sus conocimientos. En cuanto a éste último punto debería ser obligatorio para los comisarios no solo que contaran con título, sino que éste fuera de licenciado en contaduría.

TERCERA.- Para que la función que realiza el comisario se lleve a cabo lo mejor posible, el mismo comisario deberá contar con la independencia necesaria, para que sus dictámenes sean lo más verídico posibles, para que la información que reciban los socios les sea útil y veraz.

CUARTA.- Los comisarios pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad, en virtud de que los accionistas muchas veces no son peritos en tales menesteres.

QUINTA.- La vigilancia de la sociedad no puede ser ilimitada puesto que nadie está obligado a lo imposible y el comisario difícilmente estaría en posibilidad de ejercer una vigilancia directa, total y por lo tanto ilimitada de una entidad.

SEXTA.- El nombramiento de comisario se puede revocar con causa y sin causa, pero en éste último caso el comisario puede llevar a cabo el ejercicio de la acción por daños y perjuicios en contra de la sociedad.

SÉPTIMA.- Los comisarios por ningún motivo podrán delegar el cargo, aunque podrán auxiliarse y apoyarse en el trabajo del personal que actúe bajo su dirección y dependencia o en su caso en servicios de técnicos o profesionistas independientes, cuya contratación y designación dependa de los comisarios, aunque estos gastos sean pagados por la sociedad.

OCTAVA.- Aunque uno de los requisitos para desempeñar el cargo de comisario es el de no tener relación de parentesco con los administradores en línea recta sin limitación de grado, colaterales dentro del cuarto grado y afines dentro del segundo, se omitió mencionar al pariente del socio principal, de algún director, administrador o empleado del cliente que tenga intervención importante en la administración o cuentas del cliente, esto debería aumentarse si tomamos en cuenta que esta disposición daría mayor independencia a la función de los comisarios.

NOVENA.- En cuanto a la designación de los comisarios, éstos son nombrados por los accionistas en la escritura constitutiva o por asamblea ordinaria (anual o cuando sea necesario), aunque en ciertos casos también lo puede hacer la autoridad judicial, por otro lado en la práctica dentro de la escritura constitutiva de la sociedad se establece que por cada comisario propietario se nombrará un suplente que entrará en funciones en caso de revocación, muerte o impedimento definitivo de los propietarios. Finalmente las minorías también cuentan con derecho a nombrar a un comisario, si se trata de tres o más (esto es muy raro que se de en la práctica) o si tal minoría representa el veinticinco o diez por ciento del capital social según sea el caso.

DÉCIMA.- El comisario deberá ser retribuido por las funciones que desempeña, ya sea que se le pague un sueldo o que se le de una participación, aunque éste podría renunciar a ambos.

DÉCIMA PRIMERA.- Aunque en la LGSM no se contemplan las formas de terminación del cargo se infiere que son: a) la revocación del nombramiento, b) la muerte, c) la renuncia, d) el incurrir en responsabilidad, e) el transcurso del plazo, f) Incurrir en las causas de incompatibilidad previstas en el artículo 165 de la ley, g) fusión de la sociedad, y h) las previstas en el documento social.

DÉCIMA SEGUNDA.- Por lo expuesto en el presente trabajo y por la función misma y sus requerimientos, el cargo de comisario nos parece que debería recaer de manera exclusiva, en un contador público titulado, que cuente con los conocimientos suficientes como para llevar a cabo su informe, tomado en cuenta los estados financieros, las políticas y criterios contables, etc., lo cual ayudaría a una mejor planeación y no solo se implantaría en la sociedad el órgano de vigilancia para cumplir con el requisito que establece la ley.

DÉCIMA TERCERA.- La disolución es considerada como la situación de la sociedad que pierde su capacidad jurídica para llevar a cabo el fin para el que fue creada y únicamente permanece para que se pueda llevar a cabo la disolución de los vínculos establecidos por la sociedad.

DÉCIMA CUARTA.- Tomando en consideración que la disolución es la resolución del negocio social, en la que pierde su capacidad para llevar a cabo nuevas operaciones, pero subsiste para resolver en la liquidación los vínculos jurídicos establecidos por la sociedad, tanto con los socios, como por terceros.

DÉCIMA QUINTA.- Existen dos tipos de disolución, la primera y no tan importante es la parcial en la cual, aunque se separan uno o varios socios de la

sociedad, esto no afecta la vida normal de la misma, no así en la total en la cual si se afecta puesto que se da la cesación del objeto social.

DÉCIMA SEXTA.- Por liquidación entenderemos el procedimiento que sigue a la disolución, en el cual se hace posible la terminación de las relaciones entre los socios y la división del capital social.

DECIMA SÉPTIMA.- El comisario es un órgano necesario que debería estar presente cuando la sociedad funciona normalmente, en la disolución y liquidación, ejerciendo la función de vigilancia para que cada una de estas etapas se lleven a cabo lo mejor posible.

BIBLIOGRAFÍA

- **ACOSTA ROMERO MIGUEL Y OTROS, NUEVO DERECHO MERCANTIL, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México 2003.**
- **ACOSTA ROMERO MIGUEL Y OTROS, TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES CON ÉNFASIS EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA, 1ª Edición, Editorial Porrúa, México 2001.**
- **AMEZCUA BARBACHANO, R., FUNCIONES DEL COMISARIO EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA, México 1943, Tesis Inédita para obtener el título de Licenciado en Derecho.**
- **ATHIÉ GUTIÉRREZ AMADO, DERECHO MERCANTIL, Editorial McGraw Hill, México 1999.**
- **BARRERA GRAFF JORGE, INSTITUCIONES DEL DERECHO MERCANTIL, Editorial Porrúa, México 1999.**
- **BARRERA GRAFF JORGE, TRATADO DE DERECHO MERCANTIL, Editorial. Porrúa, México 1957.**
- **CARVALLO YÁNEZ ERICK, PRÁCTICA CORPORATIVA JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS, 1ª Edición, Editorial Porrúa, México 2001**
- **CASTELL RODRÍGUEZ PEDRO HEBER, EL COMISARIO COMO ORGANO DE VIGILANCIA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA, Facultad de Derecho, México 1985, Tesis Inédita para obtener el título de Licenciado en Derecho.**

- **CERVANTES AHUMADA RAÚL, DERECHO MERCANTIL, 2ª Edición,**
Editorial Porrúa, México 2002.
- **DE PINA VARA RAFAEL, ELEMENTOS DEL DERECHO MERCANTIL,**
26ª Edición, Editorial Porrúa, México 1998.
- **DÍAZ BRAVO ARTURO, DERECHO MERCANTIL,** Editorial Iure, México 2000.
- **ESTRADA FLORES HÉCTOR, ANÁLISIS DE LA FUNCIONALIDAD DEL COMISARIO EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN MÉXICO,** ENEP Acatlán, México 1999, Tesis Inédita para obtener el título de Licenciado en Derecho.
- **FRISCH PHILIPP WALTER, SOCIEDAD ANÓNIMA MEXICANA, 3ª Edición,**
Editorial Harla, México 1994.
- **GARCÍA LÓPEZ JOSÉ R. Y OTROS, CURSO DE DERECHO MERCANTIL,**
Editorial Porrúa, México 2003.
- **GARCÍA RENDÓN MANUEL, SOCIEDADES MERCANTILES,** Editorial Harla, México 1993.
- **GARRIGUEZ GARRIGUEZ JOAQUÍN, CURSO DE DERECHO MERCANTIL,** 9ª Edición, Editorial Porrúa, México 1998.
- **GOMEZ ARIZMENDI ENRIQUE, DERECHO MERCANTIL, 4ª Edición,**
editorial UAEM, México 2002.
- **MANTILLA MOLINA ROBERTO L, DERECHO MERCANTIL, 29ª Edición,**
Editorial Porrúa, México 2001.

- **RAMÍREZ VALENZUELA ALEJANDRO, DERECHO MERCANTIL Y DOCUMENTACIÓN**, 7ª Edición, Editorial Limusa, México 1987.
- **RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ JOAQUÍN, DERECHO MERCANTIL**, 24ª Edición, Editorial Porrúa, México 1999.
- **RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ JOAQUÍN, TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES**, 7ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2001
- **SÁNCHEZ MEDAL RAMÓN, DE LOS CONTRATOS CIVILES**, 19ª Edición, Editorial Porrúa, México 2002.
- **TREVIÑO GARCÍA RICARDO, LOS CONTRATOS CIVILES Y SUS GENERALIDADES**, 6ª Edición, Editorial McGraw – Hill, México 2002.
- **VÁZQUEZ DEL MERCADO OSCAR, ASAMBLEAS, FUSIÓN, LIQUIDACIÓN Y ESCISIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES**, 8ª Edición, Editorial Porrúa, México 2001.
- **VICENT CHULIÁ FRANCISCO, INTRODUCCIÓN AL DERECHO MERCANTIL**, 12ª, Edición, Valencia 1999.
- **ZAMORA Y VALENCIA, MIGUEL A., CONTRATOS CIVILES**, 6ª Edición, Editorial Porrúa, México 1997.

HEMEROGRAFÍA

- **LEON TOVAR SOYLA H.** "EL ÓRGANO DE VIGILANCIA EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS" CUADERNOS DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Ed. UNAM, N. 2, Septiembre – Diciembre, 2002.

- **MORA BONILLA RÓMULO** "PROFESIONALIZACIÓN DEL COMISARIO: PROPUESTA" REVISTA NUEVO CONSULTORIO FISCAL, Ed. Facultad de Contaduría y Administración (UNAM), N. 193, Septiembre 1997.

DICCIONARIOS Y OTRAS FUENTES

- **DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS**, 10ª Edición, Tomo A-CH, Editorial Porrúa, México 1997
- **DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS**, 13ª Edición, Tomo J-O, Editorial Porrúa, México 1999
- **DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS**, 10ª Edición, Tomo P-Z, Editorial Porrúa, México 1997.

LEGISLACIÓN

- Código Civil Federal
- Código Civil del Distrito Federal
- Código Penal Federal
- Ley de Concursos Mercantiles
- Ley General de Sociedades Mercantiles

PÁGINAS ELECTRÓNICAS

- www.lmcp.org.mx
- [www.lmcp.org.mx/pdf/revista/200207_28 a 30.pdf](http://www.lmcp.org.mx/pdf/revista/200207_28%20a%2030.pdf)
- <http://www.igsap.map.es/cia/dispo/ccomercio.htm>
- <http://www.laopinion-rafaela.com.ar/opinion/2004/03/21/r432103.htm>
- <http://www.scjn.gob.mx/inicial.asp>
- <http://www.societario.com/estudiantes/HistoriaSociedadesComerciales.htm>
- <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?Mlval=ppal>
- <http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/E/SdeRL-Espinosa.htm>
- <http://www.uv.mx/bvirtual/>