



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

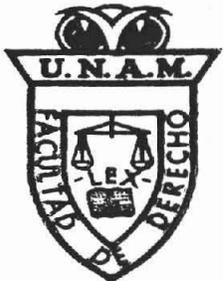
FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

EL COMISARIO EN LA SOCIEDAD ANONIMA Y LA CONVENIENCIA DE SU PERMANENCIA EN LA FASE DE LIQUIDACION



T E S T I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ANA FLORES MENDOZA



ASESOR: PROFESOR JORGE ZALDIVAR VAZQUEZ

MEXICO, D. F.

2005

m349924



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION ESCOLAR
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
P R E S E N T E .

La alumna: ANA FLORES MENDOZA, realizó bajo la supervisión de este Seminario el trabajo titulado: "EL COMISARIO EN LA SOCIEDAD ANONIMA Y LA CONVENIENCIA DE SU PERMANENCIA EN LA FASE DE LIQUIDACION", con la asesoría del LIC. JORGE ZALDIVAR VAZQUEZ, que presentará como tesis para obtener el título de Licenciada en Derecho.

El mencionado asesor nos comunica que el trabajo realizado por dicha alumna reúne los requisitos reglamentarios aplicables, para los efectos de su aprobación formal.

En vista de lo anterior, comunico a usted que el trabajo de referencia puede ser sometido a la consideración del H. Jurado que habrá de calificarlo.

Por sesión del día 3 de febrero de 1998 del Consejo de Directores de Seminario se acordó incluir en el oficio de aprobación de tesis la siguiente leyenda que se hace del conocimiento del sustentante:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad".

Atentamente,
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU".
Ciudad Universitaria, a 10 de agosto de 2005.

DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON PEDRERO.
DIRECTOR.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

c.c.p. Secretaría General de la Facultad de Derecho.
c.c.p. Archivo Seminario.
c.c.p. Alumna.
AFMP/rga

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.
NOMBRE: Ana Flores Mendoza

FECHA: 17 de NOVIEMBRE
FIRMA: [Firma]

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO
POR LA OPORTUNIDAD DE FORMARME COMO ESTUDIANTE Y
PROFESIONISTA.**

**A MI MADRE-----
POR DARMÉ SU AMOR, SU APOYO, SU ESFUERZO Y SU
INMENSA COMPRESIÓN, PARA CULMINAR CON MIS -
METAS MAS IMPORTANTES.**

**AL LICENCIADO, PROFESOR Y AMIGO: JORGE ZALDI
VAR VAZQUEZ, CON RESPETO, AGRADECIMIENTO Y
PACIENCIA, PARA PODER TERMINAR ESTE TRABAJO.**

INDICE

INTRODUCCIÓN.	1
--------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO GENERALIDADES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

1.1. ANTECEDENTES.	3
1.1.1. Roma.	3
1.1.2. Italia y Holanda.	7
1.1.3. España.	11
1.1.4. México.	13
1.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO CONSTITUTIVO DE LA SOCIEDAD MERCANTIL.	15
1.3. REQUISITOS DE EXISTENCIA PARA SU CREACIÓN.	18
1.4. ANALISIS DEL ARTÍCULO 6° DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 91.	26
1.5. FUNCIÓN DE LOS FEDATARIOS PÚBLICOS PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD.	32

CAPÍTULO SEGUNDO ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

2.1. CONCEPTO DE ACCIÓN.....	36
2.2. 2.1.2. CONCEPTO DE ACCIONISTA.	39
2.2. TIPOS DE ASAMBLEA.	42
2.2.1. ORDINARIA.	44
2.2.2. EXTRAORDINARIA.	46
2.2.3. ESPECIALES.	49
2.3. PUBLICIDAD Y QUORUM.	51
2.4. ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN.	53
2.5. CONSTITUCIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.	55

CAPÍTULO TERCERO.
NATURALEZA JURÍDICA, CARACTERES Y LEGITIMACIÓN DEL COMISARIO

3.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL COMISARIO.	58
3.2. CONCEPTO DEL ÓRGANO DE VIGILANCIA.	77
3.3. NOMBRAMIENTO DEL O LOS COMISARIOS.	79
3.4. CARACTERES DEL COMISARIO.	81
3.5. LEGITIMACIÓN DEL COMISARIO.	90

CAPÍTULO CUARTO
FACULTADES Y OBLIGACIONES DEL COMISARIO

4.1. FACULTADES Y OBLIGACIONES DEL COMISARIO.	98
4.2. RESPONSABILIDADES DEL COMISARIO.	108
4.3. RESPONSABILIDADES DEL COMISARIO EN OTRAS LEGISLACIONES MERCANTILES.	111
4.4. CONVENIENCIA DE LA PERMANENCIA DEL COMISARIO EN LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.	113
CONCLUSIONES.	122
BIBLIOGRAFÍA.	127

INTRODUCCIÓN

La finalidad de la sociedad, al decretarse la disolución de la misma y como consecuencia el inicio de la liquidación, se transforma, ya que ahora los actos de la sociedad deben ir encaminados a concluir las operaciones pendientes, obtener dinero suficiente para cubrir los pasivos y repartir el patrimonio entre los socios, trayendo consigo, el cambio de los órganos sociales, substituyendo a los administradores por los liquidadores, quienes se encargan de ejecutar los actos mencionados.

En este orden de ideas, existen en la práctica múltiples circunstancias que rodean a la liquidación de una sociedad anónima, como la que son aquellas de carácter económico, que trascienden más allá de lo estrictamente jurídico y que hacen en muchas ocasiones que un procedimiento de liquidación se desarrolle por meses e incluso por años, a pesar de que la ley faculta a los socios pactar el procedimiento de liquidación al que han de sujetarse.

En el presente estudio, se estudiará la evolución del órgano de vigilancia de la sociedad anónima en las diversas legislaciones mexicanas, analizar el marco legal del órgano de vigilancia desde que se constituye la sociedad, hasta cuando llega a la fase de liquidación, destacar la importancia y la falta de normatividad que tiene el órgano de vigilancia en la sociedad anónima, tanto en la Ley General de Sociedades Mercantiles, con los estatutos de cualquier sociedad y, sobre todo comprobar la conveniencia de su permanencia en la fase de liquidación, tomando en cuenta que si bien es cierto que en los estatutos de la sociedad se puede prever una función oportuna, adecuada y eficaz del órgano de vigilancia, también lo es que todo de forma supletoria lo debería prever dicha ley con el objeto de que tal órgano practique la constitución de la sociedad hasta la fase de liquidación una vigilancia real y efectiva que traiga como consecuencia el mayor beneficio para los accionistas.

He decidido concentrar mi estudio en las sociedades anónimas, por un interés profesional, ya que se trata de una de las instituciones jurídicas que más se ha llevado a la práctica, lo que obliga a estudiar a fondo y perfeccionar las normas que la rigen, sobre todo, crear figuras que faciliten su desarrollo sin menoscabo del estado de derecho que impera en nuestro país.

Ahora bien, en el capítulo primero, se verán las generalidades de la sociedad anónima, sus antecedentes, la naturaleza jurídica del acto constitutivo de una sociedad, los requisitos para su creación de acuerdo a la Ley General de Sociedades Mercantiles y la función que tienen los fedatarios públicos en la constitución de dichas sociedades.

En el capítulo segundo, se analizarán cuales son las funciones de los órganos de la sociedad anónima, los tipos de asamblea, que tipo de problemas se ventilan, así como el quorum necesario para la integración de la asamblea.

En el subsecuente capítulo, se abordará la naturaleza jurídica, los caracteres y legitimación del comisario, partiendo para ello, desde la naturaleza jurídica, el procedimiento para el nombramiento del o los comisarios, así como su legitimación.

Por último en el capítulo cuarto, se verá cuales son las facultades y obligaciones del comisario, la responsabilidad que tiene el comisario tanto en la Ley General de Sociedades Mercantiles, como en otras leyes, y la conveniencia de la permanencia del comisario en la liquidación de la sociedad anónima.

PRIMERO GENERALIDADES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

1.1. Antecedentes.

1.1.1 Roma.

Para los romanos la figura de la sociedad no tuvo mayor relevancia por el poco interés económico que como ente dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio significaba, puesto que se ocuparon más de conquistar territorios que les generaban grandes recursos, y no por beneficios de un contrato como el de la sociedad. El antecedente de la sociedad tiene más para los de carácter mercantil que para las civiles originadas de un contrato de ésta naturaleza.

En efecto, en el primitivo Derecho romano la sociedad se configuraba únicamente como una especie de comunidad o como una institución de carácter familiar.

En la época clásica, aquella forma primitiva evolucionó para distinguir comunidad y sociedad reconociendo a ésta como a los contratos de compraventa, arrendamiento, prestación de servicios y mandato.

Desde sus orígenes, existe en la sociedad la característica de que los socios tienen algo en común, elemento que se presenta en otras instituciones jurídicas como en el matrimonio, Desde entonces se consideró a la sociedad como uno de los contratos bilaterales con posibilidades para tener más de dos socios vinculados por la confianza recíproca, relación dominada por el principio de la buena fe.

"En Roma el contrato de sociedad sólo era constitutivo de relaciones obligatorias entre los coasociados, sin tener efectos frente a terceros. Es muy

dudoso si en el Derecho romano se reconoció la personalidad jurídica de la sociedad.¹

Las instituciones previas al Derecho actual reconocieron varias formas de las sociedades del Derecho romano que poco se diferenciaron de la comunidad de bienes y de la comunidad de personas, en las que se admitía la no responsabilidad del miembro del grupo por los derechos de éste.

De la misma manera se admitió si no la idea de un sujeto abstracto, si la de una subjetividad autónoma del grupo.

El maestro Guillermo Floris Margadant señala: "La sociedad en Roma es el último de los contratos consensuales y el segundo de los contratos entre personas. Se trataba de un contrato bilateral o multilateral perfecto de buena fe."²

Las partes se obligan a hacer la aportación convenida y a cuidar los intereses de la sociedad, pero como los socios debían conocerse íntimamente, ninguno podía reclamar al otro más de lo que en vista de sus cualidades especiales, podía esperarse de él. "De ahí que cada socio respondiese sólo de la culpa *"levis in concreto"*, cada uno se asociaba con un abstracto "buen padre de familia", sino con un concreto amigo suyo cuyos defectos conocía."³

Cada socio que obtuviera una ganancia para la sociedad estaba obligado a entregar a los demás una porción de la misma. Por otro lado, cada socio estaba obligado a contribuir con las pérdidas sufridas por los demás en los negocios celebrados para la sociedad.

¹ BARRERA GRAF, Jorge. *Las Sociedades en Derecho Mexicano*, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, p. 405.

² FLORIS MARGADANT, Guillermo. *Derecho Romano*, Edit. Esfinge, México, 1968, p. 408.

³ *Ibidem*, p. 403.

La sociedad romana, salvo raras excepciones, no era una persona jurídica, un centro de imputación de derechos y obligaciones; tenía eficacia jurídica interna, no externa, los terceros únicamente tenían que ver con el socio que celebraba un negocio con ellos, repercutiendo los efectos tanto benéficos como perjudiciales, en el patrimonio del socio que lo había realizado, razón por la que debía distribuir sus ganancias y su derecho de recuperar una parte proporcional de las ganancias.

El reparto de pérdidas y ganancias se hacía por partes iguales, salvo acuerdo en contrario, y se hacía estipulando condición especial para el reparto de ganancias, las pérdidas se distribuían en la misma proporción. Igualmente, si no existía pacto en contrario.

En cuanto a la sociedad formada con un fin ilícito, el Derecho romano declaraba que '*Delictorum nulla est societas*' (una sociedad con objeto delictuoso es nula), de modo que la aportación hecha por cada socio era un pago sin causa, que podía recuperar por una "*condictio indebit* o una *condictio sine causa*".

Por regla general todos los socios tenían igual derecho de administrar la sociedad aunque en la práctica solía nombrarse a los administradores o se establecen sectores de administración, encargándose de cada sector uno o más socios.

En el Derecho romano se distinguieron los siguientes tipos de sociedades:

- a) Dos sociedades universales.
- b) Dos sociedades particulares.

Las primeras se dividían a su vez en:

1. La sociedad de todos los bienes que tuvieran los socios; por ejemplo, la formada entre los *filifamilia* que no quería dividir la herencia de su padre.

2. La *societas quaestus*, que comprendía todas las adquisiciones obtenidas por el esfuerzo propio de los socios; por tanto, no comprendía herencias, legados o donaciones. Esta sociedad era frecuente entre cónyuges.

Las sociedades particulares eran:

1. Las sociedades que tenían por objeto determinada clase de negocios por ejemplo: las que se dedicaban a la compra de objetos determinados en algún lugar o provincia y venderlos en Roma.

2. La sociedad para la explotación de una cosa determinada.

Nuevamente, resulta necesario mencionar la postura que al respecto tiene el autor Floris Margadant, quien distingue las causas por las que se extinguía la sociedad que eran las siguientes:

a) *Re*. Por pérdida de su objeto material o por imposibilidad de realizar su fin.

b) *Personae* por muerte, "*capitis diminutio*" o concurso de un socio, ya que por tratarse de un contrato *intuiti personae*, a nadie podía obligársele a continuar una sociedad de herederos del mismo difunto. Incluso la cláusula por la cual una sociedad se obligaba a continuar con los herederos de algún socio difunto era nula.

En el Derecho romano, si los socios deseaban continuar la sociedad con los herederos del difunto, necesitaba disolver la antigua sociedad y formar otra nueva.

c) *Voluntate*. Si todos los socios estaban de acuerdo en disolverla sociedad, con la novedad de que se podía liquidar por la voluntad de uno o varios socios.

d) *Acciones*, por el ejercicio de la división de división."⁴

Esta sociedad civil, que funcionaba en Roma tanto para actividades económicas y lucrativas como para cuestiones familiares, artísticas y religiosas, dio nacimiento posteriormente a las sociedades comerciales propiamente dichas cuyo fin común consistía en la especulación.

1.1.1. Italia y Holanda.

La sociedad anónima que hoy funciona en el continente europeo es una sociedad comercial basada exclusivamente en aportaciones irrevocables, con partes negociables y un deber de aportación limitado a la cantidad suscrita. Este tipo de sociedad la encontramos en las Compañías coloniales, pero las sociedades anónimas no se convierten en una institución jurídica hasta llegar el Código francés de Comercio de 1807 y a partir de ese momento la materia de sociedades anónimas se reglamentaba, a los menos en sus rasgos fundamentales, con carácter general, por lo que "...el Código francés de Comercio, pone en evidencia la importancia llamada correctamente la responsabilidad limitada del accionista."⁵

Cabe destacar que la actual sociedad anónima remonta sus orígenes en las Compañías Francoholandessa y con ellas acaba su historia.

En dichas compañías se exponía el dinero y aunque podían lograrse grandes ganancias, podía sufrir grandes pérdidas, las Compañías nacen históricamente de la *commenda* o participación tácita y de la sociedad de armadores de buques, la más antigua de todas es la Compañía holandesa de las Indias Orientales, que data de 1602, de aquí ejerce influencia en la estructura del

⁴ *Ibidem* p. 404.

⁵ ASCARELLI, Julio. *Derecho Mercantil*, Edit. Porrúa, México, 1986, pp. 139 y 140.

régimen de las Compañías. "De aquí proviene la responsabilidad limitada del accionista y la fácil negociabilidad de las acciones."⁶

En dicha sociedad anónima se era socio, miembro de la corporación; por la parte que se poseía en el capital social. Los principales armadores de la sociedad se convirtieron en gerentes de la gran Compañía y los partícipes en accionistas o miembros de la persona social. Los aspectos considerados hoy como características de la sociedad anónima sólo se fueron desarrollando como la fácil negociabilidad de las acciones.

Las acciones se extendieron exclusivamente a la orden; en los primeros tiempos. "La fórmula de endoso consistía en transcribir la acción en el libro de acciones sustituyendo el nombre de su actual propietario por el adquirente."⁷

Lentamente, la acción fue evolucionando, hasta convertirse en documento a la orden o en documento al portador; el tránsito de las acciones de a la orden o al portador fue indudablemente, lo que abrió cauce al rasgo que hoy se considera característica sustancial de la sociedad anónima, es decir la responsabilidad limitada.

"El accionista quedaba obligado a dejar su aportación en el fondo social por un lapso de dieciséis años. El carácter negociable de las acciones venía a representar, una compensación por la no reembosabilidad de las aportaciones."⁸ El accionista tenía en sus manos la posibilidad de vender la acción, realizando así su valor en dinero.

El eje en la organización de las sociedades anónimas era la Junta General de Accionistas; a través de ella ejercita el accionista sus derechos sociales de

⁶ REHME, Paul. *Historia Universal del Derecho Mercantil*, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, p. 382.

⁷ MANTILLA MOLINA, Roberto. *Derecho Mercantil*, Edit. Porrúa, México, 1996, p. 279.

⁸ GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, Edit. Porrúa, México, 1998, p. 359.

soberanía. En las Compañías Holandesas y francesas, el derecho de los socios a intervenir en la gestión de los negocios sociales residía en manos de los principales interesados.

De los destinos de la Compañía holandesa eran árbitros los principales interesados, en unión de los gerentes quienes representaban a la sociedad en sus relaciones con terceros; los principales interesados eran gerentes de la Compañía por derecho propio.

Por su parte, las Compañías Italianas presentaban su Junta General no ejerciendo ningún papel trascendente y sus principales atribuciones seguían concentradas en manos de socios de mayor cuantía. En las Compañías Francesas, aquí los principales interesados no actuaban como órgano ni en representación de la totalidad de los accionistas, sino por derecho propio. Prevalecía el carácter de asociación, desempeñaban de por vida un cargo de autoridad del que sólo se les podía despojar por razones especiales, tales como el ejercicio de empresas que competían con la sociedad, concurso de acreedores, etc. Los contables, cajeros y demás empleados de la empresa se encontraban unidos por una relación de servicios, y no con la Compañía.

Cabe manifestar que cada Compañía colonial surge con individualidad propia, las Compañías coloniales no estaban sujetas a una disciplina sino que cada uno encontraba su fundamentación en una carta de autoridad pública por la cual se definía la constitución y la personalidad de la Compañía así como las obligaciones, derechos y privilegios.

"Los nombres de acción y accionista para designar a las partes y los copartícipes son expresiones perfectamente originales; estos términos nacen en Holanda, y de aquí pasan con la organización de la Compañía, a países escandinavos, a Francia, y por último a Italia."⁹

⁹ GOLDSMITH, Roberto. *Curso de Derecho Mercantil*, 5ª ed., Edit. Esfinge, México, 1991, p. 38.

Así entonces, en las Compañías coloniales ya existían las características fundamentales que hoy son peculiares de la sociedad anónima: limitación a la responsabilidad de los socios y división del capital en acciones; esto es que las participaciones de los diversos socios se han incorporado a títulos fácilmente circulables; de este modo, las personas del socio era indiferente a la individualización de la sociedad.

La Compañía Colonial Holandesa de las Indias parece proceder del condominio naval germánico y de algunos precedentes italianos como la Casa de San Jorge, es por eso la responsabilidad limitada del Derecho marítimo en la que desarrolló así una compleja actividad comercial.

Afirma el doctrinario Ascarelli "...sus participantes eran sólo acreedores de la República de Génova y no estaban expuestos a otro riesgo que el de perder su propio crédito este se encontraba representado por títulos circulantes de comercio."¹⁰

Los portadores de títulos de la deuda pública en las ciudades italianas del renacimiento eran portadores de títulos fácilmente circulables, garantizados con el producto de determinado impuesto. Con frecuencia se reunían en asociaciones que a su vez obtuvieran la administración o la propiedad de los bienes destinados a garantizar la función de los títulos.

De esta manera los títulos continuaban otorgando obligaciones, pero pasaban a representar títulos de participación en la gestión de bienes que administrados por los propios acreedores, los garantizaban.

Por esto eran títulos de participación pero con responsabilidad limitada de los participantes. El Banco de San Jorge en Génova, constituye el ejemplo de ésta

¹⁰ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín. *Derecho Mercantil*, Edit. Porrúa, México, 1990, pp. 128 y 130.

transformación. Por eso la circulabilidad de las acciones encontraría un precedente en la circulabilidad de los títulos obligacionales.

No obstante la crisis en el desarrollo de la sociedad anónima que al poco tiempo se extendieron a nuevos campos (al seguro, los transportes, etc.) fue simultáneo el desenvolvimiento económico moderno. En las Compañías se terminó la distinción entre los accionistas y los órganos sociales y las funciones de estos.

Este origen demuestra la importante función económica que las sociedades anónimas desempeñan como instrumento de las grandes empresas industriales, bancarias o mercantiles, ya que la limitación de las responsabilidades de los socios y la representación de sus aportaciones por medio de acciones títulos de crédito de fácil circulación, permiten recoger grandes capitales, por medio de pequeñas inversiones de los ahorros de gran número de personas y una contribución efectiva a la circulación de la riqueza del país.

Pero ésta misma facilidad acarrea a su vez la necesidad de protección de estos pequeños inversionistas, para evitar que fueran defraudados, y por esta razón, la ley mercantil establecía bases rigurosas en cuanto a la forma de constitución de estas sociedades anónimas.

1.1.3. España.

Al impulso creador de las grandes Compañías Coloniales no pudo ser ajena España, descubridora de las Indias Occidentales, y cuyos reyes luchaban insistentemente por conservar el primitivo monopolio del comercio español de ultramar y defenderlo de la durísima competencia de que era objeto por parte de otras naciones europeas cuyo poderío naval aumentaba sin cesar.

En España se ve clara la repercusión de la legislación francesa en el ordenamiento legal de la sociedad anónima. El Código de Comercio de 1829 exigía la aprobación por el Tribunal de Comercio de las escrituras y reglamentos de la compañía mostrando un sistema de intervención judicial menos riguroso que el Código francés.

"El Código de Comercio español vigente hay que situarlo dentro del sistema de disposiciones normativas ya que dedica dos secciones a regular a las sociedades anónimas y sus acciones sin exigir para su fundación el requisito previo de una autorización judicial gubernativa."¹¹

Pero ésta reglamentación tiene en su mayor parte carácter dispositivo siendo muy escasa hasta el punto que puede decirse que nuestro Código no nos ofrecía una reglamentación de la sociedad anónima.

Al llegar a la redacción del derecho de sociedades en el Código de Comercio español optan por olvidar el modelo francés y así se intenta ordenar a la sociedad anónima regida por el principio que antepone la voluntad de los interesados al mandato de la ley, ya que en el Código francés sometían la fundación de la sociedad anónima al examen y aprobación de autoridad pública.

Por lo que se olvida la diferencia entre la reglamentación positiva de las sociedades con responsabilidad ilimitada en la que los socios pueden ordenar con una libertad sus recíprocos derechos y obligaciones y la reglamentación coactiva de las sociedades en que la responsabilidad está limitada y en la que no puede haber distinción entre las relaciones internas y externas de la sociedad, quedando la esfera vital de la sociedad sometida a normas imperativas que impidan a los socios ordenar sus derechos y obligaciones de modo que pueda quedar reducida la garantía que los terceros tienen en el patrimonio social.

¹¹ FRISCH, PHILLIP WALTER. *La sociedad anónima mexicana*, Edit. Porrúa, México, 1990, p. 270.

Al amparo de éste régimen de libertad, florecen estatutos de sociedades con disposiciones extrañas, pero con la esencia de la sociedad anónima, reconociendo que la honestidad de la vida de los negocios en España, aminoró los daños que en cualquier otro país hubiera producido a falta de un ordenamiento legal adecuado a la importancia de la sociedad anónima.

También el Estado español se auxilió de las sociedades anónimas para el desarrollo del comercio de sus colonias y para realizar las empresas de la colonización. Fueron notables la Real Compañía de Filipinas, la Compañía de Navieros de Málaga y la Compañía Marítima de Málaga.

1.1.4. México.

En nuestro país, la más antigua sociedad mexicana a la cual cabe considerar como anónima, es una compañía de seguros marítimo que en 1789 comenzó sus operaciones en Veracruz, formada por 46 acciones de 45,000 y una duración de cinco años.

"El 9 de julio de 1802, se constituyó la Compañía de Seguros Marítimo de la Nueva España, a la que indudablemente puede considerarse como una sociedad anónima, ya que su capital estaba dividido en 80 acciones, y los socios solo respondían de la integración del capital social y sus acciones eran intransferibles."¹²

En el México independiente se encuentran referencias de sociedades que cabe considerar como anónimas en la concesiones para explotar vías férreas y también en la otorgada para establecer una vía a través del Istmo de Tehuantepec.

¹² MANTILLA MOLINA, *Op. Cit.*, p. 342.

Sin embargo, tales sociedades sólo operaban mediante una concesión del Estado, surgen como formas óptimas de captación de ahorros a través de las acciones suscritas y pagadas por los socios caracterizándose por la limitación de responsabilidad para ellos, por la existencia de un patrimonio social y autónomo, separado de los socios, y una administración que normalmente no recae en los mismos, sino en el órgano especializado.

Así surgen las sociedades anónimas con personalidad jurídica, naciendo como creación del Derecho para satisfacer la necesidad de los comerciantes de limitar su responsabilidad frente a los riesgos que suponía la actualidad comercial.

“Las sociedades anónimas se desenvuelven al parejo del capitalismo, y en verdad constituyen el vehículo o instrumento más sobresaliente y adecuado de su desarrollo; inclusive se puede afirmar sin género de dudas que hoy por hoy, la existencia y supervivencia del capitalista de nuestros países, aún los que están en proceso de desarrollo, como es el caso de México, se basan en la sociedad anónima.”¹³

La evolución de las sociedades, principalmente de la anónima, en los países de mayor desarrollo económico corre aparejada con la creciente complejidad de su estructura.

Simultáneamente tiende a abarcar y comprender el mayor número de socios a través de la oferta y la suscripción pública de acciones. Asimismo, de la demanda de recepción de préstamos y financiamiento, tanto de la estructura nacional e internacional, como de organismos del exterior.

Estos apoyos derivan del establecimiento de amplias relaciones exteriores con el mercado y el Estado, de lo que resulta que son las principales ejecutoras de

¹³ BARRERA GRAF, Jorge. *Las sociedades en el Derecho Mexicano*, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993, p. 156.

obras y servicios públicos, así como también los máximos contribuyentes fiscales, dan cabida a su capital y organización interna a sus empleados y trabajadores a través de la participación de las utilidades de la congestión, e inclusive, últimamente a sus proveedores (a través de la tendencia a la agrupación de empresas) y a sus consumidores por virtud de agrupaciones de éstos creados por la legislación para su protección.

1.2. Naturaleza jurídica del acto constitutivo de la sociedad mercantil.

Por principio, es menester advertir que al constituirse una sociedad se crea un nuevo sujeto jurídico, que trae como consecuencia derechos y obligaciones de los que son titulares las personas que intervienen en dicha constitución. Con el objeto de que los efectos jurídicos se produzcan con plenitud, es necesaria la observancia de ciertas formas y requisitos, para que no exista irregularidad en una sociedad.

De lo expuesto, es necesario señalar en primer término que uno de los principales aspectos de la constitución de una sociedad mercantil, es la personalidad jurídica, ya que al crearse una nueva persona moral ésta adquiere personalidad distinta a la de los socios; al respecto el maestro Roberto L. Mantilla Molina señala que: "...los vicios lógicos de que adolecen los razonamientos que conducen a la personificación de las sociedades han suscitado valiosos opositores a esta doctrina. Considero que cualquiera que sea la génesis de la tesis, siendo la personalidad jurídica creación del Derecho, bien puede atribuirla a las sociedades, si con ello resulta más fácil la construcción de su sistema jurídico. Y así sucede indudablemente: los racionios que conducen a la personificación son contrarios a la lógica, pero acordes con los hábitos del humano pensar; en el lenguaje, en las costumbres, las sociedades se consideran como entes dotados de vida propia, personificados. De aquí que el Derecho pueda, por su parte, dar a las sociedades el atributo de la personalidad".¹⁴

¹⁴ MANTILLA MOLINA, Roberto L. Derecho Mercantil, Edit. Porrúa, México, 1995, p. 194.

Por otra parte, la Ley General de Sociedades Mercantiles establece en su numeral 2º que: "Las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio, tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios. Salvo el caso previsto en el artículo siguiente, no podrán ser declaradas nulas las sociedades inscritas en el Registro Público de Comercio. Las sociedades no inscritas en el Registro Público de Comercio que se hayan exteriorizado como tales frente a terceros, consten o no de escritura pública, tendrán personalidad jurídica...".

Esta disposición confirma lo anteriormente enunciado, obligando a estudiar brevemente las consecuencias derivadas de la personalidad, a saber: capacidad jurídica, patrimonio social, nacionalidad, nombre y domicilio.

I. Capacidad jurídica. Así como el ser persona, es ser sujeto de derechos y obligaciones; el atribuir personalidad a las sociedades implica reconocerles capacidad jurídica (capacidad de goce y de ejercicio). Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, deben realizarse actos jurídicos que serán efectuados por los órganos de la sociedad, que tendrán la representación de la misma. Los órganos representantes de una sociedad mercantil, son sus administradores.

II. Patrimonio social. El patrimonio, es el conjunto de bienes y derechos de la sociedad, con deducción de sus obligaciones; inicialmente se forma con el conjunto de aportaciones de los socios. El patrimonio de la sociedad mercantil constituye una garantía, para todas las personas que de alguna u otra forma contratan con ella y según la doctrina, es el fundamento material de su personalidad.

III. Nacionalidad. Al hacer breve referencia a la nacionalidad, se hace notar que la Ley General de Sociedades Mercantiles supone la distinción entre sociedades mexicanas y extranjeras, pero no la determina; esto lo señala la Ley de Nacionalidad y Naturalización que declara mexicanas a las sociedades

constituidas conforme a las leyes de nuestro país y que establecen en él su domicilio; la falta de alguno de estos requisitos hará que se le considere como extranjeros.

IV. Nombre. El nombre de la sociedad puede formarse con el de uno o varios socios (razón social) o libremente (denominación), en las sociedades colectivas y comanditas simples, es forzoso el empleo de la razón social; en las anónimas y cooperativas el de una denominación y por último, las limitadas y comanditas por acciones pueden optar por el uso de una denominación o razón social.

V. Domicilio. A este respecto el Código civil para el Distrito Federal establece en su artículo 33 que: "Las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración. Las que tengan su administración fuera del Distrito Federal, pero que ejecuten actos jurídicos dentro de su circunscripción, se considerarán domiciliadas en el lugar donde los hayan ejecutado, en todo lo que esos actos se refiera. Las sucursales que operen en lugares distintos de donde radica la casa matriz, tendrán su domicilio en esos lugares para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las mismas sucursales.

A su vez, el artículo 34 del mismo ordenamiento señala que: "Se tiene derecho de designar un domicilio convencional para el cumplimiento de determinadas obligaciones".

De la interpretación de ambos numerales transcritos, encontramos que si la administración cambia su sede en diversas ocasiones, cambiara de hecho el domicilio de la sociedad.

1.3. Requisitos de existencia para su creación.

La sociedad anónima como toda sociedad mercantil se concibe en un negocio de constitución y nace como persona jurídica a la vida de relación por la inscripción en el Registro Mercantil. Entre ambos momentos se desarrollan las fases de la constitución, que ofrece mayor complejidad que la constitución de una sociedad personalista por causa de la elevada cuantía de los capitales necesarios a las empresas que suelen estar regidas.

En el periodo de su constitución la sociedad anónima atraviesa por tres fases decisivas: otorgamiento de la escritura social y redacción de los estatutos, aportación del capital social, e inscripción del registro.

Escritura pública y estatutos: son cosas distintas aun cuando los estatutos formen parte de la escritura. La escritura es el acto generado de la sociedad, es el documento del negocio de la constitución. Los estatutos son un complemento y se refieren al funcionamiento de la sociedad rigen la vida interna de ella.

Aportación del capital social, según nuestro Derecho, una de las menciones esenciales de los estatutos y por tanto, de la escritura de constitución, consiste en la determinación del capital social. Más no basta con determinar la cifra del capital social, hay que aprobarlo, si se quiere que ésta cifra corresponda a una garantía real de los acreedores.

El maestro Joaquín Garrigues afirma que "...la aportación del capital se realiza mediante la suscripción de acciones. La ley habla de asumir cuando las acciones se adquieren por los fundadores en la escritura constitucional y de suscribir en los demás casos (suscripción pública)".¹⁵

¹⁵ GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, Edí Reus, Madrid, 1987, p. 98.

No podrá admitirse como válida la suscripción de un capital por fracciones sucesivas, ni sometida a una condición o realizada por persona incapaz

Inscripción en el Registro Mercantil este es el acto último de la sociedad anónima por medio de el los acreedores conocen un extracto de la escritura social, y el texto íntegro de los estatutos. Este tiene efectos constitutivos para la adquisición de la personalidad jurídica.

La escritura constitutiva de la sociedad deberá contener:

- Nombre, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyen la sociedad.
- Objeto de la sociedad, su razón social o denominación.
- Su duración, importe del capital social.
- Expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes el capital sea variable, así se expresará indicándose el mínimo.
- Domicilio de la sociedad, manera de administrar la sociedad y facultades de los administradores.
- Nombramiento de administradores y designación de los que han de llevar la firma social.
- Manera de distribuir utilidades y pérdidas entre los miembros de la sociedad.
- Importe del fondo de reserva, casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente.
- Bases para la liquidación de la sociedad y modo de proceder a elegir los liquidadores cuando no hayan sido designados.
- Además de estos requisitos la escritura constitutiva deberá contener: la parte exhibida del capital social; valor, naturaleza y número de las acciones en que se divide el capital social; forma y términos en que debe pagarse la parte insoluta de las acciones; participación de las utilidades concedidas a los fundadores; nombramiento de uno o varios

comisarios; facultades de la asamblea general y condiciones para la validez de sus deliberaciones, ejercicio del derecho del voto y las disposiciones legales pueden ser modificadas por la voluntad de los socios.

La constitución de las sociedades anónimas reconoce dos formas: la llamada constitución simultánea o por suscripción privada y la sucesiva o por suscripción pública.

Constitución simultánea: Podemos decir que es aquella en la que los socios solemnizan la obligación al menos en un solo acto por comparecencia ante notario. Se trata de un modo de fundación que requiere la presencia personal de socios o de sus representantes debidamente autorizados. La fundación emplea la unidad del acto en que se realiza y la admisión solemne del contrato que ha de otorgarse ante notario, como fedatario público.

Todas las acciones han de quedar suscritas en ese mismo momento y durante él también ha de realizarse el pago de las aportaciones. Por lo que conviene subrayar que la ley no requiere de modo expreso que las aportaciones se paguen ante notario por lo que basta la simple aclaración de que han sido hechas, para que se considere cumplido el precepto legal.

En el caso de la fundación simultánea, la adhesión al contrato y el pago de aportaciones va acompañado con frecuencia de la declaración de que se hará la primera asamblea general de accionistas para designar al administrador único o al consejo de administración, el que a su vez se reúne en primera sesión para designar de su seno los cargos correspondientes.

La constitución simultánea se constituye por la comparecencia ante notario público, de las personas que otorguen la escritura social, y ésta debe contener todos los requisitos que en lo general son necesarios para la constitución de las

sociedades e inclusive inscribirse en el Registro Público de Comercio más los siguientes:

- I. Indicación de la parte exhibida del capital social.
- II. Indicación del número, valor nominal y naturaleza de las acciones en que se divide el capital.
- III. Indicación de la forma y términos en que debe pagarse la parte no pagada de las acciones.
- IV. Nombramiento de uno o varios comisarios.
- V. Facultades de la asamblea general y condiciones para validez de sus deliberaciones, ejercicio del derecho de voto.

Además son requisitos generales de la constitución en esta forma, la reunión de dos socios como mínimo, que suscriban cuando menos una acción cada uno, que el capital este íntegramente suscrito y no sea menor de cincuenta mil pesos, que se exhiba en dinero efectivo cuando menos el veinte por ciento del valor de cada acción, cuando haya de pagarse en todo o en parte con bienes distintos del numerario.

La constitución simultánea de la sociedad anónima presenta novedades si se compara con el procedimiento de constitución de otras sociedades. El capital social que debe estar dividido en acciones es jurídica y económicamente una unidad y debe determinarse cuantía y situación. El órgano de vigilancia es obligatorio.

Constitución sucesiva. Se caracteriza por el llamamiento, apelación que hacen al público los fundadores (promotores), como forma de obtener la adhesión de los futuros socios, aquella en la que los ofrecimientos de adhesiones hechos por diferentes personas, como resultado de la invitación dirigida al público por los fundadores y el pago de las aportaciones, se realizan paulatinamente, esto es, en diversos momentos consecutivos.

La fundación sucesiva se desarrolla en tres etapas:

I. **Redacción y depósito del programa.** Se entiende por programa el documento redactado por los fundadores en que éstos dan a conocer al público el proyecto de la escritura constitutiva y lo invitan para adherirse y a efectuar las aportaciones en la forma que determinan.

En el artículo 92 de la Ley General de Sociedades Mercantiles detalla su contenido que consiste en el proyecto de estatutos en el que para ser una escritura constitutiva completa sólo falta mencionar el nombre de los socios, de su aportación y nombre de los comisarios y administradores.

Para ofrecerse al público la suscripción de acciones se precisa ser regulada por la Ley del Mercado de Valores, depositando los fundadores en el Registro de Comercio el programa conteniendo el proyecto de los estatutos.

Adhesiones y aportaciones. Los que se interesan por la sociedad proyectada dan su adhesión a la misma mediante la firma de los boletines de suscripción. Estos se firman por duplicado un ejemplar se entrega en las oficinas que en ellos se señalan con tal finalidad, el otro debidamente sellado, queda en poder del suscriptor para que en todo momento puede comprobar su calidad como tal.

En el boletín deben figurar los requisitos que enumera el artículo 93 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que son: El nombre, nacionalidad y domicilio del suscriptor. El número expresado con letras de las acciones suscritas, su naturaleza y valor. Forma y término en que el suscriptor se obliga a pagar la primera exhibición, Cuando las acciones hayan de pagarse en bienes distintos del numerario, la determinación de estos. La forma de hacer la convocatoria para la Asamblea General Constitutiva y las reglas conforme a las cuales debe de

celebrarse. La fecha de suscripción. La declaración de que el suscriptor conoce y acepta el proyecto de los estatutos.

De la lectura de los requisitos que proceden resulta que por la firma del boletín el suscriptor asume cuatro obligaciones fundamentales:

Efectuar el depósito de la aportación en la forma y plazos que en él se indica. Asistir a la asamblea constitutiva cuando se celebre, aceptando la fecha de convocatoria que los fundadores señalen en momento oportuno. Adherirse a los estatutos tal y como quedan expuestos en el programa. Aceptar las decisiones mayoritarias adoptadas en la Asamblea.

No basta la firma del boletín, sino que es indispensable realizar la aportación que en el mismo se estipula, si la aportación es de numerario deberá depositarse su importe en la institución de crédito y en los plazos que el boletín fija.

Si la aportación es en bienes distintos del dinero el suscriptor sólo asume la obligación de formalizar la transmisión cuando se celebre la asamblea constitutiva. La totalidad de las acciones quedaran suscritas dentro del término de un año, contando a partir de la fecha del programa, salvo el caso en que se haya fijado un plazo menor.

Si no se encuentra íntegramente suscrito el capital al vencimiento de dicho plazo, los suscriptores quedarán designados de su obligación y podrán retirar las cantidades depositadas a cuenta de su aportación.

Cuando los suscriptores falten a su obligación de aportación, los fundadores podrán exigirles judicialmente su cumplimiento o tener por no suscritas las acciones.

Asamblea General Constitutiva. Una vez que el capital se encuentre íntegramente suscrito y hayan sido hechas las exhibiciones legales los fundadores, dentro de un plazo de quince días publicaran la convocatoria para la reunión de la asamblea general constitutiva en forma prevista en el programa. La asamblea general constitutiva, según el artículo 100 de la Ley de Sociedades Mercantiles se ocupará:

“De comprobar la existencia de la primera exhibición prevenida en el proyecto de estatutos. De examinar y en su caso aprobar el avalúo de los bienes distintos del numerario que uno o más suscriptores se hubiesen obligado a aportar, en la inteligencia de que los interesados no tendrán derecho al voto en relación a sus respectivas aportaciones en especie. De deliberar acerca de la participación que los fundadores se hubiesen reservado en las utilidades. De no hacer el nombramiento de los administradores y comisarios que hayan de fungir durante el plazo señalado por los estatutos con la designación de quienes de los primeros han de usar la firma social.

Son fundadores las personas que se encargan de la organización de la sociedad, y las que asumen el carácter de socios como otorgantes del contrato social. Además, no pueden estipular a su favor ningún beneficio que menoscabe el capital social, ni en el acto de la constitución ni para el porvenir todo pacto en contrario es nulo.

La participación concedida a los fundadores no excederá del 10 por ciento, no podrá abarcar un periodo de más de 10 años, a partir de la constitución de la sociedad y no podrá cubrirse sino después de haber pagado de los accionistas un dividendo del cinco por ciento sobre el valor exhibido de sus acciones.

Para poder acreditar la participación se expedirán títulos especiales llamados “bonos de fundador”.

Pueden los fundadores con consentimiento de los socios reservarse una participación en las utilidades lo que no supone una disminución en el capital de la sociedad sino al contrario parece lógico que los iniciadores, los que idearon la empresa sean quienes la dirijan y tratarán que el capital aumente y no disminuya obteniendo mayores ganancias.

Los derechos de fundador sirven para justificar su condición a favor de los tenedores son negociables y permiten enajenarlos con facilidad.

Los bonos de fundador y la participación en las utilidades estipuladas a favor de los fundadores puede hacerse constar en títulos de crédito, denominados bonos de fundador, que servirán para acreditar y transmitir la calidad y derechos de los fundadores y conferirán a sus tenedores el derecho a percibir la participación en las utilidades que el bono de fundador exprese y por el tiempo que el mismo indique.

Los bonos de fundador podrán ser nominativos o al portador y deberán contener los siguientes datos: La expresión "bonos de fundador" con caracteres visibles. La denominación, domicilio, duración, capital y fecha de constitución de la sociedad. El número ordinal del bono y la indicación del número total de los bonos emitidos. La participación que corresponde al bono en las utilidades y el tiempo durante el cual deberá ser pagada. Las indicaciones que conforme a las leyes deben contener también las acciones por lo que respecta a la nacionalidad de cualquier bono. La firma autógrafa de los administradores que deben suscribir los títulos conforme a los estatutos.

En los bonos de fundador nominativos, deberá indicarse en los mismos el nombre, domicilio y nacionalidad del fundador.

Los títulos representativos de los bonos de fundador deberán emitirse dentro del plazo de un año, a partir de la fecha de constitución de la sociedad, ampararán uno o varios bonos y podrán llevar adheridos, cupones que se

desprenden del título y se entregarán a la sociedad contra el pago de la participación estipulada.

Mientras se entreguen los títulos representativos de los bonos de fundador, podrán expedirse certificados provisionales, que serán siempre nominativos y que deberán canjearse por los títulos definitivos en su oportunidad. Los certificados provisionales podrán tener también cupones.

Los tenedores de bonos de fundador tendrán derecho al canje de sus títulos por otros que representen distintas participaciones, siempre que la participación total de los nuevos bonos sea igual a la de los canjeados. En ningún caso los bonos de fundador se computarán en el capital social, ni autorizarán a sus tenedores para participar en él a la disolución de la sociedad, ni para intervenir en su administración.

1.4. Análisis del artículo 6° de la Ley General de Sociedades Mercantiles en relación con el artículo 91.

Para el análisis de este inciso, consideramos necesario citar textualmente el contenido de ambos preceptos:

“Artículo 6°. La escritura constitutiva de una sociedad deberá contener:

- I. Los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyan la sociedad;
- II. El objeto de la sociedad;
- III. Su razón social o denominación;
- IV. Su duración;
- V. El importe del capital social;
- VI. La expresión de lo que cada socio aporte en dinero u otros bienes; el valor atribuido a éstos y el criterio seguido para su valorización.

Cuando el capital sea variable, así se expresará indicándose el mínimo que se fije.

- VII. El domicilio de la sociedad;
- VIII. La manera conforme a la cual haya de administrarse la sociedad y las facultades de los administradores;
- IX. El nombramiento de los administradores y la designación de los que han de llevar la firma social;
- X. La manera de hacer la distribución de las utilidades y pérdidas entre los miembros de la sociedad;
- XI. El importe del fondo de reserva;
- XII. Los casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente, y
- XIII. Las bases para practicar la liquidación de la sociedad y el modo de proceder a la elección de los liquidadores, cuando no hayan sido designados anticipadamente.

Todos los requisitos a que se refiere este artículo y las demás reglas que se establezcan en la escritura sobre organización y funcionamiento de la sociedad constituirán los estatutos de la misma”.

“Artículo 91. La escritura constitutiva de la sociedad anónima deberá contener, además de los datos requeridos por el artículo 6º, los siguientes:

- I. La parte exhibida del capital social;
- II. El número, valor nominal y naturaleza de las acciones en que se divide el capital social, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo de la fracción IV del artículo 125;
- III. La forma y términos en que debe pagarse la parte insoluta de las acciones;

- IV. La participación en las utilidades concedida a los fundadores;
- V. El nombramiento de uno o varios comisarios;
- VI. Las facultades de la asamblea general y las condiciones para la validez de sus deliberaciones, así como para el ejercicio del derecho de voto, en cuanto las disposiciones legales pueden ser modificadas por la voluntad de los socios*.

Sobre la fracción I del artículo 6° de la Ley General de Sociedades Mercantiles, tenemos que los socios constituyen sujetos que conforman la sociedad participando en la proporción que le compete, como titulares del capital social. Además conviene manifestar que los socios pueden ser personas físicas u otras sociedades. Asimismo, esta fracción alude a la certeza jurídica que se debe tener de quiénes son los sujetos que conforma una sociedad, razón por la cual resulta necesario saber su nombre, nacionalidad y domicilio.

En lo que toca a la fracción II, tenemos que se refiere al objeto de la sociedad, el cual en palabras del autor Raúl Cervantes Ahumada "...las sociedades mercantiles son comerciantes especializados en una actividad determinada. Se llama objeto social a esa actividad a que la sociedad habrá de dedicarse, y ella deberá expresarse en la escritura constitutiva, según manda la fracción II del artículo 6° de la Ley General de Sociedades Mercantiles".¹⁶

En cuanto a la fracción III tenemos que la sociedad mercantil debe contar con una denominación o razón social. Una denominación es el nombre de algunas de las sociedades mercantiles en el que no figura el de ninguno de sus socios. La denominación social puede formarse libremente, siempre que no dé lugar a confusiones con las empleadas en otras sociedades. Por su parte, la razón social

¹⁶ CERVANTES AHUMADA, Raúl. *Derecho Mercantil. Primer Curso*. Edit. Porrúa, México, 2000, p. 45.

es el nombre de la sociedad mercantil formado con el de uno de sus socios, con el de algunos de ellos o con el de todos.

Respecto a la duración tenemos que la escritura constitutiva debe indicarla. Los socios pueden pactar libremente el plazo de duración de la sociedad. Sobre este aspecto, Rafael de Pina señala que: "Consideramos contrario al espíritu de la LSM pactar sociedades con duración indefinida, ya que si bien la ley no impone plazo si dispone la fijación de un término cierto. Excepto, claro está, cuando la ley establece como obligatorio –o simplemente permite– que las sociedades sean de duración indefinida, como sucede, por ejemplo, con las cooperativas, las instituciones de seguros, etc."¹⁷

Con relación al importe del capital social tenemos que las sociedades mercantiles, en tanto que personas morales, tienen un patrimonio constituido por el conjunto de sus bienes y derechos. Este patrimonio social se integra inicialmente con las aportaciones de los socios y después, sufre las variaciones que la marcha de los negocios de la sociedad le imprime. El capital social es el monto establecido en el acto constitutivo de una sociedad mercantil y expresado en moneda de curso legal, como valor de las aportaciones realizadas por los socios.

El capital social es entonces un elemento esencial, indispensable de toda sociedad mercantil. Sin este requisito la sociedad no puede nacer a la vida jurídica. Ninguna sociedad podrá, pues, constituirse a menos que los socios aporten su capital determinado, fijando al efecto su cuantía en la escritura constitutiva.

Otro requisito señalado en el artículo 6º de la Ley General de Sociedades Mercantiles es el relativo al domicilio de la sociedad, a este contexto, resulta

¹⁷ PINA VARA, Rafael de, *Elementos de Derecho Mercantil Mexicano*, Edit. Porrúa, México, 1998, p. 69.

necesario tomar en cuenta lo que al respecto establece el Código Civil para el Distrito Federal:

“Artículo 33. Las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración. Las que tengan su administración fuera del Distrito Federal, pero que ejecuten actos jurídicos dentro de su circunscripción, se considerarán domiciliadas en el lugar donde los hayan ejecutado, en todo lo que a esos actos se refiera. Las sucursales que operen en lugares distintos de donde radica la casa matriz, tendrán su domicilio en esos lugares para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las mismas sucursales”.

“Artículo 34. Se tiene derecho de designar un domicilio convencional para el cumplimiento de determinadas obligaciones”.

En cuanto a la manera conforme a la cual haya de administrarse la sociedad y las facultades de los administradores, se tiene que es el Consejo de Administración o el administrador único es el órgano permanente a quien se confía la administración y la representación de la sociedad. La Ley General de Sociedades Mercantiles no realiza una enumeración específica de los requisitos que una persona debe satisfacer aunque si establece limitantes, sin embargo en este aspecto, los estatutos sociales continúan siendo decisivos y principales rectores de la organización interna de las sociedades.

El cargo de administrador siempre debe recaer en una persona física, y tener capacidad para ejercer el comercio y no debiendo ser desempeñado por medio de representante, constituyendo un cargo *“intuito personae”*. Puede ser desempeñado por un socio o por un extraño a la sociedad salvo que los estatutos señalen disposición en contrario. En cierto aspecto el órgano administrativo tiene carácter preponderantemente ejecutivo, en cuanto le corresponde normalmente

ejecutar los acuerdos adoptados por las asambleas generales, pero al mismo tiempo, y en la esfera de las cuestiones de su competencia, también es un órgano de formación de la voluntad colectiva y de expresión de la misma.

Por lo que hace al nombramiento de los administradores y la designación de los que han de llevar la firma social, podemos mencionar que es en los estatutos y precisamente en la escritura en donde debe figurar la designación de la persona o personas autorizadas para usar la firma social. En general, la falta de designación expresa la representación corresponde al presidente del Consejo de Administración esa designación puede ser específica, nominativa o bien puede hacerse una simple referencia al cargo.

Con relación al importe del fondo de reserva, tenemos que los estatutos pueden permitir u ordenar la cuota de 5% de las utilidades netas previstas como mínimo para formar el fondo de reserva, sea superior al mínimo aludido. Esta parte superior de la cuota anual tiene, por ende, su fundamento en normas estatutarias. Además, los estatutos pueden permitir u ordenar que la reserva tenga un monto superior "a la quinta parte de capital social" prevista por el artículo 20 de la Ley General de Sociedades Mercantiles como mínimo de la reserva.

Por lo que respecta a los casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente, tenemos que tomar en consideración lo que dispone el artículo 229 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que dispone lo siguiente:

"Artículo 229. Las sociedades se disuelven:

- I. Por expiración del término fijado en el contrato social;
- II. Por imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad por quedar éste consumado;
- III. Por acuerdo de los socios tomado de conformidad con el contrato social y con la ley;

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

Por otra parte en lo que hace a las bases para practicar la liquidación de la sociedad y el modo de proceder a la elección de los liquidadores, cuando no hayan sido designados anticipadamente, debemos señalar que la liquidación es obligatoria a no ser que se efectúe el procedimiento de quiebra. Durante la fase de liquidación se admiten reformas estatutarias en la medida en que el objeto de la liquidación no se oponga a la modificación de los estatutos. Así, se puede modificar la denominación de la sociedad anónima si se vendió para los efectos de la liquidación toda la empresa de la sociedad anónima, inclusive de su denominación.

Asimismo, la sociedad anónima disuelta conserva su personalidad jurídica, y subsiste a pesar de su liquidación, o realización concursal, en su caso, y de su cancelación en el Registro de Comercio, si se encuentran bienes de la sociedad anónima con posterioridad a estas medidas.

1.5. Función de los federatarios públicos para la constitución de la sociedad.

En principio debemos señalar que el artículo 6º de la Ley Federal de Correduría Pública da a los corredores públicos la facultad de actuar como fedatarios "en los demás actos previstos en la Ley General de Sociedades Mercantiles"; y el artículo 6º del Reglamento equipara las referencias en las leyes o reglamentos a los notarios, escritura, protocolización a corredor público, póliza expedida por él y libros de registro del corredor.

Por ello, debemos revisar las disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles en las que se hace referencia a uno más de los términos

que menciona el artículo 6º del Reglamento, tales disposiciones son los numerales 2, 5, 6, 7, 10, 90, 95, 101, 135, 136-II, 194, 205, 228 Bis, entre otros. Si analizamos los actos que se mencionan o se regulan en las disposiciones citadas para determinar su naturaleza y por ello la legitimidad de la actuación del corredor público en relación con ello, podemos concluir que solo lo establecido en el artículo 10 plantea dudas sobre tal posible actuación. El artículo 10 preceptúa:

"La representación de toda sociedad mercantil corresponderá a su administrador o administradores quienes podrán realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad, salvo lo que expresamente establezca la Ley y el contrato social".

Para que surtan efecto los poderes que otorgue la sociedad mediante acuerdo de la asamblea o del órgano colegiado de administración, en su caso, bastará con la protocolización ante notario de la parte del acta en que conste el acuerdo relativo a su otorgamiento, debidamente firmada por quienes actuaron como presidente o secretario de la asamblea o del órgano de administración según corresponda, quienes deberán firmar el instrumento notarial, o en su defecto lo podrá firmar el delegado especialmente designado para ello en substitución de los anteriores.

El notario, a su vez, hará constar en el instrumento correspondiente, mediante la relación, inserción o el agregado al apéndice de las certificaciones, en lo conducente, de los documentos que al efecto se le exhiban, la denominación o razón social de la sociedad, su domicilio, duración, importe del capital social y objeto de la misma, así como las facultades que conforme a sus estatutos le correspondan al órgano que acordó el otorgamiento del poder y, en su caso, la designación de los miembros del órgano de administración.

Si la sociedad otorgare el poder por conducto de una persona distinta a los órganos mencionados, en adición a la relación o inserción indicadas en el párrafo

anterior, se deberá dejar acreditado que dicha persona tiene las facultades para ello.

Nuevamente nos encontramos frente a disposiciones que si interpretamos literalmente, nos llevan a concluir que los corredores están facultados para actuar en relación con los poderes que otorgue una sociedad ya sea mediante acuerdo de asamblea o del órgano colegiado de administración o por conducto de una persona distinta a los órganos mencionados.

Así también, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 6o., fracción VI, de la Ley Federal de Correduría Pública, y 38 y 39 del reglamento de dicha normatividad, corresponde a los corredores públicos actuar como fedatarios, desde la constitución, hasta la extinción de las personas morales de naturaleza comercial, pasando por los demás actos previstos por la Ley General de Sociedades Mercantiles y, en ese sentido, es indudable que tratándose de un poder, civil o no, la certificación del mandato conferido por una sociedad mercantil, independientemente de su naturaleza, está dentro de las facultades del corredor público, atento las prescripciones de los artículos de la ley y reglamento en cita.

Por tanto, los corredores públicos están facultados para actuar como fedatarios en la constitución, modificación, fusión, escisión, disolución, liquidación y extinción de sociedades mercantiles, siempre que como parte de dichos actos no se aporten o transmitan a la sociedad mercantil la propiedad de bienes inmuebles o derechos reales sobre ello, ni la sociedad transmita a sus socios o accionistas bienes de dicha naturaleza, pues en tales casos existe duda fundada de que legalmente estén facultados para hacerlo.

Los corredores públicos también están facultados para actuar como fedatarios en los demás actos previstos por la Ley General de Sociedades Mercantiles, salvo el caso de otorgamiento de poderes por la sociedad a quienes no son sus administradores o no son otros órganos de ella, pues en tales casos

existe la duda de si lo pueden legalmente hacer, duda que es mayor tratándose de poderes para pleitos y cobranzas.

CAPITULO SEGUNDO ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

2.1. CONCEPTO DE ACCIÓN

Primeramente tenemos que de acuerdo a lo preceptuado en los artículos 111 y 112 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, acción es la parte alícuota del capital social representada en un título de crédito (*rectius*: título valor) que atribuye a su tenedor legítimo la condición de socio y la posibilidad de ejercitar los derechos que de ella emanan, así como de transmitir dicha condición en favor de terceros.

El autor mercantilista Cervantes Ahumada la acción es: "... en derecho de sociedades, connotativo de parte alícuota del capital social y, además del título en que la parte alícuota se representa."¹⁸

Roberto Mantilla Molina, señala que: "Los derechos de los socios de la sociedad anónima están incorporados en el documento llamado acción, sin el cual no pueden ejercerse, y mediante cuya negociación pueden transmitirse fácilmente. Las obligaciones, que, eventualmente, pueden ligar a los socios, están también en íntima conexión con el mencionado documento resulta así el punto central en el estudio del status del socio en la S.A."¹⁹

Doctrinalmente se puede estudiar la acción desde tres puntos de vista:

- I. Como parte alícuota del capital social;
- II. Como título de crédito; y
- III. Como conjunto de derechos y obligaciones que se atribuyen a la condición de socio.

Las acciones como parte alícuota del capital. El capital social es la cifra expresada en términos monetarios en que se estiman la totalidad de las

¹⁸ CERVANTES AHUMADA, Raúl. ob. cit. p. 90

¹⁹ MANTILLA MOLINA, Roberto. ob. cit. p. 368

aportaciones de los socios, las cuales se representan en acciones. Las acciones, como partes alicuotas del capital social, representan, en dinero, la contrapartida de las aportaciones patrimoniales efectivas realizadas por los socios y cuanto mayor sea el importe de éstas, mayor será el número de títulos que se le otorguen. La medida de participación en el capital se determina, pues, en razón del número de títulos que intervienen en el acto constitutivo, de tal manera que es en las participaciones de los socios en donde reside el carácter capitalista de las sociedades por acciones.

La expresión en términos monetarios de cada parte alicuota del capital social, constituye el valor nominal de la acción, el cual, en términos generales y salvo modificaciones que al respecto se llegaren a hacer en la escritura constitutiva, es permanente durante la vida de la sociedad. Este valor nominal es diverso del valor real, que es aquel que resulta como cociente después de dividir el patrimonio social entre el número de las acciones emitidas; del valor contable, el cual se calcula dividiendo el capital, más las reservas y beneficios todavía no distribuidos, entre el número de acciones; y el valor bursátil, que se establece tomando en cuenta los tres valores anteriores más otros factores de carácter económico, psicológico y de la más variada índole, como lo son la política seguida por la sociedad con respecto a la repartición de dividendos, sus perspectivas de crecimiento, etc., que en un momento dado determinan una mayor o menor oferta en la demanda, y, consecuentemente, una variación de este valor.

Al lado de las acciones con valor nominal, por influencia principalmente del derecho norteamericano, han aparecido ya en nuestro medio con cierta frecuencia artículo 125 fracción IV Ley General de Sociedades Mercantiles, emisiones de acciones sin valor nominal, cuya característica más destacada es que en ellas se omite el valor nominal de las acciones y el importe del capital social. Por todo lo que parece, las ventajas principales de su aparición radican en que no existe disparidad entre el valor nominal y el valor real de las acciones y predomina en ellas, más que la idea de una suma de dinero, la de participación en

la sociedad. Sin embargo, en la práctica norteamericana se distinguen dos tipos de estas acciones, las true no-par stocks que son las verdaderas acciones sin valor nominal y cuyo monto y capital social no aparece ni en los títulos ni en los estatutos, y las stated-value no-par stocks, cuyo valor y capital, aunque no se expresa en los títulos, sí aparecen en sus estatutos; estas últimas han sido las que nuestro legislador ha introducido en nuestro medio, pero sus supuestas ventajas son relativas, toda vez que sí aparecen en los estatutos la cifra del capital social y la expresión de lo que cada socio aporta en dinero o en otros bienes y el valor atribuido a éstos, se podrá obtener el valor nominal, el cual al compararse con las cifras que aparecen en los informes financieros que anualmente rinde la sociedad, podrá darnos el valor contable y el valor real.

Las acciones como títulos de crédito. Como disponen los artículos 87, 89 fracciones I, III y IV, 91 fracciones II y III, 97, 111, 112 a 141, 209 y demás relativos del ordenamiento en cita y, entre otros, el artículo 22 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, las acciones requieren una forma gráfica de expresión que las materialice y que contenga las menciones que establece el artículo 125 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Estas formas gráficas o títulos sirven para acreditar, ejercitar y transmitir calidad y derechos de socio y se rigen, según expresión de la ley, por las disposiciones relativas a los valores literales.

Mucho se ha discutido respecto a la naturaleza jurídica de estos títulos (tanto provisionales, como definitivos) en el sentido de que si son o no verdaderos títulos de crédito, o mejor dicho, títulos valores. Los argumentos que se han formulado para negarles tal categoría se pueden reducir sustancialmente a dos: si las acciones, al igual que los demás títulos de crédito, son documentos constitutivos y si se puede considerar que ellas incorporan derechos literales.

Respecto al primer problema estimamos que sí son documentos constitutivos, aunque ello no impide que antes de su emisión no puedan existir

socios, pues tratándose como son las acciones de documentos causales, mientras el título no se emite el acreditamiento, circulación y ejercicio de los derechos de socio se hará conforme a las reglas del negocio que les dio origen, es decir, del negocio social, acreditándose el carácter de socio y la legitimación de su ejercicio, por la suscripción del acto constitutivo y, en su caso, por la cesión de tales derechos en favor de tercero, realizada en los términos del derecho común, lo que no sucederá una vez que los certificados provisionales o las acciones se hayan emitido.

Por otra parte, los títulos acciones y los certificados provisionales, pueden amparar una o varias acciones y estos últimos deben llevar adheridos cupones que se desprenderán del título y que se entregarán a la sociedad contra el pago de dividendos, intereses constitutivos o para el ejercicio de algún otro derecho que la asamblea determine, como es el caso del ejercicio del derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital.

2.1.2. CONCEPTO DE ACCIONISTA

El status del accionista comprende, fundamentalmente y según la ley, dos tipos de obligaciones: obligaciones de dar y obligaciones de no hacer; la obligación de dar consiste en pagar en efectivo o en bienes distintos del dinero, las acciones suscritas por el socio en una sola exhibición y mediante una aportación inicial equivalente al veinte por ciento de la o de las acciones suscritas sólo en dinero (acciones pagadoras) y la diferencia en la fecha o fechas que se indiquen en el título acción o en aquella o aquellas que designe el consejo de administración o la asamblea ordinaria de accionistas (artículos 89 fracción III y 118 a 121 Ley General de Sociedades Mercantiles). La obligación de no hacer, consiste en abstenerse de participar y votar en aquellas asambleas en que se discuta una operación determinada en la que el accionista, por cuenta propia o ajena, tenga un interés contrario al de la sociedad. En caso de contravenir esta obligación de abstención, el accionista será responsable de los daños y perjuicios

que la resolución de la asamblea pudiera causar a la sociedad cuando sin su voto no se hubiere logrado la validez de la determinación.

En cuanto a los derechos que confiere el status de socio, la doctrina suele clasificarlos en dos grupos: los patrimoniales y los corporativos o de consecución, en atención a que, los primeros, le otorgan al accionista la facultad de exigir una prestación de tal carácter, es decir, patrimonial, mientras que los segundos carecen de tal valor y se otorgan al accionista para que participe en la sociedad y garantice o consiga el debido cumplimiento de los primeros.

De acuerdo con la ley, son dos los derechos patrimoniales principales que imperativamente la sociedad debe otorgar al accionista: el derecho al dividendo y el derecho a la cuota de liquidación.

En cuanto al primero, es un derecho en el que necesariamente deben participar todos los accionistas, de tal manera que no produce efecto legal alguno el pacto que elimine a uno o más socios de la participación en las ganancias; la distribución de estas ganancias o utilidades entre los socios normalmente se hace en proporción al importe exhibido de las acciones y sin ningún orden, salvo el caso de las acciones preferentes a las cuales la ley les atribuye un dividendo mínimo y acumulativo; sin embargo, ya se trate de acciones ordinarias o preferentes, los dividendos a los socios no se les pueden entregar sino después de que la asamblea haya aprobado los estados financieros que arrojen las mencionadas utilidades, previa restitución, absorción o reducción del capital de pérdidas tenidas en ejercicios anteriores, así como después de que se haya hecho la separación correspondiente para el pago de los impuestos y participación de las utilidades a los trabajadores.

Hechas estas separaciones, habrá además que separar las cantidades necesarias para la constitución de la reserva legal y una vez hecho todo lo anterior, podrá la asamblea, si así lo estima pertinente, tomar el acuerdo de que

dichas utilidades se distribuyan entre los socios y fijar fecha para su pago, pues no hay que olvidar que las referidas utilidades corresponden a la sociedad, persona moral distinta de los socios, y sólo cuando ésta tome el acuerdo a través del órgano correspondiente, de repartirlas entre los socios y fije fecha para su pago, es que nace el derecho del accionista para exigirlo, incluso judicialmente, a la sociedad.

Por cuanto hace al derecho a la cuota de liquidación, es también un derecho del que no se puede privar a ningún socio y se cubre en proporción a lo que cada uno de ellos haya exhibido para pagar sus acciones; sin embargo, este derecho se encuentra condicionado a la existencia de un haber social repartible después de cobrar los créditos y pagar las deudas de la sociedad, además de existir acciones preferentes, se cubriría en primer término a los tenedores de éstas el valor nominal de sus acciones.

Respecto de los derechos corporativos o de consecución, estimamos que el fundamental y de mayor trascendencia es el derecho de voto, puesto que es a través de su ejercicio como el socio participa en la vida de la sociedad; sin embargo, con objeto de que este derecho pueda ser ejercitado plena y conscientemente, la ley ha concedido al accionista una serie de derechos preparatorios o complementarios de él, como son el derecho a ser convocado a la asamblea de accionistas, a que las asambleas se efectúen dentro del domicilio social, el derecho de información sobre los asuntos a tratar en la asamblea, el derecho de participar por sí o mediante representante en las asambleas, el derecho de voto y en algunos casos el derecho de retiro; asimismo goza también del derecho de denunciar al comisario las irregularidades que observe dentro del manejo de la sociedad y del derecho de opción para suscribir nuevas acciones en los casos de aumento de capital en la proporción de las que es poseedor. Este último derecho se puede considerar como de naturaleza híbrida toda vez que desde el punto de vista general y abstracto, es un derecho de consecución que permite a cada socio mantener la situación de influencia en la sociedad con la que

ha venido participando; pero ante un aumento concreto de capital puede adquirir un carácter patrimonial, pues la falta de suscripción de las nuevas acciones por el interesado, en el caso de que el patrimonio sea superior al capital social, permitiría que otro u otros participarán en las reservas y demás elementos del activo que se han venido acumulando y que atribuyen a las antiguas acciones un valor contable y real superior al nominal.

Al lado de estos derechos individuales de los socios, existen además, algunos otros que su ejercicio requiere que él o los accionistas sean poseedores de un porcentaje determinado de capital social; estos derechos, denominados como derechos de las minorías, son los siguientes: a designar cuando menos un administrador o comisario cuando el número de consejeros o comisarios sean tres o más; a solicitar se convoque a la asamblea de accionistas para que se trate algún asunto que sea de la competencia de ésta; a solicitar se aplase la votación de cualquier asunto comprendido en el orden del día de una asamblea cuando no se considere o consideren suficientemente informados; a oponerse judicialmente a la resolución de una asamblea y a obtener la suspensión de la resolución, cuando se considere o consideren que en dicha asamblea se ha violado alguna cláusula del contrato social o algún precepto legal; y a ejercitar acción en contra de administradores y comisarios para exigirles responsabilidad civil cuando su actuación no se hubiere apegado a lo establecido en el contrato social y en la ley.

2.2. TIPOS DE ASAMBLEA

En cualquier clase de sociedades, de asociaciones y, en general, de grupos colectivos, la asamblea de los miembros que los integran, constituye el órgano supremo.

Tal característica se manifiesta tanto en que los demás órganos sociales o del grupo que existan, y los representantes del ente que se designará, están subordinados a la asamblea general, la que los nombra y los revoca, como en que ella 'podrá acordar y ratificar todos los actos y operaciones de la sociedad', según

también establece el artículo 178 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, antes mencionado. No obstante, a dicho órgano supremo no corresponden las facultades que definen y califican a los otros órganos el de administración interna y el de vigilancia; o sea, administración interna y la representación en cuanto al primero, y el control y vigilancia, en cuanto al segundo.

1. El nombramiento de los miembros de esos órganos subordinados, corresponde a la junta o asamblea general, aunque es posible que se efectúe en el negocio constitutivo mismo.
2. A pesar del carácter supremo del órgano, la ley no siempre exige que la junta o asamblea se constituya o funcione obligatoria y necesariamente. En todo caso, los acuerdos de las juntas y asambleas se rigen por el principio de la mayoría; según el cual, las resoluciones legalmente adoptadas son obligatorias aun para los ausentes disidentes.
- 3.- La asamblea es un órgano que no funciona en forma permanente, sino solamente cuando se convoca y cuando, de acuerdo con los datos de la convocatoria, sus miembros se reúnen para deliberar y votar. Reunión, deliberación y voto son, pues, características de este órgano y de su funcionamiento.
4. La reunión de los socios en asambleas, se debe efectuar en el lugar, día y hora que se indique en la convocatoria, y se debe concretar al examen de la orden del día. Las únicas excepciones a estas reglas son: primero, que se trate de una asamblea totalitaria; segundo, que se trate de exigir responsabilidad a administradores o comisarios, así como de revocar su mandato, en éste caso no se necesita que el asunto se liste en la orden del día; y tercero, en los supuestos del, para los que se permite una nueva reunión, cuya fecha, lugar y orden del día se señalen en la sesión previa, en los casos de que un mínimo del 33% de las acciones (o de los socios), presentes o representados en dicha reunión previa, soliciten un

aplazamiento, que será por tres días y solo respecto de cualquier asunto del cual no se consideren suficientemente informados.

5. La Ley General de Sociedades Mercantiles establece la obligación de convocar, por lo menos una vez al año, a la asamblea general ordinaria; y en el contrato social se puede fijar un día determinado para la celebración.

Las asambleas se clasifican en cuanto a su composición y competencia, y en ocasiones, en cuanto a su periodicidad. Relativamente a este último criterio.

De acuerdo con los dos primeros criterios, las asambleas pueden ser: I) constitutivas, para la formación de la sociedad; II) generales, en cuanto que las integren todos los socios, o miembros del grupo relativo; III) especiales, integradas por categorías o clases de socios, como por ejemplo, titulares de acciones preferentes o de acciones de goce. Ordinarias, cuya competencia se fija, por exclusión de la que corresponda a las extraordinarias, o bien, como queda dicho, por su periodicidad; V) extraordinarias, a las que, si se trata de sociedades por acciones, corresponde cualquier modificación del pacto social, y otros asuntos que la ley señale, que no exijan dicha modificación, pero que estén o deban estar previstos en el contrato social (como son los casos de la emisión de acciones privilegiadas, la amortización por la sociedad de sus propias acciones y emisión de acciones de goce, así como de bonos u obligaciones.

2.2.1. ORDINARIA

El maestro Óscar Vásquez del Mercado sobre la asamblea ordinaria señala lo siguiente: "La asamblea es ordinaria cuando por las exigencias normales de la vida del ente, debe convocarse en una forma periódica y regular, para que

en ella se discuta, apruebe o modifique el balance que anualmente debe ser presentado a los accionistas, se designen nuevos administradores, ...".²⁰

El objeto de que se celebre la asamblea después del ejercicio social es para que se le rinda cuenta de las actividades realizadas durante dicho periodo, por aquellas personas encargadas de la dirección de la sociedad, es decir, el administrador único o bien, el consejo de administración, y a fin de aprobar o desaprobar, en su caso, el balance y el estado de pérdidas y ganancias de la sociedad; para determinarlos emolumentos de los administradores o del administrador, si no se hubieren ya determinado y para nombrar nuevos administradores o administrador único, o bien ratificar los nombramientos ya hechos para el nuevo ejercicio social.

Para la sociedad anónima, en la primera convocatoria se exige la asistencia al menos del 50% del capital social, y para la segunda convocatoria, no se fija, por lo que la asamblea se constituirá válidamente cualquiera que se a el número de acciones representadas (o sea, que una sola de ellas bastaría). En cuanto a votación, se requiere el 50% del capital social, en asambleas que se celebren por primera vez, y mayoría simple de votos de las acciones que estuvieran presentes o representadas, en asambleas que se reúnan a virtud de segunda o ulterior convocatorias.

Respecto a estas asambleas ordinarias, la Ley General de Sociedades Mercantiles, no es tan clara, como respecto a las extraordinarias, sobre si resulta válido aumentar en el contrato social los porcentajes mayoritarios de asistencia y de votación (el llamado derecho de veto).

El artículo 181 señala cuales son las facultades de ésta asamblea "La asamblea ordinaria se reunirá por lo menos una vez al año dentro de los cuatro

²⁰ VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar. *"Asambleas, Fusión, Liquidación y Escisión de Sociedades Mercantiles"*, Edit. Porrúa, S.A. México, 1999, p. 41

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 de 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.”

Como se ha visto en las asambleas ordinarias deben convocarse regularmente, después de cada ejercicio social, y que esto le da a la convocatoria un carácter de periodicidad y normalidad.

2.2.2. EXTRAORDINARIA

Para la asamblea extraordinaria, se requerirá igualmente unanimidad de votos (y en consecuencia, también asistencia unánime), primero cuando se trate de imponer a socios o accionistas obligaciones adicionales a las que establezca el contrato social.

La asamblea extraordinaria y las asambleas especiales, requieren mayorías superiores a las de la ordinaria, en las sociedades de capitales. Para las sociedades por acciones, la Ley General de Sociedades Mercantiles, impone, como quórum mínimo de asistencia, las tres cuartas partes del capital con derecho a voto, si la asamblea se celebra a virtud de primera convocatoria, y la mitad de las acciones con voto representativo del capital si se celebran por segunda (o ulterior) convocatoria; en la votación, la mayoría debe ser, tanto en primera como en posterior convocatoria del cincuenta por ciento del capital social.

Expresamente, la Ley General de Sociedades Mercantiles, para estas sociedades por acciones, permite que en el contrato social se aumenten los porcentajes de mayoría; pero los mínimos legales nunca pueden reducirse. Las modificaciones del contrato social sólo pueden tomarse por mayoría de las tres cuartas partes del capital social, con las excepciones antes referidas del cambio de objeto y del aumento de las obligaciones de los socios.

Las actas de las asambleas extraordinarias, deben protocolizarse ante notario, e inscribirse en el Registro Público de Comercio. Las actas de las asambleas ordinarias, sólo se deben protocolizar cuando no puedan asentarse en el libro de asambleas de la sociedad, o cuando así lo acuerde la propia asamblea.

Los acuerdos de las asambleas pueden impugnarse por los socios ausentes o disidentes, que representen, cuando menos, el 33% del capital social; y por cualquier socio, cuando se violen sus derechos propios que sean indisponibles por parte de la asamblea (por ejemplo, que el acuerdo niegue su derecho de preferencia para suscribir proporcionalmente aumentos de capital o que les niegue derecho de voto); Cuando la asamblea se reúna fuera del domicilio social, salvo caso fortuito o de fuerza mayor, o en fin, cuando la resolución sea ilícita por ser 'contraria a las leyes de orden público o a las buenas costumbres', o se adopte por el voto de socios que pueda invalidarse por incapacidad o vicios del consentimiento.

“Son asambleas extraordinarias las que se reúnen para tratar cualquiera de los siguientes asuntos:

- I. Prórroga de la duración de la sociedad;
- II. Disolución anticipada de la sociedad;
- III. Aumento o reducción del capital social;
- IV. Cambio de objeto de la sociedad;
- V. Cambio de nacionalidad de la sociedad;
- VI. Transformación de la sociedad;

- VII. Fusión con otra sociedad;
- VIII. Emisión de acciones privilegiadas;
- IX. Amortización por la sociedad de sus propias acciones y emisión de acciones de goce;
- X. Emisión de bonos;
- XI. Cualquiera otra modificación del contrato social; y
- XII. Los demás asuntos para los que la Ley o el contrato social exija un quórum especial.

Estas asambleas podrán reunirse en cualquier tiempo.”

“Si bien es cierto que la asamblea general extraordinaria es soberana para decir respecto de las modificaciones a los estatutos, no debemos olvidar que los accionistas, como tales, tienen derechos que no pueden ser desconocidos, y los cuales, aun la asamblea encuentra naturalmente un límite en la subsistencia de derechos inderogables de los accionistas.”²¹

Las asambleas extraordinarias son convocadas indistintamente, es decir, en cualquier tiempo, ello no significa que la diferencia entre estas asambleas deba basarse precisamente en un elemento externo como es la fecha de la convocatoria.

Por último las asambleas extraordinarias requerirán un quórum calificado. Si se reuniera la asamblea en virtud de primera convocatoria, deberán estar representadas, para su validez, las tres cuartas partes del capital social y las resoluciones deberán tomarse por el voto favorable de la mitad de dicho capital. Si la reunión se hiciera atendiendo segunda convocatoria, bastará con que este representada la mitad del capital social, y las resoluciones deberán tomarse siempre por el voto favorable de dicha mitad.

²¹ VÁSQUEZ DEL MERCADO, Óscar. ob. cit. p. 181

2.2.3. ESPECIALES

El sistema jurídico mexicano prevé en forma general, en el contenido del artículo 195 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, a las asambleas especiales, las cuales son distinguidas de una votación especial que pueden tomar los titulares de cierta clase de acciones de forma separada, pero en el seno de la asamblea general, para que se puedan configurar.

A este respecto, tenemos que el tratadista Roberto Mantilla Molina advierte que "... las asambleas especiales se rigen por las reglas de las asambleas extraordinarias, y serán presididas por el accionista que designen los presentes."²²

Resulta importante indicar que la figura jurídica en cuestión, fue creada en Alemania e introducida después en las legislaciones de otros países, y su importancia radica en que dentro del operar de la sociedad anónima se hace necesario celebrar este tipo de asambleas cuando la sociedad, a través de la asamblea general, decide modificar los derechos especiales que las acciones confieren. No permitiéndose que por una simple resolución de la asamblea general se modifiquen los derechos que se confieren a una determinada clase de acciones, de ahí la necesidad de estas asambleas.

Esta institución se justifica dentro de las sociedades anónimas, por el hecho de que en una sociedad, en la cual lícitamente se ha delegado el principio de igualdad entre los accionistas por haberse emitido acciones con diversos derechos, la asamblea general decidiera alteración en los privilegios de que gozan las diversas clases de acciones.

Esta modificación puede cambiar profundamente los derechos respectivos de una o varias categorías de acciones. Cuando los poseedores de las acciones manifiestan su inconformidad porque van atacados sus derechos y privilegios,

²² MANTILLA MOLINA, Roberto, ob. cit. p. 123

sería inadmisibles que el acuerdo de una asamblea general pudiera decidir de los derechos de los accionistas privilegiados. De ahí que se haya establecido la práctica de las asambleas especiales, las cuales deberán aprobar o desaprobar las decisiones de las asambleas generales que afecten los derechos de determinada categoría de acciones.

Sin embargo, la modificación de los derechos de una determinada categoría de acciones, no siempre implica la celebración de una asamblea especial. Cuando todos los poseedores de las acciones, cuyos derechos se modifican, asistan a la asamblea general que decida la modificación, y éstos, unánimemente o por la mayoría requerida aprueben la resolución, no será necesario celebrar la asamblea especial.

Para que una asamblea especial pueda convocarse, es necesario que la decisión de la asamblea general lesione los intereses de la categoría afectada. Cuando no se perjudican los derechos que se confieren a una determinada categoría de acciones la asamblea especial no tiene razón de ser y la resolución de la asamblea general tiene efectos aún sin la aprobación de la especial.

Asimismo, tenemos que la Ley General de Sociedades Mercantiles, establece, en su numeral 195, que en caso de que existan diversas categorías de accionistas, toda proposición que pueda perjudicar a una de ellas, deberá aceptarse por la categoría afectada, reunida en asamblea especial.

Por tanto, la función principal de la asamblea especial no es otra que la de ratificar la decisión de la asamblea general. Tiene la cualidad en definitiva, las decisiones que toma el órgano deliberadamente de la sociedad. Decimos que convierte en definitivas las resoluciones de la asamblea general porque, tales resoluciones, que perjudican una clase determinada de accionistas, no pueden tener efecto si previamente no son aceptadas por la categoría afectada.

2.3. PUBLICIDAD Y QUÓRUM

Antes de procederse a declarar legalmente instalada la asamblea, el presidente deberá cerciorarse si los accionistas que asistieron representan el número de acciones suficientes para formar el quórum. Una vez cerciorado, declarará a la discusión de los puntos de la orden de día. El presidente de la asamblea está obligado a comprobar si los accionistas presentes forman el quórum, legal estatutario y mientras no cumpla con esta obligación, no podrá hacer la declaración respectiva.

Por quórum el jurista Guillermo Cabanellas de Torres vierte el siguiente comentario: "Tomado del inglés quórum, palabra latina que significa: "de los cuales" y figura en una fórmula.

Numero mínimo de miembros presentes, exigido para que una asamblea pueda deliberar validamente y adoptar una resolución. En materia de sociedades, el quórum se fija en una fracción mas o menos importante del capital social que debe estar representado en la asamblea, y varia según la naturaleza y los poderes de esta."²³

Por lo que respecta al quórum la Ley General de Sociedades Mercantiles lo reglamenta de la siguiente manera:

"Artículo 189.- Para que una asamblea ordinaria se considere legalmente reunida, deberá estar representada, por lo menos, la mitad del capital social, y las resoluciones sólo serán validas cuando se tomen por mayoría de los votos presentes."

"Artículo 190.- Salvo que en el contrato social se fije una mayoría más elevada, en las asambleas extraordinarias deberán estar representadas, por lo

²³ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. ob. cit. p. 245

menos, las tres cuartas partes del capital y las resoluciones se tomarán por el voto de las acciones que representen la mitad del capital social.”

La ley establece que cada acción tendrá derecho a un voto. Sin embargo, en el contrato social podrá pactarse que en determinados casos una parte de las acciones tenga derecho de voto, es decir, se limita su ejercicio. Cuando así se pacta, el voto únicamente puede ejercitarse cuando la asamblea se ocupe de la prórroga de la duración de la sociedad, disolución de la sociedad, cambio del objeto social, cambio de nacionalidad del ente, transformación de la sociedad o fusión de la misma.

Cuando en una asamblea tienen derecho de voto todas las acciones, el quórum las acciones que representen cuando menos la mitad del capital social; y en una asamblea extraordinaria el quórum deberán formarlo las acciones que representen cuando menos las tres cuartas partes.

Podría decirse que el quórum debe siempre calcularse únicamente sobre las acciones con derecho a votar, toda vez que son las únicas que pueden decidir sobre los puntos de la orden del día, y que en todo caso las acciones sin derecho de voto, en nada influyen para tomar una resolución. Sin embargo, esta clase de acciones representan una parte del capital social, y las disposiciones legales toman en consideración el propio capital para determinar el quórum, de allí que se diga que para estar de acuerdo con la ley, todas las acciones, con o sin derecho de voto, debe computarse para determinar el quórum.

La publicidad deberá publicarse en el periódico oficial de entidad en que está el domicilio social, o en uno de los de mayor circulación en ese lugar quince días antes de la fecha señalada para la reunión o con la anticipación que al efecto fijen los estatutos.

Para la publicidad de las asambleas la legislación mercantil en comento señala lo siguiente:

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 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 siguiéndole la tramitación establecida para los incidentes de los juicios mercantiles.

“Artículo 186.- La convocatoria para las asambleas generales deberán hacerse por medio de la publicación de un aviso en el periódico oficial de la entidad del domicilio de la sociedad, o en uno de los periódicos de mayor circulación en dicho domicilio con la anticipación que fijen los estatutos, o en su defecto, quince días antes de la fecha señalada para la reunión. Durante todo este tiempo estará a disposición de los accionistas, en las oficinas de la sociedad, el informe a que se refiere el enunciado general del artículo 172.”

2.4. ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN

Son los titulares de la administración, serán considerados mandatarios de la sociedad; serán designados por la asamblea general de accionistas; y su designación será temporal y revocable en cualquier tiempo, así lo establece la legislación mercantil.

Los administradores serán los voceros de la sociedad, esto es, los autorizados para manifestar, frente a terceros, con efectos vinculatorios, la voluntad social.

El órgano de administración podrá ser singular (administrador único) o colegiado (consejo de administración). Señala la legislación mercantil que “cuando los administradores sean dos o más, constituirán el consejo de administración”.

El artículo 145 de la ley en cita señala lo siguiente:

“La asamblea general de accionistas, el consejo de administración o el administrador podrán nombrar uno o varios gerentes generales o especiales, sean o no accionistas. Los nombramientos de los gerentes serán revocables en cualquier tiempo por el administrador o consejo de administración o por la asamblea general de accionistas.”

“Como se puede apreciar los verdaderos administradores son los gerentes. Y en la práctica, hay cierta anarquía en las denominaciones. Algunos administradores se llaman administrador único; otros, gerente general; otros, simplemente gerente; algunos director o director general (cuando se tiene a sus órdenes otros gerentes); y otros, director-gerente.”²⁴

Las facultades de estos administradores es limitada, tal limitación se inscribe en el Registro Público de Comercio, y se ha discutido si, por la inscripción, surte efectos contra terceros. El artículo 146 de la multicitada ley señala lo siguiente:

“Los gerentes tendrán las facultades que expresamente se les confieran; no necesitarán de autorización especial del administrador o consejo de administración para los actos que ejecuten y gozarán, dentro de la órbita de las atribuciones que

²⁴ CERVANTES AHUMADA, Raúl. op. cit. p. 101

se les hayan asignado, de las más amplias facultades de representación y ejecución.”

2.5. CONSTITUCIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

La legislación mercantil prevé la posibilidad de la institución de administrador único o de varios mandatarios, que constituirán el consejo de administración.

“Sin perjuicio de esta alternativa optativa, pueden resultar de las leyes especiales las normas obligatorias en cuanto a la integración obligatoria de un consejo de administración; por ejemplo, el artículo 9° fracción VIII de la Ley de Sociedades de Inversión, según el cual el número de administradores no será inferior a cinco, que funcionarán constituidos en consejo de administración”, ...”²⁵.

La integración del consejo de administración deberá determinarse en los estatutos, si una sociedad anónima quiere determinarla para el futuro en forma obligatoria; así el número necesario de los consejeros, supuestos adicionales exigidos eventualmente respecto de su capacidad y la forma prevista para la representación y administración de la sociedad anónima.

Si no existen disposiciones estatutarias en tal sentido, la asamblea ordinaria determinará el número de los consejeros por medio de un nombramiento. En caso de omisión de la determinación estatutaria de la forma de representación y de administración de la sociedad anónima, se aplicarán las disposiciones legales previstas para el ejercicio de estas actividades.

Respecto a la designación del presidente del consejo de administración, pueden disponer lo correspondiente los estatutos, en forma general, o las

²⁵ FRISCHI PHILIP, Walter. ob. cit. p. 372

soluciones tomadas por la asamblea ordinaria, en forma concreta, con ocasión del nombramiento de los miembros del consejo.

Sobre designación del Consejo de Administración la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado lo siguiente:

CONSEJO DE ADMINISTRACION DE UNA SOCIEDAD ANONIMA. EL ACTA DE LA ASAMBLEA EN QUE ES NOMBRADO NO REQUIERE PROTOCOLIZACION SI ES ASENTADA EN EL LIBRO RESPECTIVO.

Tipo de Documento: TESIS AISLADA Clave de Publicación: 3a. LXXVIII/92
 Clave de Control Asignada por SCJN: No existente
 Sala o Tribunal emisor: 3ra. Sala - 8va. Epoca - Materia: Común
 Fuente de Publicación: Semanario Judicial de la Federación
 Volumen: X-Octubre Página: 91

De conformidad con el artículo 178 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, "la asamblea general de accionistas en el órgano supremo de la sociedad", la cual tiene la facultad de nombrar al administrador o consejo de administración (artículo 181, fracción II, de la misma ley), quienes estarán a cargo de la administración de la sociedad al disponer expresamente los numerales 142 y 143 respectivamente, que "la administración de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios mandatarios temporales y revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad" y que "cuando los administradores sean 2 o más, constituirán el consejo de administración", cuyos integrantes serán nombrados en asamblea ordinaria, como lo estatuye el citado artículo 181, fracción II, la cual sólo requiere para su validez que el acta respectiva se asiente en el libro correspondiente y que sea firmada por el presidente y secretario de la asamblea, así como por los comisarios que concurren, agregando a la misma los documentos que justifiquen que las convocatorias se hicieron en los términos de ley, no siendo, por ende, necesaria la protocolización, sino sólo en el caso de que no hubiere podido asentarse el acta en el libro respectivo conforme al numeral 194 de la propia Ley. Por lo tanto, al encontrarse regulado en forma expresa en la Ley de la Materia cómo debe ser designado el consejo de administración y los requisitos que debe reunir el acta de la asamblea en que tal consejo es nombrado, no cabe aplicar supletoriamente el requisito de protocolización que para los mandatos generales establece el artículo 2555 del Código Civil para el Distrito Federal, aplicable en toda la República en materia Federal, máxime que el mismo pugna con la intención del legislador plasmada en el artículo 194 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Descripción de Precedentes:

Amparo en revisión 1037/91. Minera de Carbono, S.A. 31 de agosto de 1992. Unanimidad de cuatro votos. Integró la Sala el Ministro Guillermo Guzmán Orozco,

en virtud de que se calificaron de legales los impedimentos planteados por los Ministros José Trinidad Lanz Cárdenas y Miguel Montes García. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

Características de los administradores:

Deben ser personas físicas, no morales, con capacidad para contratar y obligar a la sociedad que representan según la legislación mercantil.

Los administradores tienen un cargo temporal; cesan cuando expresa o implícitamente (al ser nombradas otras personas en su lugar).

Su nombramiento es eminentemente revocable.

Pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad.

Es una actividad remunerada, como indirectamente se desprende del artículo 181 fracción III.

CAPÍTULO TERCERO NATURALEZA JURÍDICA, CARACTERES Y LEGITIMACIÓN DEL COMISARIO.

3.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL COMISARIO.

Las diferentes teorías que explican la naturaleza jurídica del órgano de vigilancia, y su relación con la sociedad:

- a) Teoría del Mandato.
- b) Teoría de la Representación.
- c) Teoría de la Prestación de Servicios.

Teoría del Mandato.

De la relación que existe entre el o los comisarios con la sociedad se ha dado la primera teoría respecto a la clase de contrato que ligan al comisario con la sociedad.

Así tenemos que para entender esta teoría es importante dejar claro que mandato es "el contrato 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."²⁶

De la misma manera, el Código Civil Federal en el artículo 2546, refiere textualmente lo siguiente: "El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar, por cuenta del mandante, los actos jurídico que éste le encarga."

Por lo que se refiere a las especies se distingue el mandato civil, para actos civiles, y el mandato mercantil o comisión, para actos de comercio, el mandato especial para uno varios actos jurídicos concretos expresamente determinados y

²⁶ Zamora y Valencia, Miguel Angel. "Contratos Civiles". Edit. Porrúa, México. 1999. p. 183

el mandato general con sus subespecies para actos de dominio, para actos de administración y para pleitos y cobranzas.

Para el maestro Sánchez Medal señala: "Entre los referidos mandatos generales hay una gradación jerárquica, por cuanto que el mandato general para actos de dominio, comprende el mandato general para actos de administración y para pleitos y cobranzas, y el mandato general para actos de administración comprende el general para actos de administración comprende el general para pleitos y cobranzas."²⁷

El maestro Sánchez Medal expone las teorías relativas a la representación y concluye que nuestros Códigos Civiles se adhieren a la teoría de la ficción, al respecto establece lo siguiente:

"Para explicar la representación, la legal o la convencional, se han propuesto diversas teorías: la de la ficción, que reputa o considera como si el mandante o representado hubiera celebrado o ejecutado por sí, mismo el acto (Pothier, Lurent); la del nuncio, que ve en el representante un mensajero, portador o transmisor de la voluntad del representado (Savigny); la de la cooperación, que sostiene que en la formación del acto jurídico intervienen conjuntamente, la voluntad del representado al dar instrucciones al representante, y la del representante aunque en distinta medida, según se trate del mandato especial o del mandato general, respectivamente (Mitteis y Vivante), y la teoría de la Sustitución Real, que sostiene que la voluntad del representante sustituye a la del representado en la formación del contrato para producir sus efectos en el patrimonio o en la persona de éste."²⁸

Pero señalamos nuevamente que el mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a realizar por cuenta del mandante los actos jurídicos que

²⁷ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. *"De los Contratos Civiles"*, Edit. Porrúa, México, 1996, p. 309

²⁸ Ibid. P. 311

éste le encarga, en términos del artículo 2546 del Código Civil Federal, con la posibilidad de ser de dos clases: mandato representativo, si el mandatario actúa en nombre y por cuenta del mandante; y el mandato del testafiero, si el mandatario actúa en nombre propio y cuenta del mandante, en términos del artículo 2560 del Código Civil Federal. En nuestro derecho el mandatario puede obrar a nombre propio o en el del mandante.

Como se mencionó al principio de ésta teoría, por cuanto a la relación que hay entre el o los comisarios con la sociedad, en su apoyo por esta tendencia se encuentran los autores italianos y la propia legislación italiana que así lo considera al establecer que, tanto los síndicos como los administradores, son mandatarios de la sociedad investidos de los más altos poderes. De tal forma que, remitiendo al aspecto que se refiere a la materia del mandato, para poder ubicar, en razón de la postura de los autores italianos que sostienen tal teoría, se encuentra Lisbone que expresa que quedó delimitado claramente que el comisario es un mandatario de la asamblea de accionistas, dotado de todos los poderes y obligaciones que incumbe normalmente a un mandatario. Así mismo, pretendió establecer la relación del comisario con la sociedad, como un contrato innominado, diferente al mandato, pero con ciertas coincidencias en sus reglas, particularmente en lo que se refiere a la responsabilidad.

Escarra dice que los mandatos de los comisarios, así como los administradores, no tienen de mandato más que el nombre, y que las funciones de los órganos sociales son cada vez y con mayor frecuencia de orden público y no se ejercen correcta y eficazmente como en el cuadro de la concepción institucional.²⁹

Cosak, En Alemania, considera que el consejo de inspección ocupa un puesto entre la asamblea general y el consejo de administración para vigilar la actuación de éste último como para que la dirección de los asuntos interiores de la

²⁹ ESCARRA, Jean. "*Curso de Derecho Comercial*", Edit. Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1985, p. 508

sociedad no se encuentren de una manera absoluta en manos del consejo de administración, por lo que para éste autor la relación jurídica que guardan los integrantes del consejo de administración, con la sociedad es de naturaleza privada, de control interno y encaja en el grupo de los contratos de mandato.³⁰

Cooper dice que los comisarios son semejantes a los administradores, con la diferencia de que el objeto de su mandato es mucho más limitado que el conferido a los administradores, razón por la cual éste tratadista considera que el mandato del comisario es un mandato social.

Fre Giancarlo opina que, el derecho de administrar o vigilar no es, para quien está investido de él, un atributo del derecho de copropiedad, sino que más bien es un poder que se atribuye como instrumento necesario para cumplir con las funciones relativas, por lo que la naturaleza del encargo conferido a los administradores o comisarios cambia en razón de que estos tengan o no la calidad de socios.³¹

Por nuestra parte consideramos que se debe negar el carácter de mandatarios a los comisarios ya que en todo mandato la persona mandante encarga al mandatario la ejecución de determinados actos. Ahora bien, el mandante puede generalmente revocar en cualquier momento el mandato conferido al mandatario, excepto en el mandato irrevocable que se celebra "... bien sea como una condición contraída ..." ³² y lo que es más, puede el mandante llevar a cabo los actos que le había encomendado al mandatario; caso contrario es el de las sociedades anónimas, en la que la asamblea de accionistas no puede, en ningún momento, ejercitar por sí los actos propios de los comisarios, razón por la que no puede ni debe considerarse a esto como mandatarios de la sociedad.

³⁰ COSACK, Konrad. "Tratado de Derecho Mercantil", Revista de Derecho Privado, España, 1995, p. 119

³¹ FRE: Giancarlo. "El Órgano Administrativo de la Sociedad Anónima", Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1997, p. 490

³² SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, op. cit. p. 329

En virtud de lo anterior, se considera que la naturaleza jurídica de la relación que guarda el o los comisarios con la sociedad, no corresponde aun contrato de mandato y la razón más clara y objetiva es que si bien es cierto que el mandato es el contrato por el cual una de las partes se obliga con la otra, a realizar actos jurídicos, también lo es que el comisario no realiza únicamente actos jurídicos. Por otro lado, si bien es cierto que el comisario en la sociedad anónima realiza actos en materia mercantil por ser el objeto de la sociedad, también lo es que el mandato aplicado a actos concretos de comercio es comisión, el cual se define como el contrato por el cual una parte encarga a otra, por su cuenta, la conclusión de uno o más negocios de naturaleza mercantil, es decir, existe comisión cuando el acto que se va a realizar es un acto de comercio.³³

El artículo 273 del Código de Comercio dice que: "El mandato aplicado a actos concretos de comercio se reputa comisión mercantil. Es comitente el que confiere comisión mercantil y comisionista él que la desempeña." El maestro Díaz Bravo señala:

"De la transcrita noción legal se infiere que la comisión es un mandato, con dos notas diferenciadoras: sólo puede conferirse para actos concretos y tales actos deben ser de comercio.

Con tales premisas, es posible asentar las diferencias entre mandato civil y comisión:

- a) El mandato suprimiendo el calificativo civil, puede abarcar todo tipo de actos jurídicos, salvo, naturalmente, aquellos en los que la ley exige la intervención personal del interesado, artículo 2548 del Código Civil Federal, en tanto que la comisión solo puede conferirse para realizar una categoría de tales actos que son los de comercio.

³³ VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar. "*Contratos Mercantiles*", Edit. Porrúa, México. 1999, p. 74

- b) El mandato puede conferirse con poderes generales, al paso que la comisión ha de recaer sobre actos concretos, esto es, no sería comisión aquella que se otorga para realizar toda clase de actos de comercio.
- c) El comisionista tiene el derecho de retener los bienes que se le hayan entregado para el desempeño de su cometido, en garantía de pago de derechos de comisión, anticipaciones y gastos, artículo 306 del Código de Comercio, mientras que el Código Civil, no confiere tal derecho al mandatario.
- d) Según su amplitud o el interés del negocio para el que se confiere, el mandato puede otorgarse verbalmente, en escrito privado o en documento público, artículos 2555 y 2556 del Código Civil, la comisión, en cambio, puede otorgarse verbalmente en todo caso, si bien, como ocurre con el mandato verbal, debe ratificarse por escrito antes de que concluya el negocio (artículos 2552 del Código Civil y 274 del Código de Comercio).³⁴

Un mandato conferido exclusivamente con poder para realizar ciertos actos de comercio, es en realidad, una comisión, y debe regirse por la ley mercantil, aunque no se hayan empleado los términos comisión mercantil.

Por no involucrar un poder general, la comisión no precisa, para surtir efectos frente a terceros, de su inscripción en Registro Público alguno, artículo 21, fracción VII y 22 Código de Comercio.

De lo anterior se considera que, las ideas del maestro Rodríguez y Rodríguez, son claras y ciertas respecto a que, los comisarios no son mandatarios ni de la sociedad ni de la asamblea, la ley no les atribuye este carácter, que además debe negarse por las siguientes razones: El mandato implica una relación

³⁴ DÍAZ BRAVO, Arturo. "Contratos Mercantiles", Edit. Harla, México, 1997, p. 260.

voluntaria, mientras que la existencia de los comisarios es resultado de una exigencia legal, que los socios no puede desconocer ni suprimir.

El mandato se otorga exclusivamente para actos jurídicos; sin embargo, las funciones de los comisarios no siempre implica la realización de actos de esa naturaleza "esta última razón no es definitiva, porque tal vez podrían reducirse todas las actividades de los comisarios a diversas formas de negocios jurídicos."³⁵

Por otro lado, aunque el mandato puede ser general especial, las atribuciones, derechos y obligaciones del mandatario, tienen que ser expresamente determinados en el contrato de mandato o en su caso, en el de comisión, pero en el caso de comisario, sus derechos y obligaciones le son otorgados por la ley y por los estatutos no por un contrato, el hecho de que en el contrato de sociedad se agreguen los estatutos sociales que son las reglas con base a las cuales la sociedad se va desenvolver no quiere decir que a través del contrato de sociedad se le otorguen obligaciones y facultades al órgano de vigilancia y en el caso concreto al comisario en la sociedad anónima. En virtud de lo anterior, consideramos que el comisario no es un mandatario ni de los accionistas, ni de la sociedad, ni de la asamblea.

Teoría de la Representación.

Antes de exponer la presente teoría es importante distinguir el mandato de la representación, ya que es común la confusión entre ambos términos, al respecto el maestro Sánchez Medal afirma que: "la representación es la acción de representar, o sea el acto por el cual una persona dotada de poder, llamada representante obra en nombre y por cuenta de otra llamada representada ...".³⁶

Es importante señalar que cuando la sociedad tiene representantes estos son órganos para la formación y ejecución de la voluntad social formando parte

³⁵ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín, op. cit. p. 159

³⁶ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, op. cit. p. 313

integrante de la sociedad y pueden llevar a cabo todos los actos jurídicos y materiales que sean necesarios para la consecución no que son personas extrañas a ésta y solo tienen las facultades que expresamente se le confiera para llevar a cabo actos jurídicos.

Ahora bien, el mayor defensor de la teoría de que la naturaleza jurídica del comisario es la representación es el autor italiano Giancarlo Fre quien nos indica que la voluntad y el interés, es decir, los dos elementos que integran el derecho subjetivo, pueden no coincidir en el mismo sujeto, esto es, que puede darse el caso de que la persona a la que pertenece el interés de lograr un determinado fin, no sea la misma que cumple el acto de voluntad imprescindible para su consecución.³⁷

El fundamento de la teoría de la representación reside en la afirmación que apuntamos y que es el caso típico en el que falta la coincidencia del portador de la voluntad con el destinatario del interés.

Considero que es normal que una sociedad que tiene órganos y que por lo regular desarrolla su actividad por medio de ellos, puede ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones por medio de representantes y, en ocasiones, éstos son sujetos que no forman parte de la organización; pero nada impide que se les escoja de entre sus órganos. Ahora bien, si se sabe que el comisario es un órgano de la sociedad, y que por o tanto realiza sus funciones en la misma, no puede por tal hecho tener relación directa como representante de la sociedad o del consejo de administración o de la asamblea de accionistas, esta prohibición se encuentra conferida en el artículo 192 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que dice que no podrán hacerse representar los accionistas por los comisarios o administradores en las asambleas.

Según el artículo 192 de la Ley General de Sociedades Mercantiles:

³⁷ FRE Giancarlo. op. cit. p. 5

"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 presentan los estatutos y a falta de estipulación, por escrito.

No podrán ser mandatarios los administradores ni los comisarios de la sociedad."

Es posible que la palabra representación se encuentra usada en un sentido impropio, es decir, que se refiera a los órganos en cuanto tales, para designar a los órganos externos que tienen relaciones con terceros, y dada la incertidumbre de la distinción entre órganos y representantes, no es de excluir la posibilidad de que esta terminología esté usada como consecuencia de una confusión de conceptos que se da en la doctrina y que, naturalmente, es más frecuente en el lenguaje legislativo.

En términos semejantes escribe el autor Mantilla Molina diciendo que "el comisario es un representante permanente de la asamblea, a efecto de vigilar la marcha del consejo de administración."³⁸

Cabe señalar que, de acuerdo con la estructuración deseada por el legislador en el derecho mexicano, los comisarios no son representantes de la sociedad ni de los accionistas, entre otras causas, porque frente a los terceros el representante y representado actúan, el primero en nombre y en lugar del representado, pero las acciones que realizan son propias y solamente sus efectos positivos o negativos recaen sobre el segundo, por el contrario, los terceros que entran en contacto con el órgano, se relacionan directamente con la misma entidad, razón por la cual los comisarios no son representantes de la sociedad ni de la asamblea.

³⁸ MANTILLA MOLINA, Roberto. "*Derecho Mercantil*". Edit. Porrúa, México, 1980, p. 413.

Dice el autor Miguel Ángel Zamora y Valencia que "volviendo un poco atrás, la representación es la figura jurídica que permite alterar, modificar el ámbito personal o patrimonial de una persona por la actuación de otra capaz, quien actúa siempre a nombre de la primera."³⁹

La representación puede conferirse directa y exclusivamente por la ley. No obstante que la representación es una figura jurídica, y que por lo tanto, toda representación es siempre legal, este tipo de representación toma la calificación de legal, para diferenciarla de aquella que no es imprescindible y necesaria, sino que se confiere intencionalmente y a la que se califica de voluntaria. Si la representación confiere deliberadamente por una persona capaz a otra, para que a su nombre realice determinados actos jurídicos, toma el nombre de voluntaria.

Pero se pueden señalar como diferencias principales entre estas dos clases de representación, las siguientes: La representación legal es necesaria, ya que de otra manera se suprimiría la personalidad jurídica de las personas que no pudieron hacer valer por sí mismas sus derechos, ya que la situación de no tener un derecho se equipara a tenerlo y no poder hacerlo valer; la representación voluntaria en cambio, es prescindible y eludible, revocable a voluntad del representado, renunciable por el representante y las facultades del representante son variables, diversas, según la intención de quien la confiere.⁴⁰

La Ley General de Sociedades Mercantiles establece como excepción al artículo 192 el supuesto en que los comisarios sí pueden fungir como representantes, contenido en el artículo 155 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que estipula:

"En los casos de revocación de nombramiento de los administradores, se observarán las siguientes reglas:

³⁹ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel. op. cit. p. 184.

⁴⁰ Ibid. p. 185

I. ...

II. Cuando se revoque el nombramiento del administrador único, o cuando habiendo varios administradores se revoque el nombramiento de todos o de uno 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 en que la falta de los administradores sea ocasionada por muerte impedimento u otra causa."

Otra razón para negar el carácter de representantes a los comisarios de la sociedad o de la asamblea, radica en que la asamblea es un órgano de la sociedad y, como se afirmó anteriormente no es posible la representación de órgano a órgano, tal como lo explica el autor Rodríguez y Rodríguez.⁴¹

Este niega que los comisarios realmente sean representantes de los accionistas al afirmar que la representación implica necesariamente la posibilidad de vincular a la sociedad con terceros, y esta facultad no incumbe jamás a los comisarios, afirmación con la que estoy de acuerdo.

Es la representación una figura jurídica que consiste en permitir que los actos celebrados por una persona, llamada representante repercutan y surtan efectos jurídicos en la esfera jurídica económica de otro sujeto, llamado representado como si éste último lo hubiera realizado, y no afectan para nada en la esfera jurídica del representante, el cual queda ajeno a la relación de derecho generada por su acción. Uno efectúa el acto, pero la consecuencia jurídica se produce para otro.

"Y es cierto que por su origen (por la norma jurídica que la crea) la representación puede ser voluntaria (procede de la voluntad del autor o de las partes) y legal (se genera en la ley) (artículo 1801 del Código Civil). La primera se

⁴¹ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín, op. cit. p. 152

crea por la autónoma decisión de la voluntad expresada ya en su contrato llamado mandato, y en su testamento (nombramiento de su albacea testamentario es la constitución de la representación voluntaria de los sucesores, sean herederos o legatarios, y de otros con intereses sobre caudal hereditario).

La segunda es instituida por la ley, sea para los menores o demás incapaces, sea para ciertos organismos colectivos de Derecho Público (la representación por las autoridades estatales tiene su origen legal).⁴²

Ahora bien, si se afirma que la representación consiste en permitir que los actos celebrados por una persona, llamada representante y surtan efectos jurídicos en la esfera jurídica económica de otra, representada como si ésta lo hubiera realizado, se puede decir que el comisario no tiene función tal, porque no va a realizar actos ni para los administradores ni para los accionistas, por que el comisario se debe mantener en un estado de vigilancia y no de representante al realizar actos en la sociedad; por tal motivo el autor Rodríguez y Rodríguez dice que:

"Los comisarios tampoco son representantes de la sociedad, y menos aún de la asamblea por las siguientes razones: La representación implica forzosamente la posibilidad de vincular a la sociedad con terceros y ésta facultad no incumbe jamás a los comisarios, al menos en la estructura de los mismos en el Derecho Mexicano.

Tampoco podría hablarse de representación de la asamblea, porque ésta no es más que un órgano de la propia sociedad y no cabe representación de órgano a órgano.⁴³

⁴² BEJARANO SÁNCHEZ. Manuel. *Obligaciones Civiles*, Edit. Harla México, 1988, p. 136

⁴³ Ibidem. p. 159

Por lo anterior, entendemos que el comisario forme parte de la sociedad sin relación alguna que no sea la de vigilar y no de representar; por esa razón no consideramos que el comisario sea representante en la sociedad, ni para accionistas, ni para la asamblea general.

Teoría de la Prestación de Servicios Profesionales.

Dice el maestro Sánchez Medal, respecto a la prestación de servicios lo siguiente:

"El Código de Napoleón siguió el criterio del derecho romano y consideró la prestación de servicios profesionales como una especie del contrato de arrendamiento de servicios.

En contra de esta concepción reaccionó el Código Civil de 1870, por considerar que era degradante equiparar la actitud del hombre, aún la de carácter material, a los servicios que podrían prestar los animales; y aún las cosas inanimadas. En vista de ello, estimó dicho ordenamiento que la prestación de servicios en general no debía considerarse como un arrendamiento de servicios, sino que tenía más semejanza con el mandato, pues aunque en éste la actividad era de un rango moral superior, de todas maneras en uno y en otro contrato se trataba de la actividad humana como objeto del contrato y ambos tenían el carácter de "intuitus personae", por lo que hace el mandatario y al que presta los servicios.⁴⁴

El Código de 1870 reglamentó la prestación de servicios en general inmediatamente después del mandato, sin dedicar disposiciones a la prestación de servicios profesionales.

⁴⁴ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *ob. cit.* p. 337

El Código Civil de 1884 poco reglamentó sobre la prestación de servicios y lo asemejó al mandato y lo consideró una especie de él. El Código Civil de 1928 distinguió el contrato de prestación de servicios profesionales y lo diferenció del mandato. En este código Civil actual subsiste la posibilidad de involucrar el mandato dentro de la prestación de servicios profesionales, cuando aquél se confiere a un profesionista que ofrece al público sus servicios y dicho profesionista no rehúsa tal mandato dentro de los tres días siguientes a la fecha que tuvo conocimiento de la existencia de éste, artículo 2547 Código Civil Federal. El contrato de prestación de servicios profesionales lo define Sánchez Medal como:

"Contrato por el que una persona llamada profesionista o profesor se obliga a prestar determinados servicios que requieren una preparación técnica y a veces un título profesional, a otra persona llamada cliente que se obliga a pagarle una determina retribución llamada honorario."⁴⁵

Los nombres de los contratantes son el profesionista o profesor, el que presta el servicio; y el cliente, el que lo recibe y retribuye.

Puede coexistir una relación de prestación de servicios profesionales y mandato, en virtud de que en ocasiones se confiere al profesionista un mandato para que realice determinados actos jurídicos, sin embargo, no puede confundirse el contrato de prestación de servicios profesionales con el contrato de mandato, ya que en el contrato de prestación de servicios profesionales los actos que realiza o los servicios que presta el profesionista no son necesariamente actos jurídicos, ni son por fuerza mandatarios de sus clientes, pues no realizan siempre por cuenta de éstos actos jurídicos, ni obran por cuenta de ellos, sino simplemente ejercen su profesión y obran en nombre propio, aunque su trabajo aproveche a otra persona.

Considero que en la realidad el o los comisarios dentro de la sociedad, mantienen una posición, no de mandatario, ni de representante, pues de acuerdo

⁴⁵ Ibid, p. 338

con la postura de que, puede ser socio o extraño a la sociedad; aún cuando forma parte de ella como órgano de vigilancia, ésta realiza en la sociedad una prestación de sus servicios como comisario o como la persona encargada de vigilar en la sociedad una prestación de sus servicios como comisario o como la persona encargada de vigilar la actividad y función tanto de los accionistas como de los administradores siendo sus servicios profesionales.

La naturaleza de la relación comisario sociedad, es la del contrato de prestación de servicios profesionales, misma que sostiene Rodríguez y Rodríguez al afirmar que "la relación que liga a los comisarios con la sociedad, es una auténtica prestación de servicios que se desenvuelve en la esfera interna de la sociedad y que carece por consiguiente de todo carácter representativo.

El contrato de prestación de servicios profesionales es esencialmente civil y maestro Rafael de Pina define al contrato de prestación de servicios profesionales como: "aquel por medio del cual, un profesionista presta sus servicios a quienes lo solicitan, mediante una remuneración y estos servicios pueden tener un carácter científico o artísticos, material intelectual, con tal de que su prestación requiera una formación cultural seria.

Aún cuando la ley no exige de manera expresa, que los comisarios sean peritos en alguna profesión o técnica, el artículo 166 de la Ley General de Sociedades Mercantiles en cuatro de las nueve fracciones establecen obligaciones a cargo de los comisarios, cuyo correcto y eficaz cumplimiento nos parece difícil de darse si el sujeto no es perito en la ciencia contable, motivo por el cual considero, que el contrato por medio del cual los comisarios entran en funciones corresponde a un contrato de prestación de servicios profesionales.

Por lo anterior, el o los comisarios celebran con la sociedad un contrato de prestación de servicios profesionales, reglamentado por el Código Civil Federal, ya que en términos del artículo 2 del Código de Comercio, son aplicables a los actos

de comercio las disposiciones del derecho común contenidas en Código Civil Federal.

El comisario en la sociedad, desarrolla una función autónoma, en el sentido de que su labor es independiente a toda relación que mantenga con administradores y accionistas y se puede decir que no es el contrato de trabajo la relación jurídica que vincula al comisario con la sociedad, ya que éste obliga a la persona a actuar bajo las órdenes de un tercero, no siendo así el contrato de prestación de servicios. Por eso nos inclinamos a estimar que la relación que liga a los comisarios con la sociedad es la de prestación de servicios, en este caso profesionales, según Rodríguez y Rodríguez.

Algunas ideas del maestro Rodríguez y Rodríguez parecen muy acertadas, en razón a que el comisario, no es un mandatario ni de la sociedad ni de la asamblea. En virtud de las teorías antes expuestas debe quedar claro que, por lo que se refiere a la teoría del mandato la ley no le atribuye a los comisarios carácter de mandatarios y además se puede negar tal situación porque el mandato implica una relación voluntaria, mientras que la existencia de los comisarios es por lo que dispone la ley; además el mandato se confiere exclusivamente para actos jurídicos y las funciones del comisario no siempre implican actos de esa naturaleza.

El mandato también puede ser general o especial y en el caso del comisario, éste tiene los derechos y las obligaciones que fija la ley.

No es aceptable tampoco que los comisarios representen o bien, sean representantes de la sociedad, y menos de la asamblea, por que la representación implica forzosamente la posibilidad de vincular a la sociedad con terceros y esto no lo puede hacer el comisario.

Tampoco es posible aceptar la representación de órgano a órgano, es decir, asamblea-representado; comisario; comisario-representante.

La función del comisario se trata de 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.

La postura a mantener será pues, la teoría respecto de la naturaleza de la relación comisarios-sociedad: es la del contrato de prestación de servicios profesionales, que reiterando, sostiene Rodríguez y Rodríguez, al afirmar que "la relación que liga a los comisarios con la sociedad, es una auténtica prestación de servicios que se desenvuelve en la esfera interna de la sociedad y carece por consiguiente de todo carácter representativo."⁴⁶ Hay quien dice que se trata de un contrato de trabajo, afirmación totalmente falsa, en virtud de que la relación jurídica que vincula al comisario con la sociedad no implica subordinación ni obliga al comisario a actuar bajo las órdenes de un tercero, además de considerar las razones siguientes:

Existe la posibilidad de una remuneración que percibe por sus servicios, no de un sueldo, incluso, la Ley General de Sociedades Mercantiles expresamente se refiere a una remuneración que puede consistir en un sueldo, o bien en una participación de los beneficios o una combinación de las formas anteriores.

La ausencia de relación de subordinación y obediencia, características del contrato de trabajo. La labor de o de los comisarios dentro de la empresa es esencialmente personal, por lo cual, su nombramiento y revocación reclama la deliberación y la discusión de la asamblea general de accionistas órgano supremo de la sociedad y como ya se había expuesto, tampoco existe ni debe existir, la menor subordinación de él hacia la sociedad.

⁴⁶ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín, op. cit. p. 159

La independencia de la actuación del comisario para el desempeño de la comisión que la Ley General de Sociedades Mercantiles le confiere, es absoluta no solo frente a la asamblea que no tiene más poder frente a él que el de nombrarlo, removerlo y pedirle cuentas, sino frente al consejo de administración y aún frente a otros comisarios, en el supuesto de la pluralidad de éstos.

La vigilancia de la administración de la sociedad anónima, es ejercida por los comisarios, que constituyen un órgano especial de control de gestión de los administradores. El artículo 169 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, dice que los comisarios deben ser individualmente responsables de las obligaciones que la ley y los estatutos imponga ante la sociedad, por otro lado el o los administradores deberán rendir cuentas de su cometido a la asamblea de accionistas, con el respectivo informe y opinión del o de los comisarios acerca de la veracidad, suficiencia y razonabilidad de la información presentada por los administradores, de acuerdo con el artículo 172 y 166, fracción IV de la misma ley.

La fracción VII del artículo 166 habla de la asistencia del comisario con voz pero sin voto, a todas las sesiones del consejo de administración a las cuales deberá ser citado, y la fracción VIII del artículo 166 faculta y obliga también a asistir con voz pero sin voto, a la asamblea de accionistas.

El cargo o el puesto de comisario es y debe ser remunerado. Esa retribución puede ser un sueldo o una retribución de la participación de las utilidades, o bien una combinación de ellos. La asamblea no tiene una libertad absoluta para fijar dicha remuneración, aunque la Ley General de Sociedades Mercantiles no la limita, debe sujetarse a lo que dispone el derecho común, por lo que toca al contrato de prestación de servicios, que es en realidad la naturaleza jurídica de la acción del comisario frente a la sociedad.

Rodríguez y Rodríguez señala respecto a la retribución: "... de lo que se desprende del artículo 181, fracción III de la Ley General de Sociedades

Mercantiles respecto de la retribución que debe haber al cargo de comisario y que le atribuye a la asamblea general ordinaria de accionistas, la facultad de fijar la remuneración de los comisarios, en el caso de que no se hubiere establecido en los estatutos.

La remuneración puede consistir en un sueldo, o bien en una participación de los beneficios, o bien una combinación de ambas formas.

"La asamblea no tiene la absoluta libertad de fijar la cuantía de la remuneración cuando la misma no haya sido expresamente fijada en los estatutos, porque si tratase de señalar una retribución irrisoria, los comisarios podrían invocar el artículo 2607 del Código Civil Federal, que dispone que la prestación de servicios se remunerará según convenio, y en defecto del mismo, de acuerdo con la costumbre del lugar."⁴⁷

Debiera de fijarse parcial o arancelariamente el monto de la retribución, tomando en cuenta la importancia de la sociedad, el volumen de los beneficios, la labor desarrollada por los comisarios e, incluso, la importancia social y preparación técnica de los mismo.

La labor del comisario se hace en cada momento y, por consiguiente, en caso de revocación antes del transcurso del plazo previsto deberá indemnizársele en relación con el trabajo que haya desarrollado y aún puede ser que en atención al tiempo de transcurrir por el cumplimiento de su encargo, no solo se debe tomar en cuenta la redacción del balance de cada año sino su labor completa durante todo el tiempo.

Así pues, recapitulando todo lo anteriormente expuesto, concluimos que el o los comisarios, son un órgano social encargado de la vigilancia de la gestión administrativa de la empresa, y cuyo titular o titulares tienen un vínculo de relación

⁴⁷ Ibid, p. 160

con la sociedad, de prestación de servicios profesionales; y de ninguna manera de mandatarios o representantes de ésta.

3.2. CONCEPTO DEL ÓRGANO DE VIGILANCIA.

Son órganos encargados de vigilar permanentemente la gestión social, con independencia de la administración y en interés exclusivo de la sociedad.

Rafael de Pina define al comisario como: "Órgano de la sociedad anónima encargado de la vigilancia de sus operaciones, que tiene especialmente a su encargo el control de la gestión de los administradores."⁴⁸

Es importante destacar que la vigilancia de la sociedad anónima también la ejercer los accionistas y la asamblea general de accionista.

Uno de los casos en que los accionistas individualmente ejercen la vigilancia de la sociedad lo establece el artículo 167 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que determina que cualquier accionista puede denunciar por escrito a los comisarios los hechos irregulares de la administración para que los comisarios en asamblea general de accionistas formulen sus consideraciones pertinentes.

Un segundo caso lo determina el artículo 181 de la Ley General de Sociedades Mercantiles en el que los accionistas en asamblea general ordinaria tienen derecho a discutir, aprobar o modificar el informe de los administradores.

Un tercer caso lo establecen los artículos 185 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que establece el derecho de los accionistas a solicitar al administrador o consejo de administración o a los accionistas para tratar los asuntos que indique su petición, en los casos en que no se haya celebrado

⁴⁸ DE PINA, Rafael. ob. cit. p. 161

asamblea general ordinaria en dos ejercicios sociales consecutivos, o cuando no se haya ocupado la asamblea ordinaria de accionistas en dos ejercicios consecutivos a tratar algunos de los puntos establecidos en el artículo 181 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Un cuarto caso lo establece el artículo 186 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que otorga derecho a los accionistas a tener a su disposición la información financiera de la sociedad.

Por lo que se refiere a las minorías de accionistas también son vigilantes, un primer caso es, en términos del artículo 144 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el derecho que establece a la minoría que represente un veinticinco por ciento del capital social nombrará cuando menos un consejero o un comisario y será una minoría que represente un diez por ciento del capital social cuando se trate de sociedades que tengan inscritas sus acciones en la Bolsa de Valores.

Un segundo caso es el derecho que consigna el artículo 184 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que dice que, los accionistas que representen por lo menos un treinta y tres por ciento del capital social podrán pedir por escrito, en cualquier tiempo al administrador o consejo de administración a los comisarios la convocatoria de una asamblea general de accionistas, para tratar los asuntos que indique en su petición.

Un tercer caso, en términos del artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que determina que los accionistas que representen un treinta y tres por ciento del capital social podrán oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales, siempre y cuando, se cumplan determinados requisitos.

Por lo que se refiere a las asambleas de accionistas, que es el órgano supremo de la sociedad y el principal órgano de vigilancia, responden ante ella los

administradores y los comisarios, tienen derecho de información, derecho de instruir a los administradores así como de vetarles ciertas actividades y ejercer sobre ellos total control y dirección.

La diferencia del órgano de vigilancia y los accionistas individualmente o las minorías de accionistas así como de la asamblea general de accionistas estriba en que la vigilancia del o los comisarios es necesaria, individual, ilimitada, permanente, temporal, revocable, independiente, interna, retribuible o remunerable, por socio o extraño a la sociedad.

3.3. NOMBRAMIENTO DEL O LOS COMISARIOS.

Respecto al momento en que se hace el nombramiento del o los comisarios existen dos momentos que son: al constituirse la sociedad y durante su periodo de existencia.

Al constituirse la Sociedad.

En el primer momento de la Ley General de Sociedades Mercantiles en el artículo 91, al indicar los requisitos que debe contener la escritura constitutiva, señala en la fracción V "el nombramiento de uno o varios comisarios", por lo que el primer o primeros comisarios deben designarse en la escritura constitutiva.

En el segundo caso de constitución de la sociedad, es decir suscripción pública, también denominada constitución sucesiva, el nombramiento del o los comisarios será hasta la celebración de la asamblea constitutiva, en términos del artículo 100, fracción IV de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Durante el periodo de existencia de la sociedad.

Durante el periodo de existencia de la sociedad hay que distinguir que el nombramiento puede ser por los accionistas, por autoridad judicial y por la minoría de accionistas.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

Por los accionistas.

El segundo momento, es decir, durante el periodo de existencia de la sociedad, el nombramiento de los subsecuentes comisarios se hace en las asambleas generales Mercantiles en el artículo 181, se reunirán una vez al año dentro de los cuatro meses que sigan a la clausura del ejercicio social.

El artículo 168 de la Ley General de Sociedades Mercantiles prevé la hipótesis de que 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 accionista, para que ésta haga la designación correspondiente del o los comisarios.

Por autoridad judicial.

El mismo artículo prevé también el caso en que el consejo de administración no hiciere la convocatoria, entonces, concede a cualquier accionista el derecho de ocurrir a la autoridad judicial del domicilio de la sociedad, para que esta haga la convocatoria a asamblea de accionistas para que se haga la designación correspondiente.

Por minoría de accionistas.

El artículo 171 que remite al 144 de la Ley General de Sociedades Mercantiles otorga a las minorías un derecho de nombrar un comisario cuando sean tres o más, es decir, las minorías que representan un veinticinco por ciento del capital social tienen el derecho de nombrar cuando menos un comisario. Sin embargo, consideramos que en la práctica no existe esta protección a las minorías en vista de que no es usual nombrar tres comisarios, sino solamente uno, generalmente no preparado y solo por requisito, ya que como se recalca en este estudio, no se les da la importancia que requiere al órgano de vigilancia.

3.4. CARACTERES DEL COMISARIO.

Diversas han sido las características que los autores ha asignado al cargo de comisario, aunque casi todas coinciden en los principales; así tenemos que el autor Mantilla Molina, señala "La vigilancia de la marcha regular de la sociedad anónima, corresponde a los comisarios".⁴⁹ Es un órgano necesario y las funciones de quien lo desempeña son temporales, revocables y remuneradas.

De los anteriores conceptos se deduce que las notas características del cargo de comisario son: individual, permanente, temporal, revocable, independiente, interno, retribuido o remunerado y socio o extraño a la sociedad.

Necesario.

La ley exige con carácter obligatorio la existencia de este órgano, y no lo deja a la voluntad de los accionistas; estableciendo la ley la existencia de este órgano como elemento esencial del acta constitutiva de la sociedad, al respecto el artículo 91 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece en el inciso V que "La escritura de la sociedad anónima deberá contener, además de los datos requeridos por el artículo 6º, lo siguiente: ... V.- el nombramiento de uno o varios comisarios..."

En virtud de la naturaleza de la sociedad anónima como sociedad de interés y capital, ya sea pequeña o grande la sociedad, resulta conveniente la existencia del órgano de vigilancia como elemento de la estructura básica, que contribuye a su mejor funcionamiento tanto interno como externo protegiendo los intereses de la sociedad, de los accionistas y de los terceros que contratan con la sociedad.

Individual.

⁴⁹ MANTILLA MOLINA, Roberto, ob. cit. p. 413

El artículo 164 de la Ley General de Sociedades Mercantiles dice que la vigilancia de la sociedad estará a cargo de uno o varios comisarios; siendo en los estatutos de la sociedad donde se establece el número.

Según el autor Rodríguez y Rodríguez, cuando fueren dos o más comisarios, hay gran diferencia de lo que ocurre en comparación con los administradores si son más de uno. La Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 143 dispone que: "Cuando los administradores sean dos o más, funcionará en Consejo de Administración...", cuyas decisiones se tomarán por mayoría de los presentes, ya que constituyen un órgano colegiado.

Cuando los comisarios son dos o más no constituyen consejo de vigilancia o consejo de comisarios en el que las decisiones debieran tomarse por mayoría de votos. La Ley General de Sociedades Mercantiles ordena que los comisarios sean órganos individuales, cualesquiera que sea su número. La razón de esta afirmación se basa en que no hay disposición expresa que establezca el carácter colegiado de los comisarios cuando sean dos o más, por otro lado la responsabilidad de los comisarios es individual por lo tanto incompatible con el carácter de órgano colegiado.

Esta característica es adecuada ya que la función de vigilancia se realiza mejor de forma individual que colegiada con la ventaja de que si son más de dos pueden intercambiar opiniones pareceres acerca de su fin y de los problemas inherentes a la sociedad.

Por otro lado, Walter Frisch Philipp alude a que: "Los comisarios no forman en lo general, un órgano colegiado, salvo en el caso de nombramiento de administradores provisionales, artículo 155, fracción II Ley General de Sociedades Mercantiles, en el que los comisarios actuarán en forma colegiada para designar a los administradores faltantes."⁵⁰

⁵⁰ WALTER FRISCH, Philipp. "*Sociedad Anónima Mexicana*", Edit. Oxford, México, 2000, p. 318.

Permanente.

Por que así, lo dispone el artículo 166 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en su fracción IX, al decir: "Son facultades y obligaciones de los comisarios... IX.- En general, vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad."

Al decir en cualquier tiempo, que no hay limitaciones de época, por lo que es un cargo permanente, es decir, durante la vida de la sociedad, dura mientras dure la sociedad.

La vigilancia se realiza momento a momento, sin que tenga que haber un momento de discontinuidad ya que su vigilancia es paralela a la vida de la sociedad y sobre todo al mismo tiempo que su administración.

Temporal.

Según dice el artículo 164 de la citada Ley: "La vigilancia de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios comisarios, temporales y revocables...". Es de notarse que no fija un límite máximo o mínimo de duración, como hacen algunas legislaciones extranjeras, de modo que en los estatutos puede establecerse un plazo de duración o un tiempo determinado tal, que prácticamente la designación sea indefinida; aunque no se pueda establecer en los estatutos que sea de tiempo definido.

Considero que por la necesidad de este órgano se debe renovar con tanta frecuencia al o a los comisarios, por lo que nos inclinamos por que el nombramiento sea por varios ejercicios sociales.

El artículo 181 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, fracción II da lugar a que por lo menos, cada año se designe al o a los comisarios de la sociedad y el error consiste en creer que siempre que se celebre una asamblea

general de accionistas, en términos del artículo 181 de dicha ley, se tendrá que nombrar nuevamente a uno o varios comisarios.

En virtud de que el artículo 181, fracción II de dicha ley dice "en su caso", es decir, por renuncia del o de los comisarios, por muerte impedimento físico, mental, o por alguna relación superveniente de parentesco en relación con algún miembro del órgano de administración, revocación del cargo, o por la llegada del término del plazo de la persona que desempeña el cargo de comisario en términos de los estatutos sociales o por convertirse en empleados de la sociedad es cuando entonces se justifica deba darse el nuevo nombramiento del o de los comisarios.

Es importante destacar que, igual que en los administradores, el transcurso del plazo para el cual fueron nombrados los comisarios, no los autoriza a abandonar su cargo, en tanto que no se presenten o tomen posesión de sus encargos los que han de sustituirlo o sustituirlos, en términos del artículo 154 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que remite el 171 de dicha ley.

Revocable.

Por que así lo dice categóricamente el artículo 164 de la citada Ley, artículo que se relacionó en el párrafo que antecede. Es de notarse que la asamblea general ordinaria tiene el más amplio e ilimitado derecho para revocar el nombramiento de comisarios aunque no haya concluido el plazo para el cual fueron designados y sin que se deba expresar la causa.

La incapacidad sobrevenida, ya sea por pérdida de la capacidad legal para el ejercicio del comercio; ya por incurrir en las prohibiciones que el código o las leyes especiales establecen; ya por llegar a ser empleados o dependientes de la sociedad; ya por sobrevenir parentesco de afinidad con alguno de los miembros del consejo de administración, o por no cumplir con las obligaciones la ley y los estatutos sociales, o por incurrir en responsabilidad civil o penal para con la

sociedad en términos del artículo 160-163 y 171 de la Ley General de Sociedades Mercantiles son causas o motivos todos ellos, para poner fin a la función del comisario y revocarlo.

La revocación le corresponde a la asamblea general de accionistas, ya que es ella la facultada para otorgar los nombramientos del o los comisarios, el artículo 171 que remite al 162, en el párrafo segundo dice que: "... los comisarios cesarán en el desempeño de su encargo inmediatamente que la asamblea general de accionistas pronuncie resolución en el sentido de que se les exija la responsabilidad en que hayan incurrido", es decir, que la asamblea mencionada es quien debe pronunciar la resolución correspondiente.

Es importante destacar que, en términos del segundo párrafo del artículo 144 que remite el artículo 171 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la revocación de los comisarios nombrados por la minoría no podrá llevarse a cabo sino se revocan de los comisarios nombrados por la minoría no podrá llevarse a cabo si no se revocan los comisarios designados por la mayoría.

Me parece una medida de protección a los intereses de la minoría, aunque por otro lado resulta injusto, ya que podría suceder el caso de que sea revocado el nombramiento del comisario designado por las minorías por haber incumplido con las obligaciones que los estatutos y la ley les imponen y, por otra parte, en cumplimiento de este artículo, sean revocados también los comisarios designados por la mayoría que si hubieren cumplido con sus obligaciones.

En virtud de lo anterior, considero conveniente que el artículo es incompleto y debiera establecer que, en caso de que los comisarios nombrados por la mayoría no hayan incumplido con sus obligaciones que establecen los estatutos y la ley serán de inmediato nuevamente nombrados.

Por otro lado, las características de revocable y la remunerable del cargo de comisario se encuentran relacionadas, en virtud de que en caso de que se revoque el cargo de comisario y este se encontraba percibiendo una remuneración, para efectos de la indemnización debe tomarse en cuenta lo siguiente: La labor desarrollada, la retribución que hubiese estado recibiendo y el tiempo que desempeñó el encargo de comisario.

Independiente.

Por la naturaleza de sus funciones; así Rodríguez y Rodríguez señala: "La Ley ha querido crear un órgano de vigilancia capaz de enfrentarse llegado el caso, con el Consejo de Administración. Para eso es indispensable que los comisarios no dependen ni directa ni indirectamente de los administradores, por que ello les privaría de la indispensable libertad de acción para el cumplimiento de sus tareas."⁵¹

Por ello la Ley General de Sociedades Mercantiles, en su artículo 165 ordena que los comisarios no puedan ser dependientes de la negociación ni parientes de los administradores; lo primero, porque si fuesen empleados deberían subordinación a los administradores, con disminución de su independencia de criterio necesaria para cumplir con su función de vigilancia, y lo segundo, porque el parentesco supone una comunidad de intereses incompatibles con la libertad de criterio que debe prevalecer en un órgano de control.

La reglamentación por parte de la Ley General de Sociedades Mercantiles respecto a la independencia del comisario es deficiente ya que por lo que se refiere al parentesco existen las siguientes omisiones:

⁵¹ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín. ob. cit. p. 153

La Ley General de Sociedades Mercantiles nada dice expresamente respecto del parentesco civil, que según el artículo 295 del Código Civil Federal puede surgir por medio de la adopción, que sólo crea parentesco entre adoptante y adoptado. Es esta una laguna de la Ley, pues interpretado extensivamente el artículo 165 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, existe parentesco entre adoptante y adoptado y en un situación concreta, debiera ser impedimento para ejercer el cargo de comisario si resulta que los parientes consanguíneos del adoptante ejercen el cargo de consejero o de administrador único de la sociedad en la que es comisario el adoptado o viceversa.

Respecto a la relación conyugal o de concubinato no existe prohibición de que el comisario sea cónyuge o concubino de uno de los miembros del órgano de administración, es decir, del administrador único o de un consejero de la sociedad. Si existe prohibición respecto al parentesco por afinidad, hasta el segundo grado con mayor razón entre cónyuges y concubinos debe establecerse expresamente prohibición para que se cumpla con una absoluta independencia.

Es importante destacar que el parentesco implica una comunidad de intereses y afectos que son incompatibles y que impedirían de alguna forma juzgar la gestión social imparcialmente.

Por lo anterior, es error sostener que los comisarios forman parte del consejo de administración, toda vez que son un órgano distinto e independiente de aquél y que entre sus finalidades está precisamente vigilar al órgano de administración.

Interno.

En virtud de que su actividad se desarrolla en el ámbito interior de la sociedad. El comisario es un órgano que vigila en sus funciones al régimen interior y exclusivo de la sociedad.

En razón de esta característica no será necesario inscribir su nombramiento y revocación del cargo en el Registro Público de Comercio correspondiente a la sociedad.

La vigilancia del o de los comisarios es tan importante y determinante en una sociedad que aunque su actividad es interna repercute en el exterior, ya que de una vigilancia adecuada y eficiente depende que, incluso, terceros contraten con la sociedad como resultado de la confianza en los conocimientos técnicos contables y financieros e informes financieros que presenten las personas que desempeñan el órgano de vigilancia.

Retribuible o remunerable.

Según lo que establece la Ley, que aunque no de forma expresa, es de fácil y clara interpretación por lo dispuesto en la fracción III, del artículo 181 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que dice:

"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."

En este orden de ideas la determinación de los emolumentos de los comisarios corresponde a los estatutos ante la omisión de éstos lo hará la asamblea general ordinaria de accionistas.

La remuneración puede consistir en un honorario fijo, o en una participación en las utilidades, o bien, e la combinación de ambos sistemas.

Consideramos que no se le da la importancia necesaria a la remuneración del comisario, ya que, incluso, según la Ley General de Sociedades Mercantiles no es obligatoria, y considero conveniente que debe ser obligatoria y fijada desde los estatutos pues ésta será una forma para darle la importancia que requiere el cargo, así como también en virtud de dicha remuneración elegir a la persona capaz para desempeñar el cargo, finalmente será para beneficio de la sociedad, y no a cualquier persona como sucede en la mayoría de las sociedades.

Es importante señalar que el hecho de que los comisarios reciban una remuneración, no un sueldo, ya que no son empleados pues no pueden depender del órgano de administración y tratarles como empleados implica una subordinación lo cual está prohibida en términos del artículo 165, fracción II.

Aunque, en algunas ocasiones, los estatutos determinan una cantidad como remuneración, al paso del tiempo, se convierte en una cantidad irrisoria, que deja de tener como objeto el responsabilizar y tomar con seriedad a quien desempeñe el cargo, por lo que consideramos se establezca una cantidad determinable y no determinada, de esta forma siempre podrá estar actualizada.

Considero también, que para que la remuneración no resulte irrisoria al paso del tiempo, debe establecerse en los estatutos un porcentaje, fijándose según la importancia de la sociedad, el volumen de los beneficios, la labor desarrollada por los comisarios e, incluso, la importancia social y la calidad técnica de los mismos.

No considero conveniente que la remuneración sea acordada y pagada al final de cada ejercicio social, considero que debe ser una remuneración mensual o quincenal ya que las labores del comisario se efectúan con permanencia y continuidad.

El objetivo de la remuneración es que sea un incentivo para el o los comisarios para que realmente su labor de vigilancia sea con apego a la ley y a los estatutos, con verdadero sentido de inspección y control a la sociedad y por lo tanto proporcional a la remuneración, y no como un simple requisito porque así lo reglamente la Ley que no incentiva ni motiva a quien desempeña el cargo, que es lo que sucede en la mayoría de las sociedades.

En caso de que el cargo de comisario lo desempeñen personas extrañas, es decir, no accionistas con mayor razón debe ser de forma obligatoria un cargo remunerado, ya que como accionistas tiene derecho a los dividendos en proporción al número de acciones de las cuales es titular pero como extraño solo a una remuneración si llegara a existir.

La remuneración es importante y para el caso de revocación del nombramiento del o de los comisarios antes debe tomarse en cuenta para efectos de la indemnización, la labor desarrollada, la retribución que hubiese estado recibiendo y el tiempo que desempeñó el encargo.

3.5. LEGITIMACIÓN DEL COMISARIO.

El órgano de vigilancia, requiere de personas para exteriorizar no materializar las funciones que dicho cargo implica. Dichas personas físicas o morales deberán tener la capacidad necesaria para ejercer el cargo de comisario.

La capacidad, según el maestro Ernesto Gutiérrez y González, "Es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y deberes, y hacerlos valer."⁵²

Según Messineo, citado por el maestro Rafael Rojina Villegas la capacidad se divide en: de goce y de ejercicio. "La capacidad de goce es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y deberes."⁵³

⁵² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. ob. cit. 1999, 392

⁵³ Rafael ROJINA VILLEGAS. "Compendio de Derecho Civil", Edit. Porrúa, México, 1981, p. 158

Todo hombre es persona y por tanto, todo sujeto, por el hecho de serlo tiene capacidad de goce. Esta capacidad de goce se establece en el artículo 22 del Código Civil Federal, crea una verdadera ficción jurídica declarando que: "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que el individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código."

De esto se desprende que, toda persona por el hecho de serlo tiene capacidad de goce es la capacidad mínima, sin embargo, no es ésta la capacidad suficiente que se requiere para ser comisario.

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

"En cuanto a la capacidad de ejercicio esta supone la posibilidad jurídica del sujeto para hacer valer directamente sus derechos, celebrar en nombre propio actos jurídicos, contraer y cumplir sus obligaciones..."⁵⁴

La capacidad de ejercicio según, el maestro Ernesto Gutiérrez y González, "Es la aptitud jurídica de ejercitar o para hacer valer los derechos que se tenga, y para asumir por sí mismo, deberes jurídicos."⁵⁵

El comisario deberá reunir como atributo el de ser una persona con capacidad, es decir, con la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. En sentido estricto la capacidad de goce, sería la simple aptitud para ser sujeto de

⁵⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael. ob. cit. p. 164

⁵⁵ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, ob. cit. p. 393

derechos y obligaciones y la de ejercicio la posibilidad de, siendo titular, ejercer derechos y contraer obligaciones por sí mismo.

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

Las personas morales tienen una capacidad de goce limitada por su objeto finalidad social y sus estatutos, conforme al artículo 26 del Código en cita, que señala: "Las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios, para realizar el objeto de su institución".

En este orden de idea, si una persona moral es designada comisario de otra, podrá serlo si su objeto o sus estatutos lo prevén o lo permiten expresamente, no basta que la persona física que represente a la persona moral vigilante tenga la capacidad para ejercitar derechos cumplir obligaciones por si misma.

La persona física o moral comisario además de tener capacidad de goce y ejercicio debe cumplir con otras condiciones especiales. El órgano de vigilancia no solo requiere capacidad de goce y de ejercicio sino además requiere de legitimación.

En el caso de una sociedad anónima están facultados por la Ley General de Sociedades Mercantiles para desempeñar el cargo de comisario o comisarios todas las personas, siempre y cuando, no se encuentren los supuestos establecidos en el artículo 165 de dicha ley los siguientes:

- 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 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 este orden de ideas, se puede decir que todas las personas que no se encuentren en los supuestos prohibidos del artículo 165 de la Ley General de Sociedades Mercantiles se encuentran legitimadas para ejercer el cargo de vigilancia de la sociedad anónima.

Habilitación para ejercer el comercio.

En primer lugar, el comisario para poder ejercer tal cargo, no debe estar inhabilitado para ejercer el comercio y conforme al artículo 5° del Código de Comercio "Toda persona que según las leyes comunes, es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes no les prohíben expresamente la profesión del comercio, tienen capacidad legal para ejercerlo."

El órgano de vigilancia requiere de personas que tengan capacidad necesaria para ejercer el comercio, sin que esto signifique que el o los comisarios deban necesariamente ser comerciantes.

Aunque de hecho al estar supervisando y dictaminando a una sociedad mercantil, que es considerada por nuestro derecho conforme al artículo 3°, fracción II del Código de Comercio, como comerciante, por ello debe estar capacitado para ejercer el comercio.

Para ser comisario basta tener esta capacidad de ejercicio del derecho civil, y estar habilitado o tener la posibilidad de ejercer el comercio.

La capacidad de goce la tienen todas las personas por el mismo hecho de serlo cualquiera de ellas puede ser titular de derechos y recibir por distintos medios los beneficios de dichos actos jurídicos, pero la posibilidad de ejercer derechos por sí mismo, por regla general, se adquieren hasta la mayoría de edad, a excepción del emancipado y el menor respecto de los bienes que adquieren a través de su trabajo.

Tienen capacidad para ejercer el comercio, aquellos a quienes el derecho civil, considera plenamente capaces y a quienes, el propio derecho no prohíbe expresamente la profesión de comercio.

El o los comisarios no pueden ser empleados de la sociedad.

La fracción II, del artículo 165 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que no podrán ser comisarios: "Los empleados de la sociedad, los empleados de aquellas sociedades que sean accionistas en la sociedad en cuestión, por más de un veinticinco por ciento y aquellas sociedades en que la sociedad sea accionista en más de un cincuenta por ciento."

De ignorarse esta norma, se perdería el sentido de independencia que el cargo requiere; la razón de ser de esta excepción, se funda esencialmente en independencia con que debe contar el comisario para vigilar y censurar libremente la actuación de los administradores. Si un empleado desempeñase el cargo de comisario, debería vigilar y criticar la actuación de los administradores que lo contrataron, y que pueden despedirlo, por lo que la vigilancia sería letra muerta.

Por lo tanto, el comisario no puede estar sujeto a una relación contractual de carácter laboral, que comprende desde el puesto más humilde, hasta el más encumbrado de los servidores de una sociedad.

El comisario por ley, no debe tener en la sociedad, un patrón a quien deba subordinar el desempeño de su vigilancia, solamente puede mantener una relación sujeta al contrato de servicio profesional de comisario.

El o los comisarios no deben tener parentesco consanguíneo o por afinidad con los consejeros o con el administrador único de la sociedad.

Los comisarios no son elegibles en determinados casos de parentesco con los administradores y el artículo 165 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, fracción III está considerado como impedimento para ser comisario en la sociedad anónima, "Los parientes consanguíneos de los administradores, en línea recta sin límite de grado, en línea colateral hasta el cuarto grado y el parentesco por afinidad hasta el segundo".

Sin embargo, la ley omite establecer expresamente incompatibilidad alguna por parentesco civil, al respecto el tratadista Roberto Mantilla Molina⁵⁶, haciendo una interpretación extensiva del artículo 165, lleva a concluir que tampoco pueden ser comisarios de una sociedad el cónyuge de un administrador ni quienes están ligados a él por parentesco civil

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

⁵⁶ *Ibidem*, p. 414.

En estas condiciones se tiene que no puede ser comisario de la sociedad anónima:

1.- Los parientes de los administradores en línea recta, sin limitación de grado, es decir, según el artículo 293 del Código Civil Federal, aquellos que están unidos por lazos de sangre y que descienden de un tronco común; habrá impedimento tanto en forma ascendente, como descendente, sin límite de grado.

2.- En cuanto al parentesco colateral consanguíneo, según el artículo 297 del Código Civil Federal, se refiere al nexo que liga a las personas que sin descender unas de otras provienen de un progenitor común.

3.- En cuanto al parentesco por afinidad, hasta el segundo grado; es el vínculo de parentesco que surge entre cada uno de los cónyuges y los parientes del otro.

4.- La Ley de Sociedades Mercantiles nada dice expresamente respecto al parentesco civil, que según el artículo 295 Código Civil Federal, puede surgir por medio de la adopción, que sólo crea parentesco entre adoptante y adoptado.

Esta es una evidente laguna de la Ley, pues interpretando extensivamente el artículo 165 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, existe parentesco entre adoptante y adoptado, sin embargo, la ley debiera precisar que la existencia de parentesco civil con los administradores es una de las prohibiciones para desempeñar el cargo de comisario.

5.- De igual forma, la Ley General de Sociedades Mercantiles no dice nada respecto a los cónyuges y concubinos, es decir no existe prohibición para ejercer el cargo de comisario cuando uno de los miembros del órgano de administración, es decir un consejero, o el administrador único sea cónyuge o concubino de uno de los miembros del órgano de vigilancia, es decir del comisario de la sociedad. Si

existe respecto al parentesco por afinidad, hasta el segundo grado con mayor razón entre cónyuges y concubinos debe establecerse expresamente prohibición.

El comisario debe contar con conocimientos técnicos contables.

Además de estos tres requisitos exigidos por la ley según el artículo 165 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, considero deben ser requisitos para complementar la legitimación de o de los comisarios a beneficio de la sociedad, socios y terceros el contar con conocimientos técnicos contables y financieros, es importante destacar que el cargo de comisario debe ser desempeñado por una o varias personas capacitadas con una preparación técnica contable y financiera suficiente para poder desempeñar adecuadamente sus funciones e, incluso, así justificar una remuneración, es por lo que considero que la ley debiera haber dispuesto que, con el objeto de facilitar el mejor funcionamiento de la sociedad, el o los comisarios se eligieran entre personas con determinados conocimientos, además de exigir un título profesional que avale sus conocimientos para que de forma eficiente cumplan con las obligaciones por la ley y los estatutos.

CAPÍTULO CUARTO FACULTADES Y OBLIGACIONES DEL COMISARIO

4.1. FACULTADES Y OBLIGACIONES DEL COMISARIO.

El artículo 166 de la Ley General de Sociedades Mercantiles enumera las facultades y obligaciones de los comisarios, sin embargo, es importante aclarar que además de las que se encuentran enlistadas en este artículo existen otras facultades y obligaciones en otros artículos de dicha ley.

El citado artículo determina como facultades y obligaciones de los comisarios las siguientes:

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." Fracción I, Artículo 166. Lo preceptuado en esta fracción se refiere a la posibilidad de la asamblea general de accionistas o los estatutos sociales de poder establecer la obligación de caucionar a los administradores y gerentes su cargo para asegurar la responsabilidad que pudieren contraer en el manejo y desempeño de sus encargos, ya sea, como dice el maestro Rodríguez y Rodríguez "... constituyéndose depósito en dinero, en acciones, o concediéndose fianza en la forma requerida."⁵⁷ El o los comisarios deben cuidar el mantenimiento de la garantía informar al respecto a la asamblea general de accionistas lo relativo a dicha caución.

Considero conveniente que los artículos 152 y 171 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establezcan la facultad para que la asamblea general de accionistas o los estatutos sociales impongan una garantía para administradores gerentes y comisarios de la sociedad, y opinamos que son acertadamente los comisarios, tal como lo establece la Ley General de Sociedades Mercantiles, las

⁵⁷ RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ, Joaquín. ob. cit. p. 162

personas adecuadas para encargarse de la constitución y subsistencia de dicha garantía prestada por los administradores y gerentes de la sociedad.

2.- "Exigir a los administradores una información mensual que incluya por lo menos un estado de situación financiera y un estado de resultados.", fracción II, artículo 166 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Se entiende por información mensual de la situación financiera y estado de resultados una lista de todos los nombres o designaciones de las cuentas de contabilidad, su saldo al final del periodo de registro inmediato anterior, el total de movimientos de cargo o crédito a cada cuenta en el periodo y su saldo final que figuran en el libro mayor. Esta exigencia de comprobación mensual, ha sido puesta por el legislador, considero de forma acertada, con objeto de que la vigilancia respecto a este punto sea constante, ya que en un periodo mayor de un mes, pueden suceder grandes movimientos en las operaciones sociales, que pueden beneficiar o perjudicar a la sociedad y a sus accionistas. La Ley General de Sociedades Mercantiles establece mínimos, por lo que se refiere a la información mensual, considero que nada impide que, con el objeto de llevar un control, vigilancia e inspección exhaustiva, en los estatutos se pueda establecer que la información sobre la situación financiera y estado de resultados sea presentada, incluso, quincenalmente.

En esta fracción, se comienza a observar la necesidad de que los comisarios tengan una preparación técnica contable y financiera suficiente, en el caso concreto, para poder revisar el estado de la situación financiera y estado de resultados que le presenten los administradores y en general, para poder desempeñar adecuadamente sus funciones, e incluso, así justificar su remuneración, por lo que consideramos que la ley debiera haber puesto que, con el objeto de facilitar el mejor funcionamiento de la sociedad, los comisarios se eligieran entre personas con determinados conocimientos para que de forma eficiente cumplan con las obligaciones establecidas por la ley y los estatutos sociales.

3.- "Realizar un examen de las operaciones, documentos y 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", fracción III, artículo 166 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Como se puede apreciar nuevamente surge en esta fracción, la necesidad de conocimientos técnicos, preparación contable y financiera por parte de los comisarios para beneficio de la propia sociedad, accionistas y acreedores de la misma. A éste respecto el o los comisarios tiene ilimitadas facultades de investigación y vigilancia; por lo que cualquier libro, registro o documento que soliciten debe serles mostrado para su análisis y dictamen.

4.-"Rendir anualmente a la asamblea general ordinaria de accionista 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 debe incluir por lo menos:

A. La opinión del comisario sobre si las políticas y criterios contables y de la 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 seguida por la sociedad son adecuados y suficientes tomando en consideración las circunstancias particulares de la sociedad.

C. La opinión del comisario sobre sí, 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."

Fracción IV, artículo 166 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Como se puede observar la opinión, respecto a las políticas y criterios que sigue la sociedad son adecuados, suficientes, aplicados y reflejados en la información presentada por los administradores, del comisario es fundamental y esta es una función que para ser eficiente, veraz y acertada requiere conocimientos técnicos contables y financieros adecuados con el objeto de mostrar claramente a los accionistas el estado económico que guarda la sociedad.

5.- "Hacer que se inserten en el orden del día de las sesiones del consejo de administración y de las asambleas de accionistas, los puntos que crean pertinentes", fracción V, artículo 166 Ley General de Sociedades Mercantiles. Al respecto Rodríguez y Rodríguez considera que de esta forma el o los comisarios están en condiciones de forzar la decisión de los administradores y de la asamblea sobre las cuestiones que estimen convenientes para la sociedad, aunque su influencia no pasará de la que resulte de la exposición del problema y del razonamiento que presenten.

Esta fracción demuestra la función propia del o los comisarios, que consiste en la vigilancia que deben desempeñar sobre los actos interiores de la sociedad, y a que a la vez, el deber de comunicar ya sea a los administradores en el caso de sesiones del consejo de administración, o a los accionistas en caso de asambleas de los mismos, cualquier punto que consideren debe ser conocido por el consejo de administración o por la asamblea de accionista. Considero que ésta es una facultad muy importante que tiene el órgano de vigilancia ya que con toda amplitud, libertad, de forma exhaustiva y sin limitación alguna lo faculta para exponer los puntos que considere deben ser conocidos y analizados.

En este punto es también relevante la capacidad y preparación del órgano de vigilancia, pues solo así obtendría un criterio adecuado y podrá dar a conocer los puntos relevantes o problemas que realmente requieren ser conocidos y

considerados en las sesiones del consejo de administración y en las asambleas de accionistas.

6.- "Convocar asambleas ordinarias y extraordinarias de accionistas, en el caso de omisión de los administradores y en cualquier otro caso en que lo juzguen conveniente", fracción VI, artículo 166 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Esta fracción, consideramos, puede dividirse en dos partes, con una función distinta: una general, consistente en convocar a asambleas ordinarias o extraordinarias de accionistas en caso de omisión de los administradores, función que tiene por objeto suplir las deficiencias del consejo de administración o administrador único, ya que a estos corresponde en principio, la facultad de convocar a asamblea; y la otra parte que podría llamarse especial, consistente en la facultad otorgada al o a los comisarios para convocar asamblea en cualquier otro caso que lo juzguen conveniente.

Podría suceder que existiera un caso urgente, necesario y conveniente que no lo considerara así el o los comisarios y por lo tanto no se convocara a asamblea ordinaria o extraordinaria de accionistas perjudicando así a la sociedad, socios y accionistas, o por el contrario, que cualquier caso sin importancia fuera motivo para que el o los comisarios convocaran asamblea ordinaria o extraordinaria de accionistas ocasionando pérdida de tiempo, molestia a los accionistas y generando gastos innecesarios, por lo que consideramos que, con el objeto de que el o los comisarios convoquen asamblea en los casos realmente urgentes, necesarios y convenientes, éstos se pueden establecer en los estatutos sociales, de tal manera que el órgano de vigilancia no convoque por simple deseo de convocar sino realmente en caso establecidos y determinados en los estatutos sociales, de tal manera que el órgano de vigilancia no convoque y además en los casos que juzgue conveniente con el criterio de una persona preparada, con conocimientos técnicos contable financiero y capacidad.

7.- "Asistir con voz, pero sin voto, a todas las sesiones del consejo de administración, a las cuales deberán ser citados.", fracción VII, artículo 166 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

8.- "Asistir con voz, pero sin voto, a todas las Asambleas de Accionistas", fracción VII, artículo 166 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Estas facultades se encuentran un tanto limitadas, ya que no tiene el órgano de vigilancia voto en dichas asambleas, desde luego esta limitación es correcta, ya que el admitirles un derecho de voto en dichas sesiones, significaría en parte, una injerencia en los asuntos administrativos de la sociedad, ya que el consejo de administración tiene precisamente encomendadas funciones administrativas, es por ello que se ha separado las funciones de administración de las de vigilancia siendo estas últimas para el o los comisarios.

Esta función del o los comisarios se comprende desde luego, ya que si es a este a quien se le encomienda la vigilancia de los actos de la administración, el mismo deber asistir y opinar en las sesiones que celebre el consejo de administración para darse cuenta de los puntos tratados y acuerdos tomados en esas sesiones, con el objeto de que conociéndolos, pueda llevar a cabo las otras funciones que le son encomendadas y opinando pueda contribuir con sus conocimientos técnicos contables financieros de forma positiva a las decisiones acordadas en sesión.

La asistencia del o los comisarios, es de tal magnitud e importancia que, la carencia de convocatoria sería la causa para declarar nulos los acuerdos que se adoptaren. Los estatutos al regular la forma de la citación prevén por lo regular, que en todo caso se deje constancia o prueba de cualquier maniobra dolosa.

Por lo que se refiere a las asambleas de accionistas, de igual forma esta limitación es correcta, ya que el admitirles un derecho de voto en dichas sesiones,

significaría injerencia en los asuntos administrativos de la sociedad, y es la asamblea de accionistas quien tienen encomendadas funciones administrativas, por lo que se refiere a asistir con voz resulta conveniente ya que opinando puede contribuir con sus conocimientos técnicos contables financieros de forma positiva a las decisiones acordadas en asamblea de accionistas.

9.- "En general vigilar en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad", fracción IX, artículo 166 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Esta última fracción aclara el carácter propio del o los comisarios como un órgano vigilante, además es la función más amplia que se les ha atribuido, ya que su vigilancia en las operaciones de la sociedad es ilimitada, es decir, no existe restricción alguna que tenga por objeto entorpecer la vigilancia encomendada a él o los comisarios. Esta fracción confirma que la vigilancia llevada a cabo por el comisario se ejerce en cualquier tiempo, es decir esta obligación fundamenta la característica de permanencia en la función del comisario.

El artículo 166 de la Ley General de Sociedades Mercantiles es fundamental en las responsabilidades y funciones de los comisarios, y sus fracciones determinan obligaciones y funciones mínimas que indudablemente cada sociedad debe por lo menos observar y adecuar a sus necesidades, por ejemplo: puede ser el caso que el informe mensual que el o los comisarios deben exigir a los administradores, establecido en la fracción II fuere más conveniente para la empresa establecerlo quincenal o semanal.

El informe que el o los comisarios deben rendir anualmente a la asamblea general ordinaria de accionistas, señalado en la fracción IV, pudiere ser conveniente que la asamblea se celebrara trimestral o semestralmente para poder tomar decisiones benéficas para la sociedad, accionistas, e incluso, terceros acreedores de la misma.

La facultad de los comisarios de convocar asambleas ordinarias y extraordinarias cuando lo juzgue conveniente, señaladas en la fracción VI, sería más preciso que los accionistas establezcan en los estatutos los casos en que el órgano de vigilancia pudiese convocar, y no dejando así solo al arbitrio y consideración de dicho órgano el criterio para convocar.

Prever una remuneración o caución del cargo, así como el establecimiento de sanciones son otras medidas que se pueden prever en los estatutos con fundamento en esta fracción.

Esta fracción permite la posibilidad jurídica de establecer, ampliar, detallar, especificar minuciosamente las funciones y facultades anteriormente expuestas mediante su consignación respectiva en los estatutos sociales.

Parece indicar esta fracción, de forma conveniente para la sociedad, la imposibilidad de restringir dichas funciones y facultades, consideramos que estas funciones y facultades establecen mínimos, necesarios para el funcionamiento de la sociedad, pero para un eficiente, exacto y real funcionamiento definitivamente debe preverse en los estatutos sociales de cada tipo de sociedad.

En caso de existir omisión en los estatutos el o los comisarios deben desempeñar aquellas funciones necesarias que expresa la ley, vigilando e inspeccionando todos los asuntos que se interesan a la sociedad y por ello a sus socios. Por lo antes expuesto es de suma importancia la adecuación estatutaria de una sociedad por lo que respecta a las funciones, obligaciones y responsabilidad de sus comisarios.

10.- Continuar en el desempeño de sus funciones, hasta que haya nombramiento del o de los nuevos comisarios y tomen posesión del cargo, artículo 171 que remite al 154 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

"Los administradores continuaran en el desempeño de sus funciones, aun cuando hubiere concluido el plazo para el que hayan sido designados, mientras no se hagan nuevos nombramientos y los nombrados no tomen posesión de sus cargos". Esta obligación, consideramos es adecuada en virtud de que, la administración de una sociedad en ningún momento puede estar desprovista de vigilancia y en el cargo de comisario siempre debe existir la o las personas que sean objeto de responsabilidad.

11.- Nombrar al o los administradores provisionales, fracción II, artículo 155 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

"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 estatuario, 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."

12.- Hacer la convocatoria para las asambleas, artículo 183 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

13.- Mencionar en los informes que deben rendir a la asamblea general de accionistas las denuncias y sus consideraciones proposiciones pertinentes, artículo 167 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que dice:

"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."

Esta obligación tiene un doble aspecto, por una parte, deben proporcionar a la asamblea, por escrito de manera objetiva, las denuncias que hayan recibido de los accionistas; por denuncia debe entenderse toda manifestación que ponga en relieve la existencia de anomalías o irregularidades en cualesquiera de los aspectos que concierne al funcionamiento y buena marcha de la sociedad. Por otra parte, el o los comisarios no deben limitarse a servir de meros vehículos de denuncias, pues deben formular juicio substanciado de ellas.

Al o a los comisarios incumbe la vigilancia de la sociedad y deberán comprobar por lo tanto, si los datos que aporta el o los accionistas denunciante son exactos o falsos, en todo caso deberán indicar las medidas conducentes para la cesación de la irregularidad, si ésta resultó efectiva. Este derecho de iniciativa del o de los comisarios, combinado con la facultad de incluir en el orden del día de las asambleas y del consejo de administración los puntos que consideren convenientes, y el derecho de convocatoria consignada en el artículo 183 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, tienen particular importancia, pues debidamente ejercidos sirven para canalizar la actividad de la sociedad.

Aun cuando no pueda hablarse de facultades administrativas de o de los comisarios, tales derechos y obligaciones lo acercan a una auténtica intervención en la administración social.

14.- Abstenerse de toda intervención en las operaciones en que tengan interés contrario al de la sociedad, artículo 170 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que dice: "Los comisarios que en cualquier operación tuvieren un interés opuesto al de la sociedad, deberán abstenerse de toda intervención, bajo la sanción de responder por daños y perjuicios establecida en el artículo 156 de la dicha ley.". Esta disposición consideramos es bastante acertada, ya que de lo contrario el hecho de que el órgano de vigilancia tenga un interés contrario al de la sociedad intervenga en vez de vigilar podría perjudicarle omitiendo actos propios de la vigilancia e inspección que debe desempeñar. La actividad del o de los

comisarios debe ser completamente libre para que realmente sea una vigilancia efectiva, de la misma forma que poseen la característica de independencia respecto del órgano de administración también lo deben ser respecto a las operaciones y relaciones para con la sociedad.

4.2. RESPONSABILIDADES DEL COMISARIO.

Responsabilidad, según el Diccionario de Derecho del maestro Rafael de Pina responsabilidad se define como: "La obligación que corresponde a una persona determinada de reparar el daño o perjuicio causado a otra, bien por ella misma, por el hecho de las cosas, o por los actos de las personas por las que deba responder."⁵⁸

Las actividades del órgano de vigilancia en un momento dado pueden ser objeto de responsabilidad de este, ya sea frente a la sociedad o frente a terceros.

1.- Frente a la sociedad responden individualmente por el cumplimiento adecuado de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen. Esta responsabilidad se encuentra fundamentada en el artículo 169 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que dice: "Los comisarios serán individualmente responsables para con la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen...". Según Rodríguez y Rodríguez responsabilidad individual implica "que cada uno de los socios responde de los actos u omisiones propios, y en la coincidencia en la acción u omisión no establece entre ellos vínculo alguno, salvo la imposibilidad de que la sociedad pueda enriquecerse por el daño sufrido."⁵⁹

2.- Los comisarios serán solidariamente responsable con los que les hayan precedido por las irregularidades en que éstos hubieren incurrido si,

⁵⁸ DE PINA, Rafael. op. cit. p. 429

⁵⁹ RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ, op. cit. p. 234

conociéndolas, no las dieran a conocer a la asamblea general, artículo 171 que remite al artículo 160 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

3.- Un accionista en particular puede exigir del o de los comisarios el pago de daños y perjuicios, cuando ese haya desconocido su derecho de denuncia o algún otro derecho. Sería el caso cuando un accionista que notará alguna irregularidad en el manejo de la sociedad y lo diera a conocer al o a los comisarios y éste o éstos no llevara a cabo la investigación, ni lo informaran a la asamblea general de accionistas formulando consideraciones y proposiciones pertinentes, en términos del artículo 167 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

4.- Los terceros que contraten con la sociedad y que los hayan hecho basados en los datos que el o los comisarios les proporcionaron, sobre la marcha y situación real de la sociedad, pueden exigir responsabilidad al o los comisarios por los daños sufridos como efecto de esos datos falsos. Si un tercero antes de contratar con la sociedad solicitó datos al o a los comisarios sobre el estado financiero y sobre la marcha de la sociedad y resulta que esos datos son falsos, y en virtud de esos datos el tercero contrató con la sociedad, el tercero tiene la facultad de exigir responsabilidad del o de los comisarios.

5.- La ley en su artículo 170, señala que el o los comisarios que intervengan en los casos que tengan un interés opuesto al de la sociedad serán responsables de los daños y perjuicios que causen a la sociedad. Existen dos sistemas para exigir la responsabilidad del o de los comisarios, el primero por acuerdo de la asamblea general de accionistas, en la cual se determinará y nombrará a la persona facultada para ejercitar la acción correspondiente. Este sistema se fundamenta en el artículo 161 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. . .

El segundo sistema, fundamentado en el artículo 163 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, consiste en que los accionistas que representen un treinta y tres por ciento del capital social están facultados para ejercitar contra el o

los comisarios acción de responsabilidad civil ante autoridad judicial competente, siempre y cuando, la demanda comprenda el monto total de las responsabilidades a favor de la sociedad y que los actores no hayan aprobado la resolución de la asamblea de no proceder contra el o los comisarios demandados.

Para efecto de la responsabilidad es importante tener presente que, con el fin de asegurar las responsabilidades que pudieran contraer el o los comisarios en el desempeño del cargo, el artículo 152 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que los comisarios, al igual que los administradores y gerentes de la sociedad, prestarán garantía que determinen los estatutos, o en su defecto la que fije la asamblea general de accionistas; el o los comisarios deben caucionar de forma obligatoria su encargo y por lo tanto el órgano de administración encargarse de la constitución y subsistencia de dicha garantía prestada por el órgano de vigilancia, así como también informar a la asamblea general respecto del mantenimiento y subsistencia de la misma, el artículo 171 de la Ley General de Sociedades Mercantiles dice que se aplica a los comisarios las disposiciones contenidas, entre otros artículos, el 152, de la citada ley, y por tanto, no puede ser que sea el mismo comisario quien se cerciore de la constitución y subsistencia de su propia garantía, ya que esto se presta a que nunca la constituya.

Consideramos que la caución, de la que habla el artículo 152 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, no debe ser una cantidad fija y determinada sino determinable y en proporción al capital de la sociedad, ya que de lo contrario, si se toma en cuenta que la vida de una sociedad es larga, al paso del tiempo la cantidad establecida como caución resulta irrisoria y deja de tener como objeto el precuantificar la responsabilidad de la persona que desempeña el cargo, concientizarla de la capacidad técnica y eficiencia que debe tener, convirtiéndose la caución en un simple requisito que en muchas ocasiones se deja de cumplir, por lo que consideramos debe ser obligatoria, en el caso concreto, para el órgano de vigilancia.

La caución debe ser obligatoria y fijada desde los estatutos pues esta sería una forma para darle la importancia que requiere el cargo.

4.3. RESPONSABILIDADES DEL COMISARIO EN OTRAS LEGISLACIONES MERCANTILES.

Por lo que se refiere a la responsabilidad de los comisarios cabe destacar de forma enunciativa más no limitativa la regulación que al respecto tiene la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, la Ley del Mercado de Valores y la Ley de Instituciones de Crédito las cuales indican lo siguiente:

Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito.

Se impondrá pena de prisión de tres meses a dos años y multa de treinta a trescientos días de salario a los comisarios y auditores externos que en el ejercicio de sus funciones celebren operaciones en virtud de las cuales, ellos resulten o puedan resultar deudores del almacén general de depósito, de las arrendadoras financieras, de las uniones de crédito, de las empresas de factoraje o de las casas de cambio, artículo 96 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

A los comisarios que inciten u ordenen a funcionarios o empleados de alguna organización auxiliar de crédito o casa de cambio, a la comisión de algún delito, tal como alterar los registros contables de las mismas, disimular falsa información de los acreditados presentar datos falsos ante la Comisión Nacional Bancaria y de Valores u otorgar créditos sin garantías, serán sancionados hasta en una mitad más de las penas previstas en la ley para dichos funcionarios o empleados, artículo 99-Bis de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

Ley del Mercado de Valores.

Serán sancionados con prisión de dos a diez años y multa de mil a cincuenta mil días de salario, los comisarios o auditores externos de una casa de bolsa o especialista bursátil:

“Que a sabiendas, omitan registrar en la contabilidad las operaciones efectuadas por la casa de bolsa o que mediante maniobra alteren o permitan que se alteren los registros para ocultar la verdadera naturaleza de las operaciones realizadas, afectando la composición de activos, pasivos, cuentas de orden o resultados.

Que intencionalmente inscriban u ordenen que se inscriban datos falsos en la contabilidad o permitan que se incluyan datos falsos en los documentos o informes que deban proporcionarse a la Comisión Nacional de Valores. Artículo 52-Bis 1. Ley del Mercado de Valores. A los comisarios que inciten u ordenen a funcionarios o empleados de alguna casa de bolsa o especialista bursátil, a la comisión de algún delito de los previstos en el punto anterior o difundan información privilegiada o falsa, respecto de la operación de las sociedades emisoras, serán sancionadas hasta en una mitad más de las penas previstas en los artículos respectivos. Artículo 52-Bis Ley del Mercado de Valores.

Ley de Instituciones de Crédito.

Serán sancionados hasta en una mitad más de las penas previstas en los artículos respectivos, los comisarios de una Institución de Crédito que inciten u ordenen a funcionarios o empleados de la Institución autorizar o realizar operaciones que resulten en quebranto o perjuicio para la Institución, que dolosamente omitan registrar en la contabilidad las operaciones efectuadas por la Institución o que mediante maniobra alteren o permitan que se alteren los registros contables para ocultar la verdadera naturaleza de las operaciones realizadas,

afectando la composición de activos, pasivos, cuentas de orden o resultados o que intencionalmente inscriban u ordenen que se inscriban datos falsos en la contabilidad o permitan que se incluyan datos falsos en los documentos o informes que deban proporcionarse a la Comisión Nacional Bancaria o que conociendo la falsedad sobre el monto de los activos o pasivos, concedan el crédito, artículo 113 Bis 1, Ley de Instituciones de Crédito.

4.4. CONVENIENCIA DE LA PERMANENCIA DEL COMISARIO EN LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

En la Disolución.

No se puede hablar de liquidación si primero no se tiene un concepto de disolución, en virtud de que el artículo 234 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que una vez disuelta la sociedad se liquida y al respecto Rodríguez y Rodríguez afirma sobre la liquidación lo siguiente:

“Es la situación de la 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 estos entre sí.”⁶⁰

Se clasifican dependiendo de la fuente de la que derivan las causas de disolución en legales, que son las enumeradas en los artículos 229 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y causas voluntarias que son las que se determinen en los estatutos sociales, artículo 6, fracción XII. Dependiendo de la eficacia de las causas de liquidación estas se clasifican en “ope legis” que son aquellas que producen sus efectos mecánicamente, sin necesidad de decisión de los accionistas o de autoridad, el caso concreto es el establecido en el artículo 229 fracción I y 232, relativo a la expiración del término en el contrato social y; causas “ex voluntate” que son aquellas que requieren una declaración de voluntad por

⁶⁰ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. Derecho Mercantil, T I, Edit. Porrúa, México, 2001, p. 199.

parte de accionistas o de autoridad judicial si no existe expresión de la voluntad por parte de los accionistas y son el resto de las causas establecidas en el artículo 229 ya que en estos casos es indispensable un acto de voluntad de la sociedad.

Dependiendo si la causa de disolución implica una ruptura general de los vínculos que la sociedad supone y en su conjunto desaparece, así como los lazos de los accionistas para con la sociedad y de los accionistas entre sí es disolución total y se encuentra establecida en el artículo 229 de la Ley General de Sociedades Mercantiles además de las establecidas por voluntad de los accionistas en el contrato social y; si solo afecta al vínculo de uno o varios accionistas con los demás es disolución parcial.⁶¹

Tomando en cuenta que existe la disolución parcial, que viene a ser una rescisión del contrato social y que solo afecta a alguno o algunos de los vínculos que une a uno o a varios socios en la sociedad y con los demás, se divide en exclusión y separación.

La exclusión es una forma de disolución parcial provocada por la sociedad y ejercida en contra de los socios, que por sus vicisitudes personales puede poner en riesgo el funcionamiento de la sociedad, tal es el caso que determinan los artículos 118 y 121 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, y son los casos en que constare en las acciones el plazo en que deban pagarse las exhibiciones y el monto de éstas transcurrido el plazo la sociedad procederá a exigir judicialmente, en la vía sumaria el pago de la exhibición o la venta de las acciones y; el caso en que el plazo de un mes, a partir de la fecha en que debiera hacerse el pago de la exhibición no se hubiere iniciado la reclamación judicial o no hubiere sido posible vender las acciones en un precio que cubra el valor de la exhibición se declararán extinguidas las acciones y se procederá a la reducción de capital social, respectivamente.

⁶¹ Ibidem, p. 200

Por lo que se refiere a la separación, forma de disolución parcial por voluntad del accionista en los casos que la ley y los estatutos lo previenen, contemplada tal facultad en el artículo 206 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que se refiere al supuesto en que la asamblea general adopte resoluciones sobre cambio de objeto, cambio de nacionalidad o transformación de la misma, cualquier accionista que vote en contra tendrá derecho a separarse de la sociedad y obtener reembolso de sus acciones, en proporción al activo social, según último balance aprobado, siempre que lo solicite dentro de los quince días siguientes a la clausura de la asamblea. En la sociedad anónima de capital variable existen como causa de separación los supuestos establecidos en los artículos 220 y 221 relativos al retiro total o parcial de aportaciones de un accionista que debe notificarse en forma fehaciente a la sociedad surtiendo efectos hasta el fin del ejercicio anual en curso, el derecho de retiro podrá ejercitarse, siempre y cuando, no tenga por objeto a menos del mínimo el capital social.

Los efectos de la exclusión y la separación son la cesación de la actividad lucrativa y únicamente continuarla para efectos de liquidación, artículo 235; la sociedad retiene capitales y utilidades de los accionistas separados en lo que se liquida las operaciones en curso, artículos 15 y 206; reducción forzosa del capital por el importe de la participación de accionistas separado o excluido, el accionista responderá con los terceros de todas y cada una de las operaciones pendientes en el momento de la separación o exclusión, artículo 14.

Según el artículo 229 de la Ley General de Sociedades Mercantiles son causas de disolución: I.- Expiración del término fijado en el contrato social, II.- Por imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad o por quedar consumado, III.- Por acuerdo de los socios de conformidad con el contrato social y con la ley, IV.- Por llegar a ser el número de accionistas inferior al mínimo establecido por la ley o por que las partes de interés se reúnan en una sola persona, V.- Por pérdida de dos terceras partes del capital social. Además de las

causas que los accionistas pacten en términos del artículo 6 fracción XII de dicha ley.

Rodríguez y Rodríguez define a la fase posterior a la disolución, es decir a la liquidación de la siguiente manera:

"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 constante y para dividir entre los socios el patrimonio que así resulte.

La liquidación en principio se confió a los administradores de la sociedad. Después, cuando hubo que atender a la liquidación de sociedades con cuyos administradores había roto relaciones, que por razones de confianza tuvo que proveerse el nombramiento de liquidadores especiales."⁶²

Por otra parte, Vásquez del Mercado define a la liquidación como: "... cumplir con las obligaciones y exigir los derechos."⁶³ Dice que según la Ley General de Sociedades Mercantiles la liquidación es en protección del interés de los accionistas y define a los liquidadores como las personas encargadas de llevar a cabo, en forma conjunta si son varias, las operaciones de liquidación nombrados por los accionistas, ya sea en el acta constitutiva o cuando se reconoce la disolución de la sociedad y cuando no se da en ninguno de estos casos son nombrados por autoridad judicial.

Dice que la responsabilidad de los liquidadores es solidaria si realizaron actos en común o cuando así se estableció en la constitución de la sociedad o posteriormente, la acción de responsabilidad prescribe a los cinco años en términos del artículo 1045, fracción II del Código de Comercio.

⁶² *ibidem*, p. 209

⁶³ Vásquez del Mercado, Oscar. *Asambleas, fusión y liquidación de Sociedades mercantiles*, Edit. Porrúa, México, 1992, p. 371

Es importante destacar que, según el artículo 237 y 241 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, los administradores no dejarán el desempeño de su encargo sino hasta que se nombre a los liquidadores, se les entreguen a estos los libros, bienes y documentos de la sociedad levantándose inventario del activo y pasivo sociales, se inscriba el nombramiento de los liquidadores en el Registro Público de Comercio y entren estos en funciones.

Actualmente sucede que, en muchas sociedades que entran en liquidación, son los mismos administradores, por acuerdo de los accionistas, los que llevan a cabo la liquidación y en mi opinión resulta perjudicial para los accionistas que los mismos administradores llevaron una mala gestión como liquidadores buscarán justificar u ocultar su actuación y no se les pudiera fincar responsabilidad como administradores y más aún si no existe comisario que los vigile.

En el siglo XVII se introdujo el principio de conversión del activo y división en dinero, al principio la liquidación era sobre el activo tal como se encontrara. El Código español de 1829 fue el primer ordenamiento que comenzó a regular adecuadamente la liquidación.

La liquidación se divide en dos etapas, la primera llamada liquidación en sentido estricto la cual es llevada a cabo para realizar las operaciones necesarias para transformar el activo en dinero, pagar deudas y dejar efectivos los créditos y; la segunda etapa llamada división la cual es llevada a cabo para aplicar el activo resultante a los accionistas.

Rodríguez y Rodríguez dice que la liquidación es una institución jurídica establecida para favorecer los intereses de los socios,⁶⁴ opinión que compartimos en virtud de que, en términos del artículo 235 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, los liquidadores "... son los representantes legales de la sociedad y responderán por los actos que ejecuten excediéndose de los límites de su

⁶⁴ Ibidem, p. 89

encargo", al convertirse los liquidadores en representantes legales de la sociedad tienen obligaciones trascendentales tales como la de formular un inventario del fondo social, concluir las operaciones de la sociedad, es decir, cobrar lo que se le daba a la sociedad, pagar lo que deba, vender los bienes de la sociedad, liquidar a cada socio su haber social, practicar el balance final de liquidación que deberá someterse a la discusión y aprobación de los socios, en la forma que corresponda, depositar el balance aprobado en el Registro Público de Comercio, obtener de dicho registro la cancelación de la inscripción del contrato social una vez concluida la liquidación, proceder la distribución del remanente entre los accionistas, pagar a los accionistas contra la entrega de los títulos de las acciones, depositar en una institución de crédito las sumas pertenecientes a accionistas que no las hayan cobrado en dos meses contados a partir de la aprobación del balance y constituirse como depositarios durante diez años de los libros y papeles de la sociedad.

Considero que sería conveniente que, en virtud de que la liquidación es a favor de la protección de los intereses de los accionistas, el órgano de vigilancia debiera verificar que las sumas pertenecientes a accionistas, que no fueren cobradas una vez que se apruebe el balance final, se afecten en un fideicomiso de administración para que produzcan intereses y mayores beneficios, ya que un simple depósito produce muy bajos intereses, incluso en un porcentaje menor que la inflación, de suerte que con el transcurso del tiempo pudiera perderse el capital depositado, por lo cual el fideicomiso de administración pudiera ser conveniente para los intereses de los accionistas.

Por lo que se refiere al balance final de la liquidación practicado por los liquidadores, resultaría conveniente se publicara, siempre y cuando, esté dictaminado por el órgano de vigilancia a efecto de que los accionistas conozcan la opinión del o los comisarios y entonces presenten sus reclamaciones a los liquidadores y una vez que los liquidadores convoquen a asamblea general de accionistas éstos aprueben en definitiva el balance y el o los comisarios rindan su

informe y opinión a la asamblea general respecto de la veracidad, suficiencia y razonabilidad de la información presentada por los liquidadores equiparándose a la obligación del o los comisarios consignada en el artículo 166, fracción IV de la Ley General de Sociedades Mercantiles respecto del órgano de administración.

Con el fin de obtener una mayor regulación en las facultades y obligaciones de los liquidadores, es importante recalcar que el artículo 242 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece facultades mínimas, por lo que por acuerdo de los accionistas o de las disposiciones del contrato social se pueden establecer más atribuciones, tomando en cuenta que tan sólo las enumeradas por el artículo 242 son ya demasiadas, fundamentales y de suma importancia para los accionistas principalmente, por lo que deben ser vigiladas por el o los comisarios para evitar abusos por los mismos liquidadores con el fin de buscar el mayor beneficio para los accionistas, proteger sus intereses así como también los intereses de los acreedores de la sociedad.

El artículo 6, fracción XIII de la Ley General de Sociedades Mercantiles, establece que la escritura constitutiva de la sociedad deberá contener las bases para practicar la liquidación, el modo de proceder a la elección de los liquidadores, cuando no se hayan designado anticipadamente; por otra parte, el artículo 240 y 242 de dicha ley establecen que las reglas para practicar la liquidación se regirán por los acuerdos de los accionistas al resolverse la disolución o por las reglas convenidas en el contrato social. El artículo 236 señala que a falta de disposición en el contrato social del nombramiento de los liquidadores se realizará por acuerdo de los socios y si no se hiciere en estos términos cualquier accionista podrá acudir ante autoridad judicial en la vía sumaria para que esta nombrará a los liquidadores.

En consecuencia puede decirse que la liquidación se practicará ante todo de acuerdo a los estatutos sociales, en segundo lugar conforme a lo convenido por los socios en el momento de acordar la disolución y la liquidación, y tercero, por

las normas supletorias de la ley, bien entendido que los derechos de los acreedores, el interés público, así como los preceptos imperativos que la propia ley señala están por encima de las normas que resulten indicadas en el orden anterior.

Como se puede analizar, nada impedirá que los accionistas al acordar la disolución de la sociedad o por acuerdo en el contrato social pactaran que el o los comisarios sean los designados para vigilar, inspeccionar y controlar a los liquidadores a efecto de que tal fase se lleve a cabo con el mayor beneficio para los accionistas, pero resulta que en la mayoría de las sociedades no se pacta tal vigilancia en la etapa de liquidación de la sociedad por los comisarios y en la práctica los que vigilan la liquidación son los mismos accionistas que frecuentemente no cuentan con una preparación contable ni con los conocimientos suficientes para calificar la labor de los liquidadores, corregirla o reprobarla.

Por otro lado, la Ley General de Sociedades Mercantiles, en su artículo 10 establece, que los administradores, son los representantes de la sociedad, y el artículo 164 de dicha ley establece que el o los comisarios son los vigilantes de la sociedad, son los que vigilan entre otras cosas al o a los administradores e, incluso, debe existir tal independencia entre ambos órganos que el artículo 165, fracción II establece como impedimento para ser comisario el parentesco con el administrador único o con algunos de los miembros del consejo de administración, en este orden de ideas, cuando se designan liquidadores estos se convierten en representantes legales de la sociedad en términos del artículo 235 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, por lo que consideramos que resulta contradictorio que también sean los liquidadores comisarios o vigilantes de sus propias gestiones de liquidación, que no exista disposición expresa acerca de la permanencia del órgano de vigilancia en la fase de la liquidación de sociedad a efecto de vigilar, controlar e inspeccionar a los liquidadores representantes legales de la sociedad y que no existan disposición que reglamente independencia entre los liquidadores con los comisarios y administradores.

El artículo 155 de la Ley General de Sociedades Mercantiles prevé la situación en que se revoque el nombramiento del administrador único o, existiendo 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 de provisional a los administradores faltantes, que como se dijo, son los representantes legales de la sociedad en términos del artículo 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en este orden de ideas nos parece que existe falta de regulación inmediata y expresa respecto al nombramiento de liquidadores provisionales en virtud de que, puede suceder que se revoque el nombramiento de uno o varios liquidadores que son los representantes legales de la sociedad, exista impedimento, o cualquier otra razón y aplicándose de forma inmediata la disposición contenida en el artículo 238 segundo párrafo de la Ley General de Sociedades Mercantiles, resultaría perjudicial para la sociedad que continúen desempeñando el cargo de liquidador personas que por alguna causa fueron ya revocadas, se perdería tiempo y se arriesgaría a la sociedad en lo que se nombran a los nuevos liquidadores o pero aún si existe muerte que por cierto, es un caso no previsto por dicha ley, o impedimento físico mental ni siquiera podría aplicarse el segundo párrafo del artículo 238, por lo que consideramos debiera aplicarse de forma equiparada el artículo 155, fracción II de la Ley General de Sociedades Mercantiles, y así los comisarios podrían designar con carácter provisional a los liquidadores provisionales, en lo que, según los estatutos sociales o acuerdo de los socios nombran al o a los liquidadores que finalmente concluyan las operaciones de la sociedad, supervisados y dictaminados por el órgano de vigilancia y aprobada su gestión por socios o accionistas.

Todo lo expuesto anteriormente es con el objeto de justificar el hecho de que el comisario vigile, controle y supervise en beneficio de los accionistas y acreedores la labor de los liquidadores, se le dé la importancia que merece el comisario y se prevea de forma minuciosa, precisa, específica y amplia desde los estatutos sociales en todas las fases de la sociedad la vigilancia por parte del o los comisarios.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La razón de ser de la institución del comisario en la sociedad anónima se desprende de la necesidad de controlar la gestión administrativa y buena marcha de la sociedad. El alcance y significado de vigilancia no se limita solo al aspecto contable de la sociedad sino que abarca aspectos más complejos como lo son examinar el cumplimiento de todas las obligaciones que recaen los administradores, así como la marcha normal de la sociedad.

SEGUNDA.- La diferencia entre la vigilancia ejercida por el comisario y los accionistas individualmente o las minorías de accionistas así como de la asamblea general de accionistas estriba en que la vigilancia del comisario es necesaria, individual, ilimitada, permanente, revocable, independiente, interna, retribuible o remunerable, por socio o extraño a la sociedad.

TERCERA.- Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica del órgano de vigilancia la teoría del mandato niega tal situación porque el mandato implica una relación voluntaria, mientras que la existencia de los comisarios es porque así lo dispone la ley; además del mandato se confiere exclusivamente para actos jurídicos y las funciones del comisario no siempre implican actos de esa naturaleza. El mandato también puede ser general o especial y en el caso del comisario, éste tiene los derechos y las obligaciones que fija la ley. No es aceptable tampoco que el comisario represente o bien, sea representante de la sociedad, y menos de la asamblea de accionistas, por que la representación implica forzosamente la posibilidad de vincular a la sociedad con terceros y esto no puede hacer el comisario. Tampoco es posible aceptar la representación del órgano a órgano, es decir, asamblea-representado; comisario-representante, la teoría correcta de la función que realiza el comisario en la sociedad es una prestación de servicios profesionales como la persona encargada de vigilar la actividad y función tanto de los accionistas como de los administradores.

CUARTA.- Con el objeto de conseguir una mejor actuación del comisario se le debería otorgar de forma obligatoria una remuneración suficiente, tomando en cuenta la calidad de la sociedad, como la actuación y preparación técnica y contable del comisario, determinable y en proporción al capital de la sociedad ya que de lo contrario, la cantidad establecida como remuneración resulta irrisoria al paso del tiempo y deja de tener como objeto motivar y estimular la responsabilidad de la persona que desempeña el cargo de comisario, concientizarla de la capacidad técnica y eficiencia que debe tener, por lo que debe ser obligatoria para el órgano de vigilancia.

QUINTA.- El comisario debe caucionar de forma obligatoria su encargo y por lo tanto el órgano de administración encargarse de la constitución y subsistencia de dicha garantía prestada por el órgano de vigilancia, así como también informar a la asamblea general respecto del mantenimiento y subsistencia de la misma, ya que en términos del artículo 171 de la Ley General de Sociedades Mercantiles no puede ser que sea el mismo comisario quien cerciore de la constitución y subsistencia de su propia garantía, ya que esto se presta a que nunca la constituya. La caución de la que habla el artículo 152 de la Ley General de Sociedades Mercantiles debe ser una cantidad determinable y en proporción al capital de la sociedad, ya que de lo contrario, resulta irrisoria y deja de tener como objeto el precuantificar la responsabilidad de la persona que desempeña el cargo, concientizarla de la capacidad técnica y eficiencia que debe tener, evitando así que la caución sea un simple requisito que se deja de cumplir, por lo que debe ser obligatoria para el órgano de vigilancia. La caución debe ser obligatoria y fijada desde los estatutos pues esta sería una forma para darle la importancia que requiere el cargo.

SEXTA.- Respecto a la legitimación del órgano de vigilancia, la Ley General de Sociedades Mercantiles debería agregar en su artículo 165 en el cual señala quienes no pueden ser comisarios, a los cónyuges y concubinos de los administradores, ya que si existe prohibición respecto al parentesco por afinidad

dentro del segundo grado entre los miembros del órgano de administración con los miembros del órgano de vigilancia, con mucho más razón entre cónyuges y concubinos.

SÉPTIMA.- Respecto a la legitimación del órgano de vigilancia, la Ley General de Sociedades Mercantiles debería agregar en su artículo 165 en el cual señala quienes no pueden ser comisarios, los parientes del adoptante cuando el adoptado es administrador y viceversa. En virtud de que el Código Civil Federal, de aplicación supletoria a las leyes mercantiles, contempla la adopción entre adoptante y adoptado no extendiendo la relación a los parientes de ambos entre sí y de permitirse tal situación entre el órgano de administración y de vigilancia se frustraría una inspección real y efectiva por parte del o los comisarios.

OCTAVA.- La Ley General de Sociedades Mercantiles deberá agregar en su artículo 165 que el nombramiento de comisario debe recaer en personas que tengan y acrediten capacidad técnica financiera contable para desempeñar la función que les ha sido encomendada. Con este requisito se completaría la legitimación del órgano de vigilancia en beneficio principalmente de la sociedad.

NOVENA.- Uno de los derechos corporativos fundamentales de los accionistas de una sociedad anónima es el de control y supervisión del actuar de los administradores de la sociedad, cuando una sociedad, es suplido por el liquidador y de no existir comisario en esta fase de liquidación se privaría a los accionistas de su mencionado derecho de control y supervisión por lo cual es una razón suficiente para la existencia de comisarios en la fase de liquidación de una sociedad para que esto realicen las mencionadas funciones y acciones en protección y beneficio de los accionistas.

DÉCIMA.- Resulta contradictorio que, cuando se designan liquidadores y se convierten en representantes legales de la sociedad en términos del artículo 235 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, sean los liquidadores también

comisarios o vigilantes de sus propias gestiones de liquidación, de la misma forma con los administradores representantes legales de la sociedad son vigilados por un órgano de vigilancia, debe existir disposición expresa acerca de la permanencia del comisario en la fase de la liquidación de sociedad que vigile a los liquidadores, ahora representantes legales de la sociedad, a efecto de vigilar, controlar e inspeccionar su actuación de liquidación así como también acatar alguna disposición que reglamente independencia entre los liquidadores y los comisarios de la misma forma como el artículo 165 de la Ley General de Sociedades Mercantiles reglamenta la independencia entre administrador y comisario.

DÉCIMO PRIMERA.- Actualmente en muchas sociedades que entran en liquidación, son los mismos administradores, por acuerdo de los accionistas, los que llevan a cabo la liquidación y resulta perjudicial para los accionistas que los mismos administradores llevaron una mala gestión, como liquidadores buscarán justificar u ocultar su actuación en tal administración y los accionistas al no conocer otra opinión relativa a la supervisión, inspección o vigilancia de la liquidación llevada a cabo por los antes administradores no les podrá fincar responsabilidad y menos aún si no existe comisario que los vigile en la fase de liquidación.

DÉCIMO SEGUNDA.- Debiera aplicarse de forma equiparada el artículo 155, fracción II de la Ley General de Sociedades Mercantiles relativo a la revocación y nombramiento provisional de los administradores a los liquidadores, con el objeto de que los comisarios designen con carácter provisional a los liquidadores provisionales, en lo que, según los estatutos sociales de acuerdo de los socios nombran al o a los liquidadores que finalmente concluyan las operaciones de la sociedad, supervisados y dictaminados por el órgano de vigilancia y aprobada su gestión por socios o accionistas, ya que en términos del artículo 238, segundo párrafo es perjudicial para la sociedad que continúen en funciones de liquidación personas que por alguna causa fueron ya revocadas, se perdería tiempo y se arriesgaría a la sociedad en lo que se nombran a los nuevos

liquidadores o pero aún si existe muerte que por cierto, es un caso no previsto por dicha ley, o impedimento físico mental ni siquiera podría aplicarse el segundo párrafo del artículo 238.

DÉCIMA TERCERA.- El balance final de la liquidación practicado por los liquidadores, resultaría conveniente se publicara, siempre y cuando, esté dictaminado por el órgano de vigilancia a efecto de que los accionistas conozcan la opinión del o los comisarios y entonces así presenten los accionistas reclamaciones a los liquidadores para cuando éstos convoquen a asamblea general de accionistas, éstos aprueban el balance y el comisario rinda su informe y opinión a la asamblea general respecto de la veracidad, suficiencia y razonabilidad de la información presentada por los liquidadores, equiparándose a la obligación del o los comisarios consignada en el artículo 166, fracción IV de la Ley General de Sociedades Mercantiles respecto del órgano de administración.

DÉCIMA CUARTA.- Sería conveniente que el órgano de vigilancia verificará, incluso, que las sumas pertenecientes a accionistas que no fueron cobradas una vez que se apruebe el balance final se afecten en un fideicomiso de administración de suerte que produzcan intereses y mayores beneficios, ya que un simple depósito produce muy bajos intereses e, incluso, en un porcentaje menor que la inflación, de suerte que en el transcurso del tiempo pudiera perderse el capital depositado, por lo cual el fideicomiso de administración pudiera ser conveniente para los intereses de los accionistas.

BIBLIOGRAFÍA

1. Bejarano Sánchez, Manuel, "Derecho de las Obligaciones", Edit. Porrúa, S.A. México, 1997.
2. Barrera Graf, Jorge. "Instituciones de Derecho Mercantil", 7ª. ed., Edit. Porrúa, S.A., México 2001.
3. Castillo Lara, Eduardo. "Juicios Mercantiles", Edit. Oxford, México, 1994.
4. Cervantes Ahumada, Raúl. "Derecho Mercantil", Edit. Porrúa, S.A. México, 2000.
5. Díaz Bravo, Arturo. "Contratos Mercantiles", Edit. Harla, México, 1997.
6. Escarra, Jean. "Curso de Derecho Comercial", Edit. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1985.
7. Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, "Parte General, Personas y Familia", Edit. Porrúa, 12ª. ed. México, 1993.
8. Garrigues, Joaquín. "Curso de Derecho Mercantil", 9ª ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1993.
9. Gutiérrez y González, Ernesto. "Derecho de las Obligaciones", 10ª ed., Edit. Porrúa, S.A. México, 1998.
10. Fre, Giaancarlo. "El Órgano Administrativo de la Sociedad Anónima", Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1997.
11. Frisch Philipp, Walter. "Sociedad Anónima Mexicana", Edit. Oxford, México, 2000.
12. Herrera, Mario, "Asambleas de Accionistas", Edit. Cárdenas. México, 1997.
13. Martínez Alfaro, Joaquín. "Teoría de las Obligaciones", Edit. Porrúa, S.A. México, 1999.
14. Mantilla Molina, Roberto. "Derecho Mercantil", 29ª ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1992.
15. Ovalle Fabela, José. "Derecho Procesal Civil", 8ª ed., Edit. Oxford, México, 1999
16. Petit, Eugene. "Derecho Romano", 13ª ed., Edit. Porrúa, S.A. México, 1999.

17. Pina Vara Rafael De. "Derecho Mercantil Mexicano", 26ª ed., Edit. Porrúa, S.A. México, 1998.
18. Ramírez Valenzuela, Alejandro. "Derecho Mercantil", Edit. Limusa, México, 1998
19. Rodríguez Rodríguez, Joaquín. "Derecho Mercantil", Tomo I, 14ª ed., Edit. Porrúa, S.A. México, 1998
20. Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil", Edit. Porrúa, México, 1981.
21. Sánchez Medal, Ramón. "De los Contratos Civiles", Edit. Porrúa, México, 1996.
22. Vásquez del Mercado, Oscar. "Asambleas, Fusión, Liquidación y Escisión de Sociedades Mercantiles", Edit. Porrúa, S.A. México, 1999.
23. Vásquez del Mercado, Oscar. "Contratos Mercantiles", Edit. Porrúa, México, 1999.
24. Zamora y Valencia, Miguel Angel. "Contratos Civiles", Edit. Porrúa, México, 1999.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 2005.

CODIGO DE COMERCIO, 2005.

CODIGO CIVIL FEDERAL, 2005.

LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO, 2005

LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES, 2005.

JURISPRUDENCIA EN CD, EMITIDA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. IUS 2002.

OTRAS FUENTES

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, "Diccionario Jurídico Mexicano", Edit. Porrúa, S.A. México, 1998.

Cabanellas de Torres, Guillermo, "Diccionario Jurídico Elemental", 9ª ed., Edit. Heliasta. S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1999.

Cosack, Konrad. "Tratado de Derecho Mercantil", Revista de Derecho Privado, España, 1995.

Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil, Edit. Porrúa, S.A. México, 1998.