

308909

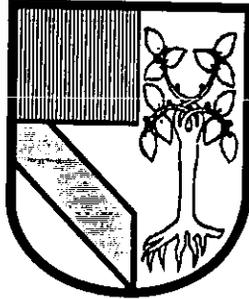
1

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

291789



CONSIDERACIONES EN TORNO A LA FIGURA DEL COMISARIO
PARA LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS EN LA
SOCIEDAD ANÓNIMA.

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

RODRIGO EDGARDO ANCIANO HACES

DIRECTOR DE TESIS

LIC. JAIME EDUARDO ORTIZ PALLARES

MÉXICO, D.F.

2001



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A Dios en agradecimiento a todas las bendiciones que me ha dado.

A mi Padre, porque su presencia siempre me ha cobijado y porque es el ejemplo a seguir en mi vida.

A mi Madre, por todo el amor y comprensión que me ha dado.

A mis hermanos Mario y Rosario, por todo lo que significan para mí.

A mi abuelo Cosme, en donde quiera que se encuentre.

A mi abuela Lilia, por su forma tan peculiar para enfrentar la vida.

A mi abuelo Mario, por ser un ejemplo de tenacidad y de trabajo.

A mi abuela Estrella, por ser un ejemplo de paciencia y de amor.

CAPITULADO DE TESIS

INTRODUCCION

CAPITULO I. Aspectos Generales de las Sociedades.

- 1.1.- Concepto de Sociedad
- 1.2.- Sociedades Civiles y Sociedades Mercantiles,
Concepto y Diferencias
- 1.3.- La Personalidad de las Sociedades.
- 1.4.- La Capacidad Jurídica de las Sociedades
- 1.5.- Clasificación de las Sociedades Mercantiles,
en Sociedades de Personas y Sociedades
de Capitales
- 1.6.- Concepto de Socio
- 1.7.- Capacidad de los Socios

CAPITULO II. La Sociedad Anónima.

- 2.1.- Concepto de Sociedad Anónima
- 2.2.- Regulación de la Sociedad Anónima
- 2.3.- Constitución de la Sociedad Anónima
- 2.3.1.- Constitución ante Notario Publico

- 2.3.2.- Constitución por Suscripción Pública
- 2.4.- Inscripción en el Registro Público de Comercio
- 2.5.- La Responsabilidad Limitada de los Socios
- 2.6.- Órganos de la Sociedad Anónima
 - 2.6.1.- La Asamblea de Accionistas
 - 2.6.1.2.- Tipos de Asambleas
 - 2.6.1.3.- La Asamblea General de Accionistas
 - 2.6.2.- Órgano de Administración de la Sociedad
 - 2.6.2.1 A Quién Corresponde la Administración
 - 2.6.2.2- Designación de Administradores
 - 2.6.2.3.- Funcionamiento del Consejo de Administración
 - 2.6.3.- El Órgano de Vigilancia de la Sociedad Anónima.
 - 2.6.3.1.- Concepto
 - 2.6.3.2- Regulación
 - 2.6.3.3.- Características del Cargo de Comisario
 - 2.6.3.4.- Quiénes pueden ser Comisarios de la Sociedad

- 2.6.3.5.- Designación del Comisario
- 2.6.3.6.- Garantías que debe otorgar el Comisario
- 2.6.3.7.- Atribuciones del Comisario
- 2.6.3.8.- Forma en que Responden los Comisarios
- 2.7.- Responsabilidad Civil de los Consejeros y Comisarios
- 2.8.- La Responsabilidad Penal de los Consejeros y Comisarios

CAPITULO III.- La Información Financiera

- 3.1.- Concepto
- 3.2.- Regulación de la Información Financiera
- 3.3.- La Obligación de Elaborar y Presentar la Información Financiera
- 3.4.- Contenido de la Información Financiera
- 3.5.- Obligación de Publicar el Balance
- 3.6.- Convergencia de los tres Órganos de la Sociedad en la Elaboración del Balance
- 3.7.- Concurrencia de los Administradores en la Elaboración del Balance

3.8.- Concurrencia de los Comisarios en la
Elaboración del Balance

3.9 Concurrencia de la Asamblea en la
Elaboración del Balance

CAPITULO IV. Modificaciones legales o Estatutarias para que el Órgano de Vigilancia de la Sociedad Anónima cumpla con sus Funciones de Fiscalización de la Sociedad.

4.1.- Independencia del Órgano de Vigilancia

4.2.- Los Porcentajes Establecidos en la Ley
General de Sociedades Mercantiles

4.3.- Las Garantías que deben Otorgar los Comisarios

4.4.- La Forma en que Responden los Comisarios

4.5.- Concurrencia de los Comisarios en la
Elaboración del Balance

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN.

Aún y cuando la existencia de sociedades y el auge de éstas no es algo nuevo, también es cierto que con el creciente intercambio comercial que se dá en nuestros días, aumentándose la demanda de satisfactores para la sociedad y como consecuencia de esto los comerciantes vistos como individuos han sido rebasados por esa demanda, ha sido necesaria la creación de unidades mayores al individuo, que tengan la capacidad de cubrir las necesidades actuales de la sociedad. Esta necesidad ha llevado a un aumento considerable en la creación de sociedades mercantiles, en especial, de Sociedades Anónimas.

El hecho de que exista un mayor número de Sociedades Anónimas, quiere decir que un mayor número de personas están involucradas en la vida y funcionamiento de éstas y por lo tanto cada vez más es necesario que dichas personas obtengan una verdadera seguridad jurídica de las estructuras de las que son parte, siendo necesaria la modernización de los cuerpos jurídicos que regulan la vida y funcionamiento de las sociedades hoy en día, toda vez, que éstos han sido rebasados por las nuevas formas de comercio.

El presente trabajo pretende ser una crítica a esos cuerpos jurídicos que en materia de dar seguridad jurídica a las partes integrantes de la Sociedad Anónima han sido rebasados por la realidad y los preceptos llegan a ser inaplicables.

Específicamente, este trabajo versa sobre el Órgano de Vigilancia en la Sociedad Anónima, de los problemas con los que se encuentra dicho órgano para cumplir con sus obligaciones y de las posibles soluciones para que se llegue a cumplir con la finalidad del mismo que es el velar por la buena marcha de la sociedad y otorgar seguridad jurídica a los accionistas.

CAPITULO I. Aspectos Generales de las Sociedades.

1.1.- Concepto de Sociedad.

Existen muchos conceptos expresados en diversas legislaciones y por diversos autores a lo largo de nuestra historia jurídica acerca de la sociedad, pero para poder comprender el concepto de sociedad y las causas que la motivan tenemos que atender primeramente a la naturaleza racional del género humano. Apoyándonos en la afirmación que hace Aristóteles acerca de que el hombre es un animal sociable por naturaleza, una de esas formas de sociabilidad es la que busca el hombre para satisfacer sus necesidades, específicamente aquellas que como ser individual es incapaz de satisfacer por si mismo, no sólo hablando en el ámbito material, sino también de los ámbitos social y espiritual. De aquí que el hombre tienda a relacionarse con sus semejantes de distintas formas, importándonos a nosotros la forma jurídica de estas relaciones y en especial aquella relación que va encaminada hacia un fin específico que es la consecución de propósitos particulares.

Cuando esos propósitos particulares de una persona coinciden con los propósitos particulares de otra y estas personas convienen en alcanzarlos de manera conjunta, es decir, de tender a un fin común, estamos ante el fundamento de lo que más adelante podríamos llamar sociedad.

La doctrina de forma generalizada señala como fundamento de toda sociedad, la existencia de una "AFFECTIO SOCIETATIS", que es a grandes rasgos la necesidad de los socios de tender a un fin común, las aportaciones que deben de realizar y la vocación a las ganancias y las pérdidas.

El Maestro Mantilla Molina señala que "LA AFFECTIO SOCIETATIS ha de entenderse como la existencia de una igualdad tal entre las partes, que las constituya en verdaderos socios, y cuando falta ésta, entonces falta una verdadera comunidad de fines".¹

Las aportaciones de los socios, quiere decir que, cada uno dentro de sus propias posibilidades, debe de poner los medios conducentes para hacer posible la consecución de ese fin común.

La vocación a las ganancias y las pérdidas significa que como los socios buscan conseguir un fin común, todos deben de recibir las ganancias que arroje la sociedad y soportar las pérdidas de la misma.

Guillermo Cabanelas dice que la sociedad es una agrupación natural o convencional de personas con unidad distinta y superior a la de sus miembros

¹ Roberto L. Mantilla Molina. Derecho Mercantil. Cuarta Reimpresión. Editorial Porrúa S.A. México 1998. Páginas 185 y 186.

individuales, que cumple con la cooperación de sus integrantes a un fin general de utilidad común.²

Tomando en cuenta lo anterior el concepto de sociedad que tomamos como base es el siguiente:

“Sociedad es toda agrupación de personas tanto físicas como morales de carácter permanente o transitorio, las cuales se organizan para aportar bienes o servicios destinados a la realización de un fin común y a la que el derecho le atribuye personalidad jurídica propia.”

De la definición, se desprenden los siguientes elementos:

a) **AGRUPACIÓN:** Al hablar de agrupación de personas se está estableciendo que para que exista la sociedad se necesitan por lo menos dos socios, requisito que señala en el artículo 89 fracción I, de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que en vía de claridad le llamaremos LGSM.

b) **PERSONAS FÍSICAS Y/O MORALES:** la definición abarca esta distinción de personas, toda vez que éstas pueden ser parte de una sociedad (socios).

² Guillermo Cabanelas. Diccionario de Derecho Usual. Tomo IV. Cuarta Edición. Bibliográfica Omeba Editores Libreros. Buenos Aires, Argentina. 1962. Páginas 103.

c) **APORTACIÓN:** Al mencionar la aportación de bienes o servicios, estamos hablando de los medios en virtud de los cuales se pretende alcanzar el fin buscado por la sociedad, estos pueden ir desde el capital aportado hasta el conocimiento adquirido o Know-How en virtud del cual va a funcionar la sociedad.

d) **FIN COMÚN:** Será el objeto de la existencia de la sociedad, el motivo fundamental para lo que fue creada, que es el alcanzar por medio de ésta lo que no es posible alcanzar de manera individual.

e) **PERSONALIDAD JURÍDICA:** Es la creación que hace el derecho para que esta agrupación de personas pueda actuar como un ente independiente de sus integrantes dentro del tráfico jurídico.

El hombre a través del tiempo, ha tenido que elaborar una creación jurídica a la que le ha llamado sociedad para poder actuar válidamente en el ámbito del derecho y poder obtener como individuo los satisfactores que sólo puede obtener en virtud de la existencia de ese ente jurídico.

1.2.- Sociedades Civiles y Sociedades Mercantiles. Concepto y Diferencias.

Antes de empezar a hablar de sociedades tanto civiles como mercantiles y las diferencias existentes entre éstas, es necesario referirnos a la Ley Suprema que rige todo ordenamiento jurídico en nuestro país³, por lo que es preciso citar el artículo noveno de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual establece:

“Artículo Noveno.- No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en asuntos políticos del país. Ninguna reunión armada tiene derecho a deliberar.

No se considerará ilegal, y no podrá ser disuelta una asamblea o reunión que tenga por objeto hacer una petición o presentar una protesta por algún acto, a una autoridad, si no se profieren injurias contra ésta, ni se hiciere uso de violencia o amenazas para intimidarla u obligarla a resolver en el sentido que se desee.”

Puntualizando el artículo anterior, Burgoa comenta que en este artículo existen dos especies de libertades:

³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Ésta, y las leyes que de ella emanen, serán la Ley Suprema de toda la nación, y los Jueces de cada Estado se ajustarán a ellas, a pesar de las disposiciones en contrario, que pudiere haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Amparo administrativo en revisión 1305/22. Compañía de Tranvías del Comercio de la Barca S.A. 15 de mayo de 1926. Quinta Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XVIII, página 1035.

a) La libertad de reunión, que se dá cuando una pluralidad de individuos se reúnen a realizar un fin concreto y determinado y una vez realizado éste deja de existir, siendo un claro ejemplo las manifestaciones y;

b) La libertad de asociación, siendo ésta la que nos interesa y que desarrollaremos a continuación, toda vez que implica la permanencia de sus miembros.

Por derecho de asociación se entiende toda potestad que tienen los individuos de unirse para constituir una entidad o persona moral, con sustantividad propia y distinta de los asociados, y que tiende a la consecución de determinados objetivos, cuya realización es constante y permanente.⁴

Al ser la libertad de asociación una garantía consagrada en nuestra Constitución Política, y ser el fundamento de toda sociedad o asociación regulada por el derecho Mexicano, trae como consecuencia, que éstas gocen de las garantías individuales que consagra nuestra Constitución, con lo cual la existencia lícita de las asociaciones o sociedades está salvaguardada por la propia Constitución y cualquier acto tendiente a prohibir la legal existencia y funcionamiento de éstas será un acto violatorio de los preceptos constitucionales.

⁴ Ignacio Burgoa. Garantías Individuales. Vigésima sexta Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1994. Página 380.

El concepto de Asociación Civil lo encontramos en el artículo 2670 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, al que de ahora en adelante nos referiremos simplemente como Código Civil. Dicho artículo nos señala que cuando varios individuos convienen en reunirse de manera que no sea enteramente transitoria, para realizar un fin común que no esté prohibido por la ley y que no tengan carácter preponderantemente económico, constituyen una ASOCIACIÓN.

El concepto de Sociedad Civil lo encontramos en el artículo 2688 del Código Civil en el que se señala que por el contrato de sociedad los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial.

Debido a que en la Ley General de Sociedades Mercantiles, no existe una definición expresa de lo que es una Sociedad Mercantil, usaremos como concepto de dicha sociedad para efectos del presente trabajo el siguiente:

“Sociedad Mercantil será entonces aquel contrato de sociedad en que los socios se obligan a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico pudiendo constituir una especulación comercial”.

La anterior definición la mencionamos con la intención de concretar lo que es una sociedad mercantil, y mostrar las diferencias básicas con las sociedades y asociaciones civiles.

Una vez especificados los conceptos anteriores, veremos que la principal diferencia entre una Asociación Civil, una Sociedad Civil y una Sociedad Mercantil es el fin que se quiere alcanzar con cada una de éstas, es decir, si el fin es de beneficencia o no lucrativo estamos frente a una Asociación Civil, si el fin es preponderantemente económico pero no llega a constituir una especulación comercial estaremos frente a una Sociedad Civil y si el fin es preponderantemente económico y éste llega a constituir una especulación comercial estamos frente a una Sociedad Mercantil.

El Maestro Barrera Graf señala que las diferencias entre las sociedades civiles y las mercantiles son las siguientes:

Las sociedades civiles están regidas por el derecho común, es decir, por los códigos civiles de cada Estado, en cambio, las sociedades mercantiles están regidas por leyes generales teniendo como principal ley federal, la Ley General de Sociedades Mercantiles, misma que fue expedida mediante decreto Presidencial por el C. Presidente de la República Abelardo L. Rodríguez, el 28 de diciembre de 1933, siendo publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1934.

Por otra parte, se distinguen las sociedades civiles de las mercantiles en que aquellas pudiendo tener una finalidad económica, ésta nunca debe de ser una especulación comercial, porque si esto sucediera, automáticamente se convertirían en sociedades mercantiles, en cambio las sociedades mercantiles normalmente si tienen dicha finalidad de lucro.

Esto es porque la esencia de las sociedades mercantiles es el intercambio comercial y son creadas para actuar dentro del mundo jurídico pero específicamente dentro de lo que se refiere a comercio. La mayoría de las operaciones comerciales está basada en la especulación comercial, lo que se traduce en un lucro en beneficio de la sociedad.

Si las Sociedades Civiles fueran creadas para ejercer el comercio y sus operaciones se basaran en la especulación comercial para la obtención de un lucro se estaría desvirtuando la finalidad de la Sociedad Civil, porque estaría actuando en el ámbito comercial, ámbito para el cual no fue concebida su creación, razón por la cual existen sociedades en específico para actuar en dicho campo.

Cada tipo de sociedad fue creado para actuar dentro de un ámbito específico y su funcionamiento, tratamiento legal, el tipo de obligaciones que puede contraer, las operaciones que puede realizar, etc. fueron concebidas para que cada tipo de sociedad se pudiera desarrollar de la mejor manera en el ámbito que le corresponde.

Existen en nuestro derecho sociedades mercantiles que no tienen una finalidad de lucro como las Sociedades Mutualistas y las Sociedades Cooperativas, las cuales aún siendo mercantiles no tienen un fin de lucro, con esto explicamos porque en nuestra definición de Sociedad Mercantil decimos que esta pueden llegar a constituir una especulación comercial.⁵

Por lo anterior, el maestro Barrera Graf afirma que en nuestro sistema las sociedades civiles nunca pueden tener una finalidad de lucro o especulación comercial y que si la tuvieran se convertirían en sociedades mercantiles y que por el contrario, es propio y normal de estas últimas tener un fin lucrativo siendo también posible que nunca lo tengan como las sociedades Mutualistas y las Cooperativas.

Cabe señalar a manera de clarificar la afirmación del maestro Barrera Graf, que una Sociedad Civil si puede llegar en algún momento a realizar actos cuya finalidad sea el lucro (siempre y cuando éstos no sean de manera habitual), y no por esto convertirse en sociedades mercantiles, siempre y cuando estos actos con finalidad de lucro no lleguen a ser la finalidad misma de la sociedad.

Las sociedades ya sean Civiles o Mercantiles, son personas morales que por una ficción de derecho son dotadas de personalidad jurídica y patrimonio propio.

⁵ Jorge Barrera Graf. Instituciones de derecho Mercantil. Segunda Reimpresión. Editorial Porrúa. México 1998. Páginas 253 y 254.

Dependiendo en el ámbito jurídico en el cual se constituyan y funcionen serán consideradas Asociaciones Civiles, Sociedades Civiles o Sociedades Mercantiles.

A diferencia de las Sociedades Civiles, las Sociedades Mercantiles pueden nunca perseguir una finalidad de lucro y no por eso convertirse en Sociedades Civiles, mientras que las Sociedades Civiles se convertirán en Sociedades Mercantiles cuando su finalidad sea la especulación comercial.

1.3.- La Personalidad de las Sociedades.

Como se mencionó anteriormente, es en el artículo Noveno Constitucional donde encontramos el fundamento jurídico para toda asociación o sociedad dentro del derecho mexicano.

Ahora bien y como también se mencionó, estas sociedades o asociaciones están dotadas de personalidad jurídica propia, es decir, personalidad jurídica distinta de las de sus socios, siendo el derecho común el que nos proporciona los lineamientos para desarrollar éste tema, ya que la persona y la personalidad conceptos que van íntimamente ligados, son regulados por este derecho, apoyándose el Derecho Mercantil en el derecho común al referirse a estos conceptos.⁶

⁶ El derecho mercantil se apoya en el derecho común al hablar de persona y personalidad, toda vez que es éste el que establece lo que es persona y lo que es personalidad. El artículo 2° del Código de Comercio, señala que a falta de disposiciones de éste ordenamiento y demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia Federal.

En primer lugar, el Artículo 25 del Código Civil señala la enumeración de las personas morales, dentro de las cuales están señaladas en sus fracciones III y VI, las Sociedades Civiles y Mercantiles, así como las Asociaciones distintas a las profesionales que se les denomina Civiles.

"Artículo 25.- Son personas morales:

- I.- La Nación, Los Estados y Los Municipios.***
- II.- Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley.***
- III.- Las Sociedades Civiles o las Mercantiles.***
- IV.- Los Sindicatos, las Asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución federal.***
- V.- Las sociedades Cooperativas y las Mutualistas.***
- VI.- Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquier otro fin lícito, siempre que no fueran desconocidas por la ley.***
- VII.- Las personas morales extranjeras de naturaleza privada en términos del artículo 2736, del mismo código."***

Partiendo de esta premisa vemos entonces que una sociedad es una persona moral que puede adquirir la forma de Asociación, Sociedad Civil o Mercantil, entre otras. Pero para entender esto resulta necesario definir primeramente que es persona moral, no sin antes considerar el término "persona" en general.

Jurídicamente es "Persona" el sujeto de derechos y obligaciones, según nos dice el maestró Galindo Garfias, incluyendo en dicha definición tanto a las personas físicas o seres humanos que obviamente pueden ser sujetos de derechos y obligaciones como a las personas morales (El Estado, Sociedades, Asociaciones, Sindicatos, etc.), que a diferencia de los seres humanos no tienen vida propiamente, pero que por disposición del derecho son sujetos de derechos y obligaciones, es decir, adquieren personalidad jurídica para realizar los fines para los que fueron creadas.⁷

En relación con este tema, el maestro Domínguez Martínez, señala que la palabra persona tiene diversas significaciones, desde el punto de vista vulgar, filosófico y jurídico. Afirma que "Jurídicamente, Persona significa todo ser o ente sujeto de derechos y obligaciones, aludiéndose con ello tanto a los humanos como a las personas morales, precisamente los primeros como seres y los segundos como entes y en consecuencia, ambos son sujetos de derechos y obligaciones."⁸

⁷ Ignacio Galindo Garfias. Derecho Civil. Décima Segunda Edición. Editorial Porrúa. México 1993. Página 304.

⁸ José Antonio Domínguez Martínez. Derecho Civil. Primera Edición. Editorial Porrúa. México 1990. Página 131.

Por su parte Eduardo García Maynez define a la "Persona jurídica como todo ente capaz de tener facultades y deberes", y divide a las personas jurídicas en dos grupos: Físicas y Morales. El primer término corresponde al sujeto jurídico individual, es decir, al hombre en cuanto tiene derechos y obligaciones; otorgando el segundo a las asociaciones dotadas de personalidad.⁹

De lo anterior, podemos concluir que una persona moral es un ente sujeto de derechos y obligaciones. Por lo que las Sociedades y Asociaciones son personas morales y por lo tanto sujetos de derechos y obligaciones.

Ser sujeto de derechos y obligaciones consiste en la conducta del ser humano (persona) de la cual se van a derivar consecuencias jurídicas.¹⁰

Al referirnos a la Personalidad Jurídica, citamos al Maestro Galindo Garfias, que nos dice que el concepto de Personalidad Jurídica, está íntimamente ligado al concepto de Persona, porque la Personalidad es una manifestación, una proyección del ser en el mundo objetivo, por lo que la Personalidad Jurídica significa que el sujeto puede actuar en el campo del derecho, la proyección del ser humano en el ámbito jurídico y a través de esta las personas físicas o morales pueden actuar en el tráfico jurídico.¹¹

⁹ Eduardo García Maynez. Introducción al Estudio del Derecho. Cuadragésimo Tercera Edición. Editorial Porrúa. México 1992. Página 271.

¹⁰ Galindo Garfias señala que es aquella parte de mi realidad y de mi comportamiento que el derecho toma en consideración, es decir son aquellos esquemas genéricos y típicos de conducta que la norma establece y se aplica en principio a todos los sujetos. Op. Cit. Pág. 304.

¹¹ Ignacio Galindo Garfias. Op. cit., Página 306.

Actuar dentro del tráfico jurídico implica que esa persona, tanto física como moral, va a ser responsable frente a terceros de todas aquellas obligaciones contraídas y de igual forma podrá hacer valer sus derechos frente a terceros.

Por su parte el maestro Rodríguez y Rodríguez, señala que la Personalidad Jurídica es la capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones. La Personalidad es el resultado de la síntesis de dos elementos, uno material y otro formal. El material esta constituido por un conjunto de condiciones y presupuestos marcados por la ley (tratándose de sociedades como ejemplo podemos citar que se ostenten como tales frente a terceros, que estén inscritas en el registro público del comercio, etc.) y el elemento formal consiste en el reconocimiento de la personalidad (por parte del propio sistema jurídico) o cualidad del sujeto creación del derecho objetivo.¹²

Por lo tanto la personalidad jurídica de las sociedades permite que éstas sean sujetos de derechos y obligaciones. Profundizando más respecto a la personalidad jurídica podemos decir que es la exteriorización de la conducta del ente sujeto de derechos y obligaciones en el mundo del derecho, es decir, que tiene la posibilidad de actuar en el campo jurídico.

La personalidad tiene sus propias características siendo las más importantes:

¹² Joaquín Rodríguez y Rodríguez. Tratado de Sociedades Mercantiles. Tomo I. Sexta Edición. Editorial Porrúa. México 1981. Página 104.

- 1.- La autoridad estatal otorga incondicionalmente la personalidad, porque es una atribución del orden jurídico.

- 2.- La personalidad tiene un inicio y un fin, esta inicia de conformidad con el artículo 22 del Código Civil desde el nacimiento de la persona y termina con la muerte de ésta.¹³

- 3.- La capacidad jurídica. Dado a la importancia del tema será desarrollada más adelante.

Debido a la personalidad jurídica, que en el caso de las personas morales es una ficción del derecho, en virtud de la cual pueden actuar dentro del ámbito jurídico como un ente y por consiguiente ser sujetos de derechos y obligaciones, van a estar en posibilidades de alcanzar los fines para los que fueron creadas.

1.4.- La Capacidad Jurídica de las Sociedades.

La Capacidad Jurídica de las sociedades es un atributo de la personalidad, lo que implica esencialmente la aptitud de la persona para ser titular de derechos y obligaciones.

¹³ El Código Civil mediante una ficción del derecho protege al individuo desde que es concebido. Rojina Villegas en su obra Introducción al Estudio del Derecho, Segunda Edición Porrúa 1967, señala que la personalidad se atribuye antes de la existencia orgánica independiente del ser humano ya concebido, quedando su personalidad destruida si no nace vivo y viable.

Eduardo García Maynez menciona que la capacidad suele ser definida como la aptitud que tiene una persona de ejercitar los derechos cuyo disfrute le corresponde.¹⁴

Miguel Ángel Zamora y Valencia dice que la capacidad es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones y para hacerlos valer por sí mismas en el caso de las personas físicas o por conducto de sus representantes legales en el caso de las personas morales.¹⁵

Capacidad de goce, será aquella aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones. No es que exista una diferencia entre personalidad y capacidad jurídica, sino que la capacidad es parte de la personalidad, es decir es un atributo de ésta.

Capacidad de ejercicio, será aquella aptitud de las personas para hacer valer sus derechos y obligaciones.

Podemos decir entonces que al atribuir personalidad a las sociedades de manera implícita se les está reconociendo capacidad jurídica, tanto de goce como de ejercicio (como excepción a la regla encontramos a las sociedades irregulares),

¹⁴ Eduardo García Maynez. Op. cit. Página 412.

¹⁵ Miguel Ángel Zamora y Valencia. Contratos Civiles. Cuarta Edición, Editorial Porrúa. México 1992. Página 35.

siendo esta última ejercida por los representantes legales en el caso de las personas morales. Al actuar las personas morales en el mundo del derecho, es necesario que exista una representación legal, la cual va a ser realizada por medio de individuos a los que la sociedad les va a otorgar esas facultades especiales, y en virtud de las cuales la sociedad va a poder ejercer sus derechos, obligarse con terceros y en general, realizar todas las actividades inherentes a la persona dentro de la vida jurídica.

La Representación de la sociedad la tienen todas aquellas personas que en nombre de la sociedad, mediante poder expresamente otorgado por la misma a través de sus órganos, facultados con esta potestad, manifestarán la voluntad de la sociedad en el mundo jurídico en el que actúan.

La Personalidad jurídica y por lo tanto la capacidad de las personas morales es adquirida por ministerio de ley, toda vez que estas son construcciones meramente jurídicas encontrando su fundamento en el artículo 9 Constitucional, 25 del Código Civil, así como en los artículos 1° y 2° de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

El artículo 1° de la Ley General de Sociedades Mercantiles señala:

"Artículo 1°.- Esta Ley reconoce las siguientes especies de sociedades mercantiles:

I. Sociedad en nombre colectivo.

- II. Sociedad en comandita simple.**
- III. Sociedad de responsabilidad limitada.**
- IV. Sociedad Anónima.**
- V. Sociedad en comandita por acciones.**
- VI. Sociedad cooperativa.”**

Cualesquiera de las sociedades a que se refieren las fracciones I a V de este artículo podrán constituirse como sociedad de capital variable, observándose entonces las disposiciones del capítulo VIII de esta Ley.”

El Artículo 2° de la mencionada Ley otorga la Personalidad jurídica a todas aquellas sociedades inscritas en el Registro Público de Comercio, así como a las que no estando inscritas se hayan exteriorizado con tal carácter frente a terceros. Confirmándose con esto la inclusión de las sociedades mercantiles dentro de las personas morales.

A manera de síntesis podríamos decir que la Personalidad jurídica indica la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones y la Capacidad es la posibilidad de obrar válidamente.

1.5.- Clasificación de Sociedades Mercantiles en Sociedades de Personas y Sociedades de Capitales.

Una forma de clasificación que han realizado los estudiosos del derecho respecto de las sociedades mercantiles ha sido la de dividir las en dos tipos: las Sociedades de Personas y las Sociedades de Capitales.

Según se establece en el artículo primero de la Ley General de Sociedades Mercantiles, citado anteriormente, se reconocen los siguientes tipos de sociedades mercantiles:

- 1.- Sociedad en Nombre Colectivo.
- 2.- Sociedad en Comandita Simple.
- 3.- Sociedad de Responsabilidad Limitada.
- 4.- Sociedad Anónima.
- 5.- Sociedad en Comandita por Acciones.
- 6.- Sociedad Cooperativa.

Existiendo además otro tipo de sociedades mercantiles que no se encuentran reguladas por la LGSM, sino que tienen su propio ordenamiento que las regula como las Mutualistas y de Seguros.

La doctrina clasifica a las sociedades de la siguiente forma, atendiendo principalmente al carácter y transmisibilidad de los derechos de los socios por lo que separa a las sociedades de personas (cualidades personales de los socios), de las sociedades de capitales (acciones).

Las sociedades de personas según la enumeración legal que se hace en el artículo 1° de la Ley General de Sociedades Mercantiles son las siguientes:

- a) Sociedad en Nombre Colectivo.
- b) Sociedad en Comandita Simple.
- c) Sociedad de Responsabilidad Limitada.
- d) Sociedad Cooperativa.

En estas sociedades la principal característica es la consideración de las cualidades personales de los socios (*intuitu personae*), quedando el capital aportado en un segundo plano.

En este tipo de sociedades, los socios responden de manera solidaria, ilimitada y subsidiaria, existiendo básicamente dos tipos de socios, los socios capitalistas (que su función es constituir el capital) y los socios industriales (su función es aportar su actividad al servicio de la sociedad), y éstas están divididas en partes sociales.

Los acreedores de éstas sociedades cuentan con la garantía de los patrimonios particulares de los socios, los cuales son parte de la base para graduar el crédito social.

Las Sociedades de Capitales (*intuitu pecunae*) serán entonces la Sociedad en Comandita por Acciones, y la Sociedad Anónima. En este tipo de sociedades la

importancia de las cualidades personales de los socios no es una característica relevante, siendo las aportaciones pecuniarias, es decir, lo que cada socio aporta al capital de la sociedad, constituyéndose estas aportaciones en la base de dichas sociedades.

Respecto de las sociedades de capitales, los socios no responden por regla general de manera subsidiaria, solidaria e ilimitada respecto de las deudas de la sociedad.

Una de las características esenciales es que no hay partes sociales, sino que el capital está dividido en acciones.

Una de las principales obligaciones de los socios es el aportar lo que le corresponda de conformidad con el contrato social.

De la anterior distinción cabe señalar que aunque en las primeras el capital no se considera como la característica más importante y en las segundas las cualidades de sus socios quedan en segundo plano, ninguna de las sociedades que entran en esta clasificación pueden existir sin las dos características.

La razón de lo anterior es porque sin capital ninguno de los dos tipos de sociedades pueden funcionar, ya que es necesaria cierta cantidad de dinero para poder operar, prestar servicios, hacer frente a las obligaciones sociales, etc.

Por otro lado son necesarias las cualidades de los socios, toda vez que en ambos tipos de sociedades son éstos los que alcanzarán ese fin común para el cual fue creada, son éstos los que van a fungir como administradores, gerentes, Comisarios, etc. y son éstos los que van a arriesgar el patrimonio o una parte de éste en la consecución del objeto social. Por lo tanto, no es posible prescindir de éstas características en ninguno de los dos tipos de sociedades.

Una de las diferencias más notorias entre las sociedades de personas y las sociedades de capitales, es que en la primera, la administración de la sociedad se reserva de manera exclusiva a los socios y no puede ingresar ningún nuevo socio sin el consentimiento unánime de los demás, dando como resultado una sociedad en cierta forma cerrada, mientras que en las sociedades de capitales se permite que la administración y vigilancia de la sociedad, sea llevada por terceros extraños a la sociedad, así como la facilidad existente de admitir nuevos socios con el simple hecho de que una persona sea física o moral adquiera una o más acciones de este tipo de sociedades.

Las restricciones que podemos observar en este tipo de sociedades no son tanto de carácter legal, sino más de carácter contractual al momento de determinarse las reglas de operación de la misma en el contrato social.

Otra característica que podríamos tomar como diferencia entre ambos tipos de sociedades es la responsabilidad de los socios frente a terceros.

Esto es que en las sociedades de personas por regla general los socios responden de la siguiente manera:

- a) Subsidiariamente: Se les va a poder exigir el pago de las deudas sociales si el mismo no se pudo conseguir por parte de la sociedad.
- b) Solidariamente: Es decir, que el acreedor podrá exigir a un solo socio el pago total de las deudas de la sociedad.
- c) Ilimitadamente: Esto es que el socio va a responder con todos sus bienes frente al acreedor de la sociedad respecto de la deuda de esta.

1.6.- Concepto de Socio.

Como observamos en la clasificación anterior, el socio es una parte importante dentro de la estructura de cualquier sociedad, por lo que daremos un concepto de socio con el que trabajaremos a lo largo del presente trabajo.

Socio, es aquella persona tanto física como moral que para alcanzar sus objetivos, forma o se afilia a una agrupación formada por otras personas que quieren alcanzar los mismos fines obligándose entre ellos mediante un contrato social y creándose en virtud de este un vínculo entre la persona (socio) y la agrupación, dando como consecuencia la creación de deberes y derechos entre sí y frente a

terceros, dependiendo de este tipo de deberes y derechos el tipo de sociedad al que se pertenezca.

La calidad de socio la tienen todas aquellas personas que son parte del contrato social, ya sea porque éstos, mediante el acuerdo de voluntades y buscando la consecución de un fin común la crearon, o porque una vez creada se adhirieron a ésta. Siendo en general más amplia la facultad de admisión de nuevos socios en las sociedades de capitales que en las sociedades de personas.

1.7.- Capacidad de los Socios.

Toda persona física o moral, para poder formar parte como socio o accionista de una sociedad, debe de tener capacidad para poder obligarse en los términos del contrato social, ya que si el socio o accionista carece de dicha capacidad, el contrato social estaría viciado con las consecuencias que los vicios del consentimiento crean respecto de dicha contratación.

Joaquín Rodríguez y Rodríguez comenta que para celebrar un contrato de sociedad mercantil, los socios deben tener capacidad según el derecho común o tener la calidad de comerciantes que implica el tener capacidad para ejercer actos de comercio.¹⁶

¹⁶ Joaquín Rodríguez y Rodríguez.. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. Editorial Porrúa. México 1992. Página 45.

Tratándose de extranjeros, tanto personas físicas como morales, podrán participar en el capital de sociedades mexicanas, es decir, ser socios de éstas, exclusivamente en los porcentajes que señale para tales efectos la Ley de Inversión Extranjera.

Jorge Barrera Graf por su parte nos comenta que el socio debe de tener la capacidad suficiente para ejercitar sus derechos, rigiéndose esta capacidad por el derecho común, por lo que se desprende de esta lectura que el socio no debe de tener solo la capacidad de goce sino también la capacidad de ejercicio.¹⁷

Considerando lo anterior podemos concluir como regla general que para ser socio se necesita tener capacidad de goce y de ejercicio o poseer la calidad de comerciante que engloba a las anteriores.

Existiendo siempre la excepción que confirma la regla como el caso de los menores quienes subsanan su falta de capacidad por medio de los tutores.

¹⁷ Jorge Barrera Graf. Op. Cit., Página 270.

CAPITULO II. La Sociedad Anónima.

2.1.- Concepto de Sociedad Anónima.

La Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 87 define a la Sociedad Anónima de la siguiente manera:

"Artículo 87.- Sociedad Anónima es la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones".

Joaquín Rodríguez y Rodríguez define a la Sociedad Anónima de la siguiente manera: "Es una sociedad mercantil, con denominación, de capital fundacional dividido en acciones, cuyos socios limitan su responsabilidad al pago de las mismas."¹⁸

El Código de Comercio Argentino en su artículo 313, define a la Sociedad Anónima como "La simple asociación de capitales para una empresa o trabajo cualquiera."

¹⁸ Joaquín Rodríguez y Rodríguez. Op. Cit., Página 77.

En España la Ley de Sociedades Anónimas en su primer artículo señala como concepto de Sociedad Anónima el siguiente:

“Artículo 1º.- Concepto.- En la Sociedad Anónima el capital que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales”.

Como acabamos de explicar, las anteriores definiciones tienen en común los conceptos esenciales de lo que es la Sociedad Anónima y que en general la Sociedad Anónima es similar en todos los países que comparten nuestro sistema jurídico.

Siendo los conceptos esenciales los siguientes:

- a) Existen bajo una denominación, a diferencia de las sociedades de personas que existen bajo una razón social.
- b) Están compuestas por socios, cuya obligación se limita al pago de sus acciones.
- c) La responsabilidad de los socios se limita al monto de sus aportaciones, a diferencia de las sociedades de personas donde los socios responden de manera solidaria, subsidiaria e ilimitada de las deudas sociales.

Cabe señalar que la Sociedad Anónima se denomina "Anónima" porque no aparecen a la vista del público quienes la integran, como sucede en otro tipo de sociedades, es decir existe un velo corporativo en virtud del cual los terceros no pueden saber quienes son los dueños de las acciones.

En México éste llamado velo corporativo ya no existe, toda vez que al reformarse la Ley y prohibirse la existencia de las acciones al portador, ahora cualquiera puede saber quienes son los dueños de sus acciones.

La única obligación que le impone la Ley a la denominación de la Sociedad Anónima, es que sea distinta de la de cualquier otra sociedad y deberá ir seguida de las palabras Sociedad Anónima o S.A. (Art. 88 LGSM)

La Sociedad Anónima es una sociedad de capitales de conformidad con la clasificación que quedó explicada anteriormente, porque como lo indicamos en su momento, lo importante para este tipo de sociedad es la aportación pecuniaria (pudiendo ser en especie, pero finalmente tomando como base una cuantificación pecuniaria) que realiza el socio y no atiende de manera primordial a los aspectos característicos de la persona del socio como sucede en las sociedades de personas.

Rodríguez y Rodríguez le llama al capital de la Sociedad Anónima "Capital Fundacional" con acierto, ya que es necesario que el capital sea aportado

(pudiendo ser aportado sólo una parte) para que ésta pueda crearse, siendo éste un requisito para constituirse de conformidad con lo señalado en el artículo 89 fracciones II, III y IV de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Como una característica del capital, éste debe de estar dividido en acciones de conformidad con lo establecido en el artículo 111 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

El capital social es de suma importancia dentro de la Sociedad Anónima, toda vez que éste es el objeto del contrato. No se debe confundir el objeto del contrato social con el objeto de la sociedad, decimos que es el objeto de la sociedad, ya que el Código Civil en su artículo 1834 señala:

“Art. 1834.- Son objeto de los contratos:

I.- La cosa que el obligado debe dar.

II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.”

En lo que respecta al contrato de sociedad y en específico el de Sociedad Anónima, las cosas que los socios deben de dar son sus aportaciones y es ésta obligación de dar la que será objeto del contrato.

Y es en virtud de éste capital que la sociedad va a poder entrar en actividades comerciales, solicitar créditos, garantizar sus obligaciones, etc.

2.2.- Regulación de la Sociedad Anónima.

La Sociedad Anónima estaba regulada en los artículos 163 al 225 del Código de Comercio, mismos que fueron derogados con la entrada en vigor de la Ley General de Sociedades Mercantiles, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 4 de Agosto de 1934, ordenamiento que regula a partir de esa fecha a la Sociedad Anónima en su Capítulo V, comprendiendo los artículos 87 al 206 de dicho ordenamiento.

2.3.- Constitución de la Sociedad Anónima.

De conformidad con el artículo 90 de la Ley General de Sociedades Mercantiles la Sociedad Anónima puede constituirse de dos formas:

- a) Por comparecencia ante Notario de las personas que otorguen la escritura social.
- b) Por suscripción pública.

A estas formas de constitución la doctrina las llama de diversas maneras tomando por ejemplo al maestro Mantilla Molina que le llama "Constitución simultánea" a la primera y "Constitución sucesiva" a la segunda¹⁹, Rodríguez y Rodríguez las llama "Fundación simultánea" y "Fundación sucesiva"²⁰, nosotros en vía de claridad la llamaremos constitución ante Notario público a la primera y constitución por suscripción pública a la segunda.

2.3.1.- Constitución ante Notario Publico.

Los requisitos legales para la constitución de una Sociedad Anónima ante Notario público los encontramos en los siguientes artículos de la Ley General de sociedades Mercantiles:

El artículo 89 de la Ley General de sociedades Mercantiles señala que para proceder a la constitución de una Sociedad Anónima se requiere:

- 1.- Que haya dos socios como mínimo y que cada uno de ellos suscriba una acción por lo menos.

- 2.- Que el capital social no sea menor de cincuenta millones de pesos y que esté íntegramente suscrito. (en la actualidad debido a las conversiones de pesos a

¹⁹ Roberto L. Mantilla Molina. Op. cit., Página 351.

²⁰ Joaquín Rodríguez y Rodríguez. Op. cit. Página 98.

nuevos pesos, el capital social mínimo para constituir una sociedad es de cincuenta mil pesos.)²¹

3.- Que se exhiba en dinero efectivo, cuando menos, el veinte por ciento de cada acción pagadera en numerario.

4.- Que se exhiba íntegramente el valor de cada acción que haya de pagarse, en todo o en parte, con bienes distintos del numerario.

El artículo 91 de la Ley General de Sociedades Mercantiles señala que la escritura constitutiva de la Sociedad Anónima deberá contener además de los datos requeridos en el artículo sexto los siguientes:

1.- La parte exhibida del capital social.

2.- 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.

3.- La forma y términos en que deba pagarse la parte insoluta de las acciones.

²¹ De conformidad con lo establecido en el Decreto por el que se crea una nueva unidad del sistema monetario de los Estados Unidos Mexicanos, promulgado por el C. Presidente Carlos Salinas de Gortari, publicado en el Diario oficial de la Federación del 22 de junio de 1992. Salinas de Gortari, publicado en el Diario oficial de la Federación del 22 de junio de 1992.

- 4.- La participación de las utilidades concedida a los fundadores.
- 5.- El nombramiento de uno o varios Comisarios.
- 6.- Las facultades de la asamblea general y las condiciones para la validez de sus deliberaciones, así como para el ejercicio del derecho de veto, en cuanto a las disposiciones legales, pueden ser modificadas por la voluntad de los socios.

El artículo 6° de la Ley General de Sociedades Mercantiles señala que la escritura constitutiva de una sociedad deberá contener:

- 1.- Los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyan la sociedad.
- 2.- El objeto de la sociedad.
- 3.- Su razón social o denominación.
- 4.- La duración de la sociedad.
- 5.- El importe del capital social.

- 6.- La expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes; el valor atribuido a éstos y el criterio seguido para su valorización.
- 7.- El domicilio de la sociedad.
- 8.- La manera conforme a la cual ha de administrarse la sociedad y las facultades de los administradores.
- 9.- El nombramiento de los administradores y la designación de los que han de llevar la firma social.
- 10.- La manera de hacer la distribución de las utilidades y pérdidas entre los miembros de la sociedad.
- 11.- El importe del fondo de reserva.
- 12.- Los casos en que la sociedad haya de disolverse anticipada.
- 13.- 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 los 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.

A diferencia de otros sistemas jurídicos como el Estadounidense en el cual se puede distinguir claramente los "Articles of Incorporation" de los "By Laws", en el sistema Mexicano esto no es posible toda vez que la LGSM expresamente señala que todos los requisitos del artículo 6° de la Ley, así como las reglas que se establezcan en la escritura pública sobre la organización y funcionamiento constituirán los estatutos de la sociedad.

Haciendo una comparación por analogía y guardando todas las distancias posibles, podríamos señalar que los "Articles of Incorporation" en una escritura constitutiva de una sociedad mexicana, serían expresamente la declaración de voluntad que hacen los Socios ante Notario, para que éste constituya la sociedad, incluyendo los artículos transitorios de la escritura que por regla general contienen la primera asamblea de la sociedad.

De la misma forma los estatutos sociales de una sociedad mexicana, que son en sí las reglas de funcionamiento interno de la sociedad, se pueden equiparar a los "By Laws".

Respecto a esta forma de constitución y toda vez que se mencionaron sus requisitos legales podemos afirmar que en esta forma los socios elevan a escritura

pública su consentimiento y por lo tanto sus obligaciones, revistiéndolas entonces de formalidad en el acto de comparecencia ante notario o fedatario público por ejemplo el Corredor Público. Esta comparecencia se puede realizar mediante la presencia personal de los socios o bien éstos pueden hacerse representar mediante mandato debidamente otorgado.

En lo que respecta al capital, éste debe estar completamente suscrito al momento de constituirse y pagado cuando menos el veinte por ciento del mismo. La Ley no exige que las aportaciones se hagan en presencia del fedatario público, por lo que con la simple declaración ante éste de que ese requisito ha sido cubierto se considera cumplido el precepto legal.

Lo anterior en la práctica es altamente criticable ya que en muchas ocasiones nunca se realizan las aportaciones por parte de los socios, realizándose esto en detrimento de las garantías que pudieren tener los terceros que contraten con la sociedad.

Este detrimento de las garantías se da toda vez que el capital social de una sociedad además de ser uno de los medios para alcanzar los fines sociales, también funge como garantía para los terceros que contraten con ésta.

2.3.2.- Constitución por Suscripción Pública.

El procedimiento de suscripción pública es un procedimiento, desde mi punto de vista poco práctico, toda vez que comienza mediante el depósito que realizarán los fundadores en el Registro Público de Comercio, de un programa en el que se contendrá el proyecto de estatutos y otros requisitos que señala la Ley y que explicaremos más adelante.

Una vez depositado el proyecto, las personas interesadas en formar parte de la futura sociedad, suscribirán las acciones correspondientes y depositarán en una institución de crédito designada para tal efecto, las cantidades que se hubiesen obligado a suscribir en numerario. Una vez suscritas todas las acciones y realizadas la exhibiciones correspondientes, los fundadores publicarán la convocatoria para la reunión de la asamblea general constitutiva, aprobada dicha asamblea se procederá a la protocolización y registro del acta y de los estatutos.

Esta forma de constitución es una invitación que hacen un grupo de personas (socios fundadores) al público en general para que mediante la aportación de capital se formalicen las relaciones entre estos y se destinen dichos capitales a un fin común que será el objeto de la sociedad.

Puede llegar a ser útil ésta forma de constitución cuando se quiere desarrollar un fin específico y no se cuenta con las relaciones y el capital suficiente para

realizarlo entre una o varias personas, por lo que se ofrece públicamente el participar de esa futura sociedad, existiendo la posibilidad de que pueda llegar a concretarse.

Una de las mayores desventajas de éste sistema, independientemente del tiempo en que se podría tardar en constituir la sociedad, es el que no se conoce a los que van a ser socios, corriéndose el riesgo de que personas no deseadas formen parte de la sociedad. Siendo que cada día se toma más en cuenta las características de las personas para trabajar con ellas, toda vez que las personas no solo son aptas porque puedan aportar lo que se obligaron a aportar, sino que deben de contar con ciertas características personales para que la sociedad funcione.

Mantilla Molina señala respecto de esta forma de constitución que aún en los países desarrollados es raro recurrir a este procedimiento.²²

2.4.- Inscripción de la Sociedad en el Registro Público de Comercio.

El Registro Público de Comercio, en términos del artículo primero de su reglamento, es la institución mediante la cual el Estado proporciona el servicio de dar publicidad a los hechos y actos jurídicos, que realizados por comerciantes o empresas mercantiles precisan de ese requisito para surtir efectos frente a terceros.

²² Roberto L. Mantilla Molina. Op. cit., Página 352.

La Ley General de Sociedades Mercantiles menciona en sus artículos segundo y séptimo que es requisito la inscripción de la sociedad en el Registro Público de Comercio.

Es requisito la inscripción en el Registro Público de Comercio, toda vez que al ser la sociedad inscrita, la responsabilidad de los socios será limitada y ésta limitación de responsabilidad no opera al no estar inscrita la sociedad.

Por otro lado, una sociedad inscrita en el Registro Público de Comercio, no podrá ser declarada nula, con excepción de lo señalado en el artículo 3° de la LGSM, es decir, que la sola inscripción en el registro va a subsanar todas aquellas causas que hubieren viciado al contrato social de nulidad.

Dicha inscripción deberá hacerse en el Registro Público de Comercio que le corresponda a la sociedad tomando en cuenta el domicilio de la sociedad de conformidad con lo que establece el artículo 23 del Código de Comercio.

La inscripción en el Registro Público de Comercio persigue fundamentalmente la publicidad de los actos relacionados con los comerciantes, pues su propósito es dar a conocer la situación jurídica de su patrimonio y demás operaciones mercantiles.

La misión del Registro Público de Comercio es la de publicar los actos de los comerciantes en beneficio de los terceros que con ellos contraten y de la sociedad en general; por esta razón, en nuestro país dicho registro tiene efectos declarativos, revelando solamente la transmisión, la modificación o la existencia de un derecho que se realizó antes de su inscripción. Lo anterior en contraposición de los sistemas constitutivos que exigen como elemento de existencia de los actos jurídicos mercantiles, la inscripción en el Registro Público de Comercio.

Atento a lo anterior, Bernardo Pérez Fernández del Castillo señala que la publicidad es una de las necesidades y obligaciones fundamentales de los comerciantes y puede realizarse mediante avisos y anuncios en los medios de comunicación, inscripción en las cámaras de comercio o la industria, pero el medio más importante de todos es la inscripción en el Registro Público de Comercio.

Dicha importancia deriva de los efectos que la inscripción produce frente a terceros, es decir, que a contrario sensu el documento no inscrito, no es oponible, pues solo produce efectos entre las partes como lo establece el artículo 26 del Código de Comercio que a la letra dice:

“Artículo 26.- Los documentos que conforme a este código deban registrarse y no se registren, solo producirán efectos entre los que los otorgan, pero no podrán producir perjuicio a tercero, el cual si podrá aprovecharlos en lo que le fueren favorables.....”

La diferencia está en que, con la publicidad legal que se cumple a través de la inscripción en el Registro Público de Comercio, la sociedad mercantil y los terceros tienen la seguridad jurídica que da la inscripción, considerándose esta como una verdad legal.

Considero entonces que la función más importante de la inscripción en el Registro Público de Comercio, y por consiguiente de este tipo de publicidad legal, es la de proporcionar seguridad jurídica a los terceros sobre la existencia, capacidad y responsabilidad de los comerciantes.

La inscripción de la sociedad en el registro traerá como consecuencia, además de la seguridad jurídica, que ya explicamos, el que va a subsanar todos aquellos vicios de nulidad del contrato social, es decir, que la sociedad al ser inscrita en el Registro no puede ser declarada nula, lo que se traduce en que el tercero tiene la certeza de que si contrata con una sociedad inscrita o registrada, ésta existe como tal y se producen todos los efectos de pleno derecho, lo anterior lo sustentamos con el artículo segundo de la Ley General de Sociedades Mercantiles, citado anteriormente.

Las Sociedades irregulares, de conformidad con lo que señala el maestro José Ignacio Romero, *“Son aquellas sociedades que habiendo nacido con adecuación a*

*uno de los tipos legales, no han completado el proceso formal o lo han hecho irregularmente de cualquier modo.*²³

Por otro lado, Barrera Graf señala que *“Se debe hablar de sociedad irregular al referirse a la falta de publicidad legal, porque no se inscriban en el registro que les corresponda, independientemente de que se cumplan o no con las formalidades del contrato social.”*²⁴

Siguiendo lo que dice el maestro Barrera Graf, tendremos entonces que si la sociedad se inscribe pero no se cumplen con las formalidades establecidas, la sociedad será una sociedad regular, pero si las formalidades se cumplen pero ésta no es inscrita, se estará frente a una sociedad irregular. En consecuencia, lo determinante para que se hable de la regularidad o irregularidad de una sociedad, no es si se cumplió o no con las formalidades, sino si se inscribió o no la sociedad en el Registro Público de Comercio.

Los efectos de la falta de inscripción de la sociedad son los siguientes:

- a) Los representantes de la sociedad quedan obligados personalmente por los actos que realicen en nombre de ésta, en otras palabras responden de manera solidaria, subsidiaria e ilimitada de las obligaciones de la sociedad.

²³ José Ignacio Romero. *Sociedades Irregulares de Hecho*. Ediciones Palma. Buenos Aires. 1982. Pág. 79.

²⁴ Barrera Graf. *Las Sociedades en Derecho Mexicano*. UNAM. Primera Edición. Pág. 236. México 1983

b) Los socios no culpables de la irregularidad podrán exigir los daños y perjuicios que se les hubiere causado por este motivo a los socios responsables y a los que actúen como representantes de la sociedad.

c) Las Sociedades Anónimas irregulares no podrán emitir acciones, bonos u obligaciones, debido a que de conformidad con la fracción III del artículo 125 de la LGSM, los títulos de las acciones deberán expresar los datos de la inscripción en el Registro Público de Comercio.

2.5.- La Responsabilidad Limitada de los Socios.

Los Socios o Accionistas de la Sociedad Anónima tienen como característica principal la de tener única y exclusivamente la obligación de aportar las cantidades a las que se obligaron al momento de suscribir sus acciones y de conformidad con el valor de estas.

Si la sociedad no pudiera cumplir con sus compromisos u obligaciones adquiridas por ésta con terceras personas, éstos en su calidad de acreedores, de ninguna manera podrán exigir a los socios en forma personal, el pago de las cantidades que la sociedad adeude, sino sólo el monto de sus aportaciones.

Al respecto, el artículo 87 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que *“La obligación de los socios se limita al pago de sus acciones”*.

El socio, una vez cumplida su obligación de aportar, de ninguna forma podrá ser obligado mas allá del pago de sus acciones salvo que en el contrato social se haya obligado de manera expresa a realizar otro tipo de aportaciones.

El socio va a responder frente a terceros de las obligaciones adquiridas por la sociedad, hasta por el monto de su aportación, si dicha aportación aún no estuviese completamente amortizada, los acreedores y los demás accionistas, podrán exigir el pago de lo que falta de dicha aportación, pero en ningún momento podrán exigir cantidad que vaya más allá de esa aportación.

La responsabilidad limitada, como lo explicamos anteriormente, protege a los socios o accionistas de responder sólo por el monto de su aportación, con lo que no están arriesgando la totalidad de su patrimonio, en el supuesto claro que la aportación no equivalga a todo su patrimonio.

Existen excepciones al principio de responsabilidad limitada, es decir, que si el socio o accionista se coloca en los supuestos normativos que marca la Ley responderá de manera de manera ilimitada con su patrimonio perdiendo el privilegio que le otorga la limitación de responsabilidad.

Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en el artículo segundo párrafo quinto de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que al respecto dice: *“Los que realicen actos jurídicos como representantes o mandatarios de una sociedad irregular,*

responderán del cumplimiento de las mismas frente a terceros, subsidiaria, solidaria e ilimitadamente, sin perjuicio de la responsabilidad penal en la que hubieren incurrido cuando los terceros resultaren perjudicados”.

Como vemos en el supuesto anterior, si el representante o mandatario de la sociedad es socio o accionista de la misma, pierde la protección que le da el principio de limitación de la responsabilidad, puesto que la Ley señala que responderá de manera solidaria, subsidiaria e ilimitada, a diferencia de responder sólo hasta el monto de su aportación.

2.6.- Los Órganos de la Sociedad Anónima.

La Sociedad Anónima está compuesta por órganos, los cuales tienen funciones específicas para el funcionamiento y desarrollo de la sociedad y para que ésta pueda alcanzar los fines para los que fue creada.

Los órganos de la Sociedad Anónima son los siguientes:

- 1.- La Asamblea de Accionistas.
- 2.- El Órgano de Administración.
- 3.- El Órgano de Vigilancia.

Los anteriores debido a su importancia dentro de la sociedad los desarrollaremos de manera específica en los siguientes temas.

2.6.1.-La Asamblea de Accionistas.

2.6.1.1.- Tipos de Asamblea.

De la lectura de la Ley se desprende la existencia de cuatro tipos de asamblea, es decir Asambleas Generales, Especiales, Ordinarias y Extraordinarias.

Asambleas Generales.- Son aquellas asambleas que están o pueden estar formadas por todos los accionistas, encontrando su fundamento legal en el artículo 178 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Asambleas Especiales.- Son aquellas asambleas que únicamente estarán formadas por accionistas que tengan derechos particulares, es decir, son asambleas en las que solo estarán representadas una serie de acciones o una clase de éstas.

Por ejemplo, si el capital social de la sociedad se encuentra dividido en dos series de acciones "A" y "B" respectivamente, será asamblea especial la asamblea que se reúna para tratar los asuntos correspondientes de la serie "A", el fundamento de lo anterior lo encontramos en el artículo 195 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Respecto de si las asambleas pueden ser Ordinarias y Extraordinarias esto va depender de los asuntos que se traten en estas.

Serán **Asambleas Ordinarias** las que se reúnan para tratar cualquiera de los siguientes asuntos (Art. 181 LGSM):

- 1.- Discutir, aprobar o modificar el informe que deberán presentar los administradores de la sociedad según lo establecido en el artículo 172 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.
- 2.- El nombramiento del administrador o consejo de administración y los Comisarios.
- 3.- Determinar los emolumentos correspondientes a los administradores y Comisarios cuando no hayan sido fijados en estatutos.

Esta asamblea deberá reunirse por lo menos una vez al año dentro de los cuatro meses siguientes a la clausura del ejercicio social de conformidad con lo establecido en el artículo 181 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Una de las principales funciones de este tipo de asamblea es la aprobación anual del informe que presentan los administradores sobre la marcha de la sociedad.

Las **Asambleas Extraordinarias** (Art. 182 LGSM) son aquellas que por disposiciones estatutarias o legales necesitan un quórum especial para la toma de sus resoluciones, los asuntos sobre los cuales trata este tipo de asamblea son los siguientes:

- 1.- Prórroga de la duración de la sociedad.
- 2.- Disolución anticipada de la sociedad.
- 3.- Aumento o reducción del capital social (en su parte fija porque si dicha modificación se realizare en su parte variable esta resolución puede ser tomada en asamblea ordinaria.)
- 4.- Cambio de objeto de la sociedad.
- 5.- Cambio de nacionalidad de la sociedad.
- 6.- Transformación de la sociedad.
- 7.- Fusión con otra sociedad.
- 8.- Emisión de acciones privilegiadas.

9.- Amortización por la sociedad de sus propias acciones y emisión de acciones de goce.

10.- Emisión de bonos.

11.- Cualquier otra modificación al contrato social.

12.- Los demás asuntos para los que la Ley o el contrato social exijan un quórum especial.

Hablando de asambleas generales y como lo señalamos anteriormente, éstas pueden ser ordinarias o extraordinarias, las diferencias entre éstas dos radican básicamente en la materia de su competencia. Esto es, mientras que las asambleas generales ordinarias se reúnen como se ha establecido para tratar los asuntos que señala el artículo 181 de la LGSM, y deben reunirse por lo menos una vez al año, la asamblea extraordinaria va a reunirse para tratar los asuntos señalados en el artículo 182 de la LGSM.

La razón de que un determinado tipo de asamblea trate ciertos asuntos y la otra no, es por la importancia que para la sociedad tienen éstos, toda vez que el quórum requerido entre cada una de estas dos asambleas es diferente, siendo por regla general más elevado en la extraordinaria que en la ordinaria.

Debe de existir una relación estrecha entre lo que es la asamblea y lo que es el consejo de administración, toda vez que la primera es la encargada de fijar el rumbo que llevará la sociedad y el consejo en la práctica es el encargado de que esto se realice.

2.6.1.2- La Asamblea General de Accionistas.

El artículo 178 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece:

“Art. 178.-La Asamblea General de Accionistas es el órgano supremo de la sociedad; podrá acordar y ratificar todos los actos y operaciones de ésta y sus resoluciones serán cumplidas por la persona que ella misma designe o a falta de designación, por el administrador o por el consejo de administración.”

La Ley señala de manera acertada en el artículo anterior que la asamblea general de accionistas es el Órgano Supremo de la Sociedad, ya que es el único órgano de la sociedad que representa y expresa la voluntad de los accionistas.

Ahora bien, esto no quiere decir que la voluntad expresada por cada accionista sea la voluntad de la sociedad, ya que estamos frente a un órgano en el cual las decisiones serán tomadas por mayoría de votos.

En los estatutos se podrá prever que las resoluciones tomadas fuera de la asamblea, por unanimidad de los accionistas que representen la totalidad de las acciones con derecho a voto o de la categoría especial de que se trate, en su caso, tendrán para todos los efectos legales, la misma validez que si hubieran sido tomadas reunidos en asamblea general o especial, respectivamente, siempre que se confirmen por escrito.

En lo no previsto por los estatutos serán aplicables las disposiciones que señala para el efecto la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Al ser la Asamblea General de Accionistas el órgano supremo de la sociedad, las disposiciones tomadas en ésta no pueden ser contrariadas o de forma alguna cuestionadas por ningún otro órgano de la sociedad, siempre que estas decisiones no sean ilícitas o vayan en contra de los fines para los que fue creada la sociedad. La Asamblea General de Accionistas es el órgano con mayor jerarquía dentro de la organización de la sociedad.

Esta calidad la obtiene por ser el órgano más representativo de la sociedad, ya que en ella se encuentra representada la mayoría de los accionistas con derecho a voto, pudiendo llegar a ser esta representación hasta del cien por ciento, y al ser así el órgano supremo está facultado para dictar las reglas de funcionamiento de los demás órganos de la sociedad, determinar las modificaciones que considere necesarias al contrato social como podría ser la duración de la sociedad, el objeto de la misma, forma de administración, etc.

Por medio de este órgano social se expresa la voluntad de la sociedad para definir el rumbo de la sociedad para la consecución de sus fines, ya que son los socios los únicos facultados para definir las metas sociales y esta asamblea es el único medio por el que se pueden tomar este tipo de decisiones.

Para que las decisiones tomadas en asamblea surtan plenos efectos, ésta debe estar legalmente establecida, es decir que cumpla con los requisitos que para tales efectos señala la Ley. Dichos requisitos son:

- 1.- La asamblea deberá reunirse en el domicilio social de la sociedad salvo el caso fortuito o fuerza mayor. (art. 179 LGSM)

- 2.- La convocatoria para la asamblea deberá hacerse por el Administrador o Consejo de Administración o por los Comisarios, salvo lo dispuesto en los artículos 168, 184 y 185 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. (art183 LGSM)

- 3.- La convocatoria para las asambleas generales deberá 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 la Ley.

- 4.- La convocatoria para las asambleas deberá tener el orden del día y será firmada por quien la haga.(art. 187 LGSM)

5.- Tratándose de asamblea ordinaria, deberá estar representado por lo menos la mitad del capital social y las resoluciones serán validas cuando se tomen por mayoría de los votos presentes. Tratándose de asambleas extraordinarias deberán estar representadas cuando menos las tres cuartas partes de capital y las resoluciones tomadas por el voto de la mitad del capital social, el quórum aquí señalado puede cambiar de conformidad con los estatutos de la sociedad o si se trata de segunda o ulteriores convocatorias. (Art. 189 y 190 LGSM)

2.6.2.- Órgano de Administración de la Sociedad.

La Administración de la Sociedad Anónima la puede llevar una sola persona o un grupo de personas. Cuando esta administración es llevada por una sola persona, se le da el nombre de Administrador Único y si ésta es llevada por un grupo de personas se le da el nombre de Consejo de Administración.

Ambos, además de llevar la administración de la sociedad, llevan la representación de ésta, es decir, tienen la facultad de obligar a la sociedad con terceras personas para la consecución de sus fines sociales.

El órgano de administración es nombrado por la asamblea de accionistas para que se encargue de la gestión de los negocios de la sociedad, es decir, si no existiera la administración de la sociedad la sociedad no contaría con el medio físico para poder actuar en el mundo del derecho.

La Ley nos señala que este órgano de administración puede estar formado por uno o varios mandatarios, temporales y revocables quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad. (Art. 142 LGSM)

La Ley también nos menciona que si son dos o más administradores constituirán el Consejo de Administración. Es en el contrato social en donde los socios o accionistas van a escoger la forma en la que quieren que sea administrada la sociedad, es decir, con un Administrador Único o con un Consejo de Administración. Una vez elegida cualquiera de las dos formas, ésta sólo podrá ser variada mediante asamblea extraordinaria de accionistas toda vez que se está modificando el contrato social.

Ahora bien, si se opta por el Consejo de Administración, las decisiones van a ser tomadas por mayoría de votos y si llegare a darse un empate en la votación, el Presidente del Consejo de Administración tendrá voto de calidad, según lo señalado en el Artículo 143 de la LGSM.

Si el Consejo de Administración está integrado por tres o más consejeros, los accionistas que representen cuando menos un veinticinco por ciento del capital

social, tendrán derecho a nombrar a uno de los tres consejeros, dicha suma aumentará de manera proporcional si el número de consejeros aumenta, respecto de esta facultad que le otorga la Ley a las minorías. Cabe señalar que en ningún momento dicho porcentaje puede ser aumentado porque esto iría en detrimento de las minorías y por consiguiente esta disposición no se puede pactar en contrario, encontrando el fundamento en el artículo 144 de la LGSM.

2.6.2.1.- A quién corresponde la Administración.

Los administradores de la sociedad pueden ser socios o personas extrañas a ésta, de conformidad con lo señalado en el artículo 142 de la LGSM. Los administradores, para poder desempeñar su mandato deben de contar con capacidad de goce y de ejercicio, es decir, que estén facultados para ejercer el comercio, por lo tanto no pueden estar inhabilitados de forma alguna para ejercer el comercio. (art. 151 LGSM)

Lo anterior nos parece de suma importancia puesto que en el desempeño del cargo de administrador no cabe la figura de la representación, toda vez que debido a su importancia dentro de la sociedad, la Ley no permite la representación de éstos al considerarlos cargos intuitu personae de conformidad con el artículo 147 de la LGSM.

Por esta razón, en ningún momento podrá ser consejero de una sociedad una persona moral, toda vez que estas actúan por medio de representantes, delegados, etc.

Podemos afirmar que la administración de la sociedad es un cargo que sólo podrá ser desempeñado por personas físicas, pudiendo ser éstos, socios o personas ajenas a la sociedad, siempre y cuando tengan la capacidad legal suficiente para ejercer el comercio.

2.6.2.2.- Designación de los Administradores.

De conformidad con lo establecido en el artículo 181 fracción segunda de la LGSM, corresponde a la asamblea general ordinaria de accionistas el designar o nombrar al Administrador único o al Consejo de Administración.

Esta asamblea puede remover a los administradores aún cuando no haya transcurrido el plazo de su encargo, aunque la Ley menciona la temporalidad del cargo de administrador, ésta en ningún momento establece un plazo específico por lo que este plazo queda al arbitrio de los socios pudiendo determinarlo en el contrato social o en asamblea de accionistas.

Entonces, el cargo de administrador de la sociedad concluirá cuando se den cualquiera de los siguientes supuestos:

- 1.- Cuando se cumpla el plazo estipulado en los estatutos.
- 2.- Cuando dicho nombramiento sea revocado por la asamblea de accionistas.
- 3.- Por renuncia expresa al cargo de administrador.
- 4.- Porque el administrador o consejero pierda la capacidad requerida para el desempeño de su encargo.
- 5.- Porque la sociedad entre en estado de disolución
- 6.- Porque la sociedad se encuentre en proceso de liquidación.
- 7.- Por quiebra de la sociedad.

Los administradores que renuncien a su cargo, deberán seguir como administradores en tanto no se hagan nuevos nombramientos y los nuevos administradores no tomen posesión de sus cargos, aplicándose también esto al supuesto de que termine el plazo señalado para el desempeño de dicho cargo, de conformidad con el artículo 154 de la LGSM.

La razón de ser del artículo antes mencionado, es porque la sociedad no se puede quedar sin quien gestione los negocios sociales y sin quién represente a la

sociedad, toda vez que lo anterior haría imposible cumplir con el objeto de la sociedad y con las obligaciones que ha adquirido.

Cabe señalar que pueden ser administradores de la sociedad los socios o personas extrañas a ésta (Art.142 LGSM) y no pueden ser administradores los que conforme a la Ley estén inhabilitados para ejercer el comercio (Art. 151 LGSM).

Es requisito indispensable que sean personas físicas las que ocupen el cargo de administrador de la sociedad, toda vez que éste es un cargo personalísimo y no puede ser desempeñado por representantes, lo que deja fuera a las personas morales para desempeñar este cargo.

2.6.2.3.- Funcionamiento del Consejo de Administración.

El Consejo de Administración, al estar formado por varios consejeros, es forzosamente un órgano colegiado, al igual que la asamblea, para poder actuar y para que las resoluciones sean válidas, necesita contar con ciertos requisitos que para tales efectos señala la Ley y los estatutos sociales.

Para que el Consejo pueda funcionar legalmente, el artículo 143 de la LGSM establece que deben asistir por lo menos la mitad de sus miembros y las

resoluciones que se tomen serán válidas cuando sean tomadas por la mayoría de los presentes.

Las facultades del Consejo de Administración y sus reglas de funcionamiento, quórum de asistencia, actividades, número de consejeros que lo integran, existencia de consejeros suplentes, etc. serán expresadas en los estatutos sociales o mediante resoluciones adoptadas en asamblea de accionistas.

La representación de la sociedad, como ya lo mencionamos, corresponde a los administradores, éstos podrán realizar todos los actos inherentes al objeto social, teniendo las limitaciones que para esto marque la Ley y los estatutos sociales. Los consejeros están facultados y es su deber realizar todos los actos concernientes a la realización del objeto de la sociedad, pudiendo llegar estas facultades hasta la disposición de los bienes o derechos patrimoniales, por lo que sin lugar a dudas este órgano, por la amplitud de sus atribuciones puede prestarse a realizar operaciones que afecten o vayan en detrimento de los intereses de los accionistas que en la mayoría de las veces y más aún tratándose de las minorías, se enteran de dichas acciones después de que éstas se realizaron y ya se dio una afectación real de su patrimonio, toda vez que los administradores deben informar de su gestión solo una vez al año de conformidad con el artículo 172 de la LGSM.

El Consejo de Administración es un órgano fundamental para la vida y funcionamiento de la sociedad, toda vez que, es a través de éste por el cual la sociedad va a ejecutar todos aquellos objetivos y políticas que acordaron los

socios para el buen funcionamiento en el éxito de la sociedad. Son los Consejeros los encargados de llevar la firma social, lo que implica que serán éstos los que obligarán a la sociedad con terceros y por medio de éstos la sociedad va a poder actuar dentro del tráfico jurídico.

Este órgano es el medio tanto físico como jurídico en virtud del cual la sociedad va a poder actuar dentro del mundo del derecho.

- a) Jurídico.- porque son éstos los que tienen la facultad de contraer obligaciones a nombre de la sociedad y ejercer los derechos de ésta.

- b) Físico.- Porque la sociedad como persona moral, necesita de personas físicas que ejerciten ciertos actos jurídicos para la obtención del fin social.

Por lo que considero que el cúmulo de facultades que le son otorgadas a los administradores es recomendable que en la integración del consejo exista un número determinado de consejeros por el cual se cree una pluralidad de opiniones al interior del mismo.

Es decir, no solo basta con que las mayorías y las minorías estén representadas en el consejo para que exista un equilibrio en las decisiones del mismo, sino que es necesario que el Órgano de Vigilancia participe en las discusiones del consejo

y además se incluyan consejeros que no estén relacionados con los grupos de poder dentro de la sociedad,, para que se consideren independientes y aporten una visión imparcial y externa de la sociedad, con lo que se ampliarían las perspectivas para la toma de decisiones del consejo.

Por lo que teniendo un Órgano de Vigilancia lo suficientemente fuerte que sea un verdadero contrapeso del consejo de administración, se va a lograr un equilibrio dentro de la sociedad.

2.6.3.-El Órgano de Vigilancia de la Sociedad Anónima.

2.6.3.1.- Concepto.

Joaquín Rodríguez y Rodríguez, señala que los Comisarios son los órganos encargados de vigilar permanentemente la gestión social, con independencia de la administración y con interés exclusivo de la sociedad.²⁵

Roberto Mantilla Molina, dice que la vigilancia de la marcha regular de las sociedades anónimas corresponde a los Comisarios.²⁶

²⁵ Joaquín Rodríguez y Rodríguez. Op., cit. Página 133.

²⁶ Roberto L. Mantilla Molina. Op., cit. Página 434.

El artículo 164 de la LGSM, señala "La vigilancia de la Sociedad Anónima estará a cargo de uno o varios Comisarios, temporales y revocables quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad."

La importancia del Órgano de Vigilancia es que fue creado con la intención de que existiera un órgano que vigilara la actividad de los administradores respecto de su gestión dentro de la sociedad.

Es decir, que exista un órgano independiente y tan fuerte como lo es el órgano de administración para que en dado caso pueda llegar a oponerse a los administradores en aras del buen funcionamiento de la sociedad.

Rodríguez y Rodríguez señala que "La Ley ha querido crear con los Comisarios un órgano tan importante como el propio Consejo de Administración, con el propósito de situar éste bajo la vigilancia general de aquellos y en caso necesario permitir el enfrentamiento entre ambos"²⁷

2.6.3.2.- Regulación.

El Órgano de Vigilancia de la Sociedad Anónima lo encontramos regulado en la Sección Cuarta del Capítulo Quinto de la Ley General de Sociedades Mercantiles y comprende los artículos del 164 al 171 de dicho ordenamiento.

²⁷ Rodríguez y Rodríguez, Tratado de Sociedades Mercantiles, Tomo II Pág. 152, Editorial Porrúa, México 1981.

2.6.3.3.- Características del Cargo de Comisario.

El cargo de Comisario tiene como característica principal ser un cargo de naturaleza temporal y con carácter netamente revocable, esto es, que el cargo tiene una duración determinada quedando ésta al arbitrio de los otorgantes del contrato social, ya que éstos son los que van a fijar la duración del cargo en dicho contrato o al arbitrio de la asamblea general de accionistas si ésta así lo decide, ya que la Ley en ningún momento hace referencia alguna a la duración específica que deba tener dicho cargo, pero si se refiere a que éstos dejarán efectivamente sus funciones hasta y sólo hasta que sean efectivamente sustituidos por las nuevas personas que van desempeñar dicho cargo, es decir, que si la duración señalada en los estatutos sociales del cargo de Comisario es de un año, éstos no pueden desatender dicho encargo por el simple hecho de que ya se cumplió el término señalado, éstos deberán seguir fungiendo como tales hasta que la asamblea nombre a los nuevos Comisarios y éstos entren efectivamente en funciones.

El mismo supuesto opera en caso de que los Comisarios renunciaren al cargo, esta renuncia puede ser aceptada por la asamblea pero no podrán dejar el cargo hasta que sean nombrados y tomen posesión los nuevos Comisarios.

Al ser éste un cargo con carácter revocable, esto faculta a la asamblea de accionistas a remover a los Comisarios según sea la voluntad expresa de los socios, aún y cuando no se haya cumplido el término de su encargo. Existiendo la

limitación de que los Comisarios nombrados por las minorías no podrán ser removidos de su encargo, si no son removidos los demás Comisarios, como se había mencionado anteriormente y encontrándose contenida esta limitación en el artículo 144 de la LGSM.

Mantilla Molina señala que la característica del Comisario es la remuneración,²⁸ no estamos de acuerdo con la afirmación anterior, ya que si bien es cierto que el cargo puede ser remunerado según lo estipulado en el artículo 181 fracción III, de la LGSM y confiriendo éste la facultad a la asamblea ordinaria de accionistas de determinar los emolumentos correspondientes, ésta no es una característica esencial del cargo, toda vez que en los estatutos sociales o en la asamblea ordinaria de accionistas se puede establecer que los Comisarios no reciban remuneración alguna, más aún, se puede dar el supuesto en que los Comisarios renuncien de manera expresa a dicha remuneración.

Como podemos observar, la Ley al no regular de manera expresa y detallada la figura del Comisario y trayendo como consecuencia que haya una discrepancia amplia entre los autores respecto de esta figura, se da la pauta para que de una sociedad a otra existan diferencias abismales que tengan como consecuencia que este órgano de la sociedad no sea lo efectivo que debería ser respecto de la fiscalización de la misma. Con esto no queremos que se llegue a una limitación de la libertad que tienen los socios de escoger y reglamentar el funcionamiento de

²⁸ Roberto L. mantilla Molina. Op., cit. Página 418.

sus sociedades, pero sí consideramos que se deberían de ajustar las normas vigentes para la protección de los accionistas y en beneficio de la sociedad.

2.6.3.4.- Quiénes pueden ser Comisarios.

Pueden ser Comisarios los socios o personas extrañas a la sociedad que cuenten con capacidad suficiente para ejercer el comercio. La LGSM en el artículo 165 enumera las siguientes limitaciones para ocupar el cargo de Comisario:

- 1.- Los que conforme a la ley estén inhabilitados para ejercer el comercio.
- 2.- Los empleados de la sociedad, los empleados de aquellas sociedades que sean accionistas de la sociedad en cuestión por más del veinticinco por ciento del capital social, ni los empleados de aquellas sociedades que la sociedad en cuestión sea accionista en más de un cincuenta por ciento de dicho capital.
- 3.- Los parientes consanguíneos de los administradores en línea recta sin limitación de grado, los colaterales dentro del cuarto grado y los afines dentro del segundo grado.

De la anterior enumeración cabe señalar al respecto que la primera limitación es hasta cierto punto lógica, toda vez que aquella persona que ha sido inhabilitada

para ejercer el comercio carece de capacidad legal para el desempeño de este encargo.²⁹

Respecto de la segunda limitación que menciona la Ley, la calificamos de desafortunada toda vez que la finalidad de la misma es mantener a los Comisarios sin ningún interés específico respecto de algún grupo de accionistas o respecto de algún o algunos administradores, por lo que ni siquiera manejando los porcentajes que señala la Ley, se ejerce de manera efectiva dicha protección en perjuicio de la sociedad y de los accionistas, toda vez que de manera muy frecuente se le da la vuelta a dicha prohibición y queda la función del Comisario como un simple funcionario de la sociedad subordinado al Consejo de Administración. Para aclarar lo anterior veamos el siguiente ejemplo:

El señor Juan Belt, Presidente del Consejo de Administración de la sociedad "X", S.A., es a su vez accionista mayoritario con una participación del 51% (CINCUENTA Y UNO POR CIENTO) en el capital social de la sociedad. A su vez la sociedad "A", S.A., es accionista de la sociedad "X", S.A., en un 20% (VEINTE POR CIENTO) del capital social de la sociedad y el accionista mayoritario de esta sociedad "A", S.A., es el señor Juan Belt.

²⁹ El artículo 12 del Código de Comercio, señala que no pueden ejercer el comercio los corredores, los quebrados que no hayan sido rehabilitados, los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo en éstos la falsedad, peculado, el cohecho y la concusión.

A su vez la sociedad "B", S.A., es accionista de la sociedad "X", S.A., en un 5% (CINCO POR CIENTO) del capital social de la sociedad y entre sus accionistas se encuentra el señor Juan Belt. El 34% (TREINTA Y CUATRO POR CIENTO) restante del capital social se encuentra repartido entre los señores José Gonzo y Francisco Pritt, cada uno con el 12% (DOCE POR CIENTO) del capital social respectivamente.

Por lo que el capital social de "X", S.A., se encuentra integrado de la siguiente manera:

ACCIONISTA	ACCIONES
Juan Belt	51%
"A", S.A.	20%
"B", S.A.	5%
José Gonzo	12%
Francisco Pritt	12%
TOTAL	100%

Siguiendo los porcentajes que nos marca la Ley por el simple hecho de que algún empleado de "A", S.A., sea Comisario en "X", S.A., y de la misma forma lo sea uno de "B", S.A., éstos obviamente tienen un vínculo con el presidente del Consejo de

Administración de "X", S.A., perdiéndose completamente la protección que da dicha limitación sin infringir en ningún momento la ley, es decir, se le da la vuelta.

Respecto de la tercera limitación que también busca esa protección mediante la independencia de los Comisarios, la encontramos también insuficiente, toda vez que pueden existir personas allegadas a ciertos accionistas o administradores que no entren en el supuesto indicado y no se estaría cumpliendo con la finalidad de dicha prohibición, ya que éstas personas pueden realizar actos que favorezcan a ciertos accionistas u omitir hasta cierto grado su obligación de vigilancia para alcanzar el mismo propósito.

El que los Comisarios tengan total independencia de los administradores es de suma importancia para que éstos desempeñen de manera cabal sus obligaciones, toda vez que el propósito de crear un órgano de vigilancia es que fiscalice a la administración y en caso necesario enfrentarse a éstos.

La razón de ser de las anteriores restricciones es que al ser los Comisarios nombrados por las mismas personas que las que nombraron a los administradores, éstos podrían subordinarse a aquellos y se perdería la libertad suficiente requerida para cumplir con su obligación de vigilancia.

Las prohibiciones que acabamos de enumerar son un claro ejemplo de que el legislador le quiso dar al Órgano de Vigilancia una total independencia del Órgano de Administración y de los mismos accionistas ya que esta independencia les

traería la capacidad real de realizar su tarea fiscalizadora, pero como ya lo mencionamos, es muy sencillo que se incumpla con esa independencia y en consecuencia no se realice la adecuada fiscalización al desempeño de los administradores en su encargo.

En la práctica la independencia de los comisarios con el consejo de administración e incluso con los propios accionistas queda completamente diluida, toda vez que en ocasiones los miembros de los despachos de contadores encargados de las auditorías de la empresa son los comisarios de la misma. Desvirtuándose por completo la independencia de dicho Órgano.

2.6.3.5.- Designación del Comisario.

Los Comisarios son designados en la Asamblea General de Accionistas, según lo establece el artículo 181 fracción segunda de la LGSM.

El nombramiento, como acabamos de señalar, se hace en la asamblea ordinaria de accionistas, siendo nombrados el número de Comisarios que establezcan los estatutos sociales o a falta de estipulación expresa en éstos se designará el número que decida la propia asamblea.

La Ley aplica varias de las estipulaciones contenidas en la sección de los administradores a los Comisarios como lo podemos ver en el artículo 171 de la

LGSM, que dispone que serán aplicables a los Comisarios las disposiciones contenidas en los artículos 144, 152, 154, 160, 161, 162 y 163 de dicha Ley.

Aplicando el artículo 144 antes mencionado a la figura del Comisario, establece que, si se nombran tres o más Comisarios, el contrato social determinará los derechos que corresponden a la minoría en la designación de éstos, es decir, que los estatutos sociales deberán determinar el número de Comisarios que pueden designar, así como los porcentajes de representación del capital social para ser considerados en dicha designación. Sin perder de vista que la Ley señala como porcentaje mínimo, sin posibilidad de pactar un porcentaje más alto, el que las minorías que representen cuando menos un 25% del capital social nombrarán un consejero de los tres y no podrá revocarse el nombramiento del o de los consejeros designados por las minorías sólo y hasta que sean revocados los demás consejeros.

Uno de los problemas más comunes que se dan en la práctica respecto de la protección de las minorías consagrada por la Ley a partir de porcentajes, es que en muchos casos las minorías no alcanzan a cubrir esos porcentajes previamente establecidos por lo que esa protección queda sin efectos, es decir, si bien es cierto que la Ley consagra una protección para los accionistas que no tienen la mayoría accionaria dentro de la sociedad también es cierto que estas minorías al no alcanzar los porcentajes antes señalados quedan desprotegidas ya que nunca se llegó a perfeccionar dicha protección, aún y cuando ésta se encuentre en la Ley.

La otra posibilidad existente de que los Comisarios de la sociedad sean nombrados de forma especial en oposición a la forma general que consagra el artículo 181 y que ya fue explicada anteriormente, es cuando existiere la falta de todos los Comisarios según el supuesto contenido en el artículo 168 de la misma Ley, el cual nos señala:

“Artículo 168.- Cuando por cualquier causa faltare la totalidad de los Comisarios, el consejo de administración deberá convocar en el término de tres días, a asamblea general de accionistas para que esta haga la designación correspondiente.

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

En el caso en que no se reuniere la asamblea o reuniéndose no se hiciere la designación, la autoridad judicial del domicilio de la sociedad a solicitud de cualquier accionista, nombrará a los Comisarios, quienes funcionarán hasta que la asamblea general de accionistas haga el nombramiento definitivo.”

Como vemos si la sociedad llegara a quedarse sin Comisarios, corresponde en primer lugar al consejo de administración hacer la convocatoria para la asamblea general de accionistas en la cual se deberá realizar el nombramiento.

Al transcurrir el plazo señalado, cualquier accionista podrá pedir a la autoridad judicial correspondiente que realice la convocatoria a la asamblea y si aún así no existieren en ese tiempo los Comisarios entonces esta autoridad podrá nombrar Comisarios, que como se desprende de la lectura de la Ley los consideramos interinos, toda vez que la asamblea deberá hacer los nombramientos definitivos. Pudiendo ratificar los nombramientos en su caso.

El texto de la Ley se refiere de manera expresa al Consejo de Administración, pero esta disposición se aplica de igual manera si la sociedad estuviera administrada por un Administrador Único, toda vez que el espíritu de la Ley es que exista en la sociedad el mayor tiempo posible la figura del Comisario, ya que la función de éstos al fiscalizar la administración de la sociedad trae como consecuencia dar seguridad a los accionistas respecto del manejo de la sociedad.

Joaquín Rodríguez y Rodríguez al respecto menciona que efectivamente el precepto se aplica tanto a la figura del Consejo de Administración como a la figura de Administrador Único.³⁰

³⁰ Joaquín Rodríguez y Rodríguez. Op., cit. Página 136.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

Toda vez que ya mencionamos las formas que las que pueden ser nombrados los Comisarios de la sociedad, pasamos ahora a las garantías que deben otorgar estos para el desempeño de su encargo.

2.6.3.6.- Garantías que debe Otorgar el Comisario.

Los Comisarios están obligados a otorgar las garantías que señalen los estatutos sociales o que fije la asamblea de accionistas para el desempeño de sus cargos, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 de la LGSM que nos remite a la aplicación del artículo 152 de la misma Ley.

Esto es, la Ley no obliga de manera expresa que los Comisarios deben caucionar el desempeño de su encargo, pero deja abierta esta posibilidad para que en los estatutos de la sociedad se fije o no la obligación de otorgar caución a los Comisarios de la sociedad así como el monto de la misma.

La Ley también otorga la posibilidad de que si en los estatutos no se fijó la obligación de caucionar el desempeño del encargo, así como el monto de la caución, esta obligación y su monto sean fijados mediante resolución tomada en asamblea general de accionistas.

El motivo de la existencia de la caución antes mencionada es que la sociedad sea resarcida del daño o menoscabo en su patrimonio que podría causársele si los Comisarios dañaran a la sociedad en su actuar por lo que ésta queda cubierta de

aquellas responsabilidades en las que podrían incurrir los Comisarios en el desempeño de su encargo.

Lo más común en la práctica es que estas cauciones otorgadas sean de un monto tan limitado que no cumplan con la finalidad para la cual fue otorgada, es decir, que no cubran el daño o perjuicio causado a la sociedad. Por lo que en mi opinión se consideran como simbólicas, trayendo esto como consecuencia que sea factible que la sociedad sufra alguna pérdida patrimonial importante si los funcionarios incurrir en alguna responsabilidad toda vez que el monto de lo caucionado difícilmente puede cubrir el monto que resulte de la responsabilidad incurrida.

Al no cubrir la caución el monto del daño o perjuicio se van a obtener efectos negativos para la sociedad en el sentido de que ésta, para poder exigir el pago de esos daños y perjuicios va a tener que acudir a las instancias judiciales, incurriendo en un gasto mayor y sin la certeza de que se obtenga la indemnización correspondiente.

La forma en la cual se otorga dicha garantía es tan variada que va desde el depósito de alguna cantidad de dinero ante la tesorería de la sociedad, hasta la constitución de una prenda sobre las acciones del Comisario en el supuesto que éste sea accionista de la sociedad.

Ahora bien, al momento de terminar el Comisario con el desempeño de su encargo y si éste no incurrió en ninguna responsabilidad, la asamblea general de accionistas ordenará a la tesorería de la sociedad la devolución de dicha caución.

2.6.3.7.- Atribuciones de los Comisarios.

Las facultades que otorga la Ley General de Sociedades Mercantiles al respecto las encontramos en los siguientes artículos:

“Artículo. 166.- Son facultades y obligaciones de los Comisarios:

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

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

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

fundadamente el dictamen que se menciona en el siguiente inciso.

IV.- Rendir anualmente a la asamblea ordinaria de accionistas un informe respecto a la veracidad, suficiencia y razonabilidad de la información presentada por el consejo de administración a la propia asamblea de accionistas, este informe deberá incluir por lo menos:

- a) La opinión del Comisario sobre las políticas y criterios contables y de información seguidos por la sociedad son adecuados y suficientes tomando en consideración las circunstancias particulares de la sociedad.*
- b) La opinión del Comisario sobre si esas políticas y criterios contables han sido aplicados consistentemente en la información presentada por los administradores.*
- c) La opinión del Comisario sobre si, como consecuencia de lo anterior, la información presentada por los administradores refleja en forma veraz y suficiente la situación financiera y los resultados de la sociedad.*

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

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

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

VIII.- Asistir con voz pero sin voto a las asambleas de accionistas: y

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

Respecto de las fracciones I, II, III y IV, los autores señalan que estas facultades son las que se les dan a los simples revisores de cuentas. Ciertamente es que los revisores de cuentas están avocados a cumplir con lo que se establece en dichas fracciones, pero también es cierto que para poder ejercer una vigilancia efectiva de la sociedad, es necesario que los Comisarios cumplan con tales fracciones,

toda vez que éstas van a facultarlo para calificar la actuación de los administradores y rendir su opinión ante los accionistas.³¹

En mi opinión, el que los Comisarios cumplan con las fracciones antes indicadas es la base para que éstos cumplan con su gestión de manera cabal, por lo que es necesario que los Comisarios cuenten con conocimientos técnicos en la materia.

Respecto de las fracciones V, VI, VII y VIII, aún siendo estas facultades importantes para la vigilancia de la sociedad, para el cabal cumplimiento de éstas no se requiere un conocimiento especial sobre la materia.³²

Las atribuciones que le otorga la Ley General de Sociedades Mercantiles a los Comisarios y aún las atribuciones que le son otorgadas en los estatutos sociales o por decisión de la asamblea general de accionistas, las consideramos insuficientes en la práctica, toda vez que éstas no son cumplidas en la mayoría de los casos, por los Comisarios, convirtiéndose en un órgano incapaz de fiscalizar el manejo de la sociedad, es decir que consideramos que la legislación que es el parámetro

³¹ Fischer (citado por Rodríguez y Rodríguez en el tomo II del su Tratado de Sociedades Mercantiles) señala que la función más importante es la de fiscalizar en todas sus partes la administración de la sociedad velando porque ésta se ajuste no sólo a los requisitos sino también a las normas de una buena administración.

³² Respecto a la fracción V en específico Walter Firsch Phillip señala que tal fracción se encuentra en contraposición a la "división de poderes" toda vez que se considera una interferencia injustificada en la administración de la sociedad.

Evidentemente el maestro Firsch Phillip confunde la facultad expresa de los Comisarios de poner en consideración los puntos que considere necesarios ya sea tanto de la asamblea o del consejo de administración, con la facultad de decidir sobre tales consideraciones, facultad de las cuales carecen los Comisarios ya que éstos asisten a las asambleas y a las sesiones de consejo con voz pero sin voto.

minimo de atribuciones de los Comisarios al no establecer sanciones expresas al incumplimiento "ata de manos" literalmente a dicho órgano, existiendo casos excepcionales en los cuales le son otorgadas en los estatutos facultades a los Comisarios para verdaderamente fiscalizar la administración de la sociedad.

"Artículo. 167.- Cualquier accionista podrá denunciar por escrito a los Comisarios los hechos que estime irregulares en la administración y éstos deberán mencionar las denuncias en sus informes a la asamblea general de accionistas y formular acerca de ellas las estimaciones y proposiciones que estime pertinentes".

"Artículo. 155.- En los casos de revocación de nombramiento de los administradores se observarán las siguientes reglas:

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

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

Respecto a las obligaciones que acabamos de mencionar, es preciso señalar que éstas son el mínimo irreducible de obligaciones que tienen que cumplir los Comisarios.

Como se mencionó anteriormente con lo establecido en las cuatro primeras fracciones del artículo 166 de la LGSM y siendo éstas de suma importancia para la fiscalización específica de la administración de la sociedad, consideramos que para dar cabal cumplimiento a lo ahí ordenado, el o los Comisarios deben de tener una calidad específica, es decir, que como requisito para ser Comisario de una Sociedad Anónima, éstos deberían de contar con la profesión de Contador Público o profesión afín, ya que no cualquier persona entiende y sabe interpretar un estado de situación financiera y un estado de resultados según la fracción II, revisar los informes de las operaciones, registros, respecto de las políticas, criterios contables, y las evaluaciones de la información sobre todo financiera rendida por los administradores a la asamblea de accionistas de conformidad con las fracciones III y IV del artículo antes mencionado.

De las demás fracciones de dicho artículo, desprendemos que ciertamente no se requiere de manera específica la calidad de Contador Público o profesión afín, pero recalcamos la importancia de esa calidad ya que los Comisarios tienen que

Aún y cuando existan dos o más Comisarios en la sociedad, estos van a seguir respondiendo de manera individual toda vez que no existe actividad colegiada entre éstos.

El artículo 169 de la LGSM al respecto dice que los Comisarios serán individualmente responsables para con la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que la Ley y los estatutos les imponen.....

De la lectura del artículo anterior, se desprende claramente la forma en la cual responden los Comisarios, es decir, que por ministerio de ley los Comisarios responden de manera individual. Compartiendo el comentario con el maestro Rodríguez y Rodríguez respecto de que esta forma de responder se fundamenta en la falta de actividad colegiada, de conformidad con la forma en que está redactada la Ley, toda vez que señala que éstos serán individualmente responsables para con la sociedad del cumplimiento de las obligaciones que la Ley y los estatutos les impongan, es decir, cada Comisario debe de actuar por cuenta propia. Pero si las partes pactaren en los estatutos sociales que el Órgano de Vigilancia funcionara de manera colegiada, la forma de responder de éstos ya no sería individual, salvo ciertas excepciones.

Si los Comisarios en algún momento llegaran a tener un interés opuesto a los intereses de la sociedad y no se abstuvieran de intervenir en la sociedad, será responsable de los daños y perjuicios que le sean causados a la sociedad, esto según lo establecido en los artículos 170 y 156 respectivamente de la LGSM.

accionistas al tener el Comisario la obligación de incluir las denuncias dentro de sus informes.

Es decir, que por lo que acabamos de ver, podemos clasificar a las obligaciones de los Comisarios en dos tipos, las obligaciones encaminadas a la fiscalización de la administración de la sociedad y las obligaciones encaminadas a la buena marcha de la misma, quedando incluidas dentro de la primera las obligaciones señaladas en los artículos 166 fracciones I, II, III, IV y IX, mientras que dentro de la segunda quedan incluidas las obligaciones contenidas en los artículos 152, 154, 155 fracción IV, 166 Fracciones I, V, VI, VII, VIII, y el artículo 167, todos éstos de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

2.6.3.8.- Forma en la que Responden los Comisarios.

La doctrina señala que los Comisarios van a responder de las obligaciones que les imponen la Ley y los estatutos frente a la sociedad, a los accionistas y a los terceros que contraten con ésta.

Rodríguez y Rodríguez al respecto señala que los Comisarios responden individualmente de sus actos, pues no hay responsabilidad colectiva, puesto que falta toda actividad colegiada.³³

³³ Joaquín Rodríguez y Rodríguez. Op., cit. Página 137.

Aún y cuando existan dos o más Comisarios en la sociedad, estos van a seguir respondiendo de manera individual toda vez que no existe actividad colegiada entre éstos.

El artículo 169 de la LGSM al respecto dice que los Comisarios serán individualmente responsables para con la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que la Ley y los estatutos les imponen.....

De la lectura del artículo anterior, se desprende claramente la forma en la cual responden los Comisarios, es decir, que por ministerio de ley los Comisarios responden de manera individual. Compartiendo el comentario con el maestro Rodríguez y Rodríguez respecto de que esta forma de responder se fundamenta en la falta de actividad colegiada, de conformidad con la forma en que está redactada la Ley, toda vez que señala que éstos serán individualmente responsables para con la sociedad del cumplimiento de las obligaciones que la Ley y los estatutos les impongan, es decir, cada Comisario debe de actuar por cuenta propia. Pero si las partes pactaren en los estatutos sociales que el Órgano de Vigilancia funcionara de manera colegiada, la forma de responder de éstos ya no sería individual, salvo ciertas excepciones.

Si los Comisarios en algún momento llegaran a tener un interés opuesto a los intereses de la sociedad y no se abstuvieran de intervenir en la sociedad, será responsable de los daños y perjuicios que le sean causados a la sociedad, esto según lo establecido en los artículos 170 y 156 respectivamente de la LGSM.

Aquí vemos que la responsabilidad de la que habla el artículo 169 de la LGSM anteriormente señalado, se refiere a la responsabilidad de los Comisarios respecto de las obligaciones que les imponen la Ley y los estatutos sociales y como ya lo habíamos mencionado, si se estableciere que el Órgano de Vigilancia actuara de manera colegiada, esta responsabilidad no sería individual sino colectiva abarcando a todo el órgano, mientras que la responsabilidad señalada en el artículo 170 de la LGSM, es indudablemente una responsabilidad individual que no abarca de ninguna forma a todo el órgano, toda vez que esta responsabilidad recae sobre la forma e intereses personales de cada uno de los Comisarios.

La responsabilidad del Comisario la pueden exigir los socios mediante resolución tomada en asamblea general de accionistas, designándose en ésta a las personas que han de ejecutar dicha resolución teniendo como fundamento el artículo 161 de la LGSM.

Ahora bien, el hecho de convocar a una asamblea de accionistas puede llegar a ser sumamente problemático, más si existe alguna complicidad entre los facultados para convocar a asambleas, por lo que la Ley intenta romper con esta situación señalando que los accionistas que representen el 33% del capital social de la sociedad, podrán ejercitar directamente la acción de responsabilidad civil en contra de los Comisarios. Hasta aquí el problema que encontramos es que si el grupo minoritario no alcanza el porcentaje señalado, no podrá ejercitar dicha acción. No obstante lo anterior, la misma Ley además requiere que para que este

grupo minoritario pueda ejercer la acción correspondiente de manera directa tiene que cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Que la demanda comprenda el monto total de las responsabilidades en favor de la sociedad y no solamente el interés personal de los promoventes;
- b) Que en su caso, los actores no hayan aprobado la resolución tomada por la asamblea general de accionistas sobre no haber lugar a proceder contra los Comisarios demandados.

Los bienes que se obtengan por dicha reclamación serán percibidos por la sociedad.

Lo anterior tiene su fundamento en los artículos 161 y 163 de la LGSM.

Como vemos, las condiciones previstas en la Ley dificultan en gran manera el ejercicio de la acción de responsabilidad, por lo que éste es otro de los grandes defectos que encontramos en la Ley para una debida fiscalización de la sociedad por parte de los Comisarios.

La Ley prevé un efecto inmediato para el supuesto de que la asamblea general de accionistas exija la responsabilidad a los Comisarios en la que hayan incurrido, este efecto es que los Comisarios a los que les sea exigida la responsabilidad

cesarán en el desempeño de su encargo de manera inmediata; lo anterior, de conformidad con el artículo 162 LGSM.

Respecto a los efectos mediatos podemos decir que éstos se darán hasta el momento en que la autoridad judicial correspondiente decida sobre el caso concreto, pudiendo ir esta responsabilidad desde la inhabilitación para ocupar el cargo nuevamente, el pago de los daños y perjuicios causados con motivo de esa responsabilidad y hasta la privación de la libertad si la responsabilidad incurrida se tipifica en algún supuesto normativo del ámbito penal.

Como lo mencionamos, los Comisarios también responden frente a los socios de manera individual, esto es que el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley o los estatutos le causen un daño al socio en su patrimonio independientemente de que dicho incumplimiento le cause también daño a la sociedad. Por lo que el socio también gozará de la acción de responsabilidad para exigir la reparación de los daños y perjuicios que les causó el incumplimiento de las obligaciones por parte del Comisario. Fundamentándose dicha acción en el derecho común como se explicará más adelante.

Los terceros que contratan con la sociedad pueden exigir la responsabilidad a los Comisarios con motivo del incumplimiento de alguna obligación por parte de éstos que le causare un daño y un perjuicio a aquellos.

Como hemos visto, la tarea de fiscalización de la sociedad que recae sobre el Órgano de Vigilancia comúnmente llamados Comisarios de la sociedad, no es ni en el mejor de los casos una tarea fácil, toda vez que como hemos venido mencionando la legislación aplicable no faculta de manera alguna a este órgano para realizar las funciones encomendadas, más aún tratándose de las sociedades "familiares", es decir, aquellas micro y pequeñas empresas que por lo general sus miembros son familiares y amigos, con actividades tan variadas como la prestación de servicios, comercialización, constructoras, etc., y representando este tipo de sociedades la mayoría de las sociedades existentes en este país. Cabe señalar que la fiscalización de este tipo de empresas es aún más difícil, llegando a considerarse casi nula, debido a que el nombramiento del Comisario se hace con la finalidad de cumplir con el requisito legal al momento de la constitución y sin ninguna otra finalidad, por lo que se desvirtúa aún más la función de este órgano, por lo que no es difícil ver que el Comisario de la sociedad sea el amigo del socio mayoritario y Administrador Único. Dándose como consecuencia una afectación a la buena marcha y manejo sano de la sociedad y por consiguiente afectando a las minorías en sus derechos.

2.7.- Responsabilidad Civil de los Consejeros y Comisarios.

Ya sea que los Consejeros y Comisarios hayan incurrido en responsabilidad frente a la asamblea, frente a los socios o frente a los terceros que contratan con la sociedad, ésta responsabilidad va a traducirse cuando así proceda en la

reparación de los daños o perjuicios causados a cualquiera de estas personas por el hecho ilícito incurrido (en este caso es el incumplimiento que provocó ese daño o perjuicio a cualquiera de las obligaciones que señalan la Ley y los estatutos).

El hecho ilícito de conformidad con el artículo 1830 del Código Civil, es el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

De conformidad con lo establecido en el artículo 2108 del Código Civil, Daño es:

“Artículo 2108.- Se entiende por daños, la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.”

El artículo 2109 del mismo Código establece que Perjuicio es:

“Artículo 2109.- Se reputa perjuicio, la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de una obligación.”

Manuel Bejarano señala que el daño, es la pérdida o menoscabo de bienes que están ya en poder de la víctima, se distingue del perjuicio, que es la privación de

bienes que habrían de entrar al poder de la víctima y que ésta deja de percibir por efecto del acto dañoso.³⁴

Es decir, el hecho ilícito es una conducta antijurídica que si llegase a ocasionar daños o perjuicios, ese autor de dicha conducta estará obligado a repararlo de conformidad con el artículo 1910 del Código Civil.³⁵

El fundamento en el derecho común para exigir la responsabilidad y por consiguiente la reparación de los daños o perjuicios lo encontramos contenido tanto en el artículo 1910 como en el 2104 del Código Civil que señala:

“Artículo. 2104.- El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes:

I.- Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste;

II.- Si la obligación no dependiere de un plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080.

³⁴ Manuel Bejarano Sánchez. Obligaciones Civiles. Página 246. Tercera Edición. Editorial Harla México 1984

³⁵ Artículo 1910 del Código Civil señala: El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que se demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

El que contraviniere una obligación de no hacer, pagará daños y perjuicios por el sólo hecho de la contravención.³⁶

La Responsabilidad Civil es el nombre que se le da a la obligación de reparar los Daños y Perjuicios causados por el hecho ilícito o el riesgo creado por medio de la indemnización. Siendo la indemnización el reparar el daño.

Una vez causado el daño o perjuicio, la reparación puede ser de dos formas, es decir, que estamos en presencia de una obligación alternativa en virtud de la cual existen varias opciones y al cumplirse con alguna de ellas la obligación queda extinguida.

Las dos opciones para la reparación del daño de conformidad con el artículo 1915 del Código Civil son:

- I.- El restablecimiento de la cosa a la situación que guardaba hasta antes de que se hubiese ocurrido el daño;

- II.- El pago de la indemnización, que es el cálculo en dinero de los daños y perjuicios.

³⁶ *Ibíd.*, Página 263.

Esto es, que al no ser posible la restitución de las cosas al estado en que se encontraban antes de que se produjera el daño, se hará ingresar en el patrimonio del afectado una cantidad equivalente en dinero al valor de lo que ha sido privado, en cuanto al daño se refiere, más la cantidad de dinero que dejó de percibir como consecuencia de ese hecho ilícito en cuanto al perjuicio se refiere.

El precepto legal al señalar que la reparación del daño será a elección del ofendido, está convirtiendo la obligación, en una obligación alternativa, esto es que puede haber varias conductas diferentes y cumpliéndose alguna de ellas se considera como cumplida la obligación.

Cabe señalar que procesalmente hablando, es difícil probar el daño o el perjuicio, razón por la cual muchas veces se opta por fijar en los contratos cláusulas penales en las que se fija una cantidad determinada o determinable de dinero que haga las veces de indemnización para el caso de incumplimiento de una obligación.

Por lo tanto, los Consejeros y Comisarios al incumplir con las obligaciones que les señalen la Ley o los estatutos sociales y cuando dicho incumplimiento se traduzca en un daño o un perjuicio causado a la sociedad, a los socios o a los terceros que contratan con la sociedad, tendrán que responder civilmente frente a la sociedad, si cualquiera de éstos le exigen el resarcimiento de dichos daños o perjuicios.

Ahora bien como ya se ha mencionado en el presente trabajo, no existe en la Ley General de Sociedades Mercantiles, sanción en contra del incumplimiento de las

obligaciones de los Consejeros y Comisarios, quedando entonces a la sociedad sólo la posibilidad de exigir la responsabilidad ya sea civil o penal en caso de que incurran en un hecho ilícito.

Para que la sociedad pueda exigir la responsabilidad civil a los Consejeros y Comisarios se tiene que apegar a las reglas que la propia Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 171 que nos remite a los artículos 144, 152, 154, 160, 161, 162 y 163, mismos que establecen lo siguiente:

El artículo 161 de la citada Ley, nos señala que la responsabilidad de los administradores, sólo podrá ser exigida por acuerdo de la asamblea general de accionistas, la que designará a la persona que haya de ejercitar la acción correspondiente, salvo lo dispuesto en el artículo 163.

El artículo 163 de la citada Ley, señala que los accionistas que representen el 33% del capital social por lo menos, podrán ejercitar directamente la acción de responsabilidad civil contra los administradores, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos:

- I.- Que la demanda comprenda el monto total de las responsabilidades a favor de la sociedad y no únicamente el interés personal de los promoventes.

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

Los bienes que se obtengan como resultado de la reclamación serán percibidos por la sociedad.

Como se desprende de la lectura de los artículos anteriores, existe una gran limitación en la Ley para poder exigir la responsabilidad en la que incurrieron los Consejeros y Comisarios, toda vez que se necesita tener cierta calidad específica para poder estar facultado para tal exigencia. Ya que si la asamblea general de accionistas decide no exigir la responsabilidad en la que incurrieron los Consejeros y Comisarios y si la minoría no llegase a representar el 33% del capital de la sociedad y que éstos si llegasen a representarlo no hayan aprobado la resolución tomada por la asamblea general de accionistas sobre no haber lugar a proceder en contra de los Comisarios. Considero que es restringida la facultad de los accionistas para ejercitar la acción de responsabilidad civil en contra de los Consejeros y Comisarios y por lo tanto se restringe también la posibilidad de que la sociedad sea resarcida por medio de la indemnización de esa pérdida o menoscabo o esa cantidad de dinero que dejó de entrar en su patrimonio causados por el hecho ilícito en que incurrieron los Consejeros y Comisarios.

2.8.- Responsabilidad Penal de las Consejeros y Comisarios.

Tanto en materia Penal como en materia Civil, también existen los hechos ilícitos, a los que se les llama delitos. De la misma forma que en el derecho civil, éstos pueden causar alguna pérdida o menoscabo en el patrimonio de alguna persona, es decir pueden causar daño.

La reparación del daño en materia penal se da de manera independiente a la sanción privativa de la libertad, es decir, además de la pena privativa de la libertad que se le puede imponer a la persona que cometió el delito, se le puede también condenar al pago de una indemnización con motivo de los daños y/o perjuicios causados por la conducta delictiva observada por la persona.

Por lo que si los Comisarios de la sociedad llegaren a incurrir en alguna conducta que sea sancionada por la legislación penal, es decir, si la conducta del Comisario encuadra en alguno de los tipos penales contenidos en la legislación, éstos se harán acreedores a una pena corporal además de la indemnización que deban pagar de conformidad con lo que señale el juez que conozca de la causa, respecto de los daños y perjuicios provocados a la víctima del delito, pudiendo considerarse a la Sociedad de donde son funcionarios los Comisarios como víctima del delito, si la conducta punible afectó a la persona moral en cuestión.

Manuel Bejarano señala que es incorrecto afirmar que si el Juez Penal absuelve al procesado de la acusación, los efectos de cosa juzgada de la sentencia absolutoria le liberan definitivamente de la obligación de indemnizar.

Señalando que tal afirmación es infundada debido a que la inexistencia de un delito penal no excluye la de un hecho ilícito civil y si bien el juez declara que no existe el primero, no prejuzga sobre la existencia del segundo. Por tanto, pese a que el acusado hubiese sido absuelto en el proceso penal, puede ser demandado en la vía procesal civil, por el incumplimiento de su obligación de indemnizar los daños causados por el hecho ilícito civil o por un riesgo creado.

La excepción es que la sentencia penal hubiere decidido que no fue el acusado el causante del daño, verdad legal que le exonera del hecho ilícito civil.³⁷

Cabe señalar que tratándose de una conducta ilícita tipificada como delito es necesario distinguir entre los delitos que se persiguen de oficio o a petición de parte.

Si se trata de un delito que se persigue de oficio y dicho delito fue cometido en contra de la sociedad, cualquier persona sea accionista o no de la sociedad, inclusive un tercero ajeno que tenga conocimiento del delito, puede acudir al Ministerio público a denunciarlo, toda vez que por regla general los delitos que se persiguen de oficio son aquellos en los que el bien jurídicamente tutelado pertenece a la colectividad y en este sentido se justifica el interés jurídico del denunciante.

³⁷ *Ibíd.* Página 290.

Si se trata de un delito que se persigue a petición de parte afectada, es decir, por querrela entonces si se tiene que realizar todo el proceso de toma de decisión en la asamblea de accionistas para proceder a presentar la denuncia del mismo por parte de la sociedad.

Cuando el Comisario incumpla con sus obligaciones y este incumplimiento se traduzca en un daño o un perjuicio para la sociedad, los accionistas y los terceros que contraten con la sociedad, el Comisario deberá de indemnizar al afectado.

El mecanismo que marca la Ley para que la sociedad pueda exigir tanto a los administradores como a los Comisarios la responsabilidad incurrida y por consiguiente resarcir los daños y perjuicios causados, es insuficiente toda vez que se necesita cumplir una serie de requisitos que en muchos casos no permiten exigir esta responsabilidad en perjuicio de la sociedad.

Por la dificultad que existe para cuantificar y exigir el pago de los daños y perjuicios vía tribunales, es de suma importancia el que la caución otorgada por los Comisarios o Administradores para el desempeño de su encargo, sea una cantidad suficiente para indemnizar a la sociedad.

CAPITULO III.- La Información Financiera.

3.1.- Concepto.

La información financiera a que hace referencia la sección quinta del capítulo quinto de la Ley General de Sociedades Mercantiles, es lo que la doctrina llama el balance de la Sociedad Anónima.

El Maestro Mantilla Molina define al balance como un documento contable que refleja el estado económico de una negociación en un momento determinado, por lo cual se enumeran en los diversos elementos que constituyen el activo, pasivo, capital contable, capital social, reservas y estado de pérdidas y ganancias de ejercicios anteriores.³⁸

Navarini señala que el balance es la representación periódica, esquemática y sumaria de los elementos activos y pasivos del patrimonio social resumidos comparativamente a manera de poner en evidencia la situación de conjunto y el resultado beneficioso o desventajoso del ejercicio a que se refiere.³⁹

Por lo que, como vimos, el balance es una explicación contable a un momento determinado de la situación patrimonial que guarda la sociedad, conociéndose con

³⁸ Roberto Mantilla Molina. Op. cit., Página 424.

³⁹ Navarini. Autor citado por Joaquín Rodríguez y Rodríguez, en su Tratado de Sociedades Mercantiles, anteriormente citado. Página 307.

esta información la marcha de la sociedad durante el periodo establecido y permite compararla con la marcha de la misma en periodos anteriores.

3.2.- Regulación de la Información Financiera.

La información financiera, la cual está obligada a publicar la Sociedad Anónima, está regulada por la Sección Quinta, del Capítulo Quinto, de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Dicha sección comprende los artículos 172, 173, 174, 175, 176 y 177.⁴⁰

3.3- La Obligación de Elaborar y Presentar la Información Financiera.

Las Sociedades Anónimas, bajo la responsabilidad de sus administradores, presentarán a la asamblea de accionistas, anualmente, un informe que incluya por lo menos:

- a) Un informe de los administradores sobre la marcha de la sociedad en el ejercicio, así como sobre las políticas seguidas por los administradores y, en su caso, sobre los principales proyectos existentes.

⁴⁰ Los Artículos 174 y 175 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, fueron derogados por decreto publicado en el Diario oficial de la Federación el 23 de enero de 1981.

- b) Un informe en el que se declaren y expliquen las principales políticas y criterios contables y de información seguidos en la preparación de la información financiera.
- c) Un estado que muestre la situación financiera de la sociedad a la fecha de cierre del ejercicio.
- d) Un estado que muestre debidamente explicados y clasificados los resultados de la sociedad durante el ejercicio.
- e) Un estado que muestre los cambios en la situación financiera durante el ejercicio.
- f) Un estado que muestre las partidas que integran el patrimonio social, acaecidos durante el ejercicio.
- g) Las notas que sean necesarias para completar o aclarar la información que suministren los estados anteriores.

A la información anterior se agregará el informe de los Comisarios a que se refiere la fracción IV del artículo 166 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.⁴¹

⁴¹ Artículo 172 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Como lo señala el artículo anterior es tarea de los administradores el preparar el balance que se ha de presentar a los Comisarios, para que éstos lo revisen y dictaminen y posteriormente sea presentado a la asamblea de accionistas para su discusión, aprobación o modificación.⁴²⁴³

El Balance, incluyendo el informe al respecto de los Comisarios, deberá estar a disposición de los accionistas con una anticipación de por lo menos quince días a la fecha de la celebración de la asamblea en la que se discuta.⁴⁴ Por lo que los administradores deberán elaborar el balance con el tiempo suficiente para que una vez terminado, los Comisarios puedan revisarlo y dictaminarlo, poniéndose a disposición de los accionistas con la anticipación señalada.

Rodríguez y Rodríguez señala que realmente la administración de la sociedad no prepara el balance propiamente, sino el proyecto de balance, ya que el documento que preparan los administradores tiene que ser revisado por los Comisarios al cual éstos adjuntan su informe, y la asamblea discutirá, aprobará o modificará, en su caso, el balance presentado. En la práctica la realidad es otra, ya que en la inmensa mayoría de los casos el informe presentado por el Consejo de Administración es aprobado de manera incondicional por parte de la Asamblea.⁴⁵

⁴² El artículo 166, fracción IV de la Ley General de Sociedades Mercantiles, nos señala que los Comisarios deberán rendir un informe anual a la asamblea ordinaria de accionistas respecto de la información presentada a esta por el consejo de administración.

⁴³ El artículo 181, fracción I, de la Ley General de Sociedades Mercantiles, señala que es facultad de la asamblea ordinaria de accionistas discutir, aprobar o modificar el informe presentado por los administradores.

⁴⁴ El término de quince días al cual nos referimos se encuentra señalado en el artículo 173 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

⁴⁵ Joaquín Rodríguez y Rodríguez. Op. cit., Página 314.

3.4.- Contenido de la Información Financiera.

El artículo 172 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, anteriormente citado, es el que nos indica el contenido mínimo que debe tener el informe que deben de presentar los administradores de la sociedad. A lo largo de sus siete fracciones se especifica dicho contenido.

Aunque en primera instancia se podría pensar que se necesitan elaborar siete informes diferentes, la realidad no es así, porque lo que se presenta es un balance financiero contable en el cual se abarca la mayoría de los puntos señalados por la ley, y las notas en las que se clarifica y se complementa dicho balance, siendo así que se cumple con los requisitos señalados por la Ley al respecto.

El balance tiene cuatro elementos básicamente, éstos son el activo que es lo que la sociedad tiene, el pasivo que es lo que la sociedad debe, la diferencia entre lo que la sociedad tiene y lo que debe que es el capital contable y el estado de resultados.

Los incisos a) y b) del artículo 172 de la LGSM, no reflejan o forman el balance en si, sino que ahí se expresa la forma en base a las cuales se formuló el balance y la forma en como ven los administradores el desarrollo de la sociedad durante el ejercicio social correspondiente.

Los incisos comprendidos del c) al g), detallan los informes que formarán parte del balance, el cual debe mostrar de forma veraz, exacta y clara el estado que guarda la sociedad desde el punto de vista financiero.

3.5- Obligación de Publicar el Balance.

La obligación de publicar el balance la encontramos en el artículo 177 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que señala que quince días después de la fecha en la que la asamblea general de accionistas haya aprobado el informe a que se refiere el artículo 172 de la misma Ley, deberán mandarse publicar los estados financieros incluidos en el mismo, conjuntamente con sus notas y el dictamen del Comisario.

Los estados financieros deberán publicarse en el periódico oficial de la entidad en donde esté domiciliada la sociedad o en el Diario Oficial de la Federación si la sociedad cuenta con oficinas y dependencias en varias entidades de la República.

En los estatutos se puede pactar también la obligación de publicar los estados financieros de la sociedad en uno de los diarios de mayor circulación ya sea de la entidad donde esté domiciliada la sociedad o de los diarios de circulación nacional.

Además de las publicaciones antes señaladas se debe de depositar copia autorizada del informe en el Registro Público de Comercio del domicilio de la sociedad.

Si existiese alguna oposición en contra de la aprobación del informe y ésta se haya realizado dentro del término señalado por la Ley, se hará constar dicha oposición por medio de la anotación respectiva incluyendo ésta el nombre de los accionistas opositores y el número de acciones que representan, dicha anotación deberá ser publicada junto con las publicaciones antes señaladas.

Al respecto Mantilla Molina señala que al carecer de sanción la norma que obliga a publicar y a depositar el balance, ésta es la razón por la que se explica en la práctica que la norma sea poco observada.⁴⁶

Como se puede observar la Ley le está dando una doble publicidad a la información financiera de la Sociedad Anónima, siendo la primera mediante la publicación en el periódico oficial y la segunda es mediante el depósito de dicha información en el Registro Público de Comercio.

La razón por la cual el balance de la sociedad debe de publicarse, es porque en virtud de ésta publicidad se va a dar a conocer periódicamente la situación financiera de la sociedad, con lo que los acreedores podrán conocer las garantías

⁴⁶ Roberto Mantilla Molina. Op.cit., Página 426.

con las que cuentan, los socios podrán también saber la base sobre la cual se realizó la distribución de los dividendos y los terceros que contraten con la sociedad conocerán el nivel de apalancamiento de la misma.

3.6- Convergencia de los tres Órganos de la Sociedad en la Elaboración de la Información Financiera.

Una de las situaciones más importantes dentro de la Sociedad Anónima es la elaboración del balance, ya que en la elaboración de éste, entran en actividad los tres órganos de la Sociedad Anónima, es decir tienen que trabajar sobre la misma materia el Consejo de Administración, los Comisarios y la Asamblea de Accionistas.

Primeramente, los administradores al estar al mando de la conducción de la sociedad y encargarse de aplicar las políticas financieras de la empresa, son los que deben elaborar el proyecto de balance⁴⁷. Una vez elaborado este proyecto, el Órgano de Vigilancia de la sociedad, es decir, los Comisarios se van a encargar de revisar y dictaminar el proyecto presentado. Una vez que estos dos órganos cumplen con sus respectivas obligaciones respecto del informe que le tienen que presentar a la asamblea de accionistas, será ésta la encargada de discutir, aprobar o modificar dicho informe.

⁴⁷ En realidad no es el Consejo de Administración el que elabora el balance, sino que éste es elaborado por los contadores de la sociedad, siendo responsabilidad del Consejo que dicho balance esté elaborado de manera que verdaderamente refleje la situación económica de la sociedad.

3.7- Concurrencia de los Administradores en la Elaboración del Balance.

Como ya hemos dicho, el proyecto de balance corresponde primeramente al Consejo de Administración, siendo éste el responsable de su elaboración y presentación oportuna frente a la Asamblea de Accionistas. Si la falta de presentación oportuna ocurre de manera dolosa, con la finalidad de cubrir las faltas u omisiones en las que incurrió la administración de la sociedad, se podrá acordar la remoción del Administrador o Consejo de Administración o bien de los Comisarios, independientemente de que les sean exigidas las responsabilidades en la que hubieren incurrido.⁴⁸

Es conveniente señalar que los consejeros son los responsables de la existencia y mantenimiento de los sistemas de contabilidad, control, registro, archivo o información que previene la Ley. En este caso la responsabilidad será solidaria, pudiendo ser ésta por acción u omisión, considerando que los elementos antes señalados son básicos para poder realizar la elaboración del balance de la sociedad y para comprobar los datos vertidos en este si es necesario.⁴⁹

⁴⁸ El fundamento de lo anterior lo encontramos en el artículo 176 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

⁴⁹ El artículo 158 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, es el que nos señala que la responsabilidad de los administradores será solidaria respecto de los sistemas de contabilidad control, registro y archivo que previene la ley, entre otras responsabilidades.

Lo anterior no implica que por la existencia de los sistemas mencionados, la elaboración del balance refleje una apreciación correcta de la realidad, pero si implica que se va a poder verificar de manera eficaz, si el balance refleja en realidad la situación económica de la sociedad.

La obligación de la elaboración del balance de conformidad con la Ley, la tienen todos y cada uno de los consejeros (aunque como ya habíamos mencionado no son precisamente los administradores los que elaboran el balance sino los contadores de la sociedad), no pudiendo el mismo consejo de administración excluir a alguno de sus consejeros de la elaboración del balance. Lo que si puede hacer el consejo es delegar la elaboración del balance entre algunos de sus consejeros(o entre empleados de la sociedad) y si llegaren a existir inexactitudes o irregularidades no se le podría exigir responsabilidad al consejo si éste hubiera puesto la diligencia ordinaria para impedir esas irregularidades.

Esto es, la obligación de presentar el balance de conformidad con el 176 de la LGSM, si es una obligación personalísima de los consejeros pero si éstos ponen la diligencia suficiente al revisar la elaboración del balance antes de presentarlo a la asamblea y éste tiene errores que por ser de una especialización elevada no pueden ser detectados en la revisión, no se les podrá exigir responsabilidad a éstos, ni si quiera en el supuesto de responsabilidad por omisión, toda vez que éstos pusieron la diligencia ordinaria para impedir las irregularidades en el balance.

Ahora, si se demuestra que no existió esa diligencia en la revisión del balance, entonces sí se estaría frente a un supuesto de responsabilidad de todo el consejo de administración.

Al respecto, De Gregorio señala que las funciones de formación del balance no son delegables, por lo menos no es delegable la función general de vigilancia sobre las operaciones de formación del balance, pero puede delegarse la obligación de la formación del balance en virtud de los estatutos o por funciones administrativas. Los errores, incluso los actos de mala fe, realizados en estas funciones administrativas, pueden determinar inexactitudes o falsedad en los asientos del balance sin que los administradores puedan observarlas o evitarlas con su función genérica de vigilancia.⁵⁰

Los administradores también van a ser responsables de entregar el balance en el plazo establecido por los estatutos o por la Ley. El incumplimiento a esta obligación puede ir desde una simple amonestación por parte de los accionistas al consejo hasta la destitución de este mismo, debiéndose tomar dichas decisiones en asamblea de accionistas debidamente convocada y con el quórum establecido en los estatutos o en Ley.⁵¹

⁵⁰ De Gregorio. *Delle società e delle associazioni commerciali*, Roma 1937, autor citado por Joaquín Rodríguez y Rodríguez. *Tratado de Sociedades Mercantiles*. Editorial Porrúa. Sexta Edición. México 1981.

⁵¹ De conformidad con la Ley del Mercado de Valores las empresas que cotizan en bolsa, deberán de revisar por parte de sus consejeros de manera bimestral la información financiera.

Las sociedades que cotizan en bolsa de conformidad con la circular 11_33 de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 23 de noviembre de 2000, establece la obligación de entregar a dicha comisión de manera trimestral la información económica contable y administrativa de la sociedad por dicho periodo, siendo también responsabilidad del Consejo de Administración a que se de cumplimiento a dicha disposición.

3.8- Concurrencia de los Comisarios en la Elaboración del Balance.

Por lo que respecta al Órgano de Vigilancia de la Sociedad, es decir a los Comisarios, éstos también concurren en la elaboración del balance, ya que una de las obligaciones de los Comisarios es la de rendir anualmente a la Asamblea General Ordinaria de Accionistas un informe respecto de la veracidad, suficiencia y razonabilidad de la información presentada por el Consejo de Administración a la propia Asamblea de Accionistas, como quedo explicado en el tema correspondiente y que en resumidas cuentas consiste en:

- a) La opinión del Comisario sobre si las políticas y criterios contables y de información seguidos por la sociedad son adecuados y suficientes, tomando en consideración las circunstancias particulares de la sociedad.
- b) La opinión del Comisario sobre si esas políticas y criterios han sido aplicados consistentemente en la información presentada por los administradores.

- c) La opinión del Comisario sobre si como consecuencia de lo anterior, la información presentada por los administradores reflejan en forma veraz y suficiente la situación financiera y resultados de la sociedad.

Una vez que los Comisarios tienen el balance realizado por los administradores de la sociedad, y cuentan con todos los elementos, información y demás documentos necesarios para poder realizar su trabajo, dictaminarán el balance no sólo sobre los datos vertidos en éste por los administradores, sino sobre el fundamento de éstos, que son los datos presentados en las notas del balance, los anexos de éste, los informes que sobre el mismo hagan los administradores, los libros de contabilidad, verificación de inventarios, y demás documentos que permitan clarificar y realizar una real revisión del balance.

Las facultades que otorga la Ley a los Comisarios con respecto al balance son bastante amplias, con las cuales los Comisarios no son unos simples revisores de cuentas como lo consagra la legislación Española. La finalidad por la cual la Ley otorga estas facultades a los Comisarios es la de prever un buen funcionamiento de la sociedad y la de otorgar mayor seguridad jurídica a los accionistas.

En una gestión real por parte de los Comisarios, éstos no se deberían de limitar a sólo formular observaciones respecto de la administración de la sociedad, sino realizar propuestas concretas para la buena marcha de ésta y la protección de los accionistas.

Lo anterior, toda vez que como consecuencia de las facultades de fiscalización con las que cuentan los Comisarios y con el objeto de cumplir cabalmente con éstas como parte importante de su gestión, la Ley no los limita en sentido alguno.

No existe un plazo fijado de manera expresa en la Ley, dentro del cual los Comisarios deban de realizar la revisión y el dictamen del balance presentado por los administradores⁵², pero es de ellos también la obligación de poner a disposición de los accionistas con una anticipación de quince días a la fecha de celebración de la asamblea el balance que se vaya a discutir y en su caso aprobar.

Aunque los administradores deben entregar el balance a los Comisarios con el tiempo suficiente para que estos puedan revisarlo y dictaminarlo, este plazo no debe de ser excesivo, ya que es obligación de los Comisarios conocer a detalle la marcha de la sociedad, lo que implica que estén realmente familiarizados con la contabilidad, las políticas financieras, y los proyectos de la empresa, por lo que tiene que ser materia común de su conocimiento, la situación de la empresa para la realización de su informe, y sus observaciones correspondientes.⁵³

⁵² Aunque la ley si es clara al decir que la Asamblea General Ordinaria de Accionistas deberá reunirse por lo menos una vez al año dentro de los cuatro meses que sigan a la clausura social para la aprobación del informe de los administradores (Art. 181 LGSM), interpretando lo anterior los Comisarios deben hacer esta revisión por lo menos una vez al año, aunque la fiscalización de la sociedad debe de ser una actividad que se realice día con día.

⁵³ Con el objeto de que el Comisario esté familiarizado con la administración de la sociedad y las decisiones que ésta tome, es obligación de los Comisarios asistir con voz pero sin voto a las sesiones del consejo de administración y es obligación de éste el convocarlos.(Art. 166 Fracc VII LGSM)

De la misma forma como sucede con los administradores, si los Comisarios no rindieren su informe, o lo hicieren de una manera insuficiente, éstos se harán acreedores a la sanción correspondiente que señale la Asamblea de Accionistas, pudiendo incluso llegar a la destitución de los Comisarios, independientemente de las responsabilidades que hayan incurrido. (Art. 176 LGSM)

3.9- La Concurrencia de la Asamblea en la Elaboración del Balance.

En la fracción primera del artículo 181 de la Ley General de Sociedades Mercantiles se menciona que corresponde a la Asamblea Ordinaria el discutir, aprobar o modificar el informe de los administradores, tomando en cuenta el informe de los Comisarios y tomar las medidas que juzgue convenientes.

De lo anterior se desprende la posibilidad que tiene la Asamblea Ordinaria de no aprobar o modificar el informe presentado por los administradores, aunque esto sucede en la practica de manera muy aislada, llegando a ser una practica completamente extraña, ya que en la gran mayoría de los casos los informes se aprueban sin discusión alguna.

La intervención que realiza la Asamblea Ordinaria en la formación del balance, es una facultad exclusiva de ésta. Ningún otro órgano de la sociedad puede tomar atribuciones sobre esta materia, ni si quiera sería lícita su atribución a la Asamblea General Extraordinaria, ya que el legislador ha querido que la discusión de los

actos concernientes a la administración de la sociedad y su situación financiera, puedan hacerse de modo eficaz y sencillo, bastando para las aprobaciones correspondientes una mayoría simple.⁵⁴

No comparto la opinión de Rodríguez y Rodríguez de que la asamblea participa en la elaboración del balance, toda vez que ésta solo lo aprueba o modifica, pero en ningún momento lo elabora. Independientemente de que la Ley la faculte o no, no es la función de la asamblea el elaborar el balance, toda vez que ésta no está familiarizada con los detalles técnicos ni con el día a día de la administración de la sociedad.

Además, de ser exclusiva esta facultad de la asamblea, también es indelegable, ya que sólo compete a los accionistas la discusión, aprobación o modificación del balance, siendo que los otros dos órganos de la sociedad ya intervinieron en la elaboración del mismo, y es menester de los socios realizar esta actividad, toda vez que al final son ellos los beneficiados o perjudicados de los resultados obtenidos por la sociedad. Y son estos los que tienen que revisar las políticas financieras, su efectividad, y los resultados de las mismas que van a traducirse en la buena o mala marcha de la sociedad, traduciéndose esto a su vez en las utilidades que van a recibir los accionistas o las pérdidas que van a tener que soportar. Razón suficiente para afirmar que estos son por medio de su

⁵⁴ *Ibid.*, Página 319.

representación en la asamblea ordinaria, los que van a discutir, aprobar o modificar, el informe de los administradores.

La Ley en ningún momento menciona que la asamblea pueda desaprobar el balance presentado por los administradores, pero si la asamblea tiene la facultad de aprobarlo, implícitamente va a tener la facultad de no aprobarlo, es decir, de no aceptar el informe en los términos presentados.

Esta facultad la encontramos implícitamente en la fracción I del artículo 181 de la LGSM, ya que en la resolución que ésta tome del informe presentado por los administradores, el sentido de la misma puede ser no aprobándolo.

Si no lo aprueba podemos prever básicamente las siguientes consecuencias:

- a) La realización de una auditoria a la administración de la sociedad, para evidenciar las deficiencias o los actos ilícitos en los que incurrió la administración.
- b) La elaboración de un nuevo informe por personas diferentes a la administración de la sociedad que pueden ser comisiones designadas por la propia asamblea. En virtud del cual se puedan evidenciar las diferencias con el primer informe.
- c) Si la asamblea lo considera necesario se puede sancionar a los administradores responsables, desde una amonestación hasta la remoción de

éstos y exigirles la reparación de los daños o perjuicios causados a la sociedad o bien las denuncias penales correspondientes.

En el supuesto de que los Comisarios al rendir su informe sobre la información financiera presentada por los administradores, tengan salvedades al respecto, éstas deberán estar asentadas en el informe que presenten con el objeto de que las mismas consten por escrito y en un momento dado puedan ser excluyentes de responsabilidad de éstos.

El que existan salvedades al informe por parte de los Comisarios, no implica que el informe no sea aceptado por la asamblea ya que será responsabilidad de ésta el valorar los comentarios de los Comisarios y decidir si aprueban o no el informe de los administradores.

Como fue señalado en su oportunidad, las facultades del Comisario son amplias respecto de su intervención en la elaboración del balance, su revisión y dictamen, siendo también amplias las facultades que tiene la Asamblea General Ordinaria, respecto de la aprobación del balance, como son la posibilidad de modificar las cuentas, los asientos, realizar sus propias investigaciones, contratar revisores especiales de cuentas, solicitar aclaraciones respecto de algún punto del informe, resolver sobre el reparto de utilidades, toda vez que en el balance se va a visualizar si estas existen, crear las reservas que juzgue convenientes, fijar los emolumentos para los administradores y Comisarios, ratificar a estos en sus

puestos o removerlos, fijar la forma y políticas en la cual debe administrarse la sociedad en los siguientes ejercicios sociales.

Rodríguez y Rodríguez señala que el derecho a la información que tienen los accionistas, es sumamente limitado, ya que sólo se extiende al examen que realizan del balance, sus anexos y de los informes de los administradores y de los Comisarios. No comprendiendo el examen de los libros que sólo son accesibles a los administradores y Comisarios.⁵⁵

Consideramos la afirmación antes citada, no del todo acertada, ya que los accionistas pueden pedir informes de la situación financiera de la sociedad con la periodicidad que éstos deseen, pueden formar comisiones para la revisión de la administración, incluyendo los libros, pueden contratar revisores de cuentas, solicitar auditorias externas, entre otras acciones y sobre todo, tienen a los Comisarios que su función es la de vigilar e informar a los accionistas de las actividades y manejos de la empresa que realicen los administradores. Razón por la cual considero que si en verdad los accionistas desean tener la información suficiente para comprender las acciones y resultados de la administración de la sociedad, éstos las pueden obtener de conformidad con lo anteriormente señalado.

⁵⁵ *Ibid.*, Página 321.

La información financiera es el documento elaborado bajo la responsabilidad del Consejo de Administración en virtud del cual se va a conocer la situación económica de la sociedad en un periodo de tiempo determinado, sobre el cual recaerá el informe de los Comisarios y la aprobación en su caso por parte de los accionistas.

Las consecuencias de la información reflejada en el balance serán las siguientes:

- a) Los accionistas conocerán la situación económica de la sociedad de la que son parte.
- b) Los acreedores conocerán el nivel de apalancamiento de la sociedad y el estado en que se encuentran las garantías con las que cuentan.
- c) Se va a poder determinar el grado en que es sujeto de crédito la sociedad.
- d) Se hará evidente qué tan eficaz ha sido la política administrativa y económica que ha aplicado la sociedad.
- e) Se va a determinar la productividad de ésta entre otras cosas.

CAPITULO IV. Modificaciones Legales o Estatutarias para que el Órgano de Vigilancia de la Sociedad Anónima Cumpla con sus Funciones de Fiscalización de la Sociedad.

Las amplias facultades con las que cuenta el Órgano de Administración de la Sociedad Anónima, para poder alcanzar un grado óptimo en el funcionamiento de la misma, así como la dificultad con la que en la práctica se encuentra el Órgano de Vigilancia de la sociedad para fiscalizar la administración de la misma, dan como resultado la falta de seguridad jurídica debida para los accionistas, por lo que es necesario actualizar los preceptos legales para que los accionistas obtengan esa debida seguridad jurídica que les otorgaría un Órgano de Vigilancia capaz de realizar su gestión de manera efectiva.

Para poder actualizar los preceptos legales nos enfrentamos a un problema al parecer insuperable en nuestros días a corto plazo, la ineficacia de nuestro poder legislativo, ya que la falta de conocimiento jurídico de los integrantes de éste, así como las pugnas entre los partidos políticos hacen que la legislación en nuestro país tenga muchos años de retraso en comparación con la evolución que tiene el comercio en nuestros días.

La opción que nos queda es actualizar las facultades de los Comisarios en el contrato social, esto es, que los estatutos que regirán a la Sociedad Anónima

contengan estas modificaciones en aras de otorgar la debida seguridad jurídica a los accionistas y la buena marcha de la sociedad.

Tomando como fundamento lo establecido en el artículo 78 del Código de Comercio el cual señala:

“Art. 78.- En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.”

Con la legitimación que nos da el contenido de este artículo para que los socios pacten en el contrato social lo que a sus intereses convenga, siempre y cuando no vayamos en contra de lo establecido en la Ley, procederemos a proponer las modificaciones que consideramos necesarias para la buena fiscalización de la administración de la sociedad.

4.1.- Independencia del Órgano de Vigilancia.

Primeramente se debe garantizar que el Órgano de Vigilancia tenga una total independencia del Consejo de Administración para evitar con esto todo tipo de posibles contubernios que pudieren existir entre los administradores y los Comisarios.

Una de las razones por las cuales existe un órgano de vigilancia es la fiscalización de la administración de la sociedad, por lo que es fundamental para cumplir con tal propósito la independencia total de los Comisarios con los integrantes del Consejo de Administración o con los diversos grupos de accionistas.

La Ley trata de garantizar esta independencia entre los órganos con lo consagrado en el artículo 165 de la LGSM. el cual menciona:

“Art. 165.- No podrán ser Comisarios:

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

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

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

Como ya se mencionó, respecto de la primera fracción no tenemos comentario alguno, toda vez que es una consecuencia lógica de estar inhabilitado para ejercer el comercio.

Respecto de la segunda fracción, la finalidad de este precepto es que no haya ningún interés que pueda poner en riesgo la independencia de los Comisarios con respecto de la administración de la sociedad o respecto de grupos de interés sobre ésta. Tal y como se demostró en el ejemplo citado en el tema correspondiente, fácilmente se puede perder dicha independencia por lo que sugerimos que se prohíba de manera expresa que cualquier empleado de cualquier sociedad que tenga algún interés en la sociedad en cuestión participe o forme parte del Órgano de Vigilancia de la sociedad, independientemente de los porcentajes con los que se participe en el capital social de la sociedad.

Respecto de la tercera fracción, la limitación que consagra evidentemente busca la independencia del Comisario con respecto de la administración de la sociedad y como se señaló difícilmente se puede limitar aún más, ya que la redacción tendría que ser tan amplia que difícilmente se encontrarían Comisarios para las sociedades. Correspondiendo aquí a los accionistas escoger a los Comisarios de manera que se mantenga esa independencia para que la fiscalización sea llevada de manera objetiva y real, conservándose la esencia del Órgano de Vigilancia.

En la realidad se da que el Comisario de la sociedad es un empleado o socio del despacho de contadores que audita a la sociedad, quedando completamente

diluida la independencia que debe de tener el Comisario, toda vez que si éste llegare a oponerse o a criticar alguna de las decisiones tomadas por el Consejo de Administración, el despacho de contadores puede perder a la sociedad como cliente.

Lo que propongo para fortalecer la independencia de los Comisarios es cambiar la forma de designación que hasta hoy ha sido utilizada, misma que se encuentra establecida en la LGSM, en virtud de la cual de conformidad con la tenencia accionaria se va a tener una mayor o menor posibilidad de nombrar a los Comisarios.

Este sistema es adecuado para nombrar a los administradores, sin embargo no funciona para nombrar a los Comisarios, ya que los mismos accionistas que nombran a la mayoría de los administradores, serán los mismos que nombren a la mayoría de los Comisarios, dándose una relación Accionistas-Administradores-Comisarios, que pudiera no ser benéfica para la marcha de la sociedad ni para la seguridad jurídica de los socios minoritarios ni para los terceros que contratan con la sociedad.

Ahora bien, si en la designación de los administradores se establece que los accionistas que tengan la mayoría accionaria nombrarán a un mayor número de administradores. En la designación de los Comisarios la opción debería de ser que

éstos o la mayoría de éstos fuera designada por aquellos que nombraron al menor número de administradores.

Con lo anterior se obtendrá una mayor objetividad en los informes que presenten los Comisarios a la asamblea respecto del desempeño del Consejo de Administración.

Otra posible solución es que la designación de los Comisarios se realice de forma tradicional, es decir, que los accionistas que representen la mayoría dentro de la sociedad, designen a la mayoría de los Comisarios, con la modalidad de que la minoría cuente con un derecho de oposición a dichas designaciones si se considera que las personas designadas para desempeñar dicho encargo tengan algún impedimento al respecto.

4.2.- Los Porcentajes establecidos en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Se ha criticado la forma en que la LGSM establece porcentajes para que las minorías puedan ejercer sus derechos, comentando que tales porcentajes muchas veces dejan sin protección a los accionistas minoritarios al no poder éstos alcanzar la representatividad exigida por dichos porcentajes.

No consideramos de manera alguna que por el hecho de que los porcentajes pactados sean más bajos que los señalados por la Ley, se provoque un mal a los

accionistas que representen la mayoría, toda vez que no se les está privando de derecho alguno, sino lo que se está haciendo es tratar de igualar a las partes integrantes de la sociedad en los derechos y obligaciones que les atañen en lo que respecta a la vigilancia de la sociedad, y tampoco se entorpece de manera alguna el funcionamiento de la misma.

Por lo anterior, consideramos conveniente reducir los porcentajes que señala la ley de la materia y con esto dar acceso a la protección a las minorías dentro de la Sociedad Anónima.

El artículo 144 de la LGSM aplicado de conformidad con lo establecido en el artículo 171 de la misma Ley a los Comisarios, establece que cuando sean tres o más Comisarios, el contrato social determinará los derechos que correspondan a las minorías en su designación, pero en todo caso la minoría que represente un veinticinco por ciento del capital social nombrará cuando menos un consejero, siendo este porcentaje del diez por ciento cuando se trate de aquellas sociedades que tengan inscritas sus acciones en la Bolsa de Valores.

Aquí lo que sugerimos es que se reduzca el porcentaje del 25% que establece la Ley para que la minoría pueda nombrar a un Comisario, toda vez que si esa minoría no alcanza ese porcentaje no podrá nombrarlo (esto sólo si se da el supuesto de que el órgano de vigilancia de la sociedad esté formado por tres o más Comisarios, si está formado por menos de tres, la minoría en ningún momento tendrá ese derecho) ese porcentaje debería de ser del 10% ya que esa

cifra es representativa del capital y así igualar las condiciones que se le da a aquellas sociedades que cotizan en bolsa.

La exposición de motivos de la Ley presenta a este artículo como una novedad y como un medio de protección a las minorías, materia que no cubrían las disposiciones del Código de Comercio que la misma Ley derogó. Esta finalidad no se logra como se ha mencionado, ya que los derechos que se otorgan a las minorías están condicionados a que los Comisarios sean tres o más, de donde resulta que si el Órgano de Vigilancia está encomendado a un solo Comisario o en su caso a dos Comisarios, la minoría no puede participar en dicho órgano y está privada de esa supuesta protección.

Para corregir esta situación se debe pactar en los estatutos sociales una proporcionalidad diferente entre la participación en el capital y la participación en el Órgano de Vigilancia. Esta nueva proporción y la manera en que se establezca depende únicamente de la voluntad de las partes (socios) y de cómo lo pacten al momento de establecer los estatutos sociales, pero como quedó demostrado con la redacción actual del artículo 144 de la LGSM se está lejos de alcanzar la protección a las minorías que pondera la exposición de motivos respecto del mismo artículo.

A propósito de la aplicación del artículo 144 de la LGSM a los Comisarios, el maestro Manuel Lizardi A. en un artículo publicado en el News Letter, publicación

que realiza el despacho Von Wobeser y Sierra S.C. critica su aplicación a la figura del Comisario y comenta:

El artículo 171 de la LGSM hace aplicable a los Comisarios en artículo 144 que se comenta; pero esa aplicabilidad no puede ser a la letra de la ley, sino solamente en la medida compatible con la propia naturaleza del Órgano de Vigilancia de la sociedad.

El artículo 143 de la ley establece que cuando los administradores sean dos o más constituirán un Consejo de Administración. El Consejo de Administración es un cuerpo colegiado en el cual todos sus miembros tienen que actuar en conjunto, y por eso, en protección a la minoría y para permitir que esta concorra a la formación de la voluntad social, el artículo 144 establece que cuando los administradores sean tres o más y dicha minoría represente el 25% del capital social podrá nombrar a un consejero.

Esta situación no puede ser aplicable a los Comisarios, Órgano de Vigilancia de la Sociedad Anónima, porque aún siendo varios nunca constituyen un cuerpo colegiado. El artículo 164 de la ley dispone: "La vigilancia de la Sociedad Anónima estará a cargo de uno o varios Comisarios..." y el artículo 169 agrega: "Los Comisarios serán individualmente responsables para con la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen" de estos preceptos se desprende claramente que los Comisarios no constituyen ni podrán

constituir un cuerpo colegiado, lo que con toda claridad explicaba la Exposición de motivos, fuente de interpretación.

Para precisar en qué medida es aplicable a los Comisarios en artículo 144 que se comenta, hay que partir del hecho de que las funciones de vigilancia son muy diferentes a las funciones de administración, como son diferentes los derechos de administración a los derechos de vigilancia, pero que unos y otros son inherentes a la calidad de socio y no pueden suprimirse. Por lo que tan dignos de protección son los derechos de las minorías a intervenir en la administración de la sociedad, como los derechos de las minorías a ejercer las de vigilancia. Estos derechos sólo pueden hacerlos valer las minorías a través de los órganos que la ley establece. El órgano principal de la administración es el consejo y éste es único y colectivo por lo que en él solo pueden participar las minorías por medio de los consejeros que pueden designar en proporción a las acciones de que sean tenedores.

La vigilancia de la sociedad está encomendada a uno o varios Comisarios todos con las mismas facultades y que actúan cada uno de ellos en forma independiente de los otros; es decir que hay varios órganos de vigilancia, en tanto que sólo hay un órgano de administración colectivo. El artículo 144 establece la regla para la formación del órgano colectivo de administración con la participación de las minorías, pero esta regla no puede ser aplicable para la creación de órganos independientes de vigilancia. Dicho de otra manera, el artículo 144 establece la regla para la formación del órgano de administración con la participación de las minorías; pero ésta regla no puede aplicarse a los Comisarios que son órganos

unitarios, independientes y de diversa naturaleza. Menos aún puede condicionarse el derecho de la minoría para designar un Comisario a que haya tres o más. No hay razón lógica para ello. Así, si bien la minoría en una Sociedad Anónima no puede participar en la administración de la sociedad cuando esté encomendada a un administrador único o a un consejo formado por dos consejeros, no por eso se le puede privar de sus derechos de vigilancia y de designar a un Comisario. Esto, además de injusto, es contrario al espíritu de protección a las minorías pues permite a la mayoría hacer y deshacer a su antojo ante la pasividad o condescendencia del Comisario designado por la misma mayoría. En consecuencia la mayoría no puede suprimir los derechos de vigilancia de la minoría, mediante la designación de sólo uno o dos Comisarios, basándose en el absurdo de que debe haber tres o más Comisarios para que la minoría que represente el 25% del capital pueda designar uno.

En conclusión la única parte del artículo 144 aplicable a los Comisarios es la que dice: "Pero en todo caso la minoría que represente un veinticinco por ciento del capital social nombrará cuando menos un consejero", entiéndase Comisario.

Ahora bien de conformidad con la conclusión a la que llega el maestro Lizardi, es también aplicable a lo anterior la sugerencia que realizamos de reducir el porcentaje del 25% al 10% toda vez que este porcentaje es una cantidad representativa del capital social de la sociedad.

Con la redacción que actualmente tiene la Ley, estamos de acuerdo con lo señalado por el maestro Lizardi, ya que el Órgano de vigilancia en ningún momento se entiende como un órgano colegiado, sino que cada Comisario actuará de manera independiente en la fiscalización de la sociedad y si se quisiera hacer colegiado el Órgano de vigilancia con los preceptos que actualmente lo rigen, las minorías quedarían sin protección alguna ya que al estar formado el órgano de vigilancia por tres o más miembros y éstos tuvieran que deliberar y tomar decisiones de manera conjunta por mayoría de votos, el Comisario nombrado por la minoría contando con un sólo voto, tendría que subordinar su actuar a la voluntad de los otros dos Comisarios nombrados por la mayoría y entonces la protección a la minoría queda sin efecto.

Ahora bien, si como lo sugerimos, la minoría es la facultada para nombrar al mayor número de Comisarios y con esto queda establecida una proporcionalidad diferente entre la participación en el capital y la participación en el Órgano de vigilancia, de manera que la representación y participación de las minorías quede asegurada en dicho órgano, fácilmente podría funcionar un Órgano de vigilancia colegiado.

La idea de tener un Órgano de Vigilancia colegiado no es ajena a las sociedades mercantiles mexicanas, toda vez que en lo que respecta a la Sociedad de Responsabilidad Limitada el artículo 84 de la LGSM señala que:

“Art. 84.- Si el contrato social así lo establece se procederá a la constitución de un consejo de vigilancia formado de socios o personas extrañas a la sociedad.”

En la Sociedad Anónima Italiana encontramos también un órgano colegiado de fiscalización, la cual a partir de la unificación del derecho privado se encuentra regulada en el Código Civil italiano (Código Civil de 1942) el cual establece que el colegio sindical (órgano de vigilancia) debe deliberar en común y el acta de sus sesiones deberá transcribirse en un libro especial. El colegio sindical está regulado en los artículos 2397 a 2409 del Código Civil Italiano.

4.3.- Las Garantías que deben otorgar los Comisarios.

Respecto de las garantías que deben otorgar los Comisarios de conformidad con la LGSM, al no estar fijada en la misma un monto específico ni la forma en la cual se debe otorgar, ésta puede ir desde el depósito de una cantidad de dinero ante la tesorería de la sociedad, hasta la constitución de una prenda sobre las acciones del Comisario en el supuesto de que éste sea accionista de la sociedad en cuestión.

El objeto de que se establezca la obligación de que los Comisarios otorguen caución es para garantizar a la sociedad respecto de las posibles responsabilidades en las que podría incurrir el Comisario en el desempeño de su

encargo siendo que estas responsabilidades se van a traducir en posibles daños o perjuicios causados a la sociedad.

Las responsabilidades en las que pueden incurrir los Comisarios puede ser por una actuación dolosa la cual será sancionada de conformidad con lo que explicamos en el tema correspondiente.

Si la responsabilidad en la que puede incurrir el Comisario se da por la falta de capacidad o conocimiento en el desempeño de su encargo (nunca de manera dolosa), no sirve de mucho que se haya otorgado la caución para efecto de evitar dicha conducta, toda vez que una de las finalidades de otorgar caución es la de inhibir cualquier conducta ilícita por parte del Comisario, toda vez que tiene conocimiento de que se le puede ejecutar la caución otorgada y así ver disminuido su patrimonio, pero en este supuesto la conducta nunca fue deseada por el Comisario sino que se da por motivo de su incapacidad para desempeñar su encargo, la caución sólo va a servir para resarcir en cierta forma a la sociedad, pero de ninguna manera está evitando que sufra ese daño.

Para que realmente sea efectiva la garantía otorgada por los Comisarios, ésta debe ser de forma tal que su ejecución no le sea gravosa a la sociedad, con la finalidad de que en realidad se cubran los daños o perjuicios causados a la sociedad por la conducta del Comisario.

Ahora bien, por la manera en que está redactada la LGSM, se entiende que la caución otorgada por el Comisario es en beneficio de la sociedad, siendo que como se explicó, el Comisario puede incurrir en responsabilidad no sólo frente a la sociedad sino también frente a los accionistas y frente a los terceros. Por lo que la caución debería también estar a disposición de éstos.

Una de las formas más prácticas para el otorgamiento de la caución es la fianza puesto que la misma sociedad puede cubrir el costo de las primas de las fianzas haciendo así menos gravosa la garantía para el propio Comisario.

La caución debe de ser obligatoria para los Comisarios y administradores y ésta debe de cumplir con su finalidad que es la de indemnizar a la sociedad a los accionistas y los terceros de las responsabilidades en que éstos incurrieron. Debiendo ser ésta otorgada de forma tal que su ejecución no sea gravosa para la sociedad.

4.4.- Calidad Específica del Comisario.

Lo que proponemos para este caso es que como requisito y de conformidad con las obligaciones que marca la Ley para los Comisarios sobre todo en las cuatro primeras fracciones del artículo 166 de la LGSM y siendo éstas de suma importancia para la fiscalización de la sociedad, es imperante que los Comisarios de la sociedad cuenten con la calidad específica de ser Contadores Públicos o contar con una carrera afin. Con esto se asegura entre otras cosas que los

Comisarios van a entender y a poder analizar el informe que los administradores deben de presentar a la asamblea respecto de la estado que guarda la administración de la sociedad y se reducirá en gran medida que los Comisarios caigan en responsabilidad por incapacidad o ignorancia en el desempeño de su encargo, siendo esto en beneficio de la misma sociedad.

4.5.- La forma en la que responden los Comisarios.

Como ya lo mencionamos en el tema respectivo los Comisarios responden individualmente de sus actos⁵⁶. Pero para que la asamblea pueda exigir esa responsabilidad incurrida se debe de establecer un acuerdo en la misma, en el cual se designe a la persona que haya de ejecutar la acción correspondiente (Art. 161 LGSM).

Los accionistas que representen cuando menos el 33% por ciento del capital social podrán ejercitar directamente la acción de responsabilidad civil en contra de los administradores siempre que se satisfagan los siguientes requisitos:

- a) Que la demanda comprenda el monto total de las responsabilidades en favor de la sociedad y no solamente el interés personal de los promoventes.

⁵⁶ Joaquín Rodríguez y Rodríguez Op. cit. Pág. 137.

b) Que en su caso, los actores no hayan aprobado la resolución tomada en la asamblea general de accionistas sobre no haber lugar a proceder contra los Comisarios demandados.

Los bienes que se obtengan por dicha reclamación serán percibidos por la sociedad. (Art. 163 LGSM)

Lo que aquí vemos es que los accionistas pueden directamente ejercer la acción de responsabilidad siempre y cuando se cumplan con los presupuestos que para tal efecto marca la Ley.

Como ya se criticó en el tema correspondiente la dificultad que se tiene para ejercer esta acción debido a la forma en que está redactado el mencionado artículo, procederemos a proponer la modificación pertinente a efecto de que efectivamente se alcance la protección que el legislador quiso dar a los accionistas.

El acceso de la minoría a esta acción directa de responsabilidad es reducido, toda vez que se debe de contar con el 33% de representación en el capital social para poderla ejercer, con lo que difícilmente las minorías en muchos casos podrán ejercitar la acción. Por lo que desde nuestro punto de vista y si es la intención de otorgarle a las minorías medios de defensa en contra de los abusos de los Comisarios y de los administradores, el porcentaje a pactarse en los estatutos sociales debe de ser de alrededor del 5% (la legislación española utiliza el mismo

porcentaje), con lo que se le da acceso a las minorías a este derecho, toda vez que la fracción segunda del mencionado artículo restringe aún más esta posibilidad.

Con respecto a los otros dos requisitos que se señalan en el mismo artículo, aunque como se mencionó restringen aún más la posibilidad de ejercicio de esta acción, los consideramos hasta cierto punto lógicos evitando así que se tomen decisiones motivadas por intereses particulares de algún grupo de accionistas.

Ahora bien, lo anterior es por lo que respecta al ejercicio de la acción de responsabilidad por parte de la sociedad, siendo que el ejercicio de la acción de responsabilidad por parte de un accionista o de un tercero que haya contratado con la sociedad no se le aplicarían las reglas antes expuestas.

Si el accionista o tercero sufrieren un daño o menoscabo en su patrimonio por una conducta ilícita de los Comisarios o de los administradores, pueden pedir directamente la reparación del daño, teniendo como requisito el probar que entre la conducta del Comisario o de los administradores (el hecho ilícito) y el daño producido, existe un nexo causal, es decir, que efectivamente el resultado de dicha conducta produjo un daño.

Por otro lado y en lo que respecta al ámbito penal, hay que diferenciar si la conducta ilícita tipificada como delito es de los que se persiguen de oficio o a petición de parte.

Si se trata de un delito que se persigue de oficio y dicho delito fue cometido en contra de la sociedad, cualquier persona sea accionista o no de la sociedad, inclusive un tercero ajeno que tenga conocimiento del delito, puede acudir al Ministerio público a denunciarlo, toda vez que por regla general los delitos que se persiguen de oficio son aquellos en los que el bien jurídicamente tutelado pertenece a la colectividad y en este sentido se justifica el interés jurídico del denunciante.

Si se trata de un delito que se persigue a petición de parte afectada, es decir, por querrela entonces si se tiene que realizar todo el proceso de toma de decisión en la asamblea de accionistas para proceder a presentar la denuncia del mismo por parte de la sociedad.

4.6.- Concurrencia de los Comisarios en la Elaboración del Balance.

Con respecto a la concurrencia de los Comisarios para la elaboración del balance, el principal problema con el que éstos se enfrentan para rendir su informe de conformidad con lo señalado en el artículo 166 fracción IV, es la falta de tiempo, ya que necesitan que los administradores terminen con su proyecto de informe para que éstos puedan revisarlo y la mayoría de las veces este informe es entregado a los Comisarios muy poco tiempo antes de celebrarse la asamblea en la cual se ha de presentar, razón por la cual los Comisarios cuentan con un tiempo

limitado para poder revisarlo, sugerir modificaciones, comprobar cierta información, que sea adicionado por considerarlo incompleto, etc. y de esta forma poder éstos (los Comisarios) cumplir cabalmente con la obligación que se les impone en la fracción cuarta del mencionado artículo.

Para evitar que suceda lo anterior y con esto se cumpla con las obligaciones establecidas en la Ley, en los estatutos sociales se debe establecer que los administradores deberán entregar su informe a los Comisarios con un determinado tiempo de anticipación para que éstos puedan ejercer sus facultades de fiscalización, sugieran los cambios que consideren necesarios y entreguen a la asamblea un informe amplio y detallado de la gestión de los administradores. Con esto la asamblea tendrá un panorama más amplio y detallado al momento de aceptar o no el informe de la administración de la sociedad.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La sociedad es motivada por causas específicas que atienden a la naturaleza y racionalidad del hombre, esto es, siguiendo a Aristóteles, el hombre va a tender a formar grupos para poder satisfacer sus necesidades, las cuales como individuo no es capaz de satisfacer.

Conforme el hombre va evolucionando, también las necesidades a satisfacer evolucionan y las formas de relacionarse se hacen más complejas.

De aquí que surja la necesidad del hombre de regular la forma en la cual va a relacionarse y en virtud de tal relación, alcanzar los objetivos necesarios para la satisfacción de sus necesidades, naciendo de esta forma, el concepto de asociación y sociedad.

SEGUNDA.- Una de las figuras de sociedad que contempla nuestro sistema jurídico es la Sociedad Anónima, la cual esta compuesta básicamente de tres órganos:

- a) La Asamblea de Accionistas.
- b) El Consejo de Administración.
- c) El Órgano de Vigilancia.

TERCERA.- La Asamblea de Accionistas, es el órgano supremo de la sociedad, por ser el órgano más representativo de ésta, teniendo entre sus funciones más importantes la de señalar el rumbo y las políticas que debe de seguir la administración de la sociedad para la consecución de sus fines; la de ratificar todos los actos y operaciones de la sociedad; la de nombrar y remover en su caso a los administradores y Comisarios de la sociedad; la de modificar el contrato social y la de aprobar o modificar el informe presentado por la administración respecto de un ejercicio social, entre otras.

CUARTA.- El Consejo de Administración es el encargado de ejecutar las políticas acordadas por la asamblea de accionistas; es el encargado de llevar la administración de la sociedad; es el órgano encargado de llevar la representación de la sociedad, es decir, es el órgano en virtud del cual la sociedad va a poder exteriorizar sus conductas dentro del mundo del derecho, toda vez que va a obligar a la sociedad con terceras personas para la consecución de los fines sociales.

QUINTA.- El Órgano de Vigilancia es el encargado de vigilar permanentemente la gestión social; es un órgano en teoría independiente tanto de la administración como de los accionistas y su función es fiscalizar la actuación de la administración de la sociedad; es el encargado de velar por el buen rumbo de la sociedad y por lo tanto otorga seguridad jurídica a los accionistas al fiscalizar y denunciar, en su caso, las anomalías cometidas por la administración.

SEXTA.- El Consejo de Administración es fundamental para la vida y funcionamiento de la sociedad, toda vez que es el medio físico y jurídico en virtud del cual la sociedad va a poder actuar dentro del mundo jurídico y por consiguiente ser parte del intercambio comercial.

Jurídico.- Porque es éste el que tiene la firma social y cuenta con facultades para nombrar a mandatarios específicos para que realicen negocios jurídicos concretos.

Físico.- Porque la sociedad como persona moral (ente jurídico creado por medio de una ficción del derecho) necesita de personas físicas que ejecuten ciertos actos jurídicos para la consecución del fin social.

Por lo tanto, es el Consejo de Administración un órgano con amplias facultades para la consecución y cumplimiento del objeto social y por consiguiente debe de ser fiscalizado en su actividad por otro órgano completamente independiente de éste para asegurar la correcta marcha de la sociedad.

SÉPTIMA.- Dado el cúmulo de facultades con las que cuentan los administradores y la importancia de éstos para el funcionamiento de la sociedad, fue necesaria la creación de un órgano que fiscalizara la actividad de éstos, para garantizar la buena marcha de la sociedad y proteger los intereses de los accionistas.

Es decir, es necesaria la existencia de un órgano independiente y tan fuerte dentro de la sociedad como lo es el Consejo de Administración, para que en cierto momento éste pueda llegar a oponerse a los administradores, para la buena marcha de la sociedad. Por lo que el legislador quiso dotar al Órgano de Vigilancia de las más amplias facultades para la realización de esa tarea fiscalizadora dentro de la sociedad.

OCTAVA.- Pese a lo anterior y a la voluntad del legislador, en la práctica, el Órgano de Vigilancia no cumple con la finalidad para lo cual fue creado.

NOVENA.- Uno de los requisitos fundamentales para que el Órgano de Vigilancia pueda cumplir con su función fiscalizadora, es la total independencia de éste con los administradores y con los propios accionistas, lo cual difícilmente se dará con el sistema existente hoy en día para la designación de los Comisarios, toda vez que en éste existe una relación directa entre los accionistas mayoritarios, que son los encargados de nombrar a la mayoría de los administradores y los encargados también de nombrar a los Comisarios.

DÉCIMA.- Para fortalecer dicha independencia es necesario cambiar el sistema de designación, es decir, se debe romper en el caso de los Comisarios con la regla a mayor capital, mayor designación, con lo cual se reforzaría la independencia de los Comisarios con respecto de los administradores y de los grupos mayoritarios de accionistas, consiguiéndose con esto mayor certeza en cuanto a lo que se refiere la fiscalización de la administración de la sociedad.

DÉCIMA PRIMERA.- Con motivo de las obligaciones que la LGSM establece para los Comisarios, para conseguir una eficiente fiscalización de la administración de la sociedad, es necesario que los Comisarios tengan conocimientos específicos sobre ciertas materias (administración, contabilidad, etc.) en virtud de los cuales, éstos entenderán y estarán en posibilidades de interpretar la situación financiera de la sociedad, de revisar realmente el informe de los administradores y poder criticar las acciones tomadas por éstos.

Con estos conocimientos específicos éstos van a poder cumplir de mejor forma su función y al momento de éstos rendir su informe frente a la asamblea calificando la información financiera preparada por los administradores, los accionistas van a tener una mayor seguridad de que el informe fue revisado con conocimiento en la materia.

Por lo anterior, el cargo de Comisario debe ser ocupado por persona capacitada para tal efecto, contando con esa calidad específica que sólo una carrera profesional otorga y en específico el cargo debe ser ocupado por Contador Público, Administrador de Empresas o profesional que cuente con carrera afín.

DÉCIMA SEGUNDA.- Tratándose de las sociedades "familiares", es decir aquellas micro y pequeñas empresas, en las que por lo general sus miembros son familiares y amigos, con actividades tan variadas como la prestación de servicios, comercialización, constructoras, etc. y representando este tipo de sociedades la

mayoría de las sociedades existentes en este país, cabe señalar que la fiscalización de este tipo de empresas es aún más difícil, llegando a considerarse casi nula, debido a que el nombramiento del Comisario se hace con la finalidad de cumplir con el requisito legal al momento de la constitución y sin ninguna otra finalidad, por lo que se desvirtúa la función de este órgano.

DÉCIMA TERCERA.- Como se explicó en el presente trabajo, la forma que tienen los accionistas para asegurar que la fiscalización de la sociedad por parte de los Comisarios sea efectiva, tomando ellos la responsabilidad de elegir de manera responsable a las personas que van a ocupar dicho cargo, es tomando conciencia de que para alcanzar los fines personales por los cuales son parte de la sociedad. Primero se deben alcanzar los fines sociales ya que en la medida que éstos sean alcanzados aquellos se irán cumpliendo.

Por lo que, la mayor responsabilidad del buen funcionamiento de la sociedad y por lo tanto la seguridad jurídica que requieren los integrantes de ésta, depende en primera instancia de las obligaciones que se les impongan a los Comisarios en los estatutos sociales, que el cumplimiento cabal de dichas obligaciones sea exigido por los accionistas y que las garantías otorgadas sean suficientes y de fácil ejecución para que así cumplan con la finalidad de indemnizar a la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- Jorge Barrera Graf, Instituciones de Derecho Mercantil, Cuarta reimpresión, Editorial Porrúa S.A. México 1998.
- Jorge Barrera Graf, Las Sociedades en Derecho Mexicano, Primera Edición, UNAM, México 1983.
- Manuel Bejarano Sánchez, Obligaciones Civiles, Tercera edición, Editorial Harla, México 1984.
- Alejandro Bergamo Llabres, Instituciones de Derecho Mercantil, Editorial Reus, Madrid 1951.
- Ignacio Burgoa, Garantías Individuales, Vigésima Sexta edición, Editorial Porrúa S.A., México 1994.
- Guillermo Cabanelas, Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, II, III, IV, Cuarta Edición, Bibliográfica Omeba Editores Libreros, Buenos Aires Argentina 1962.

- José Antonio Domínguez Martínez, Derecho Civil, Primera Edición, Editorial Porrúa S.A. México 1990.
- Walter Firsh Philipp, Sociedad Anónima Mexicana, Cuarta Edición, Editorial Harla, México 1996.
- Ignacio Galindo Garfias, Derecho Civil, Décima Segunda edición, Editorial Porrúa S.A., México 1993.
- Eduardo García Maynez, Introducción al Estudio del Derecho, Cuadragésima Tercera edición, Editorial Porrúa S.A., México 1992.
- Manuel García Rendón, Sociedades Mercantiles, Segunda Edición, Oxford University Press, México 1993.
- Roberto L. Mantilla Molina, Derecho Mercantil, Cuarta Reimpresión, Editorial Porrúa S.A., México 1998.
- Bernardo Pérez Fernández del Castillo, Representación Poder y Mandato, Quinta Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1991.
- Rafael de Pina Vara, Elementos de Derecho Mercantil Mexicano, Vigésimo Quinta Edición, Editorial Porrúa S.A. México 1996.

- Elvia Arcelia Quintana Adriano, Derecho Mercantil, Primera Edición, Mc Graw Hill, México 1997.
- Joaquín Rodríguez y Rodríguez, Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Editorial Porrúa S.A., México 1992.
- Joaquín Rodríguez y Rodríguez, Tratado de Sociedades Mercantiles, Tomo I, Sexta edición, Editorial Porrúa S.A., México 1981.
- Rafael Rojina Villegas, Introducción al Estudio del derecho, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 1967.
- José Ignacio Romero, Sociedades Irregulares de Hecho. Ediciones Palma, Buenos Aires Argentina, 1982.
- Miguel Ángel Zamora y Valencia, Contratos Civiles, Cuarta edición, Editorial Porrúa S.A., México 1992.

LEYES Y CÓDIGOS.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.
- Código de Comercio.
- Ley General de Sociedades Mercantiles.
- Código de Comercio Argentino.
- Código Civil Italiano.
- Ley de Sociedades Anónimas Española.
- Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.
- Ley del Mercado de Valores.
- Circular 11-33 de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

REVISTAS O PUBLICACIONES PERIODICAS

- Boletín & News Letter, Publicación del despacho Von Wobeser y Sierra S.C.
- Diario Oficial de la Federación.