

760
2ej



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**“EL ORGANO DE VIGILANCIA EN LA SOCIEDAD
ANONIMA”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

FRANCISCO JAVIER ROSAS LARDIZABAL

México, D. F.

1987



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

EL ORGANO DE VIGILANCIA EN LA SOCIEDAD ANONIMA

INTRODUCCION.

1

CAPITULO I. ANTECEDENTES.

1.1. Antecedentes Históricos de la Sociedad Anónima.

4

1.2. Aspectos Generales de la Sociedad Anónima.

14

1.3. Surgimiento de los Organos de Vigilancia en las Sociedades.

26

1.4. Surgimiento del Comisario en la Sociedad Anónima.

31

CAPITULO II. DERECHO COMPARADO.

2.1. Derecho Español.	37
2.2. Derecho Francés.	40
2.3. Derecho Italiano.	42

CAPITULO III. CONCEPTOS GENERALES DE LOS ORGANOS DE VIGILANCIA.

3.1. Vigilancia y Control. Distinción entre estos conceptos.	48
3.2. Concepto y Características de los Organos de Vigilancia.	56

3.3. El Organó de Vigilancia en la Sociedad Anónima. 64

3.4. Diferencias con los otros Tipos de Sociedades. 68

CAPITULO IV. EL COMISARIO COMO ORGANO DE VIGILANCIA EN LA SOCIEDAD ANONIMA DENTRO DE LA LEGISLACION MEXICANA.

4.1. Códigos de Comercio de 1854, 1884 y 1889. 76

4.2. Proyectos de Código de Comercio. 81

4.3. Ley General de Sociedades Mercantiles. 92

4.4. Capacidad. 97

4.5. Persona Física y Persona Moral.	101
4.6. Nombramiento y Duración.	109
4.7. Derechos, Facultades y Atribuciones.	117
4.8. Obligaciones y Responsabilidades.	122
4.9. Opinión Sobre las Deficiencias de la Ley.	126
CONCLUSIONES.	134
BIBLIOGRAFIA.	141

INTRODUCCION

Ante la situación de cumplir con un requisito indispensable para llegar a la culminación de una de las más importantes etapas profesionales y decidir por un tema a desarrollar, intervienen diferentes factores.

El presente trabajo tuvo como influencia el profesorado de las cátedras de Derecho Mercantil, el tipo de trabajo que realicé como pasante y la situación económica que enfrentaron algunas empresas a partir de diciembre de 1982.

El hombre por su naturaleza tiende a asociarse con sus semejantes para diferentes fines: sociales, religiosos, científicos, etc.

De esas interrelaciones sociales surgió el comercio, el cual en su constante desarrollo dió origen a las sociedades mercantiles. Y siendo la sociedad anónima una de las figuras

jurídicas de mayor importancia en la economía de nuestro país, he decidido el tratar a uno de sus órganos sociales: los Comisarios.

Inicio el desarrollo del tema con el aspecto histórico de la sociedad anónima, aspectos generales y el surgimiento del órgano de vigilancia en la misma.

Asimismo, se hace referencia al derecho comparado, en el cual se contempla de diferentes maneras al órgano de vigilancia, ya sea en forma directa o indirecta.

Posteriormente, se desglosan los conceptos generales que considero caracterizan a este órgano social.

Finalmente, se habla del comisario desde el punto de vista de nuestra legislación, con los antecedentes y proyectos que se han elaborado hasta la actual Ley General de Sociedades Mercantiles.

Es importante hacer mención que, tanto en nuestra legislación como en el derecho comparado, pocos han sido los autores que han escrito en relación a los comisarios, encontrando algunas dificultades derivadas de la escasez de bibliografía y de las pocas fuentes que propiciaron una labor más profunda, pero hubo lo necesario para tratar de hacer un buen trabajo y efectuar una tesis que ayudara a culminar una primera etapa de anhelos profesionales.

Mucho de esta tesis se debe al intercambio de ideas con amigos, profesores y compañeros profesionistas, que en más de una ocasión dieron todas las facilidades para la consulta bibliográfica, mi agradecimiento a todos ellos.

CAPITULO I

ANTECEDENTES

1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA SOCIEDAD ANONIMA.

El Derecho Mercantil, como el Derecho de Sociedades, ha evolucionado en forma diferente a las demás ciencias jurídicas; ha sido formado en muchas ocasiones por los usos y costumbres que el comercio originó; y para el presente trabajo, considero importante hacer referencia al desarrollo histórico que han tenido las sociedades anónimas, por lo que haremos referencia al maestro Vázquez Arminio(1), en lo que respecta al desarrollo de estas sociedades.

Independientemente de la opinión que se adopte respecto del origen de las sociedades anónimas, en lo que sí está de acuerdo la doctrina es en aceptar que en las llamadas

Compañías Coloniales se encuentran los principios y antecedentes de las anónimas actuales.

La primera en aparecer fue la Compañía de las Indias Orientales, que se creó el 20 de mayo de 1602 mediante concesión otorgada por los Estados Generales de los Países Bajos; dando origen a la reorganización de la Compañía Inglesa de las Indias Orientales, y fundándose, además, la Compañía de la Bahía de Massachusetts, la Compañía de la América del Norte y la de la Bahía de Hudson; compañías en las que el capital se constituyó en forma permanente, asegurando, como consecuencia, la persistencia de la agrupación independiente y ajena a las vicisitudes de sus componentes, tomando por ello mayor importancia que las agrupaciones inglesas formadas anteriormente como: La Fellowship of Merchants Adventurers o Merchants Adventure's Company la Compagnie van Verre, entre otras.

En cuanto a la organización de las compañías, era común a todas ellas la situación de dependencia en que se encontraban frente al Estado.

Cada compañía se constituía con base en una concesión o carta real (octroli), otorgada en forma de gracia y sin sujeción a ninguna disposición legal, para la explotación, en privilegio, de uno o varios monopolios de comercio marítimo. Dicha carta contribuía por parte del Estado una personalidad independiente y diversa de los individuos que la formaban y le transfería, además, una serie de facultades y prerrogativas estatales para el control y fiscalización del monopolio o monopolios concedidos.

El sistema de administración fue diverso en cada país y de acuerdo con la forma en que el Estado hacía sentir su influencia sobre ellas. En general, los estatutos de cada compañía los establecía el Estado en la carta o mediante un acto posterior a ella, aunque algunas veces se permitió que los interesados los formularan de acuerdo con las atribuciones, monopolios, plazos y demás condiciones establecidas en la carta en forma amplia.

La gestión de la sociedad se encontraba en manos de los principales accionistas, quienes se reservaban el derecho

de nombrar y remover a los directores, consejeros y demás miembros de la administración, algunas veces tal facultad era compartida con el Estado.

El derecho de voto y la periodicidad del balance se desconocían, los principales accionistas y los administradores determinaban después de cada viaje la cantidad que correspondía a los restantes miembros de la sociedad por concepto de dividendos y fijaban la fecha para su pago. Existía la desigualdad en el interior de las compañías.

El capital social, como patrimonio, afectó en forma permanente a la realización de los fines perseguidos por la sociedad, no existe en la época de la aparición de las compañías. En las cartas se trataba de establecer la permanencia de las compañías, pero no la permanencia de su capital, ya que éste no se constituía para todo el plazo de explotación del monopolio concedido en privilegio, sino para un viaje o, a lo sumo, para una serie de ellos, al término de los cuales se reembolsaba a los socios el importe de sus aportaciones junto con las ganancias correspondientes, y al intentar la compañía otro viaje o serie de viajes, se llamaba a

las mismas personas o a otras para que efectuaran nuevas aportaciones.

Conforme el comercio de las Indias se fue haciendo más intenso, se requirieron mayores inversiones y, sobre todo, permanentes. Se transformó el sistema y se negó a los socios el reembolso de sus aportaciones mientras la compañía persistiera, dotándola, como consecuencia, de un capital estable, esto aumentó la circulación de las acciones, cuya transmisión se consideró como una especie de compensación ante la prohibición de reembolso.

La circulación de las acciones resultaba aún difícil y en poco contribuyó a satisfacer la necesidad de capitales que en mayor grado requerían las compañías. Inicialmente, el reparto de utilidades estaba sujeto a la voluntad de los administradores y a los recursos disponibles; sólo después de alcanzada la estabilidad del capital y ante el deseo de las compañías y del Estado de fomentar la circulación de las acciones para allegarse mayores recursos de explotación, es cuando comienzan a darse los repartos un verdadero carácter de distribución de utilidades. En mucho contribuyeron las nuevas

normas tendientes a establecer una buena contabilidad y la reducción de los plazos de rendición de cuentas y distribución de utilidades, pero sobre todo la concesión del derecho de voto a los pequeños accionistas, que inició la conversión de la asamblea general en eje de la organización administrativa de las compañías. Este desarrollo fue lento y no desapareció la influencia de los monarcas sobre las compañías, ni las imposiciones y abusos, aunque si disminuyó la desigualdad entre los socios.

El absolutismo gubernamental que imperó hasta fines del siglo XVIII inclina a considerar a tales compañías como instituciones u órganos creados por el Estado, con aportación del público, para procurarse recursos con el objeto de atender a diversos gastos o realizar fines específicos. Las sociedades anónimas han elaborado lentamente su disciplina. Los derechos de los socios que se consideran ahora como fundamentales se fueron delineando durante el transcurso de los siglos XVII y XVIII. Sin embargo, ni la desigualdad entre los socios desapareció totalmente ni se llegó al concepto actual que de tales derechos se tiene.

Es incuestionable que después de adoptado el sistema de negar el reembolso de las aportaciones a los socios, en tanto no se liquidaran las compañías, las normas contables que se adoptaron y la reducción de los plazos de rendición de cuentas, en mucho contribuyeron a que los repartos alcanzaran el concepto de ganancias líquidas que hoy se tiene.

En la evolución de los estatutos de las compañías y aún en los de aquéllas cuya carta data de los últimos años del siglo XVIII, no es raro encontrar atribuido a los accionistas un dividendo o interés fijo, cuyo pago se hacía con independencia de las efectivas utilidades y sin respetar el límite del capital social.

La necesidad de los Estados de procurarse cada vez mayores recursos mediante empréstitos concertados por intermediación de las sociedades anónimas, la expansión comercial y la mayor libertad que en todos los aspectos de la vida se observa a fines del siglo XVII, fueron los principales factores que determinaron el que esta forma de agrupación ampliara poco a poco su campo de actividades a ramos distintos de la navegación, como fueron la banca, los seguros, los

transportes y a toda la industria y al comercio. Fue en Francia e Inglaterra donde las sociedades por acciones encontraron un campo mejor para tal ampliación.

En la Gran Bretaña al lado de la Compañía de las Indias Orientales aparece el Banco de Inglaterra. En Francia se constituye el Banque Général, más tarde se transformaría en el Banque Royale.

El número de sociedades anónimas que se formaron hasta fines del siglo XVIII resulta mínimo, si se compara con el de las empresas individuales y agrupaciones de carácter personalista constituidas en esa misma época. Las especulaciones, abusos y crisis influyeron en tales proporciones, dando lugar a disposiciones que frenaron el desarrollo de las anónimas limitando su campo de actividades.

Se puede afirmar que, el incremento de las sociedades anónimas en el siglo XIX se debió en gran parte al cambiarse el sistema de concesión real por el de preceptos normativos y exigencias publicitarias.

La primera codificación que estructuró y determinó los rasgos fundamentales de las sociedades anónimas, fue el Código de Comercio francés de 1807, que a su vez influyó sobre el movimiento legislativo internacional que sobre la materia se aprecia durante el transcurso de ese siglo. Dicho Código estableció un sistema que puede considerarse como intermedio de dos posturas contrarias: La de concesión estatal y la de libertad condicionada al cumplimiento de preceptos normativos.

La libertad de comercio, como consecuencia de la Revolución, terminó con el sistema de concesiones y privilegios que regía la creación y funcionamiento de las sociedades anónimas, la constitución de una compañía dejó de ser entonces un acto sujeto a la voluntad del monarca. Especulaciones fraudulentas ocasionan que se prohíba la constitución de sociedades anónimas, hasta que por fuertes presiones se vuelve al sistema de la absoluta libertad. Sin embargo, para evitar abusos y fraudes se hizo necesario someter a las compañías a un régimen intermedio, según el cual las sociedades anónimas, aunque consideradas como entes jurídicos de carácter eminentemente particular, debían sujetarse a un control por parte del Estado; sistema de autorización que se estableció en el Código de Comercio Francés; pero no así las demás formas

sociales para cuya constitución existía amplia libertad cayendo éstas en las especulaciones y abusos.

Es en la ley de 24 de julio de 1867, que se constituye el sistema de autorización por un régimen de preceptos normativos y exigencias publicitarias, que se imponía, tanto a las sociedades anónimas como a las comanditas por acciones. La sociedad anónima se vió libre del régimen autoritario a que se encontraba sujeto; fue suficiente demostrar, de ahí en adelante, ante el correspondiente órgano estatal, que se había cumplido con los requisitos legales y después hacerlo público en los periódicos oficiales, para que la sociedad se considerara legalmente constituida.

El nuevo sistema fue bien aceptado y adoptado por la mayoría de los países. España lo acepta mediante la ley de 19 de octubre de 1869; le sigue Alemania con la Ley Adicional del Código General de Comercio de 11 de junio de 1870; Bélgica, mediante la ley de 1873; Hungría, con el Código de Comercio de 16 de mayo de 1875; Italia y Brasil, con el Código de Comercio y la Ley de Sociedades de 1882, respectivamente; México, con el Código de Comercio de 1884; Finlandia, por ley dada en el año

de 1885; Rumania, con el Código de Comercio de 1890; Suecia, con la ley de 28 de junio de 1895.

1.2. ASPECTOS GENERALES DE LA SOCIEDAD ANONIMA.

Independientemente de su desarrollo histórico, es necesario hacer algunos comentarios sobre la importancia que reviste la sociedad anónima dentro del Sistema económico-legal actual, sobre los requisitos para su constitución y los órganos que la forman, de acuerdo a nuestro Derecho vigente.

Dentro de las sociedades que regula la ley, la anónima adquiere, por sus peculiaridades, una especial importancia en la actualidad.

Es, dice el artículo 87 de la Ley General de Sociedades Mercantiles(2), la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios, cuya obligación se limita al pago de las acciones.

De esta definición legal se desprenden las tres notas características de este tipo social:

a.- Denominación.

b.- Responsabilidad de los socios (accionistas) que se limita al pago de sus acciones (de sus aportaciones), y

c.- La presencia de acciones en que se divide y que representa el capital social.

La sociedad anónima se ha convertido en uno de los instrumentos jurídicos más eficaces del sistema económico, es por ello que, he decidido dedicar particular atención al estudio de este tipo de sociedades; en especial, el organo interno, salvo escasas excepciones, encargado de vigilarlas, los comisarios.

Por ley, la sociedad anónima es siempre de carácter mercantil, cualquiera que sea el objeto para el que haya sido constituida. Son de capitales, "intuite pecuniare", o sea, que no interesan las condiciones de los socios, sino únicamente la participación que cada uno tenga en el capital social. Lo que ha originado el desarrollo de la sociedad anónima estriba principalmente en que: La responsabilidad de los socios se limita a pagar el importe, exclusivamente, de las acciones que hayan suscrito; el socio no responde frente a terceros, ante la sociedad sólo del cumplimiento de la obligación de lo que se haya comprometido a aportar, pero no tiene responsabilidad personal por las deudas contraídas por la misma sociedad (deudas sociales); por lo cual, los acreedores de la misma, en ningún caso, pueden reclamar sus créditos en contra de él.

En los estatutos o escritura constitutiva de toda sociedad anónima se deberá contener: Los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyan la sociedad; el objeto, la denominación, la duración, el importe del capital social; la expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes; el valor atribuido a éstos y al criterio seguido para su valorización, según el caso, y cuando el capital sea variable, se expresará e indicará el

mínimo que se fije; el domicilio de la sociedad; la manera conforme a la cual se vaya a administrar y las facultades de los administradores; su nombramiento y designación de los que llevaron la firma social; la manera de hacer la distribución de las utilidades y pérdidas entre los socios; el importe del fondo de reserva; los casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente; forma y bases para efectuar la liquidación y la forma de elegir a los liquidadores, si no han sido designados previamente.

El órgano supremo de la sociedad es la asamblea general de accionistas, de ella emanan todas las decisiones que dirigen la organización y los negocios y, por medio de ella, los socios expresan su voluntad y participan en su dirección.

Para Joaquín Garrigues, la junta general puede ser definida como: La reunión de accionistas en la localidad donde la sociedad tenga su domicilio, debidamente convocados para liberar y decidir por mayoría sobre determinados asuntos sociales propios de su competencia(3).

De la anterior definición se interpreta que, la asamblea es una reunión de accionistas y, para que pueda hablarse de asamblea general, es necesaria la presencia simultánea de los socios o de sus representantes, en el lugar en que ésta ha de celebrarse; más sin embargo, no es necesaria la presencia de todos, sino sólo la de aquéllos que representan la mayoría de la ley o los estatutos requieran para el caso en concreto. Previamente a la celebración de la asamblea, es necesario que la reunión responda a una convocatoria previa; ya que el artículo 188 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece la nulidad de todas las resoluciones tomadas en las asambleas que se celebren en contravención de las disposiciones establecidas sobre convocatorias y publicidad de las mismas, salvo que la totalidad de las acciones estén representadas en el momento de la votación. La reunión debe tener por objeto deliberar, decidir y discutir sobre los asuntos sociales que se someten a consideración y tomar acuerdo sobre los puntos debatidos. Lógicamente, los asuntos a tratar deben de ser de naturaleza social y estar comprendidos dentro del ámbito de competencia de la propia asamblea.

Para poder determinar la validez de las decisiones adoptadas en una asamblea, es necesario atender al tipo de

asamblea de que se trate, ya que esto depende, tanto de la proporción del capital social que en la misma debe estar representado, como del ámbito de competencia para tratar sobre determinados asuntos.

La Ley General de Sociedades Mercantiles (artículo 99, 179 y 195) señala las siguientes clases de asambleas:

1.- LAS CONSTITUTIVAS. Se presentan en aquellos casos en los que se trate de la constitución de las sociedades por suscripción pública y sólo se celebran una vez en la vida de la sociedad, precisamente en respuesta a la convocatoria que los fundadores deben de publicar dentro de los quince días siguientes a aquel en que se encuentre suscrito el capital social y hechas las exhibiciones de ley. En este tipo de asambleas, debe estar representada la totalidad del capital social, y la competencia de la misma se encuentra limitada a ocuparse de la comprobación de la primera exhibición que se haya previsto en el proyecto de estatutos sobre la sociedad y, en su caso, la aprobación del avalúo de aquellos bienes distintos del numerario que hayan de aportarse por uno o más

socios; sobre la deliberación en cuanto a participación que, sobre las utilidades, los fundadores se hubieren reservado y del nombramiento de los administradores y comisarios que, durante el plazo prefijado en el proyecto de estatutos hayan de estar en funciones, con la designación de aquellos administradores, a quienes se faculte a hacer uso de la firma social.

2.- LAS ORDINARIAS. La Ley de Sociedades Mercantiles las define diciendo que, son aquellas que se reúnen para tratar sobre cualquier asunto que no sea de la competencia de las extraordinarias (artículo 180 de la Ley de Sociedades Mercantiles)(4). En estas asambleas estará representado, por lo menos, el cincuenta por ciento del capital social, salvo que en los estatutos se haya dispuesto una proporción mayor, deben reunirse, por lo menos, una vez al año dentro de los cuatro meses que sigan a la clausura del ejercicio social, y además de los asuntos incluidos en la orden del día, se ocuparán de la discusión, aprobación o modificación del balance anual, del nombramiento, en su caso, del administrador unico o a los miembros del consejo de administración, del nombramiento del comisario; determinar los emolumentos correspondientes a los

administradores y comisarios cuando no hayan sido fijados en los estatutos.

3.- ASAMBLEAS GENERALES EXTRAORDINARIAS. En el artículo 182 de la Ley de Sociedades Mercantiles, se considera que son asambleas generales extraordinarias las que reúnen para tratar de cualesquiera de los siguientes asuntos: a). Prórroga de la duración de la sociedad, disolución anticipada de la sociedad, aumento de capital, disolución anticipada de la sociedad, aumento de capital social, reducción del capital social, cambio de objeto de la sociedad, cambio de nacionalidad de la sociedad, transformación de la sociedad, fusión con otra sociedad, emisión de acciones privilegiadas, amortización por la sociedad de sus propias acciones, la emisión de acciones de goce, la emisión de bonos, cualquiera otra modificación del contrato social, y de los demás asuntos que la ley o el contrato social requieran de un quórum especial.

4.- ASAMBLEAS ESPECIALES. Estas asambleas son necesarias de celebrarse cuando la sociedad, a través de la

asamblea general, decide modificar los derechos especiales que las acciones confieren a determinado grupo de accionistas.

A decir del Maestro Vázquez del Mercado(5), estas asambleas se justifican por el hecho de que en una sociedad, en la cual lícitamente se ha derogado el principio de igualdad entre los accionistas, por haberse emitido acciones con diversos derechos, la asamblea general decidiera una alteración en los privilegios de que gozan las diversas clases de acciones. Es por ello que, las asambleas especiales deberán aprobar o desaprobar las decisiones de las asambleas generales que afecten los derechos de determinada categoría de acciones. Pero no siempre implica la celebración de una asamblea especial, ya que cuando todos los poseedores de las acciones, cuyos derechos se modifican, asistan a la asamblea general que decida la modificación, y éstos aprueben, unánimamente o por la mayoría requerida aprueben la resolución, no sería necesario celebrar la asamblea especial. En el artículo 195 de la Ley General de Sociedades Mercantiles se establece también que, en caso de que existan diversas categorías de accionistas, toda proposición que pueda perjudicar a una de ellas, deberá aceptarse por la categoría afectada, reunida en asamblea especial.

Son aplicables a estas asambleas las reglas establecidas para las asambleas extraordinarias, excepto a lo que a la convocatoria se refiere.

Algunos otros doctrinarios consideran las llamadas asambleas mixtas que son aquellas que tienen a la vez características de las ordinarias y de las extraordinarias. Igualmente otros consideran que las asambleas celebradas durante el estado de liquidación de la sociedad forman una clase diferente, circunscritas a la determinación de los negocios pendientes de solución.

En su libro "Asambleas y Fusión de Sociedades Anónimas", el Maestro Vázquez del Mercado manifiesta: "La distinción de la asamblea, en ordinaria y extraordinaria, se hace en relación a la época de la reunión para unos; para otros, la competencia de las asambleas es la base para distinguir unas de otras, otros señalan sobre el criterio de la normalidad o anormalidad de la reunión, la distinción entre una y otra asamblea y algunas más, han considerado que no es la asamblea sino la materia a tratar la que debe considerarse como ordinaria o extraordinaria"(6).

Pero concluye el Maestro Vázquez del Mercado: "Por regla general, la asamblea es ordinaria porque se celebró periódicamente, su competencia es limitada y las materias a tratar entran en la gestión normal de la sociedad; contrario a la asamblea extraordinaria porque no reúne las características anteriores; puede o no celebrarse, su competencia puede abarcar aún aquellas de la asamblea ordinaria y las materias a tratar no corresponden a las de la gestión normal de la gestión social".

Toda sociedad anónima necesita de un órgano que lleve a cabo la gestión cotidiana de la sociedad y la representación en sus relaciones jurídicas con terceros, el cual puede estar constituido en forma individual o colegiado, o sea el Administrador Unico o Consejo de Administración.

En términos de la Ley de Sociedades Mercantiles, la administración de la sociedad podrá estar a cargo de uno o varios mandatarios temporales, renovables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad, basta la capacidad civil para obligarse y no estar comprendido en ninguna de las

prohibiciones que las leyes establecen; por lo tanto, no se exige una especial condición para ser nombrado administrador.

Es en los estatutos donde se establece el sistema de administración, ya sea que esté a cargo de varias personas que actuarán formando un consejo de administración, o a una sola persona, administrador unico. La pluralidad o singularidad de administradores tiene importancia, porque si los primeros son dos o más deberá constituirse un consejo, en el que las decisiones se tomen por voto mayoritario, y si fuesen tres o más los accionistas que representen, cuando menos, el veinticinco por ciento del capital social, tendrán derecho a designar uno de ellos.

El consejo o el administrador individual, además de ser un órgano gestor, es un órgano representativo que la ley les confiere esta potestad de la sociedad ante terceros. Es una representación orgánica y legal de lo que imperativamente se hayan facultado y qué es, además, compatible con representaciones diferentes que la sociedad puede conceder a favor de cualquier persona.

El Maestro Rodríguez y Rodríguez(7) señala que, la diferencia de concepto entre administración y representación encuentra su base legal en los artículos 6º, fracción IX y 100, fracción IV de la Ley General de Sociedades Mercantiles. La administración significa actividad interna en la formulación de la voluntad y en la adopción de acuerdos, sin que ello trascienda necesariamente frente a terceros. Y la representación vale tanto como uso de la firma social, es decir, como posibilidad de que alguien actúe produciendo, creando, o extinguiendo relaciones jurídicas cuyos efectos recaerán sobre la sociedad representada.

1.3. SURGIMIENTO DE LOS ORGANOS DE VIGILANCIA EN LAS SOCIEDADES.

Conforme se fueron regularizando las sociedades mercantiles, y con base a las primeras experiencias que habían originado abusos y fraudes que se cometían en la constitución de las mismas, se hizo necesario una mayor vigilancia y control

sobre su funcionamiento, por lo que se establece la trilogía de órganos que a la fecha persiste.

De esa trilogía, el órgano de vigilancia fue impuesto por la legislación en su deseo de proteger al accionista, que invertía en las sociedades que día a día aumentaba su campo de desarrollo, y a quien ordinariamente las atenciones de su vida privada no deban tiempo para examinar con el debido detenimiento la documentación y contabilidad de cada ejercicio social(8).

A los interventores, síndicos, controladores, que con todos² estos nombres se les designa en el derecho comparado, corresponde la vigilancia de toda la hacienda social y de cuantos actos ejecuten los administradores y gerentes que tengan repercusión en los negocios de la compañía; también les corresponde el examen detenido de la contabilidad y de sus justificantes, y en algunos Códigos, presentar a la asamblea general de accionistas su informe sobre el reflejo y veracidad de la contabilidad.

El número de interventores varía según los países; en Suiza pueden ser uno o varios; en Italia deben ser al menos tres; pero no en todos los casos constituyen un colegio como los consejeros, sus poderes son individuales, y así cualquiera de ellos, particularmente, puede y debe ejecutar la plenitud de las funciones fiscalizadoras y revisoras que al organismo estudiado corresponden.

Los órganos de control se hallan regulados en diferentes Códigos: Suizo, Alemán, Italiano, Portugués, Argentino, Húngaro, Español, etc. Por regla general, la existencia de los interventores es obligatoria, y los estatutos de la compañía no pueden suprimirlos. Su nombramiento corresponde a la asamblea, pero en ciertos casos pueden ser designados con carácter excepcional por los tribunales; así, en el Código Germánico si la junta general, a petición de un número determinado de socios, no acuerda designar interventores que fiscalicen determinado balance o actuación, el tribunal puede acordarlo, siempre que lo pidan accionistas que representen el 10% del capital, que no hayan transcurrido dos años de los hechos de que se trata de revisar y que los peticionarios justifiquen que poseían las acciones con seis meses de antelación, y la misma facultad tienen los tribunales

en el Derecho Inglés cuando lo solicite la décima parte de los accionistas, o sólo un tercio tratándose de una entidad bancaria, o la quinta parte de los socios si el capital no está dividido en acciones.

La importancia de contar con un órgano encargado de controlar, vigilar y revisar la gestión social se debe, entre otras razones anteriormente señaladas, a la existencia de accionistas sin la suficiente competencia para protegerse por si mismos en el seno de las asambleas(9), a la falta de protección de los inversionistas ante los malos manejos de los administradores y a la necesidad de que en la sociedad exista un órgano que se encargue de garantizar con su control frente a terceros la veracidad y exactitud en el desarrollo de las actividades jurídicas, financiera y contables de la misma.

De acuerdo con Rodríguez y Rodríguez(10), la asamblea general de accionistas es el principal órgano de vigilancia y control, dado que tiene el más amplio derecho de información, instruye a los administradores y ejerce una amplia situación de control y dirección, pero conforme a la ley, no es el órgano más adecuado para ello, debido a sus esporádicas reuniones, al

gran número de socios, cambios y ausentismo de los mismos, se menguan sus facultades o no se cumplen en todo las instrucciones dadas al órgano de administración y a la fiscalización de sus actividades, por lo cual, se ha establecido que dicho control y vigilancia se efectúe a través de un órgano diferente, encargado de vigilar permanentemente toda la gestión social, con autonomía de la administración y en vena del interés exclusivo de la sociedad.

Por lo tanto, el fin del órgano de vigilancia(11), no sólo es garantizar los derechos de los accionistas en lo referente a la administración de los negocios sociales, en la celebración de las asambleas y autenticidad de los balances - aunque para algunos juristas así lo consideran - ni en representar una garantía legal para terceros, sino asegurar la protección a la sociedad y con ello servir de contrapeso en las relaciones que derivan del órgano de administración y de las Asambleas, aunque también consideren algunos tratadistas que hay un enfrentamiento entre el órgano de vigilancia y el de administración, situación esta última que considero no se da en nuestro derecho.

1.4. SURGIMIENTO DEL COMISARIO EN LA SOCIEDAD ANONIMA.

Se puede decir que el órgano de vigilancia, representado por los comisarios, tiene sus orígenes en la tendencia de auxiliar a la asamblea general en el examen de las cuentas; como dice Lehmann: "Así es como surge la institución de los revisores de cuentas, cuyos orígenes se remontan hasta la época de las compañías"(12).

En el Código Alemán antiguo se dejaba en libertad a las sociedades anónimas para nombrar un órgano libre de toda función administrativa y lo señalaba obligatorio para las comanditarias por acciones, tal órgano era el consejo de inspección con función específica de fiscalizar toda la marcha administrativa de la sociedad.

En dicha legislación, con la ley de 1870 desaparece la inspección del Estado sobre las sociedades anónimas y se señala la obligatoriedad del nombramiento de un consejo de inspección en el seno de dichas sociedades, confiándole en la

práctica funciones propias del antiguo consejo de administración(13), tal vez por ello, al redactar la ley de 1884 el legislador reconoce la validez de las normas estatutorias que asignan al consejo de inspección funciones de administración(13).

Igualmente, en la Legislación Suiza - Código Federal de las Obligaciones de 1881, el control de las sociedades se confía a comisarios verificadores, concretándose su función en verificar el buen estado de la contabilidad(14). Posteriormente, en 1936 las facultades de los comisarios se amplían para verificar la conformidad de la contabilidad con los libros, su exactitud y veracidad.

La ley francesa de 1867 establece la obligación de las sociedades anónimas de contar con un órgano de vigilancia integrado por uno o varios comisarios, algunas veces calificados de censores, pudiendo ser accionistas o no, reelectos anualmente(15).

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO I

1. Vázquez Arminio, Fernando. Las Obligaciones y su Emisión en las Sociedades Anónimas. México. Editorial Porrúa. p. 42.
2. Ley General de Sociedades Mercantiles.
3. Garriges, Joaquín. Tratado de Derecho Mercantil. Madrid. 1949. p. 495.
4. Ibidem.
5. Vázquez del Mercado, Oscar. Asambleas y Fusión de Sociedades Anónimas. México. Editorial Porrúa. págs. 41 y 42.

6. Ibidem. p. 31.

7. Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. México. Editorial Porrúa. 1983. p. 129.

8. Broseta Pont, Manuel. Manual de Derecho Mercantil. Ed. Teenos. 1976. p. 386. Citado por: León Tovar Soyla. Conferencia sostenida en el Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. UNAM. 1985. Con motivo del Aniversario de la L. G. S. M.

9. Girón Tena, José. Derecho de Sociedades Anónimas. España. 1952. p. 384.

10. Ibid. Tratado de Sociedades Mercantiles. México. Ed. Porrúa. T. I. p. 47.

11. Pallares. Citado por León Tovar. op. cit. p. 3.

12. Lehmann. Citado por Fischer, Rodolfo. Las Sociedades Anónimas, su Régimen Jurídico. Tr. del alemán por W. Roces. Madrid. 1934. p. 311.
13. Ibidem. p. 313.
14. Bauche García Diego, Mario. La Empresa. México. Ed. Porrúa. p. 551.
15. Rodríguez Rodríguez, Joaquín. op. cit. p. 149.

CAPITULO II

DERECHO COMPARADO

La necesidad de una vigilancia en la administración y desarrollo de las sociedades es tan importante y necesario que, son regulados por órganos establecidos de diversas formas en las legislaciones de otros órdenes jurídicos, estableciendo órganos para desempeñar esta función.

Por lo que es importante ver en que forma está regulado el órgano de vigilancia en el derecho comparado, con el fin de poder hacer algunas observaciones y considerar alguna figura que pudiera ayudar a mejorar la regulación y aplicación correcta y eficiente de este órgano social.

2.1. DERECHO ESPAÑOL.

En España la legislación mercantil regula al órgano de vigilancia, denominándolos "censores". Así se dispone que la junta general debe designar dos censores propietarios y dos suplentes, cuyas funciones son, principalmente: Revisar la contabilidad y los antecedentes del ejercicio social anterior y presentar un informe a la junta general.

Asimismo, se establece, en casos excepcionales de que la ley o los administradores limiten el derecho de examen de los censores, facultad a todas luces criticables(16) por la doctrina, ya que tal derecho que se les concede a los administradores de limitar la facultad de examen de los censores, va en contra del espíritu con que la ley creó dicha institución.

No se ha instituido un órgano encargado de fiscalizar la gestión administrativa de manera permanente, sino establece un sistema original de revisión y vigilancia, ya que se

considera que al ofrecer una contabilidad exacta y veraz anualmente, se ponen los medios para que la junta general delibere con conocimiento de causa sobre la gestión de los administradores; el Código Español concede a la minoría que represente el diez por ciento del capital, el derecho de nombrar a un censor, el cual debe ser miembro del Instituto de Censores Jurados de Cuentas y no pueden ser accionistas de la sociedad; punto que se considera acertado, ya que se protege a la minoría con una persona ajena a los administradores.

Las dos clases de censores están obligados a examinar el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta sobre distribución de beneficios, revisión del ejercicio anual y a emitir el informe correspondiente. Pero mientras los censores de cuentas deben proponer la aprobación de los documentos citados anteriormente o fórmulas, las observaciones que estimen convenientes, por escrito; el censor jurado debe emitir un informe técnico.

Se califica de técnico por cuanto que, salvo señalamiento expreso de la Junta General en contrario, sólo habrá de referirse a la exactitud y veracidad de los datos

consignados en el balance; cuenta de pérdidas y ganancias y a los criterios de valorización y de amortización seguidos en el ejercicio en revisión por la sociedad.

Los administradores deben someter los documentos contables a los censores para que éstos emitan su informe, el cual lo deben rendir en el plazo de un mes. Dicho informe se pondrá a disposición de los accionistas quince días antes de la junta general. El acuerdo de la junta que apruebe los documentos, contrario a lo establecido, es impugnabile.

Con carácter excepcional y a solicitud de los accionistas que representen, por lo menos, una tercera parte del capital desembolsado, los censores deberán realizar una investigación extraordinaria para aclarar las diferencias o anomalías que sean sometidas a su examen. Para tal efecto, pueden examinar exclusivamente la contabilidad.

Es obligación grave de los censores guardar secreto sobre los resultados de sus investigaciones.

A decir de algunos tratadistas(17), a pesar de sus innumerables deficiencias, la legislación española es una de las corrientes más técnicas en cuanto a sociedades se refiere, tan es así que no prevé explícitamente la existencia de los órganos de vigilancia, fiel al principio de ausencia de intervención en la vida interior de las sociedades, sin aludir a órganos de vigilancia y control interno.

2.2. DERECHO FRANCES.

En la legislación francesa de 1867 se regulaba un órgano de vigilancia sobre la administración de las sociedades anónimas, pero las facultades del "Cónsul de Surveillance", como se le denominaba, eran particularmente modestas, en cuanto se limitaban a verificar las cuentas sociales en un período precedente a la asamblea.

El 24 de julio de 1966 se promulgó una nueva ley, que fue complementada con el decreto de 23 de marzo de 1967, en que

dicha ley establece un nuevo régimen de administración y de vigilancia de las sociedades por acciones, inspirado en el Derecho Alemán.

Se encarga la vigilancia de la sociedad a los comisarios de cuentas, mismos que deben ser designados por la asamblea general y que tienen como función principal la inspección de libros, caja, cartera de valores, control y veracidad de los balances y la exactitud del informe del consejo de administración. No se establece una época determinada para realizar la función de inspección, estableciéndose en cambio que deben presentar un informe a la asamblea ordinaria, lo cual se interpreta que generalmente es anual la fiscalización.

Cabe aclarar que la vigilancia en las sociedades personales es potestativa y obligatoria en las sociedades por acciones. El comisario podrá ser reelecto o separado de su cargo cada año. Si se omitió su nombramiento, el Tribunal de Comercio lo designará, a petición de parte.

Es notorio que, tanto en la legislación francesa como en la nuestra, se han querido aumentar los instrumentos a disposición de los accionistas para informarse sobre la vida de la sociedad y se ha preocupado de que este control sea efectivo, permanente y realizado por personas que con su competencia técnica puedan ayudar a los accionistas en el examen de los documentos sociales.

2.3. DERECHO ITALIANO.

A decir del Maestro Rodríguez y Rodríguez(18), la regulación del órgano de vigilancia en nuestra legislación, encuentra sus antecedentes en el Código de Comercio Italiano.

En la legislación italiana existe un primer tipo de vigilancia que es la llamada privada, que es realizada por medio de un órgano social denominado "Collegio Sindicale", cuya existencia es obligatoria, formado por tres o cinco miembros, los cuales pueden ser socio o no.

Se señala que, en las sociedades que tengan un capital mayor de cinco millones de liras, se deberá elegir a los síndicos entre los miembros de personas inscritas en Registro de Revisores Oficiales de Cuentas.

Asimismo, se prohíbe o se señala que no pueden ser síndicos las personas sometidas a interdicción, ni los fallidos condenados a penas que impliquen interdicción o cargos públicos, ni los parientes de los administradores dentro del cuarto grado.

Entre las funciones más importantes del Colegio Sindical están: Controlar la administración de la sociedad y velar por el cumplimiento de la ley y de los estatutos, velar que la contabilidad se lleve regularmente, verificar que entre los libros sociales, el balance y el estado de pérdidas y ganancias exista congruencia y comprobar, por lo menos, cada cinco meses el estado de la caja y la existencia de valores.

Se faculta al accionista o accionistas que representan la vigésima parte del capital social de denunciar

ante el Colegio Sindical los actos de los administradores que consideren censurables; los síndicos, a su vez, tienen obligación de investigar si las denuncias son fundadas y, si es el caso, deberán convocar a la asamblea para informarle y presentar sus conclusiones.

Para los acuerdos del Colegio Sindical, se tomarán por mayoría absoluta de votos y deben hacerse constar en un libro de actas especial de las actuaciones del mencionado Colegio; tiene obligación el Colegio de rendir un informe anual a la asamblea, sobre la marcha de la sociedad.

Igualmente establece la responsabilidad solidaria entre los síndicos y los administradores por los hechos u omisiones de éstos, si el daño no se hubiere producido, si los síndicos hubieren ejercido la debida vigilancia.

Existe un segundo tipo de vigilancia, denominada individual, que es la realizada por los socios, en la que se faculta a cualquier socio para inspeccionar y obtener extractos de los libros de la sociedad y de la contabilidad, así como

para examinar los informes de los administradores y de los síndicos, durante los quince días que anteceden a la verificación de la asamblea ordinaria. Igualmente cualquier socio tiene el derecho de denunciar al Colegio Sindical los hechos que considere constitutivos de censura, siempre que la denuncia la realicen socios, cuya representación sea, como mínimo, la vigésima parte del capital social, por lo que se refiere a esta parte.

El tercero de los tipos de vigilancia es la denominada judicial, que es la realizada por medio de inspectores nombrados por los tribunales, siempre a petición de los accionistas que representen, por lo menos, un diez por ciento del capital social.

La legislación italiana faculta al tribunal para que tome las medidas precautorias que juzgue convenientes y para convocar a la asamblea de accionistas, e incluso revocar los nombramientos de los administradores y de los síndicos, nombrar administrador o síndico judicial.

En relación a la situación de que la vigilancia estuviese con injerencia por parte del estado, se consideraría más desalentadora que positiva. Toda vez que, la iniciativa privada ha tenido en los últimos años experiencias que han dado como resultado la desconfianza en el sistema gubernamental.

Pero también consideramos que, podría ser regulado por parte de las cámaras a las cuales perteneciera el giro de la sociedad o como funciona la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, en relación a las Instituciones de Crédito, todo lo anterior con estricto cumplimiento de la ley y para evitar que se efectúen fraudes, en perjuicio de los mismos accionistas y de cualquier tercero ajeno a la sociedad.

Como se desprende de las líneas anteriores, esta legislación es muy semejante al órgano de vigilancia establecido en nuestra ley, la diferencia estriba en que, en nuestra legislación, la función de comisarios es desempeñado individualmente, se trata de un órgano unitario y no colegiado y es designado por la asamblea de accionistas y no a través de un registro establecido por el Estado.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO II

16. Rodríguez Rodríguez, Joaquín. op. cit. p. 140.
17. Uria. Derecho Mercantil. Madrid. 1958. p. 231.
18. Ibidem. op. cit. p. 149.

CAPITULO III

CONCEPTOS GENERALES DE LOS ORGANOS DE VIGILANCIA

3.1. VIGILANCIA Y CONTROL.- DISTINCION ENTRE ESTOS CONCEPTOS.

Se ha dicho que, en la sociedad anónima existen diferentes maneras de ejercer las funciones de control y vigilancia del órgano de administración, que los socios individualmente considerados pueden ejercer estas funciones como son: Pedir la convocatoria de la asamblea general ordinaria, cuando ésta deje de reunirse durante más de dos años consecutivos, el de denunciar las anomalías e irregularidades que estime en la administración a los comisarios, entre otras. La minoría representativa de cierto porcentaje del capital también ejerce una vigilancia; así el derecho que tiene la minoría que represente el 25% del capital para nombrar un

administrador, y a decir de algunos tratadistas, la asamblea general de accionistas, órgano supremo de la sociedad(19), es el principal órgano de vigilancia y control; ante ella responden los administradores y los mismos comisarios.

Con los anteriores ejemplos vemos conjugados en diferentes aspectos los términos de control y vigilancia, pero como el presente trabajo se refiere a la función de vigilancia en cuanto es realizada por un órgano específico señalado por la ley, hemos de hacer referencia a los conceptos generales que caracterizan al órgano de vigilancia.

Para los que gustan de las distinciones precisas, una distinción, en términos jurídicos, no la vamos a encontrar en ninguna parte, ya que los términos de control y vigilancia vienen a ser sinónimos y enfocados al mismo fin: La protección y desarrollo de la sociedad.

El Diccionario(20) define:

Control.- Del Fr. contróle). m. Inspección, fiscalización, intervención. Dominio, mando, preponderancia.

Vigilar.- (Del Lat. vigiláre). intr. Velar sobre una persona o cosa, o atender exacta y cuidadosamente a ella.

Ambos términos vienen a ser sinónimos, tienen similitud en su objeto o fin último.

Enunciados los conceptos gramaticales, de acuerdo a la materia que nos ocupa, se podría hablar de órgano de vigilancia para referirse a la actividad de custodia realizada por ciertos órganos que, incluso puede trascender a la esfera administrativa, al imponer ciertas normas de actuación a los órganos administrativos o prohibirles ciertos actos al poder ejercer frente a ellos un derecho de voto.

Por otra parte, se puede referir la actividad de los órganos de control, a una simple actividad de revisión de contabilidad.

Manuel Broseta Pont(21), autor español señala: El término control es plurívoco y puede ser equívoco, puede entenderse como: Dominación de una persona por otra; como verificación administrativa o como examen o censura; asimismo, significa la tarea de verificar, examinar, vigilar o someter a censura la contabilidad de una persona, sociedad o entidad.

Rodríguez Sastre(22), citado en el mismo estudio, define al control como: Crítica técnica, periódica y metódica de los actos jurídico-económicos realizados por una empresa. Y más exacto define al control contable, encaminado a descubrir si las manifestaciones contables recogen la realidad de los correspondientes hechos económicos y jurídicos, el intento de averiguar si han existido omisiones, representaciones erróneas, interpretaciones equívocas y; por ende, si existe una fiel expresión y configuración jurídica de lo que la contabilidad debe decir; ver si existe la debida correspondencia entre la realidad económica y lo contable.

Para Broseta el Control puede ser:

Interno: Que es el ejercicio desde dentro de la sociedad, por un órgano social o por los miembros de ella, en su propio interés.

Externo: Ejercido desde fuera de la sociedad por quienes ni son órganos, ni miembros de la sociedad y ejercitan el control en interés de personas o de entidades distintas de la propia Sociedad (sería el caso de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, en relación a las Instituciones de Crédito).

El control puede ser, a su vez: esporádico, realizado en momentos concretos o esporádicos (ejemplo: al constituirse, solicitar un crédito, cotizar en Bolsas, etc.), o permanente, que es el que se realiza bien, de modo continuo en

todo momento o de modo discontinuo pero periódico (ejemplo: previo a la aprobación de las cuentas sociales).

Finalmente, este autor señala que, el control puede ser directo, ejercido por los propios accionistas o, indirecto por ser realizado por medios profesionales técnicos especializados.

Se considera que el aspecto del control de la sociedad no es facultad exclusiva de los comisarios, la asamblea general es el órgano supremo de la sociedad y, por eso mismo, dentro de su amplia gama de facultades, puede vigilar el funcionamiento de la sociedad y, a ese respecto, tomar las medidas que considere necesarias.

Asimismo, el grupo de accionistas minoritarios, también tiene el derecho de revisar los estados financieros y los libros sociales, incluso cada accionista, individualmente, puede ejercer funciones de control y vigilancia; por ejemplo, con el ejercicio de su derecho de voz y voto.

Pero dicha asamblea no es el órgano más adecuado para la vigilancia y control, su capacidad puede fallar, sobre todo, en las instrucciones que han de darse a los miembros responsables de la administración y a la fiscalización de sus actos.

A decir del maestro Rodríguez y Rodríguez(23), en el Derecho Mexicano la distinción entre vigilancia y control resulta intrascendente, tal vez porque, de acuerdo a nuestra legislación, la vigilancia interna de la sociedad corresponde a un ente específico y el control de la misma corresponde a la asamblea de accionistas, la cual nombra a quienes van a ejercer dicha vigilancia.

Ambos son importantes para el fin que persigue la sociedad, ya que el control se establece para que la administración se conduzca por los lineamientos determinados por la asamblea y la voluntad de los accionistas; y la vigilancia para que se maneje la sociedad de acuerdo a los objetivos y fines para la cual se constituyó, tendiente a proteger intereses de socios (no administradores) y de terceros.

¿Se debe entender el término de vigilancia como la facultad amplísima de inspeccionar a la sociedad ilimitadamente? Si admitiéramos este supuesto, no podríamos menos que admitir que, el comisario tendría facultades para vigilar a la asamblea (órgano supremo de la sociedad) y que en un momento dado pudiera llegar a impugnar las resoluciones de la misma.

Esta facultad de impugnación, dentro de nuestra legislación, está única y exclusivamente reservada a los socios, por lo que debe considerarse que la vigilancia que los comisarios ejercen debe entenderse exclusivamente sobre la administración de la sociedad.

Asimismo, se puede resumir el contenido del control en dos aspectos: Control de Legalidad, que comprende la vigilancia que se debe ejercer para que la administración de la sociedad se desenvuelva en la estricta observancia de la ley, de los estatutos y de los acuerdos de la asamblea; y el del control contable, que supone la vigilancia exclusivamente sobre la contabilidad social.

Se puede decir que, la diferencia fundamental para el ejercicio de la función de control y vigilancia de la sociedad, entre los órganos y personas mencionadas y los comisarios, además de lo asentado anteriormente, estriba en que a éstos últimos les compete de una manera formal el ejercicio de esa función.

3.2. CONCEPTO Y CARACTERISTICAS DE LOS ORGANOS DE VIGILANCIA.

En este punto trataré algunos conceptos elaborados por la doctrina y el derecho comparado, en relación más directa o concreta sobre el órgano de vigilancia.

Como personas morales o jurídicas, las sociedades funcionan por medio de sus órganos, entre las mercantiles se encuentran varios grupos que se distinguen por la característica de las aportaciones, participaciones y

responsabilidad de los socios, la división clásica es la de "Intuite Personae" y la "Intuite Capitale".

Resulta de la división que, la forma y funciones del órgano de vigilancia de las sociedades es distinta, por lo que se mencionará brevemente la regulación respectiva y tratar de dar una definición general de lo que se entiende por órgano de vigilancia de las instituciones reconocidas.

SOCIEDAD EN NOMBRE COLECTIVO, Artículo 47.

Los socios no administradores podrán nombrar un interventor que vigile los actos de los administradores, y tendrán derecho de examinar el estado de la administración y la contabilidad y papeles de la compañía, haciendo las reclamaciones que estimen convenientes.

Mantilla Molina(24) no considera que los socios, en cuanto vigilen por sí mismos o el interventor por ellos

designado, sea propiamente un órgano social, ya que no es necesario para el funcionamiento de la sociedad, y más que en interés de ésta, se crea para proteger el interés de los socios. Asimismo, no se indica si el interventor se designa por todos los socios o por cada uno de ellos.

SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE. El artículo 57 declara aplicable a la Comandita el artículo 47, que faculta a los socios no administradores para vigilar los actos de los que no lo son y nombrar un interventor. En la práctica son desplazados por la sociedad de responsabilidad limitada.

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, Artículo 84.

Si el contrato social así lo establece, se procederá a la constitución de un consejo de vigilancia formado de socios o de personas extrañas a la sociedad.

La existencia de un órgano de vigilancia, no se establece directamente, sino a lo que se disponga en los estatutos de la sociedad.

SOCIEDAD ANONIMA, Artículo 164.

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.

Es por demás hacer comentarios en relación a esta forma social, toda vez que es motivo del presente trabajo.

SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES, Artículo 208.

La sociedad en comandita por acciones se registrará por las reglas relativas a la sociedad anónima... (Se aplica el artículo 164, Ley General de Sociedades Mercantiles).

SOCIEDADES COOPERATIVAS, Artículos 21, inciso c, 32 y 33, de la Ley General de Sociedades Cooperativas(25).

La vigilancia de la sociedad se encarga a un consejo de vigilancia que ejercerá la supervisión de todas las actividades de la sociedad y tendrá derecho de voto, con relación a las resoluciones dictadas por el consejo de administración, para someterlas a la asamblea.

Asimismo, en el artículo 82 se establece que la Secretaría de Economía (hoy Secretaría de Comercio) tendrá a su cargo la vigilancia que se requiera para hacer cumplir la ley y sus reglamentos.

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA DE INTERES PUBLICO, Artículos 10 y 11.

La vigilancia de la sociedad estará a cargo de un consejo de vigilancia integrado por dos socios como mínimo. El

contrato social determinará los derechos de la minoría en la designación de los miembros de este consejo, pero en todo caso, la minoría que represente un veinticinco por ciento del capital tendrá derecho a nombrar un consejero y un miembro del consejo de vigilancia.

Asimismo, existe la intervención estatal para vigilar el cumplimiento de los fines públicos de la sociedad, así por ejemplo, la necesidad de autorización de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial y su facultad para obtener la información sobre la marcha del negocio social, convocar a la asamblea y promover la disolución y liquidación, en su caso.

En la doctrina se han señalado como característica del órgano de vigilancia en la sociedad anónima las siguientes:

1. Es un órgano social obligatorio, conforme el artículo 91, fracción V de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

2. Con función permanente, conforme el artículo 166, fracción IX de la Ley General de Sociedades Mercantiles, señala: Son facultades y obligaciones de los comisarios ... vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad. Es decir, en todo momento de la existencia de la sociedad.

3. El cargo es temporal y revocable, ya que el artículo 164 (L. G. S. M.) así lo señala: La vigilancia de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios comisarios, temporales y revocables. No se establece máximo de duración, por lo que se infiere que puede ser indefinida.

Su nombramiento se puede revocar en cualquier tiempo, aunque no se haya cumplido el plazo para el cual fue designado.

4. Es un órgano independiente, en relación a la administración, ya que la ley ha querido crear un órgano capaz de, llegado el caso, enfrentarse a los administradores, para cumplir con libertad su función (así se interpreta el artículo 165, fracc. II).

5. Es interno, ya que su actividad se desarrolla en el campo interno de la sociedad con interés de la misma.

6. El desempeño del comisario es remunerado, ya que se establece como una de las obligaciones de la asamblea ordinaria, la cual se ocupará de: Artículo 181, fracc. III. Determinar los emolumentos correspondientes a los administradores y comisarios, cuando no hayan sido fijados en los estatutos.

En base a las diferentes regulaciones de los órganos de vigilancia, se puede manifestar lo siguiente:

El órgano de vigilancia es parte de un ente social con personalidad propia por disposición de la ley, en que la persona o personas, físicas o morales, están autorizados como vigilantes de la gestión social y a manifestar su voluntad, con independencia de la administración, para la consecución de los fines e intereses de la sociedad, en protección de los accionistas (no administradores) y de terceros.

3.3. EL ORGANISMO DE VIGILANCIA EN LA SOCIEDAD ANONIMA.

En la institución del órgano de vigilancia existen sensibles diferencias entre los diversos ordenamientos; en algunos países se establecen órganos de vigilancia con funciones permanentes (Alemania), es decir, órganos encargados de vigilar continuamente la gestión de los administradores. En otros países (España), se impone por la ley, sólomente, un órgano de fiscalización, encargado fundamentalmente de revisar las cuentas anuales de la sociedad, con el fin de informar sobre las mismas a los accionistas, con esto se piensa que, al ofrecer a los accionistas una información exacta y veraz, de las cuentas anuales, se ponen los medios necesarios para que la junta general delibere con conocimiento de causa sobre la gestión de los administradores; en la ley española, el órgano de fiscalización como lo manifieste en el capítulo respectivo, está constituido por los censores de cuentas.

El maestro Rodríguez y Rodríguez(26) da un concepto del órgano de vigilancia en la sociedad por acciones: "Son órganos encargados de vigilar permanentemente la gestión

social, con independencia de la administración y en interés exclusivo de la sociedad".

No son simples revisiones de cuentas, asevera el maestro, ya que les corresponde, en lo general, "vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad", como se señala en la Ley General de Sociedades Mercantiles, artículo 166, fracciones II, III, IV y IX. En base a esta última fracción, sus funciones van mucho más lejos de lo que se supondría un simple examen de la marcha contable de la negociación.

Don Joaquín Garrigues(27) señala: "En las legislaciones de los diversos países en materia de sociedades anónimas suele establecerse algún órgano encargado específicamente de vigilar o fiscalizar la actuación de los administradores". Esta idea responde al hecho de que la junta general, como órgano que se reúne, esporádicamente, a menudo sólo una vez al año, no puede controlar de una manera efectiva la gestión de los administradores.

Igualmente, Brunetti(28) señala: "Los síndicos de las sociedades constituyen el órgano de control de los administradores. La naturaleza y los fines de este órgano son meramente distintos de los demás órganos y al parecer de este autor, no puede imaginar entre ellos conflicto de atribuciones.

Señala que constituyen un órgano permanente e independiente de los Administradores para la vigilancia de la actividad administrativa y para el control de la contabilidad y de los balances. En sentido metafórico se dice que son el ojo de la asamblea.

El Colegio Sindical, prosigue el maestro, ha de controlar la administración de la sociedad, vigilar la observancia de la ley, del acto constitutivo y asegurar que esté en regla la contabilidad social, la correspondencia del balance y de la cuenta de pérdidas y de ganancias con las resultancias de los libros; pueden, en todo momento, proceder, incluso individualmente, a actos de inspección y de control y pedir informes a los Administradores, concluye Brunetti.

En base a los conceptos expresados, se puede manifestar lo siguiente:

La institución del órgano de vigilancia no ha tenido una regulación uniforme en las diversas legislaciones.

Por lo general, son considerados revisores de cuentas. Ejemplos: En Alemania, donde las sociedades por acciones tienen un consejo de vigilancia permanente, no son órganos estables sino simples expertos revisores del balance; en Italia las funciones de revisión contable forman parte integrante del control general administrativo que tiene confiado.

El espíritu general de la ley ha sido crear con el órgano de vigilancia un órgano tan importante como el propio órgano de administración, con el propósito de situar a ésta, bajo la vigilancia general del primero, con una amplia esfera de vigilancia, más extensa de la concepción como simples revisores contables, cuyas características esenciales han sido ya enunciadas.

3.4. DIFERENCIAS CON LOS OTROS TIPOS DE SOCIEDADES.

En esta parte hablaremos de las principales diferencias y casos especiales del órgano de vigilancia en las diferentes sociedades, en base a su concepto y características enunciados en el punto anterior.

a) En las sociedades personales como son la Sociedad en Nombre Colectivo y Sociedad en Comandita Simple, las labores propias de vigilancia del órgano específico, como es supervisar el estado de la administración y de los estados financieros y papeles de la compañía, se encomienda a un interventor, quien sólo podrá ser nombrado por los socios que no sean administradores (a.a. 47 y 57, L. G. S. M.).

b) En las asociaciones y sociedades civiles - pero en distinto grado - corresponde a los socios no administradores "el derecho de examinar el estado de los negocios sociales, y de exigir a este fin la presentación de libros, documentos y papeles..." (a.a. 2683, 2710 y 2718 C.C.)(29).

c) Otras sociedades se caracterizan por ser necesaria la autorización previa del Estado para la función que van a desarrollar e inclusive en ocasiones interviene en la inspección o vigilancia de su funcionamiento, por ejemplo: Las sociedades cooperativas de responsabilidad limitada de interés público.

d) En la sociedad anónima debe concurrir a las asambleas con voz, pero sin que le corresponda derecho de voto, (a. 166, fracción VII, L. G. S. M.). En el caso de las cooperativas, se atribuye al consejo de vigilancia el derecho de veto, sólo para el objeto de que el consejo de administración reconsidere las resoluciones vetadas (a. 32, L. S. C.).

Por lo que concierne a su nombramiento y revocación, así como en funcionamiento del órgano, más que diferencia coinciden en que son nombrados por el máximo órgano social, aquellos actos corresponden a la asamblea ordinaria de accionistas en la S. C. y en la sociedad en comandita por acciones (a.a. 181, fracción III y 208, L. G. S. M.): A la asamblea de socios en la sociedad de responsabilidad limitada

(a. 78 idem), y a la asamblea ordinaria de socios en las sociedades cooperativas (a. 33, L. S. C.).

En protección de las minorías, para las sociedades por acciones, los artículos 144 y 171 de la Ley General de Sociedades Mercantiles conceden a la minoría del 10% del capital, si las acciones de la sociedad anónima se cotizan en bolsa, y del 25% si no se cotizan, el derecho de nombrar un comisario en el remoto caso de que sean tres o más los que deben designarse, así como los accionistas que representen, por lo menos, el 33% del capital, el de convocar a una asamblea general de accionistas; exigir la responsabilidad de los comisarios y el de oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales, cumpliendo los requisitos que exige la ley, conforme a los artículos 163, 169, 184 y 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Otros casos especiales son el del Banco de México, la ley que lo rige concede a los titulares de las acciones Serie "B" de su capital social, el derecho de nombrar al comisario suplente (a. 55, nueva Ley Orgánica del Banco de México) y el de las sociedades cooperativas, en las que, si en la Asamblea

de socios se constituye una minoría del 25%, por lo menos, a ella corresponderá la designación de todo el consejo de vigilancia; solución contraria a la del artículo 144 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, antes citado, que respeta la misma participación minoritaria en el órgano.

El órgano funciona sin necesidad de reuniones, convocatorias ni de votaciones; pero cuando la ley establece al órgano como consejo (ejemplo: las cooperativas y de la sociedad de responsabilidad limitada de interés público), además del deber permanente y continuo de vigilancia de cada uno de sus miembros, se deben celebrar juntas del consejo (Artículo 42, fracción I, del Reglamento L. S. C.)(31).

Las funciones de vigilancia en las instituciones de crédito, de seguro, de fianzas y sus organizaciones auxiliares, así como en las sociedades de inversión, no sólo están a cargo del comisario, sino también y, principalmente, respecto a aspectos operacionales, de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, tratándose de instituciones de estas dos materias (a. a. 160 LIC y 74 LIS). De la Secretaría de Hacienda por la misma C. N. B. y de S., en el caso de instituciones de fianzas

(a. 76 LIF). De la Comisión Nacional de Valores - con funciones mucho más amplias, puesto que comprenden aspectos de política de inversiones, así como proteger interés de socios e inversionistas - en el caso de las sociedades de inversión (Art. 13), de las bolsas de valores y de las casas de bolsa (Art. 41 L. M. V.).

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO III

19. Barrera Graf, Jorge. Las Sociedades en Derecho Mexicano. U. N. A. M. México. 1983. Primera Edición. p. 148.
20. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Madrid. 1979. págs. 356 y 1342.
21. Broseta Pont, Manuel. Reforma de la Censura de Cuentas y Verificación Contable. Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uria. Ed. Civitas, S. A. Madrid. 1978. págs. 62 y 63.
22. Rodríguez Santre. Citado por Broseta. op. cit.

23. Rodríguez Rodríguez, Joaquín. op. cit. p. 48.
24. Mantillá Molina, Roberto. Derecho Mercantil. Editorial Porrúa. Décimo Novena Edición. 1984. p. 262.
25. Ley General de Sociedades Cooperativas.
26. Ibidem. p. 183.
27. Garríguez, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. Ed. Porrúa. p.
28. Brunetti, Antonio. Tratado de Derecho de las Sociedades. Tomo II. UTEHA. Argentina, Buenos Aires.
29. Código Civil para el Distrito Federal. México. 1984.

30. Ley Orgánica del Banco de México.

31. Ibidem. op. cit.

CAPITULO IV

EL COMISARIO COMO ORGANO DE VIGILANCIA EN LA SOCIEDAD ANONIMA,
DENTRO DE LA LEGISLACION MEXICANA

4.1. CODIGOS DE COMERCIO DE 1854, 1884 Y 1889.

En nuestra legislación, el Código de Comercio de 1854 no establece órgano alguno de vigilancia, el Artículo 246 únicamente señalaba que los accionistas no podrían hacer investigación alguna acerca de la administración, si no es en el tiempo y según el modo que se haya fijado en las respectivas escrituras.

Se puede interpretar que, dicho concepto dejaba al arbitrio de los accionistas el crear o no un órgano de vigilancia(32).

Para el año 1880 hubo un proyecto de Código de Comercio que pretendió substituir al de 1854, el cual proveía la creación de un órgano de vigilancia (artículo 590) y señalaba como requisito esencial: "El acto de asociación de las sociedades anónimas se elevará a escritura pública y para su validez contendrá:... 11. El modo como se ha de formar el consejo de inspección, formado por cinco miembros que serían nombrados en la primera junta general de accionistas; una vez nombrados, formularían su reglamento particular, mismo que deberá presentar para su aprobación a la junta general de accionistas.

Tenía por funciones la inspección de la administración y las facultades especiales que se establecieran en el reglamento particular de la sociedad. Este nombramiento se hacía por votación de mayoría de acciones, y en él no tenían los administradores ni voz ni voto.

Asimismo, se determinaban sus atribuciones:

Fiscalizar los actos de la administración y todos los actos concernientes al servicio de la compañía, verificar las cuentas, velar por el exacto cumplimiento de los estatutos y reglamentos, vigilar los ramos pertenecientes a la asociación. Se facultaba para que actuase como órgano colegiado o por medio de sus miembros al disponer: El consejo de inspección ejercerá sus atribuciones por sí o por medio de uno o más de sus miembros, en el tiempo que lo juzgue conveniente, organizando sus trabajos de modo que pueda presentar el resultado de ellos con el dictamen relativo, en el que expondrá las medidas que crea convenientes, cada vez que deban tener lugar las juntas generales, que podrán convocar fuera de las épocas establecidas, con calidad de extraordinarias, en casos graves y urgentes. Se le facultaba para convocar a la asamblea y para suspender las medidas dictadas por la administración en operaciones pendientes, rindiendo un informe.

Podemos decir que, en el Código de 1884, de emífera duración, aparece por primera vez el órgano de vigilancia y el cual seguía casi textualmente el proyecto de 1880. En efecto, se regulaba en los artículos 552, 563, 680 y 681 al consejo de inspección, cuyos miembros debían ser designados en la escritura constitutiva, cuya actuación era como órgano

colegiado y dentro de sus atribuciones se establecía: Fiscalizar los actos de administración y todos los actos concernientes al servicio de la compañía, verificar las cuentas, velar por el exacto cumplimiento de los estatutos y reglamentos..." (Art. 578).

Como innovación establecía en el Artículo 579: "El cargo de miembro del consejo de inspección será retribuido, salvo que otra cosa se haya dispuesto en los estatutos de la compañía"; se enfatizaba sobre la responsabilidad de los miembros del consejo (Art. 582): "El consejo de inspección es responsable para con la compañía del exacto cumplimiento de sus deberes".

Asimismo, se señalaba en el artículo 587: "Los directores y miembros del consejo de administración e inspección, así como los empleados de las sociedades anónimas y en comandita compuesta, son responsables para con dichas sociedades de los perjuicios que resulten por falta de cumplimiento de sus respectivos deberes, y por la negligencia culpable en que incurran; sin que se les permita la compensación de las ventajas que hayan proporcionado a dichas

sociedades, para neutralizar las pérdidas que por su culpa hubieren sufrido".

El 10 de abril de 1888 aparece publicada en el Diario Oficial una ley especial sobre sociedades anónimas, (33)ordenamiento que suprime el carácter colegiado del consejo de inspección y establece en su lugar comisarios individuales a quienes se confiere la vigilancia de la sociedad. Dichos comisarios sólo podían serlo los socios, quienes depositarían el número de acciones que determinarían los estatutos para garantizar el desempeño de su cargo (Art. 37). Dicha ley otorgaba a los comisarios el derecho ilimitado y permanente de vigilancia sobre todas las operaciones de la sociedad, de manera que los accionistas no podían ejercer por sí esas facultades (art. 38).

Esta ley es abrogada por el Código de Comercio de 1889 vigente que, respeta la estructura de la ley que, a su vez, se reproduce en la Ley General de Sociedades Mercantiles, misma que estudiaremos más adelante, con la diferencia que el Código establecía que el cargo de comisario debía ser desempeñado por los mismos socios, mientras que la Ley de

Sociedades permite que sean incluso personas extrañas a la sociedad quienes desempeñen esta función.

En efecto, el artículo 4º Transitorio del Código de Comercio(34) establece: Quedan derogados el Código de Comercio del 20 de abril de 1884 y las leyes mercantiles preexistentes y relativas a las materias que en este Código se tratan. "Una de esas materias era, hasta la entrada en vigor de la Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934, la relativa a las sociedades anónimas".

4.2. PROYECTOS DE CODIGO DE COMERCIO.

Se han elaborado en nuestra legislación diferentes proyectos, en los cuales han intervenido excelentes tratadistas y doctrinarios, mencionaremos algunos de ellos.

En el año de 1929 se presentó un proyecto de comercio, que presentó algunas innovaciones, así: el artículo

853 señalaba que: para ocupar el cargo de comisario ya no era necesario tener la calidad de socio, sus facultades y el número de miembros que integraban el órgano de vigilancia se debía de determinar en el contrato social; asimismo, que la duración del cargo sería de un ejercicio social (Art. 854); por primera vez se concedía a la minoría el derecho de nombrar a un comisario (Art. 919): Cuando los comisarios sean tres o más, el contrato social determinará los derechos que corresponden a la minoría en la designación, pero, en todo caso, la minoría que represente un treinta y tres por ciento del capital social nombrará cuando menos un comisario.

En cuanto a la responsabilidad de los comisarios, se reglamentaba en igual forma que la establecida en el Código de 1889, salvo que sólo podría ser exigida por la asamblea general de accionistas (Art. 857); el nombramiento y la revocación del cargo se inscribirán en el Registro Público de Comercio del lugar donde se encuentre registrada la sociedad.

Posteriormente, en los años de 1953 y 1954 se elaboró por la Comisión de Legislación y Revisión de Leyes, de la entonces Secretaría de Economía, un proyecto de código de

comercio, que señalaba en el artículo 236: Son facultades y obligaciones de los comisarios:

Cerciorarse de la constitución y subsistencia de la garantía de los administradores y tomar las medidas necesarias para corregir cualquier irregularidad; exigir a los administradores periódicamente, de acuerdo con la naturaleza del negocio, una balanza de comprobación; revisar el balance general anual y rendir el informe correspondiente en los términos que establece la ley; someter al consejo de administración y hacer que se inserten en el orden del día de las asambleas de accionistas los puntos que crean convenientes.

Uno de los últimos proyectos(35) efectuados por la Comisión de Legislación y Revisión de Leyes, en los cuales intervinieron los Maestros Barrera Graf, Cervantes Ahumada y Mantilla Molina, en el capítulo relativo a la vigilancia de la sociedad señalaba:

De la vigilancia de la sociedad:

ARTICULO 234. La vigilancia de la sociedad anónima estaría a cargo de uno o varios comisarios, temporales y revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad.

ARTICULO 235. No podrán ser comisarios:

I. Quienes conforme a la ley estén inhabilitados para ejercer el comercio;

II. Los empleados de la sociedad; y

III. Los cónyuges, los parientes consanguíneos de los administradores, en línea recta sin limitación de grado,

los colaterales dentro del cuarto y los afines dentro del segundo.

ARTICULO 236. Son facultades y obligaciones de los comisarios:

I. Cerciorarse de la constitución y subsistencia de la garantía de los administradores, y tomar las medidas necesarias para corregir cualquier irregularidad;

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

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

IV. Revisar el balance general anual y rendir el informe correspondiente en los términos que establece la ley;

V. Someter al consejo de administración, y hacer que se inserte en el orden del día de las asambleas de accionistas, los puntos que crean pertinentes;

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

VII. Asistir con voz, pero sin voto, a las asambleas de accionistas; y

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

ARTICULO 237. 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 de accionistas y formular acerca de ellas las consideraciones y proposiciones que estimen pertinentes.

ARTICULO 238. Cuando por cualquier causa faltare la totalidad de los comisarios, el consejo de administración deberá convocar, en el término de tres días, a la asamblea general de accionistas, para que ésta haga la designación correspondiente.

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

En el caso de que no se reuniere la asamblea o de que reunida no se hiciere la designación, la autoridad judicial del

domicilio de la sociedad, a solicitud de cualquier accionista, nombrará los comisarios, quienes funcionarán hasta que la asamblea general de accionistas haga el nombramiento definitivo.

ARTICULO 239. Los comisarios serán individualmente responsables para con la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que la ley o los estatutos les imponen.

ARTICULO 240. Los comisarios que en cualquier operación tuvieren un interés opuesto al de la sociedad, deberán abstenerse de toda intervención, bajo la sanción de responder de los daños y perjuicios que ocasionaren a la sociedad.

ARTICULO 241. Los comisarios prestarán la garantía que determinen los estatutos o la asamblea.

ARTICULO 242. Son aplicables a los comisarios las disposiciones contenidas en los artículos 214, 216, 218, 231 y 232.

ARTICULO 214. Cuando los administradores sean tres o más, la escritura constitutiva determinará los derechos que correspondan a la minoría en la designación, pero, en todo caso, la que represente un 25% del capital social nombrará una cuarta parte de los consejeros, los cuales, de no haber otra disposición estatutaria, desplazarán a los designados en último lugar por la mayoría.

Sólo podrá revocarse el nombramiento del consejero o consejeros designados por las minorías cuando se revoque igualmente el nombramiento de todos los demás.

ARTICULO 216. Los estatutos puede disponer el nombramiento de consejeros suplentes que se hará en la misma forma que el de los propietarios.

ARTICULO 231. Salvo lo dispuesto en el artículo siguiente, la responsabilidad de los administradores sólo podrá ser exigida por acuerdo de la asamblea general de accionistas, la que designará la persona que haya de ejercer la acción correspondiente.

Una vez intentada la acción, la sociedad sólo podrá desistirse de ella por acuerdo de una asamblea extraordinaria.

ARTICULO 232. Aún en los casos del artículo 231, cualquier accionista podrá ejercitar directamente la acción de responsabilidad civil contra el administrador o los consejeros, siempre que satisfaga los siguientes requisitos:

I. Que la demanda comprenda el monto total de las responsabilidades en favor de la sociedad y no únicamente el interés personal del promovente;

II. Que, en su caso, el actor no haya aprobado las resoluciones mencionadas en las fracciones I y III del artículo 230.

Los bienes que se obtengan como resultado de la reclamación, con deducción de los gastos erogados en ésta serán percibidos por la sociedad.

Los administradores, para asegurar las responsabilidades, prestarán la garantía que determinen los estatutos, que no debe ser inferior al 5% del capital social, en su caso dividido por igual entre todos los consejeros.

Como se desprende de la lectura de los anteriores proyectos, ninguna innovación de importancia y especialmente en protección a las minorías se introdujo, salvo algunas de carácter formal, en lo que respecta al régimen de vigilancia de las sociedades anónimas, no obstante algunas proposiciones, con el fin de que se les diese a los comisarios un carácter más técnico y para hacer su designación más independiente de la voluntad de las personas que los designan.

Independientemente de lo anterior, ningún proyecto, ya no digamos en materia de sociedades, sino en general en la materia mercantil, se ha plasmado con normas que establezcan una aplicación eficiente y correcta, de los ordenamientos respectivos. Es, por lo tanto, una norma imperfecta, ya que no existe una sanción, para aquella persona física o moral que no cumpla con lo establecido en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Esta falta de aplicación estricta o sanciones en la ley está originada, a mi parecer, por las presiones por parte de algunos empresarios y con el beneplácito y consentimiento por parte del Estado.

4.3. LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.

El espíritu de la Ley General de Sociedades Mercantiles fue crear o contemplar con los comisarios un órgano igual o superior al órgano de administración, es decir, lo

consideraba como un elemento necesario para la protección y mejor funcionamiento de la sociedad y en beneficio de las personas que trataran en cualquier forma con la misma.

Lo anterior se manifiesta en base a que en la exposición de motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que menciona, respecto a la vigilancia de las sociedades lo siguiente:

La vigilancia de las sociedades, continúa en la Ley a cargo de los comisarios, quienes podrán ser personas extrañas a la sociedad. Las minorías también tienen representación en el órgano de vigilancia.

Dicha ley no había sufrido ninguna reforma en relación a este capítulo hasta que por Decreto del 19 de diciembre de 1980, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de enero de 1981, se modificaron, adicionaron y derogaron diferentes disposiciones, tanto en el Código de Comercio como en la citada ley, así se reformaron, entre otros, los siguientes artículos:

ARTICULO 165. No podrán ser comisarios:

I.

II. Los empleados de la sociedad, los empleados de aquellas sociedades que sen 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.

ARTICULO 166. Son facultades y obligaciones de los comisarios:

I.

II. Exigir a los administradores una información mensual que incluya, por lo menos, un estado de la 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 con fundamento el dictamen que se menciona en el siguiente inciso.

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

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

B) La opinión del comisario sobre si esas políticas y criterios han sido aplicados consistentemente en la información 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.

ARTICULO 169. Los comisarios serán individualmente responsables para con la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen (adicionándose el siguiente texto). Podrán, sin embargo, auxiliarse y apoyarse en el trabajo de personal que actúe bajo su dirección y dependencia o en los servicios de técnicos o profesionistas independientes, cuya contratación y designación dependa de los propios comisarios.

Reformas que, en cierta forma, trataron de hacer más eficiente el desempeño del cargo de comisario; pero con algunas

deficiencias u omisiones, ya que de dichas reformas se suprimió el artículo 144 un párrafo, que era una protección de la minoría, ya que en el se establecía que sólo podría revocarse el comisario nombrado por la minoría, cuando se revocara igualmente el nombramiento de los demás.

4.4 CAPACIDAD.

El órgano de vigilancia requiere de personas que tengan capacidad plena, reconocida en el derecho común no afectada por alguna limitación en la ley, dicho cargo puede, por lo tanto, ser desempeñado por una persona física o moral (V gr. una institución fiduciaria) que a su vez lo ejercite a través de personas físicas.

La Ley de Sociedades no establece disposición al respecto y sólo alude al desempeño del cargo por socios o por personas extrañas a la sociedad (a. 164 a 165), salvo lo que dispongan los estatutos, precepto demasiado amplio que permite

a personas desconocidas de la materia jurídica y contable ejercer el cargo de comisario.

En diferentes legislaciones y en vista de la gran importancia que requiere el control interno de las sociedades, se establecen ciertos requisitos, así en el Reino Unido(37) se establece en la Companies Act de 1948 (a. 161) que, sólo pueden ser auditores quienes pertenezcan a un cuerpo de contadores establecido en el propio Reino Unido y debidamente reconocido por el Departamento de Comercio. Igualmente, en la Legislación Francesa del 24 de julio de 1966, en su artículo 218, exige que el control de la gestión social sea por personas físicas o sociedades constituidas por aquellos profesionales debidamente inscritos en la lista de la orden de expertos contables y de abogados contables, de suerte que nadie pueda ejercer la función de comisario si no está inscrito en la lista establecida al efecto.

En la Legislación Argentina se requiere para ser comisario tener título "habilitante" de abogado o contador público o ser sociedad civil constituida exclusivamente por esos profesionales y con responsabilidad solidaria (a. 285 de la Ley de Sociedades Comerciales).

Es claro pues que, nuestra Ley no exige requisito especial alguno para el cargo de comisario.

Ahora bien, en relación con la capacidad, nuestra Ley señala las siguientes prohibiciones para desempeñar el cargo de comisario y situaciones en que podrá sobrevivir la incapacidad:

1) Ya sea por pérdida de la capacidad legal para el ejercicio del comercio, artículo 165, fracción I, de la Ley General de Sociedades Mercantiles, esto debe entenderse como tener capacidad para el ejercicio del comercio, en concordancia con el artículo 12 del Código de Comercio que establece: "No pueden ejercer el comercio: a) los corredores; b) los quebrados que no hayan sido rehabilitados; c) los que por sentencia ejecutoria hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo en estos la falsedad, el peculado, el cohecho, la concesión, robo, fraude, etc.

2) Así también, no podrán ser comisarios por incurrir en las prohibiciones que el Código o las leyes especiales establecen.

3) Porque se llegue a ser empleado de la sociedad o de aquellas sociedades que sean accionistas de la sociedad en cuestión por más de un 25% del capital social.

4) Ni de los empleados de aquellas sociedades de las que la sociedad en cuestión sea accionista en más de un 50% (artículo 165, fracc. II, L. G. S. M.).

5) Porque se establezca un parentesco con alguno de los miembros del consejo de administración en línea recta, sin limitación de grado, los colaterales dentro del cuarto y los afines dentro del segundo (artículo 165, fracc. III, L. G. S. M.).

Es importante hacer mención que por mayoría de razón un administrador no puede ser comisario, ni por analogía con lo dispuesto en la fracción III, el cónyuge de éste, aunque la misma Ley General de Sociedades Mercantiles no lo señala. Recientemente (Diario Oficial del 14 de enero de 1985) la Ley General de Instituciones de Seguros expresa categóricamente, en

su artículo 32, la prohibición de ser comisarios propietarios o suplentes de las instituciones de seguros a sus directores generales o gerentes y a los miembros de sus consejos de administración".

4.5. PERSONA FISICA Y PERSONA MORAL.

Como lo manifesté anteriormente, pueden ser personas físicas o morales, quienes desempeñen esta función, no existe respecto de los comisarios la limitación que la ley parece establecer para el desempeño de los cargos de administrador o gerente. La Ley relativa de Instituciones de Crédito, permite expresamente que las instituciones fiduciarias puedan desempeñar el cargo de comisarios de otras sociedades, aquí se puede hacer hincapié que las funciones de vigilancia en las instituciones de crédito, de seguros, de fianzas y sus organizaciones auxiliares, así como en las sociedades de inversión no sólo están a cargo del comisario (órgano de vigilancia propiamente), sino también y principalmente respecto a aspectos operacionales, de la Comisión Nacional Bancaria y de

Seguros. Tratándose de instituciones de estas dos materias (artículo 160 y 74 LIS) de la Secretaría de Hacienda, por conducto de la misma Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, en el caso de instituciones de fianzas (artículo 76 LIF) y de la Comisión Nacional de Valores con funciones mucho más amplias, puesto que comprenden aspectos de políticas de inversión, así como de proteger intereses de socios e inversionistas, en el caso de las sociedades de inversión (artículo 13) de las bolsas de valores y de las casas de bolsa (artículo 41 Ley Mexicana de Valores).

El órgano de vigilancia no es colegiado: En un principio, en nuestro derecho el órgano de vigilancia si lo era, el Código de Comercio de 1884, lo denominaba consejo de inspección, y en la actualidad no lo es, sino que es unitario, aunque puede estar confiado en varias personas, pero que no actúan en forma colegiada, según se desprende del artículo 164 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que dice: "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". Nuestra legislación en ningún momento nos dice que, en caso de ser varios los comisarios actuarán en forma colegiada, sino que además aclara

el artículo 169 que serán responsables individualmente para con la sociedad del incumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen.

En cambio, respecto a los administradores dispone el primer párrafo del artículo 143 lo siguiente: "Cuando los administradores sean dos o más, constituirán el consejo de administración", y en su tercer párrafo agrega: "Para que el consejo de administración funcione legalmente deberá asistir, por lo menos, la mitad de sus miembros, y sus resoluciones serán válidas cuando sean tomadas por la mayoría de los presentes..."; el comisario en nuestro derecho es un órgano unitario por su funcionamiento y responsabilidad, aunque puede ser desempeñado por varias personas simultáneamente.

No obstante lo anterior, existe una corriente contraria que afirma que el órgano de vigilancia de la sociedad anónima se constituirá en órgano colegiado cuando actúen dos o más comisarios.

El Maestro Cervantes Ahumada manifiesta:

La vigilancia de la Sociedad Anónima, esto es, la vigilancia sobre la administración de la sociedad está a cargo de uno o varios comisarios, temporales y revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad", afirma además el citado autor que: "Si los comisarios fueren dos o más constituirán el Consejo de vigilancia"(38).

Otra opinión es la del Maestro Oscar Vázquez del Mercado al señalar(39):

"Cuando el órgano de vigilancia esté compuesto de varios comisarios que formen un colegio, las reglas aplicables en este caso son las mismas que se aplicarían al consejo de administración, con la salvedad de que los comisarios no pueden ser designados provisionalmente por los administradores.

En relación a esta facultad de los comisarios para convocar a asamblea, cabe apuntar que éstos, aún siendo varios, pueden hacer la convocatoria en forma individual, ya que su responsabilidad es para con la sociedad en igual forma.

El Maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez, a mi parecer, más acertadamente señala lo contrario:

"El artículo 164 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, dice que la vigilancia de la sociedad estará a cargo de uno o varios comisarios. Los estatutos son los que establecen si el cargo de comisario será desempeñado por uno o varios comisarios".

Caso diferente con los administradores, ya que el artículo 143 de la Ley General de Sociedades Mercantiles dispone que cuando los administradores sean dos o más funcionarán en consejo de administración, en el que las decisiones se tomarán por mayoría de votos, ya que el mismo viene a constituir un órgano colegiado. Sin embargo, cuando los comisarios sean dos o más, no por ello constituirán un consejo de vigilancia o un consejo de comisarios, en el que las decisiones pueden tomarse por mayoría de votos.

La Ley General de Sociedades Mercantiles quiere que los comisarios sean órganos individuales, cualquiera que sea su número.

La anterior afirmación se basa en las siguientes razones:

a). La evolución legislativa mexicana que va del Consejo de Inspección Colegiado del Código de Comercio de 1884 a la actuación individual de los comisarios expresamente establecidos por la Ley de Sociedades de 1888;

b). La falta de disposición expresa que establezca el carácter colegiado de los comisarios, cuando sean dos o más;

c). La falta de remisión por parte del artículo 171 de la Ley General de Sociedades Mercantiles sobre comisarios al artículo 143 de la Ley General de Sociedades Mercantiles sobre administradores;

d). El establecimiento de la responsabilidad individual de los comisarios, incompatible con su

funcionamiento como órgano colegiado, artículo 169 de la Ley General de Sociedades Mercantiles;

e). La ley no prevé la sustitución forzosa de los comisarios faltantes, sino cuando no queda ninguno (artículo 168 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), lo que sería inconciliable con la existencia de un órgano colegiado, si los estatutos establecieran la existencia de dos o más comisarios;

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

g). El texto de la Exposición de Motivos habla claramente de actuación individual y de cumplimiento por cada comisario de las tareas que le competen"(40).

La exposición de Motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles señala al respecto:

"La vigilancia de las sociedades continúa en la Ley a cargo de los comisarios, quienes podrán ser personas extrañas a la sociedad. Las minorías también tienen representación en el órgano de vigilancia".

Señala que, cada uno de los comisarios será individualmente responsable para con la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen, aclarándose así que cada uno de estos comisarios podrá desempeñar, aisladamente de los demás, las labores de vigilancia que le incumben(41).

En base a lo anterior, se concluye que, efectivamente, cuando el órgano de vigilancia esté compuesto por dos o más comisarios no se constituirá en órgano colegiado y sus miembros deberán actuar en forma individual desempeñando aisladamente de los demás las labores de vigilancia a que están obligados.

4.6. NOMBRAMIENTO Y DURACION.

Conforme a la Ley General de Sociedades Mercantiles y como principio general, el nombramiento de los comisarios corresponde a la asamblea general ordinaria de accionistas (Art. 181, fr. 11); sin embargo, no todos los accionistas intervienen en su elección, sólo aquellos con derecho a voto y dicha designación es válida si la asamblea se reunió con los requisitos que exija la ley y si se tomaron los acuerdos por las mayorías necesarias. De lo anterior, se desprende que es facultad exclusiva de la asamblea general, y su nombramiento constituye un derecho absoluto e indelegable de la misma. Se trata de un acto de derecho social por el que la asamblea manifiesta un acto unilateral de proposición o nombramiento que reviste al comisario de las facultades o poderes que la ley y los estatutos le confieren como verdadero órgano social que ejercita una función estrictamente interna(42), como así lo manifiesta el autor español Rodrigo Uria.

Tanto en el derecho patrio, como en el extranjero, se prevé dicho nombramiento por las minorías, como toda regla

general tiene sus excepciones, la primera lo señala el artículo 144 de la Ley General de Sociedades Mercantiles aplicable a los comisarios por referencia del artículo 171 de la misma, que dispone que la minoría que represente un 25% del capital social tendrá derecho a nombrar un comisario, si éstos son tres o más, cabe hacer notar que las minorías son de capital y no de socios, por lo que un solo socio que posea el porcentaje requerido puede ejercitar tal derecho.

Si bien, tanto en el derecho patrio como en el extranjero se preveé dicho nombramiento por las minorías, en vista de la condicionalidad de que sean tres o más comisarios, significa que si no se dá tal supuesto, la minoría no tiene acceso al nombramiento en caso de administrador único.

Dicho porcentaje es exagerado porque las minorías que no lo alcancen quedan sin ninguna representación, e incluso el derecho que confiere la ley resulta casi ilusoria, tanto en el caso de que el número total de comisarios sea muy elevado, como en el supuesto de que sean dos los encargados de vigilar la gestión social, ya que el precepto, tal como está redactado, sólo confiere a las minorías el derecho a nombrar un comisario

si los estatutos prescriben la existencia de tres o más. Se debe aclarar que, los estatutos podrán establecer un derecho más amplio en favor de la minoría.

El nombramiento del comisario que haga la autoridad judicial, es el caso señalado en el tercer párrafo del artículo 168 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, sólo que tendrán el carácter de interinos, en tanto la asamblea general ordinaria haga el nombramiento efectivo.

En el acta de constitución de la sociedad, la designación de los primeros comisarios se efectuará por los socios fundadores.

Es importante hacer mención que, el postulado de que el nombramiento de los comisarios es un derecho indelegable de la asamblea general de accionistas, se rompe en nuestro derecho, en las Sociedades Nacionales de Crédito. En efecto, en sus reglamentos orgánicos(43) se establece la facultad de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación para nombrar un comisario y a los consejeros de los certificados de

aportación patrimonial de la Serie "B" para nombrar otro, éstos últimos en reunión especial con un quórum de asistencia de la mitad más uno y con el voto de la mayoría de los presentes. Aquí existe una crítica a la designación de un comisario por parte de los consejeros, ya que es precisamente a los consejeros a quienes se supone, entre otros, el comisario debe vigilar(44). Asimismo ocurre con otras sociedades anónimas como las de seguros cuya inspección y vigilancia está confiada a la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.

En conclusión, no existe respecto de los comisarios la limitación que la ley establece para el desempeño de los cargos de administrador y gerente; es decir, la de que el cargo debe ser de desempeño personal y no por representante, dicha conclusión se acepta, ya que no hay prohibición expresa. La responsabilidad penal, que pudiera surgir a consecuencia de las actividades realizadas en el desempeño del cargo, repercutirá sobre la sociedad, el comisario y sobre las personas físicas que en su nombre actuaren.

La capacidad de una sociedad para desempeñar el cargo de comisario depende del objeto social que se haya establecido

en su escritura constitutiva, ya que las personas morales en nuestra legislación tienen personalidad jurídica en la medida en que la misma es necesaria para el desempeño del objeto social que persiguen.

La confianza que se basa en el desempeño del cargo de comisario, por una persona física, puede tenerse en una sociedad. En el Derecho Francés y en el Alemán es dudoso que las sociedades puedan desempeñar funciones de vigilancia.

En cuanto a la duración, la Ley Mexicana no difiere si los comisarios pueden ser designados sólo por un ejercicio social o si es lícito su nombramiento para dos o más, como lo señalan otras legislaciones.

Tanto el Código de Comercio de 1884 como el de 1889 parecen aceptar la posibilidad del nombramiento para varios ejercicios, así este último ordenamiento, en su artículo 122, señala que la asamblea general deberá nombrar a los comisarios durante el plazo señalado por los estatutos, ya sea porque no los haya designado previamente o cuando deban ser renovado su nombramiento por cualquier circunstancia legal o estatutaria.

En Francia con la Ley de 1867 (Artículo 27 y 29) sólo podían ser designados por un año, pero conforme a la Ley del 24 de julio de 1966(45), son nombrados para seis ejercicios y sus funciones expiran después de la reunión de la asamblea del sexto ejercicio (Artículo 224). En Bélgica (Artículo 154 de la Ley de 1873) se establece la relación hasta por seis años. En Italia el nombramiento era anual (Código de Comercio, artículo 183), con el Código Civil de 1942 se establece un período más amplio, los comisarios son designados por un trienio (Art. 2400) y no pueden ser revocados salvo por justa causa.

Tal reforma se debió, entre otras, a la influencia de Vivante, quien consideró que con la renovación anual de comisarios, supeditaba a éstos a los administradores, los cuales ejercían una influencia poderosa en las asambleas y hacían pagar a aquéllos su excesiva independencia con la pérdida del cargo, por ello era deseable que duraran más tiempo que los administradores; ya que de esta manera, no sólo se garantiza su independencia respecto de la mayoría de accionistas, sino también su estabilidad en el cargo. Por lo que se debe de considerar que la ley permite a los comisarios ejercer el cargo por más de un año, en virtud de

que el artículo 181, al establecer los asuntos de competencia de la asamblea general ordinaria, alude el nombramiento en su caso de los comisarios.

Los reglamentos orgánicos de las sociedades nacionales de crédito establecen que, el comisario designado por la Secretaría de la Contraloría General de la Federación tendrá una duración indefinida (hasta su revocación y el designado por los consejeros de la Serie "B" por el término de un ejercicio social, pudiendo ser nombrados nuevamente, en todo caso, continuarán en sus funciones al igual que los comisarios de la sociedad anónima (Arts. 154 y 171 Ley General de Sociedades Mercantiles) mientras no se haga nueva designación y el sustituto tome posesión del cargo.

En el artículo 164 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se establece la revocabilidad del cargo del comisario; la asamblea general ordinaria tiene el más amplio e ilimitado derecho de revocar a los comisarios, aún sin expresión de causa.

No teniendo efecto legal alguno al respecto, cualquier precepto estatuario que limitara este derecho de la asamblea, ni aquellas cláusulas que requieran un porcentaje de mayoría especial para dicha revocación, superior al que es necesario según el contrato social, para la válida adopción de acuerdos por la asamblea general.

Una causa clara de remoción de los comisarios se encuentra en el artículo 176 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que permite su aplicación cuando los comisarios no presenten el informe sobre el balance anual en el plazo que la ley señala.

Existe también la posibilidad de que los comisarios renuncien a su cargo, pero no podrán abandonarlo en tanto que no les sea acepto, siendo responsables de los daños y perjuicios que la sociedad experimentará por el cumplimiento de esa obligación.

4.7. DERECHOS, FACULTADES Y ATRIBUCIONES.

Se ha expuesto inicialmente que, la razón de ser del comisario estriba en la necesidad dentro de las sociedades anónimas de un tercer órgano controlador, fiscalizador o revisor de la gestión social, órgano necesario, según deriva de los preceptos que la regulan en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

En este punto analizaremos sus atribuciones, derechos, facultades y obligaciones. La ley habla de facultades y obligaciones de los comisarios como si fuesen derechos y obligaciones de los mismos. Sin embargo, cada facultad no es sólo un mero derecho, sino también una obligación para el cumplimiento de otros. El Maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez(46) les llama poderes-deberes, ya que en la medida en que puedan invocarlos, deben ejercerlos para la mejor atención de su misión total de vigilancia.

Las facultades y obligaciones que la Ley confiere a los comisarios en su artículo 166 son:

I. Cerciorarse de la constitución y subsistencia de la garantía que deben prestar los administradores y gerentes para asegurar las responsabilidades que pudieran contraer en el desempeño de su cargo y que exige el artículo 152, dando cuenta sin demora de cualquier irregularidad a la asamblea 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.

En esta fracción se establece un claro derecho de los comisarios.

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 y para poder rendir fundadamente su dictamen.

IV. Rendir anualmente a la asamblea general ordinaria un informe respecto a la veracidad, suficiencia y razonabilidad presentada por el consejo de administración a la propia asamblea de accionistas.

La Ley precisa el contenido mínimo de dicho informe y consiste en su opinión sobre: a) la adecuación y suficiencia de las políticas y criterios contables y de información seguidos por la sociedad; b) su opinión sobre la aplicación de esas políticas y criterios; y c) respecto a que si la información presentada por los administradores refleja en forma veraz y suficiente la situación financiera y los resultados de la sociedad.

Al lado de estas facultades estrictamente contables, la ley les otorga a los comisarios otras de carácter administrativo, como son:

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 cuando no lo hagan los administradores y en cualquier otro caso 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.

IX. En general, vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad. Fracción en la cual se pueden interpretar todas las actividades y funciones que debe desempeñar el comisario, así como sus facultades.

Igualmente, el artículo 155, fracc. II de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece: "... 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 estatutorio, los comisarios designarán con carácter provisional a los administradores faltantes ...".

El Maestro Barrera Graf(47) manifiesta que, las facultades del comisario se limitan a tareas de vigilancia y de supervisión, sin que le corresponda función alguna de representación, que está reservada al órgano de administración, a los apoderados y directores de la sociedad, y que actúen a nombre y cuenta de ella. Pero, en la última fracción del artículo 166 se amplían sus facultades para confiarles la vigilancia ilimitada y permanente de la sociedad. Y que sus funciones comprenden todas las de supervisión de las operaciones en que intervenga la sociedad, tanto frente a terceros, como desde el punto de vista interno (frente a los socios y el personal) e independientemente de la naturaleza del acto o de su carácter público o privado.

Es decir, esta fracción lo faculta para una vigilancia en general sobre el manejo de la sociedad y no como erróneamente se ha creado la imagen de ser simples revisores de

cuentas, aunque en la práctica, existe un criterio general, en considerarlo como tal.

4.8. OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES.

Pesan sobre los comisarios algunas obligaciones, así:

La obligación de prestar "la garantía que determinen los estatutos o, en su defecto, la asamblea general de accionistas, para asegurar la responsabilidad que pudieran contraer en el desempeño de sus encargos" (artículo 152 y 171 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

Por otra parte, el artículo 167 de la Ley General de Sociedades Mercantiles obliga a los comisarios a recibir de cualquier accionista la denuncia que les presten los mismos y, a su vez, a mencionar en sus informes tales denuncias y formular acerca de ellas las consideraciones y proposiciones

que estimen pertinentes; aunque tales consideraciones impongan una investigación al respecto; se debería facultar al comisario para investigar e ir al fondo de dichas denuncias, pues si bien es cierto que está obligado a vigilar de manera ilimitada y permanente a la sociedad, habrá necesidad de establecer las bases para esa investigación.

Desde el punto de vista legal y para el fin para el cual fueron establecidos los comisarios, están obligados a vigilar la gestión de la sociedad, no únicamente para denunciar a los administradores, sino para que éstos celen concienzudamente los intereses sociales y se vean constreñidos, aún sin quererlo a conducirse de manera honrada y diligente(48).

Por lo que respecta a su responsabilidad, es individual de cada comisario frente a la sociedad (no frente al órgano de administración, ni frente a terceros, artículo 169 de la Ley General de Sociedades Mercantiles); la cual comprende negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito (artículo 2615 del Código Civil aplicado supletoriamente por analogía).

Cuando son varios comisarios, la responsabilidad no es solidaria, sino lo es de cada uno y sólo del daño causado culpablemente e individualmente.

Pero, si en cambio, es responsable solidario, a pesar de tratarse de uno solo, con el o con los que le hayan precedido por las irregularidades en que éstos hubieran incurrido, si, conociéndolas no las denunciaron. Y cuando el daño no se hubiera producido si ellos hubieran actuado de conformidad con sus obligaciones (Art. 160 L. G. S. M.).

Asimismo, la Ley, en su artículo 170 nos señala que, es causa de responsabilidad del comisario el que intervenga en los casos en los cuales tenga un interés opuesto al de la sociedad, en conflicto de intereses, debe abstenerse de toda intervención, caso contrario será responsable de los daños y perjuicios que causasen a la sociedad (artículo 169 y 156 id).

Al respecto, se considera que la responsabilidad es frente a la sociedad y sólo ésta podrá exigirla a través de sus

órganos competentes. Los socios no podrán individualmente ejercitar la acción, porque ningún vínculo existe entre estos individualmente y los comisarios, con quien existe relación es con la sociedad y no con los accionistas. Sin embargo, los accionistas no podrán ejercitar individualmente la acción de responsabilidad, cuando los comisarios sean responsables por actos ejecutados en el ejercicio de sus facultades, en este caso la acción compete a la asamblea cuando aprovechando su posesión realizan actos que violan la ley o los estatutos, dichos actos pueden considerarse como delictuosos y no haya razón para estimarse ejecutados en ejercicio de sus facultades, en esta fase si cabría por parte de los accionistas individualmente el derecho para ejercitar la acción de responsabilidad.

Para exigir la responsabilidad, la asamblea general puede acordar por la mayoría relativa a las asambleas ordinarias, proceder a la misma y designar la persona que haya de ejercitar la acción correspondiente; o los accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital social, con independencia del acuerdo de la asamblea, y aún contra el mismo podrá ejercitar directamente, es decir, por propio acuerdo y acudiendo ante la autoridad judicial competente, la

acción de responsabilidad con las condiciones del artículo 163, fracción I y II. Tal vez habría que reducir el porcentaje exigido por la ley para que, en lugar de ese treinta y tres fuera suficiente el diez por ciento del capital social.

4.9. OPINION SOBRE LA LEY.

Con el presente trabajo, he deseado establecer la importancia que, desde mi punto de vista, tiene la figura del comisario en la legislación mexicana; en esta parte, me permito hacer algunas observaciones a la Ley que, considero son importantes, en relación a la figura del comisario.

a): La Ley General de Sociedades Mercantiles señala (artículo 144 al que nos remite el 171) que la minoría que represente un veinticinco por ciento del capital social tiene derecho a nombrar un comisario, si estos son tres o más. Este porcentaje será del diez por ciento cuando se trate de aquellas sociedades que tengan inscritas sus acciones en la Bolsa de

Valores. Dicha minoría puede estar representada por un solo socio si sus aportaciones cubren ese porcentaje, en virtud de que la ley establece dicha minoría en función al capital y no a los accionistas.

Considero que, el porcentaje es exagerado, ya que en la práctica las minorías que no lo alcancen quedan sin ninguna representación, quedando el derecho que confiere la ley sin aplicación, tanto en el caso de que el número total de comisarios sea muy elevado, como en el supuesto de que sean dos los encargados de vigilar la gestión social, ya que el precepto tal como está redactado sólo confiere a las minorías el derecho a nombrar un comisario si los estatutos prescriben la existencia de tres o más.

b). El mismo artículo 144, en protección de las minorías, contenía un segundo párrafo que establecía "sólo puede revocarse el nombramiento del administrador o administradores (del comisario o comisarios) designados por la minoría, cuando se revoque igualmente el nombramiento de todos los demás administradores o comisarios, y en reformas a la ley (D. O. 23-I-81) se omitió tal señalamiento que considero era

una disposición que podría aplicarse en beneficio de la minoría de accionistas.

c). En relación a la capacidad o conocimientos de preparación contable o administrativa, que debe(n) tener quien(es) ha(n) de vigilar la gestión social, la ley es omisa, estableciendo que puede ser desempeñado por personas físicas o morales y a cargo de socios o por personas extrañas a la sociedad.

La ley no exige requisito especial para este cargo, cuando debería hacerlo, en base a que las funciones del comisario son predominantemente técnicas, como son: La revisión de los estados financieros y la emisión del dictamen; e implica el conocimiento de ciertas reglas y requisitos de carácter contable, así como la fiscalización y control de las operaciones del ente social en todo tiempo.

d). La Ley General de Sociedades Mercantiles señala en su artículo 165, fracción III, que no pueden ser comisarios: "Los parientes consanguíneos de los administradores, en línea

recta sin limitación de grado, los colaterales dentro del cuarto y los afines dentro del segundo.

Pero no señala la prohibición para desempeñar el cargo por ser pariente del socio principal, de algún director, que tenga intervención importante en la administración o en las cuentas del propio cliente.

e). Igualmente, la ley no exige el que presten u otorguen una garantía real, ni les exige una responsabilidad efectiva, ni sanciones personales para las personas que aceptan el cargo de comisario, para los casos en que obren con negligencia, culpa o dolo y en varios casos esas sociedades se ven en situaciones de suspensión de pagos y quiebras, que se consieran fraudulentas, en perjuicio de terceras personas.

Conforme a estos contextos, aunque el espíritu de la ley, ha sido el crear con el órgano de vigilancia, un órgano tan importante como el propio consejo de administración, con el fin de situar a éste bajo la vigilancia general de aquél, su eficacia no ha sido total, ya que como se ha señalado, entre

causas de la misma están: Que su nombramiento es efectuado por las mismas mayorías que nombra a los administradores, aunado a que las personas designadas para desempeñar el cargo, no tienen los conocimientos técnicos, ni la independencia necesaria para desempeñar eficazmente su cargo.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO IV

32. León Tovar. op. cit.
33. Ley de Sociedades Anónimas de 1838 en la Recopilación de Leyes, Decretos y Providencias de los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Unión. T. L. enero, junio 1888, 1889.
34. Código de Comercio.
35. Comisión de Estudios Jurídicos. I. E. P. E. S. Proyecto de Código de Comercio. Comisión de Legislación y Revisión de Leyes. Secretaría de Industria y Comercio.

36. Exposición de Motivos para la Promulgación de la Ley General de Sociedades Mercantiles de fecha 28 de julio de 1934, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto del mismo año.
37. Ibidem. op. cit.
38. Cervantes Ahumada, Raúl. Derecho Mercantil. México 1984. Ed. Herrero. IV Edición. págs. 104 y 105.
39. Vázquez del Mercado. op. cit. p. 53.
40. Rodríguez Rodríguez, Joaquín. op. cit. p. 153.
41. Ibidem.
42. Uria, Rodrigo. op. cit. p. 232.

43. Reglamento Orgánico de Bancomer, S. N. C. Diario Oficial de la Federación. 29-VI-1985. 2ª Sección.

44. González García, Hugo. La Sociedad Nacional de Crédito. T. P. U. N. A. M. citado por León Tovar. op. cit.

45. Ibidem. op. cit. p. 194.

46. Ibidem. op. cit. p. 194.

47. Ibidem. op. cit. p. 144.

48. Vivante, César. Derecho Mercantil. Traducción de Espejo Hinojosa. Madrid, España. 1932. p. 298.

CONCLUSIONES

1. La necesidad de contar con un órgano social encargado de controlar, vigilar y revisar la gestión social en las sociedades mercantiles, está reconocida, tanto en nuestra legislación como en el derecho comparado; algunos consideran que la asamblea general de accionistas es el principal órgano de control y vigilancia; el espíritu de la ley ha sido crear un órgano especial, igual al órgano de administración, en beneficio e interés exclusivo de la sociedad.

2. La institución de los comisarios se inició como auxiliares de la asamblea general en el examen de cuentas, de ahí, a mi parecer, que se consideren como meros revisores de cuentas. En la actualidad y aplicado el término vigilancia en su total alcance, no pueden estar limitados a la acepción de simples revisores de contabilidad, ya que de acuerdo a la ley su función abarca aspectos más complejos, como vigilar toda la gestión de los administradores y la buena marcha de la sociedad, sin que ello implique que tenga facultades administrativas.

3. No existe uniformidad en la regulación del órgano de vigilancia en el derecho comparado; así en la Legislación Española existen dos tipos de interventores (censores): El censor accionista y el censor jurado. En la Legislación Italiana se confiere la vigilancia interna de la sociedad a un colegio sindical. En nuestra legislación puede ser desempeñado el cargo por una o más personas.

4. Es conveniente reformar la ley, en lo que respecta a la protección de las minorías, ya que el porcentaje que prescribe para la minoría de los accionistas, tengan derecho a nombrar un comisario es exagerado, no sólo para protección de esas minorías, sino para reconocerles el derecho a nombrar personas que fiscalicen la actuación de los administradores.

La reforma podría ser: a) En el sentido de que se disminuya el porcentaje del 25% al 10% (como se establece para las sociedades que ofrecen al público sus acciones); b) O bien que el nombramiento lo efectuará la minoría que no logró

hacer el nombramiento de los administradores, sin necesidad del requisito del porcentaje señalado.

5. Al mismo tiempo de la reforma propuesta en el punto anterior, incorporar el segundo párrafo que contenía el artículo 144 de la Ley General de Sociedades Mercantiles antes del decreto del 23 de enero de 1961 y que establecía, que sólo podría revocarse el nombramiento del administrador o administradores (del comisario o comisarios) designados por la minoría, cuando se revoque igualmente el nombramiento de todos los demás administradores.

6. El postulado de que el nombramiento de los comisarios en nuestro derecho es una facultad indelegable de la asamblea general de accionistas, se rompe en nuestra legislación, en las Sociedades Nacionales de Crédito, ya que en sus reglamentos orgánicos se establece la facultad de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación para nombrar un comisario y a los consejeros de los certificados de aportación patrimonial de la Serie "B" a nombrar otro. Tal

designación ha sido criticada negativamente, ya que se advierte que es precisamente a los consejeros a quienes se supone, entre otros, el comisario debe vigilar.

7. Los accionistas están vinculados con la sociedad por una relación de propiedad, como titulares de sus aportaciones. Los administradores tienen una relación contractual de mandato con la sociedad. Y los comisarios tienen con la sociedad un vínculo jurídico contractual sui generis, ya que se basa en una prestación de servicios, que se basa en una relación de confianza.

8. Asimismo, en cuanto a la capacidad se debe modificar la ley de tal manera que: a) Se exigiera que las personas que fueran a desempeñar el puesto de comisarios, fueran personas con licenciatura en las áreas de contabilidad, administración o técnicos con conocimientos en carreras afines; b) O se asistieran de terceras personas con tales conocimientos, que los auxiliaran en el cumplimiento de sus obligaciones legales y estatutarias, en donde las erogaciones

económicas y los honorarios cubiertos a los auxiliares del comisario serían a cargo de la sociedad. Es importante hacer mención que para el desempeño de esta actividad y en respuesta a la confianza de los accionistas se requiere un mínimo de capacidad moral, ética y profesional.

9. Los comisarios responden única y exclusivamente de sus actos, por el cumplimiento de sus obligaciones ante la sociedad. Tal responsabilidad es individual, no solidaria, aún siendo dos o más comisarios; lo es de cada uno y sólo del daño causado culpablemente por él y comprende: La negligencia, la impericia, el dolo y los daños y perjuicios causados a la sociedad por abandonar el cargo sin que su renuncia sea admitida y sin perjuicio de las penas que merezca su caso de delito.

10. Asimismo, dada la gran importancia y su constante crecimiento corporativo y económico a nivel nacional e internacional, las sociedades anónimas, además de ser fiscalizadas por un comisario persona física, deberían estar

vigiladas por algún órgano del Estado, o bien por medio de las cámaras, confederaciones o asociaciones a las cuales perteneciera la sociedad en base a su giro principal.

11. Si el fin de la fiscalización o vigilancia por parte de los comisarios es garantizar el buen funcionamiento de la administración de la sociedad en interés exclusivo de la misma, si esta sociedad es del tipo llamadas familiares o unimembres, considero que no es necesario establecer como requisito en los estatutos de la sociedad al comisario, ya que conforme está regulado actualmente esta figura, no existe en la práctica una utilidad que amerite su designación. En su caso, la responsabilidad del accionista(s) frente a terceros debería de ser mayor.

12. Definitivamente, no comparto en su totalidad la idea de algunos abogados, con los que me permití comentar el presente trabajo, en que mejor debería desaparecer la figura del comisario; considero que si se efectuara una verdadera aplicación y se regulara conforme al punto número 8 se tendría

una utilidad más práctica en beneficio, no sólo de la sociedad, sino también de terceras personas como son los acreedores, compradores o cualquier persona que muchas veces se han visto defraudados por sociedades que desaparecen de un día para otro o sociedades que lleguen a situaciones como la suspensión de pagos o la quiebra - que en algunos casos son dolosas o fraudulentas - en perjuicio de las personas que confiaron en ellas.

BIBLIOGRAFIA

1. Amezcua Barbachano, R. Funciones del Comisario en la Sociedad Anónima. México. T. P. U. N. A. M. 1943.
2. Ascarrelli, Tulio. Principios y Problemas de las Sociedades Anónimas. Traducción de René Cocheaux Sanabria. Imprenta Universitaria.
3. Bauche Garciadiego, Mario. La Empresa. Nuevo Derecho Industrial, Contratos Comerciales y Sociedades Mercantiles. 2ª Edición. Ed. Porrúa, S. A. 1983.
4. Barrera Graf, Jorge. Las Sociedades en Derecho Mexicano. 1ª Edición. 1983. U. N. A. M. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
5. Broseta Pont, Manuel. Manual de Derecho Mercantil. España. Editorial Tecnos. 1976.

6. Broseta Pont, Manuel. Reforma de la Censura de Cuentas y Verificación Contable. Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uria. Editorial Civitas, S. A. Madrid. 1978.

7. Brunetti, Antonio. Tratado de Derecho de las Sociedades. Tomo II. UTEHA. Buenos Aires, Argentina. 1960.

8. Cervantes Ahumada, Raúl. Derecho Mercantil. México. 1984. Editorial Herrero. 4ª Edición.

9. Comisión de Estudios Jurídicos. I. E. P. E. Proyecto de Código de Comercio. Comisión de Legislación y Revisión de Leyes. Secretaría de Industria y Comercio.

10. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Madrid. 1979.

11. Enciclopedia Jurídica Omeba. 1981.

12. Frisch Phillip, Walter. La Sociedad Anónima Mexicana. 2ª Edición. 1982. Editorial Porrúa, S. A.

13. Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. 7ª Edición. Editorial Porrúa, S. A. 1979.

14. Garrigues, Joaquín. Tratado de Derecho Mercantil. Madrid. 1947. I. 1. 5ª Edición.

15. González García, Hugo. La Sociedad Nacional de Crédito. T. P. U. N. A. M.

16. Girón Tena, José. Derecho de Sociedades Anónimas. España. 1952.

17. Lehmann citado por Fischer Rodolfo. Las Sociedades Anónimas, su Régimen Jurídico. Tr. del alemán por W. Roces. Madrid. 1934.

18. León Tovar, Soyla. Conferencia sostenida en el Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. U. N. A. M. 1985.

19. Mantilla Molina, Roberto. Derecho Mercantil. Editorial Porrúa. 19ª Edición. 1984.

20. Fallares, Eduardo. Formulario y Jurisprudencia de Juicios Mercantiles. 8ª Edición. 1983. Ed. Porrúa, S. A.

21. Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. México. Editorial Porrúa. 1983.

22. Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles. Tomo II. México. Ed. Porrúa. 1947.

23. Uria. Derecho Mercantil. Madrid. 1958.

24. Vázquez Arminio, Fernando. Las Obligaciones y su Emisión por las Sociedades Anónimas. 1ª Edición. 1962. Ed. Porrúa.
25. Vázquez del Mercado, Oscar. Asamblea, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles. 2ª Edición. 1980. Ed. Porrúa.
26. Vivante, César. Derecho Mercantil. Tr. de Espejo de Hinojosa. Madrid, España. Ed. Reus, S. A. 1932.

LEGISLACION CONSULTADA

Código Civil para el Distrito Federal. 1984.

Código de Comercio. México. 1884.

Código de Comercio. México. 1889.

Exposición de Motivos para la Promulgación de la Ley General de Sociedades Mercantiles. 28 de julio de 1934.

Ley General de Sociedades Cooperativas.

Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

Ley Orgánica del Banco de México.

Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.