

EL ÓRGANO DE VIGILANCIA EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Razón de ser del órgano de vigilancia*. III. *Antecedentes*. IV. *Nombramiento*. V. *Capacidad*. VI. *Atribuciones*. VII. *Duración*. VIII. *Responsabilidad*. IX. *Conclusión*.

Soyla H. LEÓN TOVAR

I. INTRODUCCIÓN

La figura del comisario es necesaria en las sociedades anónimas; se trata de la persona encargada de fiscalizar tanto el funcionamiento del ente social como la actuación del órgano de administración, o administrador único.

El órgano de vigilancia, obligatorio para las sociedades anónimas, puede estar representado por una o varias personas.

En el presente ensayo intentamos exponer algunas consideraciones entorno a dicho órgano. Para ello, partimos de la razón de ser del mismo, su naturaleza, nombramiento, capacidad, atribuciones, duración en el cargo y su responsabilidad.

Hacemos algunas referencias históricas para ubicar y comprender mejor la figura del comisario. Asimismo, recurrimos al derecho extranjero, ya que sólo con el uso del derecho comparado y de la doctrina podremos conocer la realidad y carencias de nuestras instituciones jurídicas e intentar mejorarlas.

II. RAZÓN DE SER DEL ÓRGANO DE VIGILANCIA

La trilogía de órganos sociales a que se refiere la doctrina,¹ se integra con un tercero encargado de controlar, vigilar y revisar la gestión social.

La necesidad de contar con este órgano está reconocida práctica-

¹ Cfr., Broseta Pont, Manuel, *Manual de derecho mercantil*. España, Ed. Tecnos, 1976, p. 386.

mente en todas partes; ello se debe, entre otras razones, a la existencia de accionistas sin la suficiente competencia para protegerse por sí mismos en el seno de las asambleas,² 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, financieras y contables de la misma.

Es cierto, como expresa Rodríguez,³ que la asamblea general de accionistas es el principal órgano de vigilancia y control, en virtud de que tiene el más amplio derecho de información, y puede dar instrucciones a los administradores, vetar determinadas actividades y ejercer la más amplia y estricta actividad de control y dirección; sin embargo, debido a que sus reuniones son esporádicas (una o dos veces al año), a la gran cantidad de socios, a su constante cambio y sobre todo a su ausentismo, dicha asamblea no es el órgano más adecuado para ello, su capacidad falla sobre todo en las instrucciones que han de darse a los miembros del consejo de administración y a la fiscalización de sus actos.

Por ello, desde antiguo⁴ se ha establecido la práctica de confiar dicho control y fiscalización a un órgano social diferente, al órgano de vigilancia, encargado de vigilar permanentemente la gestión social, con independencia de la administración y en interés exclusivo de la sociedad.⁵

El objeto del órgano de vigilancia, por tanto, 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,⁶ ni en representar una garantía legal para terceros, sino asegurar la protección de la sociedad, y con ello servir de contrapeso en las relaciones que derivan del órgano de administración y de la asamblea.

² Girón Tena, José, *Derecho de sociedades anónimas*, España, 1952, p. 384.

³ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles*, México, Ed. Porrúa, t. I, p. 47.

⁴ Fischer, Rodolfo, *Las sociedades anónimas, su régimen jurídico* (trad. del alemán por W. Rocés), Madrid, 1934, pp. 310 y 311.

⁵ Wieland, citado por Rodríguez, *op. cit.*, p. 152. Para Ascarelli, *Principios y problemas de las sociedades anónimas* (trad. R. Sanabria), México, Imprenta Universitaria, 1952, pp. 38 y 39, el derecho de la asamblea de nombrar al órgano de vigilancia parte del concepto de que, como consecuencia del número de accionistas y de su variabilidad, el socio como tal no puede administrar directa y personalmente a la sociedad.

⁶ Como si lo considera Pallares.

III. ANTECEDENTES

La institución de los comisarios encuentra sus orígenes en la tendencia de auxiliar a la asamblea general en el examen de las cuentas; a decir de Lehman: "Así es como surge la institución de los revisores de cuentas, cuyos orígenes se remontan hasta la época de las compañías."⁷

El antiguo Código alemán dejaba en libertad a las sociedades anónimas para nombrar un órgano despojado de toda función administrativa y lo prescribía como obligatorio para las comandatarias por acciones; dicho órgano era el consejo de inspección, cuya función específica consistía en fiscalizar toda la marcha administrativa de la sociedad.

Con la Ley de 1870 desaparece la inspección del Estado sobre las sociedades anónimas y se decreta la obligatoriedad del nombramiento de un consejo de inspección en el seno de dichas sociedades, al cual se le confían en la práctica funciones propias del antiguo consejo de administración;⁸ quizá por ello, al redactar la Ley de 1884, el legislador reconoce la validez de las normas estatutarias que asignan al consejo de inspección funciones de administración.

En el Código Federal de las Obligaciones suizo de 1881, el control de las sociedades se confía a comisarios verificadores, cuyas funciones se concretan en verificar el buen estado de la contabilidad.⁹ En 1936, con la revisión del Código, las facultades de los comisarios se amplían para verificar la conformidad de la contabilidad con los libros, su exactitud y veracidad.

En Francia, la Ley de 1867 establece la obligación a las sociedades anónimas de contar con un órgano de vigilancia compuesto por uno o varios comisarios, algunas veces calificados de censores, accionistas o no, reelectos cada año.¹⁰

En México, el Código de Comercio de 1854 no establecía órgano alguno de vigilancia; el artículo 246 únicamente señalaba que los accionistas no podían hacer investigación alguna acerca de la administración si no era en el tiempo y según el modo establecido en los estatutos. Conforme a dicho precepto podemos inferir que dejaba al arbitrio de los accionistas el crear o no un órgano de vigilancia.

⁷ Citado por Fischer, *op. cit.*, p. 311.

⁸ *Idem*, pp. 312 y 313.

⁹ Así, Bauche Garciadiego, *La empresa*, México, Porrúa, p. 551.

¹⁰ *Cfr.*, Rodríguez, *op. cit.*, p. 149.

Podemos decir que en el Código de 1884, ordenamiento de efímera duración, aparece por primera vez el órgano de vigilancia.

En efecto, los artículos 552, 563, 680 y 681 regulaban al consejo de inspección, cuyos miembros debían ser designados en la escritura constitutiva y cuya actuación era como órgano colegiado. Dentro de las atribuciones del consejo se establecen las de "fiscalizar los actos de administración y todos los otros concernientes al servicio de la compañía, verificar las cuentas, velar por el exacto cumplimiento de los estatutos y reglamentos..." (artículo 578).

El 10 de abril de 1888 aparece publicada en el *Diario Oficial* una ley especial sobre sociedades anónimas,¹¹ ordenamiento que suprime el carácter colegiado del consejo de inspección y establece en su lugar comisarios individuales a quienes se confía la vigilancia de la sociedad.

Asimismo, 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 (artículo 38).

Esta ley es abrogada por el Código de Comercio de 1889, vigente,¹² ordenamiento que respeta la estructura de la ley, prácticamente reproducido en la Ley General de Sociedades Mercantiles (en adelante LGSM), aunque la primera establecía que el cargo de comisario debía ser desempeñado por socios, mientras que la segunda permite que sean incluso extraños a la sociedad (artículo 164).

IV. NOMBRAMIENTO

Conforme a nuestra ley, y como principio general, el nombramiento de los comisarios corresponde a la asamblea general ordinaria (artículo 181, fracción II); sin embargo, no todos los accionistas intervienen en su elección, sólo aquellos con derecho a voto.

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

¹¹ Cfr., Ley de Sociedades Anónimas de 1888 en la *Recopilación de leyes, decretos y providencias de los poderes Legislativo y Ejecutivo de la Unión*, formado por la redacción del *Diario Oficial*, México, Imprenta del Gobierno en el exarzobispado, t. L, enero-junio de 1888 y 1889.

¹² En efecto, el artículo 4º transitorio del Código de Comercio establece que: "Quedan derogados dicho Código de Comercio de 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.

derecho social por el que la asamblea manifiesta un acto unilateral de proposición o nombramiento que enviste 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.¹³

Quien nombra a los comisarios es la misma asamblea que designa al administrador único o al consejo de administración, según el caso; quizá por esto es que Mantilla Molina exprese con acierto que tal como está regulado el comisario es una figura inútil, pues el grupo que nombra a los administradores:

Tiene plena confianza en ellos, y no experimenta la necesidad de designar persona que fiscalice sus actos. Entonces elige al comisario simplemente por cumplir una fórmula legal... en gran número de casos es un compadre de los administradores, que se limita a firmar lo que se le pone por delante y a cobrar los honorarios que anualmente se le asignan.¹⁴

En derecho extranjero el nombramiento también corresponde a la asamblea general. En España, la Junta General (asamblea general) ordinaria, que aprueba las cuentas sociales, es la competente para nombrar a los censores de cuentas (comisarios), entre accionistas no miembros del consejo de administración, para garantizar su independencia.¹⁵

Por lo que toca al Código Civil italiano, confirma el esquema de los códigos del siglo pasado, el colegio sindical es un órgano de control interno cuyo nombramiento corresponde a la asamblea; sin embargo, dicho ordenamiento introduce algunos cambios que, al menos en teoría, garantizan la imparcialidad de los comisarios y su relativa independencia respecto de las mayorías. Se establece que el colegio sindical estará integrado por tres o cinco propietarios, socios o extraños a la sociedad, y dos suplentes seleccionados entre los profesionales idóneos determinados por la ley.

Ahora bien, tanto en el derecho patrio como en el extranjero, se establece el derecho de nombramiento a las minorías de accionistas.

En efecto, como señalamos anteriormente, el nombramiento de los comisarios, en nuestro derecho, se realiza por la asamblea general y por mayoría de votos de los presentes, lo que significa que la minoría no tiene acceso al nombramiento en caso de administrador único.

¹³ Así, Uria, Rodrigo, *Derecho mercantil*, España, 1958, pp. 231 y 232.

¹⁴ Mantilla Molina, Roberto L., *Derecho mercantil*, 21a. ed., México, Porrúa, 1981, p. 417.

¹⁵ Así, Broseta Pont, Manuel, *op. cit.*, p. 254.

Sin embargo, la Ley de Sociedades prescribe que la minoría que represente un veinticinco por ciento del capital social tiene derecho a nombrar un comisario, si éstos son tres o más (artículo 144 al que remite el 171), dicha minoría puede estar representada por un solo socio si sus acciones cubren ese porcentaje en virtud de que la ley establece esa minoría en función del capital y no de los accionistas.¹⁶

Dicho porcentaje es exagerado porque las minorías que no lo alcanzan quedan sin ninguna representación, e incluso el derecho que confiere la ley resulta casi ilusorio tanto en el caso de que el número total de comisarios sea muy elevado (que no es frecuente) como en el supuesto de que sean dos los encargados de vigilar la gestión social, porque 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. Aunque no debemos olvidar el remoto supuesto de que el contrato social ampliara esta facultad legal de la minoría "tan mezquina y tan fácil de eludir".¹⁷

En tal sentido sería conveniente reformar la ley, no sólo para otorgar protección a esas minorías, sino para reconocerles el derecho a nombrar personas que fiscalicen y revisen la actuación de los administradores; en su caso, para disminuir ese porcentaje, así como para volver a incorporar el párrafo que se suprimió al artículo 144, en el que se establecía que sólo podría revocarse el comisario nombrado por la minoría, cuando se revocara igualmente el nombramiento de todos los demás.

Ahora bien, el derecho extranjero nos suministra directrices a seguir; en Argentina, en caso de que existan diversas clases de accionistas, la ley (artículo 288)¹⁸ faculta a que en el contrato social se autorice a cada una de ellas para elegir uno o más comisarios titulares e igual número de suplentes.

En España los comisarios, denominados "censores de cuentas", son nombrados por la asamblea general por acuerdo mayoritario o por el sistema de representación proporcional. Cuando dicho nombramiento no es por unanimidad, la minoría está facultada para nombrar otro comisario y su suplente.

En este caso, los comisarios nombrados por la mayoría deben ser accionistas (censores accionistas) y el de la minoría una persona

¹⁶ Así, Rodríguez, *op. cit.*, p. 156.

¹⁷ Barrera Graf, Jorge, "Derecho mercantil", en *Introducción al derecho mexicano*, México, UNAM, t. II, 1981, p. 846.

¹⁸ Ley de Sociedades Comerciales, publicada en el *Boletín Oficial de la Argentina*, el 30 de marzo de 1984.

extraña a la sociedad (censor jurado) y capacitada para la revisión de la contabilidad; es decir, debe ser un miembro del Instituto de Censores Jurados de Cuentas (artículos 108 y ss., de la Ley de Sociedades Anónimas española de 1951).

Cabe advertir que el postulado de que el nombramiento de los comisarios es un derecho indelegable de la Asamblea General se rompe, en nuestro derecho, en las sociedades nacionales de crédito. En efecto, 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" para nombrar otro,¹⁹ estos últimos en reunión especial con un *quorum* de la mitad más uno y con el voto de la mayoría de los presentes. Tal designación por los consejeros ha sido acertadamente criticada de negativa en una reciente tesis sobre la sociedad nacional de crédito, en la que su autor advierte que es "precisamente a los consejeros a quienes se supone. . . entre otros, el comisario debe vigilar".²⁰

Otro tanto, como excepción, ocurre con ciertas sociedades anónimas, como las de seguros cuya inspección y vigilancia está confiada a la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.²¹

Conforme a este contexto, sería plausible que en caso de reformas a la ley se disminuyera el porcentaje del veinticinco por ciento al diez por ciento (como se establece para las sociedades que ofrecen al público sus acciones); o bien, que dicho nombramiento se confiara a la minoría que no logró hacer el nombramiento de los administradores,²² no sólo para eliminar las desventajas que tienen en relación con los fuertes inversionistas, sino también para asegurar que existe un real y efectivo control de la gestión social.

V. CAPACIDAD

Así las cosas, la cuestión por resolver sería la relativa a la capacidad de quienes han de vigilar la gestión social. 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 tanto, ser desempeñado por una persona física o moral

¹⁹ Cfr., los artículos 25 y 26 de los reglamentos orgánicos, en *infra* nota 42.

²⁰ González García, Hugo, "La sociedad nacional de crédito" (tesis profesional para optar por el grado de licenciado en derecho), México, 1985, p. 361.

²¹ Cfr., el artículo 106 de la Ley General de Instituciones de Seguros, reforma publicada en el *Diario Oficial* de la Federación del 14 de enero de 1985, segunda sección.

²² Opinión ya sustentada por Mantilla Molina, *op. cit.*, p. 417.

(*vgr.*, una institución fiduciaria) que a su vez lo ejercite a través de personas físicas.

La Ley de Sociedades es omisa al respecto y sólo alude al desempeño del cargo por socios o personas extrañas a la sociedad (artículo 165), precepto demasiado amplio que permite a personas desconocedoras de la materia jurídica y contable ejercer el cargo de comisario.

En el Reino Unido la *Companies Act* de 1948 establece, en el artículo 161, que sólo pueden ser auditores quienes pertenezcan a un cuerpo de contadores establecido en el propio Reino Unido y reconocido por el Departamento de Comercio.

En el mismo sentido se pronuncia la Ley francesa del 24 de julio de 1966 en su artículo 218, pues exige que el control de la gestión social sea por personas físicas o sociedades constituidas por aquellas profesionales e inscritas en la lista de la orden de expertos contables y de abogados contables, de suerte que nadie puede ejercer la función de comisario si no está inscrito en la lista establecida al efecto.

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

Es censurable, pues, que nuestra ley no exija requisito alguno para el cargo de comisario, sobre todo porque sus funciones son predominantemente técnicas; la revisión de los estados financieros y la emisión del dictamen implican el conocimiento de ciertas reglas y requisitos de carácter contable, así como el control y la fiscalización de todas las operaciones de la sociedad.

Por ello, creemos, con Mantilla Molina,²³ que el cargo debiera confiarse a una persona con título de contador público, o bien a una institución fiduciaria. Ello porque, aunque los comisarios están facultados para requerir la asistencia pericial de terceras personas en el cumplimiento de sus obligaciones legales y estatutarias (artículo 165), tal posibilidad implica erogaciones económicas y duplicidad del cargo por falta de capacidad técnica.

Además, para que los administradores se conduzcan en forma honrada y diligente, y para que el comisario vele efectivamente por los intereses de la sociedad y responda a la confianza de los accionistas, requiere satisfacer un mínimo de capacidad moral o ética²⁴ y profesional.

²³ *Op. cit.*, p. 414.

²⁴ Así, Vivante, César, *Derecho mercantil* (trad. Espejo de Hinojosa), Madrid, España, 1932, p. 298.

La revisión de cuentas y la intervención en la formación del balance anual son funciones, dice Resa Jr., "que nadie mejor que el contador público titulado como auditor puede cumplir, por su preparación y técnica para desarrollar su trabajo".²⁵

La necesidad de la intervención del contador público está reconocida no sólo en el derecho extranjero, sino en el nuestro, en las sociedades que ofrecen valores al público; la Comisión Nacional de Valores exige, entre otros requisitos, la certificación de los balances y estados de pérdidas y ganancias por contador público titulado, quien no podrá ser empleado o funcionario de la sociedad; medida ésta para mantener la independencia de dicho profesional que le permite actuar de manera imparcial, sin presiones ni compromisos y que nos permite ver la necesidad de que, por lo menos, las grandes sociedades anónimas estén vigiladas por expertos en la contabilidad y por órganos del Estado como la Comisión Nacional de Valores.

En este orden de ideas, la imperiosa necesidad del contador público se refleja en las atribuciones del comisario que son, en la mayoría de los casos, de carácter contable (artículos 172, incisos c a g, y 166, fracciones II a IV de la LGSM). Su nombramiento implica un sistema de verificación que involucra un control externo de la sociedad y una independencia del órgano y no obedece a la desconfianza en los administradores, sino a crear mayor confianza en los accionistas y terceros, incluso ante el fisco, y a garantizar la veracidad y autenticidad de los resultados que ofrecen las cuentas sociales.

Ahora bien, por lo que se refiere a las prohibiciones para desempeñar el cargo de comisario, nuestra ley establece las siguientes: a) la pérdida de la capacidad legal para ejercer el comercio (por ejemplo, los quebrados que no hayan sido rehabilitados) (artículo 12 del Código de Comercio); b) el ser empleado de la sociedad o de aquella de la que ésta es socio, y c) la existencia de parentesco consanguíneo o por afinidad con alguno de los miembros del consejo de administración.

En cuanto al empleado, si desempeñara el cargo, no podría ejercerlo libremente debido a que, si vigilara y criticara la actuación de los administradores que lo nombraron, podrían despedirle y la vigilancia quedaría reducida, como expresa Vivante²⁶ a letra muerta.

Por otra parte, la ley no alude a la incompatibilidad entre comisario.

²⁵ Resa Jr., Manuel, "¿El contador público titulado tiene independencia para opinar o certificar los estados financieros de la sociedad de la que es comisario?", en *Finanzas y Contabilidad*, México, vol. XXV, núm. 3, marzo de 1958, pp. 98 y 99.

²⁶ *Op. cit.*, p. 301.

y administrador, si bien por mayoría de razón ^{26 bis} un administrador no puede ser comisario, la reforma que se hiciera a nuestro ordenamiento podría observar este supuesto, adoptado recientemente (*Diario Oficial* del 14 de enero de 1985) por la Ley General de Instituciones de Seguros, que categóricamente expresa en su artículo 32 la prohibición de ser comisarios propietarios o suplentes de las instituciones de seguros a sus directores generales gerentes y a los miembros de sus consejos de administración.

Asimismo, podrían estar excluidos del cargo de comisario, los directores que hubieren renunciado al cargo o se hubieren separado del mismo, a menos que fueran declarados exentos de responsabilidad,²⁷ lo mismo los beneficiarios de ventajas particulares, o como expresa la ley francesa, los administradores o miembros del consejo de administración de las sociedades filiales.

Nuestra ley alude en el artículo 165, fracción III, a que no pueden ser comisarios los parientes consanguíneos y afines de los administradores; pero no establece la inhabilitación para desempeñar el cargo por ser pariente del socio principal, de algún director, o bien del administrador o empleado del cliente que tenga intervención importante en la administración o en las cuentas del propio cliente.

Supuestos todos ellos, que bien podrían observarse en caso de reformas de nuestra ley.

VI. ATRIBUCIONES

Hemos expuesto anteriormente que la razón de ser del comisario estriba en la necesidad de un tercer órgano controlador, fiscalizador o revisor de la gestión social; órgano necesario cuya nota deriva de la naturaleza de los preceptos que del mismo se ocupan.²⁸ Ahora analizaremos brevemente sus atribuciones.

La vigilancia de la sociedad corresponde a los comisarios, nos expresa la ley (artículo 164); pero no precisa ni el alcance ni la significación de esa vigilancia.

^{26 bis} Como acertadamente lo afirma Barrera Graf, "Comisarios", *op. cit.*, *infra* nota 44, p. 14.

²⁷ Así lo establecía el Código de Comercio alemán, *cfr.*, Fischer, *op. cit.*, pp. 314 y 315.

²⁸ Normas *ius cogens*, en opción de Girón Tena, José, *op. cit.*, p. 309, que, por tanto, no pueden derogarse sino por otras normas de igual naturaleza. Para Fischer, p. 314, toda sociedad anónima debe tener un consejero de inspección por ser un órgano que exige la ley y, por tanto, necesario, "aunque no en el mismo sentido en que lo son la dirección y la junta general".

ÓRGANO DE VIGILANCIA EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS 1001

En algunas legislaciones los términos "vigilancia" y "revisión" se usan indistintamente; sin embargo, debemos observar su diferencia: el primero (vigilancia) subsume una actividad interventora, fiscalizadora, informativa, concomitante y permanente que versa sobre la legalidad de la actuación de los administradores; la revisión, en cambio, suele ser una intervención referida a hechos contables, a su legalidad, veracidad y exactitud informativa y a *posteriori*.

Diversos ordenamientos de derecho extranjero organizan de modos diferentes estas formas de intervención; así, en el español, la fiscalización está confiada al censor accionista y la revisión contable al censor **jurado**.

En derecho inglés no existe órgano de vigilancia, sino un sistema revisor de la contabilidad a cargo de los auditores, sin inmiscuirse en la función gestora de la administración.²⁹

En Argentina la vigilancia de la gestión social está encomendada al consejo de vigilancia y la revisión a los síndicos mediante la fiscalización privada (artículo 284 de la Ley de Sociedades Comerciales) o estatal (artículo 299 *idem*).³⁰

El Código Civil italo, además de confiar al colegio sindical la función genérica de vigilar sobre la observancia de la ley y del acto constitutivo (artículo 2403, párrafo 1), lo faculta para controlar la administración de la sociedad, y a virtud del Decreto de 1975,^{30 bis} el control contable de las sociedades cuyas acciones se cotizan en bolsa corresponde a una "sociedad de revisión" seleccionada entre las inscritas en el registro especial que al efecto lleva la Comisión Nacional para las Sociedades y la Bolsa, registro que las habilita para el ejercicio de esa función (artículo 8).

Por nuestra parte creemos que, si bien la ley no es clara, esa vigilancia que corresponde a los comisarios implica tanto la fiscalización de la actuación de los administradores como la revisión de la contabilidad; esto es, que dichos comisarios no puedan ser simples revisores contables, aunque así pareciera conforme al artículo 166, fracciones II y III, pues el propio artículo, en su fracción IX, los faculta para vigilar de manera ilimitada y permanente las operaciones sociales.

Las facultades que la ley confiere a los comisarios giran entorno a

²⁹ Dicho sistema de revisión está a cargo de los auditores, quienes deben pertenecer a una asociación de contadores o ser autorizados por el Departamento de Comercio. En este sentido, *cfr.*, Tena, *op. cit.*, p. 385.

³⁰ A su vez, ésta es limitada (artículo 300), extensa (artículo 301) y especial (artículo 304).

^{30 bis} *Cfr.*, Decreto del Presidente de la República, del 31 de marzo de 1975, publicado en la *Gaceta Oficial* italiana del 7 de mayo de 1975.

la genérica de vigilar de manera ilimitada y permanente las operaciones sociales, y son (artículo 161, LGSM):

1. 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 sus cargos.

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

3. Realizar un examen de las operaciones, documentación, registros y demás evidencias comprobatorias, en el grado de extensión que sean necesarios para efectuar la vigilancia de las operaciones y para poder rendir fundadamente su dictamen.

4. 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 la adecuación y suficiencia de las políticas y criterios contables y de información seguidos por la sociedad; su opinión sobre la aplicación de esas políticas y criterios, y 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.

Opiniones todas ellas que nadie mejor que un contador público titulado o una institución de Estado, como la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros o la Comisión Nacional de Valores, pueden emitir.

Al lado de estas facultades estrictamente contables, la ley les otorga a los comisarios otras de carácter administrativo cuya función es regularizar la marcha de la sociedad, ellas son: convocar a asambleas ordinarias y extraordinarias de accionistas cuando no lo hagan los administradores y en cualquier otro caso que lo juzguen conveniente; asistir con voz, pero sin voto, tanto a las asambleas de accionistas como a las sesiones del consejo de administración, y, por último, designar provisionalmente a los administradores faltantes, en caso de que no los haya en número suficiente para integrar el *quorum* estatutario (artículo 155, fracción II, LGSM).

Conforme a este contexto, podemos decir que "la ley ha querido crear con los comisarios un órgano tan importante como el propio consejo de administración con el propósito de situar a éste bajo la vigilancia general de aquéllos, y en caso necesario, permitir el enfrentamiento de ambos".³¹

En la práctica existe una falta de control permanente por parte del

³¹ Rodríguez Rodríguez, *op. cit.*, p. 152.

ÓRGANO DE VIGILANCIA EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS 1003

comisario, quien se limita a ser un simple revisor contable sin investigar si la gestión social se hizo conforme a los intereses sociales; tal vez por ello se afirma que el verdadero órgano de vigilancia en la sociedad anónima no es el comisario, sino el consejo de administración.³²

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 sociales³³ y se vean "constreñidos aun sin quererlo a conducirse de manera honrada y diligente".³⁴

Los comisarios deben desempeñar una función continua de vigilancia que se extienda por todo el interior de la sociedad, como inspectores permanentes de la administración y delegados por los accionistas que no pueden ejercer dicho cargo personalmente.

En este orden de ideas, la función más importante del comisario es fiscalizar en todas sus partes la administración, velando porque quienes la desempeñan lo hagan como buenos administradores.³⁵

Aunque la actividad del comisario es de vigilancia y carece de facultades para dar instrucciones a los administradores, la ley les permite y obliga a asistir con voz, pero sin voto, a todas las sesiones del consejo de administración, e, incluso, pueden hacer insertar en el orden del día respectivo los puntos pertinentes.

Esta competencia, a decir de Frisch, se encuentra en contraposición con la "división de poderes" existente en los derechos austriaco y alemán y se trata de una interferencia injustificada en la administración de la sociedad anónima.³⁶

Creemos que dicha facultad es plausible toda vez que su asistencia a dichas sesiones le permite enterarse de situaciones y circunstancias

³² Así, Thaller, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, 8a. ed., París, p. 434.

³³ Gregorio, Alfredo de, *De las sociedades y asociaciones comerciales*, en el comentario al Código de Comercio de Bolaffio-Rocco-Vivante, Buenos Aires, Argentina, vol. II, 1959, t. 7, p. 84.

³⁴ Vivante, *op. cit.*, p. 298.

³⁵ *Cfr.*, Rodríguez, *op. cit.*, p. 160. Por ello, el Código Civil italiano señala como atribuciones del colegio sindical (artículo 2403), controlar la administración de la sociedad, vigilar sobre la observancia de la ley y del acto constitutivo, así como sobre la contabilidad social la correspondencia del balance, los escritos contables y la valoración del patrimonio social. En cambio, en derecho francés, los comisarios no fiscalizan en todas sus partes la administración debido a que sus atribuciones están muy limitadas; además, no tienen facultades de comprobación y el estado de balance sólo lo pueden obtener después del primer semestre de cada ejercicio social (artículos 33 y 34. Ley del 24 de julio de 1966).

³⁶ Frisch Philipp, W., *La sociedad anónima mexicana*, México, Porrúa 1979, p. 243.

que difícilmente descubriría en el examen de las cuentas y que puede serle de gran utilidad para la emisión de su dictamen.³⁷

Por otra parte, el artículo 167 de nuestra ley obliga a los comisarios a mencionar en sus informes las denuncias que les presenten los accionistas y formular acerca de ellas las consideraciones y proposiciones que estimen pertinentes; aunque tales consideraciones supongan una investigación al respecto, valdría la pena considerar la posibilidad de facultar al comisario para investigar dichas denuncias, pues si bien es cierto que está obligado a vigilar de manera ilimitada y permanente a la sociedad, y que en caso de incumplimiento se le puede exigir responsabilidad, habrá necesidad de establecer las bases para esa investigación, tal como lo hacen la Ley de Sociedades argentina (artículo 294), el Código Civil italiano (artículo 2408) y la Ley española (artículos 108 y 109), que obligan al comisario a presentar sus conclusiones y eventuales propuestas a la asamblea general y, en España,³⁸ están obligados a guardar secreto sobre los resultados de su investigación tanto respecto a los socios como a terceros,³⁹ en tanto no los presenten a la asamblea general.

VII. DURACIÓN

En cuanto a este aspecto, la ley mexicana no define si los comisarios pueden ser designados sólo por un ejercicio social o si es lícito su nombramiento para dos o más; tanto el Código de Comercio de 1884 como el de 1889 parecen aceptar la posibilidad del nombramiento para varios ejercicios.

En Francia, con la Ley de 1867 (artículos 27 y 29), sólo podían ser designados por un año; pero conforme a la Ley del 24 de julio de 1966,⁴⁰ dichos comisarios son nombrados para seis ejercicios y sus funciones expiran después de la reunión de la asamblea del sexto ejer-

³⁷ Así, Navarrini, Umberto, *Trattato Elementare di Diritto Commerciale*, 4a. ed., Turin, Italia, 1935, p. 152, considera que dicha asistencia a las sesiones del consejo es un medio eficaz para conocer más de cerca las intenciones de los administradores.

³⁸ Cfr., Broseta Pont, Manuel, *op. cit.*, p. 254. En España dicha investigación la pueden realizar a petición de la junta general o de accionistas que representen la tercera parte del capital desembolsado; mientras que en Italia deberá realizarse sin retardo cuando los hechos denunciados lo sean por accionistas que representen el veinte por ciento del capital social (artículo 2408).

³⁹ Cfr., Martínez Val, José María, *Derecho mercantil*, Barcelona, España, Bosch, 1979, pp. 203 y 204.

⁴⁰ Cfr., la Ley N° 66-537 del 24 de julio de 1966, sur les sociétés commerciales en *Petits Codes Dalloz 1979-80*, Francia, pp. 952 y ss.

cicio (artículo 224); periodo éste por demás favorable que tiene acogida no sólo en otros países sino también en la práctica mexicana.

En Bélgica (Ley de 1873, artículo 154) se establece la duración hasta por seis años. En Italia el nombramiento era anual (Código de Comercio, artículo 183); con el Código Civil de 1942 se establece un periodo más amplio, los comisarios son nombrados por un trienio (artículo 2400) y no pueden ser revocados sino por justa causa; dicho cambio en el derecho italo, tal vez se debió a la influencia de opiniones como la 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,⁴¹ pues de esta manera, no sólo se garantiza su independencia respecto de la mayoría de accionistas, sino también su estabilidad en el cargo.⁴²

Por nuestra parte, habremos de considerar que la ley permite a dichos 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 al nombramiento, "en su caso", de los comisarios.

Los reglamentos orgánicos de las sociedades nacionales de crédito, tanto los de banca múltiple como de desarrollo, 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;⁴³ en todo caso, continuarán en sus funciones al igual que los comisarios de la sociedad anónima (artículos 154 y 171, LGSM) mientras no se haga nueva designación y el sustituto tome posesión del cargo.

Por último, para terminar mi intervención, aunque quedan en el tintero muchos puntos por desarrollar, sólo anotaré en este momento el de la responsabilidad de los comisarios.

⁴¹ Vivante, *op. cit.*, p. 303. En España el mandato de los comisarios expira automáticamente al ser aprobadas las cuentas y el balance del ejercicio social siguiente; su función es exclusivamente para un ejercicio social. *Cfr.*, Broseta, *op. cit.*, p. 254.

⁴² Galgano, Francesco, *La Sociedad Per azioni, le altre società di capitali, le cooperative*, 3a. ed., Bologna, Italia, 1980, p. 150

⁴³ *Cfr.*, el artículo 25 del Reglamento Orgánico del Banco de Crédito Rural del Istmo, sociedad nacional de crédito, institución de banca de desarrollo, y el artículo 22 del Reglamento Orgánico de Bancomer, sociedad nacional de crédito, institución de banca múltiple, ambos en el *Diario Oficial* de la Federación del 29 de julio de 1985, 2a. sección.

VIII. RESPONSABILIDAD

Los comisarios responden individualmente de sus actos (artículo 169, LGSM); este principio merece nuestra atención. La ley alude a dicha responsabilidad para con la sociedad y por el cumplimiento de sus obligaciones; sin embargo, debe aclararse que tal responsabilidad no es solidaria, sino lo es de cada uno y sólo del daño causado culpablemente por él, salvo el caso de solidaridad con los que le hayan precedido por las irregularidades en que hubieren incurrido, si conociéndolas no los denuncia por escrito (artículos 161-171, LGSM). Esta responsabilidad comprende la negligencia, la impericia o el dolo, y, en general, 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 en caso de delito.⁴⁴

Asimismo, el artículo 170 de la ley establece que es causa de responsabilidad del comisario el que intervenga en casos en los cuales tenga interés opuesto al de la sociedad; dicha responsabilidad pueden exigirla la propia sociedad, o los socios que representen el treinta y tres por ciento del capital social (artículos 161 y 163-171); en tanto no se declare judicialmente la exención de culpa, los comisarios serán separados del cargo e inhabilitados para volver a desempeñarlo (artículos 162-171).

En este punto, 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.

Finalmente debe considerarse la posibilidad de que los comisarios sean responsables de manera solidaria con los administradores por los hechos u omisiones de éstos, cuando el daño no se hubiera producido si ellos hubieran vigilado de conformidad con sus obligaciones.

De acuerdo con todo lo dicho anteriormente, podemos determinar la naturaleza jurídica del órgano de vigilancia. Se trata de un órgano necesario de la sociedad; sus miembros (comisario o comisarios) no son mandatarios ni del ente social ni del órgano de administración.

El comisario está ligado a la sociedad por un contrato de prestación de servicios, basado en una relación de confianza, que no configura relación de trabajo, en virtud de que no hay subordinación, sino

⁴⁴ Cfr., Barrera Graf, Jorge, voz "Comisario". *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, t. II, UNAM, 1981, p. 144. En el derecho alemán, de acuerdo con Fischer, *op. cit.*, p. 328, los miembros del consejo de inspección que falten a sus deberes son deudores solidarios con los demás vocales por los daños causados a la sociedad, cuando no procedieron con la obligada diligencia.

plena independencia tanto frente a la sociedad que lo nombra a través de la asamblea general, como frente al órgano de administración o administrador único (representantes de la sociedad), cuyos actos vigila y fiscaliza.⁴⁵

IX. CONCLUSIÓN

En conclusión, la figura del comisario, tal como está estructurada en la ley, no cumple realmente su función como órgano de vigilancia; para ello se requiere, como lo señalamos, que los comisarios sean peritos en contabilidad, que actúen con independencia de los administradores y de la mayoría de accionistas, que haya instrumentos efectivos para exigirles la responsabilidad en que incurran por incumplimiento de sus obligaciones y que garanticen de manera efectiva el desempeño del cargo.

⁴⁵ *Idem*, p. 146.