

# Mandato otorgado a un Comisario de S.A.

Not. Alejandro Moreno Pérez

## Precedentes jurisdiccionales

Antes de entrar al tema objeto de estas notas, no puedo dejar de agradecer la invitación que me fue realizada por la Dirección de esta revista para participar en esta sección; invitación que mucho me honra y a la que trataré de corresponder buscando temas cuya reflexión pueda ser de utilidad a los que desempeñamos la función notarial.

En esta primera ocasión, elegí para comentar una tesis que no se circunscribe a analizar la aplicación de normas que regulan "la forma de la forma" o del "Derecho de la Forma" que constituye la sustancia del Derecho Notarial. Opté por una tesis que surge, a mi juicio, de la inadecuada interpretación de normas sustantivas de carácter mercantil, pero que tiene una incidencia directa en nuestra práctica profesional por la intervención que la ley nos concede en la constitución y protocolización de actas de asambleas de accionistas de sociedades anónimas y en el otorgamiento de mandatos. De hecho, considero que a responsabilidad profesional de que el tema objeto de dicha tesis haya sido controvertido judicialmente, recae fundamentalmente en el Notario Público que consignó el mandato a que la tesis jurisprudencial se refiere. Dicha tesis es a siguiente:

Mandato, "el que se otorga a un comisario de una sociedad anónima para representarla es ineficaz".- El mandato otorgado a un comisario de una sociedad anónima no puede tener eficacia, por ser incompatible con sus funciones de comisario de la misma, aunque no se haya reclamado la nulidad del documento, porque eso no es obstáculo para que se pueda impugnar la exactitud del mismo; de suerte que un comisario no puede actuar como representante de una sociedad respecto de la cual realiza funciones de vigilancia, lo que se deduce de la Ley General de Sociedades Mercantiles al establecer en el artículo 164 y siguientes las facultades que el comisario tiene respecto de una sociedad, que son las de vigilancia de los actos de los administradores, pues incluso se prohíbe a las personas que van a ejercer tal función que sean parientes consanguíneos de los administradores en línea recta sin limitación de grado, los colaterales dentro del cuarto y los afines dentro del segundo grado, lo que resulta lógico pues la intención de la leyes que no existan intereses entre los comisarios y los administradores que vayan en detrimento de la sociedad o de terceras personas.

## Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del primer circuito

El Tribunal Colegiado, sustenta la ineficacia jurídica del mandato otorgado a un comisario de una sociedad anónima, en la incompatibilidad de las funciones de comisario, que consisten en vigilar los actos de los administradores y la de ser representante de la sociedad para la cual se actúa como comisario.

Es evidente que "la vigilancia de la sociedad" implica la vigilancia de los actos de quien la administra, esto es, el órgano de administración, en beneficio de los accionistas de la misma.

Considero que el argumento del Tribunal Colegiado es acertado, aunque en la forma en como éste se expresa en la tesis en comento, refleja que pudo ser analizado sin la suficiente profundidad o, incluso, confundiendo dos tipos diferentes de representación que se pueden dar en las sociedades mercantiles, como son la que compete a los administradores y la que proviene del apoderamiento otorgado como consecuencia de un mandato.

Esto es, coincido plenamente en la incompatibilidad de funciones entre el comisario-órgano de vigilancia de la sociedad anónima- y los administradores -órgano de administración- de dicha sociedad. Ambos, conjuntamente con la asamblea general de accionistas de la sociedad, integran la totalidad de los órganos de este tipo de sociedad mercantil. Del mero hecho de ser órganos diferentes de una misma entidad jurídica, deviene la diferencia de sus funciones y, por tanto, la incompatibilidad para que sean desempeñadas por una sola persona. El ilustre mercantilista mexicano, Jorge Barrera Graf ((1))<sup>1</sup> expresa lo anterior con claridad en el siguiente párrafo:

"(Los órganos) Son partes y formas de actuación de los entes colectivos a los que corresponden funciones propias (esfera de competencia) que son distintas para cada uno de ellos (asamblea, administración y vigilancia) , y mientras que sus integrantes (socios, administradores, comisarios) son cambiantes, su función es fija y permanente".

---

Barrera Graf. Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, S.A. México 1989. p. 572

La "esfera de competencia" de cada uno de estos órganos se encuentra claramente delimitada por la Ley General de Sociedades Mercantiles. Tratándose del órgano de administración, el artículo 142 de este ordenamiento legal, dice textualmente:

"Artículo 142. La administración de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios mandatarios temporales y revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad". Así mismo, el alcance de sus facultades se encuentra dispuesto por la propia Ley General de Sociedades Mercantiles en el primer párrafo del artículo 10, que dice lo siguiente:

"Artículo 10. La representación de toda sociedad mercantil corresponderá a su administrador o administradores, quienes podrán realizar todas las operaciones inherentes al 'objeto de la sociedad, salvo lo que expresamente establezcan la ley y el contrato social".

Por su parte, las funciones del comisario encuentran también un marco preciso en la propia Ley General de Sociedades Mercantiles. ASÍ, el artículo 164 de este cuerpo legal reza:

"Artículo 164. La vigilancia de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios comisarios, temporales r revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad". Es evidente que "la vigilancia de la sociedad" implica la vigilancia de los actos de quien la administra, esto es el órgano de administración, en beneficio de los accionistas de la misma. ASÍ, compete al comisario cerciorarse de la constitución y subsistencia de la garantía que, en su caso, deben otorgar los administradores para caucionar la responsabilidad en que pudieren incurrir (Art. 166 fr. 1, 152 LGSM); deben exigir a los administradores, una información mensual que incluya un estado de situación financiera de la sociedad y rendir un informe a la asamblea general ordinaria de accionistas respecto a la veracidad, suficiencia y razonabilidad de la información presentada por el consejo de administración (Art. 166, frs. II, IV LGSM) y, desde luego, asistir con voz pero sin voto a todas las sesiones del consejo de administración, a las cuales deberán ser citados (Art. 166 fr. VII LGSM). Finalmente, la independencia que la Ley General de Sociedades Mercantiles pretende concederle al comisario respecto a los administradores, al establecer la prohibición para que éstos sean parientes de los administradores en los grados que menciona la tesis en análisis, está claramente dispuesta en el artículo 165 de dicho cuerpo legal.

Así pues, la incompatibilidad de las funciones del comisario con las funciones de los administradores a que se refiere la tesis jurisprudencial que comento, esta plenamente sustentada en la Ley General de Sociedades Mercantiles. Pero insisto, ¿Qué tiene que ver la incompatibilidad de funciones del órgano de vigilancia y el órgano de administración, con el otorgamiento de un mandato?

Es respondiendo a la anterior pregunta, cuando estimo que el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, puede haber confundido la representación orgánica que compete al órgano de administración de la sociedad, con el contrato de mandato y con la representación que puede ser conferida al mandante a través de dicho contrato de mandato. Este tema se trata con gran claridad y en pocas palabras por el mercantilista español Joaquín Garriguez ((2)) 2, a quien, con el fin de no desvirtuar, transcribo textualmente a continuación:

"Al hablar de la ley de órganos, no entiende sumarse a los extravíos de la teoría organicista en su primitiva formulación rigurosa, según la cual no cabe concebir relación jurídica alguna entre la sociedad y el órgano, ya que una y otro constituyen una sola unidad, como ocurre con los órganos del cuerpo humano. Ahora bien, como esas relaciones entre la sociedad y sus órganos existen realmente, hubo que recurrir a la distinción entre órgano y persona titular o portadora de la calidad de órgano y admitir que entre ésta y la entidad era perfectamente posible establecer una relación jurídica. La doctrina más moderna, abandonando esta sutileza constructiva, conserva la expresión órgano administrativo, más no para seguir dócilmente a la doctrina organista - en la cual es visible el indujo de las ciencias naturales- sino para rechazar la doctrina contractual del mandato. Órgano en este sentido es el instrumento apto para emitir declaraciones de voluntad y necesario legalmente para llevarlas a ejecución en las relaciones internas y externas de la sociedad ...

Desaparece con eso todo residuo contractual en la clasificación jurídica de la relación entre el administrador y la sociedad".

¿Qué tiene que ver la incompatibilidad de funciones del órgano de vigilancia y el órgano de administración, con el otorgamiento de un mandato?

En el mismo sentido, Mantilla Malina ((3)) 3, en una crítica directa al texto del artículo 142 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, dice:

"La ley considera que los administradores son mandatarios de la sociedad (art. 142 y 157) al hacerlo se confunde, como es frecuente, la representación y el mandato: olvida, incluso, que puede haber mandato sin representación (art. 2560 CC) el mandatario solo está obligado a realizar actos jurídicos (art, 2546 CC): Los administradores también están obligados a realizar actos materiales.

2 Garriguez Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo 1. Editorial Porrúa, S.A. México 1987. Pago 484.

3 Mantilla Molina. Derecho Mercantil. Editorial, Porrúa, S.A. Méjico MCMXCI1. Pago 418.

... la persona que desempeña el cargo de comisario, no puede " ratos", dejar de ser comisario para dedicarse a otra función o actividad de la sociedad.

El mandato es un contrato (art.2546 CC); pero ¿quién representa a la sociedad al conferir mandato a los administradores, si justamente estos son quienes representan a las sociedades?".

Establecida la diferencia entre la representación orgánica y las actividades que competen al órgano de administración, del contrato de mandato y el otorgamiento de facultades-de representación a través del mismo, se debe de concluir que el argumento, ya tantas veces citado, de la incompatibilidad de funciones del comisario y los administradores, no basta para coincidir con la tesis jurisprudencial en análisis, en el sentido de que el mandato otorgado a un comisario es ineficaz.

Sin embargo, como ya dije antes, estimo que la conclusión final del Tribunal Colegiado si es válida, esto es, el mandato otorgado al comisario debe ser considerado ineficaz. Pero los argumentos que me hacen llegar a tal conclusión son diferentes a los expresados en la multicitada tesis. Tales argumentos se pueden sintetizar en tres características que tiene la función o las actividades que realiza el comisario, a saber: a).> ilimitadas; b).- permanentes; c).> internas. Analicemos cada una de ellas

a).- Ilimitadas.

Esta característica se desprende en forma clara de la fracción IX del artículo 166 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que reza:

"Artículo 166. Son facultades y obligaciones de los comisarios:

.....

"IX.- Vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad.

Esto significa que el comisario tiene la facultad - deber de cuidar y vigilar la actividad total que se realiza no solo por el órgano de administración de la sociedad, sino también, como dice Barrera Graf, su labor de vigilancia comprende los actos efectuados por otros representantes de la sociedad en tanto estos actos repercutan en la marcha de la misma. Es indudable, que la consecuencia de los actos jurídicos realizados a virtud de un mandato con representación, recaen directamente en el mandante, esto es, en la sociedad anónima y, por tanto la actuación de tal mandatario queda sujeta a la vigilancia del comisario.

b).- Permanentes.

La misma fracción IX del artículo 166 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, da el fundamento para considerar la permanencia de la función como una característica que le es inherente ("IX.Vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad).

Esto significa que la persona que desempeña el cargo de comisario, no puede "a ratos", dejar de ser comisario para dedicarse a otra función o actividad de la sociedad. Frente a la sociedad, su calidad de comisario y el desempeño en sus funciones como tal, son permanentes.

c).- Internas.

El que las funciones del comisario son internas, significa que afectan tan sólo a la vida interna de la sociedad y no a las relaciones que ésta tiene con terceros.

La ausencia de la relación del comisario con terceros, explica el porqué e nombramiento del comisario, aunque es un órgano de la sociedad, no requiere de inscripción en el Registro Público de Comercio.

Esto explica también, porque los terceros ajenos a la sociedad no tienen legitimación para exigir que se nombre a un comisario, cuando este no ha sido nombrado por el órgano competente. El comisario es nombrado por la asamblea general ordinaria de accionistas (Art. 181 fr. II LGSM) o, en ciertos casos, por la autoridad judicial a solicitud de cualquier accionista (Art, 168 LGSM).

Por ello, no tienen tampoco legitimación activa para demandar el cumplimiento de obligaciones a favor de la sociedad o de los socios, o para impugnar los acuerdos adoptados por una asamblea. El límite de sus facultades es el de enterar a los accionistas de las irregularidades que estimen se cometan en perjuicio de la sociedad (Arr. 166 fr. IV; 167 LGSM), y también por ello, no tiene voto en las sesiones del consejo de administración y en las asambleas generales de accionistas, a las cuales obligatoriamente debe de asistir. (Art, 166 frs. VII y VIII LGSM)

De las características expuestas resulta la verdadera razón de la ineficacia jurídica del mandato otorgado a un comisario. Al ser su función ilimitada, su responsabilidad de vigilancia abarca a los actos realizados por los mandatarios a nombre de la sociedad. Por tanto, la incompatibilidad entre la función del mandatario y el comisario es patente, y dada a la permanencia de su función, no podría alegarse que cuando actúa como mandatario deja de ser comisario y viceversa. Adicionalmente, el carácter interno de las actividades del comisario, confirma la ineficacia jurídica del mandato otorgado a un comisario, ya que el mandato, por definición, 'se confiere por la sociedad para que el mandatario realice actos jurídicos con terceros.

Como es de todos bien sabido, la autoridad fiscal, que tiene como la principal de, sus funciones la de recaudar impuestos, permanentemente ha buscado en ampliar el número de los sujetos que deben ser considerados como obligados solidarios con el causante principal por el pago de dichos impuestos. Así, a través de diversas iniciativas de reforma al Código Fiscal de la Federación, se ha ido incluyendo a mas sujetos como obligados solidarios. Pues bien, hasta la autoridad fiscal tiene claro lo que el Notario Público que otorgó el mandato que dio origen a la tesis jurisprudencial objeto de este trabajo no entendió, ya que el precitado Código Fiscal no incluye como responsable solidario de las obligaciones fiscales de la sociedad al comisario. Este criterio es también compartido por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Circuito, según se desprende de la tesis que transcribo a continuación:

### **Fiscal, responsabilidad solidaria en materia. Hipótesis en que no se configura**

El artículo 26 del Código Fiscal de la Federación en vigor prevé diversas hipótesis de responsabilidad solidaria con los contribuyentes y, ninguna de ellas comprende el hecho de que una persona desempeñe funciones de comisario de una sociedad mercantil; por tanto, si el quejoso tenía nombramiento de comisario de una persona moral, resulta claro que tal carácter es únicamente "para realizar las funciones de vigilancia de la sociedad ante los socios que la integran, pero de ninguna manera se le puede considerar responsable solidario de las obligaciones fiscales de la sociedad mercantil en que presta sus servicios, puesto que, la conducta desplegada por él, no encuadra en ninguna de las hipótesis previstas en el precepto legal invocado".

El mandato otorgado a un comisario de una sociedad anónima no puede tener eficacia, por ser incompatible con sus funciones.

## **Segundo Tribunal Colegiado del décimo circuito**

La necesidad de evitar interpretaciones inadecuadas a la ley nos deviene a los Notarios Públicos no solo de nuestro carácter de profesionales del derecho sobre los que recae la obligación de ilustrar a las personas que soliciten nuestros servicios (Art. 1º, 2º Ley del Notariado de Jalisco), sino también, en materia específica de sociedades mercantiles, de la obligación que nos impone el artículo 5º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que expresamente dice que: "El Notario no autorizará la escritura cuando los estatutos o sus modificaciones contravengan lo dispuesto por esta ley".