

ANÁLISIS JURÍDICO INTEGRAL DE LAS FIGURAS DE CONSEJERO Y COMISARIO

Dr. Luis Manuel Cano Melesio C
Integrante de la CROSS Nacional

DIRECTORIO

C.P.C. y Mtra. Diamantina Perales Flores

PRESIDENTE

C.P.C. y Dra. Laura Grajeda Trejo

VICEPRESIDENTE GENERAL

Dra. Ludivina Leija Rodríguez

VICEPRESIDENTE DE RELACIONES Y DIFUSIÓN

P.C.FI. y Lic. Héctor Amaya Estrella

VICEPRESIDENTE FISCAL

L.C.P. Cristina Zoé Gómez Benavides

PRESIDENTE DE LA COMISIÓN REPRESENTATIVA DEL IMCP ANTE ORGANISMOS DE SEGURIDAD SOCIAL (CROSS)

C.P. y P.C.FI. Fidel Serrano Rodulfo

RESPONSABLE DE ESTE BOLETÍN

“LOS COMENTARIOS PROFESIONALES DE ESTE ARTÍCULO SON RESPONSABILIDAD DEL AUTOR, SU INTERPRETACIÓN SOBRE LAS DISPOSICIONES CITADAS PUEDE DIFERIR DE LA EMITIDA POR LA AUTORIDAD”



ES
MIEMBRO
DE



**INTEGRANTES DE LA COMISIÓN REPRESENTATIVA
ANTE ORGANISMOS DE SEGURIDAD SOCIAL**

L.C.P. Cristina Zoé Gómez Benavides	C.P.C. Jaime Zaga Hadid
C. P. C. Javier Juárez Ocoténcatl	L.C.P y C.D.F.I. Rolando Silva Briseño
C.P. y P.C.FI. Fidel Serrano Rodulfo	L.C.C. y P.C.y P.I. María Dolores Enríquez Medina
C.P.C. y P.C.FI. Arturo Luna López	L.D. E.D.F. José Luis Sánchez García
C.P.C. Leobardo Muñoz Tapia	C.P.C. Eduardo López Lozano
C.P.C. Mauricio Valadez Sánchez	

REGIÓN ZONA CENTRO

C.P. y P.C.FI. Edgar Enríquez Álvarez

REGIÓN ZONA CENTRO ITSMO PENINSULAR

C.P.C. Oscar Castellanos Varela	C.P.C. José Manuel Etchegaray Morales
Lic. Oscar Guevara García	C.P.C. y L.D. Francisco Teodoro Torres Juárez

REGIÓN ZONA CENTRO OCCIDENTE

Dr. Juan Carlos De Obeso Orendain	C.P.C. José Sergio Ledezma Martínez
C.P.C. Crispín García Viveros	L.C.P. LD. Karla Arlaé Rojas Quezada
C.P.C. Luis Manuel Cano Melesio	C.P.C. José Guadalupe González Murillo

REGIÓN ZONA NOROESTE

L.C.P. Didier García Maldonado	L.C.P. Roberto Cristian Agúndez Acuña
--------------------------------	---------------------------------------

REGIÓN ZONA NORESTE

C.P.A.C. Juliana Rosalinda Guerra González

ANÁLISIS JURÍDICO INTEGRAL DE LAS FIGURAS DE CONSEJERO Y COMISARIO

Dr. Luis Manuel Cano Melesio C
Integrante de la CROSS Nacional

A. ADMINISTRADOR ÚNICO O INTEGRANTES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

A-1 ASPECTOS MERCANTILES

Artículo 178.- *“La Asamblea General de Accionistas es el Órgano Supremo de la Sociedad; podrá acordar y ratificar todos los actos y operaciones de ésta y sus resoluciones serán cumplidas por la persona que ella misma designe, o a falta de designación, por el Administrador o por el Consejo de Administración”.*

Artículo 176.- *“La falta de presentación oportuna del informe a que se refiere el enunciado general del artículo 172, será motivo para que la Asamblea General de Accionistas acuerde la remoción del Administrador o Consejo de Administración, o de los Comisarios, sin perjuicio de que se les exijan las responsabilidades en que respectivamente hubieren incurrido”.*

De la puntualización anterior, se deduce, que el Administrador Único, así como los integrantes del Consejo de Administración si se consideran laboralmente hablando “Trabajadores”, porque están evidentemente SUBORDINADOS a la Asamblea General de Accionistas, en su carácter de órgano supremo de la sociedad.

Tal característica se corrobora con lo dispuesto en el artículo 181 que transcribimos a continuación:

Artículo 181.- “La Asamblea Ordinaria se reunirá por lo menos una vez al año dentro de los cuatro meses que sigan a la clausura del ejercicio social y se ocupará, además de los asuntos incluidos en la orden del día, de los siguientes”:

.....

II.- “En su caso, nombrar al Administrador o Consejo de Administración y a los Comisarios”;

El otro elemento importante dentro de la configuración de la relación laboral es la **“Dependencia económica”**, misma que podrá acreditarse, en su caso, mediante un análisis objetivo del porcentaje de ingresos que percibe como Consejero, respecto del total de los percibidos.

A-2 ASPECTOS LABORALES

LEY FEDERAL DEL TRABAJO

El **Artículo 8º** de la Ley Federal del Trabajo, precisa, que *“Trabajador es la persona física que presta a otra, física o moral, un **trabajo personal subordinado**”*.

SUBORDINACIÓN, sujeción a la orden, mando o dominio de alguien. Relación de dependencia entre dos elementos de categoría gramatical diferente, como el sustantivo y el adjetivo. (DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA)

A la luz de estas últimas disposiciones, **se infiere que los integrantes del Consejo de Administración, así como el Administrador Único, si deben considerarse como trabajadores, ante la existencia de una subordinación respecto de la Asamblea General de Accionistas, en su carácter de Órgano supremo, como lo fundamentaremos en párrafos posteriores.**

Lo anterior se confirma, atendiendo a lo dispuesto en los Artículos 20 y 21 de la Ley Federal del Trabajo, que se transcriben a continuación:

Artículo 20.- *Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario.*

Contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario.

La prestación de un trabajo a que se refiere el párrafo primero y el contrato celebrado producen los mismos efectos.

Artículo 21.- *Se presumen la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre el que presta un trabajo personal y el que lo recibe.*

JURISPRUDENCIA

GENERAL VII-J-SS-58

RELACIÓN LABORAL EN MATERIA DE AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DEL SEGURO SOCIAL, CÓMO SE ACREDITA EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL.- Se considera que un contrato de prestación de servicios profesionales **por sí solo es insuficiente para acreditar el vínculo existente entre el trabajador y una sociedad en la que presta sus servicios, si en el juicio contencioso administrativo federal, obran otras pruebas de las que se desprendan elementos de subordinación y dependencia económica PARA RESOLVER SOBRE LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN LABORAL O DE UNA DE NATURALEZA CIVIL**, pues aun y cuando la actora, en su demanda niegue la existencia de la relación laboral y para tal efecto exhiba como prueba un contrato de prestación de servicios, en el que se especifica ese hecho, en donde se señala que el vínculo se rige por las disposiciones del Código Civil Federal o de una entidad federativa, **este instrumento por sí solo no demuestra que la relación haya sido de tal naturaleza, pues el referido documento debe estudiarse conjuntamente con el resto del material probatorio para resolver lo conducente**; Lo anterior tiene como fundamento la tesis Jurisprudencial I.9o.T J/51, sustentada por el Noveno Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito cuyo rubro es **"RELACIÓN DE TRABAJO. UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES POR SÍ SOLO ES INSUFICIENTE PARA ACREDITAR EL VERDADERO VÍNCULO EXISTENTE, SI OBRAN EN EL JUICIO OTRAS PRUEBAS DE LAS QUE SE DESPRENDAN LOS ELEMENTOS DE SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA ECONÓMICA PARA RESOLVER LO CONDUCENTE"**; de ahí que si en el juicio se acreditan los elementos de subordinación, como es el caso en que el prestador del servicio se le ordena dónde y cómo debe realizar su trabajo, se le proporcionan los medios para el desempeño de su actividad y éstos son propiedad del patrón, quien les otorga préstamos, y se les asigna una compensación económica, que aun cuando se le denomine honorarios, por así haberse consignado en el contrato respectivo, **en realidad se trata de la retribución que se le paga por su trabajo; por consiguiente, SI SE JUSTIFICAN ESTOS EXTREMOS SE DEBE CONCLUIR QUE LA RELACIÓN EXISTENTE ENTRE LAS PARTES ES UNA RELACIÓN LABORAL, ACORDE A LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 12 DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL EN RELACIÓN CON LOS DIVERSOS 8, 20 Y 21 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO Y POR ENDE SON SUJETOS DE ASEGURAMIENTO OBLIGATORIO ANTE EL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL, Y DE NINGUNA MANERA SE PUEDE ESTABLECER QUE EXISTA UNA RELACIÓN DE NATURALEZA CIVIL.**

Contradicción de Sentencias Núm. 725/09-21-01-5/AC3/Y OTRO/1181/11-PL-10-01.- Resuelta por el Pleno de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en sesión de 10 de octubre de 2012, por mayoría de 9 votos a favor y 1 voto en contra.- Magistrado Ponente: Carlos Mena Adame.- Secretario: Lic. José Raymundo Rentería Hernández.

(Tesis de jurisprudencia aprobada por acuerdo G/35/2012)

R.T.F.J.F.A. Séptima Época. Año III. No. 19. Febrero 2013. p. 125

La **SUBORDINACIÓN** se ratifica de manera indubitable, conforme a lo establecido en los artículos, ya transcritos de la Ley General de Sociedades Mercantiles y de la Ley Federal del Trabajo.

De la puntualización anterior, se deduce, que el Administrador Único, así como los integrantes del Consejo de Administración si se consideran laboralmente hablando, “Trabajadores”, porque están evidentemente SUBORDINADOS a la Asamblea General de Accionistas, en su carácter de órgano supremo de la sociedad.

Del señalamiento anterior, solamente excluiríamos a los Consejeros independientes, es decir a aquellos, posiblemente empresarios o ejecutivos bancarios, que adicionalmente a éstas últimas actividades, sean invitados a formar parte del citado Consejo de Administración, por su experiencia en el mundo de los negocios, así como a la ausencia de “Dependencia económica”, que constituye el otro elemento esencial, además de la SUBORDINACIÓN para configurar o no la existencia de la relación laboral.

A-3 LEY DEL SEGURO SOCIAL

Atendiendo a la subordinación laboral y dependencia económica, así como al contenido de la JURISPRUDENCIA transcrita en líneas anteriores, es factible concluir la existencia de la obligación de afiliar al IMSS a los Consejeros que se ubiquen en los mencionados supuestos de SUBORDINACIÓN LABORAL y DEPENDENCIA ECONÓMICA.

Ahora bien, mediante el Acuerdo No. 112893 emitido por el Consejo Técnico del IMSS, se precisa con meridiana claridad, que tanto los Consejeros como el Administrador Único, no son sujetos del seguro obligatorio, salvo que desempeñen, además, algún puesto adicional con retribución específica.

La facultad del Consejo Técnico del IMSS para emitir “Acuerdos”, está prevista en la fracción XI del artículo 31 del Reglamento Interior del Instituto Mexicano del Seguro Social, publicado en el DOF del 18 de septiembre del 2006.

A-4 LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

*Tratándose de honorarios a miembros de consejos directivos, de vigilancia, consultivos o de cualquier otra índole, así como de los honorarios a administradores, comisarios y gerentes generales, **la retención** y entero a que se refiere este artículo, **no podrá ser inferior de la cantidad que resulte de aplicar la tasa máxima para aplicarse sobre el excedente del límite inferior que establece la tarifa contenida en el 1er. Párrafo del artículo 152 de esta Ley, sobre su monto, salvo que exista, además, relación de trabajo con el retenedor, en cuyo caso, se procederá en los términos del párrafo segundo de este artículo.** (5º. Párrafo del artículo 96)*

Comentario: - De resultar saldo a favor en la declaración del ejercicio, se podrá solicitar en devolución o compensar vs el mismo ISR, atendiendo a la reforma al artículo 23 del CFF vigente, mediante la cual se derogó la compensación universal.

B. COMISARIO

B-1 ASPECTOS MERCANTILES

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.*

Artículo 165.- No podrán ser comisarios.

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

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

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

Artículo 166.- *Son facultades y obligaciones de los comisarios:*

- I.- *Cerciorarse de la constitución y subsistencia de la garantía que exige el artículo 152, dando cuenta sin demora de cualquiera irregularidad a la Asamblea General de Accionistas;*
- II.- *Exigir a los administradores una información mensual que incluya por lo menos un estado de situación financiera y un estado de resultados.*
- III.- *Realizar un examen de las operaciones, documentación, registros y demás evidencias comprobatorias, en el grado y extensión que sean necesarios para efectuar la vigilancia de las operaciones que la ley les impone y para poder rendir fundadamente el dictamen que se menciona en el siguiente inciso.*
- IV.- *Rendir anualmente a la Asamblea 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 deberá incluir, por lo menos:*
 - A) *La opinión del Comisario sobre si las políticas y criterios contables y de información seguidos por la sociedad son adecuados y suficientes tomando en consideración las circunstancias particulares de la sociedad.*
 - B) *La opinión del Comisario sobre si esas políticas y criterios han sido aplicados consistentemente en la información presentada por los administradores.*
 - C) *La opinión del comisario sobre si, como consecuencia de lo anterior, la información presentada por los administradores refleja en forma veraz y suficiente la situación financiera y los resultados de la sociedad.*
- V.- *Hacer que se inserten en la Orden del Día de las sesiones del Consejo de Administración y de las Asambleas de Accionistas, los puntos que crean pertinentes;*
- VI.- *Convocar a Asambleas ordinarias y extraordinarias de accionistas, en caso de omisión de los Administradores y en cualquier otro caso en que lo juzguen conveniente;*
- VII.- *Asistir, con voz, pero sin voto, a todas las sesiones del Consejo de Administración, a las cuales deberán ser citados;*
- VIII.- *Asistir, con voz pero sin voto, a las Asambleas de Accionistas, y*
- IX. *En general, vigilar la gestión, conducción y ejecución de los negocios de la sociedad.*

B-2 ASPECTOS LABORALES/SEGURO SOCIAL

A partir de las consideraciones externadas en el apartado relativo a los Consejeros, así como del texto transcrito literalmente en letra cursiva, relativa al Comisario, se infiere, que no existe ni **subordinación laboral ni dependencia económica**, razón por la cual, no existirá la obligación de inscribir al o los Comisarios en el régimen obligatorio del Seguro Social.

B-3 LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

*Tratándose de honorarios a miembros de consejos directivos, de vigilancia, consultivos o de cualquier otra índole, así como de los honorarios a administradores, **COMISARIOS** y gerentes generales, **la retención** y entero a que se refiere este artículo, **no podrá ser inferior de la cantidad que resulte de aplicar la tasa máxima para aplicarse sobre el excedente del límite inferior que establece la tarifa contenida en el artículo 152 de esta Ley**, sobre su monto, salvo que exista, además, relación de trabajo con el retenedor, en cuyo caso, se procederá en los términos del párrafo segundo de este artículo. (5º. Párrafo del artículo 96).*

Comentario: - De resultar saldo a favor en la declaración del ejercicio, se podrá solicitar en devolución o compensar vs el mismo ISR, atendiendo a la reforma al artículo 23 del CFF, mediante la cual se derogó la compensación universal.

|