



UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS
Laureate International Universities®

FACULTAD DE DERECHO

“IMPLEMENTACIÓN DE TECNOLOGÍAS PARA LA CELEBRACIÓN DE
ASAMBLEAS SOCIETARIAS VIRTUALES EN EL MARCO DE LA
LEGISLACIÓN ECUATORIANA”

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos para optar al
título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República.

Profesor guía

Ab. Rafael Eduardo Serrano Barona

Autora

María Teresa Arroyo Miño

Año

2013

DECLARACIÓN PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”

Rafael Eduardo Serrano Barona
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República
C.I. No. 1712980935

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que he citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

María Teresa Arroyo Miño

C.I. No. 1720445160

AGRADECIMIENTOS

Considero necesario expresar mis agradecimientos a todas aquellas personas que, de una u otra manera, han contribuido en la realización de este trabajo; principalmente a: la Dra. Elizabeth Miño, al Dr. Wladimir García y al Ab. Rafael Serrano, tutor de la presente investigación.

DEDICATORIA

A mi maravillosa familia.

RESUMEN

Los avances tecnológicos a lo largo de la historia han contribuido a la evolución institucional del derecho mercantil. La rapidez con la que se inician y concluyen actos y relaciones jurídicas son características del mundo empresarial actual. La concentración, velocidad y simplicidad, para una mejor comprensión de la información, son necesarias para poder generar cercanía y dinamismo en las relaciones. Es por esto, que el derecho societario es uno de los marcos normativos que más pueden beneficiarse del uso de tecnologías, con la finalidad de crear formas de acercamiento entre la sociedad y sus asociados. La junta general de socios y accionistas es el órgano máximo de gobierno de las sociedades anónimas y limitadas, por lo que, sus acuerdos marcan el direccionamiento de la sociedad. Los medios electrónicos aparecen como una alternativa para permitir diferentes opciones de participación de los asociados en las juntas generales. En este marco nacen las denominadas juntas o asambleas societarias virtuales, que dan paso al ejercicio de derechos a distancia. El presente trabajo tiene como finalidad brindar lineamientos que permitan la celebración de reuniones virtuales, que habiliten el ejercicio a distancia, a través del uso de medios electrónicos, de los derechos de representación, información, asistencia y voto. Para el efecto, se ha realizado un análisis doctrinario de diferentes instituciones jurídicas y principios de derecho societario e informático; además de legislación comparada, que ha dado paso a la implementación de tecnologías en la celebración de la junta general, con la finalidad de desarrollar criterios para una propuesta que es el resultado de la presente investigación.

ABSTRACT

Technological advances throughout history have contributed to the institutional evolution of commercial law. The speed to start and end events and legal relations are characteristic of today's business world. Concentration and simplicity, for a better understanding of the information, are necessary to generate proximity and dynamic relationships. It is for this reason that corporate law is one of the frameworks that can most get benefits from the use of technologies in order to create forms of approach between the company and its partners. The general meeting of partners and shareholders is the highest governing body of corporations and limited societies, so their agreements mark the direction of the company. Electronic media appear as an alternative for different options to allow member participation at partners and shareholders meetings. In this framework corporate meetings or assemblies can be performed virtually, which give all rights to participants. This document aims to provide guidance or guidelines that enable virtual meetings, enabling rights to all distance participants, through the use of electronic means, rights of representation, information, support and vote. For this purpose, there has been a doctrinal analysis of legal institutions and principles of corporate law and technology law, in addition to comparative law, which has led to the implementation of technologies to support partners and shareholders meetings. This investigation proposes sufficient guidelines for the implementation of electronic support.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	5
1. SOCIEDADES MERCANTILES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA	5
1.1 Sociedades mercantiles	5
1.1.1 Compañía limitada.....	8
1.1.2 Sociedad anónima.....	10
1.2 Clasificación de derechos de socios y accionistas	12
1.2.1 Derechos políticos o no patrimoniales.....	14
1.2.1.1 Derechos políticos para adopción de acuerdos	15
1.2.1.1.1. Derecho de asistencia y de intervención ...	15
1.2.1.1.2. Derecho de representación	17
1.2.1.1.3. Derecho de información y de fiscalización .	20
1.2.1.1.4. Derecho al voto	25
1.3 Asambleas societarias de socios y accionistas.....	30
1.3.1 Formalidades de las juntas generales	34
1.3.1.1 Convocatoria y orden del día	34
1.3.1.2 Quórum	37
1.3.1.3 Actas de junta	38
1.3.2 Tipos de juntas generales	39
1.3.2.1 Juntas ordinarias.....	39
1.3.2.2 Juntas extraordinarias.....	41
1.3.2.3 Juntas universales	41
1.3.2.4 Juntas especiales.....	42
CAPÍTULO II	44
2. MEDIOS Y HERRAMIENTAS ELECTRÓNICAS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA	44

2.1	Uso de medios electrónicos en la legislación ecuatoriana	44
2.2	Principios en el derecho informático.....	47
2.2.1	Principios de equivalencia funcional y neutralidad tecnológica.....	50
2.2.1.1	Equivalencia funcional	50
2.2.1.2	Neutralidad tecnológica.....	54
2.3	Mensaje de datos	58
2.4	Documento electrónico.....	61
2.4.1	Documento	61
2.4.1.1	Documento representativo de un hecho	62
2.4.1.2	Documento como mecanismo de prueba.....	64
2.4.2	Documento electrónico.....	65
2.5	Firma electrónica.....	68
2.5.1	Firma autógrafa o manuscrita.....	69
2.5.2	Firma electrónica	71
2.5.2.1	Firma electrónica avanzada	73

CAPÍTULO III **78**

3. IMPLEMENTACIÓN DE TECNOLOGÍAS EN ASAMBLEAS SOCIETARIAS **78**

3.1	El espacio de la junta o asamblea general en la legislación ecuatoriana.....	78
3.1.1	Problemas que nacen de la legislación actual.....	81
3.1.1.1	Socios y accionistas extranjeros	81
3.1.1.2	Sociedades anónimas que cotizan sus acciones en el mercado de valores	83
3.1.1.3	Sociedades limitadas y sociedades anónimas que no cotizan sus acciones en el mercado de valores	86
3.1.2	Situaciones normativas limitantes en la legislación	88

3.2 Implementación de tecnologías para la celebración de asambleas societarias.....	90
3.2.1 Asambleas societaria virtuales	93
3.2.1.1 Juntas netamente virtuales	94
3.2.1.2 Juntas híbridas o mixtas	96
3.2.1.3 Acuerdos sin sesión	97
3.3 Equivalencia funcional y neutralidad tecnológica para la implementación de tecnologías en las juntas generales	99
3.3.1 Equivalencia funcional.....	99
3.3.2 Neutralidad tecnológica	101
3.4 Tecnologías en el funcionamiento de las juntas generales	103
3.4.1 Régimen de la convocatoria	103
3.4.2 Derecho de información	106
3.4.3 Delegación de representación.....	109
3.4.4 Voto electrónico a distancia.....	111
3.4.4.1 Voto electrónico anterior a la celebración de la junta.....	114
3.4.4.2 Voto electrónico durante la celebración de la junta.	116
3.4.4.3 Acuerdos sin sesión	118
3.4.4.4 Asistencia e intervención.....	118
3.5 Legislación comparada.....	122
3.5.1 Estados unidos	122
3.5.1.1 Estado de delaware	123
3.5.1.2 Estado de minnesota	126
3.5.1.3 Estado de illinois	127
3.5.2 España	128
3.5.3 Colombia	131
3.5.4 Chile	134
CAPÍTULO IV.....	136

4. PROPUESTA DE LINEAMIENTOS QUE PERMITAN IMPLEMENTAR TECNOLOGÍAS PARA LA CELEBRACIÓN DE ASAMBLEAS SOCIETARIAS EN EL MARCO DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA	136
4.1 Convocatoria	137
4.2 Representación.....	138
4.3 Información	139
4.4 Acuerdos sin sesión	140
4.5 Juntas netamente virtuales	141
4.6 Juntas mixtas o híbridas	143
4.7 Voto por anticipado y a distancia	144
CONCLUSIONES	147
RECOMENDACIONES.....	150
REFERENCIAS.....	154
ANEXOS	158

INTRODUCCIÓN

Las tecnologías y los sistemas de información han beneficiado el funcionamiento de un sinnúmero de actividades humanas. En consecuencia, los ordenamientos jurídicos empiezan rápidamente a cambiar, acoplándose a la realidad actual.

Por los grandes cambios que producen las tecnologías, los marcos normativos deben traducirse en un derecho más ágil y eficiente, beneficiándose de las grandes ventajas que los medios electrónicos brindan a las relaciones sociales.

La concentración, velocidad y simplicidad, para una mejor comprensión de la información, son necesarias para poder generar cercanía y dinamismo en las relaciones. El derecho societario es uno de los marcos regulatorios que más pueden beneficiarse del uso de tecnologías, con la finalidad de crear formas de acercamiento entre la sociedad y sus asociados.

Mecanismos electrónicos simples, o de fácil acceso, dan paso a que exista mayor facilidad de acceder de forma amplia y de manera continua a información relevante que requieran socios y accionistas en su relación con la sociedad. No obstante, el derecho societario ecuatoriano no ha evolucionado de una forma que permita beneficiarse de los grandes cambios que surgen con las tecnologías. Actos tan importantes como la adopción de acuerdos de las juntas generales mantienen un sinnúmero de formalidades exigidas por ley, que muchas veces, restan dinamismo y facilidad y no se acoplan a la realidad actual de muchas sociedades.

El acto donde las tecnologías pueden crear grandes cambios es en la celebración de asambleas societarias. La junta general, como institución del derecho societario, es el órgano supremo de la sociedad, conformado por la reunión de los asociados, que a través de la adopción de acuerdos direcciona a la sociedad a cumplir el fin para la que fue creada. Nuevas alternativas, para la

adopción de acuerdos, en las reuniones sociales, nacen con el uso de diferentes medios electrónicos. Su uso podría permitir mayor simplicidad en la concreción de acuerdos entre los asociados y reforzar su papel en el gobierno y control de la sociedad; al existir más vías de participación en el direccionamiento de la compañía, teniendo en cuenta lo que señale la legislación para el efecto.

La incidencia de las tecnologías en las juntas generales ha llevado a la conformación de las denominadas juntas o asambleas societarias virtuales. El presente trabajo tiene la intención de brindar un vistazo desde la doctrina y legislación comparada de este tipo de juntas, que en la actualidad permiten la participación a distancia de los asociados.

Legislaciones, distintas a la ecuatoriana, han creado normativas que permite la celebración de asambleas societarias virtuales, reflejando situaciones que deben tomarse en cuenta para que el ejercicio de derechos a distancia de socios y accionistas sea seguro.

En relación a la regulación de mecanismos o herramientas electrónicas, la legislación ecuatoriana, con la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, contempla la utilización de mensajes de datos, documentos electrónicos y firmas electrónicas, acercándonos más a la validez de la participación virtual. No obstante, la norma societaria limita su uso e imposibilita que actos como las reuniones societarias sean realizados a través del uso de tecnologías.

Los medios electrónicos pueden incidir en los diferentes actos relacionados con la reunión de los asociados brindando mayores oportunidades de participación en la junta general. En consecuencia, el presente trabajo busca, en primer término, mostrar el alcance de los derechos denominados por la doctrina como políticos o no patrimoniales. Luego, en base a un análisis doctrinario, se desarrolla la institución de la junta general en nuestro marco jurídico, sus

clases y su papel para el funcionamiento de las sociedades, de acuerdo a la norma societaria ecuatoriana. La investigación se enmarcará únicamente en el estudio de las juntas generales de las compañías limitadas y anónimas.

En un segundo término, se ha desarrollado, bajo conceptos doctrinarios y legales, elementos regulados por el derecho informático, tales como: mensajes de datos y documentos electrónicos. La funcionalidad legal que las normas les otorguen posibilita que diferentes actos jurídicos puedan realizarse a través de medios electrónicos.

La normativa ecuatoriana señala las condiciones que los mensajes de datos y los documentos electrónicos deben contener para generar validez legal. Dichos requisitos, direccionados a la creación de efectos jurídicos, han sido tomados en cuenta, en la segunda parte del trabajo, con la finalidad de señalar que requisitos han de considerarse para posibilitar la implementación de asambleas societarias virtuales.

Adicionalmente, en relación a la participación a distancia, que conlleva la celebración de juntas virtuales, que generan situaciones de relevancia jurídica, se desarrolla el mecanismo de la firma electrónica, la que figura en nuestro marco normativo como una herramienta jurídicamente confiable y fiable, que permite la identificación y autoría de la persona que haga uso de ella y garantiza la integridad de la información contenida en el documento firmado electrónicamente.

El presente trabajo toma en cuenta por su gran importancia dos principios desarrollados en el comercio electrónico, pero que son aplicables a todo tipo de actos jurídicos que se generen fuera de la esfera mercantil. La equivalencia funcional y la neutralidad tecnológica hacen posible la celebración de asambleas societarias virtuales. El trabajo buscó darle su debido alcance a través de la doctrina y ratificar su importancia en los actos jurídicos que se realicen por medios electrónicos.

En un tercer término se busca determinar que actos y derechos relacionados a la reunión del órgano de gobierno pueden ser ejercidos a través del uso de tecnologías. Contiene también, el desarrollo conceptual de los diferentes tipos de asambleas societarias virtuales y sus diferentes exigencias, los acuerdos sin sesión y el voto a distancia; como mecanismos para crear diferentes alternativas de adopción de acuerdos.

Como parte final de este capítulo se realiza un análisis de legislaciones, que habilitan la reunión social virtual y el ejercicio de derechos a distancia. Se citan diferentes regulaciones y exigencias para permitir la participación virtual, los cuales sirven de base para la proposición de lineamientos que encaminan a una posible reforma al marco jurídico societario.

Finalmente, se detallan varios criterios que orientan la referida reforma, como recomendación concreta de este trabajo.

CAPÍTULO I

1. SOCIEDADES MERCANTILES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

1.1 Sociedades mercantiles

En el derecho societario confluyen un sinnúmero de instituciones, derechos y obligaciones que son la base para el desarrollo del contrato de sociedad como institución jurídica. En consecuencia, de la celebración del contrato referido, se generan una gran cantidad de efectos jurídicos y el reconcomiendo de diferentes derechos a los sujetos que realizan operaciones mercantiles dentro de este régimen.

La base que permite que se constituyan sociedades mercantiles recae en el derecho de asociación, que se encuentra reconocido dentro de nuestra normativa desde una jerarquía constitucional. El capítulo sexto de la Constitución de la República del Ecuador (2008) reconoce a los derechos de libertad, estableciendo en su artículo 66 que: “Se reconoce y se garantiza a las personas: 13. El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria. 15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”. Varios derechos fundamentales se relacionan al de asociación económica, como son: el de propiedad, el de ejercer una industria lícita, el de libre contratación y el de inversión.

La formalización de las asociaciones civiles o mercantiles tuvo como primer marco legal al Código Civil (codificación 10, 2005), el que reconoce al contrato de sociedad, en el artículo 1957, al señalar que: “Sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre si los beneficios que de ello provenga. La sociedad forma una persona jurídica, distinta a la de los socios individualmente considerados”. Es el mismo cuerpo legal el que hace la distinción entre las llamadas sociedades

civiles y mercantiles estableciendo que: “La sociedad puede ser civil o comercial. Son sociedades comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio. Las otras sociedades son civiles” (Código Civil. Codificación 10, 2005).

Las sociedades mercantiles, a diferencia de las civiles, se rigen por el derecho societario. Este régimen busca normar la forma jurídica de instrumentación, desarrollo de actividades económicas y empresariales y la esfera de derechos reconocidos a los sujetos que deciden ejercer conjuntamente actividades, con la finalidad de obtener lucro de su asociación. Son las reglas que establecen el derecho social y la voluntad de las personas, que deciden generar la asociación, las que determinan la estructura organizacional y funcional de la entidad social que buscan o han decidido crear.

“Se configura una sociedad cuando dos o más personas convienen en contribuir con dinero, bienes o trabajo, para llevar una actividad económica lícita, con la finalidad de ganar dinero para repartírselo entre ellas, pero acordando que en caso de que el emprendimiento llevado a cabo fracasare y arrojaré pérdidas, todos deberán concurrir a soportarlas”. (Vanasco, 2006, p. 1).

Las sociedades mercantiles buscan la conformación de una organización jurídica a la que se le da una personalidad jurídica, distinta a la de las personas que la constituyen; para así ejercer una actividad económica. Para el Dr. Roberto Salgado Valdez la compañía “constituye una organización jurídica, porque actúa en una realidad social dirigida y organizada, a través de los organismos que la administran y actúan a su nombre y en su representación”. (Salgado, 2006, p.13)

Desde el punto de vista jurídico, la asociación, que busca la conformación de una sociedad mercantil, es tratada como un contrato, que recibe una regulación legal. El contrato de sociedad por sí mismo no produce efectos económicos

directos, sino que establece las reglas que han de seguirse en las relaciones internas como parte del contrato del que se derivan derechos y obligaciones como asociados. “El negocio jurídico de sociedad no reglamenta ningún interés económico concreto que sus otorgantes buscan alcanzar con él, al menos no directamente, ya que solo constituye un orden normativo que se limita a brindar las reglas dirigidas a la actuación presente y futura de quienes actúan en forma colectiva en una o más actividades económicas” (Escuti, 2006, p. 3).

El contrato de sociedad se convierte entonces en un marco normativo, en el que se establecerán las reglas que determinarán los derechos, obligaciones y responsabilidades de los asociados respecto de la sociedad. Además, establecerá las normas que guiarán a la sociedad como tal, sus operaciones, y su relación con terceros.

La Ley de Compañías, el Código Civil y el convenio de las partes integran el régimen al que se sujetarán las sociedades comerciales. La Ley de Compañías (1999) señala en su artículo primero que: “El contrato de compañía es aquel por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades”. En su artículo 2 define la existencia de cinco especies de compañías de comercio: La compañía en nombre colectivo, la comandita simple y dividida por acciones, la de responsabilidad limitada, la anónima y la de economía mixta, que constituyen personas jurídicas.

El presente estudio se hará en función de las compañías más representativas y utilizadas en el Ecuador, que son las sociedades limitadas y anónimas. Con todo, el mecanismo que trate de proponerse en este trabajo podría ser utilizado por los socios y accionistas de cualquier otro tipo de compañía. Además, se podrá aplicar a los consejos de administración o directorios.

La clasificación más utilizada por distintos autores y a la que se sujetan todas las compañías reguladas por la Ley de Compañías, se da en función de la

predominancia del factor capital y lo relativo a las personas. La legislación determina que existen compañías de capital y personalistas. “En compañías capitalistas prevalece el capital con que se puede contar, antes que quien lo aporte; mientras que en las personalistas prevalece sobre el capital la consideración de la persona y las cualidades personales del socio”. (Ramírez, 2011, p. 15). De esta clasificación podemos obtener distintas características jurídicas en cuanto al capital, su división, la negociabilidad y la administración de la compañía. Así mismo, los a portantes de las compañías que llevan el nombre de socios o accionistas, dependiendo del tipo de sociedad en la que participan, podrán ejercer derechos y deberán cumplir las obligaciones que la misma normativa les reconoce.

En la línea de esta clasificación iniciamos el análisis de la más representativa de las compañías personalistas, la compañía limitada:

1.1.1 Compañía limitada

La doctrina ha establecido que la compañía de responsabilidad limitada es personalista debido a que “las personas se asocian tomando en cuenta ciertos lazos de afinidad, de amistad, de parentesco, etc., y este criterio se acrecienta aún más al pensar que las participaciones sociales no son transferibles, a no ser que lo consientan unánimemente los demás socios”. [Ídem] (Salgado, 2006, p.159). La restricción de la libre transferencia de las participaciones, el reducido número de socios, así como otras características, da el carácter de una sociedad personalista.

Carlos Gilberto Villegas explica en su obra “Tratado de las Sociedades” que la compañía limitada es “aquella sociedad personal solemne, donde los socios limitan su responsabilidad a los aportes realizados, y cuyo objeto, administración y fiscalización interna pueden ser libremente pactados por los socios” (Villegas, 1995, p. 270).

El artículo 92 de la Ley de Compañías (1999) dispone que “La compañía de responsabilidad limitada es la que se contrae entre dos o más personas, que solamente responden por las obligaciones sociales hasta el monto de sus aportaciones individuales [...]”

En la compañía de responsabilidad limitada sus asociados se denominan socios. Su responsabilidad, tal como lo determina el artículo 92, se extenderá hasta el monto de sus aportaciones individuales. La compañía podrá tener un máximo de 15 socios y sus participaciones no son libremente transferibles.

En cuanto a las compañías limitadas la Ley de Compañías fija los derechos, obligaciones y responsabilidades que han sido reconocidos y establecidos a los socios. El artículo 114 contiene una norma general en la que se explica que será el contrato social el que establezca los derechos de los socios y la forma de ejercerlos. La norma define como derechos:

- “A intervenir, a través de asambleas, en todas las decisiones y deliberaciones de la compañía, personalmente o por medio de representante o mandatario constituido en la forma que se determine en el contrato. Para efectos de la votación, cada participación dará al socio el derecho a un voto;
- A percibir los beneficios que le correspondan, a prorrata de la participación social pagada, siempre que en el contrato social no se hubiere dispuesto otra cosa en cuanto a la distribución de las ganancias;
- A que se limite su responsabilidad al monto de sus participaciones sociales, salvo las excepciones que en esta Ley se expresan;
- A no devolver los importes que en concepto de ganancias hubieren percibido de buena fe; pero, si las cantidades percibidas en este concepto no correspondieren a beneficios realmente obtenidos, estarán obligados a reintegrarlas a la compañía;
- A no ser obligados al aumento de su participación social;

- A ser preferido para la adquisición de las participaciones correspondientes a otros socios, cuando el contrato social o la junta general prescriban este derecho, el cual se ejercitará a prorrata de las participaciones que tuviere;
- A solicitar a la junta general la revocación de la designación de administradores o gerentes. Este derecho se ejercitará sólo cuando causas graves lo hagan indispensable.
- A impugnar los acuerdos sociales, siempre que fueren contrarios a la Ley o a los estatutos.
- A pedir convocatoria a junta general en los casos determinados por la presente Ley. Este derecho lo ejercerán cuando las aportaciones de los solicitantes representen no menos de la décima parte del capital social; y,
- A ejercer en contra de los gerentes o administradores la acción de reintegro del patrimonio social. Esta acción no podrá ejercitarla si la junta general aprobó las cuentas de los gerentes o administradores”. (Ley de Compañías, 1999, art.114).

1.1.2 Sociedad anónima

Dentro de las sociedades de capital, la más representativa es la Sociedad Anónima.

“La sociedad anónima por naturaleza, es la estampa y figura más clara, o el prototipo quizá de las sociedades de capital; por ellos su característica principal se encuentra en la limitación de responsabilidad que tiene sus acciones frente a terceras personas” (Salgado, 2006, p. 189).

La sociedad puede definirse como una asociación de capitales, donde la atención prioritaria se encuentra en el capital o en el factor económico, que tiene un relieve mayor al que existe en el elemento humano. Se enfoca en

distribuir el riesgo del negocio que emprenda la sociedad y en la facilidad de obtener o deshacerse de la propiedad del capital en el que la compañía está dividida.

“El vínculo societario no está fundamentado en la “*affectiosocietatis*”, ni siquiera en las razones de interés personal, que pueden llevar a una persona a unirse a otras para emprender una empresa económica, sino que la relación social se establece por la posesión de acciones, esto es por porciones de capital”. [Ídem] (Villegas, 1995, p.294).

Dentro de la sociedad anónima sus aportantes obtienen la calidad de accionistas. Se encuentra dividida en acciones de libre negociación, su capital se encuentra conformado por la aportación entregada por sus accionistas, los cuales responden únicamente por el monto de sus acciones. Se la considera la sociedad de capital por excelencia, en razón de que, la importancia mayor recae sobre el aporte otorgado por el accionista, a diferencia de las sociedad personalistas en donde el elemento fundamental es el elemento personal. Esta compañía no tiene un límite de accionistas y la negociación de sus acciones no admite limitación, por lo que la cesión de los títulos no requiere de actos solemnes, ni de la autorización de los otros accionistas que conforman la compañía.

La Ley de Compañías (1999) expresa en su artículo 143 que “La compañía anónima es una sociedad cuyo capital, dividido en acciones negociables, está formado por la aportación de los accionistas que responden únicamente por el monto de sus acciones [...]”.

En el caso de las sociedades anónimas, los derechos establecidos en la Ley de Compañías, en el artículo 207, son señalados con el carácter de fundamentales, es decir, que no pueden privarse a los accionistas. Estos derechos no dependen del acuerdo de la mayoría de asociados, ni del estatuto. Para su ejercicio se requerirá únicamente del consentimiento del que acredita

la condición de accionistas. “Estos derechos no pueden ser condicionados, limitados o anulados, salvo los casos en que expresamente la ley lo autorice” (Lapiqué, 1998, p. 95).

“Art. 207.- [...] son derechos fundamentales del accionista, de los cuales no se le puede privar:

- La calidad de socio;
- Participar en los beneficios sociales, debiendo observarse igualdad de tratamiento para los accionistas de la misma clase;
- Participar, en las mismas condiciones establecidas en el numeral anterior, en la distribución del acervo social, en caso de liquidación de la compañía;
- Intervenir en las juntas generales y votar cuando sus acciones le concedan el derecho a voto, según los estatutos.
- Integrar los órganos de administración o de fiscalización de la compañía si fueren elegidos en la forma prescrita por la ley y los estatutos;
- Gozar de preferencia para la suscripción de acciones en el caso de aumento de capital;
- Impugnar las resoluciones de la junta general y demás organismos de la compañía en los casos y en la forma establecida en los Arts. 215 y 216.
- Negociar libremente sus acciones” (Ley de Compañías, 1999, art. 207).

1.2 Clasificación de derechos de socios y accionistas

Los socios que participen en sociedades mercantiles se les han reconocido derechos que pueden ser considerados como fundamentales. Es decir:

“Los cuales no se le puede privar; no son disponibles por la mayoría de socios; solo son disponibles con su consentimiento; no pueden ser modificados ni por el estatuto ni por la junta general” [ídem] (Ramírez, 2011, p. 95). Gilberto

Villegas (1995) citando a Ramón S. Castillo establece que los derechos se clasifican en: fundamentales, esenciales y de orden secundario. Los fundamentales son aquellos que no pueden ser alterados de ninguna forma, ni siquiera por la junta de socios, como por ejemplo el exigir mayor responsabilidad a los asociados. Los derechos esenciales son aquellos que tampoco se pueden privar a los socios; sin embargo, su ejercicio puede reglamentarse, como por ejemplo el derecho al voto, derecho a intervenir en juntas, el derecho a examinar cuentas, y otros. Por último, los derechos secundarios son los que se reconocen y reglamentan en los estatutos, “responden al deseo de una mejor organización y administración de los negocios sociales” (Villegas, 1995, p. 374).

Gregori Clusellas, en su obra “La Protección de las Minorías en las Sociedades Anónimas” (1959, p. 16), clasifica a los derechos en subjetivos y objetivos. Determina que se consideran derechos subjetivos aquellos que repercuten directamente en su patrimonio, como por ejemplo, la percepción de dividendos, en la liquidación del activo, la negociación de los títulos de acción, etc. Objetivos en cambio, son aquellos que “constituyen los medios que la ley prevé para mantener incólumes y hacer efectivos los derechos subjetivos” (Gregorini, 1959, p. 16) [ídem], como por ejemplo el derecho al voto, asistir a asambleas o juntas, de información y fiscalización de actuaciones de los administradores, impugnación de acuerdos a los que hayan llegado la junta general, entre otros.

El jurista Luis Lapiqué (2008, p.96) explica que los derechos se los puede dividir entre patrimoniales y no patrimoniales, o también como se les conoce a estos últimos como políticos. Los primeros son considerados aquellos derechos que permiten participar de las utilidades de la sociedad. Los segundos son aquellos que no tienen un contenido patrimonial específico, “son instrumentos para el ejercicio de los derechos patrimoniales” (Lapiqué, L. 2008. p. 96).

Independiente de la clasificación que la doctrina haya dado a los derechos reconocidos a los asociados, estos nacerán siempre de la ley y del contrato social.

De acuerdo a la clasificación establecida por Luis Lapiqué, es decir, en derechos patrimoniales y políticos, nos centraremos en el estudio del segundo grupo.

El ejercicio de los derechos políticos se ejercita, sobre todo, cuando existe la reunión del mayor órgano de control y gobierno, es decir la junta general. Es ahí donde se genera la esfera de política jurídica para la toma de decisiones dentro de la sociedad mercantil. Al efectivizarse estos derechos se habilitan a los asociados a participar en el direccionamiento de las actividades de la compañía; permitiendo además, que tengan conocimiento respecto de información necesaria para aprobar la administración de las personas a las que se les ha otorgado el cargo de manejar la sociedad. Existe mayor transparencia cuando los asociados pueden acceder a todo detalle que les permita aprobar la administración y dirección de la compañía.

1.2.1 Derechos políticos o no patrimoniales

Los derechos que no tienen un contenido económico directo y que por ende no son patrimoniales, tanto en sociedades limitadas como anónimas son:

- Asistir e intervenir en las juntas generales.
- Derecho a voto.
- Derecho de representación.
- Integrar los órganos de administración o de fiscalización de la compañía.
- Derecho de Información (fiscalizar la gestión de los negocios sociales)
- A impugnar los acuerdos sociales, siempre que fueren contrarios a la Ley o a los estatutos
- A pedir convocatoria a junta general en los casos determinados por Ley.

Si bien la ley les ha dado el carácter de fundamentales dentro de nuestra legislación, estos derechos pueden ser regulados por el estatuto de la sociedad. El ejercicio, regulación y alcance es distinto para cada uno.

Se hará un análisis de los derechos políticos que permitan la adopción de acuerdos dentro de las compañías. Cada derecho conduce al ejercicio de otro, o directamente será el mecanismo para expresar la voluntad del asociado, que formará parte de la voluntad social de la compañía.

1.2.1.1 Derechos Políticos para Adopción de Acuerdos

Estos derechos pueden ser considerados como esenciales y objetivos, en razón de que no pueden privarse a los socios; pero pueden ser regulados por los estatutos. No obstante, no pueden ser privados o eliminados.

1.2.1.1.1 Derecho de asistencia y de intervención

En el caso de las compañías limitadas los primeros derechos no patrimoniales que se reconocen en la Ley de Compañías son:

“a) A intervenir, a través de asambleas, en todas las decisiones y deliberaciones de la compañía, personalmente o por medio de representante o mandatario constituido en la forma que se determine en el contrato. Para efectos de la votación, cada participación dará al socio el derecho a un voto” (Ley de Compañías, 1999, art. 114) (el énfasis es añadido).

Este artículo engloba tres derechos: el de intervención en juntas, el derecho de representación y el derecho al voto. Lo mismo sucede en el caso de las compañías anónimas; sin embargo, el derecho de representación se encuentra establecido en un artículo distinto que se lo verá posteriormente.

“[...] son derechos fundamentales del accionista, de los cuales no se le puede privar: 4. **Intervenir en las juntas generales** y votar cuando sus acciones le concedan el derecho a voto, según los estatutos” (Ley de Compañías, 1999, art. 207) (el énfasis es añadido).

El derecho de asistencia y el de intervención se ejercen en el escenario en que la junta general se reúna para la toma de acuerdos sociales. Se encuentran directamente relacionados. Podría establecerse que para intervenir será necesario que el socio o accionista asista a la reunión social. Por ende, la asistencia es el mecanismo para el ejercicio al derecho de intervención en las reuniones del órgano supremo de la compañía.

El derecho de asistencia a las juntas también se encuentra sumamente ligado con el derecho al voto. El acceso que se dé al derecho de asistencia y al de intervención crea un nivel superior en la participación del direccionamiento de la sociedad. “El derecho de asistencia, que por lo general opera como un simple presupuesto del derecho de voto, se presenta en ocasiones como una facultad autónoma desvinculada de este.” (Vega, 2006, p. 207). Las resoluciones que se tomen en las juntas generales, representan la expresión de la voluntad y por ende el interés social de la compañía. La voluntad social resulta del ejercicio del derecho al voto; no obstante, este derecho no puede ser ejercido si no existe la presencia física del socio o accionista, o de ser el caso de su representante, en el lugar donde se celebre la reunión. Por lo que, la asistencia y la intervención para la toma de decisiones son esenciales, y por lo tanto, ni los asociados ni el estatuto lo puede negar, pero si regular. “En primer lugar, el socio tiene derecho a intervenir en las decisiones y deliberaciones de la compañía con sus opiniones y criterios, principalmente en la junta general de socios o de cualquier modo o medio” (Ramírez, 2011, p.236).

Cuando las juntas generales se están llevando a cabo, socios y accionistas pueden hacer proposiciones para que puedan ser sometidas a votación.

Nuestra legislación establece que “La moción debe votarse de inmediato, a menos que quien la propusiere la retire o acepte una modificación.” (Reglamento de Juntas Generales de Socios y Accionistas de Compañías, 2002, art.- 19).

Los derechos de asistencia y de intervención se extienden incluso a los accionistas que poseen acciones preferidas, es decir, acciones a las que no se les reconoce ciertos derechos políticos. El artículo 19 del Reglamento de Juntas Generales de Socios y Accionistas de Compañías (2002) establece que “En las juntas generales de las compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, los accionistas que no tuvieran derecho a voto, tendrán voz para hacer mociones e intervenir en las deliberaciones”.

“Los accionistas titulares de acciones preferidas sin voto también tienen derecho de participar en las asambleas, con voz. Es por esto que este derecho es individual del accionista, insusceptible de ser suprimido o limitado”. [idem] (Villegas, 1995, p.380).

1.2.1.1.2 Derecho de representación

En el caso de las sociedades limitadas, el derecho del socio a otorgar la representación a un tercero se encuentra determinado en el artículo 114, al señalar que: “[...] a) A intervenir, a través de asambleas, en todas las decisiones y deliberaciones de la compañía, **personalmente o por medio de representante o mandatario constituido en la forma que se determine en el contrato [...]**” (Ley de Compañías, 1999, art.-114). (El énfasis es añadido). Además, se señala que: “A las juntas generales concurrirán los socios personalmente o por medio de representante, en cuyo caso la representación se conferirá por escrito y con carácter especial para cada junta, a no ser que el representante ostente poder general, legalmente conferido” (Ley de Compañías, 1999, art. 121).

En el caso de las sociedades anónimas el derecho a delegar la representación se establece en el artículo 211 de la Ley de Compañías (1999), la cual determina que: “Los accionistas **podrán hacerse representar** en la junta general por persona extraña, mediante carta dirigida al gerente, a menos que los estatutos dispongan otra cosa. No podrán ser representantes de los accionistas los administradores y los comisarios de la compañía”. (El énfasis es añadido).

La posibilidad que los asociados puedan hacerse representar en las juntas generales es un mecanismo que la misma ley otorga para permitir una mayor participación social, y así, direccionar a la compañía de acuerdo a la voluntad de los dueños del capital de la sociedad.

Tanto en compañías limitadas como en anónimas este derecho puede ser regulado por el contrato social, ya que se establece que el socio podrá asistir a las juntas sea personalmente o por medio de un mandatario “[...] constituido en la forma que se determine en el contrato, y mediante carta dirigida al gerente, a menos que los estatutos dispongan otra cosa” (Ley de Compañías, 1999, art. 211). Si bien los estatutos pueden regular este derecho no pueden de ninguna manera eliminarlo.

El artículo 15 del Reglamento de Juntas Generales de Socios y Accionistas de Compañías (2002) indica que “Los socios y accionistas podrán hacerse representar en la junta general por otra persona, mediante poder general o especial, incorporado a instrumento público o privado”.

El mismo reglamento señala las prohibiciones y limitaciones respecto de la representación, al establecer que es indivisible, es decir, que podrá ser solo un representante por representado. Adicionalmente, no podrá concurrir el representante y el representado al mismo tiempo, al menos que lo haga en representación del derecho de un tercero. Y por último, no podrán ejercer la

representación los comisarios, los administradores y los miembros principales de los órganos administrativos y de fiscalización.

Para el otorgamiento de la representación en instrumento privado el Reglamento de Juntas Generales ha establecido requisitos que deben ser cumplidos para tener plena validez. Cuando se encargue a otra persona la representación en la junta general se dirigirá a quien se indique en el estatuto y, en silencio de este, al representante legal de la compañía. Dicho instrumento contendrá, por lo menos:

“-Lugar y fecha de emisión;

- Nombre de la compañía de que se trate;
- Nombre y apellidos del representante. Si este fuere persona jurídica, su nombre y el nombre y apellidos de su representante legal. Se agregará copia certificada del nombramiento de dicho representante;
- Determinación de la junta o juntas respecto de las cuales se extiende la representación; y,
- Nombre, apellidos y firma autógrafa del socio o accionista y, si fuere del caso, de su representante legal o apoderado” (Reglamento de Juntas Generales de Socios y Accionistas de Compañías, 2002, art.-17).

En el caso de socios o accionistas extranjeros, la única manera de intervenir y votar en juntas generales, y así poder participar en la adopción de acuerdos sociales, es a través de la representación. Esto es debido a que, según nuestro marco normativo se exige la presencia física de la persona en la junta o reunión social. Sería evidente que los costos supondrían ser sumamente altos para concurrir a las juntas para ejercer el derecho al voto. Se deduce que la representación aparece como un mecanismo que permite efectivizar el derecho del socio y accionista que no pueda asistir a la junta general.

Es de suponerse que el representante ha de seguir las instrucciones de su representado; no obstante, en caso que haya un cambio en las mociones quedará a discreción del representante cambiar las órdenes otorgadas por el representado. “El representante ha de seguir las instrucciones recibidas de acuerdo a las reglas del mandato y de la comisión” (Jiménez, 2003, p. 328). La discreción de actuación del representante se refleja en las compañías anónimas cuando se delibera en junta ordinaria sobre la suspensión y remoción de administradores y demás miembros de los organismos de representación, debido a que, sobre esto se puede tratar en la junta aun cuando no figuren en el orden del día. Esta situación ha sido señalada en el artículo 234, inc. 2º de la Ley de Compañías.

1.2.1.1.3 Derecho de información y de fiscalización

El derecho de información permite a los asociados conocer la marcha de la compañía. Cabanellas de las Cuevas distingue el derecho de información del derecho de control. Por control se entiende “la incidencia efectiva sobre la administración y el gobierno de la sociedad” (Cabanellas, 1997, p. 578). En el caso de la información la define como la que “cumple la función instrumental respecto de tal control, pero esa se ejercerá a través de la participación de los socios en las órganos sociales” (Cabanellas, 1997, p. 578). Por consiguiente, se puede establecer que el derecho de fiscalización es una consecuencia del derecho de información, y por lo tanto, no pueden confundirse.

El derecho de información tiene como finalidad permitir que el titular del derecho conozca todos los hechos referentes a la administración de la compañía. Son los representantes y administradores los que tienen pleno conocimiento de la gestión de la sociedad, por lo que el acceso a la información es un derecho base y fundamental del asociado para poder ejercer otros dos derechos esenciales: el derecho a la fiscalización de los negocios sociales y el derecho al voto. Es con el ejercicio de esos derechos que se expresará la voluntad social para direccionar a la compañía a los objetivos y funciones que

los asociados hayan determinado y encargado a los administradores para ejecutarlos.

Ana María Aguinis se refiere al derecho de información como “un derecho cualitativo, instrumental, que sirve para el ejercicio de otros, tales como, el derecho al voto, derecho a dividendos, impugnación de decisiones de la asamblea y otros” (Aguinis, 1996, p. 559). Si bien la autora anterior lo define como instrumental o accesorio para efectivizar otros derechos, autores como Luis Lapiqué lo proyectan como un derecho base, al señalar que “actualmente se considera que el derecho a la información un derecho fundamental que va más allá que el ejercicio al derecho al voto” (Lapiqué, 2008, p. 106). El acceso a la información puede ser instrumental; sin embargo, es el derecho que permitiría al socio a seguir el desarrollo de la actividad social y verificar que efectivamente se llegue al cumplimiento del objetivo de la sociedad para así satisfacer al interés social.

El derecho a la información puede ejercerse por los asociados de dos maneras; primeramente al acceder a los libros sociales, esto generalmente antes de la celebración de juntas generales, y en segundo lugar al poder pedir información a los administradores a través de preguntas que deberán ser contestadas de la manera que establezca el estatuto. El derecho, si bien puede ser considerado como esencial, se puede concluir que es regulado en razón del nivel de acceso y del contenido de la información a la que puedan acceder.

Cabanellas de las Cuevas además señala que los límites al derecho a la información deben ser establecidos en base a dos conceptos básicos: “el abuso del derecho y la protección de los secretos de la sociedad”. (Cabanellas, 1997, p. 556). Es por esto que, no puede encontrarse disponible información que haya sido calificada como confidencial; y en consecuencia se la mantiene en forma reservada. Los secretos que mantenga la sociedad conforman parte de su patrimonio y un bien esencial para el desarrollo de sus actividades, por lo que, no podrá estar a disposición de los asociados y a los que la sociedad

puede negarse a entregarlas. “El socio que solicita, en ejercicio de su derecho de información, la revelación de secretos, está paralelamente exigiendo que se le entregue una propiedad de la sociedad, y ello va contra principios básicos de la estructura jurídica societaria” (Lapiqué, 2008, p. 107).

El derecho tratado debe ser amplio, siempre que sea información que permita entender la marcha de la compañía, como sus ganancias, la actuación de los administradores, los planes futuros que pretendan implementarse, las operaciones que han sido realizadas. Sin embargo, no podrán entregarse secretos comerciales, industriales o cualquier otra información que la compañía la califique como confidencial.

La Ley de Compañías (1999) ha determinado un distinto nivel de acceso a la información en las compañías limitadas y en las anónimas. El artículo 15 de la norma societaria ha establecido que en el caso de socios, tendrán acceso a examinar los libros y documentos de la compañía referentes a la administración social. En el caso de las sociedades anónimas los accionistas tendrán derecho a que se les entregue copia certificada de:

- Balances generales
- Estado de cuenta de pérdidas y ganancias
- Memorias o informes de administradores
- Memorias o informes de comisarios.
- Actas de las juntas generales.
- Lista de accionistas e informes acerca de asuntos tratados o por tratarse en juntas generales de accionistas.

Jiménez de Aréchaga, explica que, en el caso de las sociedades anónimas, “la lista de documentos previstos en la ley es taxativa, los accionistas no pueden pretender conocer otros documentos de la gestión social que necesariamente deben ser reservados, inclusive para los propios accionistas”. (Jiménez, 2001, p. 364. Lapiqué, p, 109). La compañía podría proporcionar otra información; sin

embargo, no estaría obligada. En consecuencia, es un derecho que puede ser regulado, debido a que la información que la sociedad tenga que otorgar será la que señale la ley y su forma de entregarla no puede ser discrecional o infinita, sino que deberá permitir un correcto funcionamiento de la compañía.

A efectos de solicitar la información se requerirá únicamente encontrarse en el registro de socios y accionistas, que le acredita la condición como tal. Se entenderá que el derecho se encuentra satisfecho de acuerdo al cumplimiento de la obligación de la sociedad de mantener, en el plazo mínimo establecido por la norma, la información y que entregue los informes que la ley ha establecido como base para ser discutidos y aprobados por los asociados.

En la medida que el accionista no se encuentre lo suficientemente informado de los temas que han de tratarse en las juntas generales podrá pedir el diferimiento de la junta. La solicitud de aplazamiento de la reunión aparece como otro derecho reconocido a los accionistas; sin embargo, es un derecho regulado, ya que requiere de un porcentaje mínimo que represente al menos la cuarta parte del capital pagado de los concurrentes a la junta para que pueda diferirse. El artículo 248 determina que:

“Todo accionista tiene derecho a obtener de la junta general los informes relacionados con los puntos en discusión. Si alguno de los accionistas declarare que no está suficientemente instruido podrá pedir que la reunión se difiera por tres días. Si la proposición fuere apoyada por un número de accionistas que represente la cuarta parte del capital pagado por los concurrentes a la junta, ésta quedará diferida. Si se pidiere término más largo, decidirá la mayoría que represente por lo menos la mitad del capital pagado por los concurrentes.” (Ley de Compañías, 1999, art. 248).

Para la defensa de sus derechos individuales, socios y accionistas deben velar por el correcto funcionamiento de la sociedad. Al estar involucrados sus

patrimonios individuales es su facultad proponer ratificaciones o cambios en la gestión social en caso que la compañía no lleve el direccionamiento adecuado. “No basta la información; ella no valdría nada sin el derecho adicional del accionista a denunciar irregularidades o negligencias de los gestores de los negocios sociales” (Dávila, 1999, p.159).

Dentro de la jurisprudencia uruguaya, en el caso 14.690 (Anexo 1), se ha entendido que si al accionista no se le brinda la información necesaria para una participación informada, puede solicitarse la suspensión de la asamblea hasta que se proporcione dicha información. Por esto se ha resuelto que “no cabe dudas que el derecho de información [...] es uno de los derechos fundamentales del accionista, y que la falta de información veraz, completa y tempestiva sobre los temas a decidir en las asambleas de accionistas configura una razón de mérito para amparar la impugnación de decisiones que se adopten en tales condiciones” (La Justicia Uruguaya. LJU CASO 14690, 2005).

Permitiría así mismo al asociado impugnar cualquier acuerdo al que se haya llegado sobre situaciones que no hayan sido lo suficientemente informadas y explicadas. “La información puede ser completada por la que requieran los accionistas previamente o en la propia asamblea, antes de llegar al punto de impugnar una resolución de asamblea por falta de información [...]” (La Justicia Uruguaya. LJU CASO 14690, 2005).

Al acceder a la información de manera oportuna se permite una adecuada participación del órgano de gobierno de la sociedad.

Los informes que deban ser realizados por los administradores de las compañías, para demostrar el estado de su administración, deben estar a disposición de socios y accionistas para su estudio previo. La Ley de Compañías ecuatoriana, en su artículo 292 ha señalado un plazo mínimo de quince días para que los accionistas puedan acercarse a la compañía para acceder a los informes que serán aprobados posteriormente en la junta general

ordinaria de socios o accionistas. Que el accionista pueda obtener información de la compañía con la debida anticipación le permite comparecer a la junta general sabiendo que aportará y que posición o actitud tomará.

El momento en que el asociado tiene acceso al examen previo de los documentos que serán aprobados posteriormente por la junta general se está permitiendo el ejercicio del derecho de fiscalización individual. “La ley permite acceder a ciertos documentos relacionados con el desempeño de la sociedad durante el periodo contable y a otros que se refieren a operaciones de gran trascendencia para la sociedad. Es lo que ha dado en llamarse el derecho de fiscalización individual” (Reyes, 2006, p. 397).

El artículo 292 de la Ley de Compañías (1999) señala que: “El balance general y el estado de la cuenta de pérdidas y ganancias y sus anexos, la memoria del administrador y el informe de los comisarios estarán a disposición de los accionistas, en las oficinas de la compañía, para su conocimiento y estudio por lo menos quince días antes de la fecha de reunión de la junta general que deba conocerlos”.

Si bien el tiempo para ejercer éste derecho aparecería como una limitación a la fiscalización, es parte de sus regulaciones para el correcto funcionamiento de la sociedad. “El ejercicio permanente de un derecho de esta naturaleza dificultaría en extremo el funcionamiento normal de la sociedad” (Reyes, 2006, p. 397). La fiscalización individual permite a socios y accionistas accionar o denunciar irregularidades que puedan visualizarse en la administración de la compañía, sea de manera directa o a través de comisarios, en el caso de las compañías anónimas, o consejos de vigilancia en el caso de las limitadas.

1.2.1.1.4 Derecho al voto

Cabanellas de las Cuevas expresa que “el derecho al voto en las asambleas constituye el elemento jurídico central mediante el cual los socios ejercen su poder sobre la organización societaria” (Cabanellas, 1997, p. 381).

Para Luis Lapiqué el voto “es la forma en que el accionista se manifiesta frente a la sociedad a efectos de decidir sobre la marcha de los negocios sociales y formar parte de la voluntad social”. (Lapiqué, 2008, p. 96).

Gilberto Villegas establece que es uno de los derechos esenciales del accionista, “confiere la posibilidad de participar en el gobierno de la sociedad, integrando los acuerdos que adoptan las juntas”. (Gilberto, 1995, p. 377).

El voto es un derecho individual de carácter fundamental, tanto de socios como de accionistas. Es de tipo político y no patrimonial; no obstante, ayuda a efectivizar otros derechos y permite la participación del asociado en la voluntad social de la compañía a través de las deliberaciones de las juntas. El órgano de gobierno de la compañía, en teoría, dicta la dirección de la sociedad, a través de sus reuniones, las que también están llamadas a aprobar la gestión de los administradores, a quienes se les ha encargado la ejecución de sus acuerdos.

Para Guillermo Cabanellas la estructura más básica del derecho al voto es establecerlo como un acto jurídico. Es así que, se han de cumplir los requisitos básicos para su efectividad, sea la capacidad, causa, objeto y el consentimiento o voluntad. La forma en cómo se emita el voto deberá garantizar todos los elementos esenciales para que se efectivice ese acto jurídico, caso contrario, podría adolecer de algún vicio y el voto no tendría validez. No obstante, hay que tomarse en cuenta que “la nulidad de un voto no afecta al acuerdo social, sino cuando por nulidad desaparece la mayoría” (Ramírez, 2011, p. 177).

El voto expresado en las reuniones sociales, permite la conformación de la voluntad social del colectivo que acude a la reunión. La voluntad social afecta a la compañía como sujeto independiente de sus asociados; sin embargo, se expresa de manera individual, y también afectará a cada uno de los sujetos que hayan participado de ella. En consecuencia, en las reuniones del órgano asambleario se generan dos voluntades. La primera es la individual del socio y accionista que mira su interés particular. En segundo lugar está la colectiva, que si bien es la expresión de la voluntad individual se forma en una voluntad independiente, que mira por el interés único de la compañía, para el desarrollo de su objeto social. En la Gaceta Judicial No. 13, Serie 16, en el caso de “Impugnación de Resoluciones de la Junta General de Socios”, se ha explicado que “[...] la junta general de accionistas constituye una declaración unilateral y única de voluntad [...] un acuerdo de la junta general de accionistas es la expresión social o colectiva de la voluntad individual de los socios; los socios como seres vivientes y necesarios de la persona jurídica concurren con sus voluntades individuales a crear la única voluntad colectiva.” [Ídem] (Gaceta Judicial 13, Serie 16, 1998, p. 3474).

Son los derechos de representación, asistencia, intervención, información, etc. los llamados a posibilitar el ejercicio del derecho al voto. La importancia de este derecho se resume a que las decisiones que tome el órgano de gobierno afectan de manera directa al patrimonio de socios y accionistas, por lo que, son ellos los que decidirán el destino de la sociedad y correrán el riesgo de sus decisiones.

El derecho al voto viene del estatus de socio o accionista, ya que el que ostenta esta calidad será el que pueda participar en la reunión del órgano supremo. El artículo 178 de la Ley de Compañías (1999) dispone que “La acción confiere a su titular legítimo la calidad de accionista y le atribuye, como mínimo, los derechos fundamentales que de ella se derivan y se establecen en esta Ley”.

Al ser un derecho fundamental no puede admitirse limitación alguna en los estatutos sociales o en las resoluciones del órgano de gobierno. El derecho al voto no es transmisible, y su ejercicio corresponde únicamente al socio o accionista o al representante que se haya designado para el ejercicio del derecho.

En el caso de las sociedades limitadas, la legislación expresa que: “[...] Los socios tendrán los siguientes derechos: A intervenir, a través de asambleas, en todas las decisiones y deliberaciones de la compañía [...] para efectos de la votación, cada participación dará al socio el derecho a un voto” (Ley de Compañías, 1999, art 114). Que la participación represente un voto se entendería inderogable contractualmente, por ende no puede ser modificado por el organismo asambleario.

En el caso de las sociedades anónimas, el numeral cuatro, del artículo 207, de la Ley de Compañías (1999), reconoce el derecho a “intervenir en las juntas generales y votar cuando sus acciones le concedan el derecho al voto, según los estatutos”. Así mismo el artículo 210, del mismo cuerpo legal, dispone que las acciones con derecho a voto lo tendrán en proporción al valor pagado por el accionista.

Existen dos sistemas de votación en las compañías. El primero aparece cuando cada socio tiene derecho a un voto de acuerdo al monto de su aportación. Este es el caso de la compañía de responsabilidad limitada al indicar la ley que “cada participación dará al socio el derecho a un voto” (Ley de Compañías, 1999, art. 114), se entiende que se refiere a las participaciones suscritas, estén o no pagadas. El segundo sistema de votación es el que se ajusta las sociedades anónimas, en el cual el accionista tendrá derecho al voto en proporción al valor pagado por cada accionista.

Independiente del sistema de votación de la sociedad, tal como se había establecido anteriormente, el derecho al voto es un derecho de carácter

fundamental, que no reconoce limitación alguna y al que ley lo protege al expresar que “es nulo todo convenio que restrinja la libertad de voto de los accionistas que tengan derecho a votar” (Ley de Compañías, 1999, art. 210).

El ejercicio de los derechos políticos dependerá, en el caso de la sociedad anónima, del tipo de acción que posea el accionista. Las acciones a la que se le reconoce el derecho al voto y por ende el ejercicio de los otros derechos políticos relacionados con el voto, es a la acción ordinaria, la que goza de todos los derechos que la ley reconozca como fundamentales. En el caso de las acciones preferidas, es decir, aquellas que gozan de una preferencia económica al conferírseles “derechos especiales en cuanto al pago de dividendos y en liquidación de la compañía” (Ley de Compañías, 1999, art. 170), no tienen derecho al ejercicio al voto, aunque puedan intervenir en las juntas, tal como se vio en el desarrollo del derecho de asistencia e intervención. Los acuerdos a los que llegue la junta general, se reputarán obligatorios para todos los asociados, por lo que la ley busca la manera de permitir la mayor participación de los sujetos a los que se les haya reconocido el derecho al voto. Es por esto que el mecanismo de representación figura como derecho que permite ejercitar otros. Para los socios o accionistas extranjeros, o los que se encuentren lejos del lugar del domicilio de la sociedad, únicamente podrán participar a través de un representante, que exprese su voluntad en la reunión de la junta.

En el caso de las sociedades anónimas los acuerdos se tomarán por mayoría del capital pagado concurrente a la reunión. Salvo que la ley o el estatuto de la sociedad establezcan un porcentaje mayor para los acuerdos. En el caso de las compañías limitadas las resoluciones se tomarán por mayoría absoluta de los socios que se encuentren presentes, que hayan suscrito o pagado sus participaciones.

1.3 Asambleas societarias de socios y accionistas

Las sociedades deben buscar satisfacer el interés y su objeto social. La capacidad de obrar de las compañías depende de la voluntad de los distintos órganos que la conforman. Dentro de la estructura organicista de las sociedades existen los órganos de gobierno, administración, representación y fiscalización. A cada uno de ellos la ley y el contrato social le otorga sus respectivas obligaciones para la consecución del fin de la compañía. Sus funciones tienen un carácter instrumental para el funcionamiento de la persona jurídica.

La voluntad expresada en la junta general y las funciones de administración y de representación, asignados para la ejecución de actos, que cumplan con la expresión volitiva de los órganos de gobierno, forman su estructura instrumental. Es consecuencia “la voluntad social se forma, ejecuta y se declara por medio de órganos” (Gómez, 1979, p. 3).

Si bien cada uno tiene sus funciones propias, este estudio se encargará de analizar únicamente al órgano de gobierno, es decir, la junta general de socios y accionistas. Sus facultades estarán reguladas por el contrato social, y la legislación, que ha establecido un conjunto de pautas imperativas aplicables solamente a este órgano.

La importancia de la junta general se genera en función sus integrantes, los que han contribuido con su patrimonio para su funcionamiento y el cumplimiento de su objeto. Por ende, son ellos los que determinarán las riendas de la sociedad y los que establecerán que es necesario para su desarrollo. La titularidad de la propiedad del capital social es la que determina las reglas que habrá que seguirse.

SasotBetes-Sasot, establece que “se define la asamblea de accionistas como la reunión de accionistas organizada para su funcionamiento en forma de

colegio de acuerdo con lo establecido con la ley y los estatutos, a fin de tratar y resolver en interés social, sobre los asuntos de su competencia con efecto de obligatoriedad para la sociedad y los accionistas”. (Sasot, 1978, p. 37. Lapiqué, 2008, p.175).

Para Guillermo Jiménez, la junta general es un órgano deliberante, el que:

“expresa su voluntad mediante acuerdos que se adoptan, según técnicas democráticas, por mayoría de votos presentes o representados [...] se habla de la junta como un órgano soberano [...] es el órgano jurídicamente superior, lo que se manifiesta en que puede nombrar y destituir a los administradores, en sus funciones de inspección, en que le corresponden las competencias más importantes y en que sus acuerdos obligan a los administradores y a todos los socios, incluidos ausentes y disidentes” (Jiménez, 2003, p. 321).

Tal como se estableció anteriormente, de la junta dependerá quien representará y administrará la sociedad. En razón de que es la junta el espacio de reunión del órgano de gobierno, los socios y accionistas intervienen a título de integrantes de un órgano de un sujeto de derecho.

Para la legislación ecuatoriana, la junta general tiene un papel preponderante, debido a que la norma determina una multiplicidad de actos que requieren de su aprobación, dentro de las cuales constan las operaciones de mayor trascendencia, tales como: aumentos o disminución de capital, prórroga del contrato social, la transformación, fusión, escisión, cambio de denominación, disolución anticipada, etc. Además, las facultades orgánicas de la junta permiten efectuar un control directo de la administración de la sociedad con la aprobación de los ejercicios económicos y la actuación de los demás participantes en la estructura organizacional, es decir, los representantes, administradores y fiscalizadores.

En la legislación ecuatoriana, la Ley de Compañías (1999), en referencia a las compañías limitadas y también las anónimas, en el artículo 116, establece que: “La Junta General, formada por los socios legalmente convocados y reunidos, es el órgano supremo de la compañía”. El mismo cuerpo legal al referirse a las sociedades anónimas determina que: “La junta general tiene poderes para resolver todos los asuntos relativos a los negocios sociales y para tomar las decisiones que juzgue convenientes para la defensa de la compañía” (Ley de Compañías, 1999, art.- 231).

Roberto Salgado, en su obra “Nuevo Manual de Derecho Societario”, en el desarrollo de la sociedad anónima, compara a la estructura jurídica de la sociedad a la figura del estado. Los poderes legislativo, ejecutivo y judicial dentro de la estructura social estaría asignada de la siguiente manera: “el poder legislativo corre a cargo de la junta general de accionistas; el poder ejecutivo corre a cargo de los organismos de administración, el poder judicial corre a cargo de los comisarios” (Salgado, R. 2006. p. 228).

Nuestra legislación siguiendo la corriente de que la junta general es el instrumento primario de voluntad dentro de la sociedad, enumera sus atribuciones principales, en el artículo 118 (compañías limitadas) y el 231 (sociedad anónima).

A las compañías limitadas se le han asignado las siguientes facultades, y deberán resolver sobre:

- “Designación y remoción de administradores y gerentes;
- Designación del consejo de vigilancia
- Aprobación de las cuentas y los balances que presenten los administradores y gerentes
- Forma de reparto de utilidades
- Amortización de las partes sociales
- Cesión de las partes sociales y en la admisión de nuevos socios

- Aumento o disminución del capital y la prórroga del contrato social
- Gravámenes o enajenaciones de inmuebles propios de la compañía
- Disolución anticipada de la compañía
- Exclusión de socios
- Acciones correspondientes en contra de los administradores o gerentes”. (Ley de Compañías, 1999, art. 118).

En el caso de las compañías anónimas la junta general, la junta general deberá resolver sobre:

- “Nombramiento y remoción de miembros de organismos administrativos de la compañía, comisarios, etc.
- Conocer anualmente las cuentas, el balance, los informes que le presentaren los administradores o directores y los comisarios y auditores acerca de los negocios sociales y dictar la resolución correspondiente.
- Fijación de la retribución de los comisarios, administradores e integrantes de los organismos de administración.
- Distribución de los beneficios sociales;
- Emisión de las partes beneficiarias y de las obligaciones;
- Amortización de las acciones;
- Modificaciones al contrato social; y,
- Fusión, transformación, escisión, disolución y liquidación de la compañía; nombrar liquidadores, fijar el procedimiento para la liquidación, la retribución de los liquidadores y considerar las cuentas de liquidación”. (Ley de Compañías, 1999, art. 231)

A más de las facultades establecidas en los artículos 118 y 231, existen otros actos que requerirán del conocimiento de la junta general como requisito esencial para su ejecución, ya que es el máximo organismo de facultad directiva y de supervisión.

La junta general no es un órgano permanente, en consecuencia supone que para que pueda ejercer sus competencias deberá reunirse, en los tiempos y

con el quórum que el estatuto o la ley determine. Además, para que pueda efectuarse la reunión, los socios y accionistas deberán estar debidamente convocados al lugar donde se efectuará la reunión. Sus decisiones deberán estar plasmadas en documentos que hagan la debida reseña de la reunión y deberá cumplir con un sinnúmero de formalidades establecidas para los tipos de reuniones que existen y así poder resolver sobre los asuntos en los que es competente.

1.3.1 Formalidades de las juntas generales

1.3.1.1 Convocatoria y orden del día

Tal como se explicó en el desarrollo de los derechos reconocidos a socios y accionistas, el poder asistir e intervenir a juntas es inherente a la calidad de asociado. Al asistir a la reunión, el asociado expresa su voluntad a través del voto y así conforma el interés social. No obstante, es necesario que el asociado o su representante sepa de antemano cuando, donde, hora y condiciones en se va a llevar a cabo la reunión. Además, será imperioso que conozca los asuntos que van a ser tratados por el órgano asambleario, y así, a través del ejercicio del derecho de información tener una debida participación en la reunión. La Doctrina Jurídico Societaria de la Superintendencia de Compañías, No. 102 ha señalado que “la convocatoria tiene por finalidad que los socios o accionistas conozcan con la debida anticipación cuando a de reunirse la junta general y las materias que en ella se van a tratar, a fin de que tomen parte en la Junta con conocimiento de causa y los asistentes que no puedan asistir tengan la garantía de que solo esas materias –enunciadas en la convocatoria- podrán tomarse decisiones [...]” [Ídem] (Doctrina Jurídico Societaria de la Superintendencia de Compañías, No. 102).

La ley ha expresado cuando debe convocarse y quien puede hacerlo.

“En cuanto al tópico de la convocatoria conviene precisar tres conceptos diferentes, a saber: a) la potestad para convocar; b) el derecho de pedir que se cite a los asociados para reunirse en junta o asamblea, según el tipo de sociedad de que se trate, y c) el deber de convocar”. (Narváez, 1998, p. 312).

Tienen la facultad y la obligación de convocar, según nuestra legislación:

- El administrador o los administradores facultados por el estatuto.
- El consejo de vigilancia o los comisarios, en los casos que establezca la ley.
- Los liquidadores de la compañía.

Tienen derecho a solicitar que se convoque a junta a socios o accionistas:

- Los socios que representen no menos de la décima parte del capital.
- Los accionistas que representen el al menos el veinte por ciento del capital social.

En el caso de las sociedades limitadas la Ley de Compañías ha señalado que las juntas generales serán convocadas por la prensa en uno de los periódicos de mayor circulación en el domicilio principal de la compañía o por los medios establecidos en el estatuto. A diferencia de la sociedad anónima, la compañía limitada no está obligada a realizar la convocatoria por la prensa, ya que, el estatuto puede establecer la forma en cómo se va a convocar a los socios, es decir, que podrán utilizar otros medios diferentes a la prensa, como cartas, emails u otros.

En la compañía anónima será obligatorio que la publicación sea por la prensa, en uno de los periódicos de mayor circulación en el domicilio principal de la

compañía, con ocho días de anticipación por lo menos al que se haya establecido para la celebración de la reunión, salvo que los estatutos establezcan un plazo mayor.

Dentro del Reglamento de Juntas Generales de Accionistas de Compañías de Seguros y en la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos se señala la obligación de notificar por comunicación remitida por correo o fax a los accionistas extranjeros. En las dos normativas se ha establecido que “[...] a los socios o accionistas que residan en el exterior y que hubieren registrado su dirección, se les notificará de la convocatoria a través de comunicaciones remitidas por correo a fax”. (Reglamento de Juntas Generales de Accionistas de Compañías de Seguros, 2001, art. 2) (Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos, 2006, art. 2). Los asociados extranjeros de este tipo de compañías tienen la posibilidad de una mayor participación de los asuntos de la sociedad, debido a que, pueden saber cuándo se llevarán a cabo acuerdos de los que podrán participar a través de sus representantes en el país o concurriendo personalmente a la junta.

El orden del día o asuntos que han de ser tratados en la reunión deberán ser necesariamente definidos, caso contrario las resoluciones que se tomen sobre asuntos que no hayan sido comunicados en la convocatoria se reputarán nulas, a excepción de las juntas universales (situación que será explicada posteriormente), de acuerdo al artículo 236 de la Ley de Compañías. La indicación de los términos en que establezca el orden del día deberá ser “[...] clara, específica y precisa del o de los asuntos que serán tratados en la junta, sin que sea permitido el empleo de términos ambiguos o remisiones a la ley, a sus reglamentos o al estatuto [...]” (Reglamento de Juntas Generales de Socios y Accionistas de Compañías, 2002, art 1).

Los demás requisitos del contenido de la convocatoria y la dimensión han sido establecidos en el artículo primero del Reglamento de Juntas Generales de Socios y Accionistas de Compañías. (Anexo 2).

1.3.1.2 Quórum

El quórum de decisión será establecido por la ley y el estatuto. En el caso de las compañías limitadas el quórum de instalación de la junta se formará en función del capital social. En el caso de las sociedades anónimas como existen acciones ordinarias y preferidas, el Reglamento de Juntas ha determinado que el quórum se formará “sobre la base del capital pagado, representado por las acciones que tengan o no derecho a voto”. (Reglamento de Juntas Generales de Socios y Accionistas de Compañías, 2002, art. 10).

Las resoluciones que se tomen y que no hayan cumplido el quórum legal o reglamentario se reputarán nulas.

Antes de formalizarse la instalación de la junta se realizarán actos preparatorios en donde el administrador designado deberá “formar la lista de asistentes al principiarse la hora para la que fue convocada la reunión y dejará constancia de que se ha completado el quórum de instalación en el momento de que ello ocurra” [ídem] (Reglamento de Juntas Generales de Socios y Accionistas de Compañías, 2002, art. 8).

De acuerdo al Reglamento de Juntas Generales la lista de asistentes deberá fundamentarse en el libro de participaciones o el de acciones y accionistas. En el caso de las compañías anónimas que cotizan en el mercado de valores sus acciones se basarán en la nómina que extienda el Depósito Centralizado de Compensación y Liquidación de Valores, a cuyo cargo se halle el libro de accionistas.

En el caso de las compañías limitadas la Ley de Compañías ha dispuesto que la junta no puede “considerarse válidamente constituida para deliberar, en primera convocatoria, si los concurrentes a ella no representan más de la mitad del capital social” (Ley de Compañías, 1999, art 116). En el caso de la segunda

convocatoria que se realice la junta general se reunirá con el número de socios que se encuentren presentes.

En el caso de las compañías anónimas para que pueda instalarse la junta deberá estar presente al menos la mitad del capital pagado. En segunda convocatoria se instalará con el número de accionistas presentes, excepto cuando la junta se convoque para modificar el estatuto, donde deberá recurrir al menos la tercera parte del capital pagado. Se establece que existirá una tercera convocatoria, la cual resolverá con el número de accionistas presentes.

1.3.1.3 Actas de junta

De cada junta se deberá elaborar un acta, que contendrá los sucesos de la reunión. Deberán estar redactadas en castellano. En el acta se incluirán todos los debates, intervenciones y acuerdos a los que se lleguen. Llevará las firmas del presidente y secretario de la junta. El libro de actas se extenderá a “máquina, en hojas debidamente foliadas, o ser asentadas en un libro destinado para el efecto” (Ley de Compañías, 1999, art.122).

Además, del libro de actas se deberá llevar un expediente, el que deberá contener copia del acta, los documentos que prueben la convocatoria y todos los documentos que se hubieren conocido en la junta. El contenido del acta de junta general como del debido expediente se encuentra indicado en los artículos 25 y 27 del Reglamento de Juntas Generales de Socios y Accionistas de Compañías, adjunto al presente trabajo como “Anexo 2”.

De acuerdo a la Doctrina Jurídico Societaria de la Superintendencia de Compañías No. 31, “el acta de la sesión de una Junta General y el “expediente” de la misma son medios de prueba que la Ley ha institucionalizado en protección de los intereses de la propia compañía, de sus socios y accionista y de sus funcionarios en general”. [Ídem] (Doctrina Jurídico Societaria de la Superintendencia de Compañías, No. 31). Cuando los acuerdos han sido tomados en concordancia a la ley, con el cumplimiento de todos los requisitos

que se establezcan para el efecto, permitirá que el acta tenga valor legal por sí sola, sin necesidad de formalidad alguna.

1.3.2 Tipos de juntas generales

La ley ha establecido y regulado diferentes tipos de juntas generales. Varios autores han hecho diferentes clasificaciones de las juntas. Se las ha establecido como Ordinarias, Extraordinarias, Universales, Previas, Constitutivas, Durante el Estado de Liquidación. En este estudio se realizará un análisis de las tres primeras y a las otras se las desarrollará como juntas especiales.

1.3.2.1 Juntas ordinarias

Las juntas ordinarias de accionistas se reunirán a tratar los asuntos que la ley los haya clasificado como ordinarios, a más de cualquier otro asunto sobre el que se desee deliberar, siempre y cuando, sea determinado en el orden del día y se publique en la convocatoria. Este tipo de juntas tienen la característica de que deben reunirse al menos una vez al año, dentro de los tres meses posteriores al cierre del ejercicio económico. Según el artículo 26 de la Ley de Compañías, el ejercicio económico de las sociedades terminará cada treinta y uno de diciembre, por lo que la reunión se la realizará en los meses de enero, febrero o marzo. Sobre el tiempo en que debe efectuarse la junta la Doctrina No. 136 de la Superintendencia de Compañías (2013) ha señalado que “puede suceder –y de hecho sucede- que una junta se reúna después del plazo previsto por la Ley para conocer, por ejemplo, el balance y documentos anexos. Tal junta no dejaría por eso de ser ordinaria [...] Parece más exacto decir que lo que determina que una junta tenga el carácter de ordinaria o extraordinaria [...] es su objeto”. De acuerdo a lo señalado la junta ordinaria podía celebrarse en una fecha diferente a la señalada en la Ley de Compañías.

A pesar del criterio de la doctrina societaria, del órgano de control de sociedades ecuatoriano, autores mantienen que “la distinción de las reuniones ordinarias están determinadas por dos elementos: tiempo y temario” (Reyes, 2006, p. 504). La regulación de las juntas podrá ser a través del estatuto, la que el cumplimiento con los parámetros de la ley podrá determinar cuándo y que se tratará.

La ley ha determinado que la reunión de la junta es obligatoria, es por esto que “[...] la ley quiere resaltar que hay una Junta que necesariamente tiene que celebrarse por prescripción legal, solo por eso, diferencia de las que llama extraordinarias”. (Jiménez, 2003, p. 322).

Los socios y accionistas se reunirán físicamente en el domicilio principal de la compañía. También lo podrán hacer a través de su representante cumpliendo los requisitos que se especifique en la norma pertinente.

De acuerdo a la ley de compañías, las juntas ordinarias se reunirán para:

- Aprobar las cuentas y los balances que presenten administradores y gerentes.
- Fijar la retribución de los administradores e integrantes de organismos de administración y fiscalización.
- Resolver acerca de la forma de reparto de las utilidades.
- Cualquier otro asunto puntualizado en el orden del día.

El artículo 234, en relación a las sociedades anónimas, indica que “la junta general ordinaria podrá deliberar sobre la suspensión y remoción de los administradores y más miembros de los organismos de administración creados por el estatuto, aun cuando el asunto no figure en el orden del día” (Ley de Compañías, 1999, art. 234). De acuerdo a la Doctrina Jurídica Societaria de la Superintendencia de Compañías (2013) No. 136 esta facultad no es exclusiva de la junta ordinaria, sino que podrá ser tratado en cualquier junta, debido a que

“sería absurdo esperar a que se reúna una junta ordinaria para remover a un administrador que ha cometido, por ejemplo, fraude en la administración”.

1.3.2.2 Juntas extraordinarias

Son las juntas que deliberan cualquier otro asunto que no haya sido atribuido al conocimiento de la ordinaria y se reunirán en cualquier época. Las juntas extraordinaria “se reunirán cuando fueren convocadas para tratar asuntos puntualizados en la convocatoria” (Ley de Compañías, 1999, art. 235).

Esta junta no tiene por prescripción legal la obligación de realizarse. Por lo que se reunirán cuando se requiera, es decir que no se les han prefijado fecha, y podrán tratar los asuntos que se deseen, cualquiera puntualizado en la convocatoria. “Las reuniones extraordinarias serán aquellas que no encuadren en los dos aspectos mencionados, vale decir, tiempo y temario” (Reyes, 2006, p. 504).

1.3.2.3 Juntas universales

César Drouet Candel en su obra “Asambleas o Juntas Generales de Accionistas” (2006.p. 146), denomina a las juntas universales como “totalitarias”. Este tipo de junta debe cumplir con un requisito indispensable para que sean consideradas válidas y sus acuerdos tengan el carácter de obligatorios. Ésta reunión no se clasifica por el tiempo o los puntos a tratarse sino por el hecho específico de encontrarse presentes todos los socios y accionistas que integran el capital pagado (anónimas), y capital social (limitadas) o sus representantes.

Los asociados deben decidir por unanimidad constituirse en junta, conocer y resolver sobre un orden del día aprobado por todos los que concurren. La Ley de Compañías en el artículo 238 explica los requisitos que deben cumplirse para que la junta se entienda válidamente constituida, por lo que deberán cumplirse los siguientes requisitos;

- La junta se puede ser convocada y queda válidamente constituida en cualquier tiempo y en cualquier lugar
- Debe ser dentro del territorio nacional
- Puede tratar cualquier asunto
- Debe estar presente todo el capital pagado, y los asistentes
- Debe ser suscrita, bajo sanción de nulidad, el acta en la que se acepte por unanimidad la celebración de la junta.

Por las condiciones en las que se celebran las juntas universales, la importancia del derecho de información se ve con mayor claridad. La ley ha establecido que si un socio o accionista no se encuentra lo suficientemente informado puede oponerse a la discusión de los asuntos que vayan a ser tratados.

De acuerdo a lo determinado en el artículo regulador de la junta universal, se presenta que en estas reuniones no se necesita convocatoria previa. Pueden llevarse a efecto en cualquier tiempo y lugar, en razón de que, no se requiere que se reúnan en el domicilio principal de la compañía para tratar cualquier asunto que deseen. El fundamento de estas amplias posibilidades de acción “se justifica plenamente al considerar que la presencia de la totalidad de los asociados garantiza también plenamente sus derechos, convalida la eventual falta de convocatoria y permite deliberar y adoptar determinaciones en las condiciones indicadas” [ídem] (Reyes, 2006, p. 506).

1.3.2.4 Juntas especiales

Este tipo de juntas han sido denominadas como especiales por varios autores, debido a que no tratan temas de gobierno y control de la sociedad. A diferencia de las juntas antes desarrolladas, las juntas especiales se reúnen con la intención de tratar un tema específico, como la liquidación de una compañía o como un acto previo para constituir una sociedad. Su objeto para reunirse como junta lleva a cambios sustanciales en la compañía. Su regulación la

establece la Ley de Compañías y para las juntas que sean posteriores a la constitución de la sociedad podrán ser reguladas por el estatuto.

CAPÍTULO II

2. MEDIOS Y HERRAMIENTAS ELECTRÓNICAS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

2.1 Uso de medios electrónicos en la legislación ecuatoriana

El avance de los sistemas de información, comunicación y las tecnologías llevan a la generación de nuevas actividades y relaciones que requieren un diverso tratamiento jurídico.

Las legislaciones buscan regular bases que tiendan a garantizar el ejercicio de derechos de toda clase, para estar al día con los distintos cambios que, a nivel mundial, sufren los ordenamientos jurídicos por la incidencia de tecnologías.

El espacio que crean las tecnologías permite que las personas desarrollen nuevas actividades, las que para su perfeccionamiento y administración requieren de actos con repercusiones jurídicas. El derecho, como técnica de regulación social, debe velar por normar las variables tecnológicas que vayan apareciendo y modificando la vida humana.

Los cambios y las nuevas relaciones llevan al nacimiento de un sistema que progresivamente se va convirtiendo en un marco normativo más completo y complejo. Se crean normas que interactúan y concuerden entre sí, y establecen principios para el desarrollo de un marco reglamentario que ha de encargarse de velar por la regulación de los actos que crean consecuencias jurídicas y relevancia en el mundo del derecho.

Nace así el derecho informático, el que regula diferentes herramientas y mecanismos que se generan en soportes no tradicionales, es decir, electrónicos. Autores han entrado a analizar si este campo del derecho puede

conformar una rama autónoma o si se trata de un derecho funcional o dependiente de otras ramas.

Neomí Olivera, logra conceptualizarlo en razón del objeto de regulación de las diferentes herramientas y mecanismos electrónicos, estableciendo que:

“No hay acuerdo sobre el contenido de esta probable nueva rama del derecho [...] al presente se puede considerar que el objeto del Derecho Informático está constituido por: Internet, tema que comprende el Régimen Jurídico de los Proveedores de Servicios de Internet (ISP), el marco regulatorio de las telecomunicaciones y lo relativo a Nombres de Dominio, régimen aplicable al Documento electrónico y la Firma digital [...] El régimen del Comercio Electrónico [...]Gobierno electrónico[...].”
[Ídem] (Olivera, 2009, p. 3).

Las transacciones electrónicas se aplican tanto en el ámbito nacional, como internacional. Las comunicaciones son cada vez más rápidas y eficientes, por lo que las fronteras territoriales ya no son un impedimento para la creación de vínculos jurídicos.

Las relaciones digitales se entablan tanto en el ámbito público, al realizarse intercambio de información y los distintos servicios que se ponen a servicio de los administrados, como en el ámbito privado, entre las relaciones que se conforman entre empresas, sus semejantes y los consumidores.

La rapidez del desarrollo de los negocios y las actividades económicas produjeron la aparición de transacciones comerciales internacionales. La utilización de medios electrónicos y de comunicación, para el perfeccionamiento de los negocios, llevaron a una regulación del comercio electrónico.

Los avances tecnológicos y las nuevas vías electrónicas de negociación, que nacieron con el comercio electrónico, contribuyeron a la evolución institucional del derecho mercantil. La rapidez y el dinamismo característico de esta rama de derecho requerían del uso de una mayor cantidad de instrumentos que ayuden a la formalización y ejecución de actos y negocios jurídicos, que se conformen dentro de este régimen.

Es en la rama mercantil, que ha existido un mayor desarrollo de la legislación que permite el uso de medios electrónicos para facilitar el comercio. Es por esto, que el comercio electrónico aparece como una realidad desde hace ya varios años, fijándose principios e instituciones de derecho que permiten aplicarlo. “El comercio electrónico es el nuevo marco de negocios en el que se desarrollan cada vez más operaciones mercantiles” (Torres, 2012, p. 1). Las distintas operaciones a distancia y la prescindencia absoluta del papel agilizan las actividades mercantiles y aparece un nuevo escenario que rompe el ámbito territorial, y abre un abanico de oportunidades de operaciones en el ámbito nacional e internacional.

La base para el desarrollo de las legislaciones nacionales, que regulan las actividades comerciales, que se realizan con vías electrónicas, fue la Ley Modelo de Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional. La ley ha desarrollado principios e instituciones que llevan a la creación de un marco jurídico que permite el desarrollo seguro del uso de tecnologías. Posteriormente, fueron recogidas por los ordenamientos internos de distintos países. “La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico [...] ayudará de manera significativa a todos los Estados a fortalecer la legislación que rige el uso de métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan papel [...]” (Ley Modelo de la CNUDMI Sobre Comercio Electrónico, 1996).

La Ley Modelo buscó como objetivo evitar que las legislaciones nacionales tengan criterios legislativos diferentes; y que en el contexto del marco del

derecho internacional no exista funcionalidad, produciéndose una inoperancia jurídica entre los diferentes marcos normativos.

En el año 2002 se promulgó en el Ecuador la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, y posteriormente su reglamento. La normativa se configuró como el marco para el desarrollo de las actividades mercantiles, con el uso de herramientas que permitan la utilización de servicios electrónicos, protección de usuarios y otros. Entre sus regulaciones define y reglamenta el acceso y uso de mensaje de datos, el comercio electrónico, las firmas electrónicas, las entidades de certificación, entre otros.

2.2 Principios en el derecho informático

La Ley Modelo de Comercio Electrónico de las Naciones Unidas, antes nombrada, tal como se ha expresado, busca que todos los Estados fortalezcan sus legislaciones, para así dar paso al uso de métodos de comunicación y almacenamiento de información, sustitutivos de los que utilizan papel, y a preparar a legislaciones que aún no hagan uso de ellos. Dentro de aquella Ley Modelo se han recogido importantes principios para el desarrollo de las operaciones mercantiles que, al ser efectuadas por medios electrónicos, tengan la misma validez y efectos jurídicos para el mundo del derecho.

Los principios determinados en la Ley Modelo de Comercio Electrónico, son la base para el derecho mercantil electrónico, y no es aplicable únicamente para esta rama de derecho. Por el contrario, los principios y mecanismos que se establecen en la Ley Modelo, como los recogidos dentro de los ordenamientos internos (en nuestro caso con la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos), figuran como instrumentales para realizar, agilizar o efectivizar cualquier relación jurídica.

Todos los conceptos y principios explicados dentro de la legislación ecuatoriana, relativa al uso de medios electrónicos, son efectivos para

cualquier acto o vínculo, sin la necesidad que deba tratarse de una relación de comercio o tenga que desarrollarse dentro del derecho mercantil.

La norma no busca eliminar los efectos de los medios tradicionales, es decir, aquellos que se encuentran en un soporte físico de papel. No obstante, si busca introducir con igual validez a medios no tradicionales, es decir, los soportes electrónicos, otorgándoles la misma validez a toda comunicación jurídicamente relevante que se exprese por estos medios.

Dentro de nuestra normativa, la misma legislación ha establecido la validez del uso de medios electrónicos para las comunicaciones; sin importar el tipo de relación que se trate, debido a que, nuestro marco legal no se restringe a regular únicamente el comercio electrónico, sino que, lo hace una manera genérica al uso de mensaje de datos.

Todos los principios e instituciones que establezca la ley sirven para todo campo del derecho.

La Corte Constitucional Colombiana ha realizado un análisis respecto de la validez de las comunicaciones electrónicas, en cualquier campo, expresado su criterio dentro de una Demanda de Inconstitucionalidad, la que fue resuelta con el número de sentencia C-831/01.2011, donde se inicia una acción de inconstitucionalidad de regulaciones determinadas en la Ley 527 (equiparable a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos ecuatoriana) de 1999.

En el caso nombrado, la parte demandante afirma que la ley 527 equipara la validez de todo documento físico o electrónico, incluyendo a todos los que surjan de la normatividad penal, dando una especial atención a las órdenes de arresto o allanamiento. El Procurador General del Estado de Colombia, interviniente en esta demanda, establece que el documento escrito al ser una actuación judicial no puede ser remplazado por un mensaje de datos. De la

misma manera el Ministro de Transporte, también interviniente en el proceso, manifestó que la Ley 527 pretendía regular el “avance tecnológico, por diferentes medios electrónicos de comunicación con el fin de realizar operaciones a través del comercio electrónico” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-831/01, 2011). Su criterio se centraba en que las comunicaciones que se emitan por medios electrónicos solo tienen validez para el campo mercantil, mas no para otro tipo de comunicación que se exprese en otro ámbito del derecho. La Corte Constitucional con una posición contraria a la del Procurador y al Ministro del Transporte y tras un análisis del uso de mensaje de datos, documentos electrónicos, y principios recogidos de la Ley Modelo de Comercio Electrónico de las Naciones Unidas, que sirvió como base para la Ley 527 de 1999, determinó que el documento electrónico es válido, “siempre que pueda garantizarse la fiabilidad sobre el origen del mensaje, la integridad del mismo, la identificación de la función jurisdiccional además del cumplimiento de los demás requisitos exigido por las leyes procesales respectivas dirigidas a hacer efectivo el debido proceso y el derecho a la defensa [...]” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-831/01, 2011). Además de la validez del soporte electrónico en las actuaciones judiciales ha explicado que se encuentran reguladas por la Ley 527, independiente si no se trata de una actividad mercantil.

La Corte Colombiana da la debida funcionalidad a las herramientas electrónicas reconocidas en su legislación (las mismas que regula nuestra normativa) con la finalidad de que puedan aplicarse a cualquier tipo de actos.

Las leyes internas respectivas han de reglamentar los requisitos que serán exigidos para la introducción de tecnologías dentro de su normativa.

Dentro del Ecuador, el marco regulatorio establece los requisitos que deberán llevar las comunicaciones que tienen un soporte no tradicional. La normativa se fundamenta en principios que tienen el carácter esencial dentro del derecho informático y que han sido recogidos, primeramente, en la Ley Modelo de

Comercio Electrónico de las Naciones Unidas. La doctrina los ha explicado, conceptualizado y determinado su alcance.

Para efectos de este estudio, serán objeto del análisis los principios de Equivalencia Funcional y el de Neutralidad Tecnológica.

2.2.1 Principios de equivalencia funcional y neutralidad tecnológica

2.2.1.1 Equivalencia funcional

El principio de equivalencia funcional es esencial para el desarrollo de la actividad mercantil electrónica. Distintos autores lo han definido de varias maneras; no obstante, todos reconocen la importancia que conlleva.

Rafael Illezcas Ortiz, lo ha definido como:

“La función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa- o eventualmente su expresión oral- respecto de cualquier otro acto jurídico, la cumple igualmente con su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido dimensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado” (Illezcas, 2001, p. 39).

Para Ana Torres Torres, el principio de equivalencia funcional es conceptualizado como “un instrumento que permite aplicar medios informáticos para la consecución de fines requeridos por la norma jurídica o el tráfico comercial, con referencia a los mensajes de datos y sin necesidad de utilizar recursos tradicionales” (Torres, 2012, p. 8).

Para Guisado Moreno, el principio es establecido simplemente como “[...] no conferir un trato discriminatorio a las declaraciones electrónicas [...]” (Moreno, 2002, p.39).

De acuerdo a las distintas definiciones del principio, la información o declaración que se genere en un soporte electrónico debe tener, en un inicio, la misma validez que la efectuada en un soporte o espacio físico. El principio es aplicable para toda instrumentación, sea escrita u oral.

El instrumento electrónico debe satisfacer los requisitos exigidos para los instrumentos físicos (denominados tradicionales), por lo que, los efectos jurídicos deberán ser iguales para los dos casos. El soporte en el que se presente toda información (tradicional o electrónica) será independiente y tendrá las mismas consecuencias. Las declaraciones de voluntad, sea está escrita o gestualmente efectuada, o la información contenida en algún instrumento, en el que se detalle, explique, o contenga algún hecho deben ser tratados bajo una pauta de no discriminación.

El principio ha sido recogido en la Ley Modelo de Comercio Electrónico de las Naciones Unidas, la misma que es base para el desarrollo de nuestra legislación al respecto. La Ley no establece un concepto directo del principio, sino que, lo desarrolla a partir del análisis de establecer que no puede negarse efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información (Nota 1) que esté contenida en un mensaje de datos. Igualmente determina que no puede darse un trato discriminatorio a la información que se encuentre en un soporte electrónico, expresando que cuando la ley solicite un escrito consignado sobre papel podrá satisfacerse, tanto en objetivos y funciones, con un escrito que se encuentre consignado en un mensaje de datos, siempre y cuando la información sea accesible posteriormente.

La Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, ha desarrollado el principio de equivalencia funcional de la misma manera que lo ha hecho la Ley Modelo de las Naciones Unidas. Es decir, ninguno de los dos marcos normativos, han regulado expresamente el principio. La norma ecuatoriana, señalando el alcance del principio, establece que: "Los mensajes de datos

tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos [...]” (Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, 2002, art. 2).

La Ley Modelo desarrolla al principio en su artículo quinto, al indicar que “No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos” (Ley Modelo de CNUDM sobre Comercio Electrónico, 1996, art. 5).

El alcance que le otorga la Ley Modelo es más amplio que el dado por la legislación ecuatoriana, debido a que, nuestro marco limita la equivalencia a los documentos escritos. Sin embargo, tal como lo ha definido la doctrina, las expresiones orales también pueden tener la misma validez que las que se hayan transcrito en un documento en un soporte papel.

Los dos marcos normativos han condicionado que la validez del mensaje de datos dependerá de que la información sea accesible para una posterior consulta.

La equivalencia funcional puede ser analizada desde tres puntos de vista: el principio aplicado al mensaje de datos y a los documentos electrónicos; la equivalencia funcional en documentos en materia probatoria; la equivalencia que se genera con el uso de firmas electrónicas frente a la firma manuscrita o autógrafa.

La no discriminación, premisa del principio de equivalencia, busca afirmar que el soporte electrónico es tan válido como el que se encuentre en medios tradicionales, debido a que, cumple las mismas funciones y produce los mismos efectos. La necesidad de la información escrita no debe entenderse como la que debe ser transcrita en papel; su validez y expresión es independiente de su soporte.

El mensaje de datos y el documento electrónico han de cumplir los requisitos que establezca la ley para tener efectividad, tales como, la exigencia de que pueda darse posterior consulta de esa información, que sea conservado en formato que permita la reproducción exacta, que garantice su integridad, entre otros.

En nuestra legislación, el campo de aplicación de los mensajes de datos y los documentos electrónicos es amplio, en razón de que, abre la posibilidad a que dentro de cualquier actividad satisfagan con la finalidad de los documentos escritos. Siempre y cuando cumplan los requisitos de la ley exija, en todo lo que fuere aplicable, para su validez. No existen restricciones respecto del campo mercantil, al determinarse que: “Cualquier actividad [...], que se realice con mensajes de datos, a través de redes electrónicas, se someterá a los requisitos y solemnidades establecidos en la ley [...] y tendrá el mismo valor y los mismos efectos jurídicos que los señalados en dicha ley” (Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, 2002, art. 44).

Igualmente el principio de equivalencia funcional busca que los mensajes de datos sean considerados como medios de prueba. No debe existir discriminación alguna de la información en soporte electrónico y deberá ser analizada y valorada, en cualquier proceso donde se presenten, como cualquier otro medio de prueba.

En relación a la prueba, nuestra legislación ha establecido que: “[...] Los mensajes de datos, firmas electrónicas, documentos electrónicos y los certificados electrónicos nacionales o extranjeros, emitidos de conformidad con esta ley, cualquiera sea su procedencia o generación, serán considerados medios de prueba [...]” (Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, 2002, art. 52).

El principio ha sido aplicable también a las firmas electrónicas. Cuando la ley requiera una firma manuscrita, quedará satisfecha con el uso de la firma

electrónica, la cual otorga autoría y responsabilidad del firmante del documento o mensaje de datos. La firma tendrá igual validez que la firma autógrafa siempre que cumpla con los requisitos que normativa establece para que se constituya como firma electrónica certificada o avanzada. También se le reconoce como mecanismo de prueba dentro de cualquier proceso judicial.

Dentro del marco legal ecuatoriano, la firma electrónica provoca una presunción de autoría, debido a que, al encontrarse en el mensaje de datos cumple una función identificativa con el autor con el contenido expresado.

La firma electrónica también acredita el consentimiento sobre el contenido del mensaje de datos; y en consecuencia, la persona adquiere los derechos y obligaciones que se establezcan en el documento electrónico suscrito.

De la firma también se genera una presunción legal de autoría que se encuentra establecida en el artículo 53 de la Ley de Comercio Electrónico estableciendo que “Cuando se presentare como prueba una firma electrónica certificada [...] se presumirá que [...] la firma pertenece al signatario”. (Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos, 2002, artículo 53).

2.2.1.2 Neutralidad tecnológica

Las tecnologías han cambiado la manera en que las personas se relacionan, por lo que el derecho se encuentra en la obligación de ir regulando las nuevas modalidades de actuación y de relación que se generan con la evolución en el ámbito tecnológico.

Es claro que el derecho no avanza a la velocidad que lo hacen las tecnologías, por lo que, la legislación que regula los actos donde interfieren, requiere de gran claridad y aptitud para acomodarse a los avances que se vayan presentando en el tiempo. Es por esto que “es labor del legislador determinar con certeza la norma que intrínsecamente ha de ser lo suficientemente clara y

precisa, para que sus destinatarios encuentren en ella una respuesta adecuada a las dudas sobre sus derechos, obligaciones y responsabilidades, en su actuar frente a las nuevas tendencias tecnológicas” (Torres, 2012, p 132).

Las legislaciones se crean con la intención de normar a las tecnologías que en la actualidad son la base para la aparición de nuevas relaciones jurídicas; sin embargo, la normativa debe buscar incluir a las tecnologías que en un futuro se desarrollen, para así poder permanecer en el tiempo. Caso contrario, el legislador tendría que redactar constantemente nuevas normas, porque las ya creadas no serían suficientes, ni podrían regular a las innovaciones futuras de las tecnologías que vayan apareciendo.

La Neutralidad Tecnológica es entendida por algunos autores como:

San Martín define al principio como “la exigencia de que la norma sea compatible con las diversas tecnologías existentes, pudiendo todas ellas subsumirse en ella, sin exclusión” (Segura, 2007, p. 134)

Rafael Illezcas ha explicado que “lo que se ha venido a denominar principio de neutralidad tecnológica es reveladora de lo que se pretende mediante su consagración: la aptitud de las nuevas normas disciplinadoras del C-E para abarcar con sus reglas no solo a la tecnología existente en el momento que se formulan sino también las tecnologías futuras sin necesidad de verse sometidas a modificación” [ídem] (Illezcas, 2001, p. 51).

Si bien el segundo concepto se encamina a hablar del principio desde un punto de vista del comercio electrónico, los principios que se han recogido dentro de nuestra normativa aplican a cualquier tipo de acto, independiente del ámbito donde se realicen. Los principios y las herramientas que se desarrollan para la utilización de medios electrónicos deben aplicarse como mecanismos funcionales de cualquier tipo de relación jurídica.

La norma no puede buscar reglar preferentemente a las tecnologías que al momento sean las más utilizadas o seguras; sino que, debe establecer ciertos requisitos que deben cumplir los medios electrónicos para la validez de los actos que se realicen por estos medios. El principio supone que las normas que regulan a las tecnologías podrán abarcar y ser idóneas para cualquier avance e innovación que exista, para que así, no sea necesario modificar constantemente el marco regulatorio.

Los medios electrónicos son mecanismos dentro de los cuales se ejecutan actos, por lo que figuran como elementos funcionales de las relaciones jurídicas. Consecuentemente, la norma debe garantizar la protección de los derechos y obligaciones que se crean a partir del uso de los medios electrónicos.

Los cambios que puedan tener las herramientas a partir de las cuales nacen efectos jurídicos, no puede afectar a los fines buscados por las partes o por la misma norma, por lo que, el marco de regulación de esas herramientas tiene que ser idóneo para cualquier cambio que pueda aparecer en el tiempo.

El desarrollo del principio en la normativa ecuatoriana, ha sido recogido en diferentes tipos de marcos regulatorios. El Reglamento a la Ley de Comercio Electrónico desarrolla el principio, en función de la firma electrónica, expresando que: “[...] la firma electrónica es aceptada bajo el principio de neutralidad tecnológica. Las disposiciones contenidas en la Ley 67 y el presente reglamento no restringen la autonomía privada para el uso de otras firmas electrónicas generadas fuera de la infraestructura de llave pública [...]”. (Reglamento a la Ley de Comercio Electrónico, 2002, art. 10).

Las firmas electrónicas, con los avances tecnológicos, pueden evolucionar y salir de la conceptualización que la ley le ha otorgado. No obstante, la evolución del sistema de autoría e identificación del autor con la información contenida en un mensaje de datos, no puede ser desconocida como un

mecanismo de firma porque el método para crearla sea diferente. Es ahí donde aparece el principio de neutralidad, el que no discrimina e invalida a los nuevos métodos que vayan apareciendo con las innovaciones futuras de la tecnología.

De manera expresa, como principio, lo recogen varias normas, como por ejemplo, el Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito y la Resolución del SRI No. 10 (Condiciones Generales de Responsabilidad y Uso de Medios Electrónicos para la Declaración y Pago de las Obligaciones Tributarias a través de la Internet).

La Resolución ha determinado que: “La tecnología usada por el Servicio de Rentas Internas garantizará la individualidad, seguridad e integridad de la información comunicada por el sujeto pasivo. Conforme a los principios de simplicidad administrativa, seguridad en el manejo de la información y neutralidad tecnológica [...]” (Resolución del SRI No. 10, 2003, art 4).

El Código Municipal establece que: “La Municipalidad del Distrito Metropolitano de Quito, en relación al uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación, y en general a los temas de gobierno electrónico, se regirá por los siguientes principios:

d) Principio de Neutralidad Tecnológica.- El uso de las Tecnologías de Información y Comunicación responde a los procesos de innovación tecnológica; por lo tanto, la Municipalidad del Distrito Metropolitano de Quito utilizará estas tecnologías de acuerdo a sus intereses y en función de un servicio que responda a las necesidades de la colectividad” (Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito, 1997, art. 3).

El principio de neutralidad, dentro la Ley de Comercio Electrónico, Firma y Mensaje de Datos, al igual que con el principio de equivalencia funcional, no se encuentra expresamente reconocido. No obstante, la ley lo enuncia al establecer que el comercio electrónico es toda transacción realizada mediante

redes electrónicas, sin limitar cuales, dejando abierto al uso de cualquier tecnología que cumpla los requisitos que la norma determine.

Además, expresa que los mensajes de datos pueden ser intercambiados por cualquier medio, determinado que, el mensaje de datos es "...toda información creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o archivada por medios electrónicos, que puede ser intercambiada **por cualquier medio** [...]" (Ley de Comercio Electrónico, Firma y Mensaje de Datos, 2002) (El énfasis es añadido).

El principio busca equiparar la validez de toda tecnología que cumpla con los requisitos que la norma requiera para permitir su uso. Los avances que existen en la actualidad siempre brindarán la opción de uso de medios electrónicos cada vez más eficientes.

2.3 Mensaje de datos

La normativa ecuatoriana, que regula a los mensajes de datos, expresa que se los debe entender como: "toda información creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o archivada por medios electrónicos, que puede ser intercambiada por cualquier medio." (Ley de Comercio Electrónico, Firma y Mensaje de Datos, 2002, disposición novena).

La ley ha establecido que se trata de todo tipo de información; sin embargo, no toda la información va a producir efectos jurídicos. El mensaje de datos ha de contener cualquier descripción de un hecho, expresiones de ciencia o conocimiento, e incluso puede llegar a contener expresiones de declaraciones de voluntad. De acuerdo al contenido del mensaje de datos, se puede determinar si se generan derechos u obligaciones y si la información contenida tiene relevancia para el mundo del derecho. En conclusión, todo lo que se transmita por una red informática se considera mensaje de datos, pero el

contenido que tenga ese mensaje determinará si se desprende una relevancia jurídica.

La información, para que se pueda constituir como mensaje de datos, de acuerdo a nuestra definición legal, debe ser tratada por medios electrónicos. La misma normativa señala los fines en los que debe ser tratada la información para ser considerada como mensaje de datos, al expresar que se considerará como tal, a la que sea “creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o archivada por medios electrónicos” (Ley de Comercio Electrónico, Firma y Mensaje de Datos, 2002, disposición novena).

Los mecanismos con los que se trate la información no pueden limitarse, puesto que, es aquí donde aplica el principio de neutralidad tecnológica. En consecuencia, la norma no puede establecer medios, soportes o técnicas específicas, ya que, en el futuro existirán nuevos, mecanismos y herramientas, que den un tratamiento diferente de los que existen actualmente.

La Corte Constitucional Colombiana, dentro de la sentencia C-662 del año 2000, explicó al contenido del mensaje de datos de la siguiente manera: “La noción de mensaje comprende la información obtenida por medios análogos en el ámbito de las técnicas de comunicación modernas, bajo la configuración de los progresos técnicos que contengan contenido jurídico” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-622, 2000).

Las comunicaciones que realicen las personas, con la intención de la consecución de un fin común han de tener validez al celebrarse por medios electrónicos. La forma en que envíen, generen, reciban sus comunicaciones producirá la aparición de mensajes de datos. El soporte en donde se encuentra esa información producirá efectos jurídicos, por lo que aparece una cobertura legal elemental y básica en derecho.

Para la creación de relaciones jurídicas, los mensajes de datos pueden contener declaraciones de consentimiento, descripciones de existencia de hechos o la exteriorización de un acto humano, dentro del cual se reflejará intención y naturaleza de la voluntad humana, afirmándose así derechos y obligaciones que se produzcan por el contenido del o los mensajes. Esa información debe poder reproducirse para una posterior consulta. Si las partes buscan darle mayor seguridad, en cuanto a la autoría del contenido del mensaje, pueden hacer usos de medios electrónicos que la garanticen, como el caso de las firmas electrónicas.

Tal como se estableció anteriormente, la ley ha reconocido la equivalencia funcional de los mensajes de datos frente a la información que se encuentre consagrada en un soporte de papel. El papel mientras no se destruya conserva la información que se haya plasmado en él. Lo mismo sucede en los soportes electrónicos donde la información contenida se encuentran en uno o varios mensajes de datos, los que pueden conservarse y ser recuperados las veces que sea necesario. Mientras el mensaje de datos cumpla con los requisitos que la ley establezca para la validez del acto, puede ser el medio idóneo para ejecutarlos.

Igualmente al mensaje de datos se le ha reconocido como medio de prueba, de acuerdo a la posibilidad que tenga de conservarse y de ser recuperado y reproducido cuando se amerite en procedimientos judiciales o cualquier otro.

Nuestra legislación ha establecido una presunción respecto de la procedencia de la identidad del emisor y del receptor del mensaje de datos, explicando que el mensaje ha de provenir de quien lo envía y a de autorizar al que lo recibe. Para que el receptor del mensaje de datos actúe de acuerdo al contenido que haya sido enviado condiciona a la obligación de que el mensaje de datos lleve firma electrónica, para así, garantizar la autoría del contenido que se haya emitido en ese mensaje. El artículo 10 expresa que: “salvo prueba en contrario se entenderá que un mensaje de datos proviene de quien lo envía y, autoriza a

quien lo recibe, para actuar conforme al contenido del mismo, cuando de su verificación exista concordancia entre la identificación del emisor y su firma electrónica [...]” (Ley de Comercio Electrónico, Firma y Mensaje de Datos, 2002, art. 10).

2.4 Documento electrónico

El documento electrónico es un soporte sobre el que de manera estructurada y definida se plasma un hecho declarativo o representativo. El documento igualmente sirve para dar constancia de la existencia de cualquier suceso. Del tipo de acontecimiento que se establezca en este soporte dependerá para que tenga una relevancia jurídica y podrá crear derechos y obligaciones, o servir de un mecanismo de prueba, para demostrar la verdad o existencia de un hecho. La función del documento depende de la finalidad que las personas le hayan dado para haberlo creado.

2.4.1 Documento

Para el Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas el documento se define como: “Instrumento, escritura, escrito con que se prueba, confirma o justifica alguna cosa o, al menos, que se aduce con tal propósito” (Cabanellas, 2006, p. 133)

De acuerdo a lo establecido, el documento tiene dos funciones, primeramente plasma un hecho, sea declarativo o representativo, y en segundo lugar, sirve como un mecanismo de prueba de los sucesos.

El documento está compuesto de dos elementos, primeramente por el ánimo, hecho o declaración y segundo por su cuerpo o formato en donde se encuentra plasmado el primer elemento.

2.4.1.1 Documento representativo de un hecho

Para producir efectos jurídicos, el documento debe tener un contenido que pueda ser percibido y comprendido por las personas. Además, deberá durar en el tiempo para cumplir sus fines probatorios de la existencia de los sus sucesos o expresiones que contiene. La escritura que representa a la información, es un conjunto de caracteres que se desarrollan en un lenguaje entendible para las personas.

El documento se encuentra constituido por un soporte, que se convierte en un medio permanente que permite la reproducción de la información y es la forma por excelencia de su representación.

Cuando la información se encuentra plasmada en un documento es de carácter declarativa, el soporte donde se contiene ese consentimiento prueba la existencia y naturaleza de la voluntad. Cuando se trata de documentos representativos se habla de representaciones de conocimiento o de cualquier expresión de pensamiento.

Los formalismos que requieren los documentos para que cumplan con su funcionalidad dependerán de la voluntad de las partes que los están creando y de la forma o recaudos exigidos por la ley para darles validez. Cumplidos los requisitos se pueden constituir como mecanismos idóneos para la formación, formalización y ejecución de actos.

El documento permitirá acreditar los hechos o actos jurídicos, o podrá ser la prueba de la existencia del consentimiento en caso de que formen negocios jurídicos, determinando los derechos y obligaciones que provengan de la relación jurídica.

El documento, si bien es independiente del soporte sobre el que se reproduce, aun es entendido como una descripción de hechos que se encuentran sobre

una base física que pueda ser percibido por las personas. El soporte de papel es conocido como tradicional.

La base sobre la que normalmente se representan los hechos o se declara voluntad, es sobre el papel, al que para darle autoría y autenticidad es firmado, bajo la modalidad autógrafa o manuscrita, sobre la que se reconoce la escritura o información contenida en ese soporte. La forma de entender el contenido del documento es a través de la lectura y no intervienen herramientas para percibirlo, como puede ser reproducciones audiovisuales, música y otros.

El soporte de papel es conocido como un modo tradicional; sin embargo, el documento puede encontrarse en cualquier otro. En tal sentido el papel es exclusivamente una especie del genero soporte; no obstante, no puede aceptarse como el único. Bajo esta premisa puede concluirse que todo soporte de información, y no exclusivamente el papel, puede integrar un documento.

Para Molina Quiroga, “cualquier método que permita conservar la información sobre un soporte material resulta apto desde el punto de vista documental” (Molina, 2011, p. 106). Dentro de nuestra legislación a los documentos escritos se los ha regulado dentro la los denominados instrumentos, los mismos que regulan en públicos o privados.

Como instrumentos públicos, se ha definido a los que son autorizados con las solemnidades legales y por las autoridades competentes. Los privados, serán los realizados entre particulares sin la intervención de personas autorizadas o personas públicas. El Código de Procedimiento Civil ha reconocido a los instrumentos públicos que haya sido plasmado en un soporte tradicional y en un soporte electrónico. El artículo 164 establece que “Se consideran también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente” (Código de Procedimiento Civil. Codificación 11, 2005, art. 164).

La escritura es un medio idóneo de documentación, sin embargo, no es único método. De acuerdo a nuestra legislación debe entenderse como instrumento a la información escrita sobre un soporte que permita su conservación y reproducción posterior. De acuerdo a la definición de documento de Molina Quiroga, la palabra instrumento es genérico, y en consecuencia lo será otro tipo de información que no necesariamente debe ser escrita, sino que, es cualquier información que se encuentre en un soporte material.

2.4.1.2 Documento como mecanismo de prueba

La prueba es la demostración de la verdad de un hecho y se lo hará a través de los mecanismos que la ley establezca para el efecto, dándoles fuerza probatoria, para poder acreditar la existencia de un suceso.

Dentro del campo civil, nuestra legislación reconoce a la prueba documental, es decir, aquella por medio de la cual puede acreditarse la verdad de un hecho utilizando documentos. El Código de Procedimiento Civil expresa que serán medios de prueba la exhibición de instrumentos públicos y privados; también lo serán los documentos “obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología” (Código de Procedimiento Civil. Codificación 11, 2005, art. 121).

Los caracteres que han de reunir estos medios de prueba serán la inalterabilidad y la autenticidad. La firma manuscrita es el mecanismo más utilizado, dentro de los documentos escritos bajo forma tradicional, para probar la autoría del documento y la inalterabilidad. En el caso de los documentos que se encuentren en formato electrónico podrán cumplir con los requisitos de autenticidad y de inalterabilidad a través del uso de mecanismos como la firma electrónica.

2.4.2 Documento electrónico

Dentro del género de soportes pueden encontrarse a los electrónicos o digitales, en donde la información es tratada y puede ser contenida, conservada, recuperada, y reproducida, con fines representativos, las veces que sea necesario.

Existen diferentes criterios en función de lo que se considera documento electrónico y el documento digital. Autores como Molina Quiroga consideran que se trata del mismo tipo de documento, explicando que documento digital o electrónico, es un “conjunto de impulsos eléctricos que recaen en un soporte de computadora, que sometidos a un proceso, permite su traducción a lenguaje natural a través de una pantalla o una impresora”. (Molina, 2011, p. 107).

Al contrario de la definición anterior, Horacio Fernández Delpech (Fernández, 2004) considera que documento electrónico y documento digital son dos conceptos diferentes. Cuando define al documento electrónico únicamente alude al formato del documento. Es decir que, el contenido de la información se encuentra en un soporte electrónico. La diferencia con el documento digital está en sus requisitos para ser categorizado como tal. El documento digital es aquel que “agrega al necesario formato electrónico la condición de contar con una firma digital” (Fernández, 2004, p.369).

De acuerdo a las diferentes conceptualizaciones, el documento electrónico es aquel que cumple la función de comprobar o expresar, un suceso, por vía de representación; o deja constancia de una declaración de voluntad, conocimiento o expresión de pensamiento, siendo generado o archivado por medios electrónicos. El documento digital cumple la misma función del documento electrónico; sin embargo, este goza de un mecanismo que garantiza la autoría, inalterabilidad y autenticidad del documento, es decir, la firma electrónica.

Nuestra legislación, no obstante, no ha hecho una conceptualización del documento electrónico, sino que, es amplia y lo abarca dentro de las regulaciones del mensaje de datos. Si el mensaje de datos contiene información representativa de un hecho o suceso; o es declarativo de voluntad, encajaría dentro de lo que ha entenderse como documento. Sin embargo, serán otros mecanismos los que generen presunciones de autoría, y fidelidad de la información que esté contenida en soportes electrónicos.

El uso de claves o contraseñas, o medios acordados por las partes, pueden generar una presunción de autoría de los documentos, puesto que ya se ha aplicado un mecanismo de seguridad en esa información. Nuestra legislación reconoce a la firma electrónica como mecanismo de seguridad y autoría de la información; además le da la misma equivalencia que la firma autógrafa, y le reconoce una presunción legal sobre la inalterabilidad y pertenencia de la firma del signatario.

El mecanismo de seguridad le dará una diferente calidad a los documentos que se presenten como pruebas y deben ser valoradas de una manera diferente.

Es por esto, que dependerá de las herramientas que garanticen a la información, las que permiten que los documentos cumplan con los requisitos básicos para ser válidos, los mismos que forman parte de los principios rectores para la interpretación de los documentos electrónicos.

La doctrina ha desarrollado los principios básicos para la interpretación de validez del documento, los cuales son:

Inalterabilidad: Este requisito se encuentra estrechamente relacionado la admisibilidad y valor probatorio del documento electrónicos. Si es presentado para probar un hecho no debe sufrir alteraciones y ser auténtico, permitiendo que ese mensaje de datos tenga un valor real. La firma electrónica es una

herramienta que permite demostrar si han existido alteraciones al documento, permitiéndose cumplir con el requisito de inalterabilidad.

Autenticidad: Esta característica tiene una relación directa con el requisito de inalterabilidad. El documento es auténtico cuando no ha sufrido de ninguna alteración y es más seguro en la medida en que no pueda serlo y pueda verificarse si existe alguna modificación en el mensaje de datos. La autenticidad también se encuentra relacionada con la identidad de los sujetos que transmiten la información. Es decir que debe existir autoría y pueda atribuirse responsabilidad en la información que está siendo transmitida.

Durabilidad: Esta característica se refiere a la necesidad del que documento pueda ser reproducido las veces que sea necesario. La información que contenga el soporte electrónico debe poder ser accesible para una posterior consulta.

No- Repudio: Si el documento cumple con los requisitos básicos de validez y lleva una herramienta que permita identificar al titular con el mensaje de datos genera un principio de no repudio. El principio busca establecer que “cuando un mensaje de datos se encuentra firmado sea por una simple firma electrónica [...] está manifestando que su voluntad es la consignada en dicho documento electrónico y por lo tanto no puede negarse a los efectos que del mismo se derivan [...]” (Cubillos, 2002, p.p. 230-231). Las personas que inserten su firma electrónica en un documento se obligan a las condiciones expresadas en él, por lo que tendrá plenos efectos en la esfera jurídica.

Equivalencia Funcional: Es el principio de no discriminación, respecto de las funciones que cumplen los documentos electrónicos frente a los documentos en papel. La información contenida en un soporte electrónico, genera los mismos efectos jurídicos, que la contenida o escrita en un soporte tradicional (papel).

2.5 Firma electrónica

En el desarrollo de los distintos mecanismos y principios recogidos dentro de nuestra legislación, se ha visto a la firma electrónica como un instrumento complementario que brinda seguridad a los mensajes de datos, y en consecuencia a los documentos electrónicos. El uso de tecnologías lleva a que las personas se puedan comunicar y tratar información a distancia por lo que la autenticidad, integridad, confidencialidad, inalterabilidad y autoría de la información es necesaria para poder brindar seguridad a las relaciones que se constituyan por estos medios.

El uso de contraseñas y mecanismos de seguridad pueden brindar la debida confianza a las personas para participar en actos donde intervienen tecnologías. Para que los actos realizados por medios electrónicos puedan reputarse como jurídicamente válidos requieren de herramientas que garanticen que la voluntad o intención expresada por las personas para cumplir con los requisitos legales para la validez del acto.

Las legislaciones examinan la forma en que puedan garantizarse la seguridad en las comunicaciones. Han buscado además, mecanismos capaces de crear actos jurídicos. La posibilidad de obviar la presencia física y evitar la movilización de las personas, equiparando su manera particular de asegurar su autoría y conocimiento de los actos que consienten (firmas manuscritas), debió garantizarse a través de herramientas que avalen los mismos requisitos que lo hacen la tinta y el papel, conocidos como medios tradicionales.

Aparece así la herramienta denominada firma electrónica. Antes de analizar el alcance de la firma electrónica primero se requiere entender que es la firma autógrafa o manuscrita. La firma autógrafa ha sido utilizado desde hace mucho tiempo atrás, siendo la herramienta, por excelencia, de reconocimiento y conformidad sobre la información contenida en un documento; pero que, por la rapidez de las relaciones y actos humanos ha sido necesario superarla y

apoyarse en mecanismos tecnológicos que permitan dar el mismo o incluso mayor nivel de seguridad y garantía.

2.5.1 Firma autógrafa o manuscrita

La firma manuscrita o autógrafa es un símbolo elegido por cada persona. Está materializada, y se plasma en un formato físico, por lo general papel. Constituye el uso de trazos hechos por un individuo y se encuentra compuesta por rasgos particulares de cada persona.

Cuando se plasman esos rasgos particulares en un documento, la persona que lo hace, indica y exterioriza que acredita que procede de ella la información, autoriza lo que se encuentra manifestado o se obliga a lo declarado.

Rosa Juliá Barceló explica que la firma debe entenderse como:

“Un signo elegido por la persona que hace uso de él, que le identifica como autor del acto que viene firmado, e indica su voluntad de adherirse al contenido del acto al cual la firma se refiere y, sobre el cual ha sido puesta”. (Barceló, 2000, p. 208).

La firma cumple una función identificativa, por lo que el sujeto que la ha materializado en un soporte físico toma responsabilidad por el contenido.

El concepto de firma busca dar un significado un tanto simbólico al plasmarse, debido a que, supera a la situación de confianza y representa el compromiso de las personas a cumplir con lo se expresa. La firma tiene en si una función autenticante de la voluntad jurídica, que se ha expresado en un documento, y además se genera una individualización de la intencionalidad particular del autor.

El autor Pedro Gonzales Gómez explica que la firma manuscrita representa “el trazo escrito, el hábito de usar una específica firma ológrafa, la autoría, un conjunto de rasgos gráficos personales y la voluntad auto-identificante que impulsa al signante [...] [Ídem]” (Gonzales, 2006, p. 46).

Dentro de los diferentes actos que se realizan, existen diferentes mecanismos tradicionales de seguridad respecto del consentimiento y autoría de los documentos, tales como sellos, huellas digitales, estampas oficiales, etc. Sin embargo, en la mayoría se requiere a más de estos, el uso de una firma.

En la actualidad la legislación exige el uso de firmas autógrafas y mantiene un enorme peso de confianza respecto su uso.

Las relaciones humanas, sobre todo las comerciales, llevan a que este mecanismo aparezca como ineficiente. Además, la firma escrita no puede reportarse del todo segura debido a que las personas van cambiando con el tiempo los rasgos iniciales y su falsificación puede ser sencilla.

El avance de las tecnologías ha permitido la aparición de modernas formas de identificación que se traducen en mecanismos que brindan mayor seguridad y confianza. Técnicas basadas en *passwords*, claves simétricas, firmas electrónicas, firmas avanzadas o digitales etc. permiten identificar y vincular a las personas con los contenidos de los documentos donde se expresa un hecho o una declaración.

No todos los medios cumplen con identificación del emisor o la función declarativa de su voluntad. Es por esto, que permitir el uso de un mecanismo en actos en que la ley requiera plena seguridad de la identidad y vinculación del individuo requiere de una herramienta que asegure esas condiciones.

Nuestra legislación, al igual que muchas otras, al dar un reconocimiento de los mensajes de datos y del documento electrónico ha normado el uso de la firma

electrónica, siendo una herramienta instrumental que permite garantizar la autenticidad, integridad y confidencialidad de la información, que se encuentra en un documento o mensaje electrónico.

2.5.2 Firma electrónica

La firma electrónica es una herramienta de seguridad que permite asegurar la integridad de la información e identificación del autor con el contenido de un soporte electrónico.

Para nuestra legislación, la firma electrónica es un mecanismo de seguridad con un reconocimiento legal y procesal, que le permite cumplir con los fines y atributos de la firma manuscrita; ya que, se trata de una herramienta “fiable tecnológicamente y confiable jurídicamente, porque los datos de creación de firma estaban bajo control del firmante en el momento de su creación y los mismos le pertenecen exclusivamente al mismo, siendo sensible cualquier intento de alteración de un extraño” [Ídem] (Elías, 2005, p.p. 260-261).

En razón del principio de equivalencia funcional, la firma cumple los mismos efectos que una firma manuscrita y es admitida como prueba en juicio.

Este tipo de firma es una herramienta que permite detectar cualquier tipo de alteración, cumpliendo además las funciones de:

- Autoría
- Individualizar el contenido del mensaje de datos con el autor y;
- Evidenciar una declaración de voluntad o intencionalidad de una persona; generando las consecuencias jurídicas respectivas.

La legislación ecuatoriana la ha definido como:

“Los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y que puedan ser utilizados para identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos, e indicar que el titular de la firma aprueba y reconoce la información contenida en el mensaje de datos” (Ley Comercio Electrónico. Firmas, Mensajes de Datos, 2002, art.- 13).

La definición cumple con el principio de neutralidad tecnológica, ya que, no lo conceptualiza como una herramienta concreta, ni como un mecanismo de seguridad específico. Dentro de su definición expresa a un tipo genérico de firma, en la cual caben todos los tipos de firma que pueden identificar al titular en relación al mensaje de datos.

La Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos se ha guiado de acuerdo a la Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Firmas Electrónicas del 2001. Se ha definido a la firma electrónica (Nota 2) de una manera amplia, buscando permitir la introducción de cualquier cambio tecnológico que permita la aparición de mecanismos de seguridad y autoría.

La Ley Modelo ha explicado que al no regular una tecnología en especial “no hacerlo en un modelo concreto facilita también el desarrollo de una norma de neutralidad respecto de los medios técnicos utilizables [...] en la firmas electrónicas” [ídem] (Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Firmas Electrónicas, 2001).

En cuanto a las definiciones de varios autores, respecto de esta herramienta, varían de acuerdo al tipo de firma de que se trate. Aparecen así conceptos sobre firmas digitales, firmas avanzadas o firmas electrónicas certificadas, que se definen de acuerdo al mecanismo de seguridad que se aplica con la firma, siendo la electrónica el género de las firmas que existan.

En la obra “Derecho de las Nuevas Tecnologías”, bajo la coordinación de Mariliana Rico Carrillo, se ha definido a la firma electrónica como: “Cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo o todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita” (Rico, 2007, p. 220).

El marco normativo ecuatoriano (Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos, 2002) ha especificado los requisitos que ha de cumplir una firma electrónica para que pueda equipararse y tenga la misma validez de una firma autógrafa. Se ha establecido que principalmente será necesario:

- Vinculación de la firma con su titular
- Método de creación y verificación confiable de la firma
- Control de la firma por la persona a la que le pertenece
- Mecanismos que permitan verificar la autoría e identificación del signatario

A más de los requisitos establecidos en la Ley de Comercio Electrónico, la Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre la Firma Electrónica (2001) en su artículo sexto, ha señalado que el mecanismo de firma que se aplique debe permitir detectar:

- Cualquier alteración de la firma, una vez que el documento ya esté suscrito.
- Cualquier alteración en la información posterior a la firma

2.5.2.1 Firma electrónica avanzada

Aunque la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos no entre a definir a un mecanismo de seguridad en concreto, los requisitos determinados en el marco normativo exigen que se trate de una firma que

permita garantizar la autoría, confidencialidad e inalterabilidad del mensaje de datos o del documento electrónico.

El Reglamento a la Ley de Comercio Electrónico del año 2002, especifica los elementos del sistema de infraestructura de la firma electrónica.

El sistema de firma electrónica regulado en la Ley de Comercio Electrónico se basa según el Reglamento en un sistema de infraestructura de llave pública. Este sistema constituye un grupo de herramientas y procedimientos que permiten desarrollar la actividad de la firma electrónica a través de certificados digitales. Bajo el sistema de infraestructura de llave pública, las firmas electrónicas son numéricas y se crean y verifican utilizando un sistema de criptografía. La criptografía es “el arte de escribir con clave secreta, que implica la utilización de algoritmos que descomponen o cifran el mensaje original y otros que lo retrotraen al proceso, mediante la utilización de datos que componen la llave o clave” (Farrés, 2005, p. 22).

Cuando el texto de un documento se encuentra cifrado, se vuelve ilegible. Para que la información vuelva a su texto original y sea clara, se requiere del uso de claves.

De la criptografía se deslindan dos grupos de sistemas:

- **Sistemas Simétricos:** También es conocido como el sistema de clave privada. En este sistema únicamente existe una clave, la que debe ser conocida tanto por el emisor como el receptor del mensaje. “Quien envía un mensaje lo encripta con una clave privada secreta, y quien recibe el mensaje lo descrypta con esa misma clave” (Fernández, 2004, p. 351).
- **Sistemas Asimétricos:** Está compuesta por dos claves. Una clave privada, que es conocida únicamente por el titular de la firma, y una clave

pública, que puede ser conocida por cualquier persona. Las dos claves se encuentran relacionadas ya que al combinarse, permiten que un documento o mensaje de datos pueda cifrarse o descifrarse.

Los sistemas asimétricos han permitido la creación de un sistema de firma, denominada firma electrónica avanzada o digital. Este mecanismo puede garantizar las condiciones que jurídicamente son exigidas en nuestra legislación, para la plena validez de la firma electrónica. La firma electrónica avanzada hace uso de claves, públicas y privadas; tiene dos funciones y permite:

- Cifrar documentos electrónicos o mensajes de datos, permitiendo garantizar la confidencialidad del mensaje, debido a que, para poder conocer el contenido del mensaje, se requiere de una clave pública para cifrar y una privada para descifrar.
- Firmar. El documento que lleva una firma electrónica avanzada, asegura la autoría del mensaje que ha sido enviado. Además la información no podrá ser manipulada en el envío.

Las claves, crean una firma numérica y generan las funciones de autenticidad y autoría de la información. La clave permite además alertar cuando ha existido alguna alteración al documento y vincula al titular de la firma con el contenido del documento. “Las claves complementarias utilizadas para las firmas numéricas se denominan “clave privada”, que se utiliza sólo por el firmante para crear la firma numérica, y “clave pública”, que de ordinario conocen más personas y se utiliza para que el tercero que actúa confiando en el certificado pueda verificar la firma numérica”. [Ídem](Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Firmas Electrónicas, 2001, p. 26).

Tal como se explicó anteriormente la firma electrónica es el género de firmas, mientras que la firma electrónica avanzada o digital es una especie.

La firma electrónica avanzada funciona con un mecanismo que le permite vincularse con su titular. La herramienta es denominada certificado de firma electrónica, que es emitido por un tercero de confianza, que da fe de la pertenencia de una firma. Bajo el sistema de uso de claves, se permite que el certificado confirme y verifique la identidad del titular de la firma y además alerte sobre la integridad y autenticidad del documento.

El tercero de confianza bajo la legislación ecuatoriana serán entidades autorizadas por el Estado, que se encuentran reguladas por la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos y su Reglamento. Las entidades de certificación tiene por misión, a través de su certificado:

“Vincular los datos que resultan de la verificación de una firma a su autor o signatario [...] también confirmar la identidad del signatario, es decir, acredita que el mensaje telemático ha sido escrito y enviado por la persona que aparece como signatario y no por otra distinta” (Cendoya, 2000, p. 232).

En conclusión, las entidades de certificación son terceros que garantizan el uso y es estado de la firma de un titular a través de un proceso de comprobación que confirma la identidad del titular de la firma, es decir la autoría, la integridad y confidencialidad de la información.

La firma es el mecanismo que permite cumplir al documento con sus requisitos esenciales de validez. La autenticidad, integridad, no repudio, se presumirán válidos, cuando el documento lleva la seguridad de una firma electrónica avanzada.

Para el marco normativo ecuatoriano, la firma electrónica genera una presunción legal de autenticidad, cuando lleve un certificado otorgado por una entidad de certificación. Por consiguiente, se entenderá que la información y la firma electrónica “no han sido alterados desde su emisión y que la firma

electrónica pertenece al signatario” [ídem] (Ley de Comercio Electrónico, 2002, art. 53). La presunción tendrá repercusión directa cuando sea valorada en juicio, ya que el juez la deberá tomar en cuenta desde el punto de vista de su presunción de validez.

CAPÍTULO III

3. IMPLEMENTACIÓN DE TECNOLOGÍAS EN ASAMBLEAS SOCIETARIAS

3.1 El espacio de la junta o asamblea general en la legislación ecuatoriana

Tal como se expresó en el capítulo primero, la junta general, dentro de nuestro marco normativo, aun representa un papel esencial para el funcionamiento de la compañía. De éste organismo de gobierno depende la aprobación de la mayoría de actos, que generan cambios estructurales en la sociedad mercantil, tales como: aumentos de capital, escisiones, transformaciones, fusiones, disoluciones etc. Además, por su capacidad de control y fiscalización, la legislación dispone que la junta se reúna, al menos, una vez al año, para el análisis y aprobación de los informes entregados por los representantes, los organismos de administración y los de fiscalización; y se realice un examen de la situación económica de la sociedad.

Al conformarse el organismo de control, no solo se norma la dirección de la compañía, sino que también, se establece un espacio de ejercicio de derechos, sobre todo políticos, de los asociados. Al considerarse a estos derechos como fundamentales o esenciales, el legislador busca la manera de que sean ejercitados.

Con la finalidad de garantizar los derechos, las juntas o asambleas generales deben cumplir varios requisitos para su validez. No obstante, todo ello lleva a los socios y accionistas, e incluso a la sociedad, a cumplir un número de pasos que eliminan el dinamismo característico de las actividades en el marco del derecho mercantil. Si bien, la celebración de una asamblea societaria no es un acto meramente comercial, la rapidez con la que debe realizarse, al menos las juntas extraordinarias, es obligatoria, por la necesidad de la compañía a seguir actuando y cumpliendo con su objeto, de acuerdo a los lineamientos otorgados por los dueños de su capital.

La velocidad con la que se inician y concluyen actos y relaciones jurídicas, son característicos del mundo empresarial actual. La concentración y simplicidad, para una mejor comprensión de la información, son necesarias para poder generar dinamismo en las relaciones. El contacto entre la sociedad con socios y accionistas requiere de mecanismos simples, que permitan mayor comunicación.

El acceso más sencillo a los negocios, ha abierto la posibilidad a que se creen relaciones asociativas en diferentes partes del mundo, por lo que, ser socio o accionista de una empresa que se encuentra fuera del territorio donde vive la persona, es más común en estos días.

El abaratar costos para que las sociedades puedan cumplir con sus obligaciones es otro efecto perseguido por las compañías actualmente. La forma jurídica de instrumentación, del desarrollo de actividades económicas y empresariales, y sus necesidades actuales, muchas veces superan a la ciencia mercantil, la que pierde su rol en el ámbito operativo.

“En la sociedad de la información, la concentración, la velocidad y una mejor comprensión son ventajas cada día más buscadas. Dentro de las sociedades, donde el concurso de socios o relaciones asociativas de distintos lugares del mundo se hace cada vez más común y hasta imperativo para conquistar distintos mercados [...]” [Ídem] (Carlino, 2002, p.109).

El contrato de sociedad, que lleva a la unión de capitales, con un fin de lucro, a partir de la asociación, confiere a sus aportantes el derecho a integrar el órgano de gobierno de la sociedad, el que, encarga a otro organismo, al de administración, el manejo de la compañía, de acuerdo a las direcciones que le haya otorgado. Debido a que, la administración se encuentra a cargo de personas u órganos diferentes a los socios y accionistas, debe existir una

relación directa entre el asociado y la sociedad, por un principio de transparencia, en las gestiones de los administradores y sus resultados.

El socio y accionista, debe estar siempre informado de la marcha de la compañía, es decir, saber sobre sus ganancias, la actuación de los administradores, los planes futuros que pretendan implementarse, las operaciones que han sido realizadas, entre otras. Como se estableció en el capítulo primero, el derecho a conocer el estado de la compañía es diferente en las compañías limitadas y anónimas. No obstante, en cualquier tipo de sociedad, el asociado conoce sobre el estado económico y al menos un grado mínimo sobre la gestión de la compañía.

En las juntas o asambleas generales, se crea un espacio dentro del cual se genera una esfera de política jurídica para la toma de decisiones, dentro de la sociedad mercantil. Al efectivizarse los derechos políticos (definidos en el capítulo uno), permiten a socios y accionistas a participar en el direccionamiento de las actividades de la compañía, a través de la adopción de acuerdos y aprobación de la gestión.

En la actualidad, el desarrollo de la junta, tal como está establecido en la legislación ecuatoriana, es un acto revestido de formalidades, que la vuelven lenta y poco eficiente. La participación social y la eficiencia de la sociedad, bajo el requisito esencial de dinamismo, no permite en actual marco legal, una rápida adopción de acuerdos. Es así, que puede considerarse que “las juntas, tal como se desarrollan en la actualidad, son caras, lentas, poco eficientes, y no se ocupan de los asuntos relevantes para la sociedad. Pero, sobre todo, no cumplen las funciones que teóricamente tenían atribuidas en el modelo legal”. (Recalde, 2007, p. 5).

En el caso de las sociedades anónimas, de capital abierto, es decir, aquellas que cotizan sus acciones en el mercado de valores, en donde el capital de la compañía se encuentra repartido entre miles de accionistas, la junta general

actualmente concebida, no permite vías alternativas de participación, por lo que no se facilita a los accionistas a formar parte vida social de la compañía.

Al no existir participación, la fiscalización del órgano de gobierno se debilita. Si bien, la ley ha contemplado obligación (en las sociedades anónimas) de tener órganos de fiscalización, como comisarios o auditores, esto no elimina el derecho de los asociados a fiscalizar y a participar en la vida de la sociedad. Además, depende del órgano de gobierno el permitir la adopción de acuerdos que creen cambios estructurales en la sociedad, por lo que, requiere una relación directa con la compañía.

3.1.1 Problemas que nacen de la legislación actual

La estructura organizativa de la compañía, bajo nuestra legislación, busca que las personas que conforman el organismo de gobierno puedan ejercer sus derechos individuales reconocidos como asociados, ya que, son los dueños del capital. Sin embargo, los mecanismos que se establecen para la celebración de las asambleas generales no responden a la realidad actual.

Las exigencias de las juntas, impuestas por el marco normativo, pueden crear obstáculos y las siguientes situaciones:

3.1.1.1 Socios y accionistas extranjeros

En el caso de socios y accionistas extranjeros, aparecen obstáculos para el ejercicio de sus derechos, de una manera personal, por los requisitos que la legislación ha exigido para que puedan efectivizarlos. Es así que, para esta clase de asociados, se pueden generar las siguientes situaciones:

- Los accionistas extranjeros, de acuerdo a nuestra legislación, no tendrán conocimiento de la celebración de las juntas generales, debido a que, las convocatorias se realizan dentro del domicilio principal de la

compañía (difícilmente tampoco lo sabrán accionistas nacionales que se encuentren fuera del domicilio de la sociedad, dentro del mismo país). Esta situación no sucede, como se vio en el capítulo uno, con las compañías del sistema financiero y de seguros, ya que allí, se ha establecido que los accionistas extranjeros deberán ser notificados a un domicilio electrónico.

- El requerimiento de asistir físicamente a la junta, es uno de los requisitos esenciales para la celebración de la reunión social. Para poder comparecer, todas las veces, a una junta ordinaria o extraordinaria, los costos de traslado y el tiempo, son elementos básicos para la asistencia. La obligación de presentarse físicamente en la reunión generaría elevados costos de movilización, incluso para los accionistas nacionales que se encuentran fuera del espacio donde se encuentra el domicilio social de la compañía.
- Es por esto que, se encuentra obstaculizada la participación de los asociados, de manera personal, por lo que, siempre requerirán de un tercero que actúe por ellos. La asistencia, intervención y voto, son derechos que siempre estarán condicionados a ser ejercidos tercero, que si bien, es elegido por el mismo socio y accionista, no lo serán por ellos de manera personal.
- Respecto a la información, para poder tener su acceso, socios y accionistas deben acudir al lugar de funcionamiento de la compañía. En el caso de los asociados extranjeros, lo deberán hacer a través de su tercero autorizado, el que debe acudir al establecimiento de la sociedad.
- En el caso de las propuestas alternativas, la Ley de Compañías, para la sociedades anónimas, ha establecido que: “la junta general ordinaria podrá deliberar sobre la suspensión y remoción de los administradores y más miembros de los organismos de administración creados por el

estatuto, aun cuando el asunto no figure en el orden del día” (Ley de Compañías, 1999, art. 234). En consecuencia, no deberán estar especificados en la convocatoria. En esta situación, los accionistas extranjeros no habrán dado órdenes para estos casos, por lo que, sus representantes tendrán que actuar bajo una línea discrecional, y no podrán hacerlo de acuerdo a la voluntad de sus representados o tendrán que abstenerse de votar sobre esos puntos.

3.1.1.2 Sociedades anónimas que cotizan sus acciones en el mercado de valores

Para las sociedades que cotizan sus acciones, en el mercado de valores, la legislación no permite mecanismos alternativos para el ejercicio de derechos de los accionistas.

Por la naturaleza de este tipo de sociedades, los derechos reconocidos a sus accionistas pueden limitarse, ya que, resulta más difícil tener un contacto directo con miles de asociados. El organismo de administración, o los directorios, toman a su cargo la dirección de la compañía. Parte de los accionistas pierden la posibilidad de participar en la dirección de la sociedad, sea por falta de mecanismos que les permita hacerlo, por falta de información, o desinterés en la vida social, al no existir un contacto directo con la compañía.

La forma de celebración de asambleas generales, no responden a las necesidades de este tipo de compañías. En estas sociedades aparece un cambio en la estructura de la organización, que afecta directamente a su funcionamiento y a la adopción de acuerdos. Los cambios que nacen con este modelo de sociedad permite reflexionar que “quizás debemos superar el viejo modelo de asamblea colegial y presencial de accionistas” (Flores, 2009, p.7); y que tal vez, es necesario la introducción de nuevas herramientas que permitan celebrarlas.

Autores como, José Muñoz Paredes, Andrés Recalde Castells, María de la Sierra Flores, Teresa Rodríguez de las Heras, y otros, en sus obras y artículos, respectivamente, consideran que dentro de las sociedades, que tienen una gran masa de accionistas, existe muchas veces menos interés en participar en la vida social de las compañías; esto debido a que, al existir miles de accionistas con pequeños porcentajes de capital, dentro de la sociedad, su participación no tendría efecto relevante ni incidencia en la dirección de la sociedad; por lo que, si el accionista no se encuentra de acuerdo con la gestión, buscaría invertir en otra compañía. Bajo esta línea de consideraciones, Muñoz Paredes explica que “en esas sociedades, donde la separación entre propiedad y gestión de la empresa alcanza su grado máximo, los accionistas se encuentran en manos de los grupos de control que detentan el gobierno social y dominan las juntas generales [...] conscientes de su impotencia están desinteresados de la vida social” [Ídem] (Muñoz, 2005, p. 16). Bajo la misma línea de pensamiento Recalde Castells expresa, en relación a los accionistas que son titulares de porciones pequeñas de capital, que “los costes que tienen que soportar para informarse y ejercitar sus derechos individuales [...] la falta de estímulos [...] explican la pasividad del accionista” [Ídem] (Recalde, 2007, p. 4).

De acuerdo los autores nombrados, podría sostenerse la necesidad que en este tipo de sociedades, las formalidades que la ley imponga para la validez de las juntas, deben tratar de promover el activismo accionarial; caso contrario, los accionistas que sean parte pierden el interés o se complica de sobre manera su participación en el direccionamiento y fiscalización de los actos de los administradores.

Si bien, la influencia accionaria puede variar de acuerdo a las sociedades y a la cultura de participación, que exista en los diferentes países, en donde las sociedades abran sus acciones al público, no es menos cierto que mientras mayor número de mecanismos se habiliten, la participación accionaria podría acrecentarse; y en consecuencia, el organismo de gobierno cumpliría de una

manera más activa el rol que la ley ecuatoriana le ha asignado. La pasividad con la que actúen los accionistas, en gran medida, dependerá de los actos y costes que tengan que afrontar para informarse y ejercitar sus derechos individuales.

Mientras menos influye el accionista en los lineamientos de actuación de la sociedad, para el cumplimiento de su objeto social, queda al organismo de administración, o a los directorios, tomar a cargo el direccionamiento. Se conforma una nueva estructura de funcionamiento, dentro de la cual la propiedad se separa del control totalmente, y los mecanismos por los que se ejercitan los derechos no estimulan a los accionistas a ejercerlos.

Cuando los asociados no participan y se apartan de la vida social, la transparencia con la que deben actuar los administradores pierde fuerza. La publicidad de los actos, realizados por el organismo de administración, se ve reflejada sobre todo en la constitución de la junta general ordinaria de accionistas.

La aprobación de la gestión de administración queda en manos de los dueños del capital de la sociedad, es decir, los accionistas. La decisión que tomen sobre el manejo de la sociedad, a través de su derecho al voto, dependerá de cuanto se hayan informado para el efecto. De la misma manera, mientras mayor sea el número de herramientas que permitan a los accionistas acceder a la información de la sociedad, mayor conocimiento existirá sobre el estado real de la compañía y habrá una mejor orientación para la toma de decisiones.

Dentro de este tipo de sociedades, se pueden generar las siguientes situaciones:

- Es justificado que la publicidad de la convocatoria se realice en un medio escrito de máxima circulación, ya que, es una forma para que la mayor cantidad de accionistas conozcan las veces que deberán intervenir en la

vida social de la compañía. No obstante, la norma establece que el medio en el que se realice la publicación dependerá del representante de la compañía. Se genera nuevamente el problema de los accionistas que no se encuentran dentro del domicilio de la sociedad, los que seguramente no tendrán conocimiento de la convocatoria.

- Para tener conocimiento de la información, sobre los puntos a ser tratados en la junta, los accionistas deben acercarse físicamente al establecimiento de funcionamiento de la compañía, para así, poder acceder a la información, de acuerdo a lo establecido en el artículo 292 de la Ley de Compañías.
- Independiente de donde se encuentren los accionistas, deberán acudir físicamente a la junta para poder ejercer sus derechos de asistencia, intervención y voto. Dependiendo de la situación del accionista, se generarán diferentes tipos de costos para poder acceder al lugar.
- Igualmente la sociedad, en caso de que sus instalaciones no pueda alojar a la cantidad de accionistas que asistan a la reunión, la organización y el espacio físico donde tengan que reunirse los miembros de la junta, son costos que deberán ser cubiertos por la sociedad.

3.1.1.3 Sociedades limitadas y sociedades anónimas que no cotizan sus acciones en el mercado de valores

En las dos clases de compañías pueden generarse las mismas situaciones que han sido explicadas en los casos anteriores, respecto a la convocatoria. Sin embargo, en las compañías limitadas se las ha otorgado un campo más amplio para decidir el medio por el que deseen realizar la convocatoria. La Ley de Compañías (1999), en su artículo 119, establece que “las juntas generales serán convocadas por la prensa en uno de los periódicos de mayor circulación en el domicilio principal de la compañía, con ocho días de anticipación, por lo

menos, al fijado para la reunión, o por los **medios previstos en el contrato.**” (El énfasis es añadido). Con esta disposición, se abre la posibilidad a los socios a escoger el medio por el que se comunicará la convocatoria. Así, se estaría habilitando el uso de diferentes medios para la que la sociedad pueda cumplir con tal requisito.

Para la adopción de acuerdos, en las sociedades limitadas, como en las anónimas que se encuentren integradas por un reducido número de accionistas, las juntas universales (explicadas en el capítulo primero) resultarían una forma idónea para debatir y deliberar sobre propuestas. No obstante, no siempre todos sus integrantes puede que coincidan en los días donde se proponga la celebración de la reunión, por lo que, tendrán que realizar convocatorias en un medio de prensa (anónimas), de máxima circulación, para la celebración de juntas ordinarias o extraordinarias, y poder así, dar cumplimiento a las disposiciones de la Ley de Compañías.

En cuanto a la reunión, socios y accionistas, deberán asistir físicamente, y en caso de no poder hacerlo podrán que entregar representación escrita a un tercero, que intervenga por ellos. En el lugar físico, donde se realice la junta, podrán ejercer su derecho de intervención.

Para el ejercicio del derecho a la información deben igualmente acudir al lugar en donde funcione la compañía, para recibir los documentos que le permitan una participación informada, deslindándose de la información la posibilidad de ejercer el derecho de fiscalización de la gestión social.

3.1.2 Situaciones normativas limitantes en la legislación

Con relación a las situaciones anteriores, la ley establece los siguientes requisitos que pueden generar limitaciones para el ejercicio de derechos, al no poder ser ejercidos por otros mecanismos:

- Convocatoria: En el caso de las sociedades anónimas, la convocatoria deberá ser por prensa, determinándose que “La junta general, sea ordinaria o extraordinaria, será convocada por la prensa, en uno de los periódicos de mayor circulación en el domicilio principal de la compañía” (Ley de Compañías, 1999, art. 236).
- Información: En el caso de las compañías limitadas, tal como se desarrolla en el capítulo primero, tendrán un distinto nivel de acceso a la información de la sociedad y no se establece el medio por el que podrán conocerla. En las sociedades anónimas, los accionistas podrán acceder a los documentos establecidos en la ley (desarrollo en primer capítulo) y “estarán a disposición de los accionistas, en las oficinas de la compañía, para su conocimiento y estudio por lo menos quince días antes de la fecha de reunión de la junta general que deba conocerlos” (Ley de Compañías, 1999, art. 292).
- Presencia física en las juntas generales: Para compañías limitadas y anónimas la normativa ha exigido la presencia física de los socios y accionistas en las reuniones, para poder así, ejercer los derechos de intervención y voto. En el caso de las sociedades limitadas, se establece que “A las juntas generales concurrirán los socios personalmente” (Ley de Compañías, 1999, art. 121). En el caso de las anónimas, no se determina de manera expresa la presencia física, como es el caso de la limitada; sin embargo, muchos artículos han determinado que el estar presente es un requisito indispensable. Como por ejemplo se establece que la junta general es la “formada por los

accionistas legalmente convocados y reunidos” (Ley de Compañías, 1999, art. 230); “las juntas generales de accionistas [...] se reunirán en el domicilio principal de la compañía” (Ley de Compañías, 1999, art. 233); “la juntas generales se reunirán en segunda convocatoria, con el número de accionistas presentes” (Ley de Compañías, 1999, art. 237); “el secretario de la junta, al formular la lista, anotará los nombres de los accionistas presentes” (Ley de Compañías, 1999, art. 239), así como otros, que expresan el requisito de la presencia física.

- Representación: Tanto socios como accionistas podrán hacerse representar en juntas, mediante “poder general o especial, incorporado a instrumento público o privado” (Reglamento de Juntas Generales de Socios y Accionistas de Compañías, 2002, art.- 15); la representación deberá ser anexada al libro de actas, que deberá llevar “nombres, apellidos y firma autógrafa del socio o accionista” representado. (Reglamento de Juntas Generales de Socios y Accionistas de Compañías, 2002, art. 17). Los requisitos llevan a concluir que siempre deberá estar en un soporte físico.

Las formalidades determinadas en la ley para que exista validez en la celebración de una junta pueden ejercerse por medios o mecanismos que permitan mayor agilidad y rapidez, disminuyan costos tanto a la sociedad, como a los asociados y habiliten a que existan diferentes vías para el ejercicio de derechos.

Los medios electrónicos se presentan como una opción válida para la existencia de una nueva forma de celebrar juntas o asambleas societarias.

3.2 Implementación de tecnologías para la celebración de asambleas societarias

Los avances tecnológicos a lo largo de la historia han contribuido a la evolución institucional del derecho mercantil.

Las tecnologías aparecen como una nueva opción que permita la celebración de asambleas societarias. El uso de medios electrónicos puede generar una funcionalidad práctica de las normas societarias.

La comunicación y contacto directo de la sociedad con los socios y accionistas, permitirá la creación de una esfera de protección de derechos de los integrantes de las compañías. Las tecnologías, facilitarán un ejercicio ágil, rápido y efectivo de derechos. Además se podrá cumplir con el objetivo de las juntas, a las que “se les reconoce tres funciones: información, comunicación y decisión o voto” (Jara, 2011, P. 6)

A más de las posibilidades del ejercicio de derechos que brindan, también facilitarían la gestión de los administradores, sus actividades y comunicación, para el rendimiento de cuentas, y podrían, eventualmente, reducir costos.

Las normas societarias, en el marco normativo ecuatoriano, no permiten, por su rigidez, la inserción de tecnologías; no obstante, son los medios electrónicos los que pueden permitir un nuevo escenario para la celebración de asambleas generales, que se acoplan más a realidades actuales, facilitando la ejecución de actos, sin restarles validez.

La celebración de la junta, debe cumplir con requisitos anteriores y posteriores a la reunión física, que forman parte de la validez del acto. Las tecnologías podrían complementar a todos o algunos de los diferentes actos que deben ser efectuados; dependiendo de la apertura que la normativa otorgue al uso de

medios electrónicos y a las herramientas de seguridad que exija para suplir los requisitos tradicionales.

El capítulo dos, del presente trabajo, desarrolla los diferentes mecanismos electrónicos y principios que recoge la norma del Ecuador, que permitiría, jurídicamente, la implementación de tecnologías en la celebración de juntas generales. Es así, que se ha visto en la investigación, herramientas como la firma electrónica, la que figura como un instrumento jurídicamente confiable y fiable, que permite la identificación y autoría de la persona que haga de ella uso. En relación a los principios de equivalencia funcional y neutralidad tecnológica, que se explicarán más adelante, se visualiza la posibilidad que las tecnologías creen funcionalidad jurídica a los diferentes actos, que la norma requiere, para la celebración de juntas.

A pesar de los diferentes avances normativos, que dan paso al uso de tecnologías y la formulación de una base sólida para su aplicación, la legislación societaria mantiene aún condiciones de obligatorio cumplimiento que no permite su implementación.

Marta García Mandaloniz, dentro de su obra “El Impacto de las Nuevas Tecnologías en la Sociedades Mercantiles” (2010, p. 21) considera que del uso de tecnologías se desprenden un sinnúmero de beneficios, en el ámbito societario, para la celebración de juntas generales, tales como: la reducción de costos y facilitación de las tareas; permitiéndose así eficiencia, protección de los derechos de socios y accionistas y generando una esfera de transparencia.

Las tecnologías aparecen como una forma de revitalizar las juntas, y proporcionan mecanismos que permiten acceder con más facilidad a la información, habilitándose a tener una participación informada y a crear transparencia en la gestión de los administradores. Además,

“Las funciones organizativas de las TIC imprimen una mayor racionalidad para el funcionamiento de las Juntas de accionistas, y desde esta perspectiva, la incorporación de los medios electrónicos estimula la participación de los accionistas y promueven el ejercicio ágil y efectivo de los derechos”. [Ídem] (Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2007/36/CE, 2007, considerando 4).

La implementación de medios electrónicos permitiría la participación a distancia de algunos o de todos los socios y accionistas. Por lo que, la junta como se encuentra concebida en la actualidad, como una reunión física, en un espacio determinado, cambiaría en tiempo, forma y espacio. Es decir que, parte o toda la junta tal vez ya no se ha de reunir, o si se reúne los derechos de socios y accionistas podrían ya haber sido ejercidos a distancia, o que los participantes asistan simultáneamente encontrándose en un lugar diferente a la reunión física. Muchos otros escenarios, aparecen como alternativas válidas, con la implementación de tecnologías.

Los nuevos espacios de participación, que permitan los medios electrónicos, cambiaría la relación societaria. La incorporación de las tecnologías crearía un nuevo escenario de participación, de acuerdo a los medios electrónicos que al momento permitan dar funcionalidad a los actos que se realizan en la actualidad por medios tradicionales. “Las tecnologías son instrumentos cuya utilidad funcional no es homogénea y única sino que depende de los objetivos que se desea alcanzar” (Rodríguez, 2010, p. 11).

Las tecnologías podrían afectar, en relación en la adopción de acuerdos, a través del uso medios electrónicos, a:

- Régimen de la convocatoria
- Acceso a la información necesaria para realizar una participación informada en las juntas.
- Delegación representación

- Asistencia y participación
- Voto

Previo a analizar como los medios electrónicos pueden incidir en actos y derechos en particular, se revisarán los tipos de reuniones que podrían efectuarse, con la implementación de medios tecnológicos y que en la actualidad se desarrollan, al amparo de legislaciones distintas a la ecuatoriana, y que se realizan en el ámbito de asambleas generales societarias.

La revisión de algunas de las legislaciones, que permiten la implementación de tecnologías, se desarrollará al final del presente trabajo.

3.2.1 Asambleas societarias virtuales

Existen dos tipos de asambleas virtuales. Primero las conocidas como netamente virtuales, y un segundo tipo, denominadas mixtas o “híbridas”. Las tecnologías de comunicación, que sean utilizadas para la celebración de juntas de acuerdo a las definiciones de autores como Teresa Rodríguez de las Heras o de Bernardo Carlino, siguen criterios de temporalidad y de dirección de la información o comunicación.

Los criterios se generan debido a que no puede determinarse el uso de una tecnología concreta, por el principio de neutralidad tecnológica (desarrollado en el capítulo dos). El cambio de las tecnologías avanza con gran rapidez y la legislación debe establecer únicamente los requisitos que han de cumplir los medios electrónicos para la validez de los actos, que se realicen por estos medios. El principio, supone que las normas que regulan a las tecnologías podrán abarcar y ser idóneas para cualquier avance e innovación, para que así, no sea necesario modificar constantemente el marco regulatorio.

Respecto a la temporalidad existen comunicaciones síncronas y asíncronas. Esto a de determinar si las comunicaciones se desarrollan en tiempo real o no.

El criterio se genera “en función de la concurrencia o no en tiempo real y de forma simultánea de los participantes en el acto comunicativo” (Rodríguez, 2010, p.29). De manera ejemplificativa, de un acto comunicativo sícrónico simultáneo, aparece con la videoconferencia, la que permite tener reuniones colectivas entre personas que se encuentran en distintos lugares; que “en la actualidad [...] se realiza en tiempo real, mediante diversos medios de comunicación que transmiten tanto la imagen como el sonido, en ambos sentidos” (Carlino, 2002, p. 27). Las asincrónicas serán todas las demás comunicaciones que no se desarrollen de manera simultánea.

El segundo criterio, se encamina a la dirección de la comunicación o información. De acuerdo a esto, existen tres tipos de comunicaciones: bilaterales, multilaterales y comunicaciones en que un acto informativo proviene de un sujeto y se dirige a un colectivo. En todos los casos existen: un emisor y un receptor. Sin embargo, el flujo de información puede ser diferente. De manera ejemplificativa, en el caso de un acto comunicativo que esté dirigido a un colectivo, es por ejemplo una página web que contiene información a la que a su acceso se la puede obtener por los receptores de una manera unidireccional. La relación del flujo cambia, como por ejemplo, cuando la información que se envía y se desplaza alternativamente (comunicaciones bilaterales o multilaterales). De manera ejemplificativa, cuando existe el envío de un correo electrónico y se desarrolla una comunicación entre el emisor y el receptor, se convierte el flujo de información en bidireccional. En relación a la comunicación multilateral, la videoconferencia es un ejemplo, en el cual, varias personas se comunican.

3.2.1.1 Juntas netamente virtuales

Aquí “la junta de accionistas es virtual, la materialidad de la junta se desvanece y se realiza en su totalidad en un medio virtual” (Jara, 2011, p. 7). En este tipo de juntas no se requiere un lugar ni presencia física para su celebración. El

encuentro, deliberación y debate de los asociados se desarrolla a través de medios de comunicación síncronos, es decir, de manera simultánea.

La reunión se celebra en un tiempo determinado, pero en un espacio virtual. Las personas no se encuentran en un mismo lugar; sin embargo, pueden escucharse y comunicarse como si se encontraran reunidos. “Se alcanza actualmente sin necesidad de que los socios se desplacen, y si los medios escogidos efectivamente permiten que unos y otros se vean y escuchen en unidad de tiempo, hay que considerar que, aunque lejanos se han reunido” (Muñoz, 2005, p. 204).

De acuerdo a los criterios antes descritos, las reuniones netamente virtuales requieren el empleo de una tecnología capaz de permitir una relación multilateral, en el que el acto comunicativo sea síncrono.

Este tipo de asambleas podría realizarse en compañías limitadas o anónimas con un número reducido de accionistas, en donde las personas puedan escucharse, verse y comunicarse de manera simultánea; sin dejar de tomar en cuenta que con los avances de la tecnología esta realidad probablemente cambiará y podrá permitirse la participación en las mismas condiciones de cientos de accionistas.

En la celebración de una asamblea societaria totalmente virtual, se requiere del acuerdo de todos los socios y accionistas, debido a que, no existirá un lugar físico común en el que se realice la reunión. En este tipo de juntas se elimina la opción a los asociados de asistir personalmente a un lugar determinado, donde se encuentre al menos el presidente y secretario de la junta. Si llega a existir un lugar físico a donde acuda aunque sea uno de los participantes, se convertiría en una junta híbrida o mixta. Otra característica de este tipo de juntas es que rompen con la territorialidad de la reunión. Al no existir un lugar físico de reunión, sino uno virtual, sus participantes pueden encontrarse fuera del territorio nacional.

3.2.1.2 Juntas híbridas o mixtas

El segundo tipo de asambleas se denominan mixtas o “híbridas”, pues permiten una participación de socios o accionistas de una forma presencial y otros lo pueden hacer de manera virtual. “La asamblea existe en un lugar físico donde se está celebrando la asamblea societaria, pero ciertos accionistas que no pueden concurrir a esta, se encuentran participando de la misma a través de medios de comunicación” [ídem] (Serrano, 2011, p. 2).

En este tipo de juntas al menos el presidente y secretario de la junta se encuentran reunidos físicamente; mientras que socios y accionistas comparecen de manera física o virtual. En la reunión, los participantes a distancia (por medios electrónicos), pueden intervenir, realizar preguntas y votar.

Existen juntas mixtas en las que los socios y accionistas han ejercido derechos por anticipado, a la celebración de la junta, tales como, el de información y voto, tomándose en cuenta esa participación para el quórum y los acuerdos.

En las reuniones que se admite una participación física y a distancia, los derechos de asistencia e intervención pueden encontrarse regulados, respetando un principio de igualdad entre los participantes; no obstante, esa regulación no puede convertirse en limitación de derechos.

Para que exista la participación a distancia, socios y accionistas deben disponer de los medios electrónicos adecuados para poder participar en las juntas, permitiendo así su normal desarrollo.

En las asambleas mixtas o híbridas figuran también las juntas denominadas “multilocales”. Es decir “la asamblea que simultáneamente se celebra en dos o más sitios, transmitiéndose la imagen y el sonido entre ellos por medios telemáticos” (Recalde, 2007, p. 16). En estas reuniones, los participantes están

físicamente presentes en uno o más lugares que se encuentran interconectados con la junta que se celebra en el domicilio de la compañía. En esta asamblea también se desarrolla la participación a distancia, y por lo tanto, el ejercicio de derechos. Dentro de estas reuniones debe garantizarse una comunicación simultánea, con la posibilidad de que imagen y sonido puedan generarse en doble dirección. Es decir, de acuerdo a los criterios de los actos comunicacionales debe ser una comunicación sícrónica y bidireccional o multidireccional, con la finalidad de brindar un trato igualitario a las personas que participen en el domicilio de la sociedad, como de los que lo hacen en la reunión de las otras localidades.

3.2.1.3 Acuerdos sin sesión

Existen acuerdos que se generan únicamente por medios electrónicos, sin que exista una reunión física. A este tipo de actos se los denomina “acuerdos sin sesión”, es decir que, la deliberación de los socios y accionistas existe; sin embargo, no se crea reunión alguna. Estos actos no cumplen con el criterio sobre una comunicación sícrónica, ya que, no existe simultaneidad. Los acuerdos se deliberan por medios electrónicos, y al concretarse los puntos que se han deliberado, se resuelve, se llega un acuerdo y es aceptado. Los acuerdos sin sesión, únicamente se permiten cuando existe una participación universal, es decir, que intervienen todos los socios o accionistas. Esto es debido a que, en estos acuerdos se elimina la reunión en sí; el día específico de celebración y por ende lugar físico de reunión. Los acuerdos escritos en los que no existe sesión, figuran como “un procedimiento decisorio alternativo a la de la junta, siendo una forma distinta de participar” (Muñoz, 2005, p. 180). Al ser una forma alternativa de participación puede llegar a generar los acuerdos a los que se llegarían en las juntas generales, siempre y cuando se permita el ejercicio de derechos de los asociados, como si se tratase de una reunión del órgano societario. La legislación debe señalar el mecanismo de identificación del socio o accionista respecto de su intención de voto para crear el acuerdo.

Las juntas desarrolladas son algunos tipos de reunión que han habilitado la participación a distancia de socios y accionistas. Tanto en juntas netamente virtuales, como las mixtas o híbridas se supera el principio de presencia física y se da una equivalencia a la participación electrónica; sin importar, la tecnología que se utilice para el efecto, siempre y cuando, se cumpla lo que haya establecido la legislación pertinente y como hayan sido reguladas por los estatutos de las compañías.

La instrumentación que determinen los medios y procedimientos para participar dependerá del estado de la técnica que brinde la sociedad; no obstante, para que puedan implementar herramientas tecnológicas se requiere de legislaciones que permitan ejercer una participación y ejercicio de derechos a distancia. Las herramientas implementadas por la sociedad deben respetar el ejercicio de los derechos en condiciones equitativas.

La admisión del ejercicio de derechos a distancia desvanece la concepción clásica de la junta y supera a la reunión tradicional. Tal como se ha desarrollado, existen juntas en las que todos o gran parte de los socios o accionistas no se encuentran presentes; sin embargo, “los acuerdos ya no se toman íntegramente con votos emitidos dentro de la junta, aunque sean acuerdos de la junta”. (Muñoz, 2007, 165)

En el caso de los acuerdos sin sesión, incluso no se desarrolla junta, la idea de reunión desaparece; no obstante, puede existir debate, confrontación y toma de decisiones, permitiendo así, la adopción de acuerdos, que es el objetivo y fin de del órgano de gobierno.

Es necesario señalar que las fallas que puedan generarse con la tecnología implementada por la compañía pueden existir, por lo que si la falla no permite un desarrollo normal de junta, que habilite el ejercicio de derechos, no tendría validez y será el estatuto el que determine las soluciones u opciones para la celebración de una nueva reunión social. Es por esto, que la sociedad debe

buscar el uso de medios o herramientas electrónicas seguras para evitar invalidar juntas o tener que rehacerlas por problemas o dificultades técnicas que provengan de la tecnología utilizada. Adicionalmente, deberá tomarse en cuenta que la celebración de juntas virtuales será plenamente opcional para la sociedad y posible, siempre y cuando, se pueda hacer uso de una tecnología capaz de cumplir con los requisitos que la norma societaria (y que se encuentre previamente establecido en el estatuto) establezca para permitir su implementación.

3.3 Equivalencia funcional y neutralidad tecnológica para la implementación de tecnologías en las juntas generales

Las tecnologías han brindado la posibilidad que las personas puedan observar, participar e incluso expresar su voluntad a distancia, a través de mecanismos electrónicos. Ellas hacen que, dentro del ámbito societario, el ejercicio de derechos a distancia sea posible.

En el segundo capítulo fueron abordados los principios que tendrían plena incidencia en la posibilidad de implementar tecnologías para la celebración de juntas generales, de socios y accionistas, por medios electrónicos. Su alcance permite darle plena validez a los actos que se realizan a través de tecnologías.

3.3.1 Equivalencia funcional

La equivalencia funcional se presenta como la piedra angular para el desarrollo de las actividades mercantiles electrónicas. Su importancia se refleja en las distintas conceptualizaciones del principio. Sin la aplicación de este principio no sería factible que los actos jurídicos, que se realizan por medios electrónicos, tengan validez legal y se reconozcan todos sus efectos.

De acuerdo a los conceptos desarrollados en el segundo capítulo, Rafael Illezcas define y brinda el alcance del principio en su máxima expresión, en

razón de que, expone que han de cumplir su finalidad jurídica tanto las instrumentaciones escritas, autógrafas y expresiones orales que se realicen por medios electrónicos. El concepto del autor expresa que equivalencia funcional es:

“La función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa- o eventualmente su expresión oral- respecto de cualquier otro acto jurídico, la cumple igualmente con su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido dimensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado” (Illezcas, 2001, p. 39).

La plena equiparación del ejercicio de derechos por medios electrónicos permite que la junta cumpla con los requisitos necesarios para su validez. De acuerdo a nuestra legislación, de la presencia física de los asociados, depende que pueda efectuarse la asistencia, intervención y voto; y los soportes físicos figuran como los medios de prueba de la existencia de la expresión de su voluntad. Es por esto, que la legislación que permita la utilización de medios electrónicos, en las juntas generales, debe otorgar igual validez a la información que se encuentre contenida en formato electrónico, a diferencia de la que actualmente se requiere soportes tradicionales o físicos.

En las juntas virtuales, toda o parte de la documentación e información, que habilita a la formalización de la junta, se encuentra contenida en formatos electrónicos.

Para que el ejercicio de los diferentes derechos, y actos jurídicos necesarios en las asambleas generales, tengan la debida validez y funcionalidad jurídica, si se realizan por medios electrónicos, dependerá de darle el debido alcance a la equivalencia funcional. Debe tomarse en cuenta que “el principio de equivalencia funcional es un instrumento que requiere una aplicación dinámica y con carácter específico” (Rodríguez, 2010, p. 36). Es así, que la aplicación

del principio depende de la evolución del estado de la técnica (la tecnología) por la que se efectúan los actos jurídicos.

Dentro del desarrollo del capítulo dos, se refleja que el principio está reconocido, si bien no de manera expresa, dentro de la legislación ecuatoriana. El alcance que nuestra Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos otorga al principio es menor que el establecido en la Ley Modelo de las Naciones Unidas de Comercio Electrónico (norma que figuró como base para el desarrollo de la legislación ecuatoriana); debido a que, nuestro marco limita a la equivalencia a los documentos escritos.

La Ley Modelo ha sabido darle su debido alcance, al establecer que será toda información que se encuentre contenida en un mensaje de datos. Igualmente, la doctrina ha determinado claramente que el alcance es más amplio, por lo que, las expresiones orales y las declaraciones de voluntad, que no se encuentren escritas, también pueden tener la misma validez que las que se hayan transcrito en un documento en papel. Es así, que el principio no se agota en darle la misma funcionalidad a los documentos escritos, sino, o a toda información contenida en soportes electrónicos. El principio de equivalencia funcional tendrá su alcance y funcionalidad en relación a su aplicación en los casos concretos.

En conclusión, la base que permita la implementación de tecnologías, para la celebración de juntas generales, ha de depender del principio de equivalencia funcional y que el marco normativo de la apertura para su aplicación.

3.3.2 Neutralidad tecnológica

Los medios electrónicos pueden figurar como herramientas dentro de las cuales se ejecuten actos, por lo que, son elementos funcionales de las relaciones jurídicas. La tecnología va cambiando con más velocidad de lo que lo hacen los marcos regulatorios. Es por esto que, es importante el desarrollo

del principio de neutralidad tecnológica, en referencia a las legislaciones que regulan la implementación de tecnologías.

La norma debe buscar ser compatible con la tecnología que existe actualmente y la que se desarrolle en el futuro. Los marcos normativos han de regular únicamente al acto comunicacional y las condiciones en que deba efectuarse, mas no puede establecer una tecnología concreta.

Tal como se expresó en el capítulo segundo, la ley no puede buscar reglar preferentemente a las tecnologías que al momento sean las más utilizadas o seguras; sino que, debe establecer ciertos requisitos que han de cumplir los medios electrónicos para la validez de los actos que se realicen por estos medios. El principio supone que, las normas que regulan a las tecnologías podrán abarcar y ser idóneas para cualquier avance e innovación que exista, para que así, no sea necesario modificar constantemente el marco regulatorio.

Las normas que permitan la participación a distancia, deben establecer que dependerá de las sociedades la implementación de los mecanismos y herramientas necesarias para cumplir con las finalidades de las juntas. La tecnología que sea implementada por la compañía deberá cumplir con los requisitos que determine la legislación, sobre los actos comunicacionales, que permita el ejercicio de derechos.

En conclusión, en referencia a este principio, la legislación debe permitir a las compañías, que a través de sus estatutos, determinen el tipo de tecnología que utilizarían para la celebración de juntas virtuales. La ley debe determinar los parámetros que han de cumplir las tecnologías que se implementen, pudiendo las innovaciones en los estados de la técnica de la tecnología, utilizada por la sociedad, subsumirse a la norma, sin ser excluida.

3.4 Tecnologías en el funcionamiento de las juntas generales

Las tecnologías pueden afectar todos o algunos de los actos y medios para la celebración de las asambleas societarias.

En relación con la adopción de acuerdos, los siguientes actos y derechos pueden implementarse por medios electrónicos:

3.4.1 Régimen de la convocatoria

El régimen de la convocatoria figura como el primer acto en el que pueden incidir las tecnologías. Para incrementar la participación y facilitar el conocimiento sobre el día, hora, lugar y temas a debatirse en una junta pueden buscarse herramientas más personalizadas, que cumplan con la finalidad de la convocatoria.

Como se ha visto en el primer y tercer capítulo, la convocatoria debe realizarse por la prensa, de acuerdo a nuestra Ley de Compañías.

En las compañías limitadas, la ley ha permitido que sea el estatuto el que determine el medio por el cual se ha de realizar la convocatoria, abriendo la posibilidad a que puedan realizarse por medios electrónicos.

En el caso de las compañías anónimas, la publicación en la prensa figura como obligatoria y será el medio por el que los accionistas conocerán de la convocatoria, a menos que, una vez cumplido el requisito de publicación, se establezca en el estatuto otro medio de comunicación.

La idea que en las sociedades anónimas se cumpla con la obligación de utilizar ese medio de comunicación, es por la posibilidad de los constantes cambios que poden generarse en el paquete accionario. La negociación de las acciones no admite limitación y para su cesión no se requiere aprobación de los demás

accionistas. La libre negociación es un rasgo característico de la sociedad anónima. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que, dentro del Ecuador, las acciones son nominativas y por esta razón se conoce a quien le pertenecen. El artículo 168 de la Ley de Compañías dispone que “Las acciones serán nominativas” (Ley de Compañías, 1999, art. 168).

Por el hecho de tener conocimiento a quien pertenecen las acciones puede considerarse posible una herramienta que permita una comunicación directa al accionista, independiente si se encuentra en el domicilio de la compañía o no.

El medio de prensa es un mecanismo que “se asienta en un proceso de publicidad que a pesar de sus buenas intenciones no resulta eficaz en la práctica, como lo ha apuntado la doctrina” (Ferreira, 2010, p. 5). El hecho que la publicación de la convocatoria dependa de los administradores, respecto del medio y el día en que realiza, puede ocasionar que accionistas no se enteren de la comunicación, porque no leen ese medio de prensa, o no lo adquieren el día de la publicación, o no lo vean, porque puede aparecer en cualquier página o sección del medio. Es por esto “que un vacío respecto de los mecanismos de convocatoria que la buena doctrina y la práctica aconsejan sea materializada por medio fehaciente de notificación” [Ídem] (Ferreira, 2010, p. 5).

La convocatoria, como actualmente se concibe bajo nuestra ley, no es personal y es general, por lo que, solo el medio de prensa cumplirá con el requisito legal para llamar a reunión a los accionistas de la sociedad. La Doctrina Societaria de la Superintendencia de Compañías No. 39 ha expresado que: “**sólo una convocatoria que cumpla los requisitos establecidos en el artículo 236 de la Ley de Compañías tendrá la vocación legal necesaria para congregar a los accionistas**, válidamente, en reunión de Junta General [...] tal carácter corresponde a esa convocatoria, en vista de que el llamamiento expresado en ella **se realiza de modo general e indistinto a todos los accionistas de la compañía**, únicos actores de las resoluciones de la junta” (Doctrina Societaria No. 39) (el énfasis es añadido).

Como criterio de esta investigación, la idea de utilizar un mensaje de datos a un domicilio virtual, dirigido a cada uno de los accionistas, puede crear una forma personal de comunicar una convocatoria. La comunicación no será general e indistinta, sino que, será personalizada y con mejores posibilidades a que accionistas puedan tener conocimiento del llamamiento a la reunión. Una comunicación electrónica a un domicilio virtual puede ser un medio apto para el destino de la convocatoria.

En la actualidad, el correo electrónico es una herramienta de comunicación que permite el envío y recepción, de manera inmediata, de documentos electrónicos; es decir, de cualquier forma de representación de un hecho y de declaración de voluntad contenido en soportes electrónicos. La comunicación se dirige a un domicilio electrónico, el que figura como un domicilio donde “su asiento es electrónico y el soporte de tal asiento, magnético” (Carlino, 2002, p. 156).

El correo electrónico, como mecanismo de comunicación (sin dejar de tomar en cuenta que pueden existir otras herramientas actualmente y en el futuro), dentro de las compañías en relación a los socios y accionistas, figura como un complemento de envío y recepción de comunicaciones diversas, de manera inmediata, entre la sociedad y el titular del domicilio electrónico. La sociedad puede realizar las comunicaciones por vía electrónica a todo accionista que se encuentre en el libro de acciones y accionistas. El asociado puede cambiar de dirección electrónica o domicilio virtual, en virtud de lo cual, la sociedad tendría que determinar la forma y el tiempo en que el accionista tenga que comunicar a la sociedad para actualizar dicho cambio.

Existen legislaciones, (que han permitido el uso de medios electrónicos para la celebración de juntas generales), donde para cumplir el requisito de la convocatoria, han exigido a las sociedades (sociedades que cotizan sus acciones en el mercado de valores) tener una página web. La legislación ha

determinado, que el medio servirá para publicidad de los actos y de toda información relevante que deba ser conocida por los accionistas.

La página web figura como un mecanismo necesario y complementario a un grupo de habilitaciones legales que permite la implementación de tecnologías para la celebración de juntas generales.

La legislación española, es uno de los marcos normativos que exigen páginas web para la publicidad de actos. El espacio web debe cumplir con especificaciones técnicas y jurídicas que deberá cumplir con información exacta, veras y actualizada, para garantizar los derechos de los accionistas.

En el Ecuador, en donde las acciones son nominativas, y perfectamente identificables sus propietarios, un domicilio electrónico y correos electrónicos (o cualquier otro medio que cumpla con la misma finalidad) permitirán una comunicación de la convocatoria ágil, directa e individualizada a los accionistas.

3.4.2 Derecho de Información

En derecho de información, tal como se desarrolló en el capítulo primero, es la base para el ejercicio del derecho de fiscalización. Es por esta razón, que dependiendo de las facilidades que tengan los asociados para acceder a la información, se ha de generar un nivel mayor o menor de fiscalización.

El acceso a la información permite cumplir con un principio de transparencia, que debe orientar la actividad de los órganos de administración, en relación a la gestión que deben desempeñar al interior de la compañía. El cumplimiento del principio se encuentra directamente relacionado con la obligación de la sociedad de brindar la posibilidad a socios y accionistas a acceder a la información, en el grado que la legislación lo permita. Adicionalmente, se

relaciona con la necesidad de que los actos de la sociedad tengan el mayor nivel de publicidad posible.

El uso de tecnologías genera grandes beneficios respecto a tener una comunicación directa y dinámica, entre la sociedad y los asociados. “Las nuevas tecnologías brindan mayores facilidades para dar a conocer a los socios del estado real de la sociedad” (Serrano, 2001, p. 2). Cuando existe participación a distancia, por medios electrónicos, el derecho a la información de los asociados puede tener dos facetas, “por un lado está tener a su disposición determinados documentos e informes, y por otro, el derecho de información en sentido estricto, que permite formular a los administradores preguntas o peticiones de informes o aclaraciones” (Muñoz, 2005, p. 123).

En relación a las juntas, la sociedad debe garantizar que socios y accionistas tengan una participación libre, plena e informada. Cuando la participación es a distancia, a través del uso de tecnologías, la forma de comunicación debe ser diferente, y obliga a la sociedad a tener medios directos y dinámicos, de conocimiento general, en el que los asociados puedan realizar sus consultas, respecto de los temas a ser tratados en la reunión. Además, deben tener acceso a los documentos e informes necesarios para ejercer su derecho a información y posterior derecho de fiscalización.

El derecho individual de información puede aparecer como el más complejo al momento de determinar los mecanismos o las condiciones que deben tener las comunicaciones, para cumplir con la obligación de la sociedad de generar vías y herramientas, que permitan una participación informada. Todo estará relacionado al tipo de junta, o participación electrónica, que habilite la sociedad. De eso dependerán los tiempos en que debe enviarse la información, es decir, antes, durante o después de la junta.

De acuerdo a lo desarrollado respecto los criterios de las comunicaciones, las características del acto comunicacional variarían de acuerdo al tipo de junta

virtual que se vaya a celebrar. Las comunicaciones podrán ser bidireccionales, o si la sociedad prefiere, puede crear una comunicación unidireccional, a través de páginas web, o mecanismos similares.

El tema de publicidad de los actos y los niveles de transparencia pueden ser los mayores beneficiarios del uso de tecnologías.

En las sociedades anónimas los accionistas, bajo el marco legal actual pueden acceder a los documentos, legalmente establecidos, dirigiéndose a la oficina de la sociedad, salvo que el estatuto señale otros medios de envío de información. Así lo ha establecido el artículo 292 de la Ley de Compañías (1999): “estarán a disposición de los accionistas, en las oficinas de la compañía, para su conocimiento y estudio por lo menos quince días antes de la fecha de reunión de la junta general que deba conocerlos”. Como criterio de la presente investigación, resultaría ideal que dependa del accionista, no del estatuto, que la información le sea enviada a un domicilio electrónico.

Para que la sociedad haga el envío de la información, por medios electrónicos, debe existir en la ley la obligación, que a pedido del accionista, pueda ser enviada a un domicilio virtual. Al determinarse esa obligación aparecería otra, que exigiría a la sociedad a tener un domicilio virtual, al cual los accionistas puedan enviar sus pedidos, consultas y aclaraciones de la información que han recibido. Comunicaciones asincrónicas y bidireccionales podrían permitir cumplir con estos requisitos, tomando en cuenta que siempre dependerá del tipo de junta que se implemente para la adopción de acuerdos.

En el marco normativo ecuatoriano, no existe la obligación de los administradores de absolver consultas para aclarar cualquier duda, de los accionistas, antes de la celebración de la junta general; la obligación radica únicamente en entregar los informes determinados por ley y se aclararían las dudas dentro en la reunión. Es por esto que, únicamente podría obligarse a los administradores a enviar dicha información de manera electrónica, en caso que

el accionista lo solicite. No obstante, hay que tomar en cuenta, que si la sociedad habilita la participación a distancia, por medios electrónicos, la administración estaría obligada a resolver cualquier duda sobre la manera de participar en la junta y tendría la obligación de aclarar cualquier punto que solicite el accionista antes de la celebración de la reunión.

En relación a la seguridad, que requerirán las comunicaciones, dependerá de la compañía, la que deberá establecer dentro sus estatutos, las técnicas que aseguren la identidad o personalización de la solicitud y de la respuesta. Los mecanismos de seguridad para la transmisión de información dependerán de la sociedad y de la sensibilidad de la información que se esté enviado. Bajo el punto de vista de la investigación, en el caso de las sociedades anónimas, en las que los accionistas solo pueden acceder a la información, que la ley determina, resultaría desmedido el solicitar el uso de una firma electrónica (avanzada), para alcanzar este objetivo. Al contrario, en el caso de las sociedades limitadas, por el mayor nivel de acceso a la información que tienen los socios, la firma electrónica (avanzada), podría figurar como un mecanismo ideal para la protección de la información.

En conclusión, dependerá entonces de la sociedad, el establecer los medios electrónicos a implementarse, para cumplir con el objetivo de informar a socios y accionistas.

3.4.3 Delegación de representación

Tal como fue desarrollado en el capítulo primero, socios y accionistas pueden ser representados en las juntas para poder ejercer los derechos políticos establecidos en la Ley de Compañías; siendo ejercidos por delegación a un tercero. Esta posibilidad busca que pueda ejercerse sobre todo el derecho al voto, mediante el cual se crea la voluntad social.

El hecho que socios y accionistas puedan hacerse representar para asistir a juntas generales son mecanismos, que la misma ley otorga, para permitir una mayor participación social, y así, direccionar a la compañía de acuerdo a la voluntad de los dueños de su capital.

El derecho a delegar la representación está obligado a cumplir con los requisitos que establece el Reglamento de Juntas Generales de Socios y Accionistas de Compañías, y a lo que determine el estatuto.

La delegación de la representación es otro de los derechos que pueden ser ejercidos por medios electrónicos. En la actualidad, bajo la Ley de Compañías, si el estatuto de la sociedad permite que la representación pueda ser delegada por medios electrónicos tendrá perfecta validez. No obstante, si el estatuto no establece la posibilidad de hacerlo, pueden aparecer limitantes, por lo que, debería resultar imperativo, por mandato legal, que la representación pueda otorgarse de esta manera.

El reglamento de juntas expresa los requisitos que debe contener la representación, entre los que figura: “nombre, apellidos y firma autógrafa del socio o accionista” (Reglamento de Juntas Generales de Socios y Accionistas de Compañías. 2002. Art.-17). Para cumplir este requisito por medios electrónicos será necesario el uso de firma electrónica (avanzada), la que por el principio de equivalencia funcional, y de acuerdo a nuestra legislación, es equiparable y genera los mismos efectos que una firma autógrafa; y tal como se expresó en el capítulo dos, puede generar incluso mayor seguridad que la firma manuscrita.

Para que se garantice la identidad del socio o accionista podrían existir mecanismos que cumplan con este fin; no obstante, si nos ceñimos a lo que determine el Reglamento de Juntas Generales, la firma electrónica (avanzada) sería el mecanismo idóneo que cumpla con los requisitos necesarios para asegurar la identidad y autoría del representado.

Todos los demás requisitos que determina el reglamento, para delegar la representación, puede ser información escrita en un documento electrónico, que al llevar una firma electrónica (avanzada), cumpliría con los requisitos de inalterabilidad, autenticidad, durabilidad, no repudio y equivalencia funcional, necesaria para la validez y eficacia del acto.

Si el estatuto de la sociedad no determina o regula la posibilidad de delegar la representación por medios electrónicos, la ley debe establecer el mecanismo de seguridad base (firma electrónica avanzada) a ser utilizado por el asociado; caso contrario, si el estatuto regula la forma de hacerlo, la ley debería también permitir que sea la compañía la que determine el mecanismo idóneo y establezca las seguridades que considere pertinentes para hacerlo.

La sociedad podría otorgar formularios para delegar la representación que debe llevar firma electrónica (avanzada); o será por el medio que determine el estatuto, siempre y cuando cumpla con las medidas de seguridad que permitan comprobar la identidad del emisor. El acto genera la obligación de la sociedad de tener un domicilio electrónico al cual se envíen los documentos electrónicos, firmados electrónicamente (o haciendo uso del mecanismo que establezca el estatuto), que cumplan con los requisitos del Reglamento de Juntas Generales, y permitan la representación del socio o accionista.

En conclusión, el ejercicio del derecho de delegar representación, por medios electrónicos, aparece como otra forma de permitir mayor participación social y además facilitar a que socios y accionistas, nacionales y extranjeros, participen en la dirección de la compañía.

3.4.4 Voto electrónico a distancia

Otro derecho en el que las tecnologías pueden intervenir es en el ejercicio del derecho al voto. El voto figura como uno de actos más importantes, ya que, será el que marque la voluntad de la compañía, conformando así el interés

social. Además, será la forma por la cual, socios y accionistas, aprobarán o desaprobarán la gestión de los órganos de administración y de los encargados de realizar fiscalización, como el comisario, los consejos de vigilancia o auditores.

El voto electrónico puede conceptualizarse como “una declaración unilateral de voluntad emitida telemáticamente por un socio sobre los asuntos que se sometan a votación en el seno de una asamblea de accionistas, y que para su validez debe cubrir los requisitos técnicos y de seguridad que los estatutos sociales determinen” (Aguilar, 2008, p. 79. Serrano, 2011, p. 3). El voto electrónico a distancia, supone que, pueda ser ejercitado antes de la reunión, o de manera simultánea, pero en los dos casos la persona no se encontrará presente en el lugar de la reunión, donde se realice la junta. El voto electrónico debe tener validez para constituir quórum legal o estatutario y ser tomado en cuenta para la adopción de acuerdos, dándole el mismo peso que los votos que se hayan dado por los asociados presentes en la celebración de la asamblea, otorgándoles así, un trato igualitario.

La simplificación de actos, que pueden dar paso el uso de tecnologías, marca la posibilidad de crear mecanismos alternativos, para el ejercicio de derechos. En consecuencia, puede haber mayor participación y probablemente generar mayor interés, en formar parte de la vida social de la compañía.

Para el caso de socios y accionistas extranjeros, el voto a distancia, por medios electrónicos, aparece como una alternativa válida, para participar en los efectos que cause la reunión de la junta general. La necesidad de comparecer, o hacerlo a través de un representante, se supera con el voto electrónico y en consecuencia, no será un requisito esencial la presencia física de la persona en la reunión. Con el voto a distancia, para el asociado extranjero, existiría una real simplificación de actos, obstáculos y de costos para intervenir en la junta o incidir en la adopción de acuerdos, que es la finalidad de la reunión.

Dentro de la legislación ecuatoriana, la posibilidad de participar a distancia, por medios electrónicos, encontraría una imposibilidad total, debido a que, de acuerdo a lo desarrollado anteriormente, la presencia física es un requisito indispensable, para que, el asociado pueda votar. La ley es clara y ha expresado la obligación que la reunión física debe efectuarse en el domicilio de la compañía. Tanto sociedades limitadas, como anónimas, tienen la misma obligación y los artículos más representativos expresan que: “A las juntas generales concurrirán los socios personalmente” (Ley de Compañías, 1999, art. 121); “las juntas generales de accionistas [...] se reunirán en el domicilio principal de la compañía” (Ley de Compañías, 1999, art. 233).

Para que se habilite la participación a distancia y se elimine el requisito de presencia física, en la reunión, se requiere primeramente que la legislación lo permita y, en segundo lugar, que la sociedad se encuentre en capacidad de implementar un mecanismo electrónico que lo haga posible. En forma posterior, a la inclusión de este tipo de participación, “habrá que esperar ver su efectiva aceptación y aplicación práctica por las sociedades y, lo que es más importante, sus accionistas” (Zamefield, 2013, p. 10).

El voto a distancia depende del tipo de junta virtual que la sociedad implemente. Es así que, podrá el voto emitirse antes o durante la celebración de la junta. Autores como Bernardo Carlino, Andrés Recalde, José Muñoz, María Sierra Flores, Héctor Ferreira, en sus libros o artículos, respectivamente, desarrollan los tipos de voto a distancia, que se realizan por medios electrónicos, en la actualidad. Sin embargo, hay que tomar en cuenta que la forma de emitir el voto puede cambiar de acuerdo a como vaya evolucionando la tecnología y “la práctica de las sociedades irá perfilando la configuración del derecho de voto y definiendo procedimientos y esquemas para su ejercicio” (García, 2010, p. 43)

Los diferentes autores denominan de manera diferente a los posibles tipos de voto. Si bien, los pueden definir de distinta manera, todos hablan de los

tiempos de su emisión y puede establecerse que de las tecnologías implementadas para la celebración de asambleas generales pueden desprenderse las siguientes opciones de voto:

3.4.4.1 Voto electrónico anterior a la celebración de la junta

Esta primera opción el derecho de voto, se ejerce de manera anterior a la celebración de la junta, dentro del tiempo que ha de determinar la sociedad para su envío. Este tipo de voto se ejerce en juntas híbridas o mixtas, es decir, parte de la junta participa a distancia y otra comparece a la reunión de una manera física. Por lo general, el emitir el voto por anticipado, se aplica a las sociedades que cotizan sus acciones en el mercado de valores, por la cantidad de accionistas que pueden formar parte de la reunión. Es una manera de facilitar la participación, debido a que, las personas que no deseen o no puedan comparecer a la junta (que tengan derecho a voto) podrían expresar su voluntad votando a favor o en contra de propuestas que con anterioridad deben haber recibido del el órgano o persona encargada por el estatuto de enviar a los accionistas propuestas en relación al orden del día a ser tratados. Su voto debe ser tomado en cuenta para constituir el quórum y para los acuerdos que se tomen en la junta. Hay que tomar en cuenta que el desarrollo del voto por anticipado dependerá de la tecnología por la compañía que lo permita.

Las sociedades pueden enviar formularios o papeletas (con la convocatoria o tenerlos en una página web) dentro de los cuales los accionistas puedan emitir sus votos para posteriormente enviárselo al domicilio electrónico que establezca la sociedad. Como manera ejemplificativa se adjunta (Anexo 3) los formularios de voto utilizados por la sociedad anónima Repsol (compañía española) que permite el voto electrónico a distancia.

Cuando el voto es por anticipado, el derecho individual a la información es esencial para una plena participación del asociado. Es por esta razón, que la sociedad debe garantizar un mecanismo capaz que permita al accionista

“formular preguntas, solicitar aclaraciones, y pedir informes que se ejercita con carácter previo a la celebración de la junta” (Rodríguez, 2010, p. 37). El tener herramientas capaces de una comunicación directa, con el accionista, debe ser una obligación determinada por la norma y volverlo de carácter imperativo para la sociedad, ya que, será el medio por el cual los accionistas se han de informar sobre lo que irán a decidir mediante el voto. Otra de las razones, por lo que los medios de comunicación deben ser obligatorios, en las juntas virtuales, es porque la tecnología que utilice la sociedad puede cambiar y los accionistas deben estar completamente informados de como podrán ejercer su voto. Para estos casos, la información debe encontrarse en la misma convocatoria y si aparecen preguntas respecto de las propuestas, la convocatoria debe establecer las direcciones electrónicas o la forma de formular sus consultas.

Respecto a la seguridad, que a cumplir el accionista, para acreditar su identidad, deberá ser determinado por el estatuto. No obstante, la regulación que se dé al respecto debe ser capaz de permitir cualquier avance tecnológico que pueda existir. Puede establecerse que la exigencia de la presencia física, que actualmente se encuentra determinado en nuestra legislación, es para garantizar que el voto sea ejercido únicamente por el que está legitimado a hacerlo (o su representante). Nuevamente, los beneficios de autenticación e integridad que brinda la firma electrónica (avanzada) pueden aparecer como una herramienta idónea para acreditar la identidad del accionista. Por esto, ha de considerarse que “la acreditación de la identidad del accionista mediante certificado reconocido de firma avanzada, determina el límite dentro del cual los Estatutos [...] podrían fijar el procedimiento de verificación de autenticidad” (Sierra, 2009, p.16). Sin embargo, si bien la firma electrónica (avanzada) puede llevar todos los beneficios de identidad, inalterabilidad y autenticidad, es válido afirmar que, otros mecanismos, como el uso de claves otorgadas por la sociedad a los accionistas, para que, accedan a votar tendrá igualmente validez. Será el estatuto y la tecnología, a la que tenga acceso la sociedad, los que establecerán el mecanismo de seguridad e identidad del voto.

Guiándonos en lo que José Muñoz Paredes (Muñoz, 2005, p. 168) ha establecido, como requisitos básicos, para que se pueda permitir el voto emitido anteriormente a la celebración de la junta, el estatuto, de manera muy general, deberá contener al menos:

- Medios a través de los cuales puede enviarse o comunicarse el voto a la sociedad (formularios o papeletas que debe entregar la sociedad a sus accionistas para que emitan su voto).
- Plazo máximo para la recepción de los votos (o plazo máximo en que puedan emitir los votos).
- Dirección electrónica o mecanismo al que deberán enviar los votos (este requisito depende de la tecnología que implemente la sociedad).
- Formas de acreditar la identidad del accionista.

3.4.4.2 Voto electrónico durante la celebración de la junta

En este caso, la forma de ejercer el voto se lo realiza de manera total o casi simultánea a la celebración de la junta. Esta manera de emisión de voto se aplica para las juntas netamente virtuales y para las híbridas o mixtas.

Los mecanismos que permiten un voto simultáneo a la reunión se aplica en sociedades con un número reducido de socios y accionistas; no obstante, la posibilidad de hacerlo lo determinará la tecnología que implemente la compañía; es decir, si el estado de la técnica permite una participación de grandes grupos de personas, el voto simultaneo sería válido.

El voto electrónico simultaneo “únicamente exige que la sociedad instaure un sistema técnico que permita recabar y escutar votos sin dilación, y que las reglas internas que lo regulen prevean un lapso prudencial que permita a cualquier accionista que lo desee hacer llegar su voto en tiempo a la junta” (Muñoz, J. 2005 p. 174).

En las juntas virtuales, que hacen uso de tecnologías, que permiten actos comunicacionales síncronos, tales como, las videoconferencias, en donde las personas pueden verse y escucharse de manera simultánea, aparece gran similitud entre la comunicación de las personas que no están físicamente presentes en una junta con los que sí lo están. En estos casos, por temas de prueba de la existencia de los votos a distancia, puede grabarse la junta o puede solicitarse que con su decisión de voto se envíe un documento electrónico que contenga el mecanismo de seguridad que haya solicitado la sociedad, como por ejemplo, una firma electrónica. El acta de junta, en que se resume o se retrate la forma de celebración de la reunión, debe expresarse la situación de que ha existido participación a distancia y los votos enviados, o las grabaciones sustentarán tales afirmaciones.

En el tema de seguridad e identidad, se mantendrá lo mismo que en el voto electrónico no simultáneo, es decir, dependerá de lo que determine el estatuto y la tecnología que la compañía pueda aplicar.

En relación a las juntas interconectadas en varios recintos (juntas multilocales), la participación del grupo que no se encuentra en el espacio principal, en que se celebra la reunión, puede considerarse que es a distancia. Sin embargo, en estos casos, tanto los socios o accionistas que estén en el lugar principal, como los que no, deben emitir su voto de la misma manera. La única diferencia de estas juntas, con las que no aplican tecnologías, es que la reunión no será en un solo lugar, sino que, podrá ser en varios recintos interconectados, específicos y determinados, en donde se deben presentar físicamente los asociados.

3.4.4.3 Acuerdos sin sesión

En el caso de los acuerdos sin sesión, que no entrarían en ninguno de los tipos de votos desarrollado, las deliberaciones no se dan en una reunión; sin embargo, si existe debate (en caso de que lo haya) y una declaración de

voluntad, que se emite por medios electrónicos, sobre los puntos que se hayan puesto a consideración. De igual manera, los socios y accionistas deben acreditar su identidad y autoría con los mecanismos de seguridad que establezca el estatuto, el que debe ser capaz de garantizar la identidad del emisor y la inalterabilidad del contenido de la información.

Tal como ya se ha desarrollado, este tipo de acuerdos únicamente pueden generarse cuando exista una participación de todos los socios o accionistas, es decir, que debe ser universal. Si bien no se tratan de juntas universales, porque no existe la reunión, es necesario que la intención de voto se vea reflejada y pueda ser probada. De igual manera, de los acuerdos adoptados, debe levantarse un acta que puede llevar las firmas de todos los socios o accionistas, o puede ser habilitada a través de los medios en los cuales se generó la intención de voto, ya que, a través de ellos, se prueba la voluntad social sobre los puntos sometidos a consideración.

La deliberación sobre los puntos puestos a consideración de socios o accionistas se genera en medios electrónicos, por lo que, el soporte en el cual se encuentre el proceso deliberativo y la decisión será el habilitante y sirva de prueba del acta que ha de levantarse. Si la ley llega a exigir firmas de todos los asociados (como sucede en las juntas universales) este requisito puede satisfacerse a través del uso de firmas electrónicas (avanzadas).

3.4.5 Asistencia e intervención

Los derechos de asistencia e intervención a distancia, a través del uso de medios electrónicos, dependerán en gran medida del tipo de junta general virtual que la sociedad celebre.

El desarrollo de todos los derechos que se ejercitan durante la reunión, siendo el más importante el derecho al voto, depende de la asistencia de los asociados.

De acuerdo a nuestra legislación, la asistencia es la presencia física del socio y accionista a la reunión. Si la persona no se encuentra físicamente en el lugar, en que se ha de llevar a cabo la junta, simplemente se considera que no ha asistido a la reunión. Es por esto que, de acuerdo a nuestro marco normativo “la actuación vía electrónica o virtual de los accionistas, no se podrían considerar como presentes en las asambleas de socios, por ende no podrían haber ejercido sus derechos porque no se encontraban para los efectos jurídicos en la asamblea” (Serrano, 2011, p. 4).

Las juntas que incorporan medios electrónicos y que permiten la participación a distancia, buscan darle la misma equivalencia a la presencia física y a la presencia virtual. Existen medios electrónicos que permiten que una persona que no se encuentra físicamente en un lugar pueda ser vista y escuchada, pudiendo hacer lo mismo que los asistentes que se encuentran físicamente en la asamblea. La participación a distancia busca generar validez a una nueva forma de intervenir en los asuntos de la sociedad. Si bien es cierto, no todas las tecnologías pueden permitir que un socio o accionista pueda ser visto o escuchado, de manera incluso simultánea; no obstante, lo que busca la junta general es que exista en la reunión comunicación, deliberación, información, rendimiento de cuentas etc., con la finalidad de llegar a acuerdos entre los socios o accionistas y la administración de la sociedad. Por lo que, debe buscarse crear nuevos espacios o vías que lo permitan.

Los medios electrónicos figuran como herramientas o mecanismos que permiten fortalecer a la junta, debido a que, mientras más opciones y vías de participación se ofrezcan, mayores van a ser las posibilidades para que socios o accionistas intervengan en la vida de la sociedad; dando paso a la formación de una esfera de transparencia respecto de la administración frente al órgano de gobierno.

El principio de equivalencia funcional, como ya fue mencionado, busca que las personas que participen a distancia, que si bien no se encuentran físicamente

presentes, jurídicamente lo estén y por lo tanto, los que lo hagan, puedan generar los mismos efectos jurídicos que los que han asistido a la reunión de manera físicamente presencial. En consecuencia, la participación, intervención y voto a distancia, por medios electrónicos, deben ser tomados en cuenta, permitiéndose llegar a los acuerdos que se requieran.

Respecto a la asistencia, la ley ha establecido la obligación que los socios o accionistas firmen una lista, como se desarrolló en el capítulo primero. Sobre este requisito, la sociedad podría cumplirlo a través del uso de una lista de asistencia como tal, que al encontrarse desmaterializada, exigiría el uso de firmas electrónicas, o también, podría hacerse uso de formularios, a fin de cumplir con el requisito de identificar a la persona legitimada a ejercer los derechos que se le ha reconocido. Es así que, “en lo relativo a la firma del libro de asistencia la esencia del artículo es hacer referencia a la firma hológrafa del accionista que esté presente en la asamblea [...] podríamos encontrar una forma de operatividad con la firma digital, esto se podría utilizar aplicando el principio de equivalencia funcional [...]” [Ídem] (Serrano, 2011, p. 4). La firma de la lista de asistencia, también puede ser reemplazada por otras herramientas, que permitan garantizar la identidad de la persona legitimada a asistir, es decir, si la compañía establece mecanismos, como el uso de claves y solicitudes de información, que solo puede conocer el asociado, se podría determinar que se trata del socio o accionista legitimado a ejercer sus derechos.

La lista de asistencia, los votos en formatos físicos, e incluso el acta, son mecanismos de prueba de la reunión, tan así que la Doctrina Jurídico Societaria de la Superintendencia de Compañías No.102 ha expresado que, los acuerdos se toman verbalmente y así tomados ya tienen valor, pero por razones prácticas resulta necesario que la asistencia y la expresión oral de la junta general se transcriba en algún documento “con lo que luego se pueda probar la existencia de la asistencia y del acuerdo o resolución respectiva (sin perjuicio de otros medios idóneos de prueba que puedan servir para este fin”

(Doctrina Jurídico Societaria de la Superintendencia de Compañías No.102). Es decir, de manera ejemplificativa, si la junta se realiza por una videoconferencia que puede ser grabada, este sería el medio por el que se expresa la voluntad de voto y se pueda ver al asociado, siendo así, un medio de prueba idóneo de la asistencia, intervención y voto en la junta. Así existirán otras formas de llegar a acuerdos por vía electrónica en que se pueda probar que la persona legitimada a participar lo ha hecho.

Tal como se ha establecido, la asistencia depende de la junta y de la modalidad de voto que la sociedad implemente. En las sociedades que se encuentran compuestas por miles de accionistas, la asistencia e intervención a distancia puede generar grandes dificultades técnicas, por lo que, para esos casos, se ha adoptado la participación del asociado través del voto por anticipado. Las personas que hayan ejercido su derecho de voto, de manera anterior a la junta, deben ser tomadas en cuenta para la constitución del quórum y para la adopción de acuerdos. En estos casos, se rompe con la relación directa que existe entre la asistencia y el voto. Cuando el voto se lo realiza de manera anticipada puede considerarse que los accionistas no asisten a la reunión; sin embargo, su voto incide en los resultados de la reunión.

En relación al derecho de intervención, al igual que en las juntas físicas, puede llegar a ser regulado, sobre todo en el caso de las sociedades que tienen un grupo grande de accionistas. No puede formarse una reunión en la que todos deseen intervenir con sus ideas o expresar sus pensamientos, ya que, la junta no tendría fin. Es por esto que, este derecho debe ser regulado a través del estatuto, en razón de que, los accionistas con anterioridad deben comunicar a la sociedad que van a intervenir, por un tiempo determinado, dando paso a que la sociedad organice la reunión de forma adecuada.

Si las reuniones con miles de accionistas son a distancia (que hayan implementado o no la posibilidad de ejercer el derecho al voto con anterioridad a la reunión) y un accionista desea intervenir, primero a de contar con la

tecnología adecuada para poder hacerlo, la que será previamente detallada por la sociedad (como parte del derecho a la información); segundo la sociedad podrá establecer la hora en la que deberá conectarse con la junta, que se está llevando a cabo en el lugar físico, y de cuánto tiempo a de poder hacer uso para intervenir. Dependerá de la sociedad y de la tecnología la forma en como se ha de llevar a cabo las asambleas generales y como se han de ejercer los derechos de socios o accionistas.

3.5 Legislación comparada

La implementación de tecnologías, para la celebración de juntas generales, se practica dentro del marco de varias legislaciones, que expresamente lo permiten. Si bien, no todos los marcos normativos habilitan a que todo el conjunto de actos de la junta se celebren por medios electrónicos han permitido que al menos algunos puedan serlo.

Con la incidencia de las tecnologías se ha dado una evolución de la ciencia mercantil. Se flexibilizan varias maneras de cumplir con las formalidades necesarias para la celebración de juntas; como también, se generan vías alternativas que permitan mayor participación en la vida de la sociedad. Se permite además, más y mejor comunicación entre la sociedad y los socios o accionistas y, por ende, la fiscalización de la junta general, sobre la gestión de la administración, puede ser más informada.

3.5.1 Estados unidos

Dentro de los Estados Unidos muchos Estados han implementado tecnologías para cumplir con algunos o todos los actos de las juntas generales. La evolución de la legislación de cada Estado da un diferente nivel de habilitación, para que, las tecnologías complementen o sustituyan a los actos, donde sea necesario el cumplimiento del requisito de presencia física o documentos en soportes tradicionales.

Si bien existen muchos más Estados, con sus regulaciones particulares, que permiten la incidencia de tecnologías en las juntas generales, las que mayor avance han tenido respecto al tema son:

3.5.1.1 Estado de delaware

Muchos autores en sus diferentes trabajos miran a la normativa de Delaware como la más avanzada para la celebración de juntas generales virtuales. Se ha señalado que “Delaware, que es el estado que más avanzada tiene la legislación en este campo, se permiten tanto asambleas societarias virtuales o juntas generales electrónicas, como también la participación de accionistas a través de medios virtuales [...]” [Ídem] (Serrano, 2011, p. 5) No obstante, existen grandes avances en legislaciones como las de Illinois, Minnesota o Colorado que llevan parámetros semejantes.

En Delaware, con la *General Corporation Law*, en el Título 8 *Corporations*, Capítulo 1, Subcapítulo VII *Meetings, Elections, Voting and Notice* en § 211 (Legislación que puede ser encontrada en el enlace: www.delcode.delaware.gov) señala que las reuniones de accionistas pueden ser físicas; también podrán realizarse exclusivamente por medios de comunicación a distancia, y por último, se permiten juntas donde se celebre una reunión física y que accionistas o sus representantes, que no se encuentren físicamente presentes, pueden hacerlo por medios de comunicación a distancia.

Para el segundo y tercer caso, en el que los accionistas o sus representantes participen a distancia, se les debe permitir:

- Participar en la junta general
- Ser considerados como presentes y votar, tanto si se celebra en un lugar físico y participan a distancia, como si la junta se realiza exclusivamente por medios de comunicación a distancia

Para que puedan realizarse juntas virtuales deben cumplirse con tres condiciones:

- La sociedad debe tomar medidas necesarias o razonables (“*reasonable measures*”) para que las personas que voten o participen a distancia sean los legitimados a hacerlo, es decir, el accionista o su representante.
- La sociedad debe adoptar las medidas adecuadas que den la oportunidad razonable (“*reasonable opportunity*”) a los accionistas o sus representantes votar o participar en la junta.
- La sociedad debe tener y conservar un registro de la votación y de las actuaciones en la junta.

El apartado (e), del mismo artículo, determina que el voto, para elección de directores, debe ser por escrito en una papeleta que será presentada por vía electrónica (“*ballots submitted by electronic transmission*”), siempre y cuando, pueda verificarse la identidad del emisor.

En relación a las comunicaciones entre la sociedad y los accionistas, la disposición § 232, señala que si lo determina el estatuto o con consentimiento del accionista (que puede ser revocado), pueden ser enviadas por “transmisión electrónica” (“*electronic transmission*”) que es definida como “cualquier forma de comunicación que no implique por si misma el envío físico en papel, la cual cree un registro que pueda ser guardado, recuperado y vuelto a ver por el destinatario [...]” (*General Corporation Law, 2000, § 232*).

Dentro de Delaware, se ha permitido la celebración de juntas netamente virtuales y también las denominadas híbridas o mixtas. De acuerdo a lo desarrollado, podría establecerse también que, se encontrarían permitidas las juntas multilocales.

Independiente del tipo de junta que se celebre, no se ha especificado una tecnología en especial y deja al margen de la razonabilidad las medidas de seguridad y de oportunidad para permitir la intervención de los accionistas o sus representantes. La legislación cumple con el principio de neutralidad tecnológica y le da una equivalencia funcional a la asistencia, participación, votación y comunicación que se realicen por medios tecnológicos.

Para las juntas netamente virtuales no se determina si es necesaria la participación de todos los accionistas, es decir, que sea una junta universal. Simplemente deberán encontrarse autorizados los administradores, por el órgano competente, para poder instaurarla. En esta situación, se elimina la posibilidad que los accionistas puedan asistir de manera física a un lugar en donde se pueda celebrar la reunión. No obstante, también han permitido que existan juntas híbridas, lo que quedará a criterio de la sociedad el tipo de juntas que de acuerdo al estatuto puedan instaurarse.

Otra de las características que aparecen con las juntas netamente virtuales, como ya se ha establecido anteriormente en el desarrollo de este tipo de juntas, es que, las reuniones se pueden desarrollar tanto dentro del territorio o estado en el que la sociedad se encuentre registrada, como fuera de él. Igualmente, las personas que participen en la junta podrán encontrarse en cualquier lugar, dentro o fuera del país. Cuando se tratan de juntas netamente virtuales no puede hablarse de un territorio físico donde se realiza la reunión, sino, se trata de un espacio virtual que supera el tema de territorialidad de las reuniones.

3.5.1.2 Estado de minnesota

La legislación de Minnesota con los *Minnesota Statutes* 2002 (legislación que puede encontrarse en el enlace: www.revisor.mn.gov) en relación a la celebración de juntas generales tiene gran similitud con la legislación de Delaware. Son muy pocas las variaciones entre los dos marcos normativos.

Los *Minnesota Status* 2002, en su parte § 302A.436, establece una división regulatoria relacionada con las juntas realizadas por medios de comunicación a distancia. La división “*Remote Communicationsfor Shareholder Meeting*” se encuentra constituida por cinco subdivisiones, en donde, se regula las juntas netamente virtuales, las juntas en las que accionistas o sus representantes participan a distancia y las comunicaciones electrónicas que tenga la sociedad con el accionista.

En la Subdivisión 4, donde se desarrolla los requisitos para la celebración de juntas virtuales, aparecen al igual que en la legislación de Delaware, términos como “*reasonablemeasures*” en relación a la seguridad para comprobar si se trata del accionista y de su representante o “*reasonableopportunity*” relacionado con la forma en cómo ha de permitirse su participación.

La norma permite a los accionistas leer o escuchar los debates que se realicen, tener observaciones, y votar sobre las cuestiones sometidas en la junta. La participación debe tomarse en cuenta para el perfeccionamiento de la junta general y para los acuerdos a los que se lleguen dentro de la reunión.

Igualmente, en relación a las comunicaciones, entre la sociedad y el accionista, se permite que se realicen por comunicaciones electrónicas, previo consentimiento del accionista, que puede ser por escrito o por una comunicación electrónica autenticada (“*Consentby a shareholder [...] may be writingorbyauthenticatedelectroniccommunication*”) pudiendo ser revocado por los mismos medios.

3.5.1.3 Estado de Illinois

El Estado de Illinois con su *Business CorporationAct, Illinois CompiledStatutes* (legislación que puede encontrarse en el enlace: www.ilga.gov) ha permitido la celebración de juntas híbridas o mixtas. A diferencia de Delaware y Minnessota no se ha habilitado a la celebración de juntas netamente virtuales, sino que, se

ha permitido que accionistas o sus representantes puedan participar a distancia a través del uso de tecnologías. Al permitirse la participación a distancia de los accionistas o sus representantes puede entenderse que las juntas multilocales también se encontrarían habilitadas.

El capítulo 805, artículo 7, sección 7.05 regula las reuniones de los accionistas. El párrafo tercero a dispuesto que “la empresa puede permitir a los accionistas a participar y actuar en cualquier reunión de accionistas a través de la utilización de una conferencia telefónica o tecnología interactiva, incluido pero no limitado a la transmisión electrónica, el uso de Internet o comunicación a distancia [...]” (*Business Corporation Act*, 1983, art. 7).

El marco normativo no regula las comunicaciones electrónicas entre la sociedad y el accionista. Tampoco desarrolla regulación alguna sobre la seguridad que ha de tomarse en cuenta para asegurar una participación legítima.

En relación a la asistencia se expresa una especial regulación, ya que, se determina que el accionista con derecho a voto se le permitirá asistir a la reunión si el espacio lo permite (*shareholderentitledto vote [...] shall be permittedtoattendthemeetingwherethespacepermits [...]*). La norma puede crear confusión respecto de la posibilidad de votar, en razón de que, se entendería que el voto se lo realizaría al asistir en la reunión. No obstante, la regulación puede encontrarse relacionada a la intervención, ya que, después de la disposición se ha establecido que la asistencia dependerá de las reglas que rijan el desarrollo de la reunión. Lleva a entenderse que la norma debe encontrarse relacionada a la intervención del accionista, lo que si debe ser regulado para un buen desarrollo de la junta. Sin embargo, el voto debe ser tomado en cuenta para la adopción de acuerdos.

3.5.2 España

España ha creado grandes avances en la implementación de tecnologías en su legislación. Fue con la Ley de Transparencia 26/2003 de 17 de julio (legislación que puede ser obtenida del enlace: www.boe.es), con la que se modifican: la Ley 24/1988 de 28 de julio, de Mercado de Valores y la Ley de Sociedades 1564/1989 de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas que cotizan sus acciones en el Mercado de Valores, la que permitió la incidencia de tecnologías en las juntas generales.

En búsqueda de transparencia en las sociedades cotizadas la reforma a la Ley de Mercado de Valores estableció como obligatoria que las compañías tengan una página web, con la finalidad de difundir información importante. En el capítulo IV en relación a la información societaria, dentro del artículo 117, donde se regula los instrumentos de información, se expresó que “Las sociedades anónimas cotizadas deberán cumplir las obligaciones de información [...] por cualquier medio técnico, informático o telemático”. (Ley 26/2003. Ley 24/1988, art. 117). Igualmente, se reguló la obligación de disponer de una página web, considerando no tenerla una infracción grave, expresando que “las sociedades anónimas cotizadas deberán disponer de una página web para atender el ejercicio, por parte del accionista, el derecho de información, y para difundir información relevante [...]” (Ley 26/2003. Ley 24/1988, art. 117). La Circular de la CNMV 1/2004 del 17 de marzo (Anexo 4) señala el contenido mínimo de información que deberá encontrarse en la página web de la sociedad a la que puedan acceder los accionistas. Estas disposiciones entran en el carácter de imperativas y por ende el uso de tecnologías se volvió de implementación obligatoria en los casos descritos.

De manera facultativa la legislación también trató el tema de la votación a distancia y la representación otorgada por medios electrónicos. La Modificación de la Ley de Sociedades Anónimas, introdujo los apartados 4 y 5, al artículo 105, expresando que “de conformidad con lo que se disponga en los estatutos,

el voto de las propuestas sobre los puntos comprendidos en el orden del día de cualquier clase de junta general podrá delegarse o ejercitarse por el accionista mediante correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia, siempre que se garantice debidamente la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto” (Ley 26/2003. Ley 1564/1989, art. 105). Con la introducción de este artículo se permitió la evolución del voto por correspondencia, habilitándose al voto emitido de manera anterior a la celebración de la junta. Cuando el accionista exprese su decisión de voto, a distancia, debe ser tomado cuenta como si hubiera estado presente e incidirá en los acuerdos. La norma estableció que “votos a distancia deberán ser tenidos en cuenta a efectos de constitución de la junta como presentes”. (Ley 26/2003. Ley 1564/1989, art. 105).

En las sociedades cotizadas (estando habilitadas las sociedades anónimas cerradas), en relación a la información que se exponga en la página web, la sociedad debe otorgar medios de comunicación necesarios por los que, siete días anteriores a la celebración de la junta, los accionistas puedan dirigir sus dudas respecto de los puntos a ser sometidos a discusión el día de la celebración de la reunión social. Adicionalmente, es una obligación de los administradores el responder a las dudas y brindar aclaraciones sobre la forma de participar y de los medios por los que se pueda ejercer el derecho al voto.

En relación a la representación, se estableció un gran avance, debido a que, permitió que la representación, que deba ser otorgada por escrito, pueda serlo también por medios a comunicación a distancia, siempre y cuando pueda garantizarse la identificación del emisor. El apartado 5.2 señala que “La representación deberá conferirse por escrito o por medios de comunicación a distancia [...]” (Ley 26/2003. Ley 1564/1989, art. 105).

La celebración de juntas híbridas (dentro de ellas también las multilocales) pueden encontrarse limitadas en este marco normativo. Autores como José Muñoz Paredes o Recalde Castells han establecido que, si bien expresamente

en la legislación no se señala, en estricto sentido, que las juntas híbridas puedan realizarse, es posible que en la junta los accionistas puedan participar a distancia, no únicamente a través del voto. Al permitir la legislación que el voto sea a distancia debe entenderse que los derechos de asistencia e intervención también podrán serlo, ya que, son derechos que se derivan unos de los otros o se encuentran estrictamente relaciones. Incluso, algunos no podrán ejercerse, debido a que, necesitarán del ejercicio de otro derecho, como por ejemplo, la intervención siempre dependerá de la asistencia. Es por esto, que bajo este pensamiento la participación a distancia, en cualquier tipo de junta (menos las juntas netamente virtuales, en razón de que, debería eliminarse el requisito de que se desarrollen en el domicilio social de la sociedad), puede considerarse válida. Es por esto que, “el limitar, en una interpretación estricta del texto legal, las posibilidades del empleo de las nuevas tecnologías a la mera emisión del voto implicaría desaprovechar las mejoras fundamentales que las mismas pueden proporcionar a los accionistas, sería una interpretación en contra de los tiempos” [Ídem] (Muñoz, 2005, p. 191). Puede concluirse que, al habilitarse el poder realizar el voto a distancia puede llevar a que los derechos y actos relacionados a la votación puedan ejercer se por los mismos medios, es decir, la asistencia y la intervención. En relación a las juntas multilocales estarían habilitadas y podrían celebrarse en distintos recintos, siempre y cuando al menos uno de ellos sea en domicilio social de sociedad.

Las juntas netamente virtuales no se encuentran permitidas en esta legislación, es decir que, al menos presidente y secretario deben encontrarse físicamente presentes en el domicilio social de la compañía en donde se celebra la junta.

En relación a la información, la legislación española tiene grandes avances en las sociedades que cotizan sus acciones en el mercado de valores. Las páginas web pasan a ser una forma de transparentar las actuaciones de la sociedad y permitir a los accionistas enterarse de los actos a los que tengan derecho a participar. Tal como se muestra en la Circular de la CNMV 1/2004, del 17 de marzo, que se encuentra anexada al presente trabajo, incluso la

convocatoria, como los medios para resolver consultas deben encontrarse en la página web de la sociedad.

3.5.3 Colombia

Colombia permitió la implementación de tecnologías en las juntas generales desde hace ya hace casi dos décadas. Además, en el presente año, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, mediante Decreto No. 805, del 24 de abril de 2013, que se anexa al presente trabajo (Anexo 5), permitió la total desmaterialización de los libros sociales.

Los avances en la legislación colombiana son sumamente grandes en relación a otras legislaciones latinoamericanas, como la ecuatoriana. La ley 222 de 1995, en el artículo 19 permitió reuniones a distancia, es decir, que no debían cumplir con el requisito de presencia física. El artículo 19, señala que “Siempre que ello se pueda probar, habrá reunión de la junta de socios, de asamblea general de accionistas o de junta directiva cuando por cualquier medio todos los socios o miembros puedan deliberar o decidir por comunicación simultánea o sucesiva [...]” (Ley 222, 1995, art. 19).

La circular externa No. 5 de 1996 de la Superintendencia de Sociedades de Colombia (circular que se encuentra citada en la circular 158 de diciembre de 2012) (Anexo 6) precisaron bajo un criterio los requisitos esenciales que debían cumplir las reuniones no presenciales. Fue así, que expresó que en las juntas no presenciales:

- La convocatoria no es un requisito esencial (Circular Externa No. 5 de 1996). Este requisito se consideró que podía obviarse ya que se requiere la participación de la totalidad de socios o accionistas, es decir, que éstas juntas únicamente podrán ser universales. Respecto a esta exigencia han existido críticas en la doctrina colombiana. El autor Francisco Reyes Villamizar expresa que al no ser las reuniones no

presenciales imperativas “siempre será factible pactar otras exigencias de deliberación [...] podría excluirse estatutariamente la necesidad de que participe el 100% de los accionistas, de modo que pueda deliberarse bajo condiciones de quórum ordinario” (Reyes, 2010, p.p. 197-198). Estas consideraciones se condicionan a que exista una debida comunicación o convocatoria, que pueda ser lo suficientemente probada, de forma que todos los socios o accionistas hayan tenido la oportunidad de participar; caso contrario sería una decisión ineficaz, debido a que, han sido violentado derechos fundamentales de socios o accionistas. Si bien hay esta forma de pensamiento, la ley sigue estableciendo como requisito esencial la participación universal de los asociados.

- Deben utilizarse medios que puedan probarse.
- La comunicación debe ser simultánea o sucesiva.

Como otra forma para facilitar la adopción de acuerdos, la legislación colombiana instauró los denominados por algunos autores como “acuerdos sin sesión”. Las resoluciones que se tomen bajo esta modalidad eliminan la necesidad de una reunión física de los asociados. El artículo 20 de la Ley 222 estableció que “serán válidas las decisiones del máximo órgano social o de la junta directiva cuando por escrito, todos los socios expresen el sentido de su voto” (Ley 222, 1995, art. 20).

En este acto puede existir deliberación (que no es un requisito esencial) y definitivamente hay decisión, ya que, se ha expresado la intención de voto respecto a un asunto y constituye un acuerdo. Se requiere, al igual que en las juntas no presenciales, que todos los socios o accionistas expresen su sentido de voto. En relación al mecanismo empleado para la adopción del acuerdo únicamente se señala que debe ser escrito. En razón de aquello, no se expresa que el soporte debe ser físico y el requisito de que sea escrito podrá estar subsanado con un documento electrónico (principio de equivalencia funcional). Esta modalidad de acuerdo puede encontrarse con la incorporación de

tecnologías que cumplan con los requisitos del artículo 20, debiendo el documento, donde se contenga la intención de voto, llevar un mecanismo que genere fiabilidad respecto de la identidad del emisor.

Como ya se señaló anteriormente, el Decreto No. 805 del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, de 24 de abril de 2013 determinó que siempre que pueda garantizarse la inalterabilidad, integridad y seguridad de la información los libros societarios podrán llevarse en archivos electrónicos. El artículo primero del decreto señala que “se entiende por archivo electrónico cualquier documento en forma de mensaje de datos, generado, enviado, recibido, almacenado o comunicado en medios electrónicos, ópticos o similares, garantizando las condiciones y requisitos para su conservación [...]” (Decreto No. 805, 2013, art. 1). En Colombia los libros de registro de socios y accionistas y los de actas de juntas generales de socios y accionistas deben ser inscritos en el Registro Mercantil, por lo que, si estos libros se llevan por archivos electrónicos, será obligatorio que los documentos incluyan “un mecanismo de firma digital o electrónica, a elección del comerciante, en el archivo electrónico enviado para registro” (Decreto No. 805, 2013, art. 4). La Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, entidad encargada del Registro Mercantil, está a cargo de emitir la Resolución correspondiente para regular el procedimiento de desmaterialización.

La desmaterialización de los libros sociales es un tema que supera el alcance de la presente investigación, por la amplitud del tema; sin embargo, éste último avance de la legislación colombiana permite que el derecho societario electrónico sea una realidad más cercana a legislaciones como la ecuatoriana.

La convocatoria en las sociedades colombianas también se encuentra directamente afectada por las tecnologías. En Colombia se ha determinado que el representante realizará la convocatoria por los medios que determine el estatuto, tanto para las compañías limitadas como para las anónimas. Solo en caso que el estatuto no exprese la manera de convocar se lo deberá hacer por

medio de la prensa. En relación a la anterior, las convocatorias pueden ser enviadas por correo electrónico a un domicilio electrónico. Es por esto, que se puede eliminar la necesidad de utilizar la prensa como medio obligatorio de información y dependerá de los estatutos la forma en como deberá ser realizada la convocatoria, por lo que, “el representante legal utilizará el mecanismo señalado en los estatutos, ya sea carta, telegrama, fax, verbalmente o por correo electrónico” (Peña, 2001, p.308).

En esta legislación las juntas netamente virtuales están habilitadas; las juntas híbridas o mixtas de acuerdo a lo que establece el texto legal también estarían permitidas, ya que, el requisito respecto de la forma de comunicación es que sea simultánea o sucesiva, sin determinarse que todos los que participen lo deban hacer por medios de comunicación a distancia. No se encuentra habilitado el voto anticipado a la reunión.

3.5.4 Chile

Con la Ley 20.382 del 2009 (legislación disponible en el enlace: www.leychile.cl) en el artículo 42 se permitió el voto a distancia, en las sociedades cotizadas, donde se señaló que "La Superintendencia, mediante norma de carácter general, podrá autorizar a las sociedades anónimas abiertas, para establecer sistemas que permitan el voto a distancia, siempre que dichos sistemas resguarden debidamente los derechos de los accionistas y la regularidad del proceso de votación." (Ley 20.382, 2009, art 42).

Andrés Jara Baader dentro de su artículo “Las Juntas de Accionistas, Objeto e Innovación”, ha realizado un análisis de los avances que la legislación chilena ha tenido en relación a la implementación de tecnologías en las juntas generales. Dentro de su trabajo cita a la Norma de Carácter General No. 273 de la Superintendencia de Valores y Seguros del 13 de enero de 2010, la que en continuidad con la ley 20.382 determinó que “las sociedades anónimas abiertas podrán, como parte de los sistemas autorizados de votación,

contemplar mecanismos electrónicos de votación a distancia, siempre que estos cumplan los principios de autenticación, control de acceso, confidencialidad, integridad y no repudio [...]” (Norma de Carácter General 273, 2010). Esto quiere decir que, la tecnología que implemente la sociedad deberá cumplir con los requisitos establecidos en la Norma de Carácter General, los que, de acuerdo al desarrollo del capítulo segundo del presente trabajo, podrían ser subsanados con el uso de una firma electrónica (avanzada).

El avance de Chile respecto de las juntas es similar al de España, por lo que, el tipo de participación determinada habilita los mismos actos que en España están permitidos.

CAPÍTULO IV

4. PROPUESTA DE LINEAMIENTOS QUE PERMITAN IMPLEMENTAR TECNOLOGÍAS PARA LA CELEBRACIÓN DE ASAMBLEAS SOCIETARIAS EN EL MARCO DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Tal como se ha desarrollado en el presente trabajo, para que sea posible la implementación de tecnologías, en la celebración de asambleas societarias virtuales, es necesaria una reforma a la legislación societaria ecuatoriana.

El uso de tecnologías puede incidir no únicamente a la reunión de socios y accionistas, sino también a los diferentes actos que rodean al acto principal.

En el desarrollo de legislación comparada pudo visualizarse que las asambleas societarias virtuales, como la realización, a través de medios electrónicos, de los actos que la complementan y perfeccionan, son posibles en la actualidad.

Son diversas y diferentes las formas y razones por las que legislaciones, distintas a la ecuatoriana, han regulado el uso de tecnologías y sus exigencias son diferentes; sin embargo, todas se orientan a la protección de derechos y a brindar mayores posibilidades de participación, en la reunión social. Adicionalmente, buscan facilitar la adopción de acuerdos, que se acoplen a la realidad de los tiempos actuales.

El marco normativo ecuatoriano contiene ya la regulación de mensajes de datos, documentos electrónicos y firmas electrónicas. Además, la doctrina y la misma legislación han desarrollado principios que permiten que el derecho informático pueda incidir en las relaciones mercantiles, brindando mayor practicidad en las normas que regulan a los órganos societarios.

De acuerdo a lo anterior, el trabajo tiene como finalidad brindar directrices o lineamientos que permitan la celebración de asambleas societarias virtuales y

habiliten la participación a distancia de socios y accionistas. Como ya fue expresado, para que el uso de tecnologías pueda ser una realidad es inevitablemente una reforma a la legislación societaria, por las limitantes que actualmente contiene la normativa.

Los lineamientos que, a nuestro criterio, podrían orientar una posible reforma a la Ley de Compañías y normas relacionadas, son los que continuación se detallan:

4.1 Convocatoria

Dentro de la convocatoria, los medios electrónicos podrán permitir que sean personalizadas a un domicilio virtual. El que este acto sea realizado por medios electrónicos incidirá únicamente en las sociedades anónimas, y no en las sociedades limitadas, por las razones explicadas en el primer y tercer capítulo. Los criterios básicos para una posible reforma a la Ley de Compañías, que permita la realización de convocatorias electrónicas son:

- En el Ecuador las acciones son nominativas, por lo que, independiente si se trata de una sociedad que cotiza sus acciones en el mercado de valores, o de una que no lo hace, la junta general, sea ordinaria o extraordinaria, será comunicada a un domicilio virtual.
- El domicilio virtual del accionista deberá encontrarse previamente registrado por la compañía.
- Adicionalmente a la comunicación al domicilio virtual del accionista, podrán preverse, en el estatuto, otros medios de comunicar la convocatoria.
- Las direcciones de los domicilios virtuales de los accionistas deberán encontrarse registrados en el libro de acciones y accionistas.
- La convocatoria deberá ser enviada, al menos, con 15 días de anticipación.

- Los comisarios y la Superintendencia de Compañías tendrán acceso a conocer las direcciones de los domicilios virtuales, para los casos de las convocatorias especiales previstas en la Ley de Compañías.
- El requisito de que la convocatoria lleve firma autógrafa del convocante, para el archivo en el expediente, podrá ser subsanado con una firma electrónica (avanzada).

4.2 Representación

Las tecnologías pueden permitir que la representación sea otorgada por medios de comunicación a distancia, siempre y cuando se pueda garantizar la identidad del emisor e inalterabilidad de la información.

Los criterios básicos para una posible reforma al marco regulatorio societario, que permita que la representación pueda otorgarse por medios electrónicos son:

- Los socios y accionistas que concurren a las juntas generales, por medio de representante, podrán conferir la representación por escrito o por medios de comunicación a distancia, siempre que se garantice debidamente la identidad del emisor e inalterabilidad de la información.
- En concordancia al primer apartado, para cumplir con el requisito que la representación lleve firma autógrafa (requisito señalado en el Reglamento de Juntas Generales), del socio o accionista, y si fuere el caso, de su representante legal o apoderado, la representación que se confiera por medios de comunicación a distancia deberá contener firma electrónica (avanzada) o cualquier otro medio equivalente a ella que pueda garantizar la identidad del emisor y la integridad de la información.
- La sociedad podrá facilitar a los asociados formularios (que deberá llevar el mecanismo de seguridad que garantice la identidad del emisor), por los cuales se entregue la representación, en los que se llene la

información requerida por el artículo 15 del Reglamento de Juntas Generales de Socios y Accionistas de Compañías.

4.3 Información

Las tecnologías permitirían que la información sea enviada o publicada por medios electrónicos.

Los criterios básicos para una posible reforma a la Ley de Compañías y normas relacionadas, que permita que la información sea enviada por medios electrónicos son:

- Los accionistas podrán solicitar a la sociedad, por medios electrónicos, que se les envíe, de acuerdo al artículo 292, la siguiente información:
 - a) Balance general y el estado de pérdidas y ganancias y sus anexos
 - b) La memoria del administrador
 - c) Informe de los comisarios
 - d) Otra información que la sociedad considere pertinente entregarla, a solicitud del asociado.
- El accionista, a más de la información enlistada, tendrá derecho que se le envíe toda información, que le permita tener una participación informada, sobre los puntos a ser tratados en junta ordinaria, extraordinaria o universal.
- Como una forma de fortalecer la transparencia de las sociedades anónimas, que cotizan sus acciones en el mercado de valores, se podrá obligar a que dispongan de una página web corporativa, para difundir la información determinada en el artículo 292 y cualquier otra que sea considerada relevante por el organismo de control de las sociedades. Si la compañía no desea que la información sea de acceso público deberá instaurar un mecanismo de seguridad que permita solo a las personas

legitimadas acceder a los balances e informes que se encuentren en la página web respectiva.

- Si bien la sociedad podrá cumplir con sus obligaciones de información, a través del uso de tecnologías, no elimina el derecho de los accionistas a solicitar la información en forma impresa.
- En caso que se implementen asambleas societarias virtuales o se permita votar de manera anticipada (facultativo de la sociedad), socios y accionistas tendrán derecho a solicitar aclaraciones, o se resuelvan sus dudas, respecto de los puntos del día a ser tratados en la reunión, de la tecnología implementada por la sociedad y de la forma en cómo podrá participar en la junta a distancia.

4.4 Acuerdos sin Sesión

Los acuerdos sin sesión serán una nueva forma de deliberar y decidir sobre cualquier asunto que haya sido puesto a consideración de los asociados.

Las tecnologías permiten espacios en donde puede existir discusión y deliberación que no necesariamente deba ser simultánea pero que expresen la intención de voto de socios o accionistas. Será facultativo de la sociedad implementar acuerdos sin sesión, siempre y cuando, se encuentre previamente en el estatuto.

Los lineamientos básicos para permitir que se habiliten acuerdos sin sesión, mediante el uso de medios de comunicación a distancia son:

- Siempre que el estatuto lo permita y se pueda probar, los asociados, podrán llegar a acuerdos, cuando por medios electrónicos, todos los socios o accionistas expresen el sentido de su voto.
- Los acuerdos sin sesión podrán ser únicamente universales.
- El documento electrónico, en donde se encuentre el sentido del voto, deberá llevar firma electrónica (avanzada) o un mecanismo de seguridad

semejante, que asegure la identidad del emisor y la integridad de la información.

- Las deliberaciones o el acuerdo a que se llegue, bajo esta modalidad, siempre deberá poder ser probado.
- Al ser un acuerdo universal, y al expresar todos los socios y accionistas su sentido de voto, el representante legal podrá resumir las deliberaciones y detallar el acuerdo en un documento electrónico que será suscrito de manera electrónica por la persona que determine el estatuto (podrá el representante legal o la persona que figure como secretario en las juntas generales) o por todos los socios o accionistas. Siempre deberá probarse que ha existido el sentido de voto de todos los asociados.

4.5 Juntas netamente virtuales

Será facultativo para la sociedad implementar juntas netamente virtuales. Tal como fue desarrollado con en el tercer capítulo, las juntas netamente virtuales eliminan la posibilidad que exista reunión física. Es por esta razón, que bajo nuestra consideración, será recomendable que, para una posible reforma a la Ley de Compañías y normas relacionadas, que habiliten este tipo de reunión, se tome en consideración:

- Siempre que el estatuto lo habilite podrán celebrarse juntas netamente virtuales.
- Siempre que se pueda probar, se podrán permitir juntas generales netamente virtuales, cuando por cualquier medio todos los socios o accionistas puedan deliberar o decidir por comunicación simultánea o sucesiva.
- En estas juntas no se requerirá que presidente y secretario de la reunión se encuentren en el domicilio de la sociedad.

- Las juntas no requerirán convocatoria y únicamente podrán ser universales debido a que no se celebrarán en el domicilio de la sociedad.
- Las juntas podrán celebrarse de acuerdo a la capacidad de la sociedad de implementar una tecnología capaz de permitir comunicación simultánea o sucesiva.
- Para permitir la participación legítima (del asociado a quien le corresponde el derecho), la sociedad deberá implementar un mecanismo de seguridad capaz de asegurarla. Es estatuto podrá establecer los requisitos que necesitarán los socios y accionistas para que puedan participar en una junta netamente virtual.
- Cuando la junta se realice únicamente por medios electrónicos, las personas que participen podrán (de acuerdo al orden y condiciones establecidos en la ley y en por el estatuto), intervenir y votar.
- El socio o accionista tendrá derecho a solicitar aclaraciones, o que se resuelvan sus dudas, respecto de los puntos del día a ser tratados en la reunión, de la tecnología implementada por la sociedad y de la forma en cómo podrá participar.
- El secretario, que redacte el acta, deberá especificar que la junta ha sido celebrada totalmente por medios electrónicos. Además, deberá contener firma electrónica (avanzada) de todos los participantes, cumpliendo el requisito del artículo 238 de la Ley de Compañías. No obstante, el requisito podrá subsanarse si socios y accionistas envían al secretario de la junta un documento electrónico, en el cual expresen su voto, que deberá llevar firma electrónica (avanzada). Si los asociados envían sus votos a distancia el secretario deberá expresarlo en el acta de junta y deberá conservar los documentos, a fin de probar la voluntad de los participantes.

4.6 Juntas mixtas o híbridas

Las condiciones de las juntas mixtas o híbridas se asemejarán a las juntas netamente virtuales; sin embargo, tienen sus propias características. De igual manera será facultativo de la sociedad implementarlas.

Cuando se habilita la participación a distancia, a través del uso de medios electrónicos, en juntas híbridas, también se está permitiendo la posibilidad de celebrar juntas multilocales.

Para implementar juntas híbridas se deberán tomar en cuenta, para una posible reforma a la Ley de Compañías y normas relacionadas, los siguientes lineamientos:

- Siempre que el estatuto lo habilite se podrán celebrar juntas que permitan la participación a distancia de socios y accionistas y juntas multilocales.
- Se podrá permitir participación a distancia, de socios y accionistas, siempre que se pueda probar.
- La participación, deliberación y decisión deberá llevarse por comunicación simultánea o sucesiva.
- Estas juntas requerirán convocatoria (dependiendo del tipo de junta).
- Las juntas podrán ser universales, ordinarias o extraordinarias.
- La asamblea societaria requerirá que presidente y secretario de la junta se encuentren en el domicilio de la sociedad, debido a que, los socios y accionistas que no deseen participar a distancia lo podrán hacer físicamente.
- Para permitir la participación legítima (solo el asociado a quien le corresponde el derecho), la sociedad deberá implementar un mecanismo de seguridad capaz de asegurarla. El estatuto establecerá los requisitos que cumplirán los socios y accionistas para que puedan participar en una junta híbrida.

- Las personas que participen a distancia serán tomados en cuenta, a efectos de constitución de la junta, como presentes.
- Cuando la junta se realice por medios electrónicos, las personas que participen a distancia podrán (de acuerdo al orden y a las condiciones establecidas en la ley y en el estatuto), intervenir y votar.
- El socio o accionista que participe a distancia tendrá derecho que se le envíe toda información, que le permita tener una participación informada, sobre los puntos a ser tratados en junta ordinaria, extraordinaria o universal.
- El socio o accionista tendrá derecho solicitar aclaraciones, o a que se resuelvan sus dudas, respecto de los puntos del día a ser tratados en la reunión, de la tecnología implementada por la sociedad y de la forma en cómo podrá participar en la junta a distancia.
- El secretario, que redacte el acta, deberá especificar el número y la forma en la que socios y accionistas han participado en la junta, por medios electrónicos. Si los asociados envían sus votos a distancia, el secretario deberá expresarlo en el acta de junta y deberá conservar los documentos a fin de probar la voluntad de los participantes.

4.7 Voto por anticipado y a distancia

El voto a distancia puede considerarse como una evolución al voto por correspondencia, que ha sido aplicado en otros países, como se vio en el estudio de legislación comparada. Las tecnologías permiten que sea más fácil el ejercicio del derecho al voto por estos medios. Como se desarrolló en la investigación, este mecanismo puede ser utilizado de manera preferencial en las sociedades que cotizan sus acciones en el mercado de valores, debido a que, mantener comunicaciones simultáneas o sucesivas con miles de personas requieren de un tipo de tecnologías, que tal vez, no todas puedan asumir pero que les podría convenir el permitir el uso del voto a distancia. Será facultativo para la sociedad implementar un sistema de voto electrónico por a distancia.

Los lineamientos básicos para una posible reforma al marco regulatorio societario para que el voto se conceda, por anticipado, mediante el uso de medios de comunicación a distancia son:

- Siempre que el estatuto lo permita se permitir el voto a distancia.
- El voto a distancia deberá ser tomado en cuenta para la constitución del quórum y la formulación de acuerdos.
- El estatuto tendrá que determinar el mecanismo de seguridad, que permita asegurar y garantizar la identidad del sujeto que ejerce el derecho al voto y la integridad de la información.
- No se requiere comunicación simultánea o sucesiva; no obstante, se debe permitir, en caso que socios o accionistas lo soliciten, dar espacios para intervenir en la junta.
- El voto por anticipado se puede permitir en juntas ordinarias y extraordinarias.
- Siempre existirá convocatoria.
- Si accionistas votan por anticipado, se les deberá comunicar sobre las propuestas alternativas que se presentaron en la junta, permitiéndose que puedan cambiar el sentido de su voto, en caso que deseen hacerlo.
- La sociedad puede facilitar a los socios y accionistas formularios que le permitan votar (es lo más recomendable).
- El accionista tendrá derecho solicitar aclaraciones, o a que se resuelvan sus dudas, respecto de los puntos del día a ser tratados en la reunión, de la tecnología implementada por la sociedad y de la forma en cómo podrá enviar su voto por anticipado. La ley o el estatuto deberá establecer un tiempo razonable para poder formular todas las consultas a los administradores.
- El secretario, que redacte el acta, deberá especificar el número y la forma en la que accionistas han participado en la junta, por medios electrónicos. Si los accionistas envían sus votos a distancia, el secretario lo expresará en el acta de junta y deberá conservar los documentos a fin de probar la voluntad de los participantes.

La reforma a la legislación societaria que permita la ejecución de los actos antes descritos deberá respetar el principio de neutralidad tecnológica. Adicionalmente, la ley deberá, expresamente, dar el debido alcance al principio de equivalencia funcional, señalando que tendrá la misma validez la información contenida en formato electrónico, no únicamente los documentos escritos, como lo señala la Ley de Comercio Electrónico, Firma Electrónica y Mensaje de Datos.

La convocatoria y los derechos de representación e información que se ejerciten por medios electrónicos, serán de obligatorio cumplimiento y reconocimiento, respectivamente, por parte de la sociedad.

Las juntas virtuales, acuerdos sin sesión y voto electrónico se podrán realizar, siempre que el estatuto lo permita, y que la tecnología que implemente la sociedad esté en capacidad de cumplir las condiciones ya descritas.

“La tecnología proporciona mecanismos que permiten desarrollar una relación de confianza entre empresas y terceros, con herramientas como la página web; la página web del inversor y accionista, la junta de accionistas virtual y el voto electrónico” (Carrasco, 2012, p. 168).

CONCLUSIONES

- Las tecnologías y los sistemas de información han beneficiado el funcionamiento de un sinnúmero de actividades humanas. En consecuencia, los ordenamientos jurídicos empiezan rápidamente a cambiar para poder acoplarse a la realidad actual. Se genera la necesidad de hallar herramientas jurídicamente válidas que permitan la ejecución de actos jurídicos eficaces.

Por la rapidez de los cambios que producen las tecnologías, los marcos normativos deben traducirse en un derecho más ágil y eficiente, beneficiándose de las grandes ventajas que las tecnologías brindan a las relaciones sociales.

Los avances tecnológicos a lo largo de la historia han contribuido a la evolución institucional del derecho mercantil. El derecho societario ecuatoriano debe avanzar y permitir mayor practicidad de sus normas, dando paso a un sistema más dinámico, que se acople a la realidad actual. Actualmente, el marco normativo ecuatoriano vigente, en búsqueda de proteger derechos, reviste de formalidades a diferentes actos que podrían simplificarse con el uso de tecnologías seguras que garanticen su ejercicio.

La rapidez con la que se inician y concluyen actos y relaciones jurídicas, son características del mundo empresarial actual. La concentración, velocidad y simplicidad, para una mejor comprensión de la información, son necesarias para poder generar cercanía y dinamismo en las relaciones. El contacto entre la sociedad con socios y accionistas requiere de mecanismos simples, que permitan mayor comunicación.

- Actualmente bajo el marco societario ecuatoriano no es posible la celebración juntas virtuales, o el uso de medios electrónicos en los actos que validan a la reunión. La ley establece exigencias como la presencia

física en el domicilio social de la compañía o el uso de soportes físicos, eliminando la alternativa a cualquier tipo de participación a distancia a través del uso de medios electrónicos.

- En el Ecuador han existido avances respecto al envío de información de manera electrónica al organismo de control de sociedades del Ecuador; la que se encuentra determinada en el artículo tercero de la Resolución 1 de la Superintendencia de Compañías del 22 de enero del 2013. Así como también la creación de un Portal Web Institucional de la Superintendencia de Compañías, reglamentado por la Resolución 3 del 01 de abril de 2013.
- Al regular al organismo supremo de las sociedades, es decir, la junta general, no sólo se norma la dirección de la compañía, sino que también se establece un espacio de ejercicio de derechos, sobre todo, los denominados políticos. La voluntad social nace del consenso de voluntades de los dueños del capital de la sociedad, lo cual, se expresa en las reuniones sociales de socios y accionistas.
- La legislación ecuatoriana contempla la utilización de mensajes de datos, documentos electrónicos y firmas electrónicas, lo que da validez a los actos jurídicos que se realicen por medios electrónicos. Sin embargo, existen leyes, como las societarias, que requieren reformas, para que la incidencia de las tecnologías sea válida, genere los requisitos requeridos y no contravenga a las normas de la materia.
- Las tecnologías brindan la posibilidad que las personas puedan observar, participar e incluso expresar su voluntad a distancia, a través de mecanismos electrónicos. Ellas hacen que, dentro del ámbito societario, el ejercicio de derechos a distancia sea posible. Las juntas virtuales y los acuerdos sin sesión, a nuestro criterio, beneficiarán a las compañías que deseen buscar nuevas formas de adopción de acuerdos.

Adicionalmente, brindarán nuevas alternativas para que socios y accionistas formen parte de una manera más activa en el direccionamiento de la sociedad.

- La identificación de la persona que participa a distancia genera situaciones de relevancia jurídica, por lo que, mecanismos como la firma electrónica (avanzada) permiten garantizar la autenticidad, integridad, durabilidad, no repudio, inalterabilidad y equivalencia funcional, de los documentos que se encuentren en formato electrónico, siendo formas más confiables, incluso, que los medios tradicionales.
- El derecho societario electrónico da paso a un mayor dinamismo en las operaciones internas y externas de las sociedades mercantiles. El envío de información por medios electrónicos, la representación otorgada por medios de comunicación a distancia y la participación a distancia, podrían generar mayores facilidades a socios y accionistas que se encuentren fuera del domicilio donde se encuentre registrada la sociedad y los que se estén fuera del país.
- Países cercanos al Ecuador, como Colombia y Chile, con avances en sus legislaciones respecto del uso de medios electrónicos, en el ámbito societario, demuestran que el Ecuador debe acoplarse a los avances tecnológicos, cuya intervención es cada vez más fuerte en la vida de las personas naturales y jurídicas. La necesidad de actualizar el marco jurídico societario, a la realidad actual, es evidente por los múltiples beneficios que las tecnologías pueden brindar al derecho societario.
- Las tecnologías pueden generar facilidad para conocer el estado real de la sociedad. La publicidad de los actos y la facilidad del accionista para conocer la información de la compañía dan paso a un mayor grado de transparencia de las actividades de las sociedades a cargo de los administradores. El beneficio de transparencia puede ayudar, sobretodo,

por la clase de estructura y de funcionamiento, a las sociedades que cotizan sus acciones en el mercado de valores. La norma societaria no toma en cuenta que la estructura social es diferente, por lo que las normas deben prever que la relación de la sociedad con los asociados no es igual en los diferentes tipos de compañías. La legislación debe tomar en cuenta que mientras más vías de información se ofrezca a los accionistas, mejor será el nivel de fiscalización, a la gestión social, del órgano de gobierno.

- Las tecnologías actuales han producido cambios radicales en las relaciones humanas. No es previsible los cambios que vendrán en el futuro, pero seguramente superaran a la legislación, y a las relaciones mercantiles actuales. En consecuencia, las legislaciones deberán reglarse con un estricto apego a los principios de neutralidad tecnológica y equivalencia funcional. Habrá que tomarse en cuenta que los mecanismos tecnológicos que en la actualidad figuren como seguros y confiables, en poco tiempo serán superados, por lo que deberá darse un espacio a la aparición de cualquier avance futuro.

RECOMENDACIONES

El presente trabajo tiene como finalidad brindar directrices o lineamientos que permitan la celebración de asambleas societarias virtuales y habiliten la participación a distancia de socios y accionistas. El detalle de las recomendaciones se encuentra desarrollado en la propuesta del presente trabajo, en el capítulo cuatro. Sin embargo, puede generalizársela a través de las siguientes recomendaciones:

- Se recomienda que exista una reforma a la Ley de Compañías, al Reglamento de Juntas Generales de Socios y Accionistas de Compañías y otras normas relacionadas para que, a partir del uso de tecnologías, sea posible la participación a distancia de socios y

accionistas. Los medios electrónicos permitirán el ejercicio de los derechos de información, representación, asistencia y voto en las asambleas societarias. Además, se propone que la ley habilite la celebración de juntas netamente virtuales, juntas híbridas, juntas multilocales y acuerdos sin sesión.

- Al regular la participación a distancia y las juntas virtuales, no se lo podrá hacer a través del uso de tecnologías concretas. La legislación deberá respetar estrictamente los principios de neutralidad tecnológica y equivalencia funcional. Así, la legislación podrá acoplarse a los distintos cambios tecnológicos, sin necesidad de que existan constantes reformas a la norma societaria, en este aspecto.
- Las juntas virtuales siempre serán de uso voluntario de las sociedades. De ellas dependerá determinar la tecnología idónea que permitan el ejercicio de derechos a distancia. No obstante, siempre será necesario garantizar la identidad del emisor y utilizar medios capaces de ser probados.
- Las tecnologías que se implementen por las sociedades deben respetar el principio de igualdad de los asociados, por lo que, todos los que decidan participar a distancia lo deberán hacer bajo las mismas condiciones, para que se garantice la igualdad de oportunidades para participar en el direccionamiento de la sociedad. Adicionalmente, si la sociedad habilita la participación a distancia siempre deberá dar la oportunidad a que exista la participación tradicional determinada en la actualidad por la ley de Compañías; salvo que se trate de juntas netamente virtuales, las que se aplicarán únicamente en juntas universales, en las que se deberá probar la participación de todos los socios y accionistas.

- Se recomienda que para protección de los derechos de los socios y accionistas, se permita que la representación e información siempre puedan realizarse a través del uso de medios electrónicos seguros, si el socio o accionista así lo prefiere (sin eliminar la posibilidad de ejercerlos como actualmente está establecido).
- El ejercicio de estos derechos no estará condicionado a que se encuentren expresamente permitidos en los estatutos de las sociedades. La compañía podrá regular los derechos, pero nunca limitarlos.
- Se recomienda que sea imperativo, en las sociedades que cotizan sus acciones en el mercado de valores, el uso de páginas web corporativas para reforzar la transparencia sobre la gestión de los organismos de administración y de los directorios que existan en las compañías. La información que deberá publicarse en las páginas web será determinada por la autoridad competente.

NOTAS

Nota 1: Autores como Rafael Illezcas y Ana Torres, al analizar las disposiciones de la Ley Modelo, han explicado que cuando se expresa la palabra “información”, no debe entenderse desde un concepto reducido y limitado, entendiéndose que se trata solamente de manifestaciones jurídicas. Al contrario, debe entenderse a la información como toda “transmisión por vía electrónica [...] Información, imágenes, textos, sonidos, etc.” (Illezcas, R. 2001. P. 43).

Nota 2: La Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre firmas electrónicas del 2001 ha definido a la firma electrónica como “los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos”; la conceptualización busca no discriminar a ningún tipo de tecnología en particular, para permitir así la incorporación de tecnologías futuras, sin que sea necesario ningún cambio en la legislación interna de cada país.

REFERENCIAS

- Academia Ecuatoriana de Derecho Societario. (2006). *La Compañía Anónima Análisis Sistemático de su Normativa*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales S.A.
- Academia Ecuatoriana de Derecho Societario. (2006) *La Compañía de Responsabilidad Limitada Análisis Sistemático de su Normativa*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales S.A.
- Aguinis, M. (1996). *Control de Sociedades*. Buenos Aires, Argentina: LexisNexis.
- Azar, E. (2005). *La Contratación por Medios Electrónicos*. México D.F., México: Editorial Porrúa.
- Barceló, R. (2000). *Comercio Electrónico entre Empresarios*. Valencia, España: Guada Litografía S.R.L.
- Barzallo, J., Tellez, J., Reyes, P. Amoroso, Y., (Eds).(2012).*XVI Congreso Iberoamericano de Derecho Informático*, Serie Memorias y Debates. Quito, Ecuador.
- Cabanellas, L. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L.
- Cabanellas, G. (1997). *Los Socios. Derechos, Obligaciones y Responsabilidades*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- Carlino, B. (1998). *Firma Digital y Derecho Societario Electrónico*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Carlino, B. (2002). *Reuniones a Distancia Teoría y Práctica Formal*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal- Culzoni
- Carrasco, H. (2000). *Contratación Electrónica y Contratos Informáticos*. Santiago de Chile, Chile: La Ley.
- Código de Procedimiento Civil*. (2005). Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento No. 58 del 12 de julio de 2005.
- Cubillos, R y Rincón, C. (2002). *Introducción Jurídica al Comercio Electrónico*. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda.

- Davara, M. (2007). *Manual de Derecho Informático*. Navarra, España: Thomson Aranzadi.
- Doctrinas Jurídicas Societarias de la Superintendencia de Compañías*. (2013) Quito, Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Escuti, I. (2006). *Sociedades*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Farrez, P. (2005). *Firma Digital*. Buenos Aires, Argentina: Lexis Nexis Editorial.
- Fernández, H. (2004) *Internet su Problemática Jurídica*. (2da. ed.). Buenos Aires, Argentina: LexisNexis Editorial.
- Guisado, M. (2002). El Comercio Electrónico y su Disciplina. Derecho de los Negocios, *Revista Derecho de los Negocios* No. 145. España.
- González, P. (2006). *Equiparación del Comercio Electrónico en el Derecho Civil*. Rosario, Argentina: Nova Tesis Editorial Jurídica.
- Hocsman, H. (2005). *Negocios en Internet*. Buenos Aires, Argentina: Ariel S.A.
- Illescas, R. (2011). *Derecho de la Contratación Electrónica*. Madrid, España: Civitas.
- Jara, A. (Ago, 2011). Las Juntas de Accionistas, Objeto de Innovación. *Revista Chilena de Derecho*. Santiago, Chile.
- Lapique, L. (2008). *El Accionistas en la Sociedad Anónima*. Montevideo, Uruguay: Fundación Cultura Universitaria.
- Leal, H. (1978). *Derecho de Sociedades Comerciales*. Bogotá, Colombia: Leyer.
- Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos*. (2002). Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento No. 557 del 17 de abril de 2002.
- Ley de Compañías*. (1999). Quito-Ecuador: Registro Oficial No. 312 del 5 de noviembre de 1999.
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico*. (1996). Publicación de las Naciones Unidas. Recuperado el 15 de junio de 2013 de: www.uncitral.org/uncitral_texts/electronic_commerce.html
- Martínez, A. (2011). *Comercio Electrónico, Firma Digital y Autoridades de Certificación*. Madrid, España: Civitas Ediciones S.L.

- Mateu de Ros, R. y Cendoya, J. (2000). *Derecho de Internet, Contratación Electrónica y Firma Digital*. Navarra, España: Aranzadi S.A.
- Molina, E. (2011). *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Derecho Informático*. Buenos Aires, Argentina: La ley.
- Muñoz, P. (2005). *Nuevas Tecnologías en el Funcionamiento de las Juntas Generales y de los Consejos de Administración*. Navarra, España: Thomson Civitas.
- Olivera, N. (2010). Estado de la Cuestión en la Relación entre Derecho e Informática. Recuperado el 15 de junio de 2013 de: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/21016/Documento_completo.pdf?sequence=1
- Pérez, A. (1996). *Manual de Informática y Derecho*. Barcelona, España: Ariel S.A.
- Ramírez, C. (2011). *Manual de Práctica Societaria*. (4.ª ed.). Loja, Ecuador.
- Recalde, A. (2009). Consideraciones de Política-Jurídica Sobre el Ejercicio de los Derechos de Voto, Asistencia y Representación a Distancia (Incluido el Voto Electrónico) en las Sociedades Anónimas Españolas. *Revista de Estudio de Derecho Societario No. 10*. Guayaquil, Ecuador.
- Recalde, A. (2007). (Junio, 2007) Incidencia de las Tecnologías de la Información y Comunicación en el Desarrollo de las Juntas Generales de las Sociedades Anónimas Españolas. *IrDret Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, España.
- Reglamento a la Ley de Comercio Electrónico*. (2002). Quito-Ecuador: Registro Oficial No. 735 del 31 de diciembre de 2002.
- Reglamento de Juntas Generales de Socios y Accionistas de Compañías*. (2002). Quito-Ecuador: Registro Oficial No. 558 del 18 de abril de 2002.
- Reglamento de Juntas Generales de Accionistas de Compañías de Seguros*. (2001). Quito-Ecuador: Registro Oficial No. 268 del 16 de febrero de 2001.
- Reglamento de Juntas Generales de Accionistas, Compañías de Financieras*. (1983). Quito-Ecuador: Registro Oficial No. 558 del 28 de septiembre de 1983.

- Resolución Convocatoria a Juntas Generales de Compañías.* (2002). Quito-Ecuador: Registro Oficial No.494 del 15 de enero de 2002.
- Reyes, F. (2006). *Derecho Societario en Estados Unidos.* (3.ª Ed) Bogotá; Colombia: Legis.
- Rico, M. (2007). *Derecho de las Nuevas Tecnologías.* Buenos Aires, Argentina: La Roca.
- Rodríguez de las Heras, T y García, M. (2010). *El Impacto de las Nuevas Tecnologías en las Sociedades Mercantiles.* Madrid, España: Hammurabi.
- Salgado, R. (2006). *Nuevo Manual de Derecho Societario.* Quito, Ecuador.
- Segura, D. (junio, 2002). *La Regulación de la Firma Electrónica: Modificaciones Introducidas por el Borrador del Anteproyecto de Ley en Relación al Real Decreto-Ley 14-1999.* Recuperado el 20 de junio de 2013 de: <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero0/moreno.pdf>
- Serrano, R. (2011). *Asambleas Societarias Virtuales.* Buenos Aires, Argentina. Recuperado el 03 de marzo de 2013 de: <http://www.eldial.com>
- Sierra, M. (2009). *Garantías al Ejercicio de los Derechos del Accionista por Medios Electrónicos. Jornada Internacional Reflexiones sobre la Junta General de las Sociedades de Capital.* Madrid, España.
- Tajan, G. (2011) *El uso de Tecnologías de la Información y Comunicación en el Ámbito Societario.* Buenos Aires, Argentina. Recuperado el 03 de marzo de 2013 de: <http://www.eldial.com>
- Torres, A. (2012). *Principios Fundamentales del Comercio Electrónico.* Bogotá, Colombia: Temis S.A.
- Villegas, C. (1995). *Tratado de las Sociedades.* Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Zamafiel, V. *Reuniones (Societarias) a Distancia.* Recuperado el 15 de marzo de 2013 de: <http://www.derecho-comercial.com>

ANEXOS

Anexo 1

14960

LA JUSTICIA URUGUAYA

grado. Notifíquese y devuélvase, con copia para la Sra. Juez (H. fictos cada parte \$ 5.000).

Castro - Minvielle - Bello

Vázquez - DISCORDE. Por los siguientes fundamentos:

1) Sin dejar de desconocer que podría sostenerse que la actora actúa en calidad de distribuidora de los artículos deportivos para Puma A.G. Alemania, lo que llevaría a desecharse la excepción de falta de legitimación.

2) En el caso, la redacción del contrato del 25/03/1998 de fs. 8/9, sobre todo de la parte inicial del mencionado, hace admisible la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada (fs. 31 punto 1), siendo compartible lo señalado por la a-quo, en la sentencia recurrida, por lo que la confirmaría.

Esc. da Misa, Sec.

Tomo 131 Año 2005

LJU CASO 14960

SOCIEDADES COMERCIALES

+ Sociedades anónimas

++ Accionistas

+++ Derechos

++++ Derecho de información

+++++ Naturaleza y alcance

+++++ No es irrestricto y no debe confundirse con el derecho de fiscalización

El contenido y alcance del derecho surge del art. 321 de la Ley 15060; no es irrestricto ni tampoco debe confundirse con el derecho de fiscalización, debiendo entenderse razonablemente satisfecho si se suministra al accionista información sobre los aspectos enumerados en la norma legal.

> T.A.C. 1º T.; Nº 289/03; Fecha: 8/X/03

>> (Vázquez, Salvo, Castro -r-)

>>> Segunda Instancia

>>>> L.C. I CUTCSA

LJU CASO 14960

+++++ La información que legalmente debe brindarse (información predispuesta) puede ser complementada a requerimiento del accionista

La "información predispuesta" puede ser completada por la que requieran los accionistas previamente o en la propia asamblea, antes de llegar al punto de impugnar una resolución de asamblea por falta de información. Incluso ante la resistencia a informar existe una acción judicial que no excluye la adopción de medidas cautelares que podrán, incluso, suspender la asamblea hasta que se subsane la falta de información.

> T.A.C. 1º T.; Nº 289/03; Fecha: 8/X/03

>> (Vázquez, Salvo, Castro -r-)

>>> Segunda Instancia

>>>> L.C. I CUTCSA

LJU CASO 14960

+++++ Inobservancia

+++++ Puede ser completada por la que requiera el accionista y procede medida cautelar de suspensión de asamblea hasta que se brinde la misma

La "información predispuesta" puede ser completada por la que requieran los accionistas previamente o en la propia asamblea, antes de llegar al punto de impugnar una resolución de asamblea por falta de información. Incluso

ante la resistencia a informar existe una acción judicial que no excluye la adopción de medidas cautelares que podrán, incluso suspender la asamblea hasta que se subsane la falta de información.

> T.A.C. 1º T.; Nº 289/03; Fecha: 8/X/03

>> (Vázquez, Salvo, Castro -r-)

>>> Segunda Instancia

>>>> L.C. I CUTCSA

LJU CASO 14960

+++++ Puede ser causal de impugnación de decisiones assemblearias

No caben dudas de que el derecho de información, aun que no esté incluido en la Ley 15060, art. 319, es uno de los derechos fundamentales del accionista y que la falta de información viciada, completa y tempestiva sobre los temas a decidir en las asambleas de accionistas configura una razón de mérito para amparar la impugnación de las decisiones que se adoptan en tales condiciones.

Cf. doc. Pérez, S. (Rev. Judicatura Nº 34 p. 97 y ss); Jiménez de Aréchaga, M. (ADCom. T. IX p. 363); Turcato, G. ("Derechos fundamentales de los accionistas" en L.J.U. #103, 2, 19)

> T.A.C. 1º T.; Nº 289/03; Fecha: 8/X/03

>> (Vázquez, Salvo, Castro -r-)

>>> Segunda Instancia

>>>> L.C. I CUTCSA

LJU CASO 14960

++++ Derecho a fiscalizar la gestión de los negocios sociales

++++ Concepto y régimen jurídico

Si el problema no es de información sino de fiscalización, pues se trata de confrontar los datos aportados con una efectiva inspección de la administración, ha de recordarse que en las sociedades anónimas existe órgano de control interno a quien corresponde tal responsabilidad; todo ello, sin perjuicio de la impugnación en la asamblea o por el ejercicio ulterior de la acción judicial.

Cf. doc. Jiménez de Aréchaga, M. (Rev. Judicatura Nº 34 p. 135); Rodríguez Olivera, Nuri ("Derecho de los accionistas a fiscalizar la gestión de los negocios sociales" en L.J.U. #113, 2, 79)

> T.A.C. 1º T.; Nº 289/03; Fecha: 8/X/03

>> (Vázquez, Salvo, Castro -r-)

>>> Segunda Instancia

>>>> L.C. I CUTCSA

LJU CASO 14960

++ Asamblea de accionistas

+++ Impugnación de las resoluciones de las asambleas

++++ Aplicaciones prácticas

+++++ Por violación del derecho a la información de los accionistas

+++++ Carga de la prueba

+++++ Corresponde al accionante de acuerdo con los principios generales

Tratándose de un punto controvertido, correspondía al accionante la carga de la prueba (CGP, art. 139), por lo que debía aportar elementos de convicción, según el criterio de sana crítica, para sustentar su afirmación básica: la violación del derecho a la información de los accionistas como razón suficiente para dejar sin efecto las decisiones impugnadas.

> T.A.C. 1º T.; Nº 289/03; Fecha: 8/X/03

>> (Vázquez, Salvo, Castro -r-)

>>> Segunda Instancia

>>>> L.C. I CUTCSA

LJU CASO 14960

Sentencia Nº 289.

Min. Red.: Dra. Castro.

Montevideo. 8 de octubre de 2003.

VISTOS:

Para sentencia de segunda instancia los autos acumulados "C.L. c/ C.U.T.C.S.A. - Impugnación de asamblea" ficha 120/2003, provenientes del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 14º Turno (fichas 282/2201 y 283/2001) en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia definitiva Nº 18/03 del 27/3/03, dictada por la Dra. Beatriz Venturini (fs. 543/563).

RESULTANDO:

1) Que la decisión recurrida desestimó las impugnaciones; sin imponer condenas procesales y, contra esa decisión, la parte actora interpuso recurso de apelación (fs. 568/602), siendo contestados agravios por la contraparte (fs. 605/616) y, franqueada la apelación, los autos fueron elevados al Tribunal, que los recibió el 12/6/03.

2) Que, completado el expediente con la documentación requerida, luego del estudio sucesivo, de acuerdo con lo dispuesto por el C.G.P. art. 200, se acordó anticipar el dictado de sentencia.

CONSIDERANDO:

I) Que la Sala, con el voto coincidente de sus miembros, confirmará la decisión impugnada, ya que los agravios articulados no arriban a conmovir el fundamento que la sustenta.

II) Que inicialmente corresponde puntualizar que el recurso de apelación es un medio impugnativo concedido al litigante que ha sufrido agravio por una sentencia, para obtener que otro tribunal de grado superior analice y, eventualmente, rectifique la decisión sobre los aspectos en que ha sido objeto de impugnación señalando las razones por las cuales se entiende errada (Couture: Fundamentos, p. 351 y sgtes.; Rivas: Tratado de los recursos ordinarios, tomo I, p. 235).

De donde se deduce que el objeto de la segunda instancia está limitado a los agravios articulados por el recurrente en relación a las cuestiones planteadas en la primera instancia y que la expresión de agravios ha de consistir en una crítica razonada y fundada de la decisión recurrida y sus fundamentos, quedando excluidos de la revisión en alzada tanto los temas que no fueron objeto de la pretensión deducida como las críticas que no aparezcan fundadas en pruebas y argumentos razonables.

III) Que, desde esa perspectiva, conviene reseñar que la sentencia definitiva que se impugna resuelve las pretensiones de impugnación deducidas por el actor en dos juicios iniciados sucesivamente en Civil 22º (ficha 248/99) y Civil 21º (269/00) que, luego de ser derivados a Civil 14º, fueron acumulados por decisión judicial recaída en el primero, que quedó firme (fs. 272), todo ello antes de dar traslado de la demanda.

De ese modo, el objeto del proceso acumulativo es la impugnación de cuatro resoluciones de asambleas de accionistas de C.U.T.C.S.A. a saber: a) aprobación de la memoria del Directorio, del balance, del informe de la Comisión Fiscal y del Síndico e informe de la Comisión Fiscal del Fondo de Reposición y Amortización -F.R.A.- del ejer-

cicio 1/8/95 a 31/7/96, en asamblea ordinaria del 29/5/99 (punto 2 del orden del día); b) aprobación de la memoria del Directorio, del balance, del informe de la Comisión Fiscal y del Síndico e informe de la Comisión Fiscal del F.R.A. del ejercicio 1/8/98 a 31/12/98, en la misma asamblea ordinaria de 29/5/99 (punto 3 del orden del día); c) modificación de la reglamentación del F.R.A. aprobada en asamblea extraordinaria del 29/5/99 (punto 2 del orden del día); y d) aprobación de la memoria del Directorio, del balance, del informe de la Comisión Fiscal y del Síndico e informe de la Comisión Fiscal del F.R.A. todo del ejercicio 1999, en asamblea ordinaria del 17/6/00 (punto 3 del orden del día).

Como fundamento de la impugnación, el actor apelante sostuvo que los accionistas carecieron de información necesaria para adoptar todas y cada una de esas decisiones de asamblea. De ese modo, siguiendo una tendencia firme en doctrina y jurisprudencia, afirmaba tácitamente que la falta de información veraz y oportuna afecta el correcto ejercicio del derecho de voto de los accionistas.

Explicitando los aspectos sobre los que -a su juicio- la información fue inadecuada señaló que a) no se informó sobre el rubro "insuficiencia del servicio"; b) no se incluyó de modo consolidado información sobre el Fondo de Reposición y Amortización (F.R.A.) ni sobre el manejo de tales recursos; c) tampoco se explicó la cotización del paquete accionario de Tamley S.A. -sociedad controlada- que integra el activo de C.U.T.C.S.A.

Importa puntualizar que aunque en ambas demandas el actor formula duras críticas a la gestión de la empresa, especialmente relacionadas con el manejo financiero (atraso en el pago de las cuotas de leasing, utilización de los fondos del F.R.A. con otras finalidades, ocultamiento de pérdidas originadas en la gestión, etc.) sin disimular su desaprobación, la impugnación no ha sido fundada en esas circunstancias, limitándose a cuestionar sólo la alegada desinformación de los accionistas.

IV) Que, en tanto que su expresión de agravios reitera idéntica consideración, fundando la crítica de la sentencia en una incorrecta valoración de la prueba, que habría impedido a la decisora del grado concluir la violación del derecho a la información, debe precisarse que, tratándose de un punto controvertido por la demandada, correspondía al accionante la carga de la prueba (CGP art. 139), por la que debía aportar elementos de convicción, según un criterio de sana crítica, para sustentar su afirmación básica: la violación del derecho a la información de los accionistas, como razón suficiente para dejar sin efecto las decisiones impugnadas.

V) Que, en principio, no caben dudas de que el derecho de información -aunque no esté incluido en Ley 16060 art. 319- es uno de los derechos fundamentales del accionista y que la falta de información veraz, completa y tempestiva sobre los temas a decidir en las asambleas de accionistas, configura una razón de mérito para amparar la impugnación de las decisiones que se adopten en tales condiciones (Pérez, S.: "Aspectos del derecho de información

l accionista" en *Judicatura* 34, p. 97 y sgtes; Jiménez de Aréchaga, M.: "El derecho a la información del accionista de la sociedad anónima en la doctrina y en la jurisprudencia" en A.D.C. tomo 9 p. 363; Turcatti: "Derechos fundamentales de los accionistas" en LJU tomo 103, sec. Doctrina p. 19/32; y Civil 9º, S. 9/99 de 26/3/99. agregada a fs. 5/ del acumulado).

Pero, a la vez, ha de admitirse que ese derecho de información tiene un contenido y alcance que, en nuestro derecho, ha sido legalmente establecido por la Ley Nº 16060 art. 321. De modo que el derecho ni es irrestricto, ni tampoco debe confundirse con el derecho de fiscalización, debiendo entenderse razonablemente satisfecho si se suministra al accionista información sobre los aspectos numerados en la norma legal citada. Tratándose del balance, memoria del directorio e informe de la Comisión Fiscal, debe tenerse presente que existen normas expresas que regulan la forma y oportunidad de presentación (Ley Nº 16060 arts. 87 y ss.). Obviamente, los datos que se aportan en esa documentación deben reflejar con la mayor exactitud posible la real situación patrimonial de la empresa, así como informar cabalmente sobre la gestión cumplida por los órganos de dirección.

Esa "información predispuesta" puede ser completada por la que requieran los accionistas, previamente o en una propia asamblea, antes de llegar al punto de impugnar una resolución de asamblea por falta de información. Incluso ante la resistencia a informar, existe una acción judicial que no excluye la adopción de medidas cautelares que podrían, incluso, suspender la asamblea hasta que se subsane la falta de información.

Si el problema no es de información sino de fiscalización, pues se trata de confrontar los datos aportados con una efectiva inspección de la administración social, a fin de verificar si hay real correspondencia entre ambos; ha de recordarse que en las sociedades anónimas donde existe órgano de control interno -como es el caso- esa tarea compete a ese órgano, sindicatura o comisión fiscal, y compromete su responsabilidad (Ley Nº 16060 arts. 321 num. 3, 397 y 406). Todo ello sin perjuicio de la impugnación en la asamblea o por el ejercicio ulterior de la acción judicial que aquí se promueve (Jiménez de Aréchaga, M.: "La acción, social de impugnación judicial de las resoluciones de la asamblea en una sociedad anónima" en *Rev. Judicatura* 34; Rodríguez, N.: "Derecho de los accionistas a fiscalizar los negocios sociales" en LJU tomo 113 sec. Doctrina p. 79/99).

VI) Que, en el caso, el cuestionamiento del actor a los estados contables apunta a algún aspecto formal -el modo de presentación de alguna cuenta o del estado consolidado- pero, esencialmente, se basa en que, tanto allí como en la propuesta de modificación del reglamento del F.R.A., no se habría dado a los accionistas información completa y exacta, en suma, veraz.

Y en ese aspecto, asiste razón a la decisora de primer grado, cuando señala que el actor no aportó prueba en sustento de la alegada violación del derecho de información.

Con los elementos obrantes en autos -y particularmente sin apoyo de un dictamen pericial como el que se recabó en la causa anterior- no resulta posible concluir que la información aportada es insuficiente o falta de veracidad.

No basta con que algunos testigos expresen no entender bien la información contable -de indudable carácter técnico- o que expresen su desacuerdo con lo resuelto en las asambleas. Era necesario acreditar que la información no reunía las exigencias legalmente necesarias y, por esa causa, no llegaba a informar cabalmente al accionista que se interesará en comprenderla para poder votar con conocimiento de causa. Esa prueba es la que no se aportó y la que justifica la desestimatoria recaída en primera instancia, así como la confirmatoria de este segundo grado.

Cabe relevar que el accionante no sólo invoca ser accionista sino que expresa ser integrante de la Comisión Fiscal, de modo que es posible suponer que tuvo mejores oportunidades que los demás accionistas para recabar y fiscalizar la información con anterioridad a las asambleas cuestionadas, de modo de informar a la asamblea y ejercitar útilmente su derecho a oponerse a las decisiones que impugna.

VII) Que otros aspectos que aborda el recurrente en su expresión de agravios, tales como la falta de cumplimiento de la sentencia dictada en el juicio anterior tramitado en Civil 9º; la irrelevancia de que sea el único impugnante, la mala gestión de la administración social, no tienen el efecto de revertir la decisión recaída que se confirma.

Cabe señalar que la sentenciante no rechazó la impugnación por ser el actor el único impugnante, sino que se limitó a señalar esa circunstancia como demostrativa de que la alegada falta de información no fue percibida por otros accionistas, que no necesitaron ni requirieron mayor información ni adhirieron a esta acción de impugnación.

Tampoco se trata de obtener el cumplimiento de aquella sentencia ejecutoriada, para lo cual debería haberse acudido ante la sede que la dictó y pedir derechamente su cumplimiento. No ha arribado el apelante a probar que no hubo mejor información, habida cuenta de que -como releva la decisora del grado- se aportó información complementaria a los accionistas.

Por último, si se hubiera querido impugnar la gestión de las autoridades sociales por considerar que configura mala gestión del interés social, debieron seguirse las reglas aplicables, que exigen demostrar que las decisiones adoptadas fueran lesivas para el interés social u otros derechos de los accionistas.

VIII) Que el carácter complejo y opinable del tema determina que no corresponda imponer condena en costas y costos.

Por cuyos fundamentos, el Tribunal FALLA:

Confirmase la sentencia recurrida, sin especial condena por el grado. Notifíquese y devuélvase con copia para la Sra. Juez (H. fictos de segunda instancia \$ 5.000 cada parte),

Vázquez - Salvo - Castro
Esc. da Misa, Sec.

Anexo 2

REGLAMENTO DE JUNTAS GENERALES DE SOCIOS Y ACCIONISTAS DE COMPAÑIAS

TIPO DE NORMA: Resolución de la Superintendencia de Compañías 5

TIPO DE PUBLICACIÓN: Registro Oficial 558

FECHA DE PUBLICACIÓN: 18-abr-2002

ESTADO: Vigente

Ultima Reforma: 31-dic-2008

Dr. Xavier Muñoz Chávez
SUPERINTENDENTE DE
COMPAÑIAS

Considerando:

Que es menester incorporar sendas reformas en los Arts. 5 y 6 del Reglamento sobre Juntas Generales de Socios o Accionistas de las Compañías de Responsabilidad Limitada, Anónimas, en Comandita por Acciones y de Economía Mixta, expedido mediante Resolución No. 00.1.1.3.001 de 3 de enero del 2000, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 360 de 13 de los mismos mes y año, reformas que en ambos casos, tienen que ver

con la convocatoria especial e individual a los comisarios de las compañías antes mencionadas;

Que, el Art. 433 de la Ley de Compañías faculta al Superintendente del ramo expedir las resoluciones y reglamentos que estime necesarios para el buen gobierno, vigilancia y fiscalización de las compañías sometidas a su control; y,

En ejercicio de las atribuciones que le confiere la ley.

Resuelve:

Expedir el siguiente REGLAMENTO SOBRE JUNTAS GENERALES DE SOCIOS Y ACCIONISTAS DE LAS COMPAÑIAS DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, ANONIMAS, EN COMANDITA POR ACCIONES Y DE ECONOMIA MIXTA.

CAPITULO I
DE LA CONVOCATORIA

Art. 1.- Contenido de la convocatoria.- La convocatoria contendrá:

- a) El llamamiento a los socios o accionistas de la compañía, con la expresa mención del nombre de la misma;
- b) El llamamiento a los comisarios u órganos de fiscalización, de conformidad con el artículo sexto de este reglamento;
- c) La dirección precisa y exacta del local en el que se celebrará la reunión, que estará ubicado dentro del cantón que corresponda al domicilio principal de la compañía;
- d) La fecha y hora de iniciación de la junta. Tal hora deberá estar comprendida entre las 08h00 y las 20h00;
- e) La indicación clara, específica y precisa del o de los asuntos que serán tratados en la junta, sin que sea permitido el empleo de términos ambiguos o remisiones a la ley, a sus reglamentos o al estatuto, y tratándose de uno o más de los actos jurídicos a los que se refiere

el artículo 33 de la Ley de Compañías, la mención expresa del acto o actos que ha de conocer y resolver, la junta general en la reunión respectiva;

f) En caso de que la junta vaya a conocer los asuntos a los que se refiere el numeral 2) del Art. 231 de la Ley de Compañías, las indicaciones tanto de la dirección precisa y exacta del local en el que se encuentran a disposición de socios o accionistas los documentos señalados en el Art. 292 de la misma ley, como de que la exhibición de tales documentos está llevándose a cabo con quince días de anticipación a la fecha en que deba celebrarse la junta que ha de conocerlos; y,

g) Los nombres, apellidos y función de la persona o personas que hacen la convocatoria de conformidad con la ley y el estatuto. La convocatoria llevará la firma autógrafa del convocante y se archivará en el expediente de la junta respectiva.

Art. 2.- Dimensiones y título de la convocatoria.- Cuando la convocatoria deba hacerse por la

prensa, se publicará en uno de los periódicos de mayor circulación en el domicilio principal de la compañía, mediante aviso, cuya dimensión mínima deberá ser de dos columnas por ocho centímetros.

En el aviso deberá constar, con letras muy visibles, el siguiente encabezamiento:

"CONVOCATORIA A JUNTA GENERAL (DE SOCIOS, si la compañía es de responsabilidad limitada o DE ACCIONISTAS, si es anónima, en comandita por acciones o de economía mixta), DE... (nombre de la compañía).

Art. 3.- Tiempo entre la convocatoria y la celebración de la junta.- Salvo que una norma estatutaria estableciere plazo mayor, entre la fecha de publicación o notificación de la convocatoria y la de reunión de la junta general, mediarán por lo menos 8 días. En dicho lapso no se contará la fecha de publicación o notificación de la convocatoria, ni la de celebración de la junta. Para la publicación o notificación de la convocatoria y el cómputo del plazo

son hábiles todos los días.

Art. 4.- Tiempo para la segunda o tercera convocatorias.- De no haberse realizado la reunión de la junta general en primera convocatoria, o de haberse realizado y luego clausurado por falta de quórum de presencia, sin que se hayan evacuado todos los puntos del orden del día, la segunda convocatoria no podrá demorar más de treinta días, contados desde la fecha fijada para la primera reunión y deberá realizarse mediante nuevo aviso o comunicación, según el caso, hechos con sujeción a lo dispuesto en los artículos anteriores.

Cuando en las compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, hubiere lugar a la tercera convocatoria, ésta no podrá demorar más de sesenta días contados desde la fecha fijada para la primera reunión, y se hará mediante nuevo aviso con arreglo a las normas antes expuestas.

Al tratarse de la última convocatoria

posible, es decir, de segunda o tercera convocatoria, según el caso, se hará constar que la junta se celebrará con el número de socios o accionistas que concurran.

Si la junta hubiere quedado inconclusa, en la segunda convocatoria, o en la tercera, según corresponda, solo figurarán el punto o puntos por conocerse y resolverse, y ello no se tendrá, en ningún caso, como modificación del objeto de la reunión.

Art. 5.- Solicitud para que el Superintendente convoque a junta.- El o los socios o accionistas que desearan ejercer el derecho que les confiere el artículo 212 de la Ley de Compañías, o que estuvieren en el caso de ejercer el derecho prescrito en los artículos 120 y 213, respectivamente, de la misma ley, justificarán ante el Superintendente de Compañías la presentación de la solicitud en que piden a los órganos administrativos o de fiscalización, según el caso, la convocatoria a Junta General.

Si se tratare de la convocatoria

pedida al administrador o al organismo directivo de la compañía, según los artículos 120, 212 y 213 de la Ley de Compañías, el plazo máximo para que se celebre la respectiva Junta General, será el de 30 días contados a partir de la fecha en que se hubiere efectuado la convocatoria.

Si las convocatorias solicitadas conforme a los artículos 120, 212 y 213 de la Ley de Compañías no se efectuaren por parte de los administradores o de los comisarios de las compañías, de conformidad con lo previsto en los mencionados artículos, o si dichas convocatorias se realizaren violando de alguna forma los artículos 119 o 236 de la referida ley, o cualquiera de las disposiciones de este artículo, el o los socios o accionistas que hubieren pedido la convocatoria respectiva podrán solicitar al Superintendente que convoque a la Junta General correspondiente. Para que el Superintendente de Compañías disponga la convocatoria, el o los peticionarios deberán previamente comprobar que han agotado el procedimiento

establecido en las normas de los artículos 120, 212 y 213 de la Ley de Compañías.

En las convocatorias que hicieren los administradores o comisarios o bien la Superintendencia de Compañías deberán transcribirse los asuntos que los solicitantes indiquen en su petición, sin que sea posible modificación alguna, excepto si se tratare de asuntos contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres.

En las convocatorias que hiciera la Superintendencia en aplicación de lo dispuesto en los artículos 212 y 213 de la Ley de Compañías en concordancia con lo prescrito en el numeral 6 del artículo 247, no se requerirá que los comisarios sean convocados especial e individualmente según el artículo siguiente.

Nota: Artículo sustituido por Resolución de la Superintendencia de Compañías No. 11, publicada en Registro Oficial 498 de 31 de Diciembre del 2008.

Art. 6.- Forma de convocar a los comisarios.- Los comisarios serán convocados especial e individualmente en el mismo aviso en el que se haga el llamamiento a junta general a los socios o accionistas de la compañía.

El requisito de la especialidad en la convocatoria se cumplirá con el llamamiento expreso a los comisarios a reunión de junta general, y el de su individualización, con la mención en ella, de modo también expreso, de los nombres y apellidos de cada uno de ellos.

Si en los casos previstos por la ley, el comisario convocare a la junta general, la convocatoria deberá hacerse en la forma señalada por el Art. 236 de la Ley de Compañías y este reglamento. De ocurrir aquello, el comisario convocante prescindirá de lo dispuesto en los incisos anteriores.

Art. 7.- Petición para que el Superintendente o su delegado asista a junta.- La petición en la que se solicite la concurrencia del Superintendente de Compañías o

de su delegado a junta general de una compañía sujeta al control total o parcial de la institución, deberá ser presentada al menos con 48 horas de anticipación respecto de la hora en que deba comenzar la junta. La solicitud podrá formularla cualquier socio o accionista de la compañía.

A la petición se acompañará copia de la convocatoria.

CAPITULO II DEL QUORUM DE INSTALACION Y DE LA MAYORIA DECISORIA

Art. 8.- Actos preparatorios.- El Secretario o, a falta de este, cualquier administrador de la compañía o, en su falta, el delegado de la Superintendencia de Compañías, comenzará a formar la lista de asistentes al principiar la hora para la que fue convocada la reunión y dejará constancia de que se ha completado el quórum de instalación en el momento en que ello ocurra. Transcurrida una hora desde aquella que fue señalada en la convocatoria, sin que se haya obtenido el quórum, la junta se

tendrá por no realizada y el secretario o quien hiciere sus veces, dejará constancia escrita del particular.

Art. 9.- Elaboración de la lista de asistentes.- La elaboración de la lista de asistentes se fundamentará en el libro de participaciones y socios, al tratarse de las compañías de responsabilidad limitada, y en el libro de acciones y accionistas, al tratarse de las compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta. Para tales efectos los administradores deberán llevar a la junta, bajo su responsabilidad, el libro correspondiente.

A falta de la presentación de estos libros, con fundamento en lo dispuesto en el Art. 178 de la Ley de Compañías, la elaboración de la lista de asistentes se hará a base de la presentación de los títulos de acción correspondientes, si la compañía fuera anónima, en comandita por acciones o de economía mixta. Si la compañía fuera de responsabilidad limitada, con fundamento en ese artículo y en el Art. 142 de la misma ley, tal lista

se elaborará de acuerdo con las copias certificadas de las escrituras públicas respectivas.

En las compañías anónimas o de economía mixta cuyas acciones se encuentren registradas en una bolsa de valores o en otro mecanismo centralizado de negociación, la lista de asistentes también podrá basarse en la nómina que para el efecto extienda el depósito centralizado de compensación y liquidación de valores, a cuyo cargo se halle el libro de acciones y accionistas.

Tratándose de participaciones o de acciones de propiedad de cónyuges, la representación de las mismas tendrá aquel que conste inscrito como socio o accionista en el respectivo libro.

Salvo el caso de los padres que comparecieren representando a un hijo menor no emancipado, los representantes legales y convencionales de las personas naturales y jurídicas justificarán su calidad. En caso de duda, el Presidente o el Secretario podrá

exigir la debida identificación de un asistente.

Art. 10.- Quórum de instalación.- En las compañías de responsabilidad limitada el quórum de instalación de la junta general se formará en función del capital social. En las compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, tal quórum se establecerá sobre la base del capital pagado representado por las acciones que tengan o no derecho a voto.

Art. 11.- Iniciación y continuación de la junta.- La sesión no podrá instalarse ni continuar validamente sin el quórum señalado en la ley o en el estatuto, según se trate de primera o de segunda convocatoria a junta general de cualquier compañía sujeta al control de la Superintendencia de Compañías, o bien de tercera, en los casos expresamente previstos en el Art. 240 de la Ley de Compañías para las compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta.

Art. 12.- Compañías con socio o

accionista único.- En las compañías cuyas acciones o participaciones pertenezcan a una sola persona, las juntas generales se instalarán con la asistencia del socio o accionista único.

Art. 13.- Alcance del Art. 243 de la Ley de Compañías.- Las prohibiciones constantes en el Art. 243 de la Ley de Compañías, no serán aplicables en los casos en que las acciones o participaciones emitidas por la compañía pertenezcan a un solo accionista o socio. Tampoco lo serán en los casos en que todos los socios o accionistas de una compañía fueren administradores o miembros de los órganos de administración o de fiscalización.

Las prohibiciones de votar antes aludidas no se computarán, bajo ninguna consideración, como abstenciones, en el momento en que Secretaría proclame los resultados de las votaciones en que tales prohibiciones tengan incidencia.

No obstante lo dispuesto en el

inciso que antecede, los administradores o miembros de los órganos de administración o fiscalización que fueren socios o accionistas de la compañía podrán intervenir en las discusiones previas a las votaciones relativas a la aprobación de balances, deliberaciones inherentes a su responsabilidad u operaciones en que tengan intereses opuestos a los de la compañía.

Art. 14.- Quórum de decisión.- En las compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, las decisiones se adoptarán con las mayorías previstas en la Ley de Compañías o en el estatuto, según el caso, en base a las acciones con derecho a voto y en proporción a su valor pagado. Salvo las excepciones legales, estas mayorías se computarán en relación con el capital pagado concurrente que tuviere derecho a voto.

En las compañías de responsabilidad limitada las resoluciones se tomarán con las mayorías establecidas en la Ley de

Compañías o en el estatuto, según el caso, y tales mayorías se computarán en relación con el capital social concurrente a la sesión, si así se hubiere establecido en el estatuto. De no ser este el caso, las resoluciones se tomarán con la mayoría de socios presentes.

Adoptada una resolución con el quórum legal o estatutario, ésta tendrá validez sin que la afecte el posterior abandono de uno o más socios o accionistas que dejen sin quórum a la junta.

CAPITULO III DE LA REPRESENTACION CONVENCIONAL

Art. 15.- Representación mediante poder.- Los socios o accionistas podrán hacerse representar en la junta general por otra persona, mediante, poder general o especial, incorporado a instrumento público o privado.

Art. 16.- Indivisibilidad de la representación.- La representación es indivisible y por lo tanto no podrá concurrir, deliberar y votar en junta

más de un representante por el mismo representado. Tampoco podrán concurrir a la junta el representante y el representado, a menos que este último lo haga representando los derechos de un tercero.

Podrá el socio o accionista asistir a la junta acompañado, en total, de dos asesores legales o económico - financieros, pero ninguno de éstos podrá intervenir en las discusiones que se promovieren durante la reunión, ni votar en ellas a nombre de su asesorado.

Los socios o accionistas que estuvieren representados pueden, en cualquier momento, incorporarse a la junta general y reasumir directamente el ejercicio de sus derechos; en tal caso, no podrán modificar el voto ya emitido a su nombre por su representante, salvo que la junta haya resuelto la reconsideración del asunto correspondiente.

Art. 17.- Contenido del instrumento privado de representación.- El instrumento privado por el cual el

socio o accionista encargue a otra persona que le represente en junta general se dirigirá a quien se indique en el estatuto y, en silencio de este, al Gerente y, a falta de éste, al representante legal de la compañía. Dicho instrumento contendrá, por lo menos:

- a) Lugar y fecha de emisión;
- b) Nombre de la compañía de que se trate;
- c) Nombre y apellidos del representante. Si este fuere persona jurídica, su nombre y el nombre y apellidos de su representante legal. Se agregará copia certificada del nombramiento de dicho representante;
- d) Determinación de la junta o juntas respecto de las cuales se extiende la representación; y,
- e) Nombre, apellidos y firma autógrafa del socio o accionista y, si fuere del caso, de su representante legal o apoderado.

Si el instrumento privado lo extendiere un apoderado, se acompañará a el copia certificada del poder que le permita conferir la delegación.

Art. 18.- Prohibiciones para el ejercicio de la representación convencional.- Los comisarios, los administradores y los miembros principales de los órganos administrativos y de fiscalización no podrán ser designados representantes convencionales de un accionista en la junta general de la compañía anónima, en comandita por acciones y de economía mixta. Tampoco podrán serlo sus suplentes cuando hubieren intervenido por los principales durante el ejercicio económico cuyas cuentas o informes vayan a ser objeto de conocimiento y resolución de la junta general. No se estará a esta prohibición si la compañía fuere de responsabilidad limitada.

Esta prohibición no comprende a los representantes legales de los socios o accionistas.

CAPITULO IV
DE LAS DELIBERACIONES Y
RESOLUCIONES

Art. 19.- Derecho a voz de los accionistas que no tengan el de voto.- En las juntas generales de las compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, los accionistas que no tuvieren derecho a voto, tendrán voz para hacer mociones e intervenir en las deliberaciones.

Art. 20.- Mociones.- Para que una proposición pueda someterse a votación, es indispensable que tal propuesta la eleve a moción el proponente.

La moción debe votarse de inmediato, a menos que quien la propusiere la retire o acepte una modificación. Si ocurriere esto último, se votará la moción original modificada.

En las compañías que tuvieren un solo socio o accionista, este, dentro del desarrollo de la junta, tomará las resoluciones que correspondan, de acuerdo con la ley, sus reglamentos

de aplicación y el estatuto respectivo. En estos casos no procederá la proposición de mociones.

Art. 21.- Proclamación de resultados.- En el acta se proclamarán los resultados de la votación, dejando constancia del número de votos a favor y en contra, del número de votos en blanco y de las abstenciones respecto de cada moción. Los votos en blanco y las abstenciones se sumarán a la mayoría numérica.

En caso de empate la moción se considerará negada, sin perjuicio del derecho a pedir que se tome nueva votación o que el asunto se trate en otra junta general.

Para resolver los asuntos de competencia de la junta general no habrá voto dirimente.

Art. 22.- Constancias sobre votaciones.- Para los efectos establecidos en el literal h) del Art. 114, así como en los Arts. 215, 216, 249 y 250 de la Ley de Compañías, a petición de parte, en el acta se

dejará constancia del nombre y de los apellidos del o de los socios o accionistas que hubieren votado en contra de una o más resoluciones de la junta.

De la misma manera deberá incluirse en el acta de junta general la constancia de que no votaron los miembros de los órganos administrativos, de fiscalización y los administradores en general cuando en la junta general se hayan resuelto los asuntos que constan en el Art. 243 de la Ley de Compañías, y no se trate del caso al que hace referencia el Art. 12 de este reglamento.

CAPITULO V DE LAS ACTAS Y DEL EXPEDIENTE

Art. 23.- Eficacia de las resoluciones.- De cada sesión de junta general deberá elaborarse un acta redactada en idioma castellano.

Las actas podrán extenderse y firmarse en la misma reunión o dentro de los quince días

posteriores a ella.

Las resoluciones de la junta general de socios o accionistas son obligatorias desde el momento en que las adopte válidamente ese órgano, pero para probarlas será necesario que el acta esté debidamente firmada, sin perjuicio de que dicha prueba pueda producirse por otros medios idóneos.

Art. 24.- Acta de diferimiento.- Si se produjere cualquiera de las situaciones previstas en los dos primeros incisos del Art. 248 de la Ley de Compañías, se extenderá un acta en la que constarán las causas del diferimiento de la junta, el nombre y apellidos del socio o accionista proponente del diferimiento y la votación con que se hubiere apoyado la postergación de la junta, dentro de la cual se incluirá el porcentaje de votación que corresponda al proponente.

En el caso del inciso segundo del Art. 248 se expresará además el término que comprenderá el diferimiento.

Art. 25.- Contenido del acta de junta general.- El acta de la junta general contendrá, por lo menos:

- a) El nombre de la compañía de que se trate;
- b) El cantón, dirección del local y fecha de celebración de la junta, y la hora de iniciación de la misma;
- c) El nombre y apellidos de las personas que intervinieren en ella como Presidente y Secretario;
- d) La transcripción del orden del día, el señalamiento de la forma en que se realizó la convocatoria y la constancia de que los comisarios fueron convocados, cuando corresponda. Si se tratare de junta reunida de conformidad con el Art. 238 de la Ley de Compañías, el orden del día acordado;
- e) Indicación del quórum con el que se instaló la junta;
- f) La relación sumaria y ordenada de las deliberaciones de la junta, así como de las resoluciones de ésta;
- g) La proclamación de los resultados, con la constancia establecida en el Art. 21 de este reglamento;
- h) La aprobación del acta, si se la hiciera en la misma sesión; e,

i) Las firmas del Presidente y Secretario de la junta.

En el caso previsto en el Art. 238 de la Ley de Compañías, el acta llevará, bajo sanción de su nulidad, las firmas de todos los socios o accionistas asistentes a la reunión.

Art. 26.- Formas de llevar las actas.-

Las actas de las juntas generales se llevarán en un libro especial destinado para el efecto o en hojas móviles escritas manualmente, a máquina o en ordenadores de textos. En estos casos se asentarán en hojas foliadas a número seguido, escritas en el anverso y en el reverso, en las cuales las actas figurarán una a continuación de otra, en riguroso orden cronológico, sin dejar espacios en blanco en su texto y rubricadas una por una por el Secretario.

Art. 27.- Contenido del expediente.-

De cada junta se formará un expediente que contendrá:

- a) En las compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, la hoja del

periódico en que conste la publicación de la convocatoria y, cuando fuere del caso, el documento que pruebe que la convocatoria además se hizo en la forma que hubiere previsto el estatuto.

En las compañías de responsabilidad limitada, la hoja del periódico en que conste la publicación de la convocatoria o el documento que demuestre que ésta se hizo en la forma que manda el estatuto, según corresponda;

b) Copias de las convocatorias dirigidas a los comisarios u órganos de fiscalización, si fuere del caso, citándoles a la junta;

c) La lista de los asistentes con la determinación de las participaciones o acciones que representen y, en este último caso, el valor pagado por ellas y los votos que le correspondan;

d) Los nombramientos y poderes de representación entregados para actuar en la junta;

e) Copia del acta certificada por el Secretario de la junta dando fe de que el documento es fiel copia del original;

f) Los demás documentos que hubieren sido conocidos por la junta.

CAPITULO VI DE LAS FACULTADES DEL SUPERINTENDENTE DE COMPAÑIAS O DE SU DELEGADO

Art. 28.- Facultades.- Para los efectos del Art. 447 de la Ley de Compañías, el Superintendente o su delegado dispondrá de las siguientes facultades:

a) Verificar si la convocatoria se ha efectuado de conformidad con la ley, este reglamento y el estatuto;

b) Comprobar, de acuerdo con lo establecido en este reglamento, la calidad de socios o accionistas de los intervinientes o la de sus representantes en la reunión; la existencia del quórum legal o estatutario de concurrencia y la correcta instalación de la junta;

c) Orientar a los asistentes a fin de que las deliberaciones y votaciones no violen la ley y el estatuto. La responsabilidad de ello recaerá exclusivamente sobre la junta;

d) Verificar que en el acta se haga una correcta relación de los asuntos tratados y que en ella se asienten las constancias que exige este reglamento, siempre que se produzcan los motivos que las justifiquen;

e) Comprobar la correcta conformación del expediente de la junta;

f) La indicada en el Art. 8 de este reglamento;

y,

g) Señalar el plazo dentro del cual el Secretario de la junta deba conferir copia certificada del acta, a fin de que, en su momento, ésta se anexe al informe del delegado.

Art. 29.- Derogatorias.- Derógase la Resolución No. 00.1.1.3.001 de 3 de enero del 2000, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 360 de 13 de los mismos mes y año.

Art. 30.- Vigencia.- La presente resolución entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Anexo 3

**REPSOL**

Tarjeta de asistencia, delegación y voto a distancia para la Junta General Ordinaria de Accionistas de Repsol, S.A. que se celebrará en Madrid, en el Palacio Municipal de Congresos, el día 30 de mayo de 2013, a las 12:00 horas, en primera convocatoria, y en el mismo lugar y hora, el día 31 de mayo de 2013, en segunda convocatoria. Se prevé la celebración de la Junta General Ordinaria en SEGUNDA CONVOCATORIA, esto es, el 31 de mayo de 2013.

ASISTENCIA**Accionistas que deseen asistir físicamente a la Junta**

El accionista que desee asistir físicamente a la Junta deberá firmar esta tarjeta, en el espacio que figura a continuación, y presentarla el día de la Junta en el lugar de celebración de la misma.

Firma del accionista que asiste

En, a ... de de 2013

Número de cuenta de valores: XXXX XXXX XX XXXXXXXXXXXX

Número de acciones: XXX

Datos de identificación de accionista

Código de Barras

El titular de esta tarjeta puede delegar su representación o votar a distancia, cumplimentando y firmando el apartado correspondiente. En caso de firma de ambos apartados, prevalecerá el voto a distancia y quedará sin efecto la delegación.

DELEGACIÓN**Accionistas que deseen delegar su representación en la Junta**

El accionista a cuyo favor se ha expedido la presente tarjeta, confiere su representación para esta Junta a:

(Se entenderá conferida al Presidente del Consejo de Administración, y en su ausencia al Secretario de la Junta General Ordinaria de Accionistas, toda delegación que se reciba en la Sociedad con el nombre del representante en blanco)

Información sobre conflictos de intereses. A los efectos de lo dispuesto en los artículos 523 y 526 de la Ley de Sociedades de Capital, se informa de que (i) si el representante designado con arreglo a lo anteriormente indicado es un administrador de la Sociedad este podrá encontrarse en una situación de potencial conflicto de interés en relación con el punto segundo, así como en relación con los puntos octavo, noveno y décimo (si su reelección, ratificación o nombramiento se somete a la Junta bajo esos puntos), duodécimo, decimotercero y decimocuarto del Orden del Día; y (ii) en el caso de que, por así permitirlo la Ley, se sometiera a la Junta cualquier propuesta de las referidas en los apartados b. (destitución, separación o cese) o c. (ejercicio de la acción social de responsabilidad) del artículo 526 de la Ley de Sociedades de Capital, el o los administradores afectados por dichas propuestas se encontrarían en conflicto de intereses en la votación de las mismas.

Instrucciones precisas de voto a propuestas formuladas por el Consejo de Administración. Marque con una cruz en la casilla correspondiente las instrucciones precisas de voto para los asuntos incluidos en el Orden del Día. En caso de que no se complete alguna de las citadas casillas, se entenderá que la instrucción precisa que efectúa el representado es la de votar a favor de las propuestas de acuerdo formuladas por el Consejo de Administración.

Orden del Día	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17
A favor																	
En contra																	
Abstención																	

Extensión de la delegación. La delegación se extiende también a las propuestas de acuerdo no formuladas por el Consejo de Administración o sobre los asuntos que, aun no figurando en el Orden del Día, puedan ser sometidos a votación en la Junta por así permitirlo la Ley. Si Vd. no desea que sea así, marque la casilla NO siguiente, en cuyo caso se entenderá que instruye de forma precisa a su representante para que se abstenga.

 NO

Si la delegación se extiende a tales propuestas, la instrucción precisa del accionista al representante es la de votar en sentido negativo, salvo que otra cosa indique a continuación.

Firma del accionista

Firma del representante

En, a ... de de 2013

En, a ... de de 2013

Número de cuenta de valores: XXXX XXXX XX XXXXXXXXXXXX

Número de acciones: XXX

Datos de identificación de accionista

Código de Barras



Derecho de asistencia. Podrán asistir a la Junta los accionistas que tengan inscritas sus acciones en el correspondiente registro contable con cinco días de antelación a su celebración y se provean, en la forma prevista en la convocatoria, de la correspondiente tarjeta de asistencia acreditativa del cumplimiento de los mencionados requisitos. Dichas tarjetas de asistencia podrán ser canjeadas, el día de celebración de la Junta, por otros documentos normalizados de registro de asistencia a la Junta, expedidos por la Sociedad con el fin de facilitar la elaboración de la lista de asistentes y el ejercicio de los derechos de voto y demás derechos del accionista.

Accionistas que deseen delegar su voto mediante esta tarjeta. Si el accionista no tiene el propósito de asistir puede otorgar su representación a cualquier otra persona, que no necesitará ser accionista. Para ello, deberá cumplimentar la delegación que figura en el anverso y firmarla –con firma manuscrita– en el espacio indicado.

Accionistas que deseen votar a distancia con carácter previo a la Junta mediante esta tarjeta. El accionista que no tenga propósito de asistir y tampoco desee delegar su derecho de asistencia, podrá emitir su voto a distancia sobre los puntos comprendidos en el Orden del Día antes de la celebración de la Junta. Para ello, deberá cumplimentar el espacio relativo al voto a distancia y firmarlo –con firma manuscrita– en el lugar indicado. Para su validez, el voto deberá recibirse por la Sociedad antes de las 24:00 horas del día 29 o 30 de mayo de 2013 según la Junta General de Accionistas se celebre en primera o segunda convocatoria, respectivamente.

Delegación y voto a distancia por medios electrónicos. Los accionistas también podrán delegar su representación, así como votar en relación con los puntos del Orden del Día, por medios electrónicos de conformidad con lo establecido en el anuncio de la convocatoria. La delegación y el voto emitidos por medios electrónicos deberán recibirse por la Sociedad antes de las 09:00 horas del día 29 de mayo de 2013.

En todo caso, además de lo previsto en la Ley, en los Estatutos de la Sociedad y en el Reglamento de la Junta General de Accionistas, se aplicarán las reglas incluidas en el anuncio de la convocatoria y en la página web de la Sociedad (www.repsol.com).

Los datos personales que los accionistas faciliten a la Sociedad con ocasión del ejercicio o la delegación de sus derechos de asistencia y voto en la Junta serán tratados bajo la responsabilidad de la Sociedad para el desarrollo, control y gestión de la relación accionarial y de la convocatoria, celebración y difusión de la Junta General así como el cumplimiento de sus obligaciones legales. Por ello, los datos serán comunicados al Notario que, en su caso, levante el Acta de la Junta General y podrán ser facilitados a terceros en el ejercicio del derecho de información previsto en la Ley. Podrán asimismo ser accesibles al público en general en la medida en que consten en la documentación disponible en la página web www.repsol.com o se manifiesten en la Junta General, cuyo desarrollo (parcial o íntegro) podrá ser objeto de grabación audiovisual y difusión pública en dicha página web. Al asistir a la Junta General, el/la asistente presta su consentimiento para esta grabación y difusión.

Los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición podrán ejercitarse en los términos legalmente previstos mediante comunicación escrita dirigida al domicilio social de la Sociedad, calle Méndez Álvaro núm. 44, 28045 Madrid.

En caso de que en la tarjeta de asistencia, delegación y voto a distancia el accionista incluya datos personales referentes a otras personas físicas, el accionista deberá informarles de los extremos contenidos en los párrafos anteriores y cumplir con cualesquiera otros requisitos que pudieran ser de aplicación para la correcta cesión de los datos personales a la Sociedad, sin que ésta deba realizar ninguna actuación adicional en términos de información o consentimiento.

VOTO A DISTANCIA

Accionistas que deseen votar a distancia

Si, antes de la celebración de la Junta, el accionista a cuyo favor se ha expedido la presente tarjeta desea votar a distancia en relación con las propuestas del Orden del Día de esta Junta, deberá marcar con una cruz la casilla correspondiente. Si, en relación con alguno de los puntos del Orden del Día, no marcara ninguna de las casillas habilitadas al efecto, se entenderá que vota a favor de la propuesta del Consejo de Administración.

Orden del Día	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17
A favor																	
En contra																	
Abstención																	

No cabe el voto a distancia para posibles propuestas no comprendidas en el Orden del Día.

Firma del accionista que vota a distancia

En, a ... de de 2013

Número de cuenta de valores: xxx xxx xxx xxxxxxxxx
Número de acciones: xxx

Datos de identificación de accionista

Código de Barras

ORDEN DEL DÍA: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 186 de la Ley de Sociedades de Capital, el Orden del Día de la Junta General Ordinaria de Accionistas de Repsol, S.A. a celebrar en primera convocatoria el 30 de mayo de 2013 o, en su caso, en segunda convocatoria el siguiente día 31 de mayo de 2013, se incorpora a este documento como Anexo, formando parte integral del mismo.

Anexo 4

Fuente: (Muñoz, 2005, apéndice)

APÉNDICE
 Anexo III de la Circular de la CNMV 1/2004 de 17
 de marzo sobre el informe anual de gobierno
 corporativo y otros instrumentos de información de
 las sociedades anónimas cotizadas
 (BOE de 29 de marzo de 2004)

**INFORMACIÓN A INCLUIR POR LAS SOCIEDADES
 ANÓNIMAS COTIZADAS EN SU PÁGINA WEB**

OBSERVACIONES:

MOMENTO DE INCORPORACIÓN: Indica el plazo a partir del cual la sociedad debe incorporar o actualizar su página web con la información descrita en cada uno de los epígrafes.

Salvo que se indique expresamente lo contrario, la primera información a incluir por parte de cada sociedad cotizada en cada uno de los epígrafes reseñados a continuación, será la vigente a la fecha en la que resulte obligatoria para la entidad la existencia de una página web con el contenido mínimo desarrollado en el presente anexo.

PERMANENCIA Y MANTENIMIENTO: Plazo en que se mantendrá la información disponible en la página web.

Dicha página deberá incorporar para cada epígrafe la información referida a periodos anteriores, según se indica en la tabla que figura a continuación, en la medida en que tal información fuese exigible en su condición de sociedad cotizada.

Asimismo, cuando la información contenida en las páginas web de las sociedades cotizadas haga referencia a hechos, actos y circunstancias que resulten de documentos cuya inscripción en el Registro Mercantil sea obligatoria, en el caso de que ésta aún no se haya producido deberá indicarse de forma expresa que tal información «está pendiente de inscripción en el Registro Mercantil».

EPICRAFE	MOMENTO DE INCORPORACIÓN	PERMANENCIA Y MANTENIMIENTO
INFORMACIÓN GENERAL ACERCA DE LA SOCIEDAD		
1. Causas de comunicación con la sociedad: Se indicarán las direcciones de correo postal, electrónico y en su caso, el teléfono específico de relación con inversores o cualquier otro medio de comunicación existente entre la sociedad y sus accionistas.	Desde la obligación de existencia de la página web corporativa.	Siempre.
2. La Acción y su Capital Social: Se informará del capital actual, del número de acciones en que se encuentra dividido y, en su caso, de la distribución por clases de acciones en función de los derechos políticos y económicos expresivos que conlleven. Asimismo, se incluirá un cuadro secuencial con la evolución del capital social. Se indicarán las Bolsas de Valores donde cotiza, y, en su caso, el segmento de negociación al que pertenece.	Desde que se acuerde la modificación estatutaria correspondiente.	Siempre actualizado al ejercicio en curso. Histórico de sus cambios en los ejercicios cerrados.
3. Agenda del Inversor: En este apartado se indicarán fechas relevantes para el accionista: publicación de resultados, juntas generales y pago de próximos dividendos, así como de cualquier otro acontecimiento relevante para el inversor.	Desde su difusión como Hecho Relevante, o, en su caso, cuando sean fechas firmes.	Siempre actualizado incluyendo información del ejercicio en curso.
4. Dividendos: Se incluirá el calendario de abono de dividendos, con el siguiente desglose: fecha de abono, fecha de dividendos, importe bruto y neto, tipo y concepto del mismo.	Desde la difusión del Hecho Relevante.	Siempre actualizado. Histórico de al menos el último ejercicio cerrado.
5. Emisiones: Se mostrarán: 5.a Para las emisiones y ofertas públicas de venta o suscripción de valores de renta variable y/o de valores convertibles en acciones. Se posibilitará el acceso al contenido íntegro del folleto de emisión y al íntegro resumen de todas las emisiones u ofertas en período de colocación. 5.b Para el resto de emisiones vigentes o en período de colocación, sean si bien se incluya su detalle clasificadas por tipo de producto.	Desde el registro oficial del registro de la CNMV.	Durante la vigencia de la emisión. En cualquier caso, estarán disponibles el folleto continuado o completo en vigor inactivo en la CNMV.
6. Operas Públicas de Adquisición de Valores (OPAs): Tanto la sociedad afectada como la oferente, en caso de que esta última también sea cotizada, tendrán disponibles en sus páginas web la información descrita en el presente epígrafe. 6.a Hecho relevante de la solicitud de autorización de la OPA. 6.b Folleto y anuncio de la operación autorizada. 6.c Informe de los administrados.	5.a Desde la difusión del Hecho Relevante por la CNMV. 6.a Desde la publicación de la OPA, o en el caso de que no OPA de primer anuncio de la oferta. 6.b y 6.d.	Al menos un año desde la publicación del resultado de la OPA, o en el caso de que no OPA de primer anuncio de la oferta, hasta que concluya, hasta que

EPICRAFE	MOMENTO DE INCORPORACIÓN	PERMANENCIA Y MANTENIMIENTO
Res de la sociedad afectada. 6.c Resultado de la operación.	Desde la difusión del Hecho Relevante correspondiente.	6.a: se produce de forma efectiva.
7. Estatutos: Estarán disponibles los estatutos vigentes de la sociedad. En el caso de modificaciones estatutarias, se incluirán los textos de los nuevos artículos aprobados en la Junta General hasta su inscripción en el Registro Mercantil. Una vez inscritos se incluirán los estatutos refundidos.	Desde su comunicación a la CNMV o desde la adopción del acuerdo.	Estatutos vigentes y modificaciones realizadas en los últimos doce meses.
8. Hechos relevantes: Se recogerán sus textos íntegros junto con la declaración expresa por parte de la sociedad garantizando que se corresponden exactamente con los remitidos a la CNMV, bien por la propia sociedad o por terceros, y difundidos por aquella.	Inmediatamente después de su difusión al mercado por la CNMV.	Mención expresa de que los Hechos Relevantes materiales se encuentran disponibles para su consulta en la web de la CNMV.
9. Participaciones significativas y Autocerar: La web corporativa incorporará información a un nivel de detalle como mínimo equivalente al recogido en idéntico epígrafe en la web de la CNMV.	Desde su incorporación a los registros oficiales de la CNMV.	Siempre actualizados.
INFORMACIÓN ECONOMICO-FINANCIERA		
10. Información Pública Periódica (IPP): Incluirán la Información Pública Periódica de remisión obligatoria a la CNMV de acuerdo con la normativa vigente.	Desde la difusión del Hecho Relevante.	Las correspondencias al ejercicio en curso, y al menos al último ejercicio cerrado.
11. Informe de Auditoría, Cuentas anuales auditadas, Informe de Gestión y Memoria Anual: Textos íntegros.	Desde su comunicación a la CNMV.	Las correspondencias al ejercicio en curso, y al menos las dos últimas ejercicios cerrados.
12. Información remitida, con el carácter de pública, a otros organismos reguladores en el supuesto de que sea distinta de la autorizada bajo preceptos españoles.	Desde su comunicación a dichos organismos.	Las correspondencias al ejercicio en curso, y al menos el último ejercicio cerrado.

EPIGRAFE	MOMENTO DE INCORPORACION	PERMANENCIA Y MANTENIMIENTO
13. Rating: Si la sociedad ha solicitado de una entidad calificadora, una evaluación de su riesgo o del de cualquier de sus emisiones de valores. Se señalará la denominación completa de dicha entidad, el/los grado/s otorgado/s, su significado y la fecha de evaluación. Se incluirá la advertencia que las calificaciones pueden ser revisadas, suspendidas o retiradas por la entidad calificadora en cualquier momento.	Si existe el rating, su incorporación es obligatoria desde el otorgamiento de la calificación por parte de la entidad calificadora.	Siempre el rating en vigor. Histórico de al menos el ejercicio en curso y el último cerrado.
GOBIERNO CORPORATIVO		
14. Reglamento de la Junta General de Accionistas: Texto íntegro.	Desde la comunicación a la CNMV.	Siempre actualizado.
15. Junta General de Accionistas: Se detallarán los canales de comunicación existentes entre la sociedad y los accionistas y, en particular, las explicaciones pertinentes para el ejercicio del derecho de información del accionista, indicando las direcciones de correo postal y electrónico a las que puedan dirigirse los accionistas.	Desde la obligatoriedad de la existencia de página web corporativa.	Los establecidos para cada Junta, desde la convocatoria hasta su celebración.
16. Convocatoria y orden del día de la Junta: Texto íntegro de estos documentos.	Desde la difusión del Hecho Relevante.	Información correspondiente a las Juntas celebradas durante el ejercicio en curso y el anterior.
17. Textos completos de las propuestas de acuerdos a tomar y de la documentación disponible para el accionista con anterioridad a la Junta: En su caso, informes de administradores, auditores, expertos independientes, etc., así como cualquier información relevante que puedan precisar los accionistas para emitir su voto.	Desde la difusión del Hecho Relevante de la convocatoria de la Junta.	Información de los textos correspondientes a las Juntas celebradas durante el ejercicio en curso y el anterior.
18. Delegaciones de voto: Se indicarán los medios y procedimientos para conferir la representación en la Junta General.	Desde la difusión del Hecho Relevante de la convocatoria de la Junta.	Los establecidos para cada Junta, desde la convocatoria hasta su celebración.
19. Voto a distancia en las Juntas Generales: Se indicarán en su caso, los medios y procedimientos para el voto a distancia, de acuerdo con las normas que desarrollen este sistema, incluidos, en su caso, los formularios para acreditar la asistencia y el ejercicio del voto por medios telemáticos.	Desde la difusión del Hecho Relevante de la convocatoria de la Junta.	Los establecidos para cada Junta, desde la convocatoria hasta su celebración.

EPIGRAFE	MOMENTO DE INCORPORACION	PERMANENCIA Y MANTENIMIENTO
20. Información sobre el desarrollo de las Juntas Generales: Se informará sobre el desarrollo de las Juntas celebradas, y en particular, sobre la composición de la Junta General en el momento de su constitución, acuerdos adoptados con expresión del número de votos emitidos y el sentido de los mismos en cada una de las propuestas incluidas en el orden del día.	Desde la difusión del Hecho Relevante que comuniquen la celebración de la Junta General y los acuerdos adoptados.	Información correspondiente a las Juntas celebradas durante el ejercicio en curso y el anterior.
21. Pactos parasociales: Se incluirá el texto íntegro del pacto comunicado como Hecho Relevante, en aplicación de la normativa vigente.	Desde la difusión del Hecho Relevante.	Siempre actualizados.
22. Consejo de Administración: Identificación de sus componentes, sus cargos en el Consejo, su condición y sus eventuales relaciones con accionistas significativos de la sociedad.	Desde la aceptación del cargo.	Siempre actualizado.
23. Reglamento del Consejo: Texto íntegro.	Desde su comunicación a la CNMV.	Siempre actualizado.
24. Informe anual de gobierno corporativo: Texto íntegro.	Desde la difusión del Hecho Relevante correspondiente.	Al menos el último ejercicio cerrado.
25. Comisiones del Consejo: Se informará de la Comisión de Auditoría indicando sus miembros, condición de los mismos y reglamento; y en su caso, del resto de las Comisiones del Consejo existentes.	Desde la constitución de la Comisión y/o modificación de cualquiera de los aspectos enumerados como información obligatoria.	Siempre actualizado.
26. Reglamento Interno de Conducta: Texto íntegro.	Desde su aprobación por el órgano competente.	Siempre actualizado.

Anexo 5

 República de Colombia Bogotá		MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
DECRETO NÚMERO 0805 DE 24 ABR 2013		REVISOR: <i>[Firma]</i> REGISTRADO: C
<i>"Por el cual se reglamenta el artículo 173 del Decreto 019 de 2012"</i>		
EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA		
<p>En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política y el artículo 173 del Decreto 019 de 2012</p>		
CONSIDERANDO		
<p>Que mediante el Decreto 019 de 2012 se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública.</p>		
<p>Que a través de la Ley 527 del 18 de agosto de 1999, se reconoció en Colombia la validez jurídica y probatoria de los mensajes de datos.</p>		
<p>Que el artículo 173 del Decreto 019 de 2012 modificó el artículo 56 del Código de Comercio, autorizando a los comerciantes para llevar los libros de comercio en archivos electrónicos, siempre que garanticen en forma ordenada, la inalterabilidad, integridad y seguridad de la información, así como su conservación, de conformidad con las normas contables vigentes y aplicables al diligenciamiento de los libros de contabilidad.</p>		
<p>Que así mismo, el artículo 175 del Decreto 019 de 2012 modificó el numeral 7 del artículo 20 del Código de Comercio, en el sentido de indicar que deberán inscribirse en el registro mercantil, a cargo de las Cámaras de Comercio, solamente los libros de registro de socios o accionistas y los de actas de asamblea y juntas de socios, y por lo tanto, los comerciantes no están obligados a inscribir los libros de contabilidad en el registro mercantil.</p>		
<p>Que en virtud de las disposiciones previstas en el Decreto 2384 del 22 de noviembre de 2012 se reglamentó el uso de la firma electrónica, consagrada en el artículo 7 de la Ley 527 de 1999.</p>		
<p>Que de acuerdo con lo anterior, para los efectos de este decreto se reconoce la importancia de facilitarle a los comerciantes el uso de las distintas alternativas de firmas electrónicas disponibles.</p>		

"Por el cual se reglamenta el artículo 173 del Decreto 019 de 2012"

Que para efectos de la adecuada aplicación del artículo 173 del Decreto 019 de 2012, se hace necesario que el Gobierno Nacional expida la reglamentación correspondiente en lo relacionado con el registro de los libros electrónicos.

DECRETA

Artículo 1. *Archivo Electrónico.* Para efectos del presente decreto, se entiende por archivo electrónico cualquier documento en forma de mensaje de datos, generado, enviado, recibido, almacenado o comunicado en medios electrónicos, ópticos o similares, garantizando las condiciones y requisitos para su conservación de conformidad con el artículo 12 de la Ley 527 de 1999.

Artículo 2. *Libros de comercio en medios electrónicos.* Se entiende por libros de comercio en medios electrónicos, aquellos documentos en forma de mensajes de datos, de conformidad con la definición de la Ley 527 de 1999, mediante los cuales los comerciantes realizan los registros de sus operaciones mercantiles, en los términos del presente decreto.

El registro de los libros de comercio en medios electrónicos deberá surtirse ante la cámara de comercio del domicilio del comerciante, de conformidad con las plataformas electrónicas o sistemas de información previstos para tal efecto mediante las Instrucciones que, sobre el particular imparta la Superintendencia de Industria y Comercio. En todo caso, deberán sujetarse a lo dispuesto en este decreto y en el inciso 2° del artículo 56 del Código de Comercio, de manera que se garantice la inalterabilidad, Integridad y seguridad de la información, así como su conservación en forma ordenada.

El diligenciamiento y la veracidad de los datos de la Información registrada, serán responsabilidad única y exclusiva del comerciante, de conformidad con las normas que regulan la materia.

Artículo 3. *Inscripción de los libros de comercio en medios electrónicos en las Cámaras de Comercio.* Los libros de comercio en medios electrónicos, sujetos a dicha formalidad, deberán ser inscritos en la cámara de comercio correspondiente al domicilio de cada comerciante y para ello, las cámaras de comercio a través de sus servicios registrales virtuales, habilitarán las plataformas electrónicas o sistemas de información autorizados, de conformidad con los parámetros señalados en el presente decreto.

Artículo 4. *Registro de libros de comercio en medios electrónicos.* Los libros de registro de socios o accionistas y los de actas de asamblea y junta de socios, que deban ser inscritos en el registro mercantil, podrán llevarse por medio de archivos electrónicos y para su inscripción en el registro mercantil, deberán cumplir con los siguientes requisitos:

1. Inclusión de un mecanismo de firma digital o electrónica, a elección del comerciante, en el archivo electrónico enviado para registro en los términos de la Ley 527 de 1999;
2. Inclusión de un mecanismo de firma digital o electrónica por parte de la Cámara de Comercio correspondiente. La cámara de comercio devolverá al solicitante el archivo electrónico a la dirección electrónica que esté registrada. Para ello, deberá firmarlo y dejar constancia electrónica de la fecha y la hora en que fue enviado o remitido el archivo, por cualquier medio tecnológico disponible.
3. Constancia electrónica expedida por la cámara de comercio correspondiente, de la siguiente información:

DECRETO NÚMERO 0805 de 2013 Hoja N° 3 de 5

"Por el cual se reglamenta el artículo 173 del Decreto 019 de 2012"

- Cámara de comercio receptora;
- Fecha de presentación del libro para registro;
- Fecha de inscripción;
- Número de inscripción;
- Identificación del comerciante o persona obligada a registrar;
- Nombre del libro, y;
- Uso al que se destina.

4. Al registrar un libro electrónico las páginas del libro físico que le antecedió, que no hubieran sido empleadas, deberán ser anuladas. Para efectos de lo anterior, deberá presentarse el libro, o un certificado del revisor fiscal cuando exista el cargo, o en su defecto de un contador público, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 126 del Decreto 2649 de 1993.

Artículo 5. Actuaciones sujetas a registro. Cuando se trate de actas de junta de socios o de asamblea general de accionistas que contengan decisiones y/o actuaciones sujetas a registro, adicional a su asiento en el respectivo libro de manera electrónica, el comerciante deberá solicitar el registro individual de las mismas ante la correspondiente Cámara de Comercio. En todo caso, el comerciante podrá elegir entre el registro en medios electrónicos o en medios físicos. En el evento en que este decida utilizar los medios electrónicos, deberá firmar digital o electrónicamente, a elección del comerciante, la respectiva solicitud de inscripción y el extracto o copia del acta correspondiente. Para los casos en que se elija la firma electrónica, se hará de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2364 de 2012.

Para los casos en que el comerciante decida hacer uso de la firma digital, deberá hacerlo mediante el uso de un certificado digital emitido por una entidad de certificación digital autorizada o acreditada en Colombia, quien garantizará la autenticidad, integridad y no repudio del documento.

Para tal efecto, la cámara de comercio competente procederá a registrar electrónicamente las decisiones y/o actuaciones sujetas a registro contenidas en tales actas, previa verificación de los requisitos de ley para su inscripción. Asimismo, notificará al comerciante a través de los mecanismos técnicos que permitan garantizar la fecha y hora en que fue enviado, remitido o se encuentre disponible las actualizaciones registradas para que el comerciante proceda a su verificación.

Parágrafo. La Superintendencia de Industria y Comercio fijará el procedimiento y la forma de aplicación de lo dispuesto en este artículo.

Artículo 6. Orden consecutivo de los registros desarrollados en los libros de comercio inscritos. Para garantizar el orden en el desarrollo de los registros de los libros de comercio en medios electrónicos, se tendrá en cuenta el criterio cronológico en su asentamiento, para lo cual las plataformas o sistemas electrónicos deberán incorporar un mecanismo de estampado cronológico, cuya fuente sea la hora legal colombiana.

Artículo 7. Seguridad e inalterabilidad de la información. Para efectos del presente decreto, las cámaras de comercio deben garantizar que la información contenida en el registro de libros electrónicos sea completa e inalterada de manera que su conservación cumpla con las siguientes condiciones, además de aquellas señaladas en el artículo 12 de la Ley 527 de 1999:

1. Que la información que contenga sea accesible para su posterior consulta;
2. Que se garantice su integridad, confidencialidad, autenticidad y conservación, mediante la inclusión del contenido del libro a registrar, en un sistema de conservación de mensajes

"Por el cual se reglamenta el artículo 173 del Decreto 019 de 2012"

de datos. Para este efecto, la cámara de comercio correspondiente deberá disponer de las aplicaciones, servicios y medios tecnológicos que permitan el cumplimiento de este numeral;

3. Que la cámara de comercio garantice los mecanismos que impidan el registro de forma simultánea de un mismo libro, en medios electrónicos o copia física. En cualquier caso, será responsabilidad del comerciante o de la persona obligada, escoger e informar a la cámara de comercio respectiva, si utilizará el mecanismo físico o electrónico para realizar el registro;

4. Que se verifique la autenticidad del libro objeto de registro, en medios electrónicos, de conformidad con los procedimientos de verificación de firmas digitales o electrónicas, según sea el caso;

Artículo 8. Sobre la inalterabilidad, integridad y seguridad de los libros inscritos. Las plataformas o sistemas electrónicos deberán incorporar un mecanismo de firma electrónica o digital, a efectos de garantizar la autenticidad, integridad e inalterabilidad de los diferentes registros efectuados por parte de quien diligencia los libros de comercio electrónicos.

Los libros de comercio electrónico inscritos, deberán contar en sus registros con un mecanismo de firma digital o electrónica de las personas que intervengan en su diligenciamiento. Es responsabilidad de cada comerciante la provisión de las firmas y estampas cronológicas necesarias.

Las plataformas o sistemas electrónicos, deberán garantizar el cifrado de los datos que en estos se incorporan, a efectos de lograr la confidencialidad de la información, que podrá ser consultada única y exclusivamente por el comerciante y/o por las autoridades judiciales y administrativas que requieran dicha información para el cumplimiento de sus funciones.

Artículo 9. Servicios de archivo y conservación de libros electrónicos. Las cámaras de comercio podrán ofrecer aplicaciones y servicios basados en plataformas electrónicas o sistemas de información, que permitan al comerciante crear libros electrónicos, registrar sus anotaciones, solicitar y registrar enmendaduras, siempre que garanticen los requisitos previstos en el artículo segundo del presente decreto.

Para estos efectos se deberá dar cumplimiento a las disposiciones previstas en el presente decreto.

Parágrafo Primero. Las condiciones para la prestación del servicio y su verificación serán establecidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Parágrafo Segundo. Las Cámaras de Comercio que ofrezcan este servicio deberán garantizar su disponibilidad y facilitar el acceso a sus contenidos a las personas debidamente autorizadas conforme a la ley o a la orden de autoridad competente

Artículo 10. Oponibilidad. Los libros electrónicos de que trata el artículo 173 del Decreto 019 de 2012, son oponibles frente a terceros siempre que se inscriban en el registro mercantil, de conformidad con el procedimiento descrito en el presente decreto.

Artículo 11. Conservación de libros electrónicos. El comerciante que opte por el registro de libros en medios electrónicos, de que trata el artículo 173 del Decreto 019 de 2012, deberá garantizar, en todo caso, la conservación de los mismos, durante los términos previstos legalmente para ello.

Artículo 12. Validez probatoria de los registros de libros en medios electrónicos. Los libros registrados en medios electrónicos, en virtud del presente decreto, serán admisibles

"Por el cual se reglamenta el artículo 173 del Decreto 019 de 2012"

- Cámara de comercio receptora;
- Fecha de presentación del libro para registro;
- Fecha de inscripción;
- Número de inscripción;
- Identificación del comerciante o persona obligada a registrar;
- Nombre del libro, y;
- Uso al que se destina.

4. Al registrar un libro electrónico las páginas del libro físico que le antecedió, que no hubieran sido empleadas, deberán ser anuladas. Para efectos de lo anterior, deberá presentarse el libro, o un certificado del revisor fiscal cuando exista el cargo, o en su defecto de un contador público, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 126 del Decreto 2649 de 1993.

Artículo 5. *Actuaciones sujetas a registro.* Cuando se trate de actas de junta de socios o de asamblea general de accionistas que contengan decisiones y/o actuaciones sujetas a registro, adicional a su asiento en el respectivo libro de manera electrónica, el comerciante deberá solicitar el registro individual de las mismas ante la correspondiente Cámara de Comercio. En todo caso, el comerciante podrá elegir entre el registro en medios electrónicos o en medios físicos. En el evento en que este decida utilizar los medios electrónicos, deberá firmar digital o electrónicamente, a elección del comerciante, la respectiva solicitud de inscripción y el extracto o copia del acta correspondiente. Para los casos en que se elija la firma electrónica, se hará de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2364 de 2012.

Para los casos en que el comerciante decida hacer uso de la firma digital, deberá hacerlo mediante el uso de un certificado digital emitido por una entidad de certificación digital autorizada o acreditada en Colombia, quien garantizará la autenticidad, integridad y no repudio del documento.

Para tal efecto, la cámara de comercio competente procederá a registrar electrónicamente las decisiones y/o actuaciones sujetas a registro contenidas en tales actas, previa verificación de los requisitos de ley para su inscripción. Asimismo, notificará al comerciante a través de los mecanismos técnicos que permitan garantizar la fecha y hora en que fue enviado, remitido o se encuentre disponible las actualizaciones registradas para que el comerciante proceda a su verificación.

Parágrafo. La Superintendencia de Industria y Comercio fijará el procedimiento y la forma de aplicación de lo dispuesto en este artículo.

Artículo 6. *Orden consecutivo de los registros desarrollados en los libros de comercio inscritos.* Para garantizar el orden en el desarrollo de los registros de los libros de comercio en medios electrónicos, se tendrá en cuenta el criterio cronológico en su asentamiento, para lo cual las plataformas o sistemas electrónicos deberán incorporar un mecanismo de estampado cronológico, cuya fuente sea la hora legal colombiana.

Artículo 7. *Seguridad e inalterabilidad de la información.* Para efectos del presente decreto, las cámaras de comercio deben garantizar que la información contenida en el registro de libros electrónicos sea completa e inalterada de manera que su conservación cumpla con las siguientes condiciones, además de aquellas señaladas en el artículo 12 de la Ley 527 de 1999:

1. Que la información que contenga sea accesible para su posterior consulta;
2. Que se garantice su integridad, confidencialidad, autenticidad y conservación, mediante la inclusión del contenido del libro a registrar, en un sistema de conservación de mensajes

"Por el cual se reglamenta el artículo 173 del Decreto 019 de 2012"

de datos. Para este efecto, la cámara de comercio correspondiente deberá disponer de las aplicaciones, servicios y medios tecnológicos que permitan el cumplimiento de este numeral;

3. Que la cámara de comercio garantice los mecanismos que impidan el registro de forma simultánea de un mismo libro, en medios electrónicos o copia física. En cualquier caso, será responsabilidad del comerciante o de la persona obligada, escoger e informar a la cámara de comercio respectiva, si utilizará el mecanismo físico o electrónico para realizar el registro;

4. Que se verifique la autenticidad del libro objeto de registro, en medios electrónicos, de conformidad con los procedimientos de verificación de firmas digitales o electrónicas, según sea el caso;

Artículo 8. *Sobre la inalterabilidad, integridad y seguridad de los libros inscritos.* Las plataformas o sistemas electrónicos deberán incorporar un mecanismo de firma electrónica o digital, a efectos de garantizar la autenticidad, integridad e inalterabilidad de los diferentes registros efectuados por parte de quien diligencia los libros de comercio electrónicos.

Los libros de comercio electrónico inscritos, deberán contar en sus registros con un mecanismo de firma digital o electrónica de las personas que intervengan en su diligenciamiento. Es responsabilidad de cada comerciante la provisión de las firmas y estampas cronológicas necesarias.

Las plataformas o sistemas electrónicos, deberán garantizar el cifrado de los datos que en estos se incorporan, a efectos de lograr la confidencialidad de la información, que podrá ser consultada única y exclusivamente por el comerciante y/o por las autoridades judiciales y administrativas que requieran dicha información para el cumplimiento de sus funciones.

Artículo 9. *Servicios de archivo y conservación de libros electrónicos.* Las cámaras de comercio podrán ofrecer aplicaciones y servicios basados en plataformas electrónicas o sistemas de información, que permitan al comerciante crear libros electrónicos, registrar sus anotaciones, solicitar y registrar enmendaduras, siempre que garanticen los requisitos previstos en el artículo segundo del presente decreto.

Para estos efectos se deberá dar cumplimiento a las disposiciones previstas en el presente decreto.

Parágrafo Primero. Las condiciones para la prestación del servicio y su verificación serán establecidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Parágrafo Segundo. Las Cámaras de Comercio que ofrezcan este servicio deberán garantizar su disponibilidad y facilitar el acceso a sus contenidos a las personas debidamente autorizadas conforme a la ley o a la orden de autoridad competente

Artículo 10. *Oponibilidad.* Los libros electrónicos de que trata el artículo 173 del Decreto 019 de 2012, son oponibles frente a terceros siempre que se inscriban en el registro mercantil, de conformidad con el procedimiento descrito en el presente decreto.

Artículo 11. *Conservación de libros electrónicos.* El comerciante que opte por el registro de libros en medios electrónicos, de que trata el artículo 173 del Decreto 019 de 2012, deberá garantizar, en todo caso, la conservación de los mismos, durante los términos previstos legalmente para ello.

Artículo 12. *Validez probatoria de los registros de libros en medios electrónicos.* Los libros registrados en medios electrónicos, en virtud del presente decreto, serán admisibles

DECRETO NÚMERO 0805 de 2013 Hoja N° 5 de 5

"Por el cual se reglamenta el artículo 173 del Decreto 019 de 2012"

como medios de prueba y, para su valoración, se seguirán las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas, de conformidad con los artículos 10 y 11 de la Ley 527 de 1999.

Artículo 13. *Vigencia y derogatoria.* El presente decreto rige a partir de su publicación.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE,
Dado en Bogotá D.C. a los

**24 ABR 2013**

EL MINISTRO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO



SERGIO DÍAZ-GRANADOS GUIDA

Anexo 6

Asamblea general y junta de socios

133

[§ 1279] DOCTRINA.—Aprobación de actas. "En cuanto toca con la aprobación concretamente, si bien es claro se trata de una atribución que corresponde ejercer directamente a la misma asamblea, puede igualmente ser delegada de manera discrecional en otras personas, sin que exista regla alguna que determine en uno u otro evento la forma en que deba surtirse tal aprobación.

Por consiguiente, cuando es la asamblea quien cumple la función, se ha de estar a las reglas aplicables a la adopción de las decisiones en general en cuanto a mayorías, a menos que estatutariamente se hayan estipulado condiciones especiales, al paso que cuando se delega la aprobación en otras personas, todas y cada una de ellas deben expresar su consentimiento sobre la veracidad del acta, toda vez que en ese caso no se trata de un cuerpo colegiado, sino que la delegación se entiende hecha en cada una de las personas, de suerte tal que para la aprobación se requiere la ausencia de todos los designados.

Sin embargo, es importante precisar que al no existir previsión legal que determine la forma de surtir la aprobación, ni tampoco un término dentro del cual deba cumplirse esa formalidad, es discrecional en el caso de las personas comisionadas tomarse el tiempo que estime cada uno necesario para efectuar la verificación del documento que el encargo supone (...), aunque naturalmente se presume que los comisionados han de actuar con la mayor diligencia, amén de que a los administradores les asiste el deber de estar atentos al cumplimiento de ese encargo.

En ese orden de ideas es preciso tener en cuenta que en el evento de considerarse injustificada la demora en la aprobación por parte de alguna de las personas encargadas, o que la naturaleza de las decisiones de que deba dar cuenta el acta respectiva impusieran la necesidad de atender actuaciones urgentes que no den espera, los administradores o el revisor fiscal están facultados para convocar la asamblea a reunión extraordinaria a fin de que se ocupe ella de impartir la correspondiente aprobación, de manera que por ningún motivo puede considerarse ese hecho en obstáculo para el debido cumplimiento de sus funciones, ni para el normal desenvolvimiento de la sociedad, pues no debe perderse de vista que en todo caso esa una atribución que de preferencia le corresponde al mencionado órgano social". (Supersociedades, Of. 220-49438, ago. 21/98).

[§ 1280] DOCTRINA.—Presidente y secretario de la reunión pueden ser comisionados para aprobar el acta. "Al no existir prohibición legal para que las mismas personas que actúan como presidente y secretario en las reuniones de asamblea de accionistas y junta directiva, sean designadas por los mismos cuerpos colegiados para aprobar las actas que se levantan de tales reuniones, no es posible aducir, por ese motivo, ilegalidad en la conformación de la comisión, ni de las actas, ni de las decisiones que consten en ellas, como tampoco abstenerse las cámaras de comercio de la inscripción de tales documentos.

Lo anterior supone, por supuesto, que la designación de la comisión para aprobación de las actas la efectúe el órgano competente, esto es, la asamblea o junta y acatando el quórum y mayorías que les correspondan.

La aprobación de las actas es un asunto relacionado con la validez de las mismas como documento probatorio, en tanto que la legalidad de las decisiones sociales propiamente dichas, esto es, su eficacia, validez y oponibilidad, dependen de del cumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 196 del Código de Comercio, en concordancia con el 120 ídem, entre otros, relativos al lugar donde se realicen las reuniones, el quórum requerido para deliberar el órgano y las mayorías necesarias para tomar decisiones, así como el carácter general que deben tener las mismas". (Supersociedades, Of. 220-024507, abr. 25/2010).

[§ 1281] DOCTRINA.—Grabación de las reuniones por parte de un socio. "Documentar en forma individual, por escrito, magnetofónica o audiovisualmente, lo ocurrido en la reunión, no constituye en sí misma una conducta que ofienda la reserva de las deliberaciones, cosa distinta es la utilización que de dicha documentación haga el socio, al igual que las consecuencias legales que puedan seguirse de dicha utilización o de una custodia negligente del documento en cuestión (...).

Basta con reparar en el hecho de que los socios tienen derecho a impugnar las decisiones sociales y en que las decisiones a impugnar concierne en las actas, para concluir sin mayores esfuerzos que cuando

se pretende discutir judicialmente la fidelidad del acta, cuestión de común ocurrencia en las sociedades, por conflictos entre socios o entre grupos de éstos, resulta evidente que la documentación individual con que uno de ellos quiera verificar lo que consta en un acta, puede ser uno de los medios de prueba más relevantes a considerar, partiendo de un supuesto básico, a saber, que la discusión judicial acerca de la veracidad o fidelidad de un acta se refiere a aspectos relevantes de la reunión desde el punto de vista del contrato social, como corresponde al ejercicio serio y legítimo, esto es, no abusivo, del derecho a impugnar judicialmente las decisiones sociales o a controvertir la confiabilidad de las actas (...).

En consecuencia, tomar notas personales de la reunión o grabar en medios magnetofónicos o audiovisuales, no afecta el derecho de reserva de la sociedad, ni afecta esferas personales ajenas por una supuesta apropiación indebida de la imagen o de la voz de los asociados; pero tal conducta le impone al socio la obligación de custodiar y de no utilizar indebidamente su documento, de la misma forma en que está obligado a no utilizar la información conocida en la reunión en detrimento de los intereses legítimos de la sociedad. Al fin y al cabo, la divulgación de información reservada, que conste o no en actas o en papeles sociales, es decisión privativa e inalienable que le corresponde a la sociedad a través de sus órganos competentes y, por tanto, nula el arbitrio de un socio individualmente considerado". (Supersociedades, Of. 220-000773, ene. 2002).

NOTA: La Superintendencia de Sociedades ha hecho dos asteriscos respecto del concepto que se acaba de transcribir, así: 1) En oficio 220-004728 del 6 de febrero de 2006 precisó que "si bien a lo largo del examen efectuado se aduce a la prohibición de grabar o tomar notas personales de lo ocurrido en las reuniones del máximo órgano social, frente a una posible votación de la junta de socios en contra de ella, llevaría inexorablemente a su impugnación, para que sea la justicia ordinaria quien decida sobre el derecho de la sociedad a la reserva de las deliberaciones y el derecho individual del socio a grabar o tomar notas personales de lo ocurrido en las reuniones"; y 2) Mediante oficio 220-003676 del 25 de enero de 2007 aclaró que aun cuando el concepto del año 2002 gira en torno a las sociedades de responsabilidad limitada, el análisis efectuado y las consideraciones jurídicas de carácter general que le sirven de sustento, son también válidos para el caso de las sociedades anónimas.

[§ 1282] Reservado.

[§ 1283] L. 222/95.

ART. 19.—Modificado, D.L. 19/2012, art. 148. Reuniones no presenciales. Siempre que ello se pueda probar, habrá reunión de la junta de socios, de asamblea general de accionistas o de junta directiva cuando por cualquier medio todos los socios o miembros puedan deliberar y decidir por comunicación simultánea o sucesiva. En este último caso, la sucesión de comunicaciones deberá ocurrir de manera inmediata de acuerdo con el medio empleado.

REQUISITOS DE LAS REUNIONES NO PRESENCIALES

[§ 1284] Circ. Externa 05/96, Supersociedades.

Como el artículo 19 de la Ley 222 del 20 de diciembre de 1995 incorporó al régimen societario colombiano las reuniones no presenciales, y esta disposición legal ha suscitado algunas preocupaciones (...), hemos considerado conveniente precisar el criterio de este despacho sobre este asunto, así:

1. La convocatoria no es requisito esencial. Según el artículo 186 del Código de Comercio, para la debida conformación y funcionamiento de las asambleas y juntas de socios es necesario cumplir lo prescrito en la ley o en los estatutos en cuanto a convocatoria y quórum. Sin embargo, el requisito de la convocatoria previa puede abstrerse cuando quiera que en la reunión respectiva se halle representada la totalidad de los asociados, conforme a lo dispuesto en el artículo 182 ídem, de

donde resulta claro que las reuniones de estos órganos sociales pueden llevarse a cabo con previa citación o sin ella, según sean las condiciones en que actúan los accionistas o socios.

2. Requisitos esenciales de las "reuniones no presenciales". Teniendo en cuenta que el artículo 186 del Código de Comercio no alude a la convocatoria como presupuesto para la existencia de las "reuniones no presenciales", los requisitos esenciales de estas reuniones, se refieren en la participación de todos los socios o de todos los miembros de la junta directiva en su caso y a la utilización de un medio susceptible de probarse.

De acuerdo con la regla general mencionada, estas reuniones pueden obedecer a la determinación concreta de sesionar conforme a las nuevas condiciones que permite la ley; o a una citación o convocatoria previa, ya sea que éste se efectúe inicialmente para una reunión presencial que luego se realice bajo la modalidad de no presencial, o que desde un comienzo se realice para promover una reunión no presencial a la cual los socios o administradores asistirán preparados, gracias a la antelación. (...).

[§ 1285 a 1289] Reservados.

[§ 1290] L. 222/95.

ART. 20.—Otro mecanismo para la toma de decisiones. Serán válidas las decisiones del máximo órgano social o de la junta directiva cuando por escrito, todos los socios o miembros expresen el sentido de su voto. En este evento la mayoría respectiva se computará sobre el total de las partes de interés, cuotas o acciones en circulación o de los miembros de la junta directiva, según el caso. Si los socios o miembros hubieren expresado su voto en documentos separados, éstos deberán recibirse en un término máximo de un mes, contado a partir de la primera comunicación recibida.

El representante legal informará a los socios o miembros de junta el sentido de la decisión, dentro de los cinco días siguientes a la recepción de los documentos en los que se exprese el voto.

[§ 1291] COMENTARIO.—Diferencias entre los artículos 19 y 20 de la Ley 222. Ambos artículos con medios para facilitar la toma de decisiones sin la presencia en un solo lugar de los socios o miembros de la junta directiva y ambos exigen la intervención de todos los socios o miembros; pero como de su simple lectura se puede deducir, hay varias diferencias: 1) por el carácter, la del artículo 19 es deliberativa y decisoria, la del artículo 20 es simplemente decisoria, pues se expresa el sentido del voto sin posibilidad de deliberar; 2) por el medio de comunicación empleado, el artículo 19 permite cualquiera que deje constancia probatoria, el artículo 20 autoriza únicamente un medio escrito.

[§ 1292 a 1296] Reservados.

[§ 1297] L. 222/95.

ART. 21.—Actas. En los casos a que se refieren los artículos 19 y 20 precedentes, las actas correspondientes deberán elaborarse y asentarse en el libro respectivo dentro de los treinta días siguientes a aquel en que concluyó el acuerdo. Las actas serán suscritas por el representante legal y el secretario de la sociedad. A falta de este último, serán firmadas por alguno de los asociados o miembros.

PAR.—Serán ineficaces las decisiones adoptadas conforme al artículo 19 de esta ley, cuando alguno de los socios o miembros no participe en la comunicación

simultánea o sucesiva. La misma sanción se aplicará a las decisiones adoptadas de acuerdo con el artículo 20, cuando alguno de ellos no exprese el sentido de su voto o se exceda del término de un mes allí señalado.

[§ 1298 a 1300] Reservados.

DECISIONES INEFICACES, NULAS O INOPONIBLES

[§ 1301] ART. 190.—Las decisiones tomadas en una reunión celebrada en contravención a lo prescrito en el artículo 186 serán ineficaces; las que se adopten sin el número de votos previsto en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato social, serán absolutamente nulas; y las que no tengan carácter general, conforme a lo previsto en el artículo 188, serán inoponibles a los socios ausentes o disidentes.

IMPUGNACIÓN DE DECISIONES

[§ 1302] ART. 191.—Los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes podrán impugnar las decisiones de la asamblea o de la junta de socios cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos.

La impugnación sólo podrá ser intentada dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la reunión en la cual sean adoptadas las decisiones, a menos que se trate de acuerdos o actos de la asamblea que deban ser inscritos en el registro mercantil, caso en el cual los dos meses se contarán a partir de la fecha de la inscripción.

[§ 1303] JURISPRUDENCIA.—Las decisiones ineficaces no requieren impugnación. "Como de conformidad con el artículo 190 del C. de Co. las reuniones que se realicen sin el quórum requerido son ineficaces, ello se traduce en que "no producen efectos, sin necesidad de declaración judicial o de providencia administrativa, no requieren ser impugnadas por que su carencia de valor o su inutilidad jurídica está implícita en esa sanción que obra de modo automático por ministerio de la ley" (Teoría General de las Sociedades, José Ignacio Narváez, 1ª Ed. 1975, pág. 34). Es lo que el artículo 897 del código citado quiere significar con la expresión de "pleno derecho". Verificada la falta de quórum, esa misma circunstancia determina "per se" que el acto es ineficaz, o sea, que no puede producir ningún efecto. En tal virtud debe entenderse que el derecho de impugnación previsto en el artículo 191 del Código de Comercio sólo es ejercitable contra los actos viciados de nulidad, es decir, los que se adoptan sin la mayoría requerida pero dentro de una reunión realizada con el quórum legal o estatutario, o excediendo los límites del contrato social". (C.E., Sac. Primera, Sent. ago 28/75, Exp. 2193. M.P. Carlos Galindo Pinilla).

[§ 1304] JURISPRUDENCIA.—Inscripción previa en el registro mercantil. "El término de caducidad de la acción se cuenta desde la fecha de expedición de esos actos (los impugnados) o de su inscripción en el registro mercantil. Por consiguiente, se manifiesta u ostensible que, si para invalidar dichos actos es preciso promover acción jurisdiccional, dentro del término de