

**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**  
**FACULTAD DE DERECHO**

**La adopción de acuerdos societarios mediante la realización de conferencias  
virtuales, en la sociedad anónima**

Trabajo final de graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

Mariela Pérez Jiménez

A12721

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio

Noviembre 2008

*A mi Dios, en quien descansa mi futuro.*

*A mis papás, su amor ha forjado quién soy hoy y quién seré siempre.*

*A Sofi, el amor de una hermana, el amor de una amiga, sos el mejor ejemplo de  
perseverancia.*

*A mi Yayi, la bendición de una segunda madre.*

*A mi Anka, mi hermana mayor, mi soporte incondicional.*

*A mi Lolito, por siempre.*

*Agradezco a mi director: hay profesores cuyas enseñanzas trascienden el salón de clases. Gracias Profe por su amistad.*

*A mis lectores y miembros del tribunal, porque de su nobleza, nació ser parte de ésta mi Odisea.*

## INDICE GENERAL

<b>Introducción</b>	<b>1</b>
Justificación	2
Objetivo General	4
Objetivos específicos	5
Hipótesis	5
Metodología empleada	6
Estructura de la investigación	7
<b>Capítulo I</b>	
<b>Parte General: Consideraciones Preliminares</b>	<b>10</b>
<b>A. El Contrato Societario</b>	
a. El negocio jurídico	11
b. El negocio jurídico societario	13
c. El contrato societario	15
c.1. elementos del contrato social	19
c.1.1 Fin de lucro	19
c.1.2 Aportaciones	21
c.1.2.1 Naturaleza jurídica de la aportación	22
c.1.2.2 Clases de aportaciones	24
c.1.2.3 Características de las aportaciones	27

c.1.2.4 Suscripción de capital y pago de aportaciones	
a) Suscripción de Capital	28
b) Pago de Aportaciones	30
c.1.3 Ejercicio en común de una actividad	31
c.2. Requisitos del Contrato Social	34
c.2.1 consentimiento y capacidad	34
c.2.1.1 Vicios en el consentimiento	36
c.3. Personalidad jurídica	41
<b>B. Asambleas</b>	<b>46</b>
a. De las asambleas ordinarias y extraordinarias	52
b. Acciones de nulidad	54
b.1 impugnación de las decisiones de la Asamblea de Accionistas	56
c. El acta en la asamblea de accionistas	65
<b>C. El interés social y los derechos individuales</b>	<b>67</b>
a. del interés social	67
b. derechos sociales políticos o administrativos:	69
b.1. derecho a la información	69
b.1.1 Libros de sociedad	72
b.2. derecho al voto	76
b.3. derecho al receso	79
b.4. derecho de suscripción preferente	83
c. derechos patrimoniales: derecho al dividendo	85

## Capítulo II

<b>Contrato societario y Firma Digital</b>	<b>90</b>
a. concepto de firma digital	95
b. características y elementos de la firma digital	100
b.1 Características generales de la firma digital	100
b.2 Elementos del concepto de Firma Digital	101
b.2.1 Función Hash	101
b.2.2 Encriptar	103
b.2.3 Desencriptar	103
b.2.4 La clave pública	104
b.2.5 La clave privada	106
b.2.6 Los certificados digitales	107
b.2.7 Los certificadores	109
c. el documento electrónico	111
d. posibles implicaciones con relación al derecho societario	112
d.1 Domicilio electrónico	113
d.2 Libros de comercio	120
d.3 Las reuniones a distancia: las conferencias virtuales de socios	122

## Capítulo III

### Las conferencias virtuales de socios

<b>A. Análisis de casos en otras legislaciones</b>	<b>127</b>
a. Delaware	130

b. Francia	144
c. Italia	156

#### **Capítulo IV**

<b>Conclusiones y recomendaciones</b>	<b>161</b>
---------------------------------------	------------

<b>Bibliografía</b>	<b>174</b>
---------------------	------------

PÉREZ JIMÉNEZ, Mariela. **“La adopción de acuerdos societarios mediante la realización de conferencias virtuales de socios, en la sociedad anónima”**. Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2008.

**Director:** Pedro Bernal Chaves Corrales

**Lista de Palabras Claves:** contrato societario, asambleas de socios, derechos individuales de los socios, firma digital, asambleas virtuales de accionistas.

**Resumen del trabajo:**

El Código de Comercio en su numeral 18 es claro en indicar que la sociedad anónima es un contrato. De manera general, todo contrato deriva de una relación especie/subespecie, con respecto al negocio jurídico, sin embargo el contrato se diferencia de los demás negocios jurídicos por su plurilateralidad y patrimonialidad. No es la excepción el contrato societario, el cual además tiene elementos que le son muy específicos: el ánimo de lucro, las aportaciones y el ejercicio en común de una actividad. Estos elementos se mantendrán vigentes en la estructura y funcionamiento de la sociedad anónima.

La asamblea de accionistas es el órgano soberano de la sociedad anónima, su funcionamiento se encuentra sin embargo supeditado al hecho de que la sociedad anónima en sí, es el instrumento seleccionado por los accionistas para la obtención de un



fin, mismo el cual no hubiesen podido lograr por cuenta propia. De aquí deviene imperativo el análisis de los distintos derechos individuales de los accionistas que existen sin obstar la existencia de un interés societario común.

Plantea el presente trabajo a manera de validación de todo lo anterior, la inserción de nuevas tecnologías en el funcionamiento de las asambleas de accionistas. A este efecto es de obligatoria consideración la Ley # 8454: Ley de Certificados, Firma Digital y Documentos Electrónicos, en el sentido de que, permiten los mecanismos de firma digital y demás elementos que se le relacionan, la imputación de autoría y verificación del contenido del mensaje. Además de las posibles aplicaciones que en materia de asambleas de accionistas se pueden dar, como lo son el establecimiento de un domicilio electrónico y la celebración de asambleas virtuales de accionistas.

En cuanto a la celebración de asambleas virtuales de accionistas, el tratamiento que le ha dado la legislación internacional es diversa. En un extremo se encuentra la Ley General de Corporaciones de Delaware, en la cual se permite incluso la celebración de asambleas de accionistas enteramente virtuales sin necesidad de un lugar físico para su celebración. En un plano intermedio, la legislación francesa permite la participación virtual del accionista en una asamblea y ha extremado en la protección de los derechos individuales del socio que participa por medios de telecomunicación. Finalmente, la legislación Italiana ha sido tanto más reservada en las modificaciones que permitan la participación por medios de telecomunicación.

Las conclusiones y recomendaciones versan sobre todo lo anterior, probando la viabilidad y necesidad de realizar modificaciones a la legislación vigente, de forma tal que se permita tomar acuerdos societarios mediante la celebración de conferencias virtuales de socios, en la sociedad anónima.

## **INTRODUCCIÓN**

## **Introducción**

El Derecho Mercantil es sin duda, una, sino la más cambiante, de las ramas del Derecho. Como tal, se caracteriza por una singular flexibilidad en términos de su normativa, con un amplio rango para la atipicidad; esto a manera de poder abarcar años de cambios, que los legisladores quienes idearon nuestra aún actual normativa, no pudieron jamás siquiera imaginarse. Esta propuesta de investigación propugna por una modernización del Derecho Mercantil, más allá de su flexibilización, y valora la importancia de la tipicidad de figuras que, si bien novedosas, no continuarán siendo aisladas con el correr del tiempo.

De conformidad con lo descrito, en esta investigación se analiza la importancia de la adopción de acuerdos societarios, mediante la realización de conferencias virtuales de socios en las sociedades anónimas, como tema de investigación.

En efecto, esta propuesta de investigación parte del supuesto de que la realización de una conferencia virtual de socios permite una mayor interacción a la hora de realizar la “asamblea”. Por lo general, cuando uno de los socios se ve incapacitado para hacerse presente durante la Asamblea, puede enviar un poder de representación otorgando a determinada persona la capacidad para tomar en su nombre una decisión, que el socio mismo ya había tomado con vista en la información que se le suministra de previo.

La ventaja que ofrece, bajo las mismas circunstancias, la realización de la conferencia virtual, radica en que le permite al mismo socio, tomar por cuenta propia la decisión, ya no sólo basado en la información que de previo a la conferencia se le suministre, sino enriquecer dicha decisión y por qué no, cambiar de opinión, producto de la interacción que entre socios se da en el momento de la conferencia. No se pretende entonces menospreciar la importancia del derecho a la información, sino complementarlo.

Es importante aquí hacer un paréntesis para determinar qué se ha de entender en este caso por “virtual”. No es de interés para efectos de esta investigación el referirse a un modo de comunicación virtual en específico como lo sería la Internet o la video conferencia, por ejemplo; la relevancia de la virtualidad aquí recae únicamente en el hecho de que los socios no se encontrarán físicamente presentes en el lugar de celebración de la conferencia.

Lo anterior no obsta del análisis que de la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, se hará. El análisis se fundamenta en la utilidad que en términos de adjudicación de autoría y verificación del contenido, presentan las distintas posibilidades mencionadas en dicha Ley; no lleve esto a pensar que el proceso hacia la inserción de nuevas tecnologías acaba en lo estipulado por la ley analizada, sino que es un primer paso e incluso un complemento para la efectiva inserción tecnológica.

No es ventaja despreciable tampoco, que producto de la posibilidad de implementar acuerdos societarios mediante una conferencia virtual, pueda agilizarse la gestión social. Los socios que se encuentran de cara a la asamblea, toman y ejecutan sus decisiones con mayor celeridad, todo lo cual es de especial importancia cuando el tiempo puede, en último plano, significar dinero.

Continuando con la justificación del tema aquí planteado, es importante destacar que uno de los propósitos de esta investigación es poder analizar, en términos de derecho comparado el tema planteado. Desde esta perspectiva, se estudian los acuerdos societarios, de la forma anteriormente mencionada, no sólo en las sociedades anónimas nacionales, sino la forma en cómo han sido normadas en otros países. El análisis abarca los cambios que en distintas legislaciones se han producido para abrir una serie de posibilidades que permitan realizar estas conferencias virtuales.

## **Objetivos**

**Objetivo General:** Probar a través del estudio de la doctrina, legislación y jurisprudencia tanto nacional como internacional, no solo la efectiva viabilidad, sino lo recomendable de tomar acuerdos societarios mediante la realización de conferencias de naturaleza virtual, circunscrito esto a la sociedad anónima.

**Objetivos Específicos:**

- Analizar la normativa y en general naturaleza de las sociedades anónimas.
- Determinar en la sociedad anónima, la naturaleza jurídica, la estructura y formalidades de una Asamblea de Socios.
- Relacionar la naturaleza jurídica, la estructura y formalidades de una Asamblea de Socios con el proyecto de firma electrónica, con las consecuentes modificaciones a la normativa.
- Analizar a manera de derecho comparado algunas de las respuestas que ante situaciones similares se han presentado.
- Desarrollar una especie de estructura de conferencia y un método expedito para la confección de actas, posiblemente electrónicas.

**Hipótesis**

Se tendrá como hipótesis el que, al no contemplar nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad expresa de tomar acuerdos societarios mediante la realización de conferencias virtuales de socios en la sociedad anónima, resulta viable e incluso necesario, realizar las modificaciones normativas necesarias, tomando en cuenta aún las experiencias de este tipo en legislaciones ajenas a la nuestra.

## **Metodología empleada**

Con el fin de probar la ya citada hipótesis se utilizará, principalmente el método de investigación bibliográfica, la cual se compondrá básicamente de al menos:

Análisis bibliográfico: se recurrirá a la revisión de textos, artículos, actas de la Asamblea Legislativa y jurisprudencia de diversos autores que hayan escrito no sólo de derecho mercantil en general, como marco de referencia principal, sino también aquellos que hayan escrito sobre temas más allegados al propósito de la investigación.

Debido a lo novedoso y cambiante del tema, se recurrió de manera importante a la investigación haciendo uso de Internet. Esto en especial para el análisis de las características y elementos de la firma digital, así como para el estudio de las opciones existentes en materia de inserción tecnológica en la realización de asambleas virtuales de socios y sus consecuentes acuerdos.

El Análisis comparativo: se realizó mediante la incorporación de material bibliográfico relativo a la forma en que se han adoptado acuerdos societarios mediante conferencias virtuales de socios los cuales han sido regulados en otros países. Con ello se permitió evaluar las alternativas que en estos diferentes lugares han seguido al respecto y que pueden ser o no aplicadas en Costa Rica.



## **Estructura de la investigación**

El presente trabajo se encuentra estructurado tomando como base central los objetivos específicos que fueran planteados en un principio.

El capítulo primero, titulado “Parte General: Consideraciones” pretende ofrecer un primer acercamiento doctrinario con respecto a la sociedad anónima en tanto que contrato societario, se relaciona en primera instancia con el negocio jurídico. Asimismo se elabora sobre elementos más específicos de la sociedad anónima, como son las asambleas de accionistas, la impugnación de las decisiones tomadas en asambleas, el interés social y los derechos individuales de los accionistas.

En el capítulo segundo, que lleva por título “El contrato societario y la firma digital” busca inicialmente extraer de la Ley de Certificados, Firma Digital y Documentos Electrónicos, los conceptos que ésta ofrece para los elementos que regula, a fin de concretar los temas de esta materia que entran a regir en nuestro país a raíz de esta ley; todo lo cual, teniendo en mente la Ley Marco de Firma Digital desarrollada en el seno de Naciones Unidas. En un plano un poco menos conceptual, se analizan las distintas posibles implicaciones de la firma digital sobre

el tema que nos ocupa, en específico el domicilio electrónico, los libros de comercio y las reuniones a distancia de accionistas.

Luego de un análisis conceptual, tanto doctrinario en general como dentro de la ley específica costarricense, el Capítulo tres denominado, “Análisis de otras legislaciones”, busca ofrecer una visión distinta del tema, ejemplificando como la materia de las asambleas virtuales de accionistas y sus derivados, se ha tratado en distintas jurisdicciones a nivel mundial. A tal efecto procede al análisis de una muestra representativa de tres países, el primero y que ha dado los pasos más importantes e innovadores en el tema como ha sido Estados Unidos, en específico la ley pionera del Estado de Delaware. A continuación se analizará la legislación francesa sobre la materia, que si bien un tanto más conservadora que la estadounidense, tipifica a cabalidad el desarrollo de la asamblea de accionistas, en cuanto a la duración de esta, y las consideraciones que se han de tener antes y después de celebrada la asamblea virtual de accionistas. Italia, legislación de la cual deriva la nuestra en su mayoría, ha realizado esfuerzos un poco más conservadores aún en términos de la participación en asambleas por medios de telecomunicación.

Finalmente el trabajo contiene la sección de conclusiones y recomendaciones, siendo acaso más valiosas las segundas que las primeras, en el sentido de que detallan un poco más las reformas necesarias a nuestro Código de Comercio. Estas reformas se orientan a la realización de asambleas virtuales de accionistas

y a la adopción de acuerdos societarios producto de estas, para lo cual se recomiendan reformas sustanciales para validar este tipo de procedimiento, luego de demostrar su necesidad.

## **CAPÍTULO I**

### **PARTE GENERAL: CONSIDERACIONES PRELIMINARES**

## Capítulo I

### Parte General: Consideraciones Preliminares

#### A. El contrato societario

En este apartado se plantea un análisis del contrato societario como elemento jurídico en materia de relación entre socios y sociedad constituida, a partir de la teoría del negocio jurídico.

##### a. El negocio jurídico

Concuerda la doctrina, en que el negocio jurídico consiste en una programación de intereses, o lo que es lo mismo, es una declaración de voluntad dirigida a un fin específico tutelado por el ordenamiento jurídico. Según Scognamiglio: *“La teoría del negocio debe de resolver tres problemas básicos: la estructura, la función y la eficacia.”*<sup>1</sup>

En lo que a la estructura respecta, esta viene determinada por la voluntad, mas no la voluntad interna sino la exteriorización de esta. Existe divergencia en la doctrina en cuanto a si este elemento, se cumple por la declaración o bien por la

---

<sup>1</sup> Scognamiglio citado por Pérez Vargas, Víctor. Derecho Privado. San José, Litografía e Imprenta LIL S.A. 1994. Página 208

manifestación de la voluntad; en todo caso nos adherimos a lo expresado por Manuel Albaladejo:

*“(…) Esta declaración de voluntad, por sí sola o en unión de otras, o bien en unión de otros elementos que no sean declaración de voluntad, o de unos y otros conjuntamente, es constituida en fundamento del efecto jurídico, y del hecho que lo produce – formado, pues, necesariamente al menos por una declaración de voluntad, pero posiblemente por más declaraciones y otros elementos – se llama negocio jurídico”<sup>2</sup>*

La declaración de voluntad engloba dentro de sí otros mal llamados elementos del negocio jurídico cuando por su naturaleza, lo correcto es considerarles como requisitos del negocio jurídico. Dentro de estos el consentimiento, al cual se hará referencia dentro de este mismo capítulo.

Ahora bien, en cuanto a la eficacia según Víctor Pérez:

*“se busca fundamentalmente, considerarlo en una perspectiva diversa, que se refiere a la relevancia del reconocimiento que efectúa el derecho a un acto de autorregulación de intereses privados atribuyéndoles efectos correspondientes e imponiendo límites y cargas”<sup>3</sup>*

Finalmente, en referencia a la función, ya no está ligada tanto a la voluntad y los efectos que esta tenga, sino que viene determinada por el ordenamiento jurídico,

---

<sup>2</sup> Albaladejo, Manuel. El negocio jurídico. Barcelona, Librería Bosch, 1958. Página 34

<sup>3</sup> Pérez Vargas, Víctor. op.cit. Página 208

si bien la raíz continuará siendo la voluntad, la determinación de su validez, de acuerdo con el derecho, será un elemento determinante:

*“Lo que quiere decir que, en rigor, sólo hay un verdadero negocio, si hay un negocio válido y eficaz, al menos en potencia, o sea, si el Derecho hace que puedan tener lugar los efectos.”<sup>4</sup>*

## **b. El Negocio Jurídico Societario**

Es necesario indicar que el término negocio jurídico societario no se encuentra explícito en nuestra legislación comercial, específicamente en nuestro Código de Comercio<sup>5</sup>. De ahí que la siguiente es una construcción a partir de la teoría general del negocio jurídico; teniendo presente a su vez, que nuestro propio Código Civil<sup>6</sup> carece de una caracterización del negocio jurídico en sí, como lo manifiesta Víctor Pérez en la siguiente advertencia:

*“Nuestro Código Civil no tiene la categoría sistemática del negocio jurídico propia de los códigos modernos. Deben, por ello, considerarse, las disposiciones generales en materia de obligaciones y contratos.”<sup>7</sup>*

---

<sup>4</sup> Albaladejo, Manuel. Id. Página 49

<sup>5</sup> Costa Rica Código de Comercio. San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 14ed, 2002.

<sup>6</sup> Código Civil, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 8ed, 2001.

<sup>7</sup> Pérez, Víctor. op.cit. Pg. 218

La anterior afirmación no pretende difuminar la clara línea divisoria entre la naturaleza mercantil del contrato o negocio jurídico societario y los elementos que de civil éste pueda tener. El contrato societario como acto de comercio, de acuerdo con el artículo 1 de nuestro Código de Comercio, es en efecto el acto de constitución de un comerciante, como lo dice el artículo 5 del mismo cuerpo legal; por lo tanto los requisitos de forma y fondo del acto constitutivo no deben buscarse en el Código Civil principalmente, sino primariamente en la legislación comercial (artículos 17 y 18 Código de Comercio). Únicamente enfatizar en la naturaleza mercantil del contrato societario en nuestro particular caso.

Al respecto, cabe observar que existe entre el contrato y el negocio jurídico una relación especie / subespecie. El contrato, en tanto que subespecie del negocio jurídico, se diferencia de los demás actos jurídicos que el negocio engloba, por su patrimonialidad y su pluralidad:

*“El negocio supera estas limitaciones, constituyéndose en un género amplio, donde encuentran cabida convenios, contratos, actos no patrimoniales, testamentos, etc.; todos tienen en común que hay voluntad exteriorizada y un fin al que se tiende, a la programación de intereses”<sup>8</sup>*

El contrato societario además, como se plantea más adelante, tiene tres elementos que le son muy propios: el fin de lucro, los aportes y el ejercicio en

---

<sup>8</sup> Pérez, Víctor. op.cit. Página 207



común de una actividad. De previo a desarrollar estos elementos, se exponen las características jurídicas del contrato societario.

### **c. El contrato societario**

La legislación costarricense al igual que otras legislaciones<sup>9</sup>, es explícita en indicar que la sociedad anónima es un contrato. Así el artículo 18, inciso 1) del Código de Comercio, exige que en la escritura constitutiva de toda sociedad mercantil, se incluya el lugar y fecha en que se celebra el contrato. Esto en relación con el artículo 25 constitucional de donde derivan los contratos asociativos, nos lleva a que, como tal, la sociedad es un contrato asociativo que de acuerdo con el artículo 104, inciso a) del Código de Comercio requiere para su formación de no menos de dos socios como mínimo y se diferencia de los demás contratos asociativos por el fin de lucro que la determina.

Para Juan M. Farina, el caso del contrato societario, es muy particular en el sentido de que se le puede considerar un contrato de tipo estatutario:

*“El estatuto constituye un sistema normativo de orden institucional, al cual se someten quienes forman parte de la*

---

<sup>9</sup> El Código Civil Hondureño en su artículo 1782 “La sociedad o compañía es un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital o algo en común con el objeto de repartir entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación.”

*entidad regida por este, se trate de su miembros fundadores o de quienes se incorporen luego; por ejemplo el estatuto de una sociedad anónima. La entidad está por encima del interés particular de sus miembros, y quien ingrese posteriormente habrá de adherirse a dicho estatuto, a diferencia de lo que ocurre con el contrato común negociado.”<sup>10</sup>*

Se ha indicado que el contrato se diferencia del resto de los negocios jurídicos, no sólo por su patrimonialidad sino por su plurilateralidad. En cuanto a la plurilateralidad del contrato societario, en la sociedad anónima, es necesario un acuerdo de voluntades, a manera de contrato. Sin embargo este contrato no es bilateral aún si lo forman únicamente dos personas, según el artículo 104 Código de Comercio. Pueden perfectamente, sin cambiar la estructura del negocio, ingresar más socios, en tanto que contrato abierto, artículo 28 Código de Comercio. No es tampoco un contrato de cambio, que se caracteriza por la existencia de intereses recíprocos y contrapuestos entre las partes, sino que es un contrato plurilateral, el cual, a pesar de tener varios socios cuyos intereses no necesariamente tienen que coincidir, sacrifican el interés propio por la consecución de un fin común, la finalidad de la sociedad.

Haciendo la salvedad en este punto, de que los derechos individuales a los que con posterioridad se hará referencia, si bien están supeditados a la voluntad de la

---

<sup>10</sup> Farina, Juan M. Contratos comerciales modernos. Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma S.R.L. 1993. Página 86

mayoría en cuanto esta concuerde con la finalidad de la sociedad, no son suprimidos por dicha voluntad mayoritaria, siendo que nacen del contrato social mismo y por ende afectan su esencia y estructura; como muestra de lo anterior tenemos el derecho de receso estipulado en el artículo 32 bis de nuestro Código de Comercio. Sobre el particular, Laureano F. Gutiérrez Falla dice:

“No debe olvidarse que la sociedad, persona jurídica, no es más que el medio seleccionado por los accionistas para explotar, en común, la empresa societaria, el nacimiento de la cual no puede poner fin al contrato que la creó, ya que este es el marco fundamental dentro del cual tienen que girar todas las operaciones sociales, incluyendo el objeto de la actividad a realizarse con la empresa societaria, la duración de la persona jurídica, etc.”<sup>11</sup>

El ya mencionado artículo 18 inciso 1) de nuestro Código de Comercio, determina la naturaleza contractual de la sociedad anónima, sin embargo a diferencia de los demás contratos, no existe en el contrato societario la necesidad de que las prestaciones de unos y otros sean recíprocas; lo que interesa, y es precisamente la causa del contrato, es que las prestaciones conlleven al ejercicio de una actividad en común. Es por ende que el contrato societario es un contrato de colaboración:

---

<sup>11</sup> Gutiérrez Falla, Laureano F.. Contrato Societario y derechos individuales de los accionistas. Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma S.R.L., 1998. Página 46

*“(…) esa finalidad común (fin de lucro) está enmarcada dentro del contexto de un contrato, a través del acuerdo de voluntades. Por ello es exacto afirmar también que la relación plurilateral que surge como consecuencia de la reunión formal de los socios, lleva implícita la colaboración”<sup>12</sup>*

Como se verá, al analizar más adelante la personalidad jurídica de las sociedades, de acuerdo a los artículos 18 y 20 de nuestro Código de Comercio, las sociedades mercantiles han de ser constituidas en escritura pública que debe ser inscrita en el Registro Mercantil y publicada en extracto en el periódico oficial. Mientras no se haya realizado la inscripción correspondiente el contrato sociedad, no produce ningún efecto legal en perjuicio de terceros, esto al tenor del artículo 22 del Código de Comercio. A contrario sensu dicho contrato es plenamente válido y eficaz desde el momento mismo de su celebración, con respecto a socios y terceros, en todo lo que les beneficie.

La Sala Primera de la Corte dictaminó lo siguiente:

*“Según la doctrina más moderna, el contrato de sociedad es un contrato a fin común, de características fundamentalmente opuestas a los contratos de cambio o económicos, que son aquellos en los que se considera que entre la prestación y la contraprestación debe existir un equilibrio económico. Así en los contratos a fin común las prestaciones de cada una de las partes pueden ser de distinto valor y contenido, porque lo importante es que las*

---

<sup>12</sup> Linares Vesga, Jesús Ángel. El contrato de sociedad comercial. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2008. Página 22

*mismas sean idóneas para alcanzar el fin común que persiguen las partes, cual es el ejercicio de una empresa económica. En los contratos a fin común, los contratantes encuentran su contraprestación en el resultado final de la actividad de la empresa por lo que en ellos no se aporta en beneficio único de las demás partes, sino también en beneficio propio. Todas las ya citadas características de los contratos a fin común con llevan al hecho que en los mismos, la nulidad que afecta el vínculo de una de las partes, su prestación o la regulación que se le da a la misma por estipulaciones contractuales, no implica nunca la nulidad del resto del contenido del contrato, siempre que la nulidad no afecte prestaciones o convenciones que sean esenciales e indispensables para la consecución del fin común que motivó la existencia del contrato.”<sup>13</sup>*

### **c.1. Elementos del contrato societario**

Como se dijo anteriormente, el contrato societario tiene tres elementos que le son propios: el fin de lucro, los aportes y el ejercicio en común de una actividad.

#### **c.1.1. Fin de lucro**

Ahora bien, tal cual se indicara en referencia al contrato como especie de negocio jurídico, el primero se caracteriza por la patrimonialidad, que de manera más específica se traduce en el ánimo de lucro de los accionistas.

La causa fundamental<sup>14</sup> del contrato societario es el ánimo de lucro de los socios, o sea, el deseo de obtener una utilidad a través de la explotación de la empresa

---

<sup>13</sup>Sentencia de la Sala Primera, número 351 de las 14 horas y 10 minutos del 12 de diciembre de 1990

<sup>14</sup> Stolfi en Pérez, Víctor. op.cit. pág. 275 “La causa debe ser netamente distinguida de los motivos. Motivo es

societaria, más ánimo de lucro desdoblado en sus dos acepciones: lucro objetivo, o sea, el de obtener una ganancia, y lucro subjetivo, o sea el que reparta la ganancia entre los socios. De donde se deriva que la sociedad, como persona jurídica y por ende, instrumento o vehículo seleccionado por los socios, es una vía para explotar en común una empresa, la cual a la vez que tiene ánimo de lucro, sus utilidades habrán de repartirse entre los accionistas. Colombo al respecto señala:

*“La función económico-jurídica del contrato de sociedad, según queda regulada en nuestro Código Civil, no es sólo la obtención de una utilidad por parte de la sociedad, sino, sobre todo, su distribución entre los socios.”<sup>15</sup>*

Partiendo de la premisa de que nos encontramos en un sistema contractual, el contrato societario tiene un cierto tinte organizativo, en el sentido de que producto de esto es que los accionistas coordinan sus intereses y sirve de instrumento para la consecución de sus intereses económicos.

De lo dicho anteriormente, cabe afirmar, que sería nula toda cláusula de la escritura de constitución o cualquier acuerdo de la asamblea de accionistas que prohibiese, directa o indirectamente, la obtención de utilidades por la sociedad o

---

cualquier circunstancia cuya representación intelectual determina al sujeto a querer el acto, de modo que precede y determina la manifestación de voluntad. Los motivos tienen un valor meramente subjetivo e interno, pues consisten en representaciones psíquicas; la causa en cambio, tiene un valor objetivo. Los motivos pueden ser numerosos y diversos, mientras la causa es típica y constante para cada tipo del negocio.”

<sup>15</sup> Colombo, Giovanni citado por Gutiérrez, Laureano. Op.cit. Página 167

que las utilidades obtenidas por ella llegasen a mano de los socios. Así las cosas, el artículo 25 del Código de Comercio indica: “*No producirán ningún efecto legal las estipulaciones que excluyan a uno o más socios de la participación en las ganancias (...)*” O lo que es lo mismo, a contrario sensu, de las pérdidas.

De similar manera, se tiene que siendo la causa del contrato societario el reparto, entre los accionistas, de las utilidades obtenidas a través de la explotación de la empresa societaria, sería contrario al contrato y, por tanto, ilícito, que los socios trataran de obtener lucro a expensas de la sociedad y no a través de ella; de ahí la doctrina del conflicto de intereses. En este sentido, por ejemplo, el artículo 118 del Código de Comercio anula cualquier pacto que los fundadores, estipulen a su favor, ya sea en el acto de la constitución de la sociedad o posteriormente, que menoscaben el capital social.

### **c.1.2 Aportaciones**

Para nuestra legislación, en efecto, la esencia de toda sociedad, es la aportación que cada socio haga al capital social<sup>16</sup>; es entonces la aportación la cosa que el obligado (el socio) debe dar o el hecho que debe hacer o sea, aportación de

---

<sup>16</sup>Artículos 1196 del Código Civil y 29 del Código de Comercio

bienes o derechos o bien, trabajo. Las aportaciones se constituyen en la “Contribución a la creación o aumento de los medios de actuación de una sociedad, que da derecho a una participación en su capital o en sus beneficios.”<sup>17</sup>

En todo caso, se trata de la aportación que la persona debe hacer a la sociedad anónima para su ingreso o para incrementar su participación en ella. Son obligaciones de dar o hacer; la violación de estas no ha de constituir una causa de invalidez o nulidad, sino de incumplimiento, lo cual le da a la sociedad el derecho de reclamar el pago o bien el expulsar al socio de la sociedad anónima (artículo 32 Código de Comercio).<sup>18</sup>

#### **c.1.2.1. Naturaleza jurídica de la aportación.**

En realidad la naturaleza jurídica de la aportación va a depender en gran parte en qué etapa de la sociedad nos encontremos, ya sea en pleno funcionamiento o durante su creación. En el primer caso se podría ver la aportación como una especie de “*contrato especial entre sociedad y socio*”<sup>19</sup>, de forma tal que ya

---

<sup>17</sup> Bohórquez, Luis F. citado por Linares, Jesús. op.cit. Página 53

<sup>18</sup> En la legislación colombiana, el artículo 397 del Código de Comercio señala que cuando existe mora en el pago de las acciones suscritas, el accionista en mora perderá el derecho inherente a sus acciones, sin perjuicio de las otras sanciones que van desde el cobro judicial hasta la venta de tales acciones por cuenta y riesgo del moroso y por conducto de un comisionista.

<sup>19</sup> Blaise, Henri en Barrera Graf, Jorge. Instituciones de derecho mercantil. México D.F., Editorial Porrúa S.A. de C.V., 2005. Página 272



estando funcionando la sociedad pudiese existir un nuevo contrato entre ésta y el socio el cual permitiera, por ejemplo, aumentar sus aportaciones al capital social. Naturalmente no tendría sentido tal operación durante la creación de la sociedad, pues en ese preciso momento, la naturaleza de las aportaciones obedece únicamente a la formación del contrato sociedad inicial y no a la serie de contratos subsecuentes que puedan generar las aportaciones.

Así las cosas la aportación puede bien ser un elemento del contrato sociedad en la constitución que le permite a la sociedad su existencia y a la persona adquirir su condición de socio; o bien la aportación puede tener como fuente un contrato entre la sociedad, ya constituida, y quién aporta, cuando a cambio de un bien perteneciente al patrimonio del socio, pueda acceder el socio a más acciones o cuotas por parte de la sociedad.

En una similar línea, Gutiérrez Falla insiste en que el término aportación debe ser enfocado en al menos tres puntos de vista, el primero de ellos, como una obligación ineludible de los socios, que no es sino lo que se ha venido explicando hasta ahora en este apartado; el segundo de ellos, como fuente del patrimonio societario, lo cual implica que *“... el aporte tiene en realidad una doble función: integra el fondo puesto en común por los socios para la explotación de la empresa societaria (artículo 1782, Código Civil), constituyendo un factor productivo de utilidades, y es, además, un instrumento de garantía de los acreedores*

*sociales...*<sup>20</sup>. Finalmente, en tercer lugar, como la cosa que el socio ha de entregar a la sociedad, conclusión que en nuestro caso de nuevo puede derivarse del artículo 29 del Código de Comercio y del artículo 111 del mismo cuerpo legal, de acuerdo con los cuales si bien las aportaciones pueden diferir de socio a socio, la función elemental objetiva es idéntica a todas.

### **c.1.2.2. Clases de aportaciones**

Lo primero que podemos indicar en término de las aportaciones, es el que “(...) *unas consisten en obligaciones de dar del socio y otras en obligaciones de hacer que asuma a favor de la sociedad*”<sup>21</sup>. En este sentido, nuestra legislación contempla las aportaciones de capital, que a su vez pueden ser, aportaciones en efectivo y aportaciones en especie; y, por otro lado, las aportaciones de industria (o de servicios).

Las aportaciones de capital consisten en dinero, que son las más comunes, en bienes muebles o inmuebles que sean propiedad del socio que las aporta, o en derechos personales o reales de que él sea titular.

---

<sup>20</sup> Gutiérrez, Laureano F. op.cit. Página 110

<sup>21</sup> Barrera Graf, Jorge. op.cit. Página 273

Las aportaciones de industria consisten en trabajos o servicios que los socios se obliguen a prestar a favor de la sociedad, durante el funcionamiento de ésta. Por otra parte, el socio industrial no asume el carácter de trabajador, al conforme a lo estipulado en el artículo 29 del Código de Comercio en su segundo párrafo:

*“Al socio industrial se le asignará, por su trabajo, una suma que guarde relación con la cooperación que preste, pero nunca será menor del salario acorde para trabajos de esa índole, tomando en cuenta el lugar donde se preste esa cooperación personal. En todo caso el socio industrial gozará de los derechos estipulados en el Código de Trabajo”*

Más allá de lo anterior entonces, podemos decir que las aportaciones se distinguen también en cuanto al título jurídico a virtud del cual el socio transmite los bienes o derechos a la sociedad, en traslativas de dominio o del uso o goce de bienes y derechos, y en la prestación de servicios. En efecto, cuando los bienes o derechos se transmiten en propiedad, esto requiere que el socio sea dueño o titular de ellos; en dicho caso el artículo 32 del Código de Comercio establece que de ser la aportación hecha en dinero se entiende esta como traslativa de dominio. Lo mismo sucede si lo aportado es un crédito u otro valor, en este caso, sin embargo, se hace la salvedad de que deben hacerse efectivos una vez que estos venzan, de lo contrario se le devolverá el crédito al socio para que este pague el dinero por el que el crédito solía responder; o sea, el socio no va solo a responder

aquí por la legitimidad y existencia del crédito sino por las posibilidades que tenga el deudor de pagar cuando la aportación sea exigida.

Continúa dicho artículo haciendo mención de aquel aporte que consiste en bienes muebles o inmuebles, este, como en los casos anteriores es, translativo de dominio y en cuanto a los gravámenes que puedan pesar sobre estos indica que no pueden ser más de aquellos que ya existieren cuando se ofrece el aporte inicialmente, siendo éstos de pleno conocimiento del resto de los socios.

Si el objeto de la aportación consistiera en la transmisión del derecho de uso de la cosa, como en el caso de la explotación de una marca de fábrica, no se traslada de forma firme y definitiva como sí ocurre en los anteriores casos, sino que debe indicarse claramente si lo que se aporta es sólo su uso, dejándose para sí el socio la calidad de dueño, para que cuando venza el plazo social se le devuelva el uso al socio; si tal especificación no se hiciera, el traslado será total y definitivo a nombre de la sociedad.

Finalmente en el caso de las aportaciones de industria, o sea trabajo personal o conocimientos, no podemos hablar de un traslado de dominio sino más bien debe definirse en el contrato social el plazo y condiciones en que se encontrarán a disposición de la sociedad.

Se requiere además, que los bienes o derechos que se pretendan aportar puedan legalmente transmitirse a la sociedad, es decir que no sean intransmisibles, como sucede con los derechos personales o que solo sean permisos o autorizaciones que aún no se hayan obtenido vgr. Concesiones y autorizaciones administrativas.

### **c.1.2.3. Características de las aportaciones**

Para Barrera Graf las aportaciones hechas por los socios deben clasificarse de la siguiente manera: En primer lugar, pueden ser objeto de aportación toda clase de bienes y derechos que puedan ser transmitidos.

En segundo lugar, los bienes, derechos o servicios que pretendan aportarse deben servir a la satisfacción del fin de la sociedad. La esencia de la aportación consiste en ser un medio para conseguir el fin común, así las cosas la aportación debería guardar estricta relación con el objeto de la sociedad pues de no ser así desvirtuaría por completo la causa misma del negocio jurídico; sin embargo hemos de tener en cuenta no sólo el que el objeto puede variar, en el sentido de que no tiene que ser necesariamente un objeto social único sino que usualmente en la

cláusula del objeto se enumeran una infinidad de actividades a la cual puede dedicarse la sociedad.

En tercer lugar, al momento de constituirse las aportaciones de capital deben tener valor en términos monetarios. En tal sentido el inciso 9 del artículo 18 del Código de Comercio establece que la escritura social de toda sociedad mercantil debe contener “9) *Expresión del aporte de cada socio en dinero, en bienes o en otros valores. Cuando se aporten valores que no sean dinero, deberá dárseles y consignarse la estimación correspondiente...*”

#### **c.1.2.4 Suscripción de capital y pago de la aportación**

##### **a) Suscripción de capital**

En cuanto a la sociedad anónima que se constituya por suscripción pública, de acuerdo con el artículo 108 del Código de Comercio los fundadores deben redactar un programa, dentro del cual se debe indicar la *forma y términos en que el suscriptor se obligue a verificar el primer pago*<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Código de Comercio artículo 9 inciso c

En nuestra legislación no se norma a profundidad la forma y términos en que se debe pagar la aportación por suscripción, esto probablemente por la libertad que se da a los fundadores de tomar dichas decisiones en el programa que antes mencionara; sin embargo, sí se hace una distinción entre las aportaciones dadas en dinero en efectivo y aquellas que no sean en numerario: las primeras se han de depositar en una persona, nuevamente designada por los fundadores, para que una vez que se inscriba la sociedad pueda ser recogido por los representantes; las segundas se deben de formalizar al protocolizarse el acta de la asamblea constitutiva.

El que el Código no indique el momento exacto en que se deben pagar las aportaciones por suscripción, nos lleva a que, si bien estas han de pagarse en el plazo que se indique oportunamente, el capital social ha de estar suscrito y por ende las aportaciones hechas para poder, luego en el plazo de quince días, convocar a la asamblea constitutiva, esto último de acuerdo con el artículo 115 del Código de Comercio.

## b) Pago de aportaciones

Como ya se ha mencionado dentro de esta sección, en la sociedad anónima, los socios sólo se obligan al pago de las aportaciones, en obediencia a la separación entre el patrimonio societario y el de los accionistas.

En la doctrina en general es poco el tratamiento que se le da al tema, la tendencia observada en la legislación de distintos países, es el análisis de la figura a partir del articulado de las respectivas leyes de sociedades. Metodología que resulta acertada para efectos de este trabajo, por lo específico del tema.

Así las cosas, la formación de la sociedad anónima requerirá<sup>23</sup> que las aportaciones en numerario se paguen en al menos 25%, al momento de la constitución de la sociedad, así lo dispone el artículo 107 del Código de Comercio:

*“Las aportaciones en numerario se depositarán en un Banco del Sistema Bancario Nacional, a nombre de la sociedad en formación, de lo que el notario deberá de dar fe. El dinero depositado será entregado únicamente a quien ostente la representación legal de la sociedad una vez inscrita esta, o a los depositantes, si comprueban con escritura pública, haber desistido de la constitución de común acuerdo”.*<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Artículo 104 Código de Comercio

<sup>24</sup> Artículo 107 Código de Comercio



Continúa el artículo 104 del Código de Comercio, en su inciso c) indicando que se requerirá para la formación de la sociedad, que en al acto de constitución queden pagas por completo las aportaciones con bienes distintos del numerario. Dichas aportaciones se formalizarán, sin embargo, al protocolizarse el acta de la asamblea constitutiva.<sup>25</sup>

### **c.1.3 Ejercicio en común de una actividad**

Se ha ya mencionado, que el socio se incorpora a la sociedad para realizar el propio fin de lucro a través de la estructura de esta, siendo que él por su cuenta no podría realizarlos, por las razones que sean. Esto implica que no será ya el socio quien pretenda lucrar a expensas de la sociedad, sino que el ejercicio en común de una actividad, permitirá a todos los socios lucrar a través de la sociedad, mediante una indudable colaboración.

La Sala Primera de la Corte elabora al respecto “*La sociedad mercantil es un esquema legal organizativo de capital y trabajo para la realización colectiva de una cierta actividad (...)*”<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Artículo 111 Código de Comercio

<sup>26</sup> Sala Primera de la Corte, sentencia número 351 de las 14 horas y 10 minutos del 12 de diciembre de 1990

Por su parte Jesús Ángel Linares Vesga indica:

*“La colaboración empieza con el animus societatis, (la intención de todos de asociarse); se manifiesta en forma esencial con el aporte que cada uno está obligado a dar en beneficio común (el capital es la suma de los aportes).”<sup>27</sup>*

En relación con el ejercicio de una actividad común en aras a la consecución de un fin, también común, bien se puede afirmar que, siendo que las prestaciones de las partes no se contraponen entre sí, sino que van paralelas hacia la consecución de un fin común, las partes del contrato pueden satisfacer sus intereses, aún cuando falte la prestación de uno de los que originalmente se comprometió a constituir la sociedad, ya que al no ser correspectivas entre sí, no existe entre ella la relación de prestación-contraprestación que caracteriza los contratos de cambio.

Al respecto, continua la anteriormente mencionada sentencia de la Sala Primera de la Corte:

*“(...) la nulidad que afecta el vínculo de una de las partes, su prestación o la regulación que se le da a la misma por estipulaciones contractuales, no implica nunca la nulidad del resto del contenido del contrato, siempre que la nulidad no afecte prestaciones o convenciones que sean esenciales e indispensables para la consecución del fin común que motivó la existencia del contrato.”*

---

<sup>27</sup> Linares, Jesús. op.cit. Página 26

Como resultado del ejercicio en común de una actividad *“el nuevo socio de una compañía ya constituida responderá, como los demás, de todas la obligaciones contraídas por ésta antes de su admisión...”*<sup>28</sup>; el fin del socio, en cambio, es individual a cada uno de ellos.

Por consiguiente la ilicitud de la finalidad, la del socio, provoca la nulidad de su aportación o sea solo afecta la relación del socio con la sociedad, mientras que la ilicitud de la finalidad de la sociedad, ocasionaría la nulidad de esta.

Sin embargo la ilicitud de la sociedad no cesa de inmediato la existencia de la sociedad sino que por el contrario asegura que esta continúe vigente al menos hasta que se liquide. En este caso, estaríamos frente a una causa de extinción de la sociedad, que provocaría que se iniciara la liquidación, con las consecuencias que señala el capítulo noveno de nuestro Código de Comercio.

---

<sup>28</sup> Código de Comercio, artículo 28

## c.2. Requisitos del contrato social

### c.2.1 consentimiento y capacidad

En relación con el consentimiento Víctor Pérez señala:

*“En los actos bilaterales la voluntad toma el nombre de consentimiento, que es el acuerdo de las voluntades de dos o más sujetos, la concordancia de las voluntades de las partes que celebran el negocio, puede ocurrir de modo expreso o tácito”<sup>29</sup>*

El consentimiento de los socios debe ser manifestado de forma libre y clara (artículo 1008 Código Civil). Dicha manifestación debe hacerse en el período constitutivo, e inclusive, antes de la constitución en un período que podríamos llamar precontractual. En relación con este último y de acuerdo con lo que explica Víctor Pérez en su libro de Derecho Privado, no solo pueden distinguirse dentro del consentimiento al menos tres etapas, si no que este no se ve perfeccionado, hasta que, producto de la manifestación de las voluntades, se llega a un acuerdo; antes de esto existe un periodo precontractual, mismo en el cual ha de privar al menos la buena fe. Ahora, esa manifestación es reflejo de la voluntad de ingresar como socio de la sociedad estando de acuerdo con el fin común que los socios persigan dentro de ella, y con las aportaciones que se deben hacer al efecto, las cuales vendrán a formar el capital social que es el patrimonio inicial de la sociedad.

---

<sup>29</sup> Pérez Víctor. op.cit. Página 239

En cuanto al acuerdo de voluntad de los socios Jorge Barrera Graf indica:

*“Esta voluntad de los socios de formar parte de una sociedad, de constituir dentro de ella una relación permanente y de adquirir el status de socio; o sea, el conjunto de derechos y de obligaciones que les es propio, es en lo que consiste la affectio societatis”.*<sup>30</sup>

Ahora bien, en este primer periodo de la sociedad, el consentimiento de los socios suele darse simultáneamente y en el mismo acto (comparecencia de todos ellos ante el notario); o bien, pero sólo en el caso de la sociedad anónima, de manera sucesiva, al obligarse a suscribir cada uno de los socios una parte del capital, según así lo dispone el artículo 109 del Código de Comercio, el cual en su inciso g) estipula que es necesaria la declaración por parte del suscriptor de que, en su caso, conoce y acepta el proyecto de la escritura social y los estatutos.

Enfatizando aún más la relación entre el consentimiento y el contrato societario, tenemos que en efecto, si bien la sociedad es un contrato formal (artículo 18 Código de Comercio), la forma no es esencial para nuestra legislación en el sentido de que el negocio jurídico societario se perfecciona desde el momento en que existe el consentimiento, sea que este conste o no en escritura pública; aunque la persona jurídica de la sociedad no surge hasta que se hayan cumplido

---

<sup>30</sup> Barrera Graf, Jorge. Op.cit. Página 269

todos los requisitos de ley, como luego se verá. Por tal razón nuestra legislación reconoce las sociedades de hecho.

En lo atinente a la capacidad<sup>31</sup> cabe mencionar a manera de síntesis a Boris Kozolchyk y Octavio Torrealba para quienes es

*“indudable que si la actividad del comerciante consiste, fundamentalmente, en celebrar contratos, para ello debe poseer la capacidad de ejercicio, pues de lo contrario su actividad estaría viciada de la nulidad que afecta los actos de los incapaces. Esto hace pensar que es a la capacidad para obligarse personalmente por acto propio a la que alude el Código”.<sup>32</sup>*

### **c.2.1. Vicios en el consentimiento**

En nuestro caso, tal y como en la mayoría de los países que siguen la legislación italiana, los vicios de los cuales adolezca el consentimiento de los socios, están regidos por las reglas respectivas del derecho civil, con algunas excepciones propias del contrato societario.

---

<sup>31</sup> Artículo 416 Código de Comercio

<sup>32</sup> Kozolchyk, Boris y Torrealba, Octavio. Curso de Derecho Mercantil. San José, Editorial Juritexto, 2ª ed. 1997. Página 68

Es imperativo tener especialmente en cuenta, que se debe ejercer cierta cautela a la hora de analizar los vicios en el consentimiento, en el caso del contrato societario. Lo cierto es que existe una marcada tendencia a analizar los vicios en el consentimiento contractual con una perspectiva de contrato cambiario, por lo general compraventa, dejando de lado los contratos de colaboración, como es el caso del contrato de sociedad.

Retomando someramente, lo ya citado por la Sala Primera de la Corte en páginas anteriores<sup>33</sup>, el contrato de colaboración se diferencia del cambiario, en la medida que en el primero no existen intereses contrapuestos ni contraprestaciones, sino que el equivalente de su prestación la encontrará cada accionista en el ejercicio en común de una actividad, en tanto y todos los intereses se conjugan en la consecución de un fin de lucro como sociedad y no a expensas de ella.

Lo anterior se evidencia en el hecho de que los vicios del consentimiento que afecten la prestación de una de las partes, no afectarán ni a la sociedad como un todo, ni al resto de los accionistas en sus propias prestaciones.

La declaración de consentimiento, según Laureano F. Gutiérrez Falla se encuentra sujeta al menos a dos condiciones diferentes:

---

<sup>33</sup> *Vid op. Cit.* 13

- a) *“Que, según antes vimos, la ineficacia de la declaración de voluntad de algún socio únicamente afectará su relación contractual, siendo, por ende, causa de su separación y, como consecuencia, de la disolución parcial de la sociedad, pero no de la nulidad relativa del contrato en su totalidad, salvo que su aportación fuese esencial.*
- b) *Que, en caso de que su aportación fuese esencial la nulidad relativa del contrato traería como resultado la disolución y liquidación de la sociedad y no la nulidad o anulabilidad de ella.”<sup>34</sup>*

El artículo 416 del Código de Comercio, remite la regulación de la nulidad y anulabilidad de los contratos al Código Civil; por ende, debemos buscar en éste las reglas sobre los vicios del consentimiento. De acuerdo con el Código Civil, los vicios en el consentimiento se dan por error, dolo, por fuerza o miedo grave.

Puesto que el Código Civil no ofrece una definición del error, sino que el artículo 1015 se limita a regular los requisitos o circunstancias fundamentales que comportan que el error sea relevante o no, se ofrece una definición doctrinaria del concepto que indica que el error es:

*“Una equivocada o inexacta creencia o representación mental que sirve de presupuesto para la realización de un acto jurídico (...) El error es además, un presupuesto de buena fe, que el ordenamiento tiene en cuenta para dar a la persona que se encuentra en dicha situación o estado un trato más benévolo.”<sup>35</sup>*

<sup>34</sup> Gutiérrez, Laureano. Op.cit. Páginas 94 - 95

<sup>35</sup> Díez – Picazo, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. Vol. I. Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 6ª



En un plano más específico, en referencia a las contrataciones por medios electrónicos, lo definen de la siguiente manera:

*“(...) el error como vicio, no solamente es fácil de imaginar, sino que incluso, en la contratación, que ocupa nuestro actual estudio, puede presentarse con mayor facilidad, tanto en el acuerdo previo en que las partes deciden que su contratación revista esa modalidad, como en la formación del programa (si se da en un momento distinto a dicho acuerdo y en la ejecución del mismo.”<sup>36</sup>*

El artículo 1015 del Código Civil dice que será anulable el contrato en que se consiente por error:

*“1. Cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se celebra. 2. Cuando recae sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, o sobre su sustancia o calidad esencial.”*

La aplicación de dicha norma, en lo que al contrato societario se refiere, no ofrece mayores dudas, claro está teniendo en mente siempre lo indicado al inicio de esta sección, con respecto a que la nulidad o anulabilidad de las prestaciones de un accionista no invalida el contrato societario mismo.

---

ed. 2007. Página 207

<sup>36</sup> Carrascosa, Valentín y otros. El consentimiento y sus vicios en los contratos perfeccionados a través de medios electrónicos. Mérida, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1996. Página 1026

Lo mismo va con respecto al consentimiento por fuerza o miedo grave, regulado por el Código Civil en los artículos 1017 a 1019, los cuales, indican que para calificar de fuerza o intimidación, debe prestarse atención a la edad, sexo y condición de quien la sufra. Para que vicie el consentimiento, no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado, tal y como lo dispone ese mismo Código en el artículo 1020:

*“**Artículo 1020.-** El dolo no vicia el consentimiento, sino cuando es obra de una de las partes y cuando además aparece claramente que sin él no hubiere habido contrato. En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de daños y perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o se han aprovechado de él; contra los primeros por el valor total de los perjuicios y contra los segundos, hasta el monto del provecho que han reportado.”*

En lo que al contrato societario respecta, en relación con el dolo, cabe preguntarse si para poder alegar este vicio, es necesario que todos los socios lo conozcan; al respecto la doctrina ha considerado que puede alegar dolo el que lo haya sufrido, aunque no lo hubiesen conocido el resto de los socios. Sobre esta materia Garrigues expresa:

*“Los efectos de la nulidad provocada por vicios del consentimiento tienen en materia de sociedades mercantiles un ámbito muy limitado; no constituyendo dolo los optimismos exagerados de algunos socios en el momento*

*fundacional, si bien sí lo constituirían la declaración de los fundadores de que se va a aportar una mina de alta producción, cuando en realidad la aportada no tenía mineral alguno, o en el caso de falsificación de estados financieros de una sociedad para incluir a terceros a adquirir acciones en un aumento de capital.”<sup>37</sup>*

### **c.3. Personalidad jurídica**

Es evidente el que los diversos elementos del contrato societario han de permear en todo lo que se les relaciona, como ocurre con la personalidad jurídica que se le otorga a la sociedad. En tal sentido la Superintendencia de Sociedades de Colombia dice:

*“El sustrato real de la personificación jurídica de la sociedad, que explica y justifica su razón de ser, consiste en el desarrollo conjunto de una actividad económica organizada, real y lícita” .<sup>38</sup>*

Ahora bien, resulta necesario en este punto referirse a la personalidad jurídica de la sociedad anónima que surge ciertamente en relación estrecha con el negocio jurídico o contrato societario. En general, podemos decir que la sociedad es un sujeto, centro de imputación de deberes y derechos, esto claro está en tanto cumpla con los requisitos normativos que corresponden a la personalidad jurídica;

---

<sup>37</sup> Garrigues citado por Gutiérrez, Laureano. Op.cit. Página 99

<sup>38</sup> Superintendencia de Sociedades Colombiana, citada por Linares, Jesús. Op.cit. Página 46

lo cierto es que al otorgarle el legislador personalidad jurídica se parte de una situación prenORMATIVA que es en efecto el acuerdo de voluntades por parte de quienes han convenido en la sociedad.

Ascarelli citado por Laureano F. Gutiérrez dice:

*“ la constitución de la persona jurídica y del patrimonio separado representa, en definitiva, sólo un medio técnico mediante el cual los socios pueden ejercitar el comercio con responsabilidad limitada; la personalidad jurídica no es otorgada para la tutela de un interés diverso de aquel de comunión de los socios, sino propio para la realización de ese interés; ésa encuentra su justificación en la constitución de un patrimonio separado a través de la constitución de un nuevo sujeto de derecho y en la consiguiente distinción entre los bienes destinados al fin común y aquellos particulares... en la posibilidad, debido a la constitución del nuevo sujeto, de una gestión colectiva del patrimonio, sujeta, como en la sociedad anónima, a la regla mayoritaria.”<sup>39</sup>*

En el caso de Costa Rica bien puede afirmarse, de acuerdo a lo afirmado por Víctor Pérez:

*“la persona jurídica es el resultado de un sustrato material, que puede ser un conjunto de personas o de bienes organizados unitariamente según las condiciones legales, y de la calificación normativa de tal sustrato, o sea, la atribución de personalidad jurídica”<sup>40</sup>.*

---

<sup>39</sup> Ascarelli, Tullio citado por Gutiérrez, Laureano. Op.cit. Página 19.

<sup>40</sup> Pérez, Víctor. op.cit Página. 35

Este sistema normativo para el otorgamiento de la personalidad jurídica, se ve evidenciado no únicamente en el artículo 33 de nuestro Código Civil, el cual estipula que la existencia de las personas jurídicas proviene de la ley o del convenio conforme a la ley; si no de forma más específica son terminantes las disposiciones del artículo 20 de nuestro Código de Comercio por el cual: *“las sociedades inscritas en el Registro Mercantil tendrán personería jurídica. Declarada la inexistencia o la nulidad del acto constitutivo, se procederá a la disolución y liquidación de la sociedad sin efecto retroactivo”*.

Dicho todo lo anterior tenemos que, en efecto los artículos 20 y 23 del Código de Comercio otorgan personalidad jurídica tanto a las sociedades regulares como a las de hecho, por lo cual puede afirmarse entonces que, una vez celebrado el contrato asociativo al que supra se ha hecho referencia, al tenor del artículo 1009 del Código Civil esto se puede perfeccionar por el consentimiento de las partes. La sociedad misma adquiere personalidad jurídica una vez que se haya inscrito en Registro Mercantil, perdurando dicha personalidad hasta que finalice su proceso liquidatorio (artículo 209 Código de Comercio).

Esto no viene sino a confirmar, que para la legislación costarricense son también personas jurídicas aquellas sociedades que se hayan constituido con vicios de

nulidad o inexistencia, ya que de acuerdo con el artículo 20 del Código de Comercio, la declaración de dicha inexistencia o nulidad no tiene efectos retroactivos, debiéndose continuar su trámite de disolución y liquidación.

Ahora bien el hecho de que a la sociedad anónima se le otorgue personalidad jurídica no carece de efectos, sino todo lo contrario, en definitiva la personalidad jurídica viene a determinar mucho de lo que caracteriza no solo al contrato societario sino al desenvolvimiento de la sociedad misma. Por lo general existe consenso entre los diversos autores de que la finalidad de la personalidad consiste en servir de línea divisoria entre el patrimonio de los socios y el patrimonio del ente que han creado.

En relación con lo anterior se afirma asimismo, que la relación entre la actividad del nuevo ente sujeto de derecho y el patrimonio que le corresponde, consiste en que todos los bienes presentes y futuros de la sociedad han de ser destinados al cumplimiento de su actividad. Finalmente, la creación de la sociedad no ignora ni va más allá de las personas de los socios porque se trata de sólo un medio al que los socios acuden para cumplir ciertos objetivos (ánimo de lucro) que no pueden o no quieren realizar de forma individual y por ende, unen sus capitales para explotar la empresa de la que es titular la sociedad y no los socios.

Es imperativo en este punto detenerse, a manera de paréntesis, en la relación existente entre la sociedad anónima y la empresa, dicha relación es tan cercana que tiende a confundirse la una con la otra, siendo que es muy común que las sociedades (y aquí en específico las sociedades anónimas) constituyan empresas y que su finalidad sea la explotación de estas.

Sin embargo, son fenómenos jurídicos distintos: la sociedad como persona jurídica, crea y organiza la empresa y por lo tanto se torna en titular de la empresa. En cambio, la empresa es efecto y resultado de la actividad del empresario, en este caso la sociedad anónima.

Kozolchyk y Torrealba caracterizan este punto de la siguiente manera:

*“La esencia de la empresa radica en la organización de diversos elementos precisos para la obtención de una finalidad económica: el ejercicio del comercio. Desaparecida la organización, desaparece la empresa aunque subsistan sus elementos separados.”<sup>41</sup>*

Ahora relacionando esto con lo que hemos venido discutiendo hasta el momento, tenemos que a las sociedades anónimas se les otorga personalidad jurídica

---

<sup>41</sup> Kozolchyk Boris y Torrealba Octavio. Op.cit. Página. 98

propia, mientras que la empresa por sí sola no la tiene; esto por razones meramente prácticas para evitar una duplicidad innecesaria de personalidades. Lo cierto es que el aviamiento de la empresa depende en gran parte de su organización y como se verá a continuación, el contrato o negocio jurídico societario no es únicamente un contrato plurilateral sino a su vez de organización, por excelencia.<sup>42</sup>

## **B. Asambleas**

El ejercicio de una actividad en común, sobre el cual ya se ha elaborado, permea todo el funcionamiento de la sociedad, por lo cual es de esperarse que este se vea reflejado en la toma de decisiones, por un órgano colegiado como lo es la Asamblea de Accionistas. El artículo 152 del Código de Comercio dice:

“Las asambleas de accionistas legalmente convocadas son el órgano supremo de la sociedad y expresan la voluntad colectiva en las materias de su competencia. Las facultades que la ley o la escritura social no atribuya a otro órgano de la sociedad serán de la competencia de la asamblea.”<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Como dice Gutiérrez Falla, op.cit. página 40 por ende, la actividad coordinadora, al aviamiento, reside y es ejercitado por la sociedad anónima a la que, como empresario, corresponden los riesgos directos de la ventura, siendo suyas las utilidades o pérdidas de la gestión.

<sup>43</sup> Artículo 152 Código de Comercio



Del anterior artículo se desprenden varios aspectos acerca de la asamblea de accionistas: el primero, es que durante su celebración los accionistas pueden ejercer sus derechos de soberanía al adoptar un acuerdo mayoritario, esta voluntad se forma así, no necesariamente por la presencia de todos los socios, si no por el quórum requerido por ley. El segundo, y quizás más evidente, es que la asamblea de accionistas se integra por los socios quienes se reúnen para deliberar y tomar acuerdos sobre lo que les compete, sea a título personal o bien por representación que concedan a terceros sean socios o no, tal como lo estipula el artículo 146 del mismo cuerpo legal, que luego se ha de analizar.

El tercer aspecto se refiere a que la competencia de la asamblea de accionistas no es ilimitada, de ahí que la ley solo valide la formación de la voluntad colectiva en las materias de su competencia. Para Garrigues<sup>44</sup> lo que diferencia a la asamblea del consejo de administración es que la actividad de la asamblea es puramente interna, siendo que esta carece de facultades de representación hacia el exterior, se separa la competencia, de acuerdo con este autor, en al menos dos matices distintos: el negativo que implica que la esfera de acción está limitada por el respeto a los derechos de terceros, o de los socios cuando aparecen como terceros y un matiz positivo, es que, a pesar de estas limitaciones, la asamblea sigue siendo superior a los otros dos órganos de la sociedad.

---

<sup>44</sup> Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil II: Tomo II. Bogotá, Editorial Temis, 1987. Página 191

El ser “legalmente convocadas” como lo indica el artículo en análisis, es reflejo del carácter democrático de la sociedad anónima, que pretende dar el mayor acceso posible a los accionistas dentro del actuar social. A pesar de que no lo indique expresamente el artículo 18 del Código de Comercio, la forma y el funcionario u órgano que ha de convocar a la asamblea se debe indicar en la escritura social (artículo 158); sin embargo a falta de disposición expresa, deberá ponerse aviso en La Gaceta. En este último caso, se trata de un requisito esencial, en cuya ausencia la asamblea que se reuniera sería nula (artículo 176 inciso b).

Prueba de que la convocatoria busca asegurar la democracia dentro de la sociedad, es el que el 25% del capital social, sea este representado por uno o más accionistas, tienen derecho a pedir a los administradores que convoquen a asambleas de accionistas en cualquier momento, lo que es más, la solicitud de convocatoria puede ser hecha por un solo socio de acuerdo con el artículo 160.

Ahora bien, si dicha convocatoria les fuese negada por parte de los administradores, se puede formular la solicitud de convocatoria ante un juez quien luego de trasladar la petición de los administradores, seguirá los trámites establecidos para los actos de jurisdicción voluntaria. Todo esto se refiere a la primera convocatoria y pareciera no haber regulación en lo que a la segunda convocatoria respecta; sin embargo, el artículo 165 sin embargo indica que ambas convocatorias pueden hacerse simultáneamente, lo cual nos lleva a pensar que la

legalidad de la segunda convocatoria depende de que la primera sea hecha de acuerdo a derecho; naturalmente ambas convocatorias tendrían que ser para oportunidades distintas, separadas por al menos una hora, para que quienes no concurrieran a la primera puedan hacerlo a la segunda.

En la legislación comparada, por lo general la convocatoria se ha de hacer con al menos 15 días de anticipación. Nuestra legislación no es la excepción siendo que de no existir en la escritura social disposición al respecto se ha de hacer la convocatoria al menos 15 días antes de la celebración de la reunión. Durante este plazo se pondrán a disposición de los accionistas todos los libros y documentos relacionados, para asegurar el derecho a la información de los accionistas, el cual analizaremos dentro de este capítulo.

Claro está que si en la escritura social se determinó que para el ejercicio de los derechos de participación (voto), figura la cual estudiaremos en este capítulo, se ha determinado como necesario el depósito de los títulos de las acciones, la convocatoria se hará con un plazo que permita a los accionistas disponer de por lo menos una semana para hacer el depósito; todo lo anterior del artículo 164 del Código de Comercio.

El orden del día no es sino la relación de asuntos que serán sometidos a la discusión y la aprobación de la asamblea, y será redactado por quien haga la convocatoria o bien por quien la solicite, como ya se mencionara con anterioridad. Y a esa relación debe concretarse la deliberación y el voto, porque de agregarse otros, los socios que no concurrieron y los que objetaron, bien podrían pedir la nulidad del acuerdo respectivo. Como en efecto ocurrió en sentencia de la Sala Primera la cual elabora sobre la relación existente entre la convocatoria y el orden del día:

*“(...) lo medular es el nexo o ligamen existente entre estos dos actos. La convocatoria, como ya se dijo, consiste en el llamado que se hace a los socios para que concurran a una asamblea, en un lugar y fecha predeterminados donde debe indicarse los aspectos a tratar. Por otra parte, el orden del día estriba en los temas o agenda, sea, el programa de los asuntos que han de ser tratados en la sesión (...) Indefectiblemente, en esa invitación deben mencionarse los asuntos que han de ser tratados, pues los socios requieren estar informados de ellos a efectos de decidir sobre su asistencia, informarse para la discusión y la emisión de su voto, lo cual conlleva a la necesidad de que la convocatoria sea clara, concreta y completa.”<sup>45</sup>*

En dicha sentencia, dicho sea de paso, en efecto se decretó la nulidad del acuerdo, por falta de dicha claridad, en el momento de la convocatoria.

---

<sup>45</sup> Sala Primera de la Corte, sentencia 682 a las 10 horas 45 minutos del 20 de setiembre de 2006

De la necesidad de convocatoria se exceptúa la llamada junta totalitaria o universal, contemplada por el artículo 158, a cuyo tenor :

*“(...) se prescindirá de la convocatoria cuando, estando reunida la totalidad de los socios, acuerden celebrar asamblea y se conformen expresamente con que se prescinda de dicho trámite, lo que se hará constar en el acta que habrán de firmar todos”.*

Para Garrigues la *“posibilidad de celebrar juntas totalitarias o universales, es de especial importancia para las sociedades anónimas pequeñas”*<sup>46</sup>, como por ejemplo las familiares, donde la convocatoria bien podría hacerse de formas sencillas para evitar la desproporción.

El artículo 162 indica que las asambleas podrán celebrarse dentro o fuera del país, en el lugar que determine la escritura social y en su defecto en el domicilio de la sociedad. Nada impide la posibilidad de celebrar una asamblea que no tenga localización física específica, siendo esencial a la asamblea la presencia de los accionistas, temática en la cual profundizaremos posteriormente.

---

<sup>46</sup> Garrigues, Joaquín. Op.cit. Página 198

### **b.1. De las asambleas ordinarias y extraordinarias**

Las asambleas de accionistas se dividen en generales y especiales y las primeras, a su vez, en ordinarias y extraordinarias. Las generales pueden estar integradas por la totalidad de los socios, mientras que las especiales se integran solo por los socios que tengan derechos particulares.

Para Garrigues la “*distinción entre las asambleas ordinarias y extraordinarias no se funda en la competencia respectiva, sino en la previsibilidad*”<sup>47</sup>, o sea que toda junta que no sea prevista en la legislación como ordinaria será extraordinaria. En el caso de nuestra legislación esto es parcialmente cierto, en el sentido que de acuerdo con el artículo 154 del Código Civil son asambleas ordinarias las que se reúnan a tratar cualquier asunto que no sea de los enumerados en el artículo 156, como competencia de las asambleas extraordinarias. Sin embargo, por lo demás la periodicidad y asuntos que usualmente son de su respectiva competencia, se encuentran claramente delimitados en los artículos 155 y 156 de este Código. A pesar de esto nada obsta que en una misma reunión se traten los asuntos que se han delimitado como ordinarios o extraordinarios.

---

<sup>47</sup> Garrigues, Joaquín. Op.cit. Página 193

Independientemente de que las asambleas sean de carácter ordinario o extraordinario, estas suelen ser presididas por el presidente del consejo de administración, a menos que la escritura estipule lo contrario, o bien que en el momento los accionistas presentes designen a otra persona; de igual manera el secretario del consejo de administración fungirá como secretario de la reunión, de nuevo, a menos que los accionistas decidan lo contrario.

Las mayorías necesarias para constituir las asambleas, varían no solo dependiendo de la clase de asamblea que sea, sino también en relación con la primera o segunda convocatoria. Ya se ha mencionado aquí que en el caso de una segunda convocatoria, independientemente de la clase de asamblea para la que se haga, esta se constituirá válidamente cualquiera que sea el número de acciones representadas y las resoluciones se tomarán por más de la mitad de los votos presentes.

En cuanto a la primera convocatoria, el quórum de presencia requerido para una u otra asamblea es distinto: en el caso de las asambleas ordinarias, quedará válidamente constituida cuando concurren a ella por lo menos la mitad de las acciones con derecho a voto y las resoluciones solo serán válidas cuando se tomen por más de la mitad de los votos presentes, al tenor del artículo 169 del código de Comercio. Para tratar los asuntos mencionados a que se refiere el artículo 156 (modificar el pacto social, autorizar acciones y títulos de clases no

previstos en la escritura social, etc.), la asamblea extraordinaria habrá de constituirse con por lo menos las tres cuartas partes de las acciones con derecho a voto y las resoluciones se tomarán válidamente por el voto de las que representen más de la mitad de la totalidad de ellas, tal y como lo indica el artículo 170. Nótese sin embargo, que para la adopción de resoluciones en asamblea extraordinaria la mayoría corresponde a la totalidad de acciones, no solo a las acciones presentes como sí ocurre en las asambleas ordinarias.

## **b.2. Acciones de nulidad**

Nuestra legislación, en el capítulo de sociedades anónimas, hace referencia a las acciones de nulidad en contra de los acuerdos de las asambleas que no hayan sido legalmente adoptados, siendo que las resoluciones que sí hayan sido legalmente adoptadas por la asamblea de accionistas obligan a todos los socios, aún a los ausentes o disidentes, excepto naturalmente por el derecho de oposición.

Nada señala la posibilidad de nulidad de las asambleas, sin embargo bien calzarían en nuestra legislación disposiciones como las de la legislación mexicana, para la cual son nulas las asambleas de papel, o sea aquellas que realmente no se celebran, porque no comparecen los socios, se redactan como si se hubiera



celebrado y firman algunos o todos los que se dice falsamente comparecieron. Basta cotejar con la práctica en nuestro país para saber cuán común resulta esto en nuestras sociedades anónimas. Es la posición de esta tesis que la posibilidad de adoptar acuerdos societarios mediante la realización de conferencias virtuales de socios, por razones de mera comodidad o por cualquier otra, vendría a colaborar en la reducción de prácticas ilegítimas como las asambleas de papel.

Por lo demás, en cuanto a las acciones de nulidad en contra de los acuerdos de las asambleas, estas se rigen por las disposiciones de derecho común y prescriben al año, desde la fecha de adopción del acuerdo; es competente para su resolución el juez del domicilio de la sociedad y puede ser interpuesta por los accionistas sin distinción de clase.

El artículo 176 enumera los acuerdos de las asambleas que serán nulos mas no a manera de *numerus clausus*, siendo que el artículo 178 admite pedir la nulidad de los acuerdos, en cuanto cumplan con determinados requisitos: que la demanda señale la cláusula de la escritura social o el precepto legal infringido y en qué consiste la violación; que el socio demandante no haya concurrido a la asamblea o haya votado en contra de la resolución y que la demanda se presente dentro del mes siguiente a la fecha de clausura de la asamblea.

### **b.2.1. Impugnación de decisiones asamblearias**

De lo indicado en el apartado anterior, el Código de Comercio, en sus artículos 176 a 180, disciplina el régimen de invalidez de los acuerdos societarios adoptados en asamblea.

Los mecanismos de impugnación de los acuerdos asamblearios, tienen fundamento en que aún siendo la asamblea de accionistas en la sociedad anónima su órgano soberano, esto no obsta para que no deban respetar lo previsto por la ley y sus estatutos. En caso de que no haya manifestación de ese respeto, conlleva al establecimiento de un régimen de impugnación<sup>48</sup>, para restaurar los límites de la normalidad, conforme la siguiente disposición:

**“Artículo 176:** *Serán nulos los acuerdos de las asambleas:*

- a) Cuando la sociedad no tuviere capacidad legal para adoptarlos;*
- b) Cuando se tomaren con infracción de lo dispuesto en este capítulo;*
- c) Cuando fueren incompatibles con la naturaleza de la sociedad anónima, o violaren disposiciones dictadas para la protección de los acreedores de la sociedad o en atención al interés público.”*

---

<sup>48</sup> En el caso de nuestra legislación, se trata en realidad de un único mecanismo, la impugnación judicial, sin la cual no podrán declararse nulos los acuerdos de la sociedad y se habrán de tener como válidos. Esto de acuerdo al artículo 179 del Código de Comercio.

Los presupuestos de este artículo, en efecto conducen a la nulidad, cada uno por separado, no así lo dispuesto en el artículo 178 del Código de Comercio, en el cual los requisitos allí enumerados, en su conjunto, permitirán la anulación del acuerdo de asamblea de accionistas.

Al respecto la Sala Primera de la Corte, expresa:

*“En la doctrina y en la legislación positiva se considera que el acuerdo tomado por las asambleas de accionistas implica una declaración de voluntad que participa de la categoría de los negocios jurídicos, que trata de producir efectos jurídicos y que regula intereses privados”<sup>49</sup>.*

Así las cosas y de acuerdo con la teoría del negocio jurídico, la regla es que las resoluciones legalmente adoptadas por la asamblea de accionistas sean obligatorias<sup>50</sup> y que la impugnación de las mismas sea excepcional.

Adicionalmente, el principio mayoritario es el que rige el funcionamiento práctico de las sociedades anónimas, tal y como lo plantea Garrigues:

*“Toda materia de impugnación de acuerdos sociales gira en torno de la aplicación del principio mayoritario en la sociedad anónima y constituye en cierto modo un compromiso entre la necesidad de facilitar la formación de la voluntad social a*

---

<sup>49</sup>Sala Primera de la Corte, Resolución número 001011-F-2005, de las 15 horas y 55 minutos del 21 de diciembre de 2005.

<sup>50</sup> Artículo 175 Código de Comercio

*través de un claro reconocimiento de dicho principio y de la funcionalidad del ente societario conforme a su régimen jurídico, dentro de la no menos necesaria cautela que garantice un proceder justo y equitativo en el funcionamiento real de dicho principio.”<sup>51</sup>*

Partiendo, como ya se ha mencionado de que el sistema de nulidades del derecho societario debe ser visto como una parte del sistema general de nulidades consagrado en el Código Civil, a manera de complemento al menos, se tiene que las nulidades societarias, son sin embargo distintas a las civiles. Siguiendo esta línea de pensamiento, Ramiro Gonzalo Viñal<sup>52</sup>, enuncia una lista de ciertas cualidades, que al menos en general les son propias a las nulidades societarias, en lo que aquí interesa, las siguientes:

- i. Deben ser trascendentes: La declaración de nulidad de la resolución de una asamblea de accionistas, no es un acto que deba tomarse a la ligera, siendo que viene a minar la certeza de la validez de los actos.
- ii. Pueden afectar al acto asambleario o tan sólo a una o varias de sus decisiones: es bastante explícita la cualidad per se, bien puede impugnarse una o más decisiones concretas de la asamblea o bien toda la resolución, en cuanto a la segunda “(...) *sin embargo, cuando las razones de impugnación provienen de vicios de la constitución de la asamblea, al ser*

---

<sup>51</sup> Garrigues citado por Richard, Efraín y Muiño, Orlando. Derecho societario: sociedades comerciales, civiles y cooperativas: Tomo I. Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma S.R.L. 2007 Páginas 588 - 589

<sup>52</sup> Gonzalo Viñal, Ramiro. Impugnación de actos y decisiones asamblearias, resoluciones directoriales y aspectos conexos. Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L. 2007. Páginas 99 - 103

*atacables todas las resoluciones adoptadas en la misma, el efecto es equivalente al de la impugnación de la asamblea en sí*.<sup>53</sup>

- iii. No pueden ser genéricas: es imperativo que quien solicita la nulidad indique claramente cuáles son los perjuicios causados por la resolución cuya nulidad exige.
- iv. Recaen sobre el acto jurídico ilícito: para el autor, la nulidad absoluta o relativa dependerá de si se afecta o no el orden público.
- v. Se aplican con criterio restrictivo: tomando en cuenta la importancia, del ya mencionado principio de conservación de los actos jurídicos y el impacto que la declaración de un acto jurídico puede tener, la aplicación de las nulidades ha de ser restrictiva, en la medida de lo posible.
- vi. El *onus probandi* recae sobre el nulidicente: o lo que es lo mismo, la carga de la prueba recae sobre el actor.

Ahora bien, antes de proceder a analizar quiénes se encuentran legitimados para solicitar la impugnación de las decisiones de la asamblea de accionistas, cabe mencionar que existen varias posiciones en la doctrina en cuanto a si la acción sería social o individual y si por ende, para solicitarla se podría actuar de manera individual o si se necesita una especie de colectivo. A efectos de este trabajo, el que se beneficien los intereses del accionista no obsta de que a la vez se beneficie la sociedad, en la medida de que se trata de redirigir su curso hacia la legalidad.

---

<sup>53</sup> Zaldivar, Enrique citado por Gonzalo Viñal, Ramiro. Id. Página 101

El artículo 178 de nuestro Código de Comercio, hace referencia a los socios que podrán pedir la nulidad de los acuerdos no comprendidos en el ya aquí antes citado artículo 176. Esto conlleva a una primera consideración, el que para los enunciados del artículo 176, que como ya se mencionó, en virtud de la causa que motiva la ineficacia o invalidez, se refieren a actos nulos; puede accionar su nulidad cualquier accionista, miembro de la junta directiva o consejo de administración, o bien un tercero, que se vea directamente afectado en sus derechos por la decisión tomada por la asamblea, o porque bien tenga conocimiento de que esta vulnera el orden público.

Una situación distinta se presenta en el caso del artículo 178, en tenor del cual, los actos no incluidos en el artículo 176, que serán ahora por definición, anulables, en contraposición a los primeros que son nulos, pueden ser sujetos de impugnación, según el inciso b) del artículo 178: *“b) Que el socio o los socios demandantes no hayan concurrido a la asamblea o hayan dado su voto en contra de la resolución”*<sup>54</sup>.

En lo que al accionista ausente respecta, cabe mencionar que la doctrina es recurrente en que el mismo debe haber revestido la calidad de accionista a la

---

<sup>54</sup> Artículo 178 Código de Comercio

fecha de celebración de la asamblea que pretende impugnar, esto por razones obvias, conforme Ramiro Gonzalo Viñal lo apunta:

*“Al otorgar el derecho a promover la acción de impugnación de asambleas a los accionistas ausentes o disidentes, lo hace en base a que este derecho corresponde al socio impugnante en ejercicio de un derecho subjetivo propio, a fin de que las deliberaciones se tomen conforme a la ley y al acto constitutivo. Cuando tal derecho subjetivo es lesionado nace para el accionista otro de carácter subrogatorio, para la anulación de la deliberación.”<sup>55</sup>*

En cuanto a los accionistas que hayan dado su voto en contra de la resolución, siendo que se encuentra claramente estipulado el derecho de impugnación, en el numeral citado, no pareciera necesario ni que durante la asamblea el accionista elabore sobre la razón de su voto negativo, ni que haga reserva de impugnar la decisión de la asamblea. Lo que sí es de importancia es que de acuerdo con el artículo 132 de nuestro Código de Comercio, el accionista sea capaz de acreditar su condición de accionista por exhibición de los títulos correspondientes, constancia de depósito judicial o bancario, o por certificación del depósito de las acciones.

En sentencia 317 el Tribunal Segundo Civil, Sección I, se dictamina:

*“Lo referido al tema de la adquisición, acreditación y transmisión de la condición de socio de una sociedad*

---

<sup>55</sup> Gonzalo Viñal, Ramiro. Op.cit. Página 79

*anónima debe entrelazarse conforme a lo preceptuado en los ordinales 120 y 140 del Código de Comercio. El primer ordinal determina en lo que interesa que la acción es el título mediante el cual se acredita y transmite la calidad de socio. Por su parte, el ordinal 140 establece que la sociedad considerará como socio al inscrito como tal en los registros de accionistas, si las acciones son nominativas; y al tenedor de éstas, si son al portador. Del engarce de los citados textos legales no se evidencia que resulte -contra lege- la posibilidad de adquirir acciones sin que éstas existan en su materialidad -o sea que no hayan sido impresas-. Adviértase al efecto que el ordinal 120 determina los efectos jurídicos atribuidos por la Ley a una acción referidos a la acreditación y transmisión de la calidad o condición de socio. Más que una definición de lo que debe entenderse por una acción, el citado artículo alude a los atributos que el ordenamiento reconoce al titular de una acción de una sociedad anónima conforme a los términos descritos. Por su parte el artículo 140 ibídem, regula la forma en que se reconoce la condición de socio respecto al emisor -sociedad emisora del título accionario-, donde se establece que la sociedad reputará como socio al inscrito como tal en el libro de accionistas en el caso de acciones nominativas. En esta última disposición se resalta lo relativo a la existencia de un Registro de accionistas que como es propio en materia registral en general, sabido es, de conformidad con los principios informadores de ese derecho en particular, se tiende a la protección de la buena fe del tercero como la piedra angular dimanante para su protección dentro del sistema. Por ende, la norma aludida determina en términos generales que según los datos del registro de socios, el que aparece como accionista se reputará como tal en relación al emisor y respecto a terceros. ”<sup>56</sup>*

A propósito de este último punto:

---

<sup>56</sup> Tribunal Segundo Civil Sección I, sentencia número 317 a las 10 horas 10 minutos del 30 de agosto de 2005



*“La pérdida de la calidad de accionista es obstativa de la viabilidad de la acción de nulidad de asambleas, aunque ella sea sobreviniente (...) El accionista que deja de serlo, por alguno de los medios que la ley o la doctrina admiten, pierde de manera instantánea, total, definitiva e ineluctable su estado, su vínculo con la sociedad.”<sup>57</sup>*

Los artículos 176 a 180 del Código de Comercio omiten prescribir el proceso mediante el cual se han de tramitar las impugnaciones de decisiones asamblearias. Sin embargo, no puede decirse que exista una laguna sobre el particular, ya que el Código Procesal Civil, en su artículo 420<sup>58</sup>, claramente tipifica que independientemente de su cuantía, los acuerdos tomados en asamblea de accionistas, en juntas directivas o en consejos de administración, se tramitarán y decidirán en proceso abreviado.

Lo antes dicho nos lleva, finalmente a los plazos de prescripción y caducidad, para la demanda de acción de nulidad. El artículo 177 del Código de Comercio, hace clara mención de un plazo de prescripción de un año, contado desde la fecha en que se adoptó el acuerdo o de su inscripción en el Registro Mercantil<sup>59</sup>, lo cual implica que en caso de operar la prescripción, lo que se pierde es la acción para ejercer el derecho y no el derecho en sí. No así con respecto al plazo de

---

<sup>57</sup> Sentencia de la Cámara Comercial Argentina, Sala A, del 5 de octubre de 1979, citada por Gonzalo Viñal, Ramiro. op.cit. Página 67

<sup>58</sup> Artículo 420, inciso 11 del Código Procesal Civil

<sup>59</sup> Nótese la importancia de que el plazo cuente a partir de la celebración “o” de la inscripción en Registro pues de ser necesarias ambas, “*el registro no procedería por vicios del acto y la demanda no sería admisible por falta de registro y así sucesivamente*” como aduce Gaviria Gutiérrez, Enrique en Aspectos Prácticos de las sociedades mercantiles. Medellín, Colombia. Biblioteca Jurídica Diké. 2005. Página 123

caducidad de un mes al que hace alusión el artículo 178 que, en caso de inacción lo que resultará extinguido será el derecho mismo y no sólo la acción para hacerlo valer, como sí sucedería en el supuesto del artículo 177.

Conforme la sentencia número 368 del Tribunal Segundo Civil, Sección I, no se puede

*“interpretar, en el caso concreto, que el plazo contenido en el artículo 177 es de caducidad y no de prescripción, y definir que el legislador quiso decir " caducará " en vez de " prescribirá", por cuanto del análisis del texto en su conjunto, se infiere que lo que quiso el legislador normar fue el ejercicio de la acción y no el derecho propiamente...En virtud que los efectos de la caducidad extinguen no sólo la acción, sino el derecho implicado, por interpretación comparativa no puede una prescripción convertirse en caducidad, pues la gravedad de los efectos de esta obliga a un interpretación restrictiva. Además, cuando el legislador establece una caducidad, de la redacción de la norma debe inferirse que es fatal y declarable de oficio, a diferencia de la prescripción, como ocurre, por ejemplo, con el plazo de caducidad referente a la acción de " quantiminoris " o " quantimayoris " , establecido en el artículo 1081 del Código Civil, en donde de la redacción del precepto, se deduce que se trata de un caso de caducidad y no de prescripción, aunque en el texto no se utilice ninguno de ambos vocablos.”<sup>60</sup>*

---

<sup>60</sup> Tribunal Segundo Civil Sección I, sentencia número 368 a las 9 horas y 10 minutos del 27 de setiembre de 2002.

### **b.3. El acta de la asamblea de accionistas**

Conforme al Código de Comercio:

*“Las actas de las asambleas de accionistas se asentarán en el libro respectivo y deberán ser firmadas por el presidente y el secretario de la asamblea. De cada asamblea se formará un expediente con copia del acta, con los documentos que justifiquen la legalidad de las convocatorias y aquellos en que se hubieren hecho constar las presentaciones acreditadas.”<sup>61</sup>*

En definitiva, se trata de un documento privado cuyas características lo delimitan como formal y solemne. El acta cuando se confeccione con la regularidad pertinente del caso, es esencial para considerar fehaciente las decisiones de la asamblea.

Según Linares:

*“El acta contiene o debe contener, la relación de los temas tratados en una reunión de junta o asamblea. Todas las decisiones de asamblea o junta deben constar en actas debidamente elaboradas, para que tengan validez y con ellas llevarán un libro.”<sup>62</sup>*

Los elementos y el contenido del acta se indican en el artículo 259 del Código de Comercio *“lugar y fecha en que se celebra la reunión; número de acciones que*

---

<sup>61</sup> Artículo 174 Código de Comercio

<sup>62</sup> Linares, Jesús. Op.cit. Página 112

*concurran a la asamblea; cómputo de votos y acuerdos tomados haciendo constar los votos salvados que se emitieran”.*

De lo anterior, tenemos que mediante el acta se puede calificar una asamblea como unánime o no, mediante el cómputo de los votos. El acta, toma especial importancia en cuanto al derecho de receso, en el sentido de que mediante esta se puede fijar cada una de las posiciones de los accionistas, con sus disidencias, deliberaciones y fundamentaciones pertinentes con motivo del orden del día de la asamblea; tal y como se indicará más adelante en este capítulo, el derecho de receso se reserva en nuestra legislación para los socios disidentes; la oposición a la decisión del resto de los socios debe constar en el acta de la asamblea.

Lo mismo con respecto al derecho al dividendo, nuestra legislación dota a importancia al acta de la asamblea, siendo que al certificarse esta, servirá de título ejecutivo para el accionista en contra de la sociedad.

En cuanto al lugar y fecha en que se celebra la reunión, se discutirá en capítulos posteriores. La fecha no pareciera presentar discusión alguna, sin embargo al realizar una reunión virtual el lugar pareciera relegarse a aspectos más esenciales como el permitir la presencia de los socios en la asamblea, lo cual es uno de los ejes principales de esta investigación

## C. Los derechos individuales de los accionistas

En relación con los derechos individuales de los accionistas, Ferri apunta:

*“El derecho individual nace del contrato social y no puede ser suprimido por la mayoría aunque se encuentre en un terreno en el que la voluntad de la mayoría gobierna con carácter soberano.”*<sup>63</sup>

Lo citado implica varias premisas: por un lado, aún después de nacida la persona jurídica, el contrato social sigue teniendo vigencia, como prueba está el hecho de que la escritura constitutiva continúa estando vigente. Por otro lado, la sociedad es un instrumento para que los accionistas puedan lograr el fin de lucro que no hubieran podido lograr por cuenta propia. En la raíz de estas premisas subyace el accionista y la forma de hacer que este no desaparezca dentro de la figura societaria, la cual se convierte en la garantía de sus derechos.

### a. Del interés social

Al menos dos, son las tendencias doctrinales en cuanto a la contraposición que se pueda dar entre el interés colectivo o social y los intereses individuales de los accionistas. La primera, naturalmente considera que el interés social ha de privar por sobre los intereses individuales de los accionistas, siempre lo cual viene a

---

<sup>63</sup> Ferri citado por Gutiérrez Falla, Laureano. Op.cit. Página. 216

disminuir el impacto de los intereses individuales; la segunda, pretende proteger los derechos individuales de los accionistas por sobre aquel que pueda llamarse colectivo o social.

La posición a la cual nos adscribimos ya ha sido mencionada aquí anteriormente y se ve mejor expresada de la siguiente manera:

“el interés social no es más que el interés de los socios, pero interés que corresponde no a la suma de los intereses individuales extrasociales de cada uno de los socios, sino al interés de los socios como miembros de la colectividad”<sup>64</sup>

Los socios han dado vida a una nueva persona jurídica, mediante la cual puedan obtener aquellas utilidades que por la propia industria no les sería posible o conveniente lograr, de aquí que en nuestra opinión no pueda existir un interés social diverso al verdadero fin común del contrato societario.

### **De los intereses individuales**

De lo anterior se tiene, que permaneciendo vigentes durante todo el funcionamiento de la sociedad, tanto su característica contractual como la causa

---

<sup>64</sup> Gutiérrez Falla, Laureano. Op.cit. Página. 206

que la impulsa, los derechos individuales de los socios pueden ser administrativos, por así llamarlos, que aseguran al socio su participación en la organización societaria; estos a su vez le permiten al socio proteger sus derechos patrimoniales, los cuales encuentran razón de ser, en el interés de la obtención de utilidades que tiene el socio al consentir en el contrato societario.

### **b.1. Derechos administrativos o políticos**

En este apartado se desarrollan el derecho a la información, el derecho al voto, derecho de receso y el derecho de suscripción preferente conforme legislación que rige la materia en análisis.

#### **b.1.1. Derecho a la información**

El derecho a la información corresponde al accionista en tanto que tal y le permite a este obtener de los administradores sociales los datos y conocimientos necesarios acerca del acontecer social. En el caso de nuestra legislación dicho derecho de forma general, se encuentra en el artículo 26 del Código de Comercio, de acuerdo con el cual *“(...) los socios tendrán derecho de examinar los libros, la correspondencia y demás documentos que comprueben el estado de la sociedad”*.

Se encuentra ligado a otros derechos particulares del socio, como son el de voto, distribución de utilidades, receso, etc. siendo que mediante su ejercicio el socio conoce del desenvolvimiento de la actividad social y del desempeño de los administradores, todo lo cual le permitirá tomar decisiones con conocimiento cabal de causa en las asambleas de accionistas.

Por consecuencia, se puede aseverar que el derecho a la información adquiere sentido en tanto se relacione con la asamblea de accionistas, sea con anterioridad a esta o durante dicha sesión. Lo cierto es que el artículo 26 del Código de Comercio, no delimita el momento en que se puede ejercer el derecho a la información, lo cual nos puede llevar a pensar que puede ser en cualquier momento, sin embargo sea que el socio se informe previo a la asamblea o esta, la relevancia de este derecho se da a la hora de tomar una decisión informada durante la sesión. De esto cabe anotar lo dispuesto en el artículo 172 del Código de Comercio

*“(...) a solicitud de quienes reúnan el veinticinco por ciento de las acciones representadas en una asamblea, se aplazará, por un plazo no mayor de tres días y sin necesidad de nueva convocatoria, la votación de cualquier asunto respecto del cual no se consideren suficientemente informados...”*

Es claro que esta norma conlleva entonces no solo la posibilidad de aplazar la sesión, si no, el de obtener del órgano administrativo, los datos necesarios para



tomar una decisión informada; en cierta forma la posibilidad del aplazamiento viene a empoderar el derecho a la información.

Por su parte el numeral 173 del mismo cuerpo legal inicia diciendo:

*“(...) los accionistas podrán solicitar, durante la celebración de la asamblea, todos los informes y aclaraciones que estimen necesarios acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día...”;*

el derecho aquí consagrado no requiere de mayor explicación; todo accionista tiene derecho a solicitar se le informe sobre los detalles del orden del día, y sólo sobre lo relacionado con el orden del día, en cuyo caso indica la segunda parte de dicho numeral “...Los administradores estarán obligados a proporcionárselos, salvo los casos en que, a juicio del presidente, la publicidad de los datos solicitados perjudique los intereses sociales...”, probando así que el derecho a la información, no es ilimitado en cuanto a su contenido.

Nuestra legislación limita el derecho de información del accionista individual para evitar los trastornos que pudiera causarle a la sociedad el hecho de que un accionista, tenga acceso a información confidencial que luego pudiera usar en detrimento de la sociedad misma.

Resulta así clara la importancia del derecho a la información para efectos de esta tesis, siendo que las funciones que cumple son estas 1) permitir al socio cierto control sobre la administración y 2) permitir al socio emitir un voto debidamente razonado en las asambleas. Estas funciones son especialmente relevantes para un socio que, encontrándose a la distancia, desconocería de otra manera, acerca del desenvolvimiento social.

#### **b.1.1.1 Libros de la sociedad**

Tal y como se ha indicado, el artículo 26 del Código de Comercio regula el derecho de examinar los libros, la correspondencia y demás documentación que compruebe el estado de la sociedad.

En esta subsección se hará un breve análisis de las disposiciones nacionales, que rigen los libros contables y no contables y su respectiva legalización, lo cual resulta necesario por la especificidad del tema.

El artículo 251 de nuestro Código de Comercio obliga a las sociedades a llevar sus operaciones comerciales y situación económica, en al menos tres libros indispensables, encuadernados y foliados: un libro de Inventarios y Balances, un

Diario y un Mayor. Adicionalmente será imperativo que las sociedades anónimas lleven un libro de actas de asambleas de socios y uno de actas del consejo de administración, con su correspondiente libro de registro.<sup>65</sup> Todos los libros han de ser legalizados ante la Dirección General de Tributación.

En documento explicativo emitido por la Dirección General de Tributación, se enuncian los distintos requisitos para el trámite de legalización de libros:

- *“Presentar debidamente lleno el formulario D-406 “Solicitud de legalización de libros”, el cual es gratuito y se obtiene en las administraciones tributarias.*
- *Aportar los libros por legalizar con la información requerida en la razón de legalización o de cierre preimpresa en el primer folio de cada libro, sin tachones ni borrones y con letra legible. Con excepción de los libros de actas en hojas sueltas, para efectos de conservación y seguridad y con el fin de garantizar la no sustitución de los folios, todo libro debe ser presentado en pasta dura y debidamente cocido y engomado.*
- *Si es persona física debe presentar la cédula de identidad.*
- *Si es persona jurídica debe presentar la cédula de identidad del representante legal siempre y cuando esté acreditado como tal en nuestro sistema tributario.*
- *Si el trámite lo realiza un tercero debe presentar la solicitud de legalización (formulario D-406) con la firma autenticada por un abogado en el espacio establecido para tal efecto o aportar un poder especial otorgado por el interesado ante un abogado, autorizándolo para que actúe en su nombre. En este último caso debe aportar además de lo anterior, una certificación de la personería jurídica de la sociedad.*
- *Todo trámite de legalización de libros deberá llevar:*
  - 1) *φ125 en timbres fiscales, por cada libro de contabilidad mercantil a legalizar.*

---

<sup>65</sup> Artículo 252 Código de Comercio y artículo 53 del Reglamento a la Ley de Impuesto sobre la Renta

*2) \$25 en timbres del Colegio de Contadores Privados por cada libro de contabilidad, de actas y registro de accionistas (socios) a legalizar.*

*En caso de no existir timbres fiscales en circulación en el mercado, pueden ser sustituidos por el comprobante de pago que emite el banco autorizado.”<sup>66</sup>*

Continúa el Código de Comercio, elaborando sobre los detalles de la forma que los diversos libros han de ser llevados, sin embargo, para efectos de este estudio se han de mencionar ciertas disposiciones de específica importancia como la señalada en el artículo 253 indica el que a menos que los estatutos lo dispongan de otra manera, los libros de registro de socios, de actas de asambleas y del consejo han de permanecer en manos del secretario; mientras que el tesorero será el depositario de los libros de contabilidad y del registro de obligaciones (en caso de que la sociedad gestione en el mercado de valores).

También resultan de especial relevancia, por razones obvias, los artículos 259 y 261, los cuales tratan del libro de actas de asambleas y del registro de accionistas respectivamente. En el capítulo 3 de ese trabajo, se estudiarán a manera de comparación, disposiciones similares a estas en otras legislaciones y el tratamiento que se les ha dado para permitir la incorporación del uso de nuevas tecnologías en el manejo de estos importantes instrumentos legales. En las

---

<sup>66</sup> Dirección General de Tributación Directa, documento explicativo: legalización de libros disponible en: <https://www.hacienda.go.cr/Msib21/Espanol/Direccion+General+de+Tributacion/Legalizacion+de+Libros.htm>

recomendaciones se analizará la forma de cómo la incorporación de nuevas tecnologías aplicaría dentro de nuestro régimen.

Finalmente, cabe mencionar aquí a manera de discutir sobre el mismo tópico, el artículo 56 del Reglamento a la Ley de Impuesto sobre la Renta, el cual resulta de notorio interés para el tema de esta investigación:

*“**Artículo 56-** Sistemas contables computadorizados Los contribuyentes que posean sistemas de contabilidad computadorizados también deberán cumplir con la obligación de llevar los libros citados en el artículo 53 anterior, con anotaciones de resumen que tengan respaldo en los datos que contenga el sistema computadorizado, así como en los documentos originales.*

*Asimismo deberán conservar copias de los soportes magnéticos que contengan información tributaria, por igual periodo que los comprobantes que respaldan los asientos contables.”*

En cuanto al libro de registro de accionistas, formará parte importante del derecho a la información del accionista, patrón que resultará recurrente en legislaciones internacionales, como se verá en el Capítulo 3. Al respecto el Tribunal Segundo Civil, Sección II, sentenció:

*“al socio le asiste el derecho de cerciorarse e informarse debidamente sobre si los socios presentes en una asamblea están debidamente acreditados o no, para efectos de conformar el quórum; que para ese fin deben mostrársele*

*todos los documentos relativos a ese extremo; y que si se le niega ese derecho, la asamblea respectiva es nula.*<sup>67</sup>

### **b.1.2. Derecho al voto**

El voto es ciertamente de los derechos no patrimoniales, el más relevante. Este permite al socio, mediante un acto jurídico, unilateral, no recepticio, emitir su parecer en las asambleas de socios y así contribuir a la formación de la voluntad social. Se aplica también aquí lo que se ha venido mencionando en cuanto a que la causa del voto particular reproduce los elementos particulares que comportan la causa total del contrato en todos sus elementos sociales.

Nótese que el voto contribuye a la formación de la voluntad social, que no es lo mismo que decir que la suma de los votos será el acuerdo final. En realidad ambos son actos distintos, prueba de lo cual cuando el voto es imperfecto a este se aplicarían las normas de vicios de la voluntad del Código Civil, mientras que el acuerdo vendría a ser anulado mediante los artículos 176 y siguientes del Código de Comercio.

El voto estriba en la manifestación de voluntad del accionista, para nuestros efectos

---

<sup>67</sup> Tribunal Segundo Civil Sección II, sentencia número 19 a las 15 horas y 10 minutos del 3 de febrero de 2006

*“(...) como el ejercicio de un derecho subjetivo colectivo, dirigido a través del acuerdo de la asamblea, al desenvolvimiento de un interés individual del accionista, que estado en posición de solidaridad con análogos intereses de otros socios, no esté en conflicto con el interés común de toda la colectividad.”<sup>68</sup>*

Cada acción común tendrá derecho a un voto, de acuerdo con el numeral 139 del Código de Comercio, de tal manera que el socio de una sociedad anónima, en consecuencia, solo tiene derecho a un voto por acción y por lo tanto goza de tantos votos como acciones posea. En el mismo numeral se prohíbe la emisión de acciones de voto plural.

Asimismo por estar incorporado a la acción el derecho de voto requiere, por regla general, la tenencia legítima material del documento y la exhibición en específico de las acciones al portador, no pudiendo, de lo contrario, ejercer el derecho a voto, en correspondencia con el artículo 132 del Código de Comercio; en el caso de las acciones nominativas, si bien es necesario la exhibición material, también lo es el formar parte del registro de acciones nominativas de acuerdo con el artículo 137 del mismo cuerpo legal.

---

<sup>68</sup> Gutiérrez Falla, Laureano. Op.cit. Página 281

Lo anterior de aceptación general en la doctrina, tiene sin embargo al menos dos excepciones que constituyen las limitaciones y prohibiciones del voto. De acuerdo con el artículo 121 del Código de Comercio, aparte de las acciones comunes, la sociedad tiene la facultad de emitir acciones que tengan privilegios, por ejemplo, en cuanto a la repartición de utilidades o reembolso de la cuota de liquidación, respecto de las cuales puede establecer restricciones totales o parciales al derecho de voto (artículo 139); aunque conservan el derecho al voto en las asambleas extraordinarias que, de acuerdo con el artículo 145, se reúnan para modificar la duración, o la finalidad de la sociedad, para acordar su fusión con otra o para establecer el domicilio social fuera del territorio del país. En cuanto a las prohibiciones, estas tratan por lo general del conflicto de intereses y la nugatoria del voto a los miembros de la administración y a los comisarios en aquellos acuerdos relativos a la aprobación del balance o de sus responsabilidades.

Finalmente, en lo que al derecho de voto respecta, el artículo 146 del Código de Comercio permite que los accionistas se hagan representar por apoderado generalísimo o general o por carta – poder otorgada a cualquier persona, sea socia o no. A efectos de esta tesis, la posibilidad de la adopción de acuerdos societarios mediante asambleas virtuales de socios, haría en buena teoría que la figura de la representación sea, en el caso de las asambleas de socios menos y menos necesaria, asegurando la intermediación de voto del socio en la conformación de la voluntad social.



### b.1.3. Derecho de receso

El derecho de receso es

*“(...) un derecho individual del accionista intangible e indivisible de separarse de la sociedad anónima, concedido por la ley o por el estatuto, ejercitable en determinados supuestos, frente a ciertas decisiones assemblearias, sujeto a la condición de su no revocación por la sociedad...”<sup>69</sup>*

Ciertamente sigue la misma línea conceptual el artículo 32 bis del Código de Comercio, mismo el cual regula el derecho de los socios disidentes de retirarse de la sociedad y a obtener el reembolso de sus acciones.

El hecho de que, como lo indica el artículo antes nombrado, sea nulo cualquier pacto que tienda a entorpecer, limitar o excluir el derecho de receso, ha sido objeto de amplia discusión en la doctrina. Hay quienes afirman que es una disposición de orden público, mientras otros, que es una disposición de interés público. No interesa en este punto ahondar en la distinción que de la una o la otra se pueda hacer, sino que el derecho de receso no puede ser suprimido, no solamente por ser una disposición de orden público, sino también por la misma naturaleza contractual de la sociedad anónima. Si al accionista se le negara este

---

<sup>69</sup> Gagliardo, Mariano. Sociedades anónimas. Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeledo – Perrot S.A. Página 433

derecho, daría cabida a que se le obligue a lo que no conoce, pudiéndose obligar aún más allá de su propia voluntad.

La Sentencia número 805 de la Sala Primera de la Corte, dispuso sobre este asunto lo siguiente:

*“En doctrina, se entiende por derecho de receso la facultad individual de los socios para separarse de la sociedad, con el correspondiente reembolso de sus participaciones sociales, cuando ésta por medio de sus órganos competentes adopta una decisión que constituye uno de los supuestos taxativamente contemplados por la ley para el ejercicio de esa facultad. Se trata de un recurso técnico, típico del derecho societario, dirigido a la tutela de los intereses de las minorías ante modificaciones sustanciales de ciertos elementos fundamentales de la sociedad, que permite al socio discrepante retirarse de la sociedad y no sujetarse así a las nuevas disposiciones derivadas de las modificaciones decididas e impuestas por la mayoría, las cuales constituyen una alteración profunda de su status anterior al acto modificadorio. Es, pues, un punto de conciliación en el enfrentamiento de intereses corporativos y personales.”<sup>70</sup>*

Así las cosas, tenemos de nuevo que el legislador, ante el conflicto que pueda presentarse entre los intereses individuales (que no egoístas) del accionista y los intereses de la mayoría social, dota al accionista de un instrumento de autodefensa que le permite mediante una declaración unilateral separarse de la sociedad de la cual forma parte.

---

<sup>70</sup> Sala Primera de la Corte, sentencia número 805 a las 10 horas y 30 minutos del 20 de octubre de 2006

Cuando se afirma que este derecho es indivisible, es porque no puede ejercitarse sólo en relación con ciertas acciones, pues la contradicción entre el interés individual y el social se vería opacada por la contradicción del accionista mismo, no pudiendo afirmar este que se vea afectado por la mayoría.

El análisis del artículo 32 bis del Código de Comercio nos lleva a la legitimación, del derecho de receso que se reserva a los socios disidentes, pues constituye un derecho individual del accionista cuyo efecto es la extinción de la calidad de socio. En este sentido, cabe preguntarse qué sucede con los socios ausentes y aquellos que tienen acciones preferidas y voto limitado; contrario a lo que sucede en legislaciones como la argentina, donde el derecho de receso no corresponde únicamente a los socios disidentes presentes sino a aquellos ausentes que acrediten tal calidad al tiempo de la asamblea. Nuestra legislación delimita el ejercicio de este derecho a los socios disidentes, de lo que concuerda con la tendencia de la legislación hondureña la cual afirma que se limita el derecho de receso a aquellas personas que, siendo accionistas de la sociedad en el momento en que se celebró la asamblea, y habiendo participado en esta, hubiesen expresamente votado en contra de la misma,<sup>71</sup> evidenciando que la decisión adoptada por la asamblea afecta sus intereses individuales.

---

<sup>71</sup> Gutiérrez Falla, Laureano. Op.cit. Página 362

En cuanto a los accionistas que tienen acciones limitadas y voto limitado, nuestra legislación no hace distinción alguna, en tal sentido cualquier accionista, lo sea de acciones preferentes o comunes, tendrá derecho a ejercer dicho derecho en conjunción con el cumplimiento de los demás requisitos que estipula el artículo en discusión.

El derecho de receso implica no solo el derecho de retirarse de la sociedad sino el de obtener el reembolso de sus acciones, según el precio promedio del último trimestre, si se cotizan en bolsa, o proporcionalmente al patrimonio social resultante de una estimación pericial.

Lo expuesto tiene diversas consideraciones; por un lado, se torna en una especie de derecho crediticio para el socio, siendo necesarias las dos condiciones siguientes: primero, la vigencia del acuerdo societario de forma que se pueda afirmar en efecto que éste afecta al accionista y segundo, que la sociedad cuenta con un plazo de sesenta días, a partir de la notificación a la sociedad, para pagar en efectivo el valor que ha de ser reembolsado, tiempo durante el cual el accionista mantiene su posición, ya no como accionista sino como acreedor de la sociedad.

Por otro lado resulta así aún más evidente, que el legislador ha optado por proteger al accionista, siendo que le otorga el derecho de que se le reembolse, al ejecutarse el receso, una cuota correspondiente al valor patrimonial real de sus acciones. El cual no necesariamente constituye el valor contable, de lo cual resulta, en efecto, necesaria la valoración pericial para determinar la proporción real del patrimonio social al cual tendrá derecho el socio recedente.

De lo dicho hasta ahora, se tiene que la posibilidad de adoptar acuerdos societarios mediante la realización de asambleas virtuales, en la sociedad anónima costarricense, vendría a validar el ejercicio del derecho de receso, en el sentido de que, tal y como se expuso anteriormente, los socios ausentes no pueden en nuestra legislación hacer ejercicio de este. Si estos socios “ausentes” físicamente pudieran estar presentes virtualmente a la hora de tomar acuerdos, nada obstaría el que ejerzan su derecho por medios así mismo virtuales.

#### **b.1.4. Derecho de suscripción preferente**

Sobre el derecho de suscripción preferente, Garriges dice:

*“Este derecho tiene como fundamento la emisión de nuevas acciones por parte de la sociedad anónima, la cual afecta directamente el interés de los accionistas más antiguos, puesto que las nuevas acciones participarán conjuntamente*

*con las antiguas en el reparto de los dividendos, en la reservas y en el activo que posea la sociedad al momento de su liquidación. Como una compensación a este perjuicio, la ley suele concederle a los antiguos accionistas un derecho preferente en la suscripción de las nuevas emisiones de acciones.”<sup>72</sup>*

En virtud de que el accionista pretende adquirir las acciones antes que un tercero, debe por ello suscribirlas, es decir obligarse a efectuar el pago a la sociedad de las nuevas participaciones que pretenda se adjudiquen a su nombre. Conforme lo que indica el artículo 82 del Código de Comercio:

**“Artículo 82.-** *En los aumentos de capital social se observarán las mismas reglas que en la constitución de la sociedad: los socios tendrán preferencia para suscribirlo, en proporción a sus partes sociales. A este efecto, si no hubieren asistido a la asamblea en que se acordó el aumento, deberá comunicárseles lo resuelto en la forma indicada para la convocatoria para la asamblea. Si algún socio no ejerce el derecho que este artículo le confiere dentro de los quince días siguientes a la comunicación, se entenderá que renuncia a él y el aumento de capital podrá ser suscrito y pagado por los otros socios en la misma proporción indicada. El aumento podrá ser suscrito por terceros en cuanto no haya socios que le suscriban, si se llenan los requisitos legales para su admisión como nuevos socios.”<sup>73</sup>*

---

<sup>72</sup> Garrigues citado por Rojas Chang, Anayansy. Manual básico de finanzas: la sociedad anónima y las acciones. Disponible en: <http://www.capitales.com/manual/articulo.mhtml?art=saccion&tit=La%20Sociedad%20An%20oacute%3bnima>

<sup>73</sup> Código de Comercio, artículo 82

De lo anterior, puede aducirse que el derecho de suscripción preferente es una especie de derecho mixto, en el sentido de que no es enteramente político, ni patrimonial. Al garantizarle al accionista un derecho que le ayude a conservar su patrimonio, y a ser partícipe de las nuevas acciones emitidas, protege a la vez sus antiguos derechos políticos.

Finalmente el artículo 139 bis del Código de Comercio, hace referencia a la suscripción preferente en el caso de la pignoración de acciones y del usufructo de las acciones.

### **c. Derechos patrimoniales**

Los derechos patrimoniales son aquellos que se caracterizan por su contenido económico y porque facultan al accionista, ya sea para cumplir con una prestación o bien para exigir de terceros o de la sociedad una prestación apreciable en dinero. En este capítulo sin embargo se analizará de manera somera, el derecho a las utilidades y de manera más específica el derecho al dividendo.

Se ha mencionado con anterioridad en este capítulo que en efecto la causa del contrato societario, es el reparto de ganancias entre los socios, dicho ánimo de

lucro supone un aspecto objetivo que es el obtener una ganancia y un aspecto subjetivo que es el reparto de dichas ganancias entre los socios. Por tal motivo la existencia de una cláusula que anule la posibilidad de ejercer el ánimo de lucro por parte de los socios, dejaría por tanto sin efecto el contrato societario mismo; lo que es más, de acuerdo con el artículo 25 del Código de Comercio, tales estipulaciones no producirán efecto legal alguno, exceptuando lo que se disponga en contrario en cuanto a las acciones no comunes de las sociedades anónimas.

A pesar de lo anterior, para poder proceder al pago de los dividendos o para cualquier otra distribución, este se puede hacer únicamente sobre utilidades realizadas y líquidas resultantes de un balance aprobado por la asamblea, como lo estipula el artículo 27 del Código de Comercio en su párrafo segundo.

Lapique en lo que respecta al pago de dividendos, manifiesta:

*“(...) hasta el momento en que la asamblea resuelve la aprobación de utilidades, los resultados del ejercicio pertenecen a la sociedad. Una vez aprobado el proyecto de distribución de utilidades, que resuelve el pago de las utilidades, nace el derecho del accionista a la percepción del dividendo. Aprobado el dividendo por la asamblea, la sociedad tiene un pasivo con el accionista y este pasa a tener un crédito contra la sociedad. El accionista se convierte en el titular de un derecho de crédito irrevocable.”<sup>74</sup>*

---

<sup>74</sup> Lapique Luis. Dos temas vinculados al derecho al dividendo: la distribución de utilidades a la cuenta “resultados acumulados” y el pago de dividendos en acciones. en: [www.lsbabogados.com.uy](http://www.lsbabogados.com.uy)



Concuerda con la anterior afirmación el artículo 143 del Código de Comercio, según el cual si la asamblea tomare el acuerdo de distribuir utilidades, los accionistas adquirirán, frente a la sociedad, un derecho para el cobro de los dividendos que les corresponda. Cabe hacer hincapié, para efectos de este trabajo, en que lejos de existir un derecho individual de los accionistas que obligue a la sociedad a declarar dividendos, lo que existe es una potestad de la mayoría asamblearia de declararlos si el balance social muestra utilidades. De nuevo, la realización de una asamblea virtual de socios, para adoptar acuerdos como la distribución de dividendos, dota de voz a los accionistas que de otra manera tendrían que votar por medio de un representante. Por ejemplo el caso de un accionista minoritario quien podría ver sus intereses afectados si no se distribuyesen los dividendos y se mantuvieran en la sociedad a manera de reserva, lo cual beneficiaría a los accionistas mayoritarios, con intereses superiores en la sociedad anónima.

Desde el punto de vista objetivo del ánimo de lucro del socio, su derecho abstracto a las utilidades, se ve mejor servido por la posibilidad que tiene todo socio a pedir que la asamblea general, único órgano social con potestad de declarar dividendos, se reúna para la aprobación del balance anual y delibere sobre la distribución de las utilidades que resultaren de este, como lo indica el artículo 141 del Código de Comercio.

El crédito que contra la sociedad adquiere el socio, una vez que se aprueba la distribución de dividendos, constituye de acuerdo con el artículo 143, título ejecutivo, lo cual implica que el accionista que haya adquirido el derecho de crédito, se convierte en tercero acreedor de la sociedad. Si ésta última no cancelase los dividendos dentro de los tres meses siguientes a la clausura de la asamblea, el accionista podrá pedir la quiebra de la sociedad en virtud de lo establecido en el inciso b) del artículo 851 del Código de Comercio.

En lo que a la forma de pago respecta, el artículo 144 indica que los dividendos se han de pagar en dinero en efectivo a menos que en la escritura social se disponga otra cosa. En legislaciones como la hondureña se permite el reparto a cuenta de dividendos, el cual consiste en distribuir entre los socios, antes de finalizar el ejercicio social, una parte de las utilidades que se cree alcanzará la sociedad; en nuestra legislación esto no es posible, puesto que el artículo 27 claramente estipula que toda distribución se tiene que hacer sobre utilidades realizadas únicamente.

Finalmente en cuanto a las reservas, el artículo 143 estipula asimismo, la obligatoriedad de destinar el 5% para la formación de la reserva legal, esto hasta que se alcance un 20% del capital social. Una vez que se haya hecho esta reserva

y las demás previstas en la escritura social, puede entonces la asamblea acordar distribuir utilidades. De dichas reservas se puede afirmar que deben ser razonables, responder a una administración prudente y que sean aprobadas por la mayoría de los socios.

De nuevo, todo lo anterior carece de sentido si el accionista no tiene la posibilidad de encontrarse durante la asamblea que adopte la decisión de distribuir los dividendos y poder objetar y hacer uso de su derecho complementario de receso, en caso de que así lo crea necesario.

**CAPÍTULO II**  
**CONTRATO SOCIETARIO Y FIRMA DIGITAL**

## **Capítulo II**

### **Contrato societario y firma digital**

Retomando brevemente lo indicado en el capítulo primero, el contrato societario necesita para su validez de al menos tres elementos: el fin de lucro, las aportaciones y el ejercicio en común de una actividad. Adicionalmente a estos elementos, se tienen varios requisitos esenciales, mal llamados elementos, que serán el consentimiento y la forma. El contrato societario es producto de la convergencia de diversas voluntades, que mediante sus aportaciones y el ejercicio en común de una actividad, pretenden la consecución de un fin de lucro, que difícilmente hubiese podido realizar cada individuo por su cuenta, sin hacer uso de la estructura social como instrumento para el mismo.

Es precisamente por la esencialidad de esa convergencia de voluntades y del consentimiento que corresponde en este capítulo analizar la firma digital en relación con el contrato societario.

La firma en general es manifestación de la voluntad inequívoca de la persona y permite asimismo la imputación de la autoría del contenido.

A efectos del presente trabajo, no cabe analizar la firma autógrafa sino la firma digital, como posible alternativa a la primera, que cumpla de igual manera con las mismas tres funciones primordiales que históricamente ha llenado la firma manuscrita u holográfica; a saber:

*“La función **indicativa**, en virtud de la cual una firma revela la identidad del autor de un documento.*

*La función **declarativa**, por medio de la cual se entiende que una firma implica la aceptación del autor de contenido del documento.*

*La función **probatoria**, que permite vincular jurídicamente a un documento con su autor, para efectos demostrativos.”<sup>75</sup>*

Debido a que la firma digital cumple con las anteriores tres funciones de la firma manuscrita u holográfica, desde el punto de vista técnico, se prevé la firma digital como alternativa a la firma sobre el papel en actuaciones no presenciales de las partes. Por lo anterior, poco a poco desaparecen las tradicionales firmas manuscritas, que pueden ser remplazadas usando una variedad de métodos que son incluidos en el concepto amplio de firma digital.

---

<sup>75</sup> Guzmán, José y Mora Tatiana. (2008). Análisis de las deficiencias de la Ley de Certificado, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, sus implicaciones en el Código Notarial y una Propuesta de reforma para su implementación. Tesis de graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. Página 16

A lo largo de este capítulo se pretende probar el que la firma digital tiene los mismos cometidos que la firma manuscrita como se explicó anteriormente, pero expresa, además de la identidad y la autoría, la autenticación, la integridad, la fecha, la hora y la recepción, a través de métodos criptográficos asimétricos de clave pública, técnicas de sellamiento electrónico y las funciones Hash, lo que hace que la firma del documento electrónico sea inimitable, mientras no se tenga la clave privada con la que está encriptada, lo cual es prueba de la identidad y autoría del mensaje.

Antes de proceder a la conceptualización de la firma digital y sus componentes, es necesario hacer una breve pausa explicativa con respecto a la llamada Ley Modelo UNCITRAL sobre las Firmas Electrónicas<sup>76</sup>, aprobada en el año 2001, la cual le recomienda a todos los Estados que, al formular o revisar su legislación, tengan presente esta nueva Ley Modelo junto con la Ley Modelo CNUDMI, sobre Comercio Electrónico, de 1996 y 1998. Esto, debido a la necesidad de uniformar el derecho aplicable a las formas de comunicación, almacenamiento y autenticación de información impresa en papel.

---

<sup>76</sup> La Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas, de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Disponible en:  
<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/490/29/PDF/N0149029.pdf?OpenElement>

Esta ley surgió en el seno del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico, el cual, después de haber sido aprobada la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, recibió el encargo de examinar la conveniencia y viabilidad de preparar normas uniformes sobre las nuevas Firmas Electrónicas y sobre las entidades certificadoras. A este grupo se le dio la labor de abordar aspectos innovadores tales como: la base jurídica que sustenta los procesos de certificación, incluida la incipiente tecnología de autenticación y certificación digitales, la aplicabilidad del proceso de certificación, la asignación del riesgo y la responsabilidad de los usuarios, proveedores y terceros, en el contexto del uso de técnicas de certificación, las cuestiones concretas de certificación mediante el uso de registros y la incorporación por remisión.

Dentro de las finalidades de esta Ley Modelo, se encuentra la de reducir la incertidumbre de los efectos jurídicos en el uso de las firmas electrónicas y de la información contenida en los documentos electrónicos firmados. Esta ley Modelo establece diversos criterios respecto de la firma electrónica, para evitar correr el riesgo de que cada país pueda adoptar criterios diferentes en relación con la firma electrónica.



### a. Concepto de firma digital

La Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas, de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, define la firma digital 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.”<sup>77</sup>*

Siguiendo la línea de la Ley Modelo, la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos de nuestro país, en su artículo octavo brinda una primera definición del concepto de firma digital:

*"Es el conjunto de datos, anexos a otros datos o datos asociados funcionalmente, utilizados como medio para identificar formalmente al autor o a los autores del documento que la recoge".*

Por otra parte, Christian Hess indica:

*"La firma digital es una tecnología que surge dentro de un esfuerzo más amplio que procura sustituir al tradicional documento impreso con el documento electrónico, especialmente en las transacciones no presenciales. En síntesis, es el resultado de encriptar (codificar), empleando*

---

<sup>77</sup> La Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas, de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, artículo 2 inciso a)

*una clave secreta o privada, un conjunto de datos que –a su vez– son el resultado de aplicar a un documento o mensaje lo se denomina una función hash (procedimiento capaz de generar una representación simbólica, matemática, del original). El documento o mensaje, con su correspondiente firma digital, es enviado al destinatario, quien puede decodificar la firma digital y confrontar el resultado con el texto original. Una comparación exacta prueba irrefutablemente que el mensaje proviene del poseedor de la clave secreta y que no ha sido alterado en tránsito".<sup>78</sup>*

Las definiciones que en unas y otras legislaciones se dan de firma digital, son similares por las supra mencionadas circunstancias:

*“Es un método que asocia la identidad de una persona o equipo, con un mensaje o documento electrónico, para asegurar la autoría y la integridad del mismo. La firma digital del documento es el resultado de aplicar algoritmos matemáticos, (denominados función hash), a su contenido y, generando una firma digital del documento.*

*Para verificar la firma se tiene que validar la vigencia del Certificado Digital del firmante, el estado del certificado digital (si está revocado) y que el uso del certificado digital sea el apropiado para la operación realizada (firma y no repudio).”<sup>79</sup>*

La Autoridad Certificante de la Subsecretaría de la Gestión Pública de Argentina, de la firma digital señala:

---

<sup>78</sup> Hess Araya, Christian. *Firma digital ¡ya!* Página Quince: diario La Nación. 24 de agosto 2001. San José, Costa Rica. Disponible en: <http://hesscr.blogspot.com/search/label/Inform%C3%A1tica%20jur%C3%ADdica>

<sup>79</sup> Sistema Nacional de Certificación Digital. Disponible en: <http://www.firmadigital.go.cr/firma.html>

*“Una firma digital es un conjunto de datos asociados a un mensaje que permite asegurar la identidad del firmante y la integridad del mensaje. La firma digital no implica que el mensaje esté encriptado, es decir, que este no pueda ser leído por otras personas; al igual que cuando se firma un documento holográficamente este sí puede ser visualizado por otras personas.*

*El procedimiento utilizado para firmar digitalmente un mensaje es el siguiente: el firmante genera mediante una función matemática una huella digital del mensaje. Esta huella digital se encripta con la clave privada del firmante, y el resultado es lo que se denomina firma digital la cual se enviará adjunta al mensaje original. De esta manera el firmante va a estar adjuntando al documento una marca que es única para ese documento y que sólo él es capaz de producir.*

*El receptor del mensaje podrá comprobar que el mensaje no fue modificado desde su creación y que el firmante es quién dice serlo a través del siguiente procedimiento: en primer término generará la huella digital del mensaje recibido, luego desencriptará la firma digital del mensaje utilizando la clave pública del firmante y obtendrá de esa forma la huella digital del mensaje original; si ambas huellas digitales coinciden, significa que el mensaje no fue alterado y que el firmante es quien dice serlo.*

*Tal y como mencionara al inicio del presente capítulo, la firma digital es una herramienta tecnológica que permite garantizar la autoría e integridad de los documentos digitales; posibilita que éstos gocen de la seguridad que antes únicamente era propia de los documentos en papel.”*

80

---

<sup>80</sup> Autoridad Certificante de la Subsecretaría de la Gestión Pública. Disponible en:

Independientemente de la definición que se quiera adoptar y de la legislación bajo la cual nos encontremos, lo rescatable acerca del concepto de firma digital es el que permite acreditar tanto la autoría como el contenido del emisor.

En este punto cabe hacer un breve paréntesis, para aclarar la diferencia entre firma digital y firma electrónica; esta última sería simplemente,

*“(...) la que teniendo una conexión lógica con un mensaje de datos de la misma naturaleza, permite vincular e identificar al firmante y garantizar la autenticación e integridad de los documentos electrónicos”<sup>81</sup> .*

En este concepto amplio y tecnológicamente indefinido de firma, tendrían cabida técnicas tan simples como un nombre u otro elemento identificativo (por ejemplo, la firma manual digitalizada) incluido al final de un mensaje electrónico y de tan escasa seguridad, que plantean la cuestión de su valor probatorio a efectos de autenticación, aparte de su nula aportación respecto de la integridad del mensaje. Existe así entre firma electrónica y digital una relación especie / subespecie.

---

<http://ca.sgp.gov.ar/faq.html#Que%20es%20una%20firma%20digital>

<sup>81</sup> Carlino, Bernardo. Reuniones a distancia: teoría y práctica formal. Buenos Aires, Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores, 2002. Página 53

De las definiciones hasta aquí mencionadas, tenemos que la firma digital consta en la codificación, *encriptación*, como definiremos más adelante, de un documento o mensaje, a manera de que su destinatario, luego de *desencriptarlo*, pueda no solo verificar la identidad del emisor, sino la veracidad del contenido.

El tipo de criptografía más difundido, es el de clave simétrica o simple porque utiliza una misma clave para el proceso de protección de datos y el proceso de descifrado. Sin embargo dicho sistema presenta problemas funcionales básicos, principalmente en términos de confidencialidad.

Para efectos de este trabajo, debido a las particularidades de la relación que existe entre la firma digital y el contrato societario, las comunicaciones electrónicas activadoras de derecho deberían adoptar los sistemas de criptografía asincrónica o de clave pública. En este aspecto cabe citar a Carlino:

*“De acuerdo a esta técnica, para enviar un mensaje confidencial, el autor lo codifica (encripta) con la clave pública del receptor. El mensaje encriptado de esa manera sólo puede ser decodificado (desencriptado) con la clave privada del receptor. En sentido inverso, el emisor puede codificar sus datos con su clave privada, o sea que la clave puede ser utilizada en ambos sentidos. Ésta es la base de la firma digital, porque si un usuario puede desencriptar un mensaje con la clave pública de una persona, sólo ésta*

*última pudo haber usado su clave privada, inicialmente, para encriptarlo.”<sup>82</sup>*

Su mecanismo de seguridad se basa sobre todo en el absoluto secreto de las claves privadas, tanto al generarse como al guardarse y en la certificación de la clave pública por la autoridad certificadora.

## **b. Características y elementos de la firma digital.**

### **b.1. Características generales de la firma digital.**

De las definiciones citadas anteriormente de la Firma Digital, se pueden destacar las siguientes características, dadas por Guzmán y Mora:

- *“Debe permitir la identificación del emisor. Se entra en el concepto de "autoría electrónica" como la forma de determinar que una persona es quien dice ser.*
- *No puede ser generada más que por el emisor del documento, infalsificable e inimitable.*
- *Las informaciones que se generen a partir de la firma*

---

<sup>82</sup> Carlino, Bernardo. Op.cit. Página 42

*electrónica deben ser suficientes para poder validarla, pero insuficientes para falsificarla.*

- *La intervención del notario electrónico podría mejorar la seguridad del sistema.*
- *El acto de colocar la firma debe ser significativo y va unido indisolublemente al documento a que se refiere.”<sup>83</sup>*

## **b.2. Elementos del concepto de Firma Digital.**

A continuación se expone una serie de elementos que contribuyen a una mejor comprensión del concepto de firma digital.

### **b.2.1. Función Hash**

La función denominada *hash* es una construcción criptográfica empleada en muchas aplicaciones. Es usada en la verificación de integridad y en la autenticación de una firma digital.

Se trata de un proceso que permite obtener un mensaje más breve a partir de un documento, mediante la aplicación de un algoritmo de *hash* con el que se crea una

---

<sup>83</sup> Guzmán, José y Mora Tatiana. Op.cit. Página 25

firma digital, siendo prácticamente imposible encontrar otro mensaje que genere el mismo resultado sobre el mensaje de texto. El resultado de este proceso es un *digesto* o resumen, tal y como lo plantea Moreno:

*“Si imaginamos el envío de un documento extenso que queremos firmar digitalmente, nos daremos cuenta de que cifrar el documento entero es una pérdida de tiempo, ya que los medios de encriptación de llave pública son lentos, pues precisan un gran proceso de cómputo.*

*Para solventar éste aspecto aparecen las funciones hash, que son unas funciones matemáticas que realizan un resumen del documento a firmar. Su forma de operar es comprimir el documento en un único bloque de longitud fija, bloque cuyo contenido es ilegible y no tiene ningún sentido real. Tanto es así que por definición las funciones hash son irreversibles, es decir, que a partir de un bloque comprimido no se puede obtener el bloque sin comprimir, y si no es así no es una función hash. Estas funciones son además de dominio público.*

*A un mensaje resumido mediante una función hash y encriptado con una llave privada es lo que en la vida real se denomina firma digital.”<sup>84</sup>*

---

<sup>84</sup> Moreno, Luciano. *Criptografía (V)*. Disponible en:  
[http://www.terra.es/personal6/morenocerro2/seguridad/cripto/cripto\\_5.html](http://www.terra.es/personal6/morenocerro2/seguridad/cripto/cripto_5.html)



### **b.2.2. Encriptar.**

Encriptar es un proceso para volver ilegible por medio de códigos, aquella información considerada importante, la cual solo puede leerse aplicándole una clave. Se trata de una medida de seguridad que es usada para almacenar o transferir información delicada que no debería ser accesible a terceros.

Partiendo de que solo el poseedor de la clave privada, puede utilizarla, el mensaje encriptado se transforma en una firma digital, es decir en un documento que ninguna otra persona pudo haber generado. Su autenticación se procesa por un algoritmo llamado hash, al cual ya se ha hecho referencia. El digesto encriptado, con la clave privada del individuo que envía el mensaje, se transforma en una firma digital. Esta firma solo puede ser descryptada con la clave pública del mismo individuo.

### **b.2.3. Descryptar.**

De lo dicho anteriormente, la encriptación no es sino la codificación del mensaje. Es por ello que se descrypta, para poder revertir la alteración causada por la encriptación y convertir la información digital ininteligible en información digital

ordinaria y comprensible. Así es como una persona autorizada, para leer su información, puede decodificar sus mensajes o archivos encriptados.

#### **b.2.4. La Clave Pública.**

El artículo 2 del Reglamento a la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, en su inciso número veintiséis hace referencia a la *infraestructura de llave pública* o PKI (Public Key Infrastructure) aduciendo que se refiere a:

*“una estructura de hardware, software, personas, procesos y políticas que emplean tecnología de firma digital para proveer una asociación verificable entre una llave pública y un suscriptor específico que posee la llave privada correspondiente.”*

La idea de una infraestructura de clave pública es que se ofrezca a los usuarios los siguientes beneficios:

- Confirmación de la integridad y calidad de la información enviada y recibida electrónicamente.
- Confirmación de la fuente y destino de esa información.
- Seguridad de la información en el tiempo.

La clave pública depende a su vez de toda una serie de elementos que habilitan su funcionamiento, dentro de los cuales se encuentran<sup>85</sup>:

**Certificador:** persona pública, privada, nacional o extranjera, prestadora del servicio de creación, emisión y operación de certificados digitales.

**Autoridad de Registro (AR):** entidad delegada por el certificador registrado para la verificación de la identidad de los solicitantes y otras funciones dentro del proceso de expedición y manejo de certificados digitales, representa el punto de contacto entre el usuario y el certificador registrado.

**Políticas de certificado:** conjunto de reglas que indican la aplicabilidad de un certificado a una comunidad particular y/o clase de aplicaciones con los requerimientos comunes de seguridad.

**Repositorio:** sistema de almacenamiento y distribución de certificados e información relacionada (Ej. Almacenamiento y distribución de certificados,

---

<sup>85</sup> Las siguientes definiciones fueron obtenidas a partir del Artículo 2 del Reglamento a la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos.

almacenamiento y distribución de políticas de certificación, estado del certificado, etc.).

**Servidores "Timestamp"** que es la palabra utilizada para identificar la introducción de una fecha de creación o modificación, en los archivos de sistemas informáticos. Más adelante se verá la importancia de la práctica del *time - stamping*, con relación a la convocatoria de la asamblea de socios.

#### **b.2.5. La clave privada.**

Una clave privada es usada para descifrar la información que ha sido encriptada por la clave pública correspondiente. El receptor del mensaje descifra la firma digital y luego analiza el digesto que es comparado con el mensaje contenido en la firma; si ambos coinciden, se concluye que el mensaje no ha sido alterado, pues de lo contrario este sería ilegible.

Al utilizar la clave pública del emisor para verificar la firma, se comprueba que el texto tiene que haber sido firmado con la clave privada conocida únicamente por el emisor. La clave privada sirve para firmar, mientras que la clave pública permite verificar firmas.

Es muy importante aclarar que la generación de las claves invariablemente debe partir del propio usuario. En la práctica, el usuario descarga de Internet una aplicación programada para generar el par de claves, conserva su clave privada y el requerimiento de certificación junto con su clave pública. Tales requisitos los presenta ante una agencia de certificación o agente de ésta, en donde luego se procede a la identificación, le genera un certificado.

#### **b.2.6. Los Certificados Digitales.**

El Reglamento a la Ley de Certificados, Firma Digital y Documentos Electrónicos, en su numeral segundo, define certificado digital como una estructura de datos creada y firmada digitalmente por un certificador, del modo y con las características que señalan ese Reglamento y su anexo, cuyo propósito primordial es posibilitar a sus suscriptores la creación de firmas digitales, así como la identificación personal en transacciones electrónicas.

Por su parte la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, en su artículo número once recita:

**“Alcance.** *Entiéndase por certificado digital el mecanismo electrónico o digital mediante el que se pueda garantizar, confirmar o validar técnicamente:*

*a) La vinculación jurídica entre un documento, una firma digital y una persona.*

*b) La integridad, autenticidad y no alteración en general del documento, así como la firma digital asociada.*

*c) La autenticación o certificación del documento y la firma digital asociada, únicamente en el supuesto del ejercicio de potestades públicas certificadoras.*

*d) Las demás que establezca esta Ley y su Reglamento”.*<sup>86</sup>

El certificado digital consiste en un archivo electrónico, que contiene los datos de identificación personal del emisor, su clave pública y la firma privada del propio certificador.

Los certificados digitales tienen una duración determinada, transcurrida, la cual deben ser renovados o bien pueden ser revocados anticipadamente o suspendidos, con base, en los supuestos enumerados en los artículos catorce y quince de la Ley de certificados, firmas digitales y documentos electrónicos.

---

<sup>86</sup> Ley # 8454. Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos.

### **b.2.7. Los Certificadores**

El artículo 18 de la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, enuncia:

*“Artículo 18.— Definición y reconocimiento jurídico. Se entenderá como certificador la persona jurídica pública o privada, nacional o extranjera, que emite certificados digitales y está debidamente autorizada según esta Ley o su Reglamento; asimismo, que haya rendido la debida garantía de fidelidad. El monto de la garantía será fijado por la Dirección de Certificadores de Firma Digital y podrá ser hipoteca, fianza o póliza de fidelidad de un ente asegurador, o bien, un depósito en efectivo.*

*Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 3º, 9º y 19 de esta Ley, los certificados digitales expedidos por certificadores registrados ante la Dirección de Certificadores de Firma Digital, solo tendrán pleno efecto legal frente a terceros, así como respecto del Estado y sus instituciones.”*

El certificador, es por ende un tipo particular de prestador de Servicios de certificación, que legitima, ante los terceros, que confían en sus certificados, la relación entre la identidad de un usuario y su clave pública. La confianza de los usuarios en la autoridad de certificación es importante para el correcto funcionamiento del servicio y naturalmente, para la validez de los certificados independientemente de su temporalidad.

Sus funciones se encuentran enumeradas en el artículo diecinueve del Reglamento a la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, a manera de resumen, se enlistan las siguientes:

- Expedir las claves a sus suscriptores, previa verificación de su identidad.
- Llevar un registro completo y actualizado de todos sus suscriptores.
- Expedir certificados digitales
- Prestar los servicios ofrecidos a sus suscriptores
- Conservar la información y registros relativos a los certificados que emitan, durante no menos de diez años contados a partir de su expiración o revocación.
- Mantener un repositorio que permita la consulta de la información pública de los certificados.
- Suministrar a las autoridades competentes la información que le soliciten sobre sus suscriptores y certificados.
- Impartir lineamientos de seguridad a sus suscriptores y certificadores subordinados.
- Acatar las directrices de la Dirección de Certificadores de Firma Digital.
- Dar informes a la Dirección de Certificadores de Firma Digital.

Naturalmente, si la clave privada de la agencia certificadora es comprometida, todos los certificados validados y generados por esa agencia certificadora tendrán que ser revocados, ya que la clave que ha sido comprometida puede ser usada



ilegítimamente para generar nuevos certificados. En este caso se deben revocar todos los certificados incluyendo el de la agencia certificadora.

### **c. El Documento Electrónico.**

Se ha venido haciendo referencia a la firma digital y a los certificados digitales, por lo cual cabe detenerse brevemente en el documento electrónico firmado digitalmente y no solamente en el documento electrónico como lo concibe el artículo segundo del Reglamento a la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos. Este Reglamento lo entiende como *cualquier manifestación con carácter representativo o declarativo, expresada o transmitida por un medio electrónico o informático*, y no más específicamente como el documento firmado digitalmente.

Es en relación al documento electrónico que la firma digital cobra sentido, y de igual manera es su relación con la firma digital que se puede transformar el documento digital empleando técnicas de criptografía asimétrica y como lo mencionáramos antes, mediante un digesto seguro.

Tal documento resultará apto para activar derechos y contraer obligaciones, lo cual resultará importante cuando pasemos a analizar el acta de la asamblea de socios digitalmente firmada.

#### **d. Posibles implicaciones en relación con el derecho societario**

De acuerdo con lo expuesto por Bernardo P. Carlino en el caso de sociedades anónimas poco complejas, como lo tienden a ser en nuestro país, bien podría actuar la sociedad misma como autoridad certificante, proveyendo una especie de certificado de clave pública para el socio que decida suscribir un convenio de comunicación electrónica.

Argumenta el mismo autor que la validez de tales certificados se ha de reducir al ámbito exclusivo del tráfico societario, por lo cual ha de delimitarse claramente la responsabilidad de la sociedad en cuanto a la información que certifica, aunque propone que, por tratarse de materia sujeta a convención privada, la regulación sea acaso menos rigurosa que en el caso de los certificadores.

Fácil es apreciar la lógica tras de tal argumento; el contratar los servicios de un certificador, implica un costo adicional para la sociedad. En sociedades poco

complejas, en donde se encuentra separado el interés social de aquellos intereses individuales de los socios, bien podría resultar práctico que la sociedad misma produzca una especie de certificado de aquellos documentos que los socios firmen digitalmente.

No es, sin embargo, el objetivo de esta tesis reducir el campo de investigación a tal punto, sino precisamente demostrar que mediante la aplicación de nuevas tecnologías en las asambleas de socios, independientemente de su tamaño o nivel de complejidad, se puede tomar verdadera ventaja de la estructura de la sociedad anónima, como se verá.

#### **d.1. Domicilio electrónico**

De lo que se ha venido mencionando, queda claro que la idea detrás del documento electrónico y en especial aquel firmado digitalmente, es establecer un único estándar de comunicaciones, de la misma integridad y seguridad para todas las ocasiones, en que este ha de servir como medio de notificación; de acá que el legislador reconozca valor equivalente entre los documentos electrónicos firmados digitalmente y aquellos firmados manualmente.<sup>87</sup>

---

<sup>87</sup> Artículo 9 de la Ley #8454: Ley de certificados, firmas digitales y documentos electrónicos

Dicha concepción del documento electrónico firmado digitalmente como medio fehaciente de notificación, conlleva al análisis del domicilio legal de la sociedad y en específico, en lo que aquí interesa, el domicilio electrónico de la sociedad.

En síntesis, el domicilio legal es el nexo que se utiliza para comunicar las relaciones intra y extra societarias. Esto, ligado a la temática que se ha venido presentando, permite desarrollar sobre el concepto de *domicilio electrónico*, iniciando con un concepto expresado por Carlino:

*“El domicilio electrónico reúne todas las condiciones de comunicaciones del domicilio físico, con la diferencia de que la dirección es electrónica y el soporte magnético. Está localizado en un espacio de disco rígido del computador servidor (server) del proveedor de acceso a una red o autopista informática que, según las facilidades que contenga, permite movimientos libres o restringidos en razón del propósito para la que ha sido diseñada.”<sup>88</sup>*

De la anterior definición se tiene que documentos tales como balances de períodos anteriores, la cantidad de votos que por acción tendrán, libros, etc., bien pueden almacenarse en el domicilio electrónico de la sociedad, a manera de que

---

<sup>88</sup> Carlino, Bernardo P. Firma digital y derecho societario electrónico. Buenos Aires, Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores. 1998. Página 91

se encuentren disponibles para los socios, como lo estaría en el domicilio físico legal, lo cual permite a los socios ejercer, dentro de otros derechos, el de información, al que se hiciera referencia en el capítulo primero.

La importante diferencia entre el domicilio legal meramente físico y uno que sea electrónico, es la facilidad en el acceso a la información y la facilidad de transmitir comunicaciones a otros socios, independientemente de dónde se encuentren y la hora que sea. Es, por así decirlo, una especie de domicilio físico abierto 24 horas al día, en cualquier lugar del mundo.

Si una sociedad contrata con un proveedor de servicios la asignación de un dominio, el cual pueda fungir como domicilio social electrónico, ciertamente aumenta la facilidad del acceso a la información que en el dominio se encuentre, lo cual no necesariamente implica que cualquier tercero pueda ver toda o parte de la información, como se irá demostrando.

El que para nuestra legislación el domicilio social deba ser *una dirección actual y cierta dentro del territorio costarricense, en la que podrán entregarse válidamente notificaciones*, conlleva a que el dominio en que se refleja el domicilio social electrónico es actual, en tanto perdure el contrato con el proveedor de servicios; por otro lado la certeza dentro del territorio costarricense, puede darse por

satisfecha en el sentido de que la sección final del dominio identifica el país de origen.

Uno de los obstáculos más grandes que enfrentan las nuevas tecnologías aplicadas al derecho en general y al derecho societario de sociedades anónimas en particular, es el formalismo, naturalmente cuando el legislador inicialmente redactó la norma jamás pudo haber concebido la idea de tecnologías que nos son tan cotidianas hoy en día, y que bien pueden entrar a formar parte de la cotidianeidad societaria también.

Así las cosas el domicilio societario electrónico, debe analizarse a la luz de cuestiones como la inscripción en Registro Público y la oponibilidad que ante terceros esta permite. De la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, deriva la personalidad jurídica, la cual se discutió en el capítulo primero, parte implícita de la inscripción de la sociedad es la inscripción de su domicilio social. Desde esta óptica, pareciera necesaria la inscripción del domicilio social electrónico a efectos de su oponibilidad, tal y como expresa Nieva:

*“En el plano societario tales decisiones no requieren de mayores formalidades que las previstas en los ordenamientos vigentes y en los respectivos contratos societarios para la constitución de los domicilios legales, postulando por mi parte la conveniencia de que dichos*

*domicilios electrónicos sean inscriptos en el Registro Público de Comercio, en coherencia con el sistema de publicidad y registración de la L.S.C., aunque no para resultar oponibles al domicilio geográfico jurisdiccional, que conservara todas las atribuciones y efectos que el texto legal le adjudica (...) al domicilio electrónico le es indiferente la localización física de su propietario, ya que puede ser utilizado por él desde cualquier lugar del mundo que tenga acceso a la red donde esté alojado, pues la dirección electrónica está siempre disponible allí.”<sup>89</sup>*

Para Carlino, existen al menos dos posibilidades, la primera es una suerte de compromiso entre la forma que exige la legislación actual y la inserción de las nuevas tecnologías dentro del derecho societario:

*“Es necesario reiterar que en ningún caso la sociedad deja de tener su domicilio físico, inscripto y legalmente válido... y que debe concebirse al domicilio electrónico como otro plano dimensional de comunicaciones de aquel, constituyendo un atributo de cualquier domicilio físico que decida incorporarlo técnicamente, y que como tal coexiste con él.”<sup>90</sup>*

Una segunda posibilidad, prescinde del formalismo de la inscripción basándose en un convenio de comunicación electrónica entre los socios y la sociedad anónima. Mediante este convenio se determinaría no solo la posibilidad de comunicarse

---

<sup>89</sup> Nieva Conejos, María Isabel. La ley 25.506 permite que la sociedad tenga domicilio electrónico, y que la documentación en representaciones digitales estén firmadas con el mismo método. En: Problemas y Cuestiones sobre las sociedades. Buenos Aires, Argentina. Ad- Hoc, 2006. Páginas 198 - 199

<sup>90</sup> Carlino, Bernardo P. Op.cit. Página 101

electrónicamente vía el domicilio electrónico social sino todos los detalles para que dicha comunicación sea válida.

Ambas propuestas pueden ser válidas en situaciones distintas, la segunda puede amoldarse mejor a una sociedad anónima poco compleja que no oferte públicamente sus acciones. A contrario sensu, la posibilidad de inscribir el domicilio electrónico como agregado de un atributo propio del domicilio social físico, puede mejor complementar las necesidades de una sociedad anónima más compleja que sí oferte públicamente sus acciones, cuya base societaria no sea, por así decirlo, personalizada.

Por su parte Christian Hess, incluyó dentro de sus propuestas para la ahora Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos electrónicos, un artículo acerca del domicilio electrónico, que a pesar de no haber sido incluido en las disposiciones finales, es de suma relevancia en este punto.

*“Artículo 9.- Domicilio electrónico*

*Las personas físicas o jurídicas podrán, bajo su responsabilidad, señalar una dirección de correo electrónico como su domicilio legal para la recepción de cualquier clase de comunicaciones, públicas o privadas. Este señalamiento deberá realizarse mediante una manifestación expresa en*



*tal sentido y regirá únicamente para los propósitos para los que haya sido hecha.*

*En caso de actos o negocios privados, la recepción de estas comunicaciones se probará por los medios establecidos en el derecho común. Tratándose de notificaciones oficiales y a falta de norma especial aplicable, se les entenderá por recibidas a partir del momento en que el (la) destinatario(a) dé acuse de recibo expreso o implícito, o bien transcurridos cinco días hábiles desde que el (la) funcionario(a) notificador(a) ponga constancia de envío, lo que suceda primero.*

*El señalamiento de domicilio electrónico podrá ser variado o revocado en cualquier tiempo, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas surgidas hasta ese momento.”<sup>91</sup>*

Por otro lado, el mismo Christian Hess indica en relación con el proyecto de Reforma a la Ley de Notificaciones, con respecto a la fijación de domicilio electrónico permanente:

**“Artículo 3.- Fijación de domicilio electrónico permanente**

*Las personas físicas y jurídicas interesadas podrán señalar al Poder Judicial, una dirección única de correo electrónico para recibir el emplazamiento y cualquier otra resolución, en los asuntos judiciales en que deban intervenir. Esta fijación podrá ser modificada o revocada en cualquier tiempo, por la persona interesada.*

---

<sup>91</sup> Hess Araya, Christian. *Sobre notificaciones judiciales electrónicas; comentarios a proyecto de ley.* Disponible en: <http://www.hess-cr.blogspot.com>

*En todo caso, con la fijación se deberá señalar además un medio físico alternativo para cuando, por razones no imputables a la persona destinataria de la notificación, o por haberlo dispuesto así la autoridad judicial, deba hacérsele llegar por esa vía.”*

Nótese aquí a lo que hemos venido haciendo referencia, en el sentido de que la existencia de un domicilio físico no obsta la posibilidad de la existencia de un domicilio electrónico, ambos a los cuales se puedan dirigir las notificaciones necesarias.

#### **d.2. Libros de comercio**

Otra posible implicación de la firma digital en el derecho societario, además en cercana relación con las asambleas virtuales de socios, es la posibilidad de la firma de los libros, llevada a cabo enteramente en el plano digital.

Al respecto cabe recordar lo mencionado en el capítulo primero de este trabajo, en relación con la posibilidad estipulada en el Reglamento a la Ley de Impuesto sobre la Renta de que los libros contables sean llevados por medios computarizados. Que a efectos prácticos cito de nuevo:

**“Artículo 56- Sistemas contables computadorizados**

*Los contribuyentes que posean sistemas de contabilidad computadorizados también deberán cumplir con la obligación de llevar los libros citados en el artículo 53 anterior, con anotaciones de resumen que tengan respaldo en los datos que contenga el sistema computadorizado, así como en los documentos originales.*

*Asimismo deberán conservar copias de los soportes magnéticos que contengan información tributaria, por igual periodo que los comprobantes que respaldan los asientos contables.”*

Como ya se ha tratado en este capítulo, tanto el documento electrónico firmado digitalmente, así como los certificados digitales que de este se expidan, permiten la verificación y la detección de adulteraciones. Bajo esta concepción es posible no sólo la firma sino la existencia de libros digitales y lo que es más su inscripción en el Registro Público. En este punto, la opinión de Carlino es la siguiente:

*“Una vez realizada la modificación al libro de que se trate, se puede transformar el documento en digital mediante la firma digital y certificación digital. Luego la sociedad envía el archivo magnético a Registro Público quien a su vez crea un archivo electrónico del mismo, que no podrá, una vez que sea firmado en forma digital por el registrador, ser modificado. Luego Registro envía de vuelta al domicilio social electrónico, el documento a manera que se encontrará a disposición de los socios en adelante.”<sup>92</sup>*

---

<sup>92</sup> Carlino, Bernardo. Op.cit. Página 126

La importancia de lo anterior resulta evidente, siendo que el derecho a la información es esencial para un correcto ejercicio del derecho de voto y de receso, así como de otros de perfil patrimonial, tales como el de suscripción preferente, el de dividendo, etc. Su sustrato lo constituye la libertad de inspección de libros y documentos sociales, que se ve fortalecida por la efectiva posibilidad de acceso en el domicilio social electrónico.

### **d.3. Las reuniones a distancia: las conferencias virtuales de socios**

En el capítulo siguiente se procederá al análisis de otras legislaciones que han incorporado dentro de sí la posibilidad de participar de manera virtual en las asambleas de accionistas; sin embargo, de manera somera es posible afirmar que cuando se trata de la baja concurrencia a las asambleas de socios, parte de la doctrina ha tendido a afirmar que la ausencia es un derecho del socio, el cual no siempre lo ejerce a manera de derecho sino por diversas razones como la distancia y el costo, tanto en tiempo como en dinero.

En cuanto a la convocatoria electrónica a la asamblea de socios, puede no sólo incorporarse al domicilio social electrónico, si no que puede ser enviada a cada uno de los socios usando el sistema de llave pública que ya se ha discutido y el consecuente certificado. Cuando el socio recibe la convocatoria y desea confirmar

su participación puede asimismo enviar su confirmación debidamente firmada digitalmente a manera que sea posible su identificación. De ello Carlino manifiesta:

*“Esto significa también que si bien quienes pacten con la sociedad la habilitación de su domicilio electrónico para este tipo de tráfico están garantizando la integridad, autenticidad y certificación del contenido, mediante el sistema de encriptación y de clave pública u otros, puede convenirse el recaudo extra de que este tipo de convocatorias – o solo las que sean materia de asambleas extraordinarias – deban ser copiadas y devueltas firmadas digitalmente por el destinatario para mayores seguridades. (...) y el remitente puede probar la fecha de entrega electrónica mediante recursos técnicos utilizables por el proveedor del acceso a la red pública, o el time – stamping de la Autoridad Certificante, si la hubiera.”<sup>93</sup>*

La existencia imperativa de un libro de Registro de Accionistas, no carece en este punto de interés:

*“Si el libro se lleva mediante procedimientos informáticos, cabe perfectamente la posibilidad de efectuar el cierre mediante escritura informática, que no es otra cosa que una suerte de declaración consignada en un sector del diseño, que impida la escritura fuera de término, a la vez que deje constancia de la manifestación que hacen los firmantes sobre los requisitos que la ley exige contener al libro para su cierre definitivo, con el cálculo de los votos que potencialmente estarán presentes, si los que han comunicado su voluntad finalmente concurren.”<sup>94</sup>*

---

<sup>93</sup> Carlino, Bernardo. Op.Cit. Páginas 194 - 195

<sup>94</sup> Carlino, Bernardo. Op.cit. Página 201

De lo expuesto se tiene, que este cierre es factible de operarse de dos maneras distintas: escribiéndolo y firmándolo digitalmente, sin necesidad de imprimir el instrumento informático en soporte papel; o directamente en forma manuscrita en el libro llevado con las formalidades del Código de Comercio.

Ahora bien, en cuanto a la deliberación y el voto, la primera se encuentra más vinculada al desarrollo de la asamblea virtual de socios y por ende a toda una serie de nuevas tecnologías aplicables, tal como Muñoz lo expresa:

*“La participación en la junta se logra haciendo llegar, por los medios admitidos legal y estatutariamente, la expresión de su voluntad sobre los puntos a ella sometidos, en orden a conformar la voluntad social. Por eso la Ley dice que quienes voten a distancia se les tendrá en cuenta a efectos de constitución de la junta como presentes. No presentes físicos, que no lo son, por mucho que las telecomunicaciones acerquen a las personas, pero sí presentes jurídicos, e tanto que participan en la formación de la voluntad social.”<sup>95</sup>*

Por otra parte, el voto en tanto que su alcance es la manifestación de la voluntad de quien posee este derecho, se verá intrínsecamente ligado a la firma digital y al

---

<sup>95</sup> Muñoz Paredes, José María. Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las juntas generales y de los consejos de administración. Navarra, España. Editorial Aranzadi S.A., 2005. Página 166

certificado digital. Una vez que el socio ha decidido en qué sentido votar puede generar un archivo magnético de su voto, el cual ha de firmar digitalmente y certificar. El conjunto de certificados de los distintos votos puede adjuntarse al acta que de la asamblea virtual de socios se levante, para mayor certeza. Muñoz indica sobre este punto:

*“El voto simultáneo, al no ser un voto preconcebido y permitir a quien lo emite beneficiarse del desarrollo de los debates de la junta, si es que los hay. Su introducción únicamente exige que la sociedad instaure un sistema técnico que permita recabar y escrutar esos 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.”<sup>96</sup>*

Finalmente en lo que respecta al Acta que de la asamblea virtual se ha de levantar, es importante tomar en consideración que lo que pueda faltar en formalidad en el sentido estricto de la palabra, se compensa con la ventajosa posibilidad de obtener más retroalimentación por parte de los socios que participaron en la asamblea de la cual deriva el acta.

La idea es que una vez redactada el acta con base en lo ocurrido durante la asamblea virtual, se pueda remitir como comunicación electrónica a cada uno de

---

<sup>96</sup> Muñoz Paredes, José María. Id. Página 174

los socios, en archivos sin encriptación aptos para su manipulación, esto con el fin de que los socios formulen electrónicamente sus observaciones:

*“Una vez decidida la redacción definitiva se enviará el texto ya como documento electrónico para que los socios lo encripten y lo firmen digitalmente devolviéndolo como documento electrónico al domicilio electrónico societario. Este texto común, ya firmado, será en efecto el acta definitiva de la asamblea virtual de socios, producto final de sus voluntades.”<sup>97</sup>*

Más se elaborará con respecto a lo anterior en el próximo capítulo dónde se ahondará en la aplicación de nuevas tecnologías en asambleas de socios de tipo virtual.

---

<sup>97</sup> Carlino, Bernardo. Op.cit. Página 203



**CAPÍTULO III**  
**ANÁLISIS DE OTRAS LEGISLACIONES**

## **Capítulo III**

### **A. Análisis de otras legislaciones**

Si bien es cierto la ley número 8454, la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos electrónicos, probará ser un complemento importante para la realización de conferencias virtuales de socios y la consecuente adopción de acuerdos societarios; dicha ley es tan sólo un paso inicial para la efectiva inserción de nuevas tecnologías en las asambleas de accionistas.

Ya otras legislaciones se han dedicado al tratamiento de dicha temática y aún así tendrán que aceptar que la rápida mutabilidad de las tecnologías aplicables, dificulta la labor de su regulación estricta. Es por ello que la tendencia legislativa internacional, es regular mediante lineamientos básicos para la realización de asambleas virtuales de socios, dejando en manos de los estatutos sociales la regulación cercana y la práctica de estas, como se verá.

Aunado a lo anterior, la tónica general en la legislación internacional es la voluntariedad por parte del socio en cuanto a la aceptación o no de la posibilidad

de formar parte de la asamblea de socios por medios virtuales. La naturaleza de dicha voluntariedad obedece, no sólo al hecho de que si bien cada día deviene más usual la implementación de nuevas tecnologías en todas nuestras actividades, no se ha alcanzado aún el punto en que su difusión sea tal que permita la obligatoriedad de su uso; sino también al elemento subjetivo del consentimiento del negocio jurídico societario. El socio ha de estar informado acerca de las implicaciones, que en término del ejercicio de sus derechos y sus deberes, conllevará el ser partícipe de una asamblea virtual de socios, el consentimiento ha de ser informado.

*“Si una corporación organiza su asamblea de accionistas sobre una base virtual, ya no habrá una reunión física de los accionistas. Los accionistas recibirán un código, el cual les brindará acceso a una plataforma de asamblea general virtual (VGM por sus siglas en inglés: Virtual General Meeting) fuertemente asegurada. En esta plataforma pueden observar el orden del día, los reportes anuales o periódicos, propuestas de la junta directiva y otros documentos de discusión (...) La plataforma puede también incorporar un tablero de noticias. Dicho tablero ha de estar dividido de acuerdo al orden del día, lo cual le permite a los accionistas establecer un diálogo constructivo entre ellos y la junta directiva. Esto resultará en un crecimiento de la información y contribuirá a resolver la distribución asimétrica de información.”<sup>98</sup>*

---

<sup>98</sup> Ulrich Noack, citado por VAN der KRANS, Anatoli. The virtual shareholders meeting: how to make it work? Journal of international Commercial Law and technology, 2007, vol. 2, no. 1. Disponible en: <http://www.jcilt.com/index.php/JICLT/article/viewPDFInterstitial/31/18>

A lo largo de este capítulo se analizarán algunas de las construcciones legislativas internacionales, que han tratado el tema de las asambleas virtuales de socios y en particular el tema de la convocatoria, la presencia, la participación y el voto.

#### **a. Estados Unidos**

La *General Corporate Law* (Ley General de Corporaciones) de Delaware, ha sido en definitiva la que más revuelo ha causado, no sólo por ser la más difundida sino más bien por lo visionario de sus disposiciones, testimonio de lo cual, gran parte de las grandes corporaciones tienen su sede en Delaware.

Dicha ley se encuentra incorporada en el título octavo capítulo primero del Código de Delaware, dentro del subcapítulo séptimo que trata sobre las reuniones, elecciones, votaciones y notificaciones, se regulan las asambleas de accionistas. Cabe aquí brevemente mencionar, que asimismo regula las asambleas de socios en sociedades sin fines de lucro, si bien las disposiciones en cuanto a las segundas difieren en gran manera de las de las primeras, se ha cuidado dicha legislación de permitir el uso de nuevas tecnologías para sus reuniones, de la misma forma que lo permite para las asambleas de accionistas.

A diferencia de otras legislaciones, las cuales a lo sumo permiten que la asamblea de accionistas tenga lugar en otra locación distinta de la del domicilio social, la *General Corporate Law* estipula, en su sección 211 (a) (1), no únicamente que la asamblea de accionistas tenga lugar dentro o fuera del Estado, lo cual ha de ser determinado por la junta de directores, el órgano administrativo, dentro de las estipulaciones que por directrices y requisitos se den dentro de la corporación; sino que además, siendo este punto el más destacable, relega a la entera discreción de la junta de directores, la decisión de que la asamblea de accionistas no se efectúe en ningún lugar físico, sino que pueda realizarse solamente por medios de comunicación remota:

*“Si la junta de directores, a su entera discreción y sujeto a las directrices y procedimientos que la junta pueda adoptar, accionistas y representantes que no se encuentren físicamente presentes en la asamblea de accionistas pueden, por medios de comunicación remota:*

*a) Participar de la asamblea de socios*

*b) Ser considerados como presentes en persona y votar en la asamblea de accionistas, sea que la misma se sostenga en un lugar físico o por medios de comunicación remota, provisto que (i) la corporación implemente medidas razonables para verificar que cada persona considerada como presente con permiso para votar en la asamblea por medios de comunicación remota, sea un accionista o representante (ii) la corporación ha de implementar medidas razonables para brindar a cada accionista y representante una oportunidad razonable de participar en la asamblea y votar en los asuntos sometidos a los accionistas, incluyendo la oportunidad de leer o escuchar los procedimientos de la asamblea, de manera sustancialmente concurrente con dichos procedimientos, y (iii) si algún accionista o*

*representante vota o ejecuta alguna otra acción en la asamblea por medio de comunicación remota, la corporación ha de mantener un registro de tal voto o acción ejecutada.*<sup>99</sup>

Son varios los aspectos rescatables, a partir de la cita anterior, en primer lugar el derecho de cada socio y representante de, a pesar de no encontrarse físicamente presente, participar en la asamblea de accionistas. Este derecho, sin embargo, carecería de contenido de no ser porque se le concede al accionista o representante que participe por medios remotos, la consideración de encontrarse presente y votar en la asamblea de accionistas, sin lo cual el derecho de participación sería un mero derecho a voz.

Por su parte, recaen sobre la corporación al menos tres contraprestaciones: la identificación de quien participa, procurar los medios necesarios para que dicha participación sea efectiva y finalmente la votación y verificación de dicha votación.

En cuanto a la identificación del participante, su importancia es evidente en términos de legitimación, tal y como se explicó en el capítulo segundo de este trabajo; dicha identificación puede ser lograda por el medio de comunicación remota que se escoja. Este medio puede ser la videoconferencia, en donde los

---

<sup>99</sup> Código de Delaware, Capítulo 1: Ley General de Corporaciones. Sección 211(2). Disponible en <http://delcode.delaware.gov/title8/c001/sc07/index.shtml>

participantes de la asamblea podrán, en efecto, ver y escuchar la intervención del resto de los participantes; sin embargo, un certificado de firma digital permite, entre otras cosas, la identificación de su emisor y la exactitud del contenido del mensaje emitido, el cual puede ser utilizado a manera de complemento para una mayor seguridad jurídica.

Tal y como lo mencionara anteriormente, esta ley en particular se caracteriza por ser visionaria, al estipular la obligación por parte de la corporación de poner a la disposición de los participantes medidas razonables para que puedan tener una oportunidad de participación y voto. Como no se especifica los medios por los cuales se ha de dar dicha participación y votación, permitirá que la ley siga siendo aplicable, independientemente de la vertiginosa mutabilidad de las tecnologías.

Ahora bien, por otro lado indica que la oportunidad de participación ha de incluir la posibilidad de “leer o escuchar los procedimientos de la asamblea de manera *sustancialmente concurrente* con dichos procedimientos”. De nuevo, dicha disposición obedece a un orden lógico y práctico, al utilizar medios de comunicación remota en los cuales no son inusuales los desfases temporales entre la acción y la efectiva transmisión de esta. Sin embargo, no es posible obviar con respecto a este punto, que el derecho de participación y voto se podría ver vulnerado cuando el accionista o representante que participa a distancia, recibe

minutos después información que podría haber sido valiosa para su oportuna participación.

Finalmente, indica la citada subsección, que cuando un accionista o representante vota por medios de comunicación remota, la corporación ha de conservar un récord de dicho voto. Pareciera que la parte más beneficiada por esta disposición es el accionista que otorga un poder a un representante para que vote de determinada manera; el que exista un récord de su voto le permitirá verificar que su representante haya votado en el sentido indicado. De nuevo en este punto, la certificación del voto firmado digitalmente, permitiría saber no sólo quién lo firmó sino asegurarse que el contenido del voto no ha sido modificado desde su emisión.

En la sección 212, de la citada Ley General de Corporaciones de Delaware, que trata de los derechos de voto de los accionistas, *proxies* (apoderados) y limitaciones, estipula de nuevo, sin limitar el medio por el cual lo haga, el que un accionista pueda otorgar un poder para ser representado durante la asamblea. Esta autorización, que puede ser emitida por medios de transmisión electrónica a favor de una persona o una firma que se encargue de dicho tipo de representaciones, será válida en tanto permita la identificación de su emisor. Se verifica que sea, en efecto, emitida por el accionista a quien corresponde el derecho; para todos los efectos, dicha autorización de tipo electrónico podrá ser



utilizada en lugar de la autorización escrita con firma autógrafa del accionista, en tanto que esta conste del mismo contenido que el documento original.

De lo expuesto anteriormente, se expone lo que en lo conducente señala la Ley

General de Corporaciones del estado de Delaware:

*“ El oficial a cargo del libro mayor de la corporación ha de preparar y hacer, con al menos 10 días de antelación a la asamblea de accionistas, una lista completa de los accionistas con derecho a voto durante la asamblea, en orden alfabético, y mostrando tanto la dirección como el número de acciones registrados para cada accionista. Nada de lo estipulado en esta sección, ha de obligar a la corporación a incluir las direcciones de correo electrónico o cualquier otra información de contacto electrónico, dentro de esta lista. Dicha lista ha de encontrarse disponible para ser examinada por cualquier accionista, con cualquier propósito atinente a la asamblea, por un periodo de al menos 10 días previos a la realización de la misma: (i) en una red electrónica razonablemente accesible, provisto que la información necesaria para el acceso de dicha lista se provea con la convocatoria a la asamblea, o (ii) durante el horario de oficina ordinario, en el domicilio corporativo. En la eventualidad de que la corporación determine poner a disposición la lista en una red electrónica, la corporación puede tomar pasos para asegurar que tal información se encuentre disponible sólo para los accionistas. Si la asamblea se realizará en un lugar físico, entonces la lista ha de producirse y permanecer en el lugar y tiempo de la asamblea por toda su duración y ha de poder ser examinado por cualquier accionista presente. Si la asamblea se sostiene solamente por medios de comunicación remota, entonces la lista ha de encontrarse a la disposición de cualquier accionista por toda la duración de la asamblea en una red electrónica razonablemente*

*accesible, y la información requerida para acceder dicha red ha de ser incluida en la convocatoria*<sup>100</sup>

Son varios los elementos destacables a partir de la citada subsección, más allá de la evidente lista de socios con derecho a voto durante la asamblea de accionistas. Como se mencionara al inicio de este capítulo, la tendencia en las diversas legislaciones ha sido al consentimiento informado del accionista, como elemento clave para que las comunicaciones remotas sean válidas en lo que a la asamblea se refiere. Para tales efectos es necesaria una convención, previa a la realización de la asamblea, entre el accionista y la sociedad, en donde el accionista aceptará el uso de medios de comunicación remota y, por su parte, dará a la sociedad un domicilio electrónico donde sea localizable y en el cual sean válidas las notificaciones; a esta dirección de correo electrónico se refiere la cita anterior, cuando dice que la sociedad no está obligada a publicarla.

Otro aspecto que resalta en este punto, es el tratamiento que se hace del derecho a la información del accionista. El derecho a la información, el cual se trató en el primer capítulo de este trabajo, cobra especial importancia en relación con la asamblea de accionistas y en conjunción con el consentimiento que ha de privar en la implementación de nuevas tecnologías dentro del actuar social. En ese sentido, la corporación está obligada a publicar la información, de la lista de

---

<sup>100</sup> Código de Delaware, Capítulo 1: Ley General de Corporaciones. Sección 219 (a). Disponible en <http://delcode.delaware.gov/title8/c001/sc07/index.shtml>

accionistas en este caso, en una red electrónica, pero por razones no solamente prácticas, siendo que aún hoy en día la tecnología no es de igual acceso para todas las personas, sino en virtud del electo subjetivo del negocio jurídico societario, la corporación ha de poner a disposición del accionista la información no solo electrónicamente, si este así lo decide sino que en el domicilio corporativo también. El derecho a la información pertenece al accionista en tanto que tal, razón por la cual es posible limitar el acceso de la información excluyendo a terceros no accionistas.

Cabe hacer referencia al tratamiento, que de la convocatoria a la asamblea de accionistas hace la ley en discusión:

*“En el momento en que le sea requerido o permitido a los accionistas ejecutar alguna acción en la asamblea, se les ha de extender una notificación por escrito, misma la cual ha de contener el lugar, si existe alguno, fecha y hora de la asamblea, los medios de comunicación remota, si alguno, por los cuales los accionistas y representantes pueden ser tomados como presentes en persona y votar en tal asamblea...”<sup>101</sup>*

La convocatoria a asamblea de socios no sólo refuerza la posibilidad de que la asamblea se realice enteramente por medios de comunicación remota, sino que la convocatoria misma, al igual que cualquier otra notificación por parte de la corporación destinada a los accionistas puede, a su vez, ser realizada por medios

---

<sup>101</sup> Código de Delaware, Capítulo 1: Ley General de Corporaciones. Sección 222 (a). Disponible en <http://delcode.delaware.gov/title8/c001/sc07/index.shtml>

de transmisión electrónica. Entiéndase aquí por medios de comunicación electrónica

*“(...) cualquier forma de comunicación, que no involucre la transmisión física de papel, que crea un archivo que puede ser guardado, recuperado y revisado por el destinatario y que puede ser reproducido directamente en forma de papel por dicho destinatario mediante un proceso automatizado”<sup>102</sup>.*

De nuevo dicha transmisión por medios electrónicos, sólo es posible en correspondencia con el consentimiento del destinatario, consentimiento mismo el cual puede ser revocado en cualquier momento.

Finalmente, en lo que respecta a la Ley General de Corporaciones de Delaware, es necesario mencionar la forma en que se han de mantener los registros en la corporación:

*“Cualquier registro mantenido por la corporación en el curso regular de su negocio, incluyendo su libro mayor, libros de contabilidad y libros de minutas, puede ser conservado en, o mediante, o encontrarse en la forma de, cualquier dispositivo de almacenamiento de información, provisto esto de que los registros así almacenados puedan ser*

---

<sup>102</sup> Código de Delaware, Capítulo 1: Ley General de Corporaciones. Sección 232. Disponible en <http://delcode.delaware.gov/title8/c001/sc07/index.shtml>

*convertidos en papel de forma claramente legible dentro de un plazo razonable.*<sup>103</sup>

Más interesante aún es el hecho de que dichos registros han de ser convertidos a papel ante la petición de cualquier persona autorizada a inspeccionar los libros, lo cual contribuye a reforzar el derecho de información del accionista. Por otro lado, la versión en papel de los documentos que se almacenen de esta manera tendrá el mismo valor probatorio que la versión original. Esta obligación de imprimir el registro para que este pueda tener la misma validez que el original, parece una especie de retroceso en una legislación tan progresista como la que hemos venido analizando. Cabe preguntarse si no sería acaso más recomendable visualizarlos desde una perspectiva similar a la del artículo 3 de nuestra Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, el cual reconoce equivalencia (jurídica) funcional entre cualquier manifestación transmitida por medio electrónico o informático y los documentos que se otorguen, residan o transmitan por medios físicos.

Un análisis en este sentido, a partir de una perspectiva como la de nuestra legislación, podría dotar de mayor validez la posibilidad que presenta la Ley General de Corporaciones de Delaware, con respecto a que las asambleas de accionistas tengan lugar solamente por medios de comunicación remota. En este

---

<sup>103</sup> Código de Delaware, Capítulo 1: Ley General de Corporaciones. Sección 224. Disponible en <http://delcode.delaware.gov/title8/c001/sc07/index.shtml>

caso los registros, que de todas formas se pueden guardar en dispositivos de almacenamiento de información, podrían ponerse a disposición de los accionistas y representantes, quienes, a pesar de no encontrarse presentes físicamente en la asamblea, podrían consultarlos en la página web de la sociedad con el uso de una contraseña, sin tener que apersonarse en el domicilio social o corporativo.

Objetable a la Ley General de Corporaciones de Delaware, sea esta la posición de la mayor parte de la doctrina, es el gran rango de libertad que se le otorga a la junta para decidir el sostener la asamblea únicamente en línea, sin consultar a los accionistas. Para Anatoli van der Krans <sup>104</sup>, basándose en las asambleas de accionistas que tras la Ley General de Corporaciones de Delaware han celebrado algunas corporaciones, hay un sentimiento predominante entre los accionistas de escepticismo, en especial por cuanto se considera que sus derechos no se encuentran suficientemente protegidos. Concuera el autor con la posición, no restando las ventajas de la realización de asambleas virtuales de accionistas sino introduciendo la figura de lo que él denomina *Gerente para los Derechos de los accionistas* cuya función sería básicamente velar porque los derechos de los accionistas se protejan y respeten, durante el curso de toda la asamblea.

---

<sup>104</sup> VAN der KRANS, Anatoli. The virtual shareholders meeting: how to make it work? Journal of international Commercial Law and technology, 2007, vol. 2, no. 1. Disponible en: <http://www.jiclt.com/index.php/JICLT/article/viewPDFInterstitial/31/18>

Disposiciones sumamente similares a las de Delaware se han desarrollado en otros estados, Minnesota es uno de ellos. Los Estatutos de Minnesota del 2002, recientemente reformados en el 2007, tratan en su sección 302 A .436 sobre las Comunicaciones Remotas para las Asambleas de Accionistas.<sup>105</sup> Las disposiciones de una y otra son muy similares, lo que es más, la redacción tiende a ser idéntica, solamente cambia el orden en que se enumeran las disposiciones. No hay por ende mucho que se pueda analizar en cuanto a los Estatutos de Minnesota, que no se haya mencionado ya.

Similar situación ocurre con los estatutos del Estado de Wyoming, el cual reproduce de manera idéntica la Ley General de Corporaciones de Delaware, sin embargo en el año 2005 se introducen varias reformas, dentro de ellas a la sección 17-16-701, la cual se refiere a las asambleas anuales:

*“(...) La junta de directores puede, a su entera discreción, que la asamblea no se celebre en ningún lugar, pero en su lugar se celebre por medios de comunicación remota. **La junta ha de tomar en consideración la habilidad del accionista mediante comunicación remota y proveer medios alternativos de participación alternativa para***

---

<sup>105</sup> Estatutos del estado de Minnesota, sección 302<sup>A</sup>.436, subdivisión 2. Disponible en <https://webhr12.revisor.leg.state.mn.us/statutes/?id=302A.436>

***aquellos accionistas incapaces de participar por  
mediante comunicación remota (...)***<sup>106</sup>

Interesa, para nuestros efectos, lo resaltado en negrita que nos redirige al inicio de este capítulo cuando se indicara la tendencia, que como luego se verá ha de caracterizar de la misma manera a nuestra legislación, del respeto en virtud del consentimiento en el negocio jurídico societario. El hecho es que, aún hoy las nuevas tecnologías no son igualmente accesibles para todas las personas, por lo cual ha de dejarse abierta la participación por medios que se pueden considerar tradicionales, aún en una asamblea de accionistas en donde el resto de los accionistas participen por medios de comunicación remota.

En línea con lo anterior, Elizabeth Boros, expone:

*“Los Tribunales han notado que la concurrencia física provee un foro para la deliberación y confrontación. La doctrina ha observado de manera similar que la confrontación y la rendición de cuentas cara a cara, son especialmente valiosas para los accionistas minoritarios. Tanto los tribunales como la doctrina notan que las perspectivas expresadas en la asamblea por los accionistas minoritarios pueden cambiar el curso de la política corporativa, aún sin ser mayoría.”*<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> La negrita no es del texto. Estatutos del Estado de Wyoming, sección 17-16-701, subdivisión (a). Disponible en <http://legisweb.state.wy.us/2005/ENGROSS/HB0016.pdf>

<sup>107</sup> Boros, Elizabeth. Virtual Shareholder Meetings. Duke Law & Technology Review. 2004. Disponible en : <http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/pdf/2004DLTR008.pdf>



Para la autora, el éxito de las asambleas virtuales está condicionado al hecho que se garantice verdaderamente el debate y el que los medios escogidos por la junta directiva para la comunicación remota, permitan transmitir los gestos de quien está participando, lo cual es de especial importancia para el voto minoritario, el cual como mencionara en el texto supra citado, a pesar de no tener la mayoría, si es lo suficientemente persuasivo y con los medios de comunicación remota adecuados, podría voltear la decisión de la asamblea.

La misma autora citada plantea:

*“Al final, los baches en el camino no son razón suficiente para rechazar de plano los beneficios potenciales que puede brindar una asamblea virtual, particularmente en términos de mayores niveles de participación, pero sí sirven como argumentos a favor de que las asambleas virtuales no han de remplazar por completo a las asambleas físicas, hasta que se desarrolle un equivalente electrónico que permita la rendición de cuentas cara a cara y la oportunidad de deliberación que en la actualidad ofrecen las asambleas físicas”<sup>108</sup>*

A esta posición se adhiere este trabajo, porque, no resulta prudente que las asambleas virtuales remplacen por completo a las asambleas con presencia física, en el sentido tradicional de la palabra. No sin embargo, las razones citadas por la

---

<sup>108</sup> Boros, Elizabeth. Id.

autora, que a pesar de importantes parecieran ser más un problema de tipo informático y tecnológico que podrá irse solucionando a medida que se presenten innovaciones en este sentido. De acuerdo con el estado actual de las cosas, no se puede obligar al accionista que no tiene necesariamente el mismo acceso por las razones que sean a tecnologías de comunicación remota, a participar en una asamblea virtual, necesariamente.

## **b. Francia**

En Europa es sin duda Francia, quien ha dado los pasos más importantes en términos de legislación para la inserción de nuevas tecnologías en la práctica de las asambleas de accionistas.

Muchos avances que se han dado en la materia, son producto de la inserción de la ideología del *Corporate Governance* en la legislación francesa. La corporate governance es una ideología acerca del predominio de los accionistas y del mercado que busca asegurar la mayor renta para los accionistas, aumentando así el valor de la acción. Los principios que le caracterizan son los siguientes:

*“El primer principio es la responsabilidad de los administradores ante los accionistas.*

*El segundo es la obligación de lealtad y de diligencia susceptible de sanciones civiles o penales.*

*El tercer principio es la transparencia que implica la información de los accionistas sobre todas las decisiones importantes de la sociedad.”<sup>109</sup>*

El primer paso vino dado por la Ley 2001-420 del 15 de mayo de 2001 relativa a las nuevas regulaciones económicas, la cual modificó varios artículos del Código de Comercio, en lo que aquí interesa en particular el artículo L225-107 de la parte legislativa del Código de Comercio, en su párrafo segundo dice:

*“II. Si los estatutos lo preveen, son reputados presentes para el cálculo del quórum y la mayoría los accionistas que participan en la asamblea mediante teleconferencia o por medios de telecomunicación que permitan su identificación y cuya naturaleza y condiciones de aplicación son determinadas por decreto en Consejo de Estado.”<sup>110</sup>*

Hasta aquí el desarrollo que la parte legislativa del Código de Comercio hace con respecto al tema, lo cual no es despreciable, porque por un lado precisa de una autorización estatutaria de manera similar a lo estipulado por la Ley General de Corporaciones de Delaware, pero por otro, la naturaleza de los medios y la forma en que se aplicarán ha de ser determinado vía decreto. Tal hecho nos llevaría a

---

<sup>109</sup> Peltier, F. citado por Holder, Françoise. *Nouvelles dispositions en matiere de droit des sociétés*. Disponible en: [http://pagesperso-orange.fr/cgtribc/pubfile/rappgen/rap\\_holder\\_02.pdf](http://pagesperso-orange.fr/cgtribc/pubfile/rappgen/rap_holder_02.pdf)

<sup>110</sup> Artículo L225-107, párrafo II del Código de Comercio. Disponible en: [http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=6D5EAA74F785BF60955FE69488811288.tpdjo08v\\_2?idSlectionTA=LEGISCTA000006161273&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20081019](http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=6D5EAA74F785BF60955FE69488811288.tpdjo08v_2?idSlectionTA=LEGISCTA000006161273&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20081019)

esperar una mayor protección de los derechos del accionista, que como se ha mencionado, tiende a tener alguna objeción respecto de las asambleas virtuales de accionistas.

La reforma legislativa podría parecer pequeña, pero su contenido es importante, no solo por lo ya mencionado sino, quizás de manera más relevante porque el uso de medios de telecomunicación y teleconferencia permiten la participación de los accionistas, como si se encontraran físicamente presentes.

Los avances más importantes en materia de inserción de nuevas tecnologías en la realización de las asambleas de accionistas vino dada sin embargo posteriormente por el Decreto número 2002-803 del 3 de mayo del 2002<sup>111</sup> en relación con la aplicación de la tercera parte de la ley número 2001-420. Dicho decreto vino a modificar la parte reglamentaria del Código de Comercio, determinando la aplicación práctica de lo estipulado de manera somera en el ya citado artículo L225-107 de la parte legislativa del Código de Comercio. Aún más, el decreto

---

<sup>111</sup> Décret n°2002-803 du 3 mai 2002 portant application de la troisième partie de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. Disponible en : <http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000591768&dateTexte=20081019&fastPos=1&fastReqId=1307384882&oldAction=rechTexte>

2002-803, vino a modificar varios preceptos del decreto número 67-236 del 23 de marzo de 1967 sobre las sociedades comerciales.<sup>112</sup>

Puede decirse que las disposiciones de la parte reglamentaria del Código de Comercio, relativas a las asambleas de accionistas persiguen admitir la sustitución de determinadas comunicaciones que, en el derecho anterior, debían ser “escritas”, por medios electrónicos de telecomunicación. Una de las disposiciones que se ve más afectada por esta modalidad es la relativa a la convocatoria a la asamblea de accionistas. Si bien, en principio las reglas para la convocatoria son determinadas a lo interno de los estatutos sociales, esto es con excepción de preceptos como el artículo R225-66 la señala:

*“(...) El aviso de convocatoria indica las condiciones bajo las cuales los accionistas pueden votar por correspondencia y los lugares y las condiciones bajo las cuales pueden obtener los formularios necesarios y los documentos anexos y siendo el caso, la dirección electrónica adonde pueden ser dirigidas las preguntas escritas.”<sup>113</sup>*

A manera de paréntesis, los accionistas pueden sacar más provecho al dirigir estas preguntas por escrito con antelación a la celebración de la asamblea de

---

<sup>112</sup> Décret n°67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales. Disponible en: <http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000674772&dateTexte=20081019&fastPos=1&fastReqId=365984831&oldAction=rechTexte>

<sup>113</sup> Code de Commerce, Titre II, Chapitre V, Section 3, Article R225-66. Disponible en: [http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=CAAB669F4618AAF6A0802B0ACA824EE7.tpdjo08v\\_2?idSectionTA=LEGISCTA000006161468&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20081019](http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=CAAB669F4618AAF6A0802B0ACA824EE7.tpdjo08v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006161468&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20081019)

accionistas, siendo que la respuesta podrá ser, por parte de la asamblea, más detallada que la que probablemente se daría en medio de la deliberación asamblearia. Al respecto Nocquet señala:

*“No existe limitación alguna prevista por la ley, los accionistas pueden bajo reserva de no abusar de este derecho, hacer tantas preguntas escritas como lo deseen sin embargo estas deben estar relacionadas con el orden del día de la asamblea.”<sup>114</sup>*

En lo que respecta al envío de la convocatoria de la junta a los titulares de acciones nominativas, el párrafo segundo del artículo R225-67, se dispensa de publicar un aviso en el domicilio social y en la Gaceta; cuando todas las acciones de la sociedad son nominativas, la convocatoria puede hacerse por carta simple o certificada a la dirección física del accionista, o por el contrario, ser transmitida por medios electrónicos de telecomunicación.

La posibilidad de remplazar comunicaciones postales por aquellas electrónicas de telecomunicación, continúa en preceptos como aquel que puede exigir el accionista que desea añadir puntos al orden del día, contemplado en el artículo R225-71 según el cual:

---

<sup>114</sup> Nocquet, Phillipe citado por Alcouffé, Alain. Droits a l'information des actionnaires et actinios sociales des associés en France et Allemagne. Disponible en:  
[http://www.carin.info/article\\_p.php?ID\\_ARTICLE=RIDE\\_172\\_0154](http://www.carin.info/article_p.php?ID_ARTICLE=RIDE_172_0154)

*“(...) la solicitud de inscripción de proyectos de resolución en el orden del día de la asamblea, hecha por accionistas que representen al menos el 5% del capital social, es dirigida al domicilio social mediante carta certificada con solicitud de acuse de recibo, o por telecomunicación electrónica”<sup>115</sup>.*

Tratamiento similar se le da al acuse de recibo, por parte del presidente del consejo de administración o del directorio, de las solicitudes de adición de nuevos puntos del artículo R225-74, del mismo cuerpo reglamentario.

Para que, en esos casos, pueda reemplazarse la comunicación postal por la electrónica se exige, según dispone el artículo R225-63<sup>116</sup>, que la sociedad recoja previamente por escrito la conformidad de los accionistas interesados, indicando su dirección de correo electrónico. A falta de tal consentimiento individual, las comunicaciones relativas deberán seguir empleando la carta ordinaria o certificada, según esté previsto en cada caso. El consentimiento del accionista es libremente revocable en cualquier momento, tal como dice el mismo precepto que exige, sin embargo, que la revocatoria se comunique por carta certificada con acuse de recibo, lo que resulta, en todo caso un tanto contradictorio.

---

<sup>115</sup> Code de Commerce, Titre II, Chapitre V, Section 3, Article R225-71. Disponible en: [http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=CAAB669F4618AAF6A0802B0ACA824EE7.tpdjo08v\\_2?idSectionTA=LEGISCTA000006161468&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20081019](http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=CAAB669F4618AAF6A0802B0ACA824EE7.tpdjo08v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006161468&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20081019)

<sup>116</sup> “Las sociedades que pretendan recurrir a la telecomunicación electrónica en lugar de un envío postal para satisfacer las formalidades previstas en los artículos R225-67, R225-68, R225-72, R225-74 y R225-88 recogerán de previo por escrito el consentimiento de los accionistas interesados quienes indiquen su dirección electrónica. Estos últimos pueden en todo momento exigir expresamente a la sociedad por carta certificada con solicitud de acuse de recibo que el medio de telecomunicación antes mencionado sea remplazado en el futuro por un aviso postal.”

Así las cosas el segundo grupo de normas atañe a la participación de los accionistas en las juntas generales por medios de videoconferencia o telecomunicación. Relevante es la admisión de la participación en la junta, a todos los efectos no sólo de voto, por medios electrónicos o videoconferencia.

En lo que respecta a la remisión de formularios, permite deducir que el legislador francés está pensando tanto en formularios electrónicos, y como en el simple envío de los votos o poderes como archivos adjuntos:

*“A partir de la convocatoria de la asamblea todo accionista puede solicitar por escrito a la sociedad de dirigirle, siendo el caso por vía electrónica, en las condiciones definidas en el artículo R225-61, un formulario de voto a distancia”<sup>117</sup>.*

Recordará el lector que de acuerdo al supra mencionado artículo R225-61 del Código de Comercio, las sociedades que deseen que sus accionistas puedan votar por medios electrónicos han de habilitar un sitio en Internet a tal efecto. El accionista que lo desee podrá completar el de voto o representación accediendo a la página web indicada por la sociedad, marcando en la pantalla las opciones que le interesen, bajo el entendido que de no decidir favorablemente o negativamente

---

<sup>117</sup> Code de Commerce, Titre II, Chapitre V, Section 3, Article R225-75. Disponible en: [http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=CAAB669F4618AAF6A0802B0ACA824EE7.tpdjo08v\\_2?idSectionTA=LEGISCTA000006161468&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20081019](http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=CAAB669F4618AAF6A0802B0ACA824EE7.tpdjo08v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006161468&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20081019)



acerca de algún punto se reputará su voto como negativo. Luego enviará los datos con su firma electrónica, que serán archivados por la sociedad. Esto último con la ventaja de que la firma digital debidamente certificada permitirá no sólo la identificación del emisor sino que el contenido del voto no haya sido alterado. La celeridad de este proceso o, si se quiere, del recuento de estos votos, ha permitido ampliar el plazo de recepción a las 15 horas de la víspera de la junta, cuando, sin embargo, para recibidos por correspondencia la antelación máxima es de 3 días.<sup>118</sup>

En la práctica sin embargo, el voto mediante formularios electrónicos ha sido poco popular entre las sociedades anónimas francesas, a pesar del ahorro significativo que en términos de costo económico y recuento de votos esto significa. Mansion propone:

*“Para permitir el desarrollo del voto electrónico, se propone:*

- *La supresión de las nulidades imperativas ligadas al voto electrónico que figuran en el artículo L225-2-1 del Código de Comercio.*
- *Una simplificación de las exigencias legales de identificación para este tipo de intercambio electrónico.*
- *Un código de identificación y un nombre de usuario único previamente atribuidos y en respeto de ciertas prescripciones deberían de ser considerados como un*

---

<sup>118</sup> Ver Code de Commerce, Titre II, Chapitre V, Section 3, Article R225-77. Disponible en: [http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=CAAB669F4618AAF6A0802B0ACA824EE7.tpdjo08v\\_2?idSectionTA=LEGISCTA000006161468&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20081019](http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=CAAB669F4618AAF6A0802B0ACA824EE7.tpdjo08v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006161468&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20081019)

*proceso de identificación fiable.*<sup>119</sup>

Es comprensible que el voto mediante firma digital pueda resultar relativamente costoso y hasta engorroso, y que una versión más sencilla bien podría ser viable, sin embargo resta preguntarse cuán valiosa es, en efecto, la información transmitida por el voto y si el costo tanto para la sociedad como para el accionista no sería acaso mayor al utilizar medios de identificación menos seguros.

La participación virtual en la junta está regulada por el artículo R225-97 de la parte reglamentaria del Código de Comercio:

*“A fin de garantizar (...) la identificación y la participación efectiva en la asamblea de accionistas y participando por medios de videoconferencia o telecomunicación, estos medios han de transmitir al menos la voz de los participantes y han de satisfacer las características técnicas que permitan la retransmisión continua y simultánea de las deliberaciones”.*<sup>120</sup>

De hecho la legislación francesa los equipara a todos los efecto a los presentes reales y no se duda que podrían ser representantes. El artículo tampoco especifica

---

<sup>119</sup> Mansion, Yves. Pour l'amélioration de l'exercice des droits de vote des actionnaires en France: Groupe de travail de l'Autorité des Marchés Financiers. Disponible en: [http://www.amf-france.org/documents/general/6314\\_1.pdf](http://www.amf-france.org/documents/general/6314_1.pdf)

<sup>120</sup> Code de Commerce, Titre II, Chapitre V, Section 3, Article R225-97. Disponible en: [http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=CAAB669F4618AAF6A0802B0ACA824EE7.tpdjo08v\\_2?idSectionTA=LEGISCTA000006161468&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20081019](http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=CAAB669F4618AAF6A0802B0ACA824EE7.tpdjo08v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006161468&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20081019)

en este punto los medios que pueden ser utilizados para lograr esos fines. Ello habilita, pues, tanto el empleo de videoconferencia tradicional, estableciendo incluso lugares en distintas áreas en los que los accionistas podrían seguir la retransmisión de la junta, intervenir y votar. Esto hoy ya no supondrían ninguna novedad porque los accionistas podrían acceder los accionistas desde cualquier computador, conectando al sitio señalado por la sociedad. En todo caso, el accionista dispondría de un código de acceso confidencial, sin el cual no podría participar.<sup>121</sup>

De la mano con el derecho de participación y el de voto está el de información:

*“Los derechos a la información de los propietarios de partes de una sociedad por acciones francesa pueden ser subdivididos entre aquellos que se encuentran en relación directa con la asamblea general (asamblea general ordinaria y extraordinaria; derecho de comunicación de previo o temporal) y aquellos que son exigibles permanentemente (derecho de comunicación permanente)”<sup>122</sup>*

De acuerdo con el artículo L225-107 de la parte legislativa del Código de Comercio, los accionistas pueden en todo momento, examinar los documentos

---

<sup>121</sup> Code de Commerce, Titre II, Chapitre V, Section 3, Article R225-98. Disponible en: [http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=CAAB669F4618AAF6A0802B0ACA824EE7.tpdjo08v\\_2?idSectionTA=LEGISCTA000006161468&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20081019](http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=CAAB669F4618AAF6A0802B0ACA824EE7.tpdjo08v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006161468&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20081019)

<sup>122</sup> Alcouffe, Alain. Droits a l'information des actionnaires et actinios sociales des associés en France et Allemagne. Disponible en: [http://www.carin.info/article\\_p.php?ID\\_ARTICLE=RIDE\\_172\\_0154](http://www.carin.info/article_p.php?ID_ARTICLE=RIDE_172_0154)

mencionados en el artículo L225-115, estos a manera de resumen, son: el inventario y las cuentas anuales, así como las listas de los miembros de la administración; los informes del consejo de administración y vigilancia que se presentarán en la asamblea; dado el caso, la exposición de motivos de las resoluciones propuestas; los importes globales certificados por los comisarios de cuentas y la lista y el objeto de las convenciones atinentes a las operaciones actuales concluidas normalmente. Asimismo para asegurar la comprensión de la información que les es dada, pueden asesorarse por un experto inscrito en las listas que manejan los tribunales, según lo establece el artículo R225-94 de la parte reglamentaria del Código de Comercio. El comentado artículo dispone:

*“A partir de la convocatoria de la asamblea y hasta cinco días antes de la realización de la misma, todo accionista titular de títulos nominativos puede solicitar a la sociedad que le envíe, a la dirección indicada, los documentos y reseñas mencionadas en los artículos R225-81 y R225-83. La sociedad ha de proceder con dicho envío a sus costas. Este envío puede ser efectuado por un medio electrónico de telecomunicación bajo las condiciones mencionadas en el artículo R225-63, a la dirección indicada por el accionista.*

*El mismo derecho se encuentra abierto a todo accionista propietario de título al portador, que justifique dicha calidad por la transmisión de un atestado de inscripción en las cuentas de títulos al portador llevadas por el intermediario habilitado”<sup>123</sup>*

---

<sup>123</sup> Code de Commerce, Titre II, Chapitre V, Section 3, Article R225-88. Disponible en: [http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=CAAB669F4618AAF6A0802B0ACA824EE7.tpdjo08v\\_2?idSectionTA=LEGISCTA000006161468&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20081019](http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=CAAB669F4618AAF6A0802B0ACA824EE7.tpdjo08v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006161468&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20081019)

Lo que resulta más interesante acerca de estas disposiciones, no es únicamente la gran cantidad de documentos que se hacen de conocimiento del accionista<sup>124</sup>, sino para efectos de este trabajo el hecho de que todos estos documentos no sólo se encontrarán a disposición del accionista en el domicilio social, sino que le podrán ser enviados a la dirección electrónica que él/ella de previo haya señalado. Posición a la que nos adherimos como luego se concluirá.

El empleo de cualquiera de estos sistemas exige una previsión estatutaria expresa y, desde el punto de vista técnico la existencia de un sitio web específico para otorgar la representación o el voto, o participación en la junta. Tal y como lo regula el artículo número R225-61 de la parte reglamentaria del Código de Comercio: “*Las sociedades cuyos estatutos permitan a los accionistas votar en las asambleas por medios electrónicos de comunicación han de habilitar un sitio exclusivamente consagrado a estos fines*”.<sup>125</sup> Lo que es más, la información acerca de este sitio debe ser incluida dentro de la convocatoria a la asamblea de accionistas.

---

<sup>124</sup> Para una lista detallada de todos los documentos, anexos y demás que han de estar a disposición o enviarse al accionista, ver: *Códe de Commerce, Titre II, Chapitre V, Section 3, Articles R225-81 et R225-83.*

Disponible en:

[http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=CAAB669F4618AAF6A0802B0ACA824EE7.tpdjo08v\\_2?idSectionTA=LEGISCTA000006161468&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20081019](http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=CAAB669F4618AAF6A0802B0ACA824EE7.tpdjo08v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006161468&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20081019)

<sup>125</sup> *Códe de Commerce, Titre II, Chapitre V, Section 3, Article R225-61.* Disponible en:

[http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=CAAB669F4618AAF6A0802B0ACA824EE7.tpdjo08v\\_2?idSectionTA=LEGISCTA000006161468&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20081019](http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=CAAB669F4618AAF6A0802B0ACA824EE7.tpdjo08v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006161468&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20081019)

El acta de la junta habrá de mencionar, si hubo algún incidente técnico que afectase a la retransmisión de la junta, de acuerdo con lo estipulado en el artículo R225-99 de la parte reglamentaria del Código de Comercio.<sup>126</sup>

### c. Italia

Hasta este punto hemos venido discutiendo dos legislaciones en efecto muy distintas la una de la otra en su esencia, constatando de la misma manera que a pesar de sus diferencias ambas han regulado de manera muy similar la temática de las asamblea virtuales de socios. Alcouffe señala:

*“(...) en Francia dominan las tradiciones que, a diferencia de la tradición anglo americana, confieren a la sociedad una personalidad jurídica. Todas las relaciones jurídicas son imputadas a esa persona. La persona moral tiene intereses propios, distintos de aquellos de sus asociados. La concepción contractual de la sociedad por acciones - la sociedad por acciones como contrato de accionistas -, que está orientada hacia los procesos de los mercados de capital, es para todos los efectos diferente a la idea que se puede remontar hasta Gierke y Savigny, que se esfuerza en*

---

<sup>126</sup> “El proceso verbal de las deliberaciones mencionado en el artículo 225-106 ha de indicar si sobreviniese un incidente técnico relativo a la videoconferencia o la telecomunicación electrónica en tanto que esta perturbó el desarrollo de la asamblea.”

*conferir a la persona moral en tanto que persona colectiva una existencia propia.*<sup>127</sup>

A pesar de que el tratamiento de la sociedad anónima en una legislación obedece a una concepción contractual (Delaware) y en la otra a una de tipo más institucional (Francia), ambas han logrado desarrollar de manera muy detallada las asambleas virtuales de accionistas, tratando a fondo la identificación del accionista, la convocatoria a la asamblea, la participación y el voto de los accionistas por medios virtuales (sea comunicación remota, como lo indica la Ley General De Corporaciones de Delaware; o bien por teleconferencia o medios electrónicos de telecomunicación, como lo indica el Código de Comercio Francés).

Ahora bien, en cuanto a Italia, podemos decir de su legislación societaria, en términos generales, existe una contraposición al derecho corporativo estadounidense y de Delaware en específico, el cual se caracteriza por ser flexible, favoreciendo la aplicación de la normativa, pero por otro lado analiza las situaciones ex post; mientras que en el caso de Italia, a falta de un mecanismo explícito detallado que permita la aplicación de las nuevas disposiciones en

---

<sup>127</sup> Alcouffe, Alain. Droits a l'information des actionnaires et actinios sociales des associés en France et Allemagne. Disponible en: [http://www.carin.info/article\\_p.php?ID\\_ARTICLE=RIDE\\_172\\_0154](http://www.carin.info/article_p.php?ID_ARTICLE=RIDE_172_0154)

materia de asambleas de accionistas, la práctica resulta en la reproducción de una serie de normas inflexibles en su aplicación.<sup>128</sup>

Sobre esta base, la *Reforma Orgánica de la disciplina de la sociedad de capital y la sociedad cooperativa en actuación de la ley del 3 de octubre de 2001, número 366* vino a modificar mediante Decreto Legislativo del 17 de enero del 2003, número 6; ciertas disposiciones del Código Civil, en la que a efectos de este trabajo interesa, los artículos 2366 y 2370 del Código Civil.

El primero de ellos en relación con el aviso de convocatoria, basta con decir que el beneficio de la utilización de medios de telecomunicación o de comunicación remota, se reserva únicamente a las sociedades no cotizadas, aún más no se hace mención de medio alguno en específico. El único requisito es el que permita el acuse de recibo, dentro de lo que cabe cualquier nueva tecnología aplicable. El hecho que no se mencione un medio específico, permitirá que de una forma u otra, en respuesta a la mutabilidad de las nuevas tecnologías, distintas de ellas sean aplicables al efecto de la convocatoria, aunque para algunos autores como Buraschi, en relación con las formalidades señala:

*“(...) se demuestra de este modo que existe una laguna en la disposición, misma la cual ha de ser colmada por los*

---

<sup>128</sup> Enriques, Luca. *Diritto societario statunitense e diritto societario italiano: in weiter Ferne, so nah*. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1014824>



*estatutos de la sociedad en lo individual, estableciendo la modalidad a la cual se ha de recurrir.”<sup>129</sup>*

*“2366 Formalidades para la convocatoria: La asamblea es convocada por los administradores y el consejo de gestión mediante aviso que contenga indicación del día, la hora y el lugar de celebración, y elenco de materia a tratar.*

*El aviso debe ser publicado en la Gaceta Oficial de la República o en al menos un diario indicado en los estatutos con al menos 15 días de anticipación a la asamblea.*

*Los estatutos de la sociedad no cotizada, pueden en derogación del inciso anterior, consentir en la convocatoria mediante aviso comunicado al socio por medios que garanticen acuse de recibo, al menos 8 días previo a la asamblea (...)<sup>130</sup>*

Finalmente, el artículo 2370 del Código Civil, se refiere a las intervenciones en asamblea, en el cual derecho de participación se encuentra supeditado al derecho de voto. Dos son las consideraciones en este punto: por un lado, a falta de disposición verdaderamente expresa, se infiere que si sólo intervienen quienes tienen derecho a voto y se permite la intervención por medios de telecomunicación, implica que el voto puede ser ejercido de la misma manera.

---

<sup>129</sup> Buraschi, Francesca. *Tecnologia & Attualità - La tecnologia dipinge nuovi scenari anche in ambito societario: alla classica adunanza dei soci, si preferiscono, sempre più spesso, forme di partecipazione virtuale degli azionisti.* Disponible en: <http://www.megalab.it/2584>

<sup>130</sup> Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n.6: Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366. Sezione VI, Dell' asamblea, 2366. Disponible en: <http://www.parlamento.it/leggi/delghe/03006dl.htm>

El artículo 2370 del Código Civil:

*“2370 Derecho de intervención en la asamblea y ejercicio del voto: Pueden intervenir en la asamblea los accionistas que ostentan el derecho de voto (...) Los estatutos pueden consentir en la intervención durante la asamblea mediante medios de telecomunicación o la expresión de voto por correspondencia. Se excluye el voto por correspondencia si se considera que se intervino en la asamblea.”<sup>131</sup>*

En segundo lugar, nada nos hace pensar en la posibilidad de realizar una asamblea enteramente virtual, sino más bien en la posibilidad de participar de manera virtual, en una asamblea celebrada en un lugar físico. Al respecto:

*“En dado caso, la participación virtual no puede ser prevista como la única posible opción de intervención en la asamblea, será necesario siempre establecer un lugar físico determinado, en el cual convocar a la reunión”<sup>132</sup>*

---

<sup>131</sup> Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n.6: Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366. Sezione VI, Dell' assemblea, 2370. Disponibile en: <http://www.parlamento.it/leggi/delghe/03006dl.htm>

<sup>132</sup> Buraschi, Francesca. Tecnologia & Attualità - La tecnologia dipinge nuovi scenari anche in ambito societario: alla classica adunanza dei soci, si preferiscono, sempre più spesso, forme di partecipazione virtuale degli azionisti. Disponibile en: <http://www.megalab.it/2584>

## **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

## Conclusiones

La legislación actual en vez de facilitar el proceso en toma de decisiones, dentro de las sociedades anónimas presenta una serie de trabas que se deben en su mayoría a la desactualización normativa. Para un derecho que en lo positivo es tan mutable, pareciera que la tipicidad de la norma vive en negación de la inserción de nuevas tecnologías en todos los campos del conocimiento, permeando de la misma manera la práctica mercantil.

Independientemente de lo que suceda a nivel normativo, la realidad de las sociedades anónimas refleja en muchos casos el que sus accionistas no vivan todos en un mismo país o región, no todos se dedican únicamente a la actividad del giro social y producto de la apertura de mercados existe la posibilidad de que las asambleas se celebren entre personas jurídicas, debidamente representadas y no necesariamente entre personas físicas con intereses particulares. Toda esta serie de factores ha venido, con el tiempo, acrecentando la necesidad de una normativa flexible y impulse el uso amplio de nuevas tecnologías, sin que contienda con lo legalmente establecido hasta el momento. Una armonización entre normativa existente y las posibilidades abiertas por la nueva tecnología.

El análisis de la naturaleza y la normativa de la sociedad anónima, depende enteramente del hecho de que la misma es un contrato de colaboración o a fin común. El contrato en tanto que subespecie del negocio jurídico, importa a

diferencia de los demás actos englobados por el negocio, en un primer momento, plurilateralidad y patrimonialidad. Ya de manera de manera más específica el contrato societario se caracteriza por al menos tres elementos: el fin de lucro, las aportaciones y el ejercicio en común de una actividad. Estos elementos junto a otros requisitos como el consentimiento, son los que van a determinar la estructuración de la sociedad anónima. La razón siendo que el contrato se mantiene vigente durante toda la vida de esta nueva persona jurídica que será la sociedad anónima. La importancia de la naturaleza contractual de la sociedad anónima y la forma en que esta ha moldeado la normativa, es que permite delinear una estructura, elementos, requisitos y principios mismos los cuales han de respetarse independientemente del curso que vaya a tomar la normativa y la práctica en lo consecuente.

En lo que a la naturaleza jurídica, la estructura y las formalidades de la Asamblea de Accionistas respecta, es necesario retomar lo concluido en el párrafo anterior, pues la celebración de la asamblea de accionistas es justo reflejo del ejercicio en común de una actividad, que resulta elemental para el contrato social. A pesar de que la asamblea de accionistas es el órgano soberano de la sociedad anónima y se rige por el principio de mayoría, no por eso puede avasallar los derechos individuales de los accionistas, no se debe olvidar que la sociedad anónima no es sino un instrumento para la consecución del fin de lucro de cada uno de los accionistas, en conjunto.

La estructura de la asamblea de accionistas, no viene menos determinada por el contrato societario, cuyas características y elementos son recurrentes. De acuerdo al estado actual de la normativa, en relación a la estructuración de la asamblea de accionistas se tiene que consiste la misma en: lugar en donde se celebra la asamblea, convocatoria, participación, voto, adopción de acuerdos, actas de asamblea e impugnación de los acuerdos asamblearios. La razón de ser de esta estructura y formalidades, que ampliamente se discutió a lo largo del trabajo, es servir de marco para el desarrollo de la actividad deliberativa societaria, asegurándose de no violentar los derechos individuales de los accionistas. Así las cosas, en el contexto que en este trabajo nos ocupa, toda la mencionada estructura y formalidades de la asamblea de accionistas, admite de una u otra manera la inserción de nuevas tecnologías.

Un primer paso en la inserción de nuevas tecnologías aplicables a la sociedad anónima, es la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos. Algunas de las disposiciones incluidas dentro de la misma resultan de especial utilidad para ciertas formalidades estructurales de la asamblea de accionistas. Para efectos de la convocatoria resulta útil la firma digital para autenticar la autoría y contenido del aviso de convocatoria enviado al accionista por medio electrónico, así mismo para el acuse de recibo por parte del accionista. En cuanto al voto, resulta pertinente el uso de la firma digital para de igual manera garantizar la imputación de la autoría y el contenido del voto emitido. Finalmente resulta de especial uso, sin obstar de cualquier otro, el estampar la firma digital en el acta de

la asamblea de accionistas, en específico la del presidente y secretario de la asamblea misma.

En derecho comparado, se han dado varias respuestas ante la necesidad de normar las asambleas con participación virtual por parte de sus accionistas. Estados Unidos por su parte, mejor representado por la Ley General de Corporaciones de Delaware, ha sido el que ha avanzado de forma más radical sobre el tema, su mayor aporte ha sido la posibilidad de que la asamblea de accionistas, no tenga necesariamente que ser celebrada en un lugar físico sino que pueda celebrarse por medios enteramente remotos. Bajo este norte se ha encargado de posibilitar la ejecución de toda actividad relacionada con la asamblea por medios de comunicación remota. Como observación a dicha normativa se puede objetar el que a pesar de permitir llevar los libros de manera electrónica y almacenar la información de la misma manera, requiere para su validez que los libros sean impresos, lo anterior no es sino una contradicción dentro de una legislación que se ha dedicado a asegurar la validez de toda una estructura de comunicación remota al servicio de las asambleas de accionistas, la impresión de los libros no es sino un retroceso innecesario.

Los Franceses por su parte, si bien no contemplan en su legislación la posibilidad de celebrar una asamblea de accionistas por medios enteramente de telecomunicación, sí estipulan la posibilidad de participar por medios de telecomunicación en una asamblea que esté celebrándose en un lugar físico. El

aporte principal de los franceses es la sustitución de las comunicaciones postales por las electrónicas, a tal efecto intercambia casi que todas las posibilidades de correspondencia por alternativas electrónicas a las mismas, de lo cual resulta inevitable la inclusión de la firma digital dentro de sus regulaciones a la asamblea de accionistas. Resulta un aporte especialmente valioso aquel que versa sobre las papeletas electrónicas de votación, dichas papeletas habrán de ser enviadas junto con el aviso de convocatoria y una vez que el accionista las completa las devuelve con su firma digital adjunta. Por otro lado el elenco de documentos que le han de ser enviados al accionista previo a la asamblea, es excepcionalmente extenso en el caso de la sociedad anónima francesa, lo verdaderamente rescatable sin embargo es el que toda esta documentación ha de ser enviada por medios electrónicos.

Los aportes realizados por la legislación italiana, son en realidad escasos, se limita la posibilidad del aviso de convocatoria por medios electrónicos a las sociedades no cotizadas. En lo que a la participación por medios de telecomunicación respecta, se infiere el que siendo que tienen derecho a participar quienes tienen derecho a voto y se permite la participación por medios de telecomunicación en una asamblea de accionistas que se celebre en un lugar físico, se puede votar por los mismo medios. La legislación italiana tiende a ser escueta en su aproximación al tema de las asambleas virtuales, aunque resulta destacable el hecho de que al no mencionar tecnologías en específico, podrá adecuarse nuevas tecnologías con mayor facilidad.



Finalmente, en cuanto al desarrollo de una especie de estructura de asamblea de accionistas y un método para la confección de actas, se reservará el grueso del mismo para las recomendaciones de modificar y adicionar al articulado del Código de Comercio que a continuación se detallarán. Por una parte y a manera de observación, el derecho de información que asiste al accionista se ve mejor servido, mediante el acceso a los libros y documentación social necesaria. El reglamento a la Ley de Impuesto sobre la Renta permite el llevar los libros contables por medios computarizados, nos lleva esto a inferir el que si libros que por su naturaleza numérica pueden resultar complicados nada obsta de que mediante el uso de procesadores de texto, el resto de los libros pueda ser llevado de la misma manera. Esto en conjunción con los estipulados por la Ley de Certificados, Firma Digital y Documentos Electrónicos misma la cual regula la equivalencia entre el documento electrónico y el documento en soporte papel.

No obstante cabe indicar a manera de conclusión que si bien producto de este trabajo resulta válida y necesaria la estructuración normativa en aras de la celebración efectiva, de asambleas de accionistas, nada de esto sería posible sin el consentimiento del accionista de participar y recibir comunicaciones por medios electrónicos; resulta imperativo mantener abierta, al menos en la actualidad, la posibilidad de seguir el método tradicionalmente normado de celebración de asambleas de accionistas.

## Recomendaciones

Corresponde en este punto retomar la hipótesis planteada al inicio de este trabajo, entiéndase, el que al no contemplar nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad expresa de tomar acuerdos societarios mediante la realización de conferencias virtuales de socios en la sociedad anónima, resulta viable e incluso necesario el realizar las modificaciones normativas necesarias, tomando en cuenta las experiencias de este tipo en legislaciones ajenas a la nuestra.

El razonamiento acerca de la necesidad de los cambios normativos ha quedado satisfecho a lo largo del trabajo, resta entonces hacer una serie de observaciones a manera de recomendaciones que de ser implementadas facilitarían la inserción de nuevas tecnologías en nuestro ordenamiento, en lo atinente a las asambleas de accionistas, en la sociedad anónima.

La primer recomendación versa sobre el lugar de celebración de la asamblea de accionistas, será necesario modificar el artículo 162 de nuestro Código de Comercio para que además de indicar que las asambleas podrán celebrarse dentro o fuera del país, en el lugar que por escritura social se determine o bien en el domicilio social; indique que las mismas asambleas bien pueden no celebrarse en ningún lugar físico, sino enteramente por medios virtuales, mientras así lo estipule la escritura social.

En segundo lugar, en lo referente a la convocatoria, recomiendo se modifique el artículo 158 del Código de Comercio, de forma tal, que amplíe sobre la ya sentada posibilidad de que la asamblea sea convocada en la forma y por el organismo o funcionario que se indique en la escritura social, y estipule de manera expresa que dentro de dichas posibilidades se encuentre el que, previo convenio entre el accionista y la sociedad, la convocatoria sea enviada al accionista de manera electrónica; por otro lado en cuanto a la posibilidad de la publicación de en La Gaceta que pueda ser esta intercambiada por la publicación en el domicilio electrónico de la sociedad, en su página web.

En relación con la convocatoria en sí, es de suma importancia que en adición al orden del día se comuniquen dentro de la misma al accionista los medios por los cuales les será posible participar y votar en la asamblea de accionistas.

El derecho de información que le asiste al accionista de acuerdo al artículo 26 del Código de Comercio conlleva el examen de los libros, la correspondencia y demás documentos que comprueben el estado de la sociedad. En específico se recomienda modificar los artículos 251 y 252 del Código de Comercio, para que en lo subsecuente incluyan la posibilidad de que estos libros sean llevados de manera enteramente electrónica y almacenados de la misma forma, bien puede mantenerse el requisito de la numeración foliada, eliminando naturalmente, para quienes elijan llevar los libros de esta manera, la necesidad de que estos sean encuadernados o incluso impresos. El fundamento legal para que la impresión

resulte innecesaria se encuentra en la Ley de Certificados, Firma Digital y Documentos Electrónicos la cual declara equivalentes los documentos electrónicos a los físicos. Será imperativo, eso sí, que de elegir llevar los libros en soporte electrónico, estos contengan las firmas y certificados digitales, necesarios para establecer su autoría y la veracidad del contenido de los mismos.

En específico del libro de Actas de Asamblea de Socios y su correspondiente Registro, se recomienda la modificación del artículo 259 del Código de Comercio de manera tal que indique el que se podrá prescindir del requisito de encuadernado, cuando por escritura social se acuerde llevar los libros de manera electrónica. La redacción el inciso primero ha de ser alterada de forma tal que se haga la observación que de no celebrarse la asamblea en un “lugar”, se indique los medios por los cuales la misma tuvo ocasión.

Se recomienda el que el artículo 261 del Código de Comercio, en lo referente al Registro de socios continúe requiriendo la consignación de la acción o cuota correspondiente al socio suscriptor o fundador y luego en orden cronológico los trasposos de las mismas; adicionando que de llevarse en soporte electrónico la prueba de dichos trasposos ha de acreditarse mediante certificado digital expedido por la autoridad correspondiente.

Se considera prudente, en lo que a la participación por medios virtuales respecta, el que se adicione al artículo 153 del Código de Comercio estipulación a favor de

dicha participación: se reputarán como presentes para todos los efectos de quórum, participación, voto y demás ejercicio de sus derechos, a aquellos accionistas que participen de la asamblea por medios de comunicación enteramente virtuales. Los medios de comunicación virtual han de ser los escogidos en escritura social, lo cuales pueden ser modificados, y deben como requisito mínimo asegurar el reconocimiento de la voz y gestos del accionista que por estos medios participe.

En lo que al derecho de voto que asiste al accionista respecta, resulta conveniente adicionar, al artículo 139 del Código de Comercio un párrafo que regule la posibilidad de que previo acuerdo entre el accionista y la sociedad, pueda este ser ejercido mediante papeletas electrónicas, enviadas a cada accionista junto con el aviso de convocatoria, así como disponible en el domicilio electrónico de la sociedad. Dicha papeleta podrá completarse de previo o a posteriori de la deliberación en asamblea, para un voto enriquecido por la misma.

Todo lo anterior nos lleva a los acuerdos tomados en asamblea, se han hecho recomendaciones en cuanto a la participación y al voto con miras a la adopción de los acuerdos, sin embargo resta analizar la forma en que estos se han de plasmar en el acta de la asamblea de accionistas. Bien hace el artículo 259 del Código de Comercio en requerir se incorporen al acta los acuerdos tomados en asamblea de accionistas, la adición cabe entonces en el artículo 174 del mismo cuerpo legal, el cual debe aclarar que cuando el acta sea producto de una asamblea virtual de

socios, se requerirá la incorporación de la propia firma digital del presidente y del secretario de la asamblea. En cuanto al expediente de la asamblea este se ha de mantener en soporte magnético y estará disponible para su verificación, en el domicilio social electrónico.

Los acuerdos adoptados producto de asambleas virtuales serán al igual que los acuerdos tomados por asambleas reunidas físicamente, sujetos a impugnación cuando no sean adoptados legalmente. Inevitablemente unido al tema de la impugnación se encuentra la inscripción, cuando necesaria, de los acuerdos societarios en el Registro Mercantil. Al respecto se recomienda, se amplíe sobre el artículo 19 del Código de Comercio, permitiendo en caso de acuerdos adoptados por asambleas virtuales de accionistas que se haga llegar ante Registro Mercantil, archivo digital certificado del acuerdo con firma digital del Notario adjunta, para su inscripción.

Finalmente, se recomienda modificar el artículo 19 incisos 2) y 10) en cuanto al primero para que introduzca la posibilidad de que se registre el domicilio electrónico además del físico de las personas físicas que la constituyan. El inciso 10) por su parte requerirá ser modificado de tal forma que se le permita a la sociedad tener un domicilio electrónico, en donde no sólo se encuentren disponibles libros y demás documentación societaria, sino donde puedan entregarse válidamente notificaciones. Con respecto a este último punto habrá que esperar a la Reforma de la Ley de Notificaciones, cuyo proyecto de ley fue

aprobado en primer debate, por la Asamblea Legislativa este pasado 22 de octubre, dicho proyecto de ley pretende según su artículo 19, registrar un domicilio electrónico tanto para las personas físicas como jurídicas, en donde puedan atender notificaciones. Lo cual evidentemente resultaría altamente recomendable a la luz de lo elaborado durante este trabajo.

## Bibliografía

Albaladejo, Manuel. (1958). El negocio jurídico. Barcelona, España. Librería Bosch.

Alcouffe, Alain. Droits a l'information des actionnaires et actinios sociales des associés en France et Allemagne.

[http://www.carin.info/article\\_p.php?ID\\_ARTICLE=RIDE\\_172\\_0154](http://www.carin.info/article_p.php?ID_ARTICLE=RIDE_172_0154) [Consulta 21 agosto de 2008]

Aspectos prácticos de las sociedades mercantiles. (2005) 1ª ed. Medellín, Colombia. Biblioteca Jurídica Dike.

Autoridad Certificante de la Subsecretaría de la Gestión Pública.

<http://ca.sgp.gov.ar/faq.html#Que%20es%20una%20firma%20digital> [Consulta 11 agosto 2008]

Barrera Graf, Jorge. (2005). Instituciones de Derecho Mercantil. 2ª ed. México D.F., México. Editorial Porrúa S.A. de C.V.

Boros, Elizabeth. "Virtual Shareholder Meetings" Duke Law & Technology Review. Duke University.

<http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/pdf/2004DLTR008.pdf> [consulta 24 setiembre de 2008]

Buraschi, Francesca. Tecnologia & Attualità - La tecnologia dipinge nuovi scenari anche in ambito societario: alla classica adunanza dei soci, si preferiscono, sempre più spesso, forme di partecipazione virtuale degli azionisti.

<http://www.megalab.it/2584> [consulta 27 agosto 2008]

Carlino, Bernardo. (1998). Firma Digital y Derecho Societario Electrónico. 1ª ed. Buenos Aires, Argentina. Rubinzal – Culzoni Editores.

----- (2002). Reuniones a distancia: teoría y práctica formal. 1ª ed. Buenos Aires, Argentina. Rubinzal – Culzoni Editores.

Carrascosa López, Valentín et al. (1996) "El consentimiento y sus vicios en los contratos perfeccionados a través de medios electrónicos". Informática y derecho. 12-15-13-14: Páginas 1021 – 1031

Code de Commerce

[http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=6D5EAA74F785BF60955FE69488811288.tpdjo08v\\_2?idSectionTA=LEGISCTA000006161273&cidTexte=LEGITEX T000005634379&dateTexte=20081019](http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=6D5EAA74F785BF60955FE69488811288.tpdjo08v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006161273&cidTexte=LEGITEX T000005634379&dateTexte=20081019) [Consulta 21 agosto 2008]



Código de Comercio (2002) 14ª ed. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Código Civil (2001) 8ª ed. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Código de Delaware. Capítulo I: Ley General de Corporaciones.  
<http://delcode.delaware.gov/title8/c001/sc07/index.shtml> [Consulta 3 setiembre de 2008]

Código Procesal Civil (2002) 11ª ed. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2002). Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas.  
<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/490/29/PDF/N0149029.pdf?OpenElement> [Consulta 11 agosto 2008]

Décret n°2002-803 du 3 mai 2002 portant application de la troisième partie de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.  
 Disponible en :  
<http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000591768&dateTexte=20081019&fastPos=1&fastReqId=1307384882&oldAction=rechTexte>  
 [Consulta 23 de agosto 2008]

Décret n°67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales. Disponible en:  
<http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000674772&dateTexte=20081019&fastPos=1&fastReqId=365984831&oldAction=rechTexte>  
 [Consulta 23 agosto 2008]

Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n.6: Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366. Sezione VI, Dell' assemblea, 2366.  
<http://www.parlamento.it/leggi/delghe/03006dl.htm> [Consulta 27 de agosto de 2008]

Díez – Picaso, Luis. (2007). Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen I: Introducción Teoría del Contrato. 6ª ed. Navarra, España. Editorial Aranzadi S.A.

Dirección General de Tributación Directa. “Documento explicativo: legalización de libros”.  
<https://www.hacienda.go.cr/Msib21/Espanol/Direccion+General+de+Tributacion/Legalizacion+de+Libros.htm> [Consulta 28 de junio de 2008]

Enriques, Luca. Diritto societario statunitense e diritto societario italiano: in weiter Ferne, so nah. <http://ssrn.com/abstract=1014824> [Consulta 27 agosto 2008]

Escutti, Ignacio. (2006). Sociedades. 1ª ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma S.R.L.

Estatutos del Estado de Minnesota.

<https://webrh12.revisor.leg.state.mn.us/statutes/?id=302A.436>

Estatutos de Estado de Wyoming

<http://legisweb.state.wy.us/2005/ENGROSS/HB0016.pdf>

Farina, Juan M. (1994). Contratos comerciales modernos: modalidades de contratación empresarial. 1ª ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma .S.R.L.

Gagliardo, Mariano. Sociedades Anónimas. 1ª ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeledo – Perrot S.A.

Garrigues, Joaquín. (1987). Curso de Derecho Mercantil: Tomo II. Bogotá, Colombia. Editorial Temis.

Gonzalo Viñal, Ramiro. (2007). Impugnación de actos y decisiones assemblearias, resoluciones directoriales y aspectos conexos. 1ª ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta S.R.L.

Gutiérrez Falla, Laureano F. (1988). Contrato societario y derechos individuales de los accionistas. 1ª ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma S.R.L.

Guzmán J. y Mora T. (2008). Análisis de las deficiencias de la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos electrónicos, sus implicaciones en el Código Notarial y una propuesta de reforma para su implementación. Tesis de graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Hess Araya, Christian. (2001) “Firma digital ya!” <http://hess-cr.blogspot.com/search/label/Inform%C3%A1tica%20jur%C3%ADdica> [Consulta 13 julio 2008]

----- (2008) “Sobre notificaciones judiciales electrónicas: comentarios al proyecto de ley” <http://www.hess-cr.blogspot.com>

Holder, Françoise. “Nouvelles dispositions en matiere de droit des sociétés”  
[http://pagesperso-orange.fr/cgtribc/pubfile/rappgen/rap\\_holder\\_02.pdf](http://pagesperso-orange.fr/cgtribc/pubfile/rappgen/rap_holder_02.pdf) [Consulta 16 de setiembre de 2008]

Kozolchyk B. y Torrealba O. (1997). Curso de Derecho Mercantil. 2ª ed. San José, Costa Rica. Editorial Juritexto.

Lapique, Luis. “Dos temas vinculados al derecho al dividendo: la distribución de utilidades a la cuenta resultados acumulados y el pago de dividendos en acciones”  
[http://www.lsbabogados.com.uy/biblioteca/derecho\\_al\\_dividendo\\_distribución\\_utilidades.pdf](http://www.lsbabogados.com.uy/biblioteca/derecho_al_dividendo_distribución_utilidades.pdf) [Consulta 28 de febrero 2007]

Linares Vesga, Jesús Ángel. (2008). El contrato de sociedad comercial. 1ª ed. Bogotá D.C., Colombia. Grupo Editorial Ibáñez.

Mansion, Yves. Pour l'amélioration de l'exercice des droits de vote des actionnaires en France: Groupe de travail de l' Autorité des Marchés Financiers.  
[http://www.amf-france.org/documents/general/6314\\_1.pdf](http://www.amf-france.org/documents/general/6314_1.pdf) [Consulta 21 de agosto]

Moreno, Luciano. “Criptografía (V)”  
[http://www.terra.es/personal6/morenocerro2/seguridad/cripto/cripto\\_5.html](http://www.terra.es/personal6/morenocerro2/seguridad/cripto/cripto_5.html)  
[Consulta 11 agosto 2008]

Muiño O. y Richard E. (2007). Derecho societario: sociedades comerciales, civil y cooperativa. Tomo I. 1ª ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma S.R.L.

Muñoz Paredes, José María. (2005). Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las juntas generales y de los consejos de administración. 1ª ed. Navarra, España. Editorial Aranzadi S.A.

Nieva Conejos, María Isabel. (2006). “La ley 25506 permite que la sociedad tenga domicilio electrónico, y que la documentación en representaciones digitales estén firmadas con el mismo método” Problemas y Cuestiones sobre las sociedades. Páginas 191-201. Oct.

Pérez Vargas, Víctor. (1994). Derecho Privado. 3ª ed. San José, Costa Rica. Editorial e Imprenta LIL S.A.

Rodríguez Rodríguez, Joaquín. (1979). Derecho Mercantil. 1ª ed. México D.F., México. Editorial Porrúa S.A.

Rojas Chang, Anayansy. "Manual básico de finanzas: la sociedad anónima y las acciones"

<http://www.capitales.com/manual/articulo.mhtml?art=saaccion&tit=La%20Sociedad%20An%26oacute%3bnima> [28 de junio de 2008]

Rovira, L. Alfredo. (2006) Pactos de socios. 1ª ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma S.R.L.

Sala Primera de la Corte. Sentencia 00351 de las 14 horas 10 minutos del 12 de diciembre de 1990.

-----Sentencia 001011 de las 15 horas 55 minutos del 21 de diciembre de 2005.

-----Sentencia 00682 de las 10 horas 45 minutos del 20 de setiembre de 2006.

-----Sentencia 00805 de las 10 horas 30 minutos del 20 de octubre de 2006.

Sistema Nacional de Certificación Digital. <http://www.firmadigital.go.cr/firma.html> [Consulta 26 julio 2008]

Tribunal Segundo Civil, Sección I. Sentencia 00317 de las 10 horas 10 minutos del 30 de agosto de 2005.

-----Sentencia 00368 de las 9 horas 10 minutos del 27 de setiembre de 2002.

Tribunal Segundo Civil, Sección II. Sentencia 00019 de las 15 horas 10 minutos del 3 de febrero de 2006.

VAN der KRANS, Anatoli. The virtual shareholders meeting: how to make it work?

Journal of international Commercial Law and technology, 2007, vol. 2, no. 1

<http://www.jiclt.com/index.php/JICLT/article/viewPDFInterstitial/31/18> [Consulta 28 febrero 2007]