

ASISTENCIA Y VOTO ELECTRÓNICO DE LOS SOCIOS DE SOCIEDADES COMERCIALES EN CHILE: LAS POSIBILIDADES QUE ABRE LA SOCIEDAD POR ACCIONES

ELECTRONIC ATTENDANCE AND VOTE BY COMPANY SHAREHOLDERS IN CHILE: POSSIBILITIES OPENED BY THE JOINT-STOCK COMPANIES IN CHILEAN LAW 20.190

CLAUDIO THOMAS VELOSO*

Universidad San Sebastián,

Chile

RESUMEN

Esta investigación explora la posibilidad que en nuestro ordenamiento jurídico se admita la asistencia y voto de los socios de sociedades comerciales, mediante firmas y documentos electrónicos. Un obstáculo a ello es la exigencia legal consistente en que los trámites de constitución y modificación de las sociedades mercantiles, en su mayoría, se realicen mediante escritura pública, modalidad documental que no puede asumir el documento electrónico en nuestro país. Con todo, la falta de esa exigencia en la Sociedad por Acciones (SpA) parece abrir una posibilidad para que ello sea factible, amparado en la legislación vigente y en las instrucciones que ha dado la Corte Suprema para el manejo de los documentos y firmas electrónicas por parte de notarios y conservadores. En las sociedades anónimas se ha reconocido y regulado ya la posibilidad de la asistencia y voto a distancia en las juntas de accionistas, regulación que, aplicada en la SpA, pudiera

* Abogado. Master Universitario en Derecho de las Nuevas Tecnologías y D.E.A., Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. Magister en Derecho (c) Universidad de Concepción, Chile. Docente Derecho Privado Universidad San Sebastián, sede Puerto Montt, Chile. Dirección postal: Campus Pichi Pelluco, Lago Panguipulli 1390, Pelluco Alto, Puerto Montt, Chile. Correo electrónico: claudio.thomas@uss.cl y cthomas@vtr.net.

**Abreviaturas: art(s): artículo(s); COT: Código orgánico de tribunales; inc(s): inciso(s); NCG: norma de carácter general de la Superintendencia de Valores y Seguros; N°.: número; SpA: Sociedades por Acciones; SVS: Superintendencia de Valores y Seguros.

abrir la puerta a una innovadora forma de administración completamente electrónica de estas sociedades.

Palabras clave: *documento electrónico, asistencia, sociedades comerciales, escritura pública.*

ABSTRACT

The present research explores the possibility that our legal system allow the attendance and voting by members of joint stock companies by signatures and electronic documents. An obstacle for this is the legal requirement the formation process and any changes to the joint stock company, must be made through written public deeds, which are incompatible with an electronic document in our country. Despite this, the lack of that requirement in the kind of joint stock companies created by the Chilean law 20.190 “*Sociedad por Acciones*” (*SpA*) seems to open a possibility for it to occur safeguarded by current legislation and the instructions given by the Supreme Court for the handling of electronic documents and signatures by public notaries. Chilean law has already regulated this matter for traditional forms of joint-stock companies, regulation that, implemented for the joint-stock companies in Chilean law 20.190, could open the door to a innovative form of complete e-management for this kind of companies.

Key words: *electronic document, attendance, commercial company, public deed.*

I. INTRODUCCIÓN

Ya desde el inicio de su tramitación, la Ley 19.799 sobre Documento Electrónico, Firma Electrónica y Servicios Certificadores de dicha firma¹, incluyó en su mensaje una restricción especial para nuestro ordenamiento jurídico que se ha mantenido hasta hoy: en Chile no se puede suscribir una escritura pública mediante firma electrónica de ningún tipo.

Esta situación, a todas luces, es una importante limitación al principio de *Equivalencia Funcional* que el art. 1º inc. 2º de esta ley manifiesta en términos generales: “*Las actividades reguladas por esta ley se someterán a los principios de (...) equivalencia del soporte electrónico al soporte papel*”.

Este principio, según el cual no es posible discriminar entre los efectos legales que produce un documento en soporte electrónico respecto de aquel contenido en un papel (por ello se le ha llamado también principio de no discriminación), queda completamente de lado a la hora enfrentar la realización de actos jurídicos que deben contenerse en escrituras públicas por vía de solemnidad.

¹ Publicada en el Diario Oficial el 12 de abril de 2002.

En el ámbito del Derecho Comercial, nuestras formas societarias tradicionales han acostumbrado adoptar esta solemnidad, presumiblemente con el fin de otorgar certeza jurídica y un marco de publicidad a los importantes actos comerciales que pueden llevar al nacimiento de personas jurídicas de giro mercantil.

En España, por tomar un ejemplo que nos resulta cercano, a partir de la Ley 26/2003 (que modificó la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas), distintos tipos de sociedades comerciales desarrollan las actividades que le son propias, siguiendo las directrices e instrucciones que dictan sus socios y directores, desde distintas ubicaciones físicas e incluso geográficas, mediante la utilización de firmas electrónicas que certifiquen fehacientemente su identidad y el contenido de las manifestaciones de voluntad que otorgan en video conferencias o reuniones de carácter virtual.

Una posibilidad similar han abierto en nuestro país las modificaciones que la ley 20.382 ha introducido en los arts. 62 y 64 de la Ley de Sociedades Anónimas², sin embargo, aún persiste la exigencia de que en la escritura pública se solicite la comparecencia *en persona* de quien suscribe el documento. Ello parece una exigencia antigua, que rigidiza la actividad comercial y que, en los hechos, complica la participación de capitales extranjeros en empresas nacionales.

El hecho que en la Sociedad por Acciones (SpA) de la ley 20.190³ no se haya exigido la escritura pública, ni para su constitución ni para sus posteriores modificaciones, sino que se haya permitido la suscripción por parte de los accionistas de instrumentos privados que posteriormente puedan ser protocolizados; y el hecho de que en razón de su especial naturaleza, se le apliquen supletoriamente las normas que rigen las sociedades anónimas, parece ser una manifestación de que el legislador se interesó en esta temática, pero se quedó sólo en un avance inicial. Con todo, esta simple diferencia con las sociedades tradicionales implica oportunidades que buscamos analizar.

El presente trabajo no se referirá al contenido de las manifestaciones de voluntad por las cuales se gobierna una sociedad comercial como las mencionadas, materia que se vincula con la vigencia de las normas de la ley 20.382⁴ Sobre Gobiernos Corporativos; más bien se referirá a la forma de expresar esas mismas manifestaciones de voluntad. De ese modo, pretendemos abrir la puerta a una aplicación inexplorada de las normas sobre firma electrónica en nuestro país.

² Ley 18.046, publicada en el Diario Oficial el 22 de octubre de 1981.

³ Ley que introduce adecuaciones tributarias e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo y continúa el proceso de modernización del mercado de capitales, publicada en el Diario Oficial el 5 de junio de 2007 y conocida como Ley de Mercado de Capitales dos ("MKII").

⁴ Ley que introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas, publicada en el Diario Oficial el 20 de octubre de 2009.

II. EQUIVALENCIA FUNCIONAL Y FIRMAS ELECTRÓNICAS EN ESCRITURAS PÚBLICAS

La Ley 19.799 sobre Documento Electrónico, Firma Electrónica y Servicios Certificadores de dicha firma, basa su funcionamiento en una serie de principios, sin los cuales su operatividad se torna compleja y difícil de comprender. Están enunciados en forma expresa en el art. 1º inc. 2 de la ley, haciendo de este modo, que lo que ha escrito la doctrina sobre estas materias, a nivel nacional e internacional, llegue a formar parte de su cuerpo normativo⁵.

Uno de estos principios, que recibe un amplio tratamiento y desarrollo en el texto de la ley⁶, es el *principio de no discriminación* o de *equivalencia funcional del soporte electrónico al soporte papel*. Según él, *“la función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa –o eventualmente su expresión oral– respecto de cualquier acto jurídico la cumple igualmente su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, dimensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado.*

La equivalencia funcional, en suma, implica aplicar a los mensajes de datos electrónicos una pauta de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad o ciencia manual, verbal o gestualmente efectuadas por el mismo sujeto: los efectos jurídicos apetecidos por el emisor de la declaración deben de producirse con independencia del soporte escrito –eventualmente oral– o electrónico en el que la declaración conste⁷”, de modo que cualquier manifestación de voluntad expresada en un documento electrónico, tiene exactamente la misma fuerza vinculante para su emisor, que la contenida en un documento tradicional en soporte papel.

Si a esto se suma el poder amplificador de la seguridad jurídica, que surge del funcionamiento técnico del sistema de firmas electrónicas avanzadas⁸, se entiende por qué,

⁵ Al momento de la aparición de esta ley en nuestro país, la escasa doctrina nacional sobre Derecho Informático, se había basado en las experiencias internacionales para proponer legislación que trajera estos desarrollos normativos a Chile. Esta doctrina, siguiendo la propuesta de UNCITRAL de una Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, de 1996, basaba su funcionamiento en un conjunto de principios que aún, en la época, no tenían manifestación legal. Hoy, incluso, algunos de esos principios no están desarrollados extensamente en la legislación sobre estas materias, de modo que la jurisdicción, al aplicarla, debe recurrir a la doctrina, mayoritariamente extranjera, que ha explicado en extenso estas ideas y conceptos fundacionales. Entre los extranjeros destaca ILLESCAS ORTIZ, Rafael, *Derecho de la Contratación Electrónica*, Madrid, Ed. Civitas, 2001; y entre los nacionales: SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Seguridad en el Comercio Electrónico*, Santiago, LexisNexis, 2004; JIJENA LEIVA Renato, *Comercio Electrónico, Firma Digital y Derecho. Análisis de la ley 19.799*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

⁶ Son manifestaciones legales de este principio los arts. 3º, 5º y 6º de la ley 19.799.

⁷ ILLESCAS ORTIZ, Rafael, *“Derecho de ...”*, p. 41.

⁸ La Ley 19.799 sobre Documento electrónico, Firma Electrónica y servicios de certificación de dicha firma, entrega en su art. 2º definición legal de estos conceptos: *Art 2º “f) Firma electrónica: cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor; g) Firma electrónica avanzada: aquella certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría”.*

incluso, hay ocasiones en que el documento electrónico suscrito mediante una firma de este tipo produce efectos magnificados; esto es, que el ordenamiento jurídico le reconoce un poder probatorio que excede al de su equivalente en soporte papel: el art. 5º número 2 de la ley señala que los documentos privados suscritos mediante firma electrónica avanzada tendrán valor probatorio de plena prueba, valoración reservada, en general, a aquellos documentos privados que ya han sido reconocidos o mandados a tener por reconocidos por el juez de la causa⁹.

Lo que no se logra comprender a cabalidad, es el porqué, si el sistema genera incluso protecciones de seguridad adicionales a las que entrega el soporte papel, no se atrevió el legislador a extender el uso de las firmas electrónicas para el otorgamiento de escrituras públicas.

Para intentar dar algunas luces sobre esta materia, hay que partir mencionando que el sistema de fe pública que debe garantizar la función notarial excede la simple identificación de la persona que emite una manifestación de voluntad en un documento público como es una escritura pública.

Los principales problemas para que se suscriban escrituras públicas mediante firmas electrónicas avanzadas están contenidos en las normas con que el Código Orgánico de Tribunales regula el otorgamiento de estos importantes instrumentos públicos¹⁰. El art. 405, en particular, exige que se otorguen *ante* notario, menciona que se podrán otorgar por métodos entre los cuales no se mencionan los informáticos (y no existe ley especial que la autorice), y detalla la forma en que se debe identificar a los comparecientes¹¹. Ello, junto a la sanción de nulidad impuesta por el art. 412 N° 2 para el caso de incumplimiento de la identificación exigida por el mismo art. 405, hace que haya acuerdo en cuanto a que la escritura pública no podría otorgarse mediante Firma Electrónica Avanzada¹².

Desde el punto de vista de los principios que ilustran la actividad notarial, se ha dicho¹³ que la denominada *Fe de conocimiento*, consistente en “*el atestado que el notario efectúa de conocer personalmente a los otorgantes de un acto jurídico, esto es, de constarle*

⁹ Particularmente esclarecedor sobre estas materias es el trabajo de: RUIZ ASTETE, Fernando, “Principio de la equivalencia funcional y no discriminación aplicada a la prueba con documentos electrónicos”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, 19, (2009), p. 43.

¹⁰ COT, arts. 403 en adelante.

¹¹ COT, art. 405. “*Las escrituras públicas deberán otorgarse ante notario y podrán ser extendidas manuscritas, mecanografiadas o en otra forma que leyes especiales autoricen. Deberán indicar el lugar y fecha de su otorgamiento, la individualización del notario autorizante y el nombre de los comparecientes, con expresión de su nacionalidad, estado civil, profesión, domicilio y cédula de identidad, salvo en el caso de extranjeros y chilenos radicados en el extranjero, quienes podrán acreditar su identidad con el pasaporte o con el documento de identificación con que se les permitió su ingreso al país.*

Además, el notario al autorizar la escritura indicará el número de anotación que tenga en el repertorio, la que se hará el día en que sea firmada por el primero de los otorgantes.

El reglamento fijará la forma y demás características que deben tener los originales de escritura pública y sus copias”.

¹² COT: art. 412. “*Serán nulas las escrituras públicas: ...2. Aquellas en que los otorgantes no hayan acreditado su identidad en alguna de las formas establecidas en el artículo 405, o en que no aparezcan las firmas de las partes y del notario”.*

¹³ GAETE GONZÁLEZ, Eugenio, *Instrumento Público Electrónico*, Barcelona, Ed. Bosch, 2000, pp. 336 y siguientes.

*fehacientemente su identidad*¹⁴” (que en la actualidad ha dado paso a la *fe de identidad* que equivaldría más bien a “*una simpe aseveración de identidad*”¹⁵); y la *Unidad del acto Formal*, que “*es aquella que se produce por la simultaneidad existente entre la conjunción de las voluntades de las partes en el negocio jurídico y la del oficial público o funcionario autorizante, que cumple con aquella función encomendada por el ordenamiento jurídico en orden a otorgar fe de la actuación*”¹⁶; deberían, al menos, adecuarse a las necesidades de una suscripción documental a distancia y mediante Firma Electrónica Avanzada en documento electrónico, ya que exigiéndose estos requisitos en su forma actual, no pueden ser satisfechos por un documento de tal naturaleza.

Por su parte, la Ley 19.799 no se refiere a las escrituras públicas en su articulado, sino que, en general, habla de instrumentos públicos, exigiendo como requisito el que deban suscribirse mediante Firma Electrónica Avanzada (art. 4°).

En el mensaje con el que el ejecutivo presentó el proyecto a la Cámara de Diputados, expuso: “*Se ha querido excluir de este proyecto la regulación específica de las escrituras públicas y demás instrumentos públicos, debido a que regularlas conllevaría, de modo contrario al enfoque de esta propuesta, una reforma más amplia de cuerpos legales como el Código Orgánico de Tribunales, el Reglamento del Conservador de Bienes Raíces y otras normas legales y reglamentarias. Lo anterior con la salvedad de los documentos públicos emanados de la actividad de la Administración del Estado, que se reguló en un título especial del proyecto*”.

Sin embargo, esta normativa recoge la posibilidad de que, una vez autorizada por otra ley la creación de documentos electrónicos públicos, éstos tendrán pleno valor en conformidad a sus disposiciones”¹⁷, dejando claro que precisamente no era interés del proyecto el que esta modalidad de suscripción de documentos pudiera aplicarse a las escrituras públicas. Este criterio se ha mantenido en nuestra legislación hasta la actualidad y no parece existir intención del legislador por cambiarlo¹⁸.

III. AUTO ACORDADO DE LA CORTE SUPREMA SOBRE USO DE DOCUMENTO Y FIRMA ELECTRÓNICA POR NOTARIOS, CONSERVADORES Y ARCHIVEROS JUDICIALES

Con fecha 10 de Noviembre de 2006, se publicó en el Diario Oficial el “*Auto Acordado*

¹⁴ Ídem, p. 336.

¹⁵ Ídem, p. 342.

¹⁶ Ídem, p. 155. Continúa GAETE indicando que ella tiene un doble contenido: “a) en cuanto al *acto*, el cual debe ser realizado *ininterrumpidamente*; b) en orden a su dimensión *papel*, debiendo utilizarse un solo documento, un solo instrumento (verdadera unidad de *texto*)”.

¹⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la ley N° 19.799 Documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma”, p. 19. Disponible en: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19799/hdl-19799.pdf>. [Consulta: 7 noviembre 2011].

¹⁸ Efectivamente esta limitación alcanza sólo a los documentos públicos emitidos con participación de los particulares, por cuanto es de común aplicación la Firma Electrónica Avanzada para emisión de certificados y documentos públicos. Al efecto, la ley incluye el Título II: Uso de Firmas Electrónicas por los Órganos del Estado.

de la Corte Suprema sobre uso de Documento y Firma Electrónica por Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales”, instrucción que reunió una serie de facultades por las cuales los funcionarios a los que se refiere, podían complementar su labor mediante la introducción funcional de Firmas Electrónicas Avanzadas, en algunas de sus actividades¹⁹.

Este conjunto de instrucciones asumió un carácter meramente facultativo²⁰, de modo que no llegó al nivel de generar obligaciones para Notarios, Conservadores o Archiveros. Ello ha implicado, en los hechos, que la integración de estas herramientas tecnológicas no haya tenido el nivel de penetración que a muchos nos hubiera gustado.

Entre las facultades que reconocen los acuerdos adoptados por la Corte Suprema, destaca el del acuerdo cuarto: “*Los titulares de firma electrónica, en el ámbito de sus funciones y competencia, podrán emitir electrónicamente, mediante el uso de firma electrónica avanzada, todos los documentos que la ley permita, especialmente copias autorizadas de instrumentos públicos y privados, documentos protocolizados, certificaciones de firmas digitales estampadas en su presencia, protestos y constataciones de hechos y certificaciones referidas a registros y actuaciones*”²¹.

Por su parte el acuerdo quinto señala: “*Podrá solicitarse la inscripción o anotación de los títulos o documentos transmitidos por vía electrónica en los registros llevados por los Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales, en tanto aquéllos sean suscritos con firma electrónica avanzada por el Notario autorizante o la autoridad competente que los haya emitido*”.

*Las solicitudes de inscripción de títulos y documentos que ingresen al Conservador por vía electrónica, se anotarán en el respectivo Repertorio por riguroso orden de presentación de acuerdo con las normas previstas en el artículo 430 del Código Orgánico de Tribunales y Título III del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces*²²”.

Otra instrucción a destacar es la que surge del acuerdo séptimo: “*Las copias que consten en un documento electrónico expedido por el Notario autorizante del documento matriz*

¹⁹ Este Auto Acordado ha sido fuertemente cuestionado por JIJENA LEIVA, Renato. “Firma electrónica y Derecho Registral en Chile. Sobre los errores de un Auto Acordado”, en el que hace presente una serie de imprecisiones del Auto Acordado. Recurso web. Disponible en: http://www.elnotariado.com/ver_noticia.asp?id_noticia=3398. [Consulta: 7 noviembre 2011].

²⁰ El primer acuerdo del Auto Acordado señala: *Primero: Los Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales titulares, suplentes e interinos, podrán utilizar firma electrónica personal y exclusiva, la que deberá ser avanzada y a través de un prestador acreditado de servicios de certificación, de conformidad con lo dispuesto en la ley 19.799 y su reglamento, debiendo cumplir con los siguientes requisitos adicionales:*

a) *Vincular los datos de verificación de la firma a la identidad del auxiliar, cargo que sirve y la calidad en que lo hace, según los casos, así como el territorio en el cual ejerce su competencia, y*

b) *Que tiene como finalidad la suscripción y otorgamiento de documentos electrónicos en ejercicio de la función notarial, conservatoria o de archivero, según corresponda.*

²¹ Auto Acordado de la Corte Suprema sobre uso de Documento y Firma Electrónica por Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales, del 10 de Noviembre de 2006, acuerdo Cuarto. Es relevante hacer presente que cuando este acuerdo se refiere a *firmas digitales estampadas en su presencia*, no se está refiriendo a las firmas electrónicas avanzadas, ya que estas últimas sólo son aquellas que coinciden con el concepto dado por la ley de firmas electrónicas en su art. 2º letra g), que es aquella certificada por un prestador acreditado, no por un notario público.

²² Auto Acordado de la Corte Suprema sobre uso de Documento y Firma Electrónica por Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales, del 10 de Noviembre de 2006, acuerdo Quinto.

*no perderán su carácter, valor y efectos, por el hecho de su traslado a papel en la medida que dicho traslado lo efectúe el Notario, Conservador o Archivero Judicial al que se le hubieren remitido, quien firmará el documento haciendo constar su carácter y procedencia*²³. Como veremos más adelante, esta es precisamente la operación que debe darse para la reducción a escritura pública de un instrumento privado, en el cual no existe limitación alguna para que sea suscrito mediante firmas electrónicas, por el contrario, de hacerse, la ley le otorga un valor probatorio destacado²⁴.

IV. CAMINO SEGUIDO POR ESPAÑA EN TORNO AL DOCUMENTO NOTARIAL ELECTRÓNICO

Siendo la anterior la situación nacional, aparece como particularmente relevante para este estudio analizar brevemente el camino seguido por el legislador español para facilitar la participación a distancia en las juntas de accionistas en que se decide el funcionamiento de las sociedades comerciales españolas; a la vez que hacer un breve recuento, al menos inicial, de la adaptación que ha sufrido la legislación española para permitir la suscripción de documentos notariales electrónicos, equivalente relativo de lo que sería en Chile, una Escritura Pública Notarial y suscrita mediante Firmas Electrónicas²⁵.

Partiendo por lo segundo, la legislación Española inició su camino de adaptación con el Real Decreto-Ley 14/1999 de 17 de septiembre, *sobre Firma Electrónica*, (posteriormente derogado, como veremos). La Ley 1/2000 *de Enjuiciamiento Civil* dictada el 7 de enero, consideró la forma de presentar documentos electrónicos en juicio, su valor probatorio y la posibilidad de hacer llegar a la justicia documentos electrónicos para la tramitación de las causas²⁶.

Particularmente relevante se considera la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, *de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social*, que entre otras materias reguló los instrumentos públicos electrónicos introduciendo en la antigua Ley del Notariado de 1862 un nuevo art. 17-bis²⁷. La misma Ley 24/2001 implanta la regulación normativa

²³ Auto Acordado de la Corte Suprema sobre uso de Documento y Firma Electrónica por Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales, del 10 de Noviembre de 2006, acuerdo séptimo.

²⁴ Ley 19.799 sobre Documento electrónico, Firma Electrónica y servicios de certificación de dicha firma, Art. 5º nº2.

²⁵ Lo anterior es más relevante aún si consideramos que España se muestra a nuestros ojos, permanentemente, como un reflejo (y traductor) del avance Europeo en materias jurídicas.

²⁶ Las normas jurídicas españolas son publicadas en el Boletín Oficial del Estado (España), disponibles en: <http://www.boe.es> [Consulta: 7 noviembre 2011].

²⁷ Ley Española de 28 de mayo de 1862, del Notariado: “*Artículo 17 bis. 1. Los instrumentos públicos a que se refiere el artículo 17 de esta Ley, no perderán dicho carácter por el sólo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del notario y, en su caso, de los otorgantes o intervinientes, obtenida la de aquel de conformidad con la Ley reguladora del uso de firma electrónica por parte de notarios y demás normas complementarias.*

2. Reglamentariamente se regularán los requisitos indispensables para la autorización o intervención y conservación del instrumento público electrónico en lo no previsto en este artículo.

En todo caso, la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos. En consecuencia:

del uso de la firma electrónica de Notarios y Registradores de la Propiedad (equivalentes funcionales a nuestros Conservadores de Bienes Raíces) para facilitar el traslado de documentos, comunicaciones electrónicas oficiales, y notificaciones entre notarios públicos, los registros públicos y diversos órganos de carácter administrativo y judicial. Al efecto introdujo reformas normativas que modificaron importantes cuerpos normativos españoles: ya dicho la Ley del Notariado; la Ley Hipotecaria; el Código de Comercio; y la Ley de Condiciones Generales de Contratación.

En el año 2002, la Ley 34/2002 de 11 de julio, *de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva Europea 2000/31/CE, de 8 de junio, sobre Comercio Electrónico.

En 2003, la Ley 26/2003, de 17 de julio, *modificó la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas*. Sobre esta norma volveremos, por su particular relevancia para nuestro objeto de estudio, ya que ella permitió la asistencia, representación y voto a distancia en Juntas Generales de Accionistas.

Algunos meses después se dicta la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, *sobre firma electrónica*, cuerpo normativo que, con carácter orgánico, deroga la ley anterior en esta materia (Ley 14/1999) y modifica la Ley 34/2002 *de comercio electrónico* y la propia *Ley de Enjuiciamiento Civil* 1/2000, ya mencionadas.

Ya en 2005, entra en vigencia la Ley 24/2005 de 18 de noviembre, *de reformas para el impulso de la productividad*, que en lo relativo a la fe pública, o a nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva, introduce diferentes reformas que tienen por finalidad

Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes.

Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes.

3. Las copias autorizadas de las matrices podrán expedirse y remitirse electrónicamente, con firma electrónica avanzada, por el notario autorizante de la matriz o por quien le sustituya legalmente. Dichas copias sólo podrán expedirse para su remisión a otro notario o a un registrador o a cualquier órgano de las Administraciones públicas o jurisdiccional, siempre en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio. Las copias simples electrónicas podrán remitirse a cualquier interesado cuando su identidad e interés legítimo le consten fehacientemente al notario.

4. Si las copias autorizadas, expedidas electrónicamente, se trasladan a papel, para que conserven la autenticidad y garantía notarial, dicho traslado deberá hacerlo el notario al que se le hubiesen remitido.

5. Las copias electrónicas se entenderán siempre expedidas por el notario autorizante del documento matriz y no perderán su carácter, valor y efectos por el hecho de que su traslado a papel lo realice el notario al que se le hubiese enviado, el cual signará, firmará y rubricará el documento haciendo constar su carácter y procedencia.

6. También podrán los registradores de la propiedad y mercantiles, así como los órganos de las Administraciones públicas y jurisdiccionales, trasladar a soporte papel las copias autorizadas electrónicas que hubiesen recibido, a los únicos y exclusivos efectos de incorporarlas a los expedientes o archivos que correspondan por razón de su oficio en el ámbito de su respectiva competencia.

7. Las copias electrónicas sólo serán válidas para la concreta finalidad para la que fueron solicitadas, lo que deberá hacerse constar expresamente en cada copia indicando dicha finalidad.

8. En lo no previsto en esta norma, la expedición de copia electrónica queda sujeta a lo previsto para las copias autorizadas en la Ley notarial y en su Reglamento”.

esencial acomodar el mismo a las exigencias de una economía moderna, con especial incidencia en su agilidad y utilización efectiva de las técnicas informáticas, electrónicas y telemáticas²⁸.

Como es de suponer a partir de esta enumeración, el desarrollo legislativo español en estas materias, ha continuado hasta nuestros días, por lo cual sólo se ha querido hacer una breve referencia a los fundamentos de un conjunto normativo que hoy muestra la plena capacidad del documento electrónico para comunicar y transportar la voluntad de las personas en diverso tipo de actividades y actuaciones jurídicas.

La periodicidad de las modificaciones legislativas muestra cómo el país europeo asumió esta necesidad como un requisito imperioso para poner al país en un plan de modernidad e impulso a la productividad que ya venían exigiendo los mercados y la sociedad en su conjunto.

V. NORMATIVA ESPAÑOLA QUE HA PERMITIDO LA ASISTENCIA Y VOTO EN SOCIEDADES MERCANTILES, MEDIANTE FIMAS ELECTRÓNICAS

En lo referente al camino seguido por el legislador Español para facilitar la participación a distancia en las juntas de accionistas en que se decide el funcionamiento de las sociedades comerciales españolas, debemos decir que esta materia fue directamente abordada por la Ley 26/2003, de 17 de julio, que *modificó la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas*²⁹.

Como se ha dicho, ella permitió la asistencia, representación y voto a distancia en Juntas Generales de Accionistas en Sociedades Anónimas, temática que, sobre todo, se justificó en la época por una búsqueda de transparencia en la administración de las más importantes sociedades mercantiles, en las que, permanentemente, debían asumir representación intereses Europeos e internacionales de toda índole.

Esta norma, otorgó a los socios la facultad de participar activamente en la toma de decisiones concernientes a las juntas de accionistas de este tipo de sociedades, mediante herramientas electrónicas, o mediante la tradicional forma del *poder*. En su artículo segundo, Se añaden dos nuevos apartados, 4 y 5, al art. 105 de la ley de Sociedades Anónimas:

“4. De conformidad con lo que se disponga en los estatutos, el voto de las propuestas sobre

²⁸ Merece también una mención en esta enumeración el *Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica*. Por el que se reconoce legalmente que el Documento Nacional de Identidad Español incluye las herramientas informáticas necesarias para firmar electrónicamente.

²⁹ Norma disponible en: http://boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/act.php?id=BOE-A-2003-14405. [Consulta: 15 Noviembre 2011].

puntos comprendidos en el orden del día de cualquier clase de junta general podrá delegarse o ejercitarse por el accionista mediante correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia, siempre que se garantice debidamente la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto.

5. *Los accionistas que emitan sus votos a distancia deberán ser tenidos en cuenta a efectos de constitución de la junta como presentes”.*

De este modo, la junta de accionistas se conforma y considera presentes tanto a las personas que están personalmente en el lugar de la reunión; aquellos que, apoderados, representan el derecho a voto de algún socio; y aquellos que no estando presentes en el sitio de la reunión, presencian la reunión y manifiestan su opinión por medios telemáticos.

La obligación de garantizar debidamente la identidad de quien ejerce su derecho a voto, se ha cumplido generando lo que la ley denomina *pactos parasociales* que son “*aquellos pactos que incluyan la regulación del ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones en las sociedades anónimas cotizadas*”³⁰. Es particularmente interesante ver como el legislador español no se detiene en generar las instrucciones para el funcionamiento del sistema, sino que solamente establece la obligación de que los estatutos sociales permitan la participación y consideren como presentes a aquellas personas que no asisten personalmente a las juntas de accionistas. Ese desglose norma a norma, instrucción a instrucción, de cómo se respetará este derecho reconocido en la legislación, deberá señalarse en los estatutos y adoptarse mediante los denominados *pactos parasociales*.

Esto ha llevado a que, en la práctica, se genere un nuevo servicio empresarial para las Sociedades Anónimas, ya que ahora requieren un sistema informático que permita la participación a distancia de socios ubicados en todas partes del mundo, generalmente vía videoconferencia y que, apoyado en Firmas Electrónicas Avanzadas no sólo puedan participar en las discusiones de la asamblea social, sino que, además, puedan expresar su voluntad mediante un voto emitido electrónicamente sin intermediarios y en tiempo real, tal como si hubieran podido asistir en persona a la asamblea.

En la actualidad, esta norma ha sido remplazada por el *Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital*³¹ que, siguiendo los mandatos contenidos en diversas Directivas Comunitarias³², refunde en un solo cuerpo legal las normas sobre Sociedades de Responsabilidad

³⁰ Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas. Art. Primero, Uno: Modificación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, Art. 112.

³¹ Esta norma está disponible en línea en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rdleg1-2010.html [Consulta: 15 noviembre 2011]

³² La ley 3/2009 por la cual se autoriza al gobierno a dictar este real decreto legislativo, señala lo siguiente: *DISPOSICIÓN FINAL SEXTA. Incorporación de Derecho comunitario. Mediante esta Ley se incorporan al Derecho español la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital y la Directiva 2006/68/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de*

Limitada, Sociedades Comanditarias por Acciones y a las Sociedades Anónimas, aglutinándolas bajo el concepto genérico de *Sociedades de Capital*. Con todo, el legislador español no ha ampliado las posibilidades que ya reconocía la Ley 26/2003, de 17 de julio a todas las sociedades mercantiles a las que se refiere esta ley.

Respecto a las Sociedades Anónimas el Art. 189 del Real Decreto Legislativo 1/2010 es idéntico a la norma del Art. 105 de la Ley 26/2003, ya mencionado.

En cuanto a la constancia de los acuerdos adoptados en las juntas de accionistas, los artículos relevantes son los 202 y 203, que son del siguiente tenor: “*Artículo 202. Acta de la junta. 1. Todos los acuerdos sociales deberán constar en acta.*

2. El acta deberá ser aprobada por la propia junta al final de la reunión o, en su defecto, y dentro del plazo de quince días, por el presidente de la junta general y dos socios interventores, uno en representación de la mayoría y otro por la minoría.

3. Los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten.

Artículo 203. Acta notarial. 1. Los administradores podrán requerir la presencia de notario para que levante acta de la junta general y estarán obligados a hacerlo siempre que, con cinco días de antelación al previsto para la celebración de la junta, lo soliciten socios que representen, al menos, el uno por ciento del capital social en la sociedad anónima o el cinco por ciento en la sociedad de responsabilidad limitada. En este caso, los acuerdos sólo serán eficaces si constan en acta notarial.

2. El acta notarial no se someterá a trámite de aprobación, tendrá la consideración de acta de la junta y los acuerdos que consten en ella podrán ejecutarse a partir de la fecha de su cierre”.

De ahí que no haya objeción alguna para traspasar a un acta los acuerdos adoptados en las juntas de accionistas celebradas en cualquier tipo de sociedades. En el caso de las Sociedades Anónimas, podrán ser acuerdos adoptados con votos recibidos por medios telemáticos y ello no obsta en modo alguno, a la constitución legal del acta de la junta. De requerirse un acta notarial, el art. 203 señala los requisitos, entre los que se menciona la presencia del notario en la junta. Nuevamente no hay objeción legal a que parte de los acuerdos adoptados hayan incluido la votación de los socios considerados presentes, que voten a distancia.

Así, de hacerse necesario según las normas establecidas, el acta de la junta de accionistas de la sociedad anónima en cuyos estatutos se haya establecido la posibilidad de que sus socios participen en ellas por medios telemáticos, podrá estamparse en un documento notarial que considera la suscripción de los acuerdos mediante firmas electrónicas avanzadas. Lógicamente, por aplicación adicional de las normas analizadas precedentemente, esta acta notarial podrá adoptar el carácter de Documento Notarial Electrónico.

septiembre de 2006, por la que se modifica la Directiva 77/91/CEE del Consejo en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital. Asimismo se incorpora la Directiva 2007/63/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo por lo que respecta al requisito de presentación de un informe de un perito independiente en caso de fusión o escisión de sociedades anónimas.

VI. EN CHILE: UNA PRIMERA MANIFESTACIÓN DE ASAMBLEAS CELEBRADAS A DISTANCIA

En nuestro país, una primera manifestación del interés por realizar a distancia reuniones para ciertos efectos, en este caso de carácter público, fue la respuesta que la Contraloría General de la República otorgó a la Dirección del Trabajo mediante Dictamen 39.315 del 24 de octubre de 2001.

En él Contraloría responde a la Dirección del Trabajo, que solicitaba un pronunciamiento sobre si resultaba procedente el uso de correo electrónico y videoconferencias para el desarrollo de las sesiones de las agrupaciones de juntas regionales que debían constituirse, de acuerdo con lo previsto en el decreto Nº 1.523, de 1998, del Ministerio de Hacienda –que estableció normas para desempate en caso de igual evaluación, de reclamación y las demás necesarias para la aplicación del art. 7º de la ley Nº 19.553³³–, actividades propias de su labor administrativa.

Como podrá verse, estas normas son incluso anteriores a la dictación en nuestro país de la Ley 19.799 que data, como señalamos, del año 2002. Sin perjuicio de ello, Contraloría ya declaraba que era plenamente admisible conforme a los principios de eficiencia y eficacia en el actuar de los organismos públicos. Condicionaba la posibilidad a la existencia de las capacidades técnicas y a la aplicación de herramientas informáticas que resguardaran y aseguraran la veracidad e inviolabilidad de la información.

El dictamen argumenta que ello es coincidente con el Decreto 81 de 1999 de la Secretaría General de la Presidencia, que regulaba ya en esa época el uso de firma digital y los documentos electrónicos en la administración del Estado, de modo que los correos electrónicos en que se manifiesten las opiniones y acuerdos deberían respaldarse en firmas digitales.

Con posterioridad, la Ley 19.799 incluyó un párrafo especialmente referido al “*Uso de Firmas Electrónicas por los Órganos del Estado*”, en los artículos del 6º al 10³⁴. Finalmente la dictación del reglamento de esta ley, vigente desde agosto de 2002, implicó la derogación de este decreto.

VII. ASISTENCIA Y VOTO A DISTANCIA EN SOCIEDADES ANÓNIMAS, EN CHILE

En nuestro país, a partir de la ley 20.382 sobre Gobiernos Corporativos, se ha abierto

³³ Ley 19.553 “Concede asignación de modernización y otros beneficios que indica”, Diario Oficial el 4 de febrero de 1998.

³⁴ Sobre el Decreto Supremo 81, JIJENA LEIVA, Renato, “*Comercio electrónico...*”, pp. 213 y ss. Este Decreto Supremo es reconocido también por SANDOVAL como importante antecedente para la ley 19.799. SANDOVAL LÓPEZ Ricardo, *op. cit.*, pp. 46 y ss. Sobre la situación del documento electrónico en Chile incluso antes de la dictación del decreto 81, HERRERA BRAVO, Rodolfo y NUÑEZ ROMERO, Alejandra, *Derecho Informático*, Santiago, Ediciones Jurídicas La Ley, 1999, pp. 122 y ss.

la puerta a que las juntas de accionistas de las sociedades anónimas incorporen medios técnicos que permitan considerar la asistencia de personas que no participan físicamente de la asamblea de socios, y que ellos puedan manifestar su voto a distancia.

Cabe hacer presente que, ya la ley 19.705³⁵, modificando el art. 47 de la Ley de Sociedades Anónimas, permitió que se considerara como presentes en las sesiones de directorio a directores ausentes³⁶, norma complementada por la circular 1530 de la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS), de 9 de marzo de 2001.

En lo referente al voto a distancia en junta de accionistas, los artículos 62³⁷ y 64 de la Ley de Sociedades Anónimas, modificados ambos por la ley 20.382, consideran la posibilidad de que el voto en la junta de accionistas se realice mediante un sistema que asegure la simultaneidad en la emisión de los votos y que, incluso, admitan la posibilidad de emitirse votos a distancia.

El art. 62 inc. 4º prescribe: *“Las materias sometidas a decisión de la junta deberán llevarse individualmente a votación, salvo que, por acuerdo unánime de los accionistas presentes con derecho a voto, se permita omitir la votación de una o más materias y se proceda por aclamación. Toda votación que se efectúe en una junta deberá realizarse mediante un sistema que asegure la simultaneidad de la emisión de los votos o bien en forma secreta, debiendo el escrutinio llevarse a cabo en un solo acto público, y en ambos casos, que con posterioridad pueda conocerse en forma pública cómo sufragó cada accionista. Corresponderá a la Superintendencia aprobar, mediante norma de carácter general, los referidos sistemas para las sociedades anónimas abiertas”*.

El inciso 5º complementa la misma idea al señalar: *“Siempre que la ley ordene a un accionista emitir su voto de viva voz, se entenderá cumplida esta obligación cuando la emisión del mismo se haga por uno de los sistemas de votación simultánea o secreta y con publicidad posterior referidos en el inciso precedente. Cuando en el ejercicio de la facultad que otorga el inciso anterior, la junta por la unanimidad de los presentes haya aprobado una modalidad diferente, dicho accionista deberá emitir en todo caso su voto de viva voz, de la cual se dejará constancia en el acta de la junta”*.

Por su parte el art. 64 se refiere al tema de la representación y voto a distancia en los

³⁵ Ley que regula las ofertas públicas de adquisición de acciones (opas) y establece régimen de gobiernos corporativos, publicada en el Diario Oficial el 20 de diciembre del año 2000.

³⁶ PUGA VIAL, Juan Esteban, *La Sociedad Anónima y otras sociedades por acciones en el derecho Chileno y Comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 481. En esta materia Puga menciona su objeción a la exigencia de la SVS en torno a que el acta de dicha reunión de directorio debe ser suscrita tanto por los presentes, como por los directores que participaron por medios electrónicos ya que, según él, esta exigencia desvirtúa la razón de ser de la norma. Creemos conveniente precisar que el acta, en razón de la aplicación del principio de equivalencia funcional y no discriminación, del que venimos hablando, puede perfectamente suscribirse por los directores que participaron a distancia, mediante una firma electrónica.

³⁷ El art. 62 inc. 3º de la Ley de Sociedades Anónimas señala: *“Las materias sometidas a decisión de la junta deberán llevarse individualmente a votación, salvo que, por acuerdo unánime de los accionistas presentes con derecho a voto, se permita omitir la votación de una o más materias y se proceda por aclamación. Toda votación que se efectúe en una junta deberá realizarse mediante un sistema que asegure la simultaneidad de la emisión de los votos o bien en forma secreta, debiendo el escrutinio llevarse a cabo en un solo acto público, y en ambos casos, que con posterioridad pueda conocerse en forma pública cómo sufragó cada accionista. Corresponderá a la Superintendencia aprobar, mediante norma de carácter general, los referidos sistemas para las sociedades anónimas abiertas”*.

términos siguientes: “*Los accionistas podrán hacerse representar en las juntas por medio de otra persona, aunque ésta no sea accionista. La representación deberá conferirse por escrito, por el total de las acciones de las cuales el mandante sea titular a la fecha señalada en el artículo 62.*”

El Reglamento señalará el texto del poder para la representación de acciones en las juntas y las normas para la calificación.

La Superintendencia, mediante norma de carácter general, podrá autorizar a las sociedades anónimas abiertas, para establecer sistemas que permitan el voto a distancia, siempre que dichos sistemas resguarden debidamente los derechos de los accionistas y la regularidad del proceso de votación”.

Estas normas, junto a la Norma de Carácter General 273 emitida por la SVS el 13 de enero de 2010³⁸, en relación con la Norma de Carácter General 114 de 29 de marzo de 2001³⁹, permiten concluir que “*la implementación del voto electrónico a distancia es perfectamente posible de ser implementado (sic) en Chile para las sociedades anónimas abiertas en la medida que ellas cumplan cabalmente con todos los requisitos ya señalados. En cuanto a las sociedades anónimas cerradas, creemos que es posible determinar que en ellas primará la voluntad de los accionistas en todo aquello que no se contrapusiere a las disposiciones legales ya mencionadas*”⁴⁰. De este modo, considerando que las exigencias técnicas de la NCG 114 son asimilables a las que implica la firma electrónica avanzada en nuestro país, y que ellas se aplican a las sociedades anónimas abiertas, no existe una exigencia técnica similar para las sociedades anónimas cerradas, de modo que se pueden obtener los mismos objetivos mediante sistemas técnicos de certificación de firmas electrónicas, en los meros términos de la definición legal del art. 2º letra f) de la ley 19.799, lo que permite un acceso más económico a la herramienta informática necesaria.

Con todo, estas modificaciones legales no llegan al nivel de constituir documentos electrónicos notariales (mucho menos escrituras públicas electrónicas) de aquellos que pudieran materializarse en constitución o modificación de las sociedades anónimas, una vez constituidas.

VIII. MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD DE LOS SOCIOS EN UNA SOCIEDAD POR ACCIONES

Particularmente relevante para esta investigación es el hecho que las normas sobre Sociedad por Acciones incorporadas al Código de Comercio en los artículos 424 y si-

³⁸ NCG 273, Regula sistemas de votación en juntas de accionistas.

³⁹ NCG 114, Establece exigencias mínimas de seguridad en el uso de sitios web para el comercio electrónico de valores de oferta pública. Esta norma define una serie de conceptos propios de los criterios técnicos de la Seguridad Informática, haciéndolos exigibles a las Sociedades Anónimas que indica. Estos conceptos, parecen hacer referencia a un nivel de seguridad propio de la certificación obtenida mediante firma electrónica avanzada.

⁴⁰ JARA BAADER, Andrés, “Las juntas de accionistas, objeto de innovación”, en *Revista Chilena de Derecho*, 38-2, (2011), p. 404. A la misma conclusión llega PUGA VIAL, Juan Esteban, *op. cit.*, p. 574.

guientes en virtud de la Ley 20.190 de 2007⁴¹, no consideran para ninguno de sus trámites fundamentales la exigencia de escrituras públicas. Esta particularidad es única en nuestro ordenamiento jurídico mercantil hasta la fecha, ya que no existe otro tipo de sociedad que admita que sus actos principales puedan ser recogidos en escrituras privadas.

Ello no implica que la SpA no esté sujeta a solemnidades para momentos tan relevantes como son su constitución o sus modificaciones. Por el contrario, significa que, a partir del análisis que el legislador efectuó al tiempo de estudiar la ley que la autorizó en nuestro país, ha considerado que los mismos objetivos de publicidad y certeza jurídica que en Derecho notarial se han considerado cumplidos desde antaño en forma exclusiva por la escritura pública, hoy pueden lograrse mediante escrituras privadas, en la medida que ellas reúnan, adicionalmente, ciertos requisitos legales, y que son plenamente compatibles con el documento electrónico.

En efecto, la solemnidad considerara por el legislador busca garantizar la publicidad del acto fundacional o modificatorio de la SpA, tal como sucede con esos actos en cualquier otro tipo social reconocido en nuestro país. Es por ello que, específicamente, el art. 425 del Código de Comercio⁴² (propio del título 8º del libro II, en el que se incorporó toda la reglamentación sobre la SpA) indica en su inciso primero *“La sociedad se forma, existe y prueba por un acto de constitución social escrito, inscrito y publicado en los términos del artículo siguiente, que se perfeccionará mediante escritura pública o por instrumento privado suscrito por sus otorgantes, y cuyas firmas sean autorizadas por notario público, en cuyo registro será protocolizado dicho instrumento. El cumplimiento oportuno de la inscripción y publicación del acto de constitución de la sociedad producirá efectos desde la fecha de la escritura o de la protocolización del instrumento privado, según corresponda”*.

A lo anterior debe sumarse el mandato del art. 424 inc. final, parte final, del Código de Comercio que dispone: *“En silencio del estatuto social y de las disposiciones de este Párrafo, la sociedad se registrará supletoriamente y sólo en aquello que no se contraponga con su naturaleza, por las normas aplicables a las sociedades anónimas cerradas”*. Las normas de la Ley de Sociedades Anónimas se aplican a ésta, en la medida que haya silencio estatutario o legal.

Debe considerarse, especialmente además, que el contexto en el que se introduce esta normativa en nuestro ordenamiento jurídico es el de la denominada Ley de Mercado de Capitales dos (MKII), Ley 20.190, con la cual se buscó dar un impulso flexibilizador a la actividad mercantil nacional, permitiendo la utilización de nuevas herramientas que favorecieran el emprendimiento y el financiamiento de ideas comerciales con alto potencial de crecimiento⁴³. En razón de lo anterior, no parece razonable

⁴¹ Sobre la Sociedad por Acciones, SARROCA POBLETE, José, “Las sociedades por acciones SpA”, en *Actualidad Jurídica*, 21, (2010), pp. 515 y ss.

⁴² Artículo introducido por la Ley 20.190.

⁴³ En efecto, la SpA ha servido, en la experiencia internacional, como una herramienta de financiación para ideas

aplicar los tradicionales paradigmas de publicidad, certeza jurídica y unidad del acto (por nombrar sólo uno de los conceptos tradicionales del Derecho notarial) a esta nueva forma societaria; en virtud de que la nueva realidad flexible y vertiginosa del Derecho mercantil nacional e internacional y las nuevas tecnologías que se han acoplado a esta realidad, no requieren que estas exigencias se cumplan del mismo modo en que venimos cubriéndolas desde siempre.

Hoy la manifestación de voluntad del accionista en una sociedad por acciones, queda resguardada por el testimonio de los demás accionistas que, en un mismo acto privado, muestran su acuerdo sobre determinadas materias⁴⁴, las que quedan debidamente documentadas y, posteriormente protocolizadas, esto es incorporadas al protocolo de un notario, hecho del que surge su publicidad frente a la comunidad comercial.

Este simple, pero muy relevante hecho, es el que nos lleva a aplicar directamente a esta manifestación de voluntad, los principios del Derecho Informático propios de la regulación legal del documento electrónico, de modo que la equivalencia funcional del soporte electrónico respecto del soporte papel, nos permite hoy que esta manifestación de voluntad, válidamente emitida frente a los demás socios mediante herramientas informáticas que constituyan un documento electrónico⁴⁵, por ejemplo en una junta de accionistas celebrada al amparo de las normas del art. 62 y 64 de la Ley de Sociedades Anónimas, puedan ser traspasadas a un documento privado que amparado en firmas electrónicas avanzadas, pueda, incluso, dar mayores garantías de seguridad y certeza jurídica, que los que pueden exigirse de un documento privado.

Este documento privado en soporte electrónico, podrá perfectamente permitir su protocolización posterior en razón de la aplicación de un paso intermedio amparado en el Auto Acordado de la Corte Suprema, acuerdo séptimo, ya analizado.

En cumplimiento de este acuerdo séptimo, el notario podrá reproducir en soporte papel, un documento electrónico del que le consta su carácter y procedencia. De esta forma, el documento electrónico que se le presenta como acto fundacional de la SpA, como modificación de la SpA o como simple acta de directorio (por ejemplo) podrá ser perfectamente protocolizada, dándose así cumplimiento a los requisitos de publicidad y certeza jurídica que requiere nuestro ordenamiento jurídico, respecto de este tipo de sociedades.

con alto potencial mercantil que, al ofrecer participación social a capitales de riesgo, pudieran llevarse a cabo a pesar de que en su origen no hubieran tenido acceso a las alternativas tradicionales de financiamiento. Sobre esta materia ver AGUIRRE BRAND, M^a Laura, *Gobierno Corporativo en la Sociedad por Acciones*, Santiago, Ed. Thomson Reuters Puntolex, 2010, pp. 82 y ss.

⁴⁴ Cuando la SpA asume su modalidad unipersonal, no es posible el atestado de otros socios para dar certeza frente a terceros de la veracidad de las manifestaciones de voluntad que guían a la SpA, sin embargo no hay objeción legal para indicar que la modalidad que presentamos no se pueda aplicar. Esto se corrobora más aún en el texto del art. 427 del Código de Comercio, que permite la sustitución de la Junta de Accionistas por una escritura pública o un instrumento privado protocolizado, para efectos de la modificación estatutaria.

⁴⁵ En los términos de la definición legal que da el art. 2º letra d) de la Ley 19.799 sobre Documento Electrónico.

IX. CONCLUSIONES

Sin duda, la temática tratada en la presente investigación muestra una aplicación bastante decidida de la legislación vigente en nuestro país sobre documentación electrónica en el Derecho societario y corporativo y da cuenta de un proceso de modernización en la normativa nacional sobre administración de sociedades que, idealmente, debe irse extendiendo a otros tipos de empresa tales como la Sociedad de Responsabilidad Limitada, que son las de más extendida aplicación en nuestro país.

Dar la espalda a este interés modernizador opera como una herramienta rigidizante del comercio y la inversión internacional. Ello implica una barrera de entrada al mercado nacional.

Concuerdo probablemente con el lector, además, en que la aplicación en la práctica de esta propuesta puede ser compleja y chocará en más de una ocasión con una cierta reticencia del notario involucrado y la tendencia conservadora del abogado asesor, para garantizar, fuera de cualquier tipo de duda, la validez, vigencia y carácter obligatorio de las manifestaciones de voluntad que dan vida a la SpA. La aplicación cada vez más extendida de las Juntas de Accionistas con asistencia telemática y voto a distancia en las sociedades anónimas debiera ir abriendo paso a que se extienda esta aplicación a las SpA.

Al terminar, me parece muy relevante destacar y reconocer que la posibilidad de suscribir los pactos sociales mediante firmas y documentos electrónicos, que considero se abre para la SpA, exige un esfuerzo relevante en el profesional redactor de la escritura fundacional; ya que en ella, estimo, será necesario describir con acabada precisión la modalidad técnica con la cual se permitirá la participación a distancia, mediante firmas electrónicas, de los socios en las diversas actuaciones sociales; al estilo de la redacción de los pactos parasociales del derecho español, pero sin llegar al nivel de alta exigencia técnica de las NCG 273 y 114 exigidas por la SVS para las Sociedades Anónimas Abiertas. Se deberá considerar en forma muy destacada, una cierta *neutralidad tecnológica*, de modo que nuevas modalidades de la técnica no dejen obsoletas las formas de tomar acuerdos sociales, o puedan llegar a entorpecer lo que en un principio buscaron flexibilizar.

Asimismo, deberán tomarse ciertos resguardos adicionales para garantizar el vínculo entre el accionista y la sociedad en la que tienen efecto sus decisiones, ámbitos que, tecnología por medio, puede implicar varios cientos o incluso miles de kilómetros de distancia.

Por último, creo necesario destacar que las puertas que se abren en la aplicación de este tipo de tecnologías en la toma de decisiones de una SpA, pudiera llegar a abrir un espacio a la especulación económica de fuente internacional, aspecto que sin duda deberá ser considerado por el legislador nacional.

[Recibido el 15 y aceptado el 20 de diciembre de 2011]

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE BRAND, M^a Laura, *Gobierno Corporativo en la Sociedad Por Acciones*, Santiago, Editorial Thomson Reuters Puntotex, 2010.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley Nº 19.799 Documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma*. Disponible en: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19799/hdl-19799.pdf>. [Consulta: 7 noviembre 2011].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Auto Acordado de la Corte Suprema sobre uso de Documento y Firma Electrónica por Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales*, Diario Oficial de 10 de Noviembre de 2006.
- GAETE GONZÁLEZ, Eugenio, *Instrumento Público Electrónico*, Barcelona, Ed. Bosch, 2000
- HERRERA BRAVO, Rodolfo y NUÑEZ ROMERO Alejandra, *Derecho Informático*, Santiago, Ediciones Jurídicas La Ley, 1999.
- ILLESCAS ORTIZ Rafael, *Derecho de la Contratación Electrónica*, Madrid, Editorial Civitas, 2001.
- JARA BAADER, Andrés, “Las juntas de accionistas, objeto de innovación”, en *Revista Chilena de Derecho*, 38-2, (2011).
- JIJENA LEIVA Renato, *Comercio Electrónico, Firma Digital y Derecho. Análisis de la ley 19.799*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- _____. *Firma electrónica y Derecho Registral en Chile. Sobre los errores de un Auto Acordado*. Disponible en: http://www.elnotariado.com/ver_noticia.asp?id_noticia=3398. [Consulta: 7 noviembre 2011].
- PUGA VIAL, Juan Esteban, *La Sociedad Anónima y otras sociedades por acciones en el derecho Chileno y Comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011.
- RUIZ ASTETE, Fernando, “Principio de la equivalencia funcional y no discriminación aplicada a la prueba con documentos electrónicos”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, 19, (2009).
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Seguridad en el Comercio Electrónico*, Santiago, Lexis-Nexis, 2004.
- SARROCA POBLETE, José, “Las sociedades por acciones SpA”, en *Actualidad Jurídica*, 21, (2010).

CIENCIAS PENALES
CRIMINAL SCIENCES

