

302924

CONSTITUCIÓN, REGISTRO Y GESTIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

*Sergio Jaramillo Mejía**

Subdirector Jurídico, Cámara de Comercio de Medellín

*Seminario de Investigación en Comercio Electrónico: Especialización en Derecho Comercial Universidad Pontificia Bolivariana 2002***

De acuerdo con el Artículo 110 del Código de Comercio, el de sociedad es un contrato solemne que exige a los socios o accionistas elevar a escritura pública el texto de los estatutos sociales, amén de los requisitos adicionalmente señalados por la misma norma.

A su vez, el Estatuto de Notariado y Registro define como escritura pública “el instrumento que contiene declaraciones en actos jurídicos, emitidas ante el notario, con los requisitos previstos en la ley y que se incorpora al protocolo...¹”.

Así las cosas, entonces, es claro que al acto de constitución de toda sociedad mercantil es necesaria la comparecencia de las personas que deciden asociarse²,

* Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, especialista en Responsabilidad Civil y Seguros de la Universidad Eafit de Medellín, Director Jurídico de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia y Director de su Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición. Profesor de pregrado y postgrado de varias universidades del país, conferencista nacional e internacional en temas de responsabilidad civil, comercio electrónico y métodos alternativos de solución de conflictos.

** Las conclusiones presentadas fueron obtenidas durante una de las jornadas de trabajo del Seminario de Investigación en Comercio Electrónico impartido dentro de la especialización en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana en el primer semestre del año 2002, seminario del que el autor fue Director.

¹ Artículo 13 del Decreto 960 de 1970.

² A propósito de la comparecencia de los socios desde tiempo atrás ha establecido la Superintendencia de Sociedades que “es indispensable para que una persona pueda adquirir la calidad de accionista”. (Oficio # 5819 del 21 de Abril de 1978).

que concurrirán para manifestar su *animo societatis*, y la del notario público que dará fe de tal voluntad y protocolizará la misma mediante un instrumento público³.

Dentro de tal contexto es necesario establecer si con ocasión de la aparición de la Ley 527 de 1999 en el universo jurídico colombiano y la subsecuente equiparación del documento escrito, original y firmado a aquel documento generado y transmitido por medios electrónicos, de acuerdo con la teoría de los equivalentes funcionales⁴, es posible que los futuros socios o accionistas concurren, ya no físicamente, sino virtualmente, a elevar a escritura pública el contrato social o, si por el contrario, el concepto de comparecencia permanece limitado a la presencia material de los otorgantes del instrumento público.

En últimas, y por supuesto en un contexto mucho más amplio, la conclusión obtenida será aplicable al otorgamiento de diversos instrumentos públicos distintos a los de constitución de sociedades comerciales.

Aunque signifique desconocer el rigor metodológico propio de la investigación científica, anticipamos la conclusión: sí es posible que por medio de mecanismos electrónicos se celebre, válidamente, el contrato de sociedad y es también posible, que por medio de dichos mecanismos se intente su registro, de acuerdo con los Artículos 111 y 112 del Código de Comercio, para la consecución de los efectos propios de la oponibilidad. Admitir tal

³ Establece el Artículo 1º del Decreto 2148 de 1983 (que reproduce el texto del Artículo 1º de la Ley 29 de 1973) que “El notariado es un servicio público e implica el ejercicio de la fe notarial. La fe pública o notarial otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el notario y a lo que éste exprese respecto de los hechos percibidos por él en el ejercicio de sus funciones, en los casos y con los requisitos que la ley establece”.

⁴ Al respecto ha establecido la Superintendencia de Industria y Comercio que “la ley 527 de 1999 dio aplicación al principio de los equivalentes funcionales que se fundamenta en un análisis de los propósitos y funciones de la exigencia tradicional del documento sobre papel, para determinar cómo podrían cumplirse esos propósitos y funciones con técnicas electrónicas. La citada Ley adoptó el criterio flexible de equivalente funcional, el cual tiene en cuenta los requisitos de forma, fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, que son aplicables a los documentos consignados sobre papel” para determinar que cuando quiera que una norma exija que determinada información conste por escrito, sea original o esté firmada, tal requisito se entienda cumplido con la transmisión de un mensaje electrónico de datos. (Concepto # 02030779 del 24 de Mayo de 2002).

posibilidad estará en consonancia con la anhelada simplificación de trámites en la que se halla empeñado el Estado y el sector privado colombiano y que redundará en el aumento de los estándares de competitividad de la nación⁵ y representará, indiscutiblemente, la aceptación definitiva del hecho de que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación tienen la capacidad de modificar los hábitos y las costumbres de las relaciones humanas modernas.

Es necesario efectuar la primera aclaración: en todo caso para el otorgamiento electrónico de escrituras públicas es necesaria la presencia del Notario. Con la legislación actual, conveniente por cierto, no puede obviarse su intervención, pues nadie distinto a él tiene la función legal de dar fe pública. Cosa distinta es que él intervendrá en el proceso de otorgamiento y protocolización de la escritura pública de manera electrónica, al igual que lo harán los demás comparecientes⁶.

Dispone el Artículo 13 del Decreto 960 de 1970 que el proceso de perfeccionamiento de toda escritura pública incluye las etapas de recepción, extensión, otorgamiento y autorización. Cada uno de dichos estadios, entonces, podrá cumplirse por mecanismos electrónicos, veamos:

- “La recepción consiste en percibir las declaraciones que hacen ante, el notario, los interesados”⁷. Según el diccionario de la real academia de

⁵ Las estadísticas indican que cerca del 50% de las empresas establecidas en Colombia no han cumplido con los requisitos necesarios para su funcionamiento, en gran medida por la cantidad y complejidad de trámites que es necesario realizar por parte del empresario. La creación de una empresa en Colombia requiere la gestión de 18 trámites, que en promedio tardan 54 días. Otros países, como Canadá, requieren sólo la gestión de 2 trámites que en promedio se tardan entre 3 y 5 días. El Gobierno Nacional ha intentado, en varias oportunidades, tramitar una Ley de simplificación de trámites que complementa el esfuerzo legislativo consagrado por el Decreto 2150 de 1995. Por su parte, las Cámaras de Comercio de Barranquilla, Bogotá, Bucaramanga, Cali, Cartagena y Medellín, con apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo han invertido más de 3 millones de dólares en la creación de Centros de Atención Empresarial que permitan al empresario, en un solo sitio y a través de un solo actor, realizar todos los trámites necesarios para la formalización empresarial. La Simplificación de Trámites facilita la formalización de los negocios, estimula la creación de nuevas empresas, reduce los costos de transacción y contribuye a la lucha contra la corrupción.

⁶ Así, entonces, deben disiparse los temores por algunos expresados en el sentido de afirmar que la función notarial está cayendo en desuso.

⁷ Artículo 14 del Decreto 960 de 1970.



la lengua, percibir es “recibir algo y encargarse de ello” o “comprender o conocer algo”⁸. Por su parte, según el mismo diccionario, la preposición “ante” significa “frente a”⁹.

Es decir que la etapa de recepción del instrumento público es aquella en la que el notario conoce y comprende las declaraciones de voluntad efectuadas por los interesados. La recepción no requiere la presencia física de los comparecientes, requiere, eso sí, que la declaración de voluntad se dirija a un notario determinado a través de un mecanismo lo suficientemente idóneo como para asegurar que la misma se hace ante tal funcionario.

Así las cosas, entonces, el proceso de recepción del instrumento público puede efectuarse mediante la transmisión de un mensaje electrónico según la definición consagrada por el ordinal a) del Artículo 2º de la Ley 527 de 1999¹⁰.

- “La extensión es la versión escrita de lo declarado”¹¹, es decir, es convertir la declaración de voluntad, expresada por los comparecientes, en un texto escrito.

Esta etapa también podrá surtirse mediante un mensaje electrónico de datos. El artículo 6º de la Ley 527 de 1999 establece que “Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta”.

Lo normal será que la etapa de extensión y la de recepción confluyan en una sola, en la medida en que será la transmisión electrónica de un mensaje convertido en un escrito la forma en que los comparecientes

⁸ La vigésima segunda edición del Diccionario de la Lengua Española que publica la Real Academia Española puede ser consultada en <http://www.rae.es>

⁹ <http://www.rae.es>

¹⁰ Que establece: “*Mensaje de Datos*. La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.”

¹¹ Artículo 14 del Decreto 960 de 1970.

hagan sus declaraciones ante el notario. Sin embargo, si los comparecientes decidieran no efectuar la declaración mediante la transmisión de un texto, sino que lo hicieran mediante la transmisión de audio o video, será necesario, para cumplir con el requisito propio de la extensión, que lo así transmitido se transcriba siguiendo para el efecto las prescripciones previstas en el Artículo 18 del Decreto 960 de 1970¹².

- “El otorgamiento es el asentamiento expreso que aquellos [los interesados] prestan al instrumento extendido”¹³ y consiste en el acto formal, efectuado ante el notario, de firmar el documento escrito que contiene las declaraciones realizadas por los comparecientes.

En principio, podría pensarse que el acto de otorgamiento sólo podría realizarse con la presencia física de los interesados, para que, de su puño y letra, pudieran estampar su firma en la escritura pública de constitución de la sociedad. Sin embargo no puede perderse de vista, como ya lo hemos afirmado, que en virtud de la teoría de los equivalentes funcionales, adoptada por la legislación colombiana, los documentos que requieran ser originales, constar por escrito o estar firmados se entenderán completos si son generados, transmitidos o recibidos por medio de mensajes electrónicos de datos.

En efecto, y respecto de la firma, el Artículo 7º de la Ley 527 de 1999 establece que “Cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si: a) Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación. b) Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado”.

Es necesario aclarar que para que un mensaje de datos esté firmado, no se requiere, necesariamente, que esté firmado digitalmente. La firma

¹² Que establece que “Las escrituras se extenderán por medios manuales o mecánicos, en caracteres claros y procurando su mayor seguridad y perduración”.

¹³ Artículo 14 del Decreto 960 de 1970.

digital es sólo una especie de firma electrónica que permite identificar, inequívocamente, al iniciador y al receptor de un mensaje de datos y que asegura la integridad del mensaje de datos transmitido en la medida en que el mismo no ha sido modificado durante el proceso de transmisión¹⁴.

“En el proceso de emisión de un certificado digital, se crean dos llaves o claves en forma simultánea: una privada y una pública. La llave pública es de conocimiento general y forma parte del certificado digital que será emitido por la entidad y utilizada por el suscriptor para identificarse en Internet. La llave privada es almacenada en la computadora del solicitante del certificado y es manejada exclusivamente por este. Una vez el mensaje llega al destinatario, éste verifica cuál es el origen del mensaje. La verificación se hace mediante el certificado del creador u originador, el cual contiene el nombre y la llave pública del mismo. Si dicha clave pública logra el efecto de descifrar o permitir la lectura de la firma contenida en el mensaje, puede tener la seguridad de que éste efectivamente fue creado mediante el uso de la llave privada correspondiente”¹⁵.

Con base en estas especiales características de la firma digital, es posible predicar, respecto de ellas, una serie de atributos jurídicos especiales. En los términos consagrados en el Artículo 28 de la Ley 527 de 1999, cuando una firma digital ha sido fijada en un mensaje de datos se presume que “el suscriptor tenía la intención de acreditar ese mensaje de datos y de ser vinculado con el contenido del mismo”, es decir, que quien fija a un mensaje de datos una firma digital quiere vincularse con el contenido del respectivo mensaje y por tanto no podrá repudiarlo respecto de sus destinatarios.

¹⁴ Al respecto consagra el literal c) del Artículo 29 de la Ley 527 de 1999 que la firma digital es “un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje, permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de la transformación”

¹⁵ HENAO Restrepo, Darío. Nuevos Retos del Derecho Comercial. Biblioteca Jurídica Dike. Colegio de Abogados de Medellín. Medellín, 2000.

Debe entenderse que tales atributos de la firma digital sólo serán predicables en caso de cumplir con los requisitos previstos en el Parágrafo de ese Artículo 28, y en la medida en que la persona que usa la firma digital sea única, tenga la clave privada que le ha sido asignada por la entidad de certificación digital bajo su control exclusivo, que el procedimiento de firma digital pueda ser verificado por esa misma entidad de certificación y que se haya utilizado un procedimiento de cifrado que permita ligar la información con el mensaje transmitido de forma tal que si dicha información es cambiada, el proceso de cifrado y, en consecuencia, el de utilización de la firma para ese acto específico, será invalidado.

El utilizar, en el proceso de otorgamiento de la escritura pública por mecanismos digitales, una firma digital, asegurará que los comparecientes quieren vincularse al contenido del mensaje de datos que transmiten al Notario en la etapa de recepción, y por tanto suponer que el contenido de sus declaraciones cuenta con su aprobación de forma tal que no puede ser repudiado. Asegura, así mismo, el cumplir con los requisitos establecidos por el Artículo 7º de la Ley 527 de 1999 en el sentido de afirmar que se ha utilizado un método confiable y apropiado que permite identificar al iniciador del mensaje de datos e indicar que el contenido del mismo cuenta con su aprobación.

La utilización de un procedimiento de firma digital durante el momento mismo del otorgamiento de la escritura pública de constitución de sociedades asegurará que esta etapa pueda ser realizada por mecanismos electrónicos.

Para el efecto será necesario que en la transmisión del mensaje de datos que contiene la declaración de voluntad de los comparecientes sea utilizado el procedimiento de firma digital en los términos previstos en la Ley 527 de 1999 y el Decreto 1747 de 2000. Será necesario, para que el instrumento quede debidamente protocolizado, que cada uno de los comparecientes haya transmitido al notario el mismo instrumento y que cada uno de ellos, individualmente considerados, haya fijado en ese mensaje de datos su correspondiente firma digital. También será necesario que el notario a quien se ha dirigido el instrumento respectivo cuente también con una firma digital de forma que pueda asegurarse que los mensajes a él transmitidos por los comparecientes fueron

ciertamente por ellos iniciados, ciertamente por él recibidos y no fueron modificados durante el proceso de transmisión.

- Finalmente, “la autorización es la fe que imprime el notario a éste [el instrumento extendido], en vista de que se han llenado los requisitos pertinentes, y de que las declaraciones han sido realmente emitidas por los interesados¹⁶”.

Durante esta etapa final de autorización, de competencia exclusiva del notario, él mismo busca asegurar que el instrumento público respectivo ha cumplido con todos los requisitos legales pertinentes no sólo formales sino también sustanciales. Así mismo, verificará que las declaraciones contenidas en el instrumento fueron realmente emitidas por los comparecientes.

No puede perderse de vista que durante la etapa del otorgamiento tanto los comparecientes como el notario tuvieron que acudir a vincular los mensajes de datos transmitidos con firmas digitales de forma tal que pudiera asegurarse la identidad del iniciador y del receptor de los mismos. La utilización de la firma digital, en consecuencia, asegura la plena identificación de los comparecientes y por tanto es una herramienta idónea para que, por su intermedio, el notario pueda autorizar la escritura pública respectiva.

También es necesario recordar que la emisión de los certificados digitales se encuentra sometida a un especial proceso de inspección y vigilancia de la Superintendencia de Industria y Comercio en virtud del cual las entidades e instituciones que quieran expedir este tipo de certificados deben cumplir con estrictos procedimientos administrativos que buscan asegurar la fiabilidad de sus sistemas informáticos y la confiabilidad de los procesos que han implementado para dar seguridad a los certificados de firma digital que emitan¹⁷.

¹⁶ Artículo 14 del Decreto 960 de 1970.

¹⁷ Para ver los requisitos que deben cumplir las personas que quieren convertirse en entidades de Certificación Digital es útil consultar el Concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio el 22 de Abril de 2002, radicado con el Número 02018824 y que puede ser consultado en <http://www.sic.gov.co/conceptos/2002/abril/02018824.htm>

Estos procesos están diseñados para que las autoridades de certificación verifiquen la identidad de los suscriptores de los certificados de firmas digitales mediante la comprobación física de requisitos específicos destinados a confrontar la información por ellos suministrada. Es precisamente por esta confrontación física que puede entregarse a los suscriptores un certificado digital por medio del cual se identificará en su interacción con redes de comunicación abierta.

No significa esto que las autoridades de certificación hayan asumido la función notarial de verificar la identidad de los comparecientes, significa sólo que la utilización de un certificado de firma digital asegura la identidad del firmante en la medida en que ya la autoridad de certificación efectuó tal verificación.

Es entonces claro que los requisitos de recepción, extensión, otorgamiento y autorización, necesarios para convertir un instrumento en una escritura pública pueden ser tramitados por mecanismos electrónicos siempre que se cumplan con los pasos y requisitos propuestos.

Por supuesto, con base en los mismos argumentos y en la teoría de los equivalentes funcionales que ha sido adoptada por nuestra legislación, es también posible que a través del intercambio de mensajes de datos el representante legal de la persona jurídica recién creada provoque el proceso de registro ante la respectiva cámara de comercio dando cumplimiento, para el efecto, de los requisitos y propósitos consagrados en los artículos 111 y 112 del Código de Comercio.

Sin embargo, este procedimiento deberá también estar acompañado de estándares de seguridad especiales, de forma tal que el mensaje de datos por medio del cual el representante legal intenta el registro de la escritura pública de constitución de la sociedad tiene que ser firmado digitalmente con el fin de que la cámara de comercio respectiva pueda asegurar su plena identidad y pueda desencadenar el proceso de registro respectivo.

Finalmente, es necesario presentar una consideración extrajurídica: asegurar que las escrituras públicas pueden constituirse por mecanismos electrónicos comporta, sin lugar a dudas, una afirmación osada y vanguardista. Sin embargo, como se ha demostrado, comporta, también, los suficientes argumentos como para asegurar que la misma encuentra soporte normativo.

Precisamente por su osadía es claro que la penetración de este tipo de avances tecnológico jurídicos será lento y tal vez por eso debamos remitirnos a las consideraciones sociológicas que afirman que la implementación cotidiana de los avances propios de las tecnologías de la información requiere de un profundo cambio cultural que tal vez sólo pueda agotarse con los respectivos agotamientos generacionales.

° Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, especialista en Responsabilidad Civil y Seguros de la Universidad Eafit de Medellín, Director Jurídico de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia y Director de su Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición. Profesor de pregrado y postgrado de varias universidades del país, conferencista nacional e internacional en temas de responsabilidad civil, comercio electrónico y métodos alternativos de solución de conflictos.

â Las conclusiones presentadas fueron obtenidas durante una de las jornadas de trabajo del Seminario de Investigación en Comercio Electrónico impartido dentro de la especialización en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana en el primer semestre del año 2002, seminario del que el autor fue Director.