



Revista de
Derecho
Comunicaciones y
Nuevas Tecnologías

EMPRESA Y MENSAJE DE DATOS POR INTERNET

Alberto Jiménez Rozo

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho - GECTI
Revista N.º 4, junio de 2010. ISSN 1909-7786

Empresa y mensaje de datos por Internet

Alberto Jiménez Rozo¹

RESUMEN

Existen múltiples propuestas para el uso de mensaje de datos en derecho de empresa, algunas de ellas ya han sido incorporadas en proyectos de reforma, en leyes vigentes, jurisprudencia y doctrina; sin embargo, Internet puede contribuir, hoy día, también con fundamento en la autonomía de la voluntad, con mayor alcance que el hasta ahora previsto, para conseguir mejorar los niveles de simplificación y agilización de los negocios.

Las autoridades notariales, fiscales y registrales deben y pueden contribuir a dicho propósito mediante la interconexión telemática de servicios.

PALABRAS CLAVE: sociedades, empresa, constitución de empresas y comunicaciones entre socios, accionistas, de estos con la sociedad y sus grupos de interés, reformas estatutarias, medios telemáticos, mensaje de datos, firma digital, atributos, notarios, oficinas de registro

ABSTRACT

There are multiple proposals for the use of a data message in Business Law, some of them have already been incorporated in projects of reform, laws, jurisprudence and doctrine, but the Internet can help, today, only on the basis of the autonomy, with greater scope than hitherto expected to achieve improved levels of simplification and streamlining of business.

Authorities notary and registration tax should and can contribute to that purpose by interconnecting telematic services.

KEYWORDS: Corporations, firms, ventures and communication between partners, shareholders, with society and its stakeholders, statutory reforms, telematics, data message, digital signature, attributes, notaries, registrars

¹ Abogado y Especialista en Derecho de Negocios de la Universidad Externado de Colombia, Maestría en Comercio y Gestión Electrónica de Negocios de la Universidad de Salamanca. sazovilla@hotmail.com

SUMARIO

Introducción - I. EL CARÁCTER DISPOSITIVO Y NORMATIVO DE LAS COMUNICACIONES EMPRESARIALES POR MENSAJES DE DATOS. VALOR PROBATORIO - A. *Reuniones a través de comunicación instantánea o sucesiva y virtualidad (art. 19 ley 222 de 1995)* B. *Decisión por comunicación escrita del sentido del voto y actas (arts. 20 y 21 ley 222 de 1995)* - C *Diligenciamiento y conservación de la información contable en mensajes de datos para su interpretación y supervisión en medios electrónicos* - II. INCORPORACIÓN DE LOS MENSAJES DE DATOS MEDIANTE INTERPRETACIÓN NORMATIVA EN: CONSTITUCIÓN DE EMPRESAS Y POR RAZÓN DE PACTO ESTATUTARIO EN: COMUNICACIONES EMPRESARIALES - A. *Constitución de la sociedad comercial o empresa unipersonal por medios electrónicos* - B. *Comunicaciones, avisos, publicaciones, notificaciones entre la sociedad y sus socios o accionistas* - III. CONVOCATORIAS - IV. REPRESENTACIÓN DE SOCIOS O ACCIONISTAS - V. CONCLUSIONES - Bibliografía

“Dentro de las características esenciales del mensaje de datos encontramos que es una prueba de la existencia y naturaleza de la voluntad de las partes de comprometerse; es un documento legible que puede ser presentado ante las Entidades Públicas y los Tribunales; admite su almacenamiento e inalterabilidad en el tiempo; facilita la revisión y posterior auditoria para los fines contables, impositivos y reglamentarios”²

Introducción

En el ejercicio de formular propuestas durante la elaboración de un proyecto de reforma al libro segundo del Código de Comercio adelantado por la Superintendencia de Sociedades sobre los tipos societarios comerciales hoy denominados “tradicionales”, la empresa unipersonal y las sucursales de sociedades extranjeras se observó y confirmó la específica situación que sucede en otros escenarios, en este particular, el de Informática Jurídica, Derecho de Internet y Comercio Electrónico, que

confronta de una parte a quienes defienden la persistencia de discernimientos basados en requisitos de forma tradicional y de otra a quienes, frente a la innovación, defienden la superación de dichos requisitos a través de mensajes de datos, nuevas tecnologías de información y comunicación, particularmente las basadas en Internet.³

También se pudo confirmar la autorizada opinión de los pioneros de la Ley Modelo de Comercio Electrónico,⁴ ya que en dicho ejercicio al que nos invitó el proyecto de reforma, en lo que correspondía al trabajo temático que consideró las sociedades comerciales frente a Internet, justipreció igualmente que, no se requerían significativas propuestas de transformación legal al régimen de sociedades puesto que las disposiciones necesarias para cumplir el objetivo de reforma, esto es, la simplifica-

2 Corte Constitucional sentencia C-662 de 2000, reproducida por la Sala Civil de la Corte Suprema en sentencia de 4 de septiembre de 2007, ponencia del magistrado Arturo Solarte R. y en el texto de revisión de constitucionalidad del acuerdo de promoción comercial entre Estados Unidos y la República de Colombia, Sentencia C-750 de 24 de julio de 2008, ponencia de la magistrada Clara Inés Vargas Ramírez. Se suele recomendar a las empresas que su sistema considere los atributos de *Integridad, confidencialidad y disponibilidad*, características fundamentales para el mejor proveer de la información en la operación normal de negocios o la ejecución de facultades y también, en determinado caso, para revelar ante la jurisdicción los documentos electrónicos con la garantía de que se trata de los mismos datos capturados, debidamente resguardados, que no se han manipulado y que constituyen *Evidencia Digital*.

3 En relación con deliberaciones sobre algunas de las instituciones societarias tradicionales se viene afirmando que “[...] discusiones bizantinas desvían la atención que debería dársele a asuntos cruciales, que podrían promover la creación de nuevas empresas, contribuir al crecimiento económico e incrementar el bienestar general...La creciente incidencia del tráfico internacional, sumada a la difusión de nuevos conceptos y doctrinas jurídicas permitió revisar muchas de las postulaciones contenidas en el Código de Comercio...Un sistema societario plagado de normas imperativas mal puede responder a las necesidades contemporáneas, sobretodo si se considera que, en la actualidad, el contrato es el principal medio para la modernización del régimen jurídico”. (Francisco Reyes, Villamizar, *La Sociedad por acciones simplificada*, 1ª edición, 2009. p. 9).

4 Que desde un comienzo buscó ser la única disposición regulatoria de los mensajes de datos, sin más dilaciones reglamentarias que volvieran nugatoria su aplicabilidad. Esta ley se refiere es al valor probatorio de los mensajes de datos en todo tipo de relaciones comerciales, sean contractuales o no, en la oferta y en la aceptación, en el desarrollo y ejecución de los contratos.

ción, desregulación o eliminación de trámites que dispensaren viabilidad o mayor agilidad a los negocios societarios ya se encuentran vigentes y basta, simplemente, interpretarlas sistemáticamente y aplicarlas con la certidumbre física, lógica y jurídica con que cuenta la infraestructura normativa y técnica que soporta la generación, archivo, envío y recepción de los mensajes de datos conforme al estado de la tecnología hoy día.

Es evidente que los emprendedores y empresarios ya curtidos se ven abocados a nuevos y vigorosos medios de expresión y negociación a través de Internet, saturados además con volumen de información y velocidad, que alteran el medio tradicional acostumbrado al papel; muchos de ellos presentan dificultades para asimilar los conceptos de documento electrónico, firma digital y demás implicaciones que tiene el escenario de contratación entre ausentes, con ayuda de la Red; similares trances se suscitan para comprender que nuestro legislador, siguiendo a la ley modelo de CNUDMI, no se inclinó por encajar modificaciones expresas a la legislación contractual sino que, para un mejor proveer de los medios electrónicos en el entorno empresarial, prefirió promulgar disposiciones genéricas que otorgaran plena cobertura jurídica al uso y explotación de los Mensajes de Datos.⁵

5 De acuerdo con autorizadas opiniones en reciente foro sobre los *Diez años de la ley de 527 de 1999* celebrado en la Universidad Externado de Colombia el 21 de octubre de 2009, la jurisdicción tiene el convencimiento de que el mensaje de datos también es un elemento material por lo que hay conciencia de la equivalencia con el documento impreso,

Tarea poco fácil pues viene suponiendo cambios de nuestra cultura jurídica y aceptar que Internet es más que un Canal adicional de comunicación, por aquellas connotaciones que le son propias de seguridad e Interactividad.

En efecto, tal como se ha demostrado en la práctica con el auge del comercio electrónico, si Internet puede ser empleado para celebrar contratos de compraventa o la prestación de un servicio electrónico sin que el consumidor tenga la posibilidad de examinar previamente y luego de un pago electrónico recibir directamente en la red o por algunos de los canales de distribución tradicionales, es preciso preguntarse sobre la valiosísima aptitud de dicho canal en otra clase de funcionalidades, distintas al contrato de compraventa, a lo que debe responderse positivamente, con el reconocimiento de equivalencias en el escenario de formación, funcionamiento y supervisión de empresas, invitación que ha sido permanente desde que comenzó a regir la ley 527 de 1999.

Existen una prolífica serie de posibilidades para uso de mensaje de datos en Derecho de

guiados por lo señalado en el artículo 11 de la ley 527 de 1999. Sin embargo, coexisten los tres sistemas de valoración de la prueba con rezagos de la tarifa legal probatoria.

Dentro de la sana crítica, el sentido común que prevalece se exterioriza, por ahora, en desconfianza sobre el documento electrónico y por ello se revelan estancamientos en derecho civil y de familia.

Tiene un papel fundamental ahora el sistema probatorio denominado "tarifa científica probatoria" puesto que el juez se acoge a la experticia del perito, teniendo como prueba adicional su concepto técnico, aún con rasgos de inmadurez en el ámbito judicial, no obstante las consagraciones legales. Por ahora es mayor su aplicación en el contexto penal y no en derecho privado.

Empresa que pretendemos, modestamente, resonar en este documento, algunas de ellas incorporadas en proyecto de reforma originado en la Superintendencia de Sociedades sobre tipos societarios tradicionales (principio del equivalente funcional y publicidad a través de páginas web); sin embargo, puede Internet contribuir, hoy día, mediante alianzas de autoridades públicas con sector privado para inversión en infraestructura y hasta *sólo con fundamento en la autonomía de la voluntad*,⁶ con mayor alcance que el hasta ahora previsto, para lograr mejorar los niveles de simplificación, invitando a abandonar el arraigo a la secuencia de prácticas renuentes por los encargados de liderar los procesos de cambio⁷ que subyacen a los proyectos de reforma,⁸ así como a los inversionistas, socios, accionistas, administradores sociales y autoridades gubernamentales.

6 Afirmamos, ya que Internet es más regulado que el mundo tradicional, pues, además de las normas de orden técnico, esto es, el propio código de programación de sistemas (para que operen los atributos o funcionalidades requeridas por los usuarios para dar diferentes alcances de seguridad en nuestras relaciones a través de mensajes de datos) y las normas tradicionales (que revalidan los principios de internacionalidad de la regulación del Comercio Electrónico, el Equivalente Funcional entre mensajes de datos, escrito, firma y original), Internet también es objeto de las normas de propia autorregulación, basadas en los principios de la autonomía de la voluntad y de la ratificación del derecho que tienen las partes para escoger sus medios de autenticación.

7 Ya se discute la continuidad de los tipos societarios tradicionales con el surgimiento de la Sociedad Anónima Simplificada que vino a transformar la legislación societaria en Colombia, tal como se entiende de las estadísticas que indican a tercer trimestre de 2009 una ágil y masiva acogida de la figura, sólo debilitada por el impacto de la crisis económica en los nuevos emprendimientos.

8 Apuntan a mejorar la medición de nuestra regulación para hacer negocios. Los reformadores se centran no sólo en fortalecer los derechos de propiedad y mejorar la eficiencia

Se concretan las posibilidades descritas en los temas de constitución *de sociedades por medios telemáticos, comunicaciones intra y extra societarias, deliberaciones, decisiones, ejercicio de supervisión, pagos, etcétera*, por Internet, lo que vale hoy para la justificación de emprender nuestra sugerencia de “cambio, antes que reforma”, respecto de lo cual señalo a continuación algunos motivos de reflexión dada la vigencia y cobertura que consagra la ley 527 de 1999.

¿Cómo es la experiencia y legislación comparada?; ¿Cuál es el papel de Internet en las comunicaciones comerciales?; ¿Cuál es el alcance legal de su uso?

A manera de referencia vale anotar que, desde los años noventa, las primeras naciones reformadoras en materia societaria, esto es, Inglaterra (Orden 21 de 2000), Estados Unidos (SEC-Act Release 7233 de 1995) y Alemania (AKTG, 1998) se han orientado a aceptar las juntas virtuales, registro de accionistas electrónico, voto electrónico, remisión de informes a inversionistas y oficina de registro, representación en juntas, etc.

de los procedimientos de resolución de disputas comerciales y de Insolvencia, también contribuye a facilitar la apertura y gestión de las empresas. Dentro de las principales conclusiones a septiembre de 2009, el informe de Dirección del Proyecto Doing Business destaca el renovado enfoque para la PYME como fuente generadora de empleo y la influencia que la facilidad regulatoria para abrir, operar y cerrar una empresa ejerce en el cómo se maneja y adaptan las empresas. Colombia es hoy uno de los líderes de la región para hacer negocios. En el renglón de Apertura de Empresas es superada por Puerto Rico y Panamá. (http://web.presidencia.gov.co/sp/2009/septiembre/08/doing_colombia.pdf).

No obstante, en opinión de los profesores Del Pozo y Chuliá, en *Revista de Derecho Mercantil* de abril del 2000, es el Reino Unido el más activo reformador pues, a través del Ministerio de Comercio e Industria, se comprometió desde 1998 en proyecto ambicioso sobre Derecho de Sociedades con base en estudio realizado por un grupo de expertos (Company Law Steering Group), que lanzó programa de reformas en lo relativo a comunicaciones electrónicas societarias. La intención gubernamental consistió en proponer una reforma a la ley de sociedades con el objeto de facilitar el uso de comunicaciones electrónicas en dicho ámbito. El proyecto versa sobre dos aspectos: 1) La comunicación electrónica entre la sociedad y sus socios y 2) La presentación telemática de documentos en el registro.

Privilegiando el principio de autonomía de la voluntad se procede a modificar preceptos de la legislación societaria para admitir los mensajes de datos en el envío a los socios de Estados Financieros e informes, las convocatorias y poderes de representación así como la remisión de documentos al registro por vía telemática. La regulación proyectada (1998), acorde a la agilidad de los negocios, cultura anglosajona y sistema represivo, no exige la utilización de firma digital en los mensajes de datos, esto significó que: *los requisitos de seguridad quedan confiados a las buenas prácticas comerciales.*⁹

⁹ Los antecedentes de la reforma a la ley de sociedades en Reino Unido es referenciada por Del Pozo y Chuliá (Óp. Cit.) consultando www.dti.gov.uk durante 1998 y verificada por Ruiz Gallardón en 2003 ("Derecho de Internet". Thomson Aranzadi. 2003, óp. Cit.).

Una orden del 21 de diciembre del 2000 modificó en el Reino Unido la Ley de Sociedades de 1985, en los siguientes aspectos:

- Remisión al registro de documentación y acuerdos de la sociedad en Mensaje de Datos.
- Remisión de información financiera por correo electrónico o publicación en página web durante el espacio de antelación (21 días) a la celebración de la asamblea en que se haya de someter a consideración y aprobación dichas cuentas.
- Solicitud a la sociedad por Mensaje de Datos de Anexos a los estados Financieros, para quienes ostenten el derecho de inspección.
- Solicitud de convocatoria de asamblea en Mensaje de Datos dirigido a la dirección proporcionada por la sociedad.
- Remisión de las convocatorias a socios/accionistas en Mensaje de Datos a la dirección electrónica suministrada o mediante la publicación de la convocatoria en pági-

La búsqueda de la rapidez a ultranza con fundamento en la simplificación produjo en Estados Unidos los denominados agujeros negros que han permitido el abuso de las figuras societarias para lavado de activos y terrorismo (*el proyecto Levin-Grassley-McCaskill*, destinado a inyectar transparencia en la constitución de sociedades es ley desde marzo de 2009 y modifica la ley Federal de Seguridad Nacional de Estados Unidos de 2002) "Por un sistema de constitución societaria racional y simplificador". Página editorial de <http://www.no-tariado.org/publicaciones/escritura/numeros/58/01.htm>

na web cuya accesibilidad sea comunicada a los destinatarios en la forma prevista en estatutos.

- Nombramiento de apoderados para las asambleas en Mensaje de Datos.

I. EL CARÁCTER DISPOSITIVO Y NORMATIVO DE LAS COMUNICACIONES EMPRESARIALES POR MENSAJES DE DATOS. VALOR PROBATORIO

Durante la creación de empresas y principalmente, durante su funcionamiento,¹⁰ se presentan múltiples necesidades de comunicación entre aquella y sus inversionistas, estos entre sí o entre la persona jurídica y sus diversos grupos de interés.

Desde la promulgación de la ley 527 de 1999 se viene afirmando que, salvo dos excepciones,¹¹ sus disposiciones son aplicables a todo tipo de información en forma de mensaje de datos y dentro de aquellas excepciones no se

encuentran las comunicaciones arriba descritas; además, sus principios de transversalidad, autonomía, flexibilidad y principalmente, el de equivalencia funcional, promueven también la procedencia de la desmaterialización en el ámbito de las comunicaciones empresariales sin reclamar la expedición de disposiciones legales especiales para una inmediata implementación, pues, como se verá, sólo se sugieren con recato algunos posibles ajustes normativos, ya que su consumación tiene más punto de partida en la libertad de pacto o autonomía (arts. 16 y 1602 del cc), en la voluntad de uso por los interesados, en el principio de consensualidad (art. 824 del cco),¹² que en lo legislativo.¹³

Emprendedores y empresarios establecidos pueden considerar (y aceptar) la existencia de nuevos vehículos para manifestar y exteriorizar su voluntad en las ofertas o propuestas de negocio en un entorno digital (reguladas

10 De acuerdo con lo señalado en el artículo 25 del Código de Comercio se entiende por empresa “toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios” muchos de los comentarios aquí referidos pueden ser aplicables a empresas del sector Solidario y Civil.

11 En materia de obligaciones contraídas por el Estado en convenios internacionales y En las advertencias escritas adosadas a ciertos productos, por riesgo vital.

12 Se entienden excluidos de la órbita consensual los contratos solemnes y los reales. Cfr. Sentencias Sala de Casación Civil de 13 de noviembre de 1981 y C-5397 del septiembre de 2000, en las que se resalta atributo de facilitar las operaciones comerciales para los comerciantes, quienes demandan instituciones jurídicas que les permitan una contratación fácil, rápida y expedita (http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/assets/1981indice.doc).

13 Si bien, en estricto sentido no se requiera una reforma (por encontrarse derogados tácitamente al ser consideradas como disposiciones contrarias a la ley 527 de 1999), algunos autores vienen sugiriendo modificar el artículo 824 y derogar el 898 del Estatuto Mercantil para permitir una mejor interpretación y aplicación plena del principio de Equivalencia Funcional, (Espinosa Quintero, L. *La adaptación del ordenamiento jurídico Colombiano a la contratación por medios electrónicos: Análisis desde la perspectiva del derecho Comparado*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2008, p. 399).

igualmente por los artículos 845 a 863 del Código de Comercio y el artículo 14 de la ley 527 de 1999), así como la admisibilidad de los mensajes de datos a partir del señalamiento expreso que el citado artículo 824 del estatuto mercantil refiere al disponer que “Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito, o por cualquier modo inequívoco [...]”, tal como el gesto, la seña y todo lo que razonablemente se comprenda como que no admite duda o equivocación, incluido el mensaje de datos.

Justamente así lo señala el profesor Leonardo Espinosa Quintero en su amplísimo estudio sobre la adaptación de los elementos clásicos contractuales del sistema jurídico mercantil colombiano a las nuevas tecnologías,¹⁴ sosteniendo además, sin exagerado elogio al legislador de 1971, que podría sostenerse que el Código de Comercio “se anticipó” a incluir en su texto los mecanismos flexibles y modernos de formación y expresión de la voluntad, reiterando que la expresión “cualquier medio inequívoco” (art. 824 cco) encuentra eco en el artículo 5º de la ley 527 de 1999 al precisar que “No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”.

Complementa el citado autor recordando que el artículo 175 del Código de Procedimien-

to Civil (que se remonta a 1970), después de enunciar la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, señala que “sirven como pruebas” o “cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez”.

En el caso de la evidencia digital, especialmente utilizada en el campo penal, se tiene muy claro que es a través de algoritmos que se extrae la huella digital de determinado archivo informático, identificable a través de un número que, puede afirmarse, jamás se repite; es esta “huella digital” (con cadena de caracteres alfanuméricos e imposibilidad de que se pueda replicar en otro archivo *aparentemente igual*) a través de la cual se destaca, técnicamente, que este medio resulta útil para el convencimiento del juez, pues tiene rastros para identificar un archivo como único e identificable. El fundamento jurídico de este proceso de evidencia es la ley 527 de 1999, reproducida por el actual Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004) y fundada en las mejores prácticas para el manejo de la evidencia digital, que aparta las apariencias y los criterios subjetivos de lo digital.¹⁵

¹⁴ Ídem, pp. 252, 253 y 254.

¹⁵ Fiscalía General de la Nación, Unidad de Policía Judicial de Informática Forense. Jhon Jairo Echeverri, Coordinador. Foro sobre los Diez años de la ley de Comercio Electrónico. Universidad Externado de Colombia (21 de octubre de 2009).

Así pues, el señalado artículo 175 del CPC, en concordancia con los artículos 824, 826 del Código de Comercio y los artículos 5° y 6° de la ley 527 de 1999, le permiten concluir al citado autor que la reconciliación del “*papel del papel*” y las opciones brindadas por el progreso de las TIC, “ya estaba planteada desde 1970, ratificada por el Código de Comercio de 1971 y, ahora, actualizada por la ley 527 de 1999” afirmando que “el concepto de equivalente funcional de esta última ley, no es propiamente novedoso [...]” y que tampoco se observa una lucha irreconciliable entre el papel tradicional y el mensaje de datos .

De otro lado, es el carácter dispositivo de la regulación el que viene imponiéndose en materia de actividades y organizaciones comerciales y que concede individualidad a nuevas formas empresariales y asociativas (Empresa Unipersonal y Sociedad por Acciones Simplificada). Contrario a las formas tradicionales mayoritariamente imperativas, ahora la mayor parte de las disposiciones tienen carácter supletorio de la voluntad de las partes y ello se aviene con la necesidad de liberarse de la denominada *servidumbre del papel*.

Señala el Profesor Francisco Reyes Villamizar que “[...] esta flexibilidad contractual sirva al propósito de facilitar la resolución de conflictos. Aun aceptando la teoría del “contrato societario incompleto”, resulta evidente que la libertad contractual permite determinar ex ante reglas de juego claras que contribuyan

a armonizar, en la medida de lo posible, los intereses disímiles y hasta contradictorios de los accionistas”.¹⁶

Se ha confirmado que Internet alteró las formas y procedimientos de comunicación en todas las organizaciones y estructuras debido a su originalidad, inmediatez e interactividad, distintas a las características del correo tradicional, la televisión, los clasificados, avisos publicitarios, radio y demás medios portadores de contenidos o formas de mensaje,¹⁷ algunos usuales en las comunicaciones societarias por lo que se trata de funcionalidades por aprovechar y explotar, dado que convergen al carácter dispositivo propio de la dinámica normativa empresarial.

Advertimos que, con excepción de las aplicaciones que Internet ofrece en materia de

16 Francisco Reyes Villamizar “La Sociedad por Acciones Simplificada”. 1ª edición. 2009. p. 3. Sobre el mismo particular también afirma el Autor que “La creación de reglas societarias de naturaleza dispositiva debe orientarse a permitirles a las partes maximizar su capacidad para adaptarse a circunstancias cambiantes, al tiempo que se les facilita minimizar su exposición a conductas oportunistas (p. 6) [...] La carencia de competencia legislativa propia de las naciones latinoamericanas, ha sido uno de los factores que han suscitado el rezago de las normas jurídicas mercantiles y el nocivo mantenimiento del estatus quo normativo (p. 7) [...] aquellas naciones sujetas a las presiones competitivas surgen de los denominados “mercados de leyes de sociedades” se ven en la necesidad de actualizar sus reglas para evitar la migración masiva de empresarios hacia naciones dotadas de pautas flexibles y “amistosas” para la creación de empresas” (óp. cit. p. 8, haciendo referencia a Roberta Romano, The Genius Of American Corporate Law).

17 De conformidad con el literal a), artículo 2° de la ley 527 de 1999 Mensaje de Datos es 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.

Reuniones no Presenciales y Decisiones por Comunicación Sucesiva,¹⁸ *Diligenciamiento y Conservación de Información Contable*,¹⁹ salvo mejor opinión, no encontramos otro tipo de consideraciones expresas al uso de tales mensajes de datos, específicamente por Internet, en el libro segundo de nuestra legislación mercantil.²⁰

A. Reuniones a través de comunicación instantánea o sucesiva y virtualidad (art. 19 ley 222 de 1995)

Otra de las opiniones que existen sobre el im-

18 El artículo 19 de la ley 222 de 1995 determina que: "Siempre que ello se pueda probar, habrá reunión de la junta de socios, de asamblea general de accionistas o de junta directiva cuando por cualquier medio todos los socios o miembros puedan deliberar y decidir por comunicación simultánea o sucesiva. En este último caso, la sucesión de comunicaciones deberá ocurrir de manera inmediata de acuerdo con el medio empleado.

Parágrafo. Para evitar que se vean atropelladas las mayorías accionarias en las asambleas y juntas directivas donde se va a utilizar este nuevo mecanismo, será obligatorio tener la presencia de un delegado de la Superintendencia de Sociedades, deberá ser solicitado con ocho días de anticipación.

Este proceso se aplicará para las sociedades vigiladas por dicha superintendencia. Para las demás sociedades, deberá quedar prueba tales como fax, donde aparezcan la hora, girador, mensaje, o grabación magnetofónica donde queden los mismos registros".

19 El artículo 128 del decreto 2649 de 1993 señala que: "Se aceptan como procedimientos de reconocido valor técnico contable, además de los medios manuales, aquellos que sirven para registrar las operaciones en forma mecanizada o electrónica, para los cuales se utilicen máquinas tabuladoras, registradoras, contabilizadoras, computadores o similares [...]".

20 Existen otras disposiciones aplicables en el entorno del Derecho de Empresa, con alcance determinado. Tal es el caso de la normas referidas al Gobierno Electrónico (decreto 1151 de 2008), Racionalización de Trámites (ley 962 de 2005) Factura Electrónica (decreto 1929 de 2007), Anotaciones en Cuenta (ley 964 de 2005), etcétera.

pacto de las tecnologías está referida a un comportamiento impasible sobre la trascendencia jurídica de las Nuevas Tecnologías y un llamado a la prudencia ante dichos avances, detrás de lo cual se esconde, frecuentemente, "un deseo o una aspiración de persistencia del statu quo de intereses superado o en trance de superación".²¹

En Colombia, con alcance de hecho sobreviniente y como muestra de aquella posición podríamos referirnos a lo dispuesto en el Parágrafo del artículo 19 de la ley 222 de 1995 en cuanto al requisito de asistencia de *Delegado* a Reuniones No Presenciales del máximo órgano social y directivo, ejemplo significativo sobre la aceptación legal del uso de nuevas tecnologías en derecho de sociedades pero que, al mismo tiempo, sirve de modelo sobre la desconfianza y prevención legislativa en su uso:

Parágrafo: para evitar que se vean atropelladas las mayorías accionarias en las asambleas y juntas directivas donde se va a utilizar este nuevo mecanismo, será obligatorio tener la presencia de un delegado de la superintendencia de sociedades que deberá ser solicitado con ocho días de anticipación.

La lectura de este parágrafo produce clara prevención sobre la "seguridad" que ofrece la tecnología e introduce desconfianza sobre

21 Luis Díez-Picazo. "Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho", citado por Alberto A. Ureba y A. Jorge Viera G. en *Formación y perfeccionamiento de los contratos a distancia celebrados por Internet*, obra multiautor citada, editada y producida por Bankinter-Thomson A., 2004, que sirve de base a estos comentarios.

aquellas expresiones de voluntad soportadas en Mensajes de datos.

El asunto no es exclusivo de Colombia, la Comunidad Europea también ha expresado reservas en propuestas de Directiva sobre aspectos jurídicos de la sociedad de la información (es el caso de e-commerce sobre redes abiertas) y adicionalmente, no sin justa razón, se encuentra similar sentido en manifestaciones provenientes del círculo notarial acerca del papel diferencial que, respecto de la función fedataria, corresponde a las denominadas Entidades de Certificación y que, en Colombia, definió el decreto 1747 de 2000.²²

En España también han manifestado preven- ciones acerca de la viabilidad de reuniones virtuales por la inseguridad jurídica que les rodea y sugieren el uso de medios informáticos, electrónicos y telemáticos únicamente como apoyo de reuniones presenciales en sociedades con abundante número de inversionistas (sociedades con títulos inscritos en bolsa), permitiendo la participación de toda clase de accionistas,²³ amparados en la interpretación de una exclusiva presencia física que exige la ley.

22 Cfr. Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones. Obra Multiautor. Grupo de Estudios en Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones e Informática. Entidades de Certificación, pp. 194 y ss. Legis-Uniandes, 2002

23 Es el ejemplo de la asamblea anual de una reconocida aerolínea con presencia física de sus inversionistas y permanente posibilidad de participación en escenario similar a Corferias, diversos recintos, auditorios integrados con medios y herramientas de tecnología. Similar situación se registra ya con frecuencia en nuestro país.

Se percibe un exceso de precaución del legislador que viene a ser moderado desde el punto de vista de la *contratación electrónica*, que sirve de referencia cuando se discuten las garantías de los atributos que tendrían los mensajes de datos en la toma de decisiones por los nuevos medios de comunicación, declaraciones que se transmiten a través de algunos de los servicios que ofrece Internet (voz IP, chat, *mail* y otras emergentes soluciones de trabajo virtual colaborativo que ya hacen presencia en nuestro país).

Afirmamos en párrafo precedente que si los Mensajes de Datos son apropiados para realizar contactos previos, oferta, selección de servicios y productos hasta la celebración y perfeccionamiento de contratos como una compraventa o la prestación de un servicio, igualmente pudiera pensarse, como lo hizo el legislador de 1995, en la procedencia de reuniones virtuales o no presenciales en las que se manifieste, por cualquier medio, presencia y manifestación de voluntad.

Veamos además que, como sucede en el mundo físico, muchos contratos electrónicos se celebran sin tratos previos y de otra parte, que las sociedades comerciales pueden ser titulares de redes cerradas que operan con base a precisos acuerdos, como sucede con el intercambio electrónico de datos (EDI) o generación automática de pedidos y provisión de inventarios, sin intervención humana.²⁴

24 La ley 527 de 1999 lo define así: "La transmisión electrónica de datos de una computadora a otra, que está estructurada bajo normas técnicas convenidas al efecto". (art. 2° lit. e.)

Si EDI soporta el dialogo automático entre empresas consumidoras y proveedoras, comprometiendo, con la debida seguridad telemática, cuantiosos recursos, ¿porque razón no podrían tomarse decisiones entre personas, conocidas o no entre sí, al interior de órganos colectivos de administración, sin la participación de la Superintendencia? La situación anteriormente descrita (EDI) puede servir de referencia para ratificar la aceptación del nuevo canal que ya de hecho se viene presentando hace años en los usos societarios, en este caso para sesiones no presenciales, sugiriendo eliminar por vía legislativa la intervención prevista en el parágrafo del artículo 19 de la ley 222 de 1995 por acuerdo previo de entorno altamente seguro y confiable en Internet, es decir, dando paso a su consagración estatutaria preferiblemente y en su defecto, fortaleciendo la subsidiariedad de la norma positiva, para su abierta posibilidad de uso, enfatizando la confiabilidad que debe prestar el medio, conforme a la ley 527 de 1999.

La celebración de sesiones virtuales debería comprender también el uso de mensaje de datos (MD) en todas las fases que fueren pertinentes y en las que tradicionalmente se han dividido la estructuración de órganos sociales colectivos, como lo son: la convocatoria (MD), la conformación (quórum), la deliberación (MD), la adopción de decisiones (mayorías) y constancia de éstas o actas (MD), que deberían producirse todas por medios electrónicos o al menos, progresivamente, algunas de estas.

Por tratarse de voz, texto y algunas veces de imagen, se puede admitir que estas declaraciones y convenciones podrían ser susceptibles de reducirse a mensaje de datos, con la respectiva habilitación de seguridad y confiabilidad de que trata la ley 527 de 1999, conservando los mensajes de datos y documentos, directamente o con la intervención de terceros de confianza, conforme a lo previsto en los artículos 12 y 13 que hacen parte del capítulo segundo sobre aplicación de requisitos jurídicos de los mensajes de datos.

Nuestra legislación societaria exige una presencia del número de personas que conforme a la ley y los estatutos se requieren para deliberar y decidir. Dicha presencia no es exclusivamente física (como se interpreta en la legislación Española), lo cual ha sido reevaluado desde 1995 por la presencia de otros medios. Desde que existe el teléfono y ahora con el mayor grado de interactividad que permiten las herramientas soportadas en tecnología de red, existe viabilidad para que los socios o accionistas *no* asistan físicamente y presencien en tiempo real (altavoz, monitor), también para que deliberen y voten en reunión no presencial,²⁵ evitando pagos y ocupación de instalaciones físicas y de personal de apoyo o logístico, también se promueve la participación de inversionistas desde cualquier lugar así como la participación de minoritarios, se

25 Real y efectiva. No es referida entonces a aquella reproducida por un sistema informático con "sensación de existencia" (reunión virtual).

cumplen igualmente similares características de interactividad al medio presencial como es el caso de la videoconferencia y se logra una atención ágil de temas extraordinarios.

Sin embargo, también se aducen como aspectos negativos de este nivel de “presencia”, la necesidad de un delegado de la Superintendencia que requiere solicitud anticipada, situación desconsiderada de la prontitud que requieren los negocios; igualmente se advierte sobre limitación de funcionalidades en herramientas cuando se trate de proporcionar o solicitar información o para dejar constancias, acusaciones, tachas, ejercicio de la acción social de responsabilidad. Lo anterior sin tener en cuenta que existen, al igual que en el mundo presencial, físico y de papel, la posibilidad de alterar el contenido de las deliberaciones y el resultado de votaciones, inseguridad jurídica y posibilidad de situaciones que incrementen la impugnación de actos

Si bien estos comentarios negativos han servido en otras latitudes para el rechazo de reuniones virtuales, la preponderancia de sociedades cerradas en nuestro País y el enunciado antecedente legislativo (art. 19), instan a una conclusión diferente a la de aquellas posturas que los consideran con asiduidad y prevención.

Con la práctica que ha tenido desde 1995 la reunión a que se refiere el art. 19 de la ley 222, se podrían considerar en vía de superación algunos de los nocivos enunciados y que

sugieren, por el propio ejercicio durante todos estos años de vigencia,²⁶ eliminar la presencia del *delegado*, como lo hizo la ley 1258 de 2008 (art. 19)²⁷ para la Sociedad por Acciones Simplificada aún en el caso de necesidad de reenvío a la ley 222 de 1995, habida consideración del avance en el desarrollo del régimen de responsabilidad de administradores, contadores públicos y revisores fiscales quienes deben prevenir la sanción de ineficacia a que se refiere el parágrafo del artículo 21 *ibídem* y contribuir al entorno de seguridad y confiabilidad de las herramientas que soportan este tipo de reuniones para aquellas sociedades que, voluntaria o subsidiariamente, deseen acogerse a ésta, manteniendo el requisito de la participación universal.²⁸

26 De acuerdo a lo manifestado por el Grupo de Procesos Especiales de la Superintendencia de Sociedades no se ha conocido, a la fecha de elaboración de este documento, impugnación de actas que dan cuenta de reuniones no presenciales o de toma de decisiones por escrito en sede de funciones jurisdiccionales asignadas a dicho organismo técnico.

27 De acuerdo con el acreditado autor de la reforma es “Claro que la ley 1258 suprime el absurdo requisito contenido en estas normas, según el cual, se requería un delegado de la Superintendencia de Sociedades para las deliberaciones no presenciales en asambleas de compañías vigiladas por esa entidad. [...] en todo caso, la carencia de quórum universal no obviará la necesidad de que exista prueba suficiente de la forma en que todos los asociados fueron convocados. De no ser así, podría llegarse a una situación en que los accionistas titulares de la mayoría llevaran a cabo asambleas no presenciales, sin siquiera notificar a los que no forman parte del bloque de control. La realización de asambleas en tales condiciones dará lugar a que las decisiones fueran, sin duda, ineficaces”. (Francisco Reyes Villamizar, *óp. cit.*, pp. 99-100).

28 Legislación Complementaria al Art 19 de la ley 222 de 1995 son los artículos 12, 13, 14 y 15 de la ley 527 de 1999.

B. Decisión por comunicación escrita del sentido del voto y actas (arts. 20 y 21 ley 222 de 1995)²⁹

Aunque nuestro legislador consagró esta figura a continuación del artículo 19 su consideración es por separado del tema de las reuniones no presenciales como “otro mecanismo para la toma de decisiones”.

Se destaca que la reunión no presencial supone una presencia virtual o en todo caso, no física, que permite abrir una sesión y dar paso a unas deliberaciones y toma de decisiones, en tanto que el mecanismo previsto en el artículo

20 no da lugar a la celebración de una reunión propiamente dicha, para expresar tan sólo el sentido del voto por escrito, sin deliberación.

A la luz de la consagración y práctica del mecanismo previsto en el artículo 20, basada principalmente en consideración al telefax, telegrama y carta, se constituyen estos en los medios de comunicación más usados, no sólo para evitar la solicitud y presencia de un delegado de la Superintendencia de Sociedades previsto en el mecanismo previo no presencial, sino para la prueba documental (arts. 175 y 251 del CPC) de decisiones, aún en uso extendido, pues permite accesibilidad a los registros de hora, girador y contenido del mensaje.³⁰

Deberíamos ratificar entonces que la interactividad de Internet, recogida en la legislación de comercio electrónico, admite la equivalencia funcional entre el escrito y el mensaje de datos,³¹ razón por la cual debería confirmarse, además de dicha identidad, que obra plena actualmente,³² la eliminación, o al menos la

29 Artículo 20. “Otro mecanismo para la toma de decisiones. Serán válidas las decisiones del máximo órgano social o de la junta directiva cuando por escrito, todos los socios o miembros expresen el sentido de su voto. En este evento la mayoría respectiva se computará sobre el total de las partes de interés, cuotas o acciones en circulación o de los miembros de la junta directiva, según el caso. Si los socios o miembros hubieren expresado su voto en documentos separados, éstos deberán recibirse en un término máximo de un mes, contado a partir de la primera comunicación recibida.

El representante legal informará a los socios o miembros de junta el sentido de la decisión, dentro de los cinco días siguientes a la recepción de los documentos en los que se exprese el voto”.

Artículo 21. “Actas. En los casos a que se refieren los artículos 19 y 20 precedentes, las actas correspondientes deberán elaborarse y asentarse en el libro respectivo dentro de los treinta días siguientes a aquel en que concluyó el acuerdo. Las actas serán suscritas por el representante legal y el secretario de la sociedad. A falta de este último, serán firmadas por alguno de los asociados o miembros”.

Parágrafo. “Serán ineficaces las decisiones adoptadas conforme al artículo 19 de esta ley, cuando alguno de los socios o miembros no participe en la comunicación simultánea o sucesiva. La misma sanción se aplicará a las decisiones adoptadas de acuerdo con el artículo 20, cuando alguno de ellos no exprese el sentido de su voto o se exceda del término de un mes allí señalado”.

30 Para lo cual resulta idóneo el servicio de estampado cronológico sobre el mensaje de datos.

31 Artículo 6º: “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 dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito” [Exequibilidad sentencia C-831 de agosto de 2001].

32 Sobre el principio de equivalentes funcionales, se pronunció la corte Constitucional en sentencia C-662 de 2000 de la siguiente manera: equivalentes funcionales. El proyecto de ley, al igual de la Ley Modelo, sigue el criterio de los equivalentes

reducción, de los términos de un mes y cinco días allí previstos, dado que el sentido del voto podría expresarse sino por comunicaciones sucesivas, simultáneamente y en tiempo real, lo que también podría generar su confusión en reunión no presencial si hubo asomos de deliberación y discusión previa a la manifestación del voto por escrito.

Por otro lado, cuando la norma vigente exige que el acto conste por escrito, está refiriéndose al menos a un documento privado con las firmas de los suscriptores, esto es, a “la expresión del nombre del suscriptor o de alguno de los elementos que la integren o de un signo o símbolo empleado como medio de identificación personal” de acuerdo a lo señalado por el artículo 826 del cco, cuya definición está otorgando plena aceptación a distintos medios de autenticación, basados en firma electrónica previamente convenida y con mayor razón a la firma digital, por los atributos de seguridad a esta última asociados técnica y legalmente.

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. Se adoptó el criterio flexible de equivalente funcional, que tuviera en cuenta los requisitos de forma, fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, que son aplicables a la documentación consignada sobre papel, ya que los mensajes de datos por su naturaleza, no equivalen en estricto sentido a un documento consignado en papel. En conclusión, los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel y, en la mayoría de los casos, un mayor grado de confiabilidad y rapidez, especialmente con respecto a la identificación del origen y el contenido de los datos, siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos plasmados en la ley.

Sobre la evolución de los supuestos basados en tecnologías en trance de progreso o abandono también debo referirme a otros alcances de la expresión “*por Escrito*” y que también ha sugerido la doctrina adaptar a las nuevas herramientas de colaboración basadas en entorno de red. Así, señala el artículo 13 de la Convención de Viena en su aparte de Compraventa Internacional de Mercaderías que, para los efectos de la Convención, la expresión “*por escrito*” comprende el telegrama y el télex; por su parte, la definición de “*escrito*” en los principios Cnudmi refieren a cualquier modo de comunicación que deje constancia de la información que contiene y sea susceptible de ser reproducida en forma tangible. Señalan Jeannette Namén Baquero y Ana María Martínez Granados investigadoras, docentes de la Universidad Externado en publicación de la *Revista e-Mercatoria*, vol. 3, núm. 2 (2004) que para la época en que fueron redactados “la disponibilidad de nuevos medios de comunicación era limitada; actualmente, además del télex y telegramas, se utilizan el fax y el correo electrónico, que deberían ser incluidos en el ámbito de aplicación.... En el ordenamiento colombiano específicamente, se integran como documentos escritos válidos, tales como el e-mail (ley 527 de 1999) y cualquier objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, de acuerdo al artículo 251 del Código de Procedimiento Civil”.

Existe además la necesidad de reiterar el principio de Neutralidad Tecnológica para admitir las herramientas emergentes y convergentes

en Internet, aceptando que toda propuesta de redacción pueden ser muy pronto objeto de revisión o, a lo sumo, de interpretación extensiva cuando sobrevenga la admisión de equivalentes funcionales³³ de origen doctrinario y jurisprudencial en lo tocante al diligenciamiento, asentamiento, conservación y registro mercantil de la información del comerciante en medios electrónicos y telemáticos, como soporte adicional al físico (no exclusivo).

Finalmente, este escenario, seguramente próximo, afectaría principalmente a lo señalado en el artículo 21 de la ley 222 de 1995, en cuyo caso, el “*libro respectivo*” haría las veces de repositorio de datos para las empresas que se acojan voluntariamente a las conveniencias del nuevo soporte amparado en Estampado Cronológico³⁴ para registros y firma digital de las personas que allí intervienen, abonando su respectiva calidad de representante legal, revisor fiscal, secretario, asociado o miembro.

En una reforma a las citadas normas, las redactaría como se expone a continuación:

ARTÍCULO 20. *Otro mecanismo para la toma de decisiones*

33 Especialmente de “libro”, “información contable”, “acta”, “registro”.

34 Las Entidades de Certificación son las personas jurídicas autorizadas y facultadas conforme a la ley 527 de 1999 y el decreto 1747 de 2000 para emitir certificados en relación con las firmas digitales de las personas, ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos, así como cumplir otras funciones relativas a las comunicaciones basadas en las firmas digitales (art. 2° lit. d., ley 527 de 1999)

Serán válidas las decisiones del máximo órgano social o de la junta directiva cuando por escrito o por cualquier otro medio que garantice la autenticidad, todos los asociados o directivos expresen el sentido de su voto. En este evento la mayoría respectiva se computará sobre el total de las partes de interés, cuotas o acciones en circulación o de los miembros de la junta directiva, según el caso. Si los socios o miembros hubieren expresado su voto en documentos separados, éstos deberán recibirse en un término máximo de siete días, contado a partir de la primera comunicación recibida.

El representante legal informará a los socios o miembros de junta el sentido de la decisión, al día siguiente a la recepción de los documentos en los que se exprese el voto.

ARTÍCULO 21. *Actas*

En los casos a que se refieren los artículos 19 y 20 precedentes, las actas correspondientes deberán elaborarse y asentarse en el libro respectivo dentro de los quince días siguientes a aquel en que concluyó el acuerdo. Las actas serán suscritas por el representante legal y el revisor fiscal. A falta de este último, serán firmadas por el Secretario de la sociedad y en su defecto, por alguno de los asociados o miembros.

Parágrafo

Serán ineficaces las decisiones adoptadas conforme al artículo 19 de esta ley, cuando alguno de los socios o miembros no participe en la comunicación simultánea o sucesiva. La misma sanción se aplicará a las decisiones adoptadas de acuerdo con el artículo 20, cuando alguno de ellos no exprese el sentido de su voto o se exceda del término de siete días allí señalado.

C. Diligenciamiento y conservación de la información contable en mensajes de datos para su interpretación y supervisión en medios electrónicos

El mensaje de datos es un medio técnico “adicional” a los previstos en diversas legislaciones mercantiles contables para la conservación de libros y papeles del comerciante tales como microfilmación y otros medios de reconocido valor técnico-contable.³⁵

Este particular se enfrenta hoy a una realidad planteada por el acercamiento a la validez probatoria de aquellos mensajes de datos utilizados por sociedades comerciales que crean, gestionan, editan, archivan y envían este tipo de información a un Proveedor de Aplicaciones y que mantienen sus estados financieros en medio digital para el análisis de los administradores y la supervisión de autoridades por medio de conexión a servidor remoto vía Internet.

Muchos de esos mensajes de datos están siendo observados en forma “transparente” por los entes de supervisión en diligencias admi-

nistrativas o jurisdiccionales practicadas en empresas que tienen a su servicio aplicaciones cuyo proveedor, en régimen de arrendamiento de servicios, les suministra una solución contable que se alimenta a través de Internet.³⁶

El diligenciamiento y conservación de la información contable resulta viable en medios electrónicos al disponer el artículo 128 del decreto 2649 de 1993 la forma de “llevar” los libros, así: “Se aceptan como procedimientos de reconocido valor técnico contable, además de los medios manuales, aquellos que sirven para registrar las operaciones en forma mecanizada o electrónica, para los cuales se utilicen máquinas tabuladoras, registradoras, contabilizadoras, computadores o similares El ente económico debe conservar los medios necesarios para consultar y reproducir los asientos contables [...]”.

Por su parte, la Sección Cuarta del Consejo de Estado³⁷ concluyó que no existe atraso en la contabilidad cuando ésta se halla al día en el *software* (debe entenderse el licenciado y alojado dentro de la sociedad comercial o la solución externalizada y suministrada en re-

35 El Grupo de Estudios en Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones e Informática de la Universidad de los Andes (Autor: Andrés Felipe Umaña Chaux) concluye sobre la derogatoria de los artículos 48 y 60 del Código de Comercio y que, con fundamento en los principios a que hacen referencia los artículos 5, 10 y 12 de la ley 527 sobre reconocimiento jurídico y probatorio de los mensajes de datos, las autoridades administrativas y jurisdiccionales pueden admitir que los libros del comerciante fueren “conservados” en soporte electrónico.

36 Como ejemplos de la prestación de servicios contables electrónicos por medios electrónicos (SAAS) ver: Siigo (<http://www.profitline.com.co/BPO/BusinessProcessOutsourcing/147/arrendamiento-de-software-hardware-sas.html>) y EPM (<http://www.epmbogota.com/?m=noticia&id=81&IDS=23&IDSub=36>)

37 Expediente 14684 del 30 de agosto de 2007. Actor: C&G Consultoría y Gerencia de Proyectos Ltda. M.P. Héctor J. Romero Díaz.

moto por un proveedor de aplicaciones), así no se encuentre impresa en libros y que éste no es un hecho sancionable por organismos de supervisión.

Deriva entonces ahora resaltar la posibilidad que supone la noción de libro en la decisión de la Sala de lo Contencioso Administrativo cuando le adjudica “un carácter amplio que comprende tanto el concepto tradicional de hojas, como las cintas magnetofónicas, microfichas, disquetes y demás documentos que la tecnología ha puesto al servicio de los procesos económicos”, por el valor que comienza a atribuírsele a la equivalencia: “Así, es el concepto amplio de libro que debe tenerse en cuenta cuando quiera que deba calificarse el cumplimiento de la obligación legal de llevar la contabilidad”.

La identidad de medios físicos con los electrónicos,³⁸ de acuerdo con los planteamientos de Superindustria, exige de todas maneras que las formalidades tradicionales deban seguirse observando en el “registro” de los libros, por lo que en este particular resulta conveniente anticiparse a considerar y advertir dos aspectos, en pos de una interpretación favorable al *software* contable como servicio (por sus iniciales en Inglés: *software as a service*, SAAS):

38 Los requerimientos legales son hoy recogidos por los atributos que oferta la tecnología, satisfaciendo las garantías normativas, sin embargo, en Concepto 06076353, Superindustria manifestó “que los comerciantes pueden conservar sus libros y papeles en papel o en cualquier medio técnico, magnético o electrónico siempre que se garantice la reproducción exacta de aquellos, cumpliendo los requisitos de

- 1) Que la generación, edición y envío de la información a sistemas proveedores de la aplicación contable local o por medio de Internet estará asignada a responsables y bajo unos procedimientos sometidos al Control Interno de la sociedad comercial.³⁹
- 2) Que por la significación de los mensajes de datos, es hoy admisible “llevar” o “diligenciar” la información en medios electrónicos con la tecnología que permita identidad funcional con el registro de libros en Cámara de Comercio.

Justamente, el Grupo de Estudios en Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones

idoneidad señalados en la norma arriba transcrita. Ahora bien, teniendo en cuenta que los comerciantes deben inscribir en el registro mercantil todos los libros respecto de los cuales la ley exija esa formalidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 del Código de Comercio, la forma de hacer tal registro está por ahora referida a documentos físicos, en papel, de tal suerte que, aunque es posible conservar los libros en medio técnico, magnético o electrónico —en tanto se garantice su reproducción exacta— su registro presupone la existencia del soporte físico y hasta tanto el registro previo de los libros en un medio diferente al papel no sea posible, deben seguirse llevando en papel aquellos libros cuyo registro sea obligatorio”.

39 Para ampliar información sobre este particular puede acudir a “Empresas Colombianas: Actualidad y Perspectivas” Publicación Multiautor de la Superintendencia de Sociedades, Páginas 123 y siguientes que trata sobre el “Servicio de Aplicaciones y Atribuciones de Supervisión Empresarial”, en el que se destaca, por ejemplo 1) Que la seguridad del sistema está garantizada por la obligación de cumplir con el Acuerdo de Nivel de Servicio, responsabilidad del proveedor SAAS durante todo el tiempo de ejecución del contrato; al igual que mejoras y actualizaciones, 2) La Obligación de administradores y revisor fiscal sobre implementación y seguimiento a medidas de Control Interno y deber de colaboración con las autoridades de Inspección y Vigilancia, 3) Designación de responsables y diseño de métodos para la obtención y edición de información que alimenta la aplicación SAAS, 4) Evitar la posibilidad que una empresa contrate dos aplicaciones contables con el mismo o distinto proveedor SAAS, para abolir infortunada práctica de llevar doble contabilidad.

e Informática de la Universidad de los Andes,⁴⁰ como acreditado interprete del principio del Equivalente Funcional, no admite que las autoridades jurisdiccionales y administrativas argumenten la existencia de normas especiales que regulan formalidades de los actos, tal como es el uso de medios físicos para registros, papel, sellos, foliación o impresiones, con el fin de eludir el valor jurídico que dicho principio otorga al diligenciamiento y conservación de la información contable en medio electrónico.

Se precisa también como consideración adicional para una interpretación favorable de la validez contable en medio digital, que el valor probatorio de los mensajes de datos es relativo a la confiabilidad del proveedor de la aplicación y de su específico sistema de información, teniendo en cuenta todos los factores que considere relevantes conforme a las reglas de la sana crítica (art. 11 de la ley 527 de 1999), como es por ejemplo la idoneidad del proveedor, la implementación y certificación del *software*, la consultora técnico contable y jurídica que la ampara, los métodos de autenticación y sus respectivos atributos (firmas electrónica y digital), etcétera.

Es preciso pues avanzar en la integración de la oferta de Servicios Telemáticos Interactivos por las Cámaras de Comercio, responsables

del Registro Mercantil, apoyado en los pronunciamientos de la sic y Supersociedades bajo los principios de Equivalencia Funcional, Sana Crítica y Control Interno Societario.

II. INCORPORACIÓN DE LOS MENSAJES DE DATOS MEDIANTE INTERPRETACIÓN NORMATIVA EN: CONSTITUCIÓN DE EMPRESAS Y POR RAZÓN DE PACTO ESTATUTARIO EN: COMUNICACIONES EMPRESARIALES⁴¹

La escasa regulación prevista en el Código de Comercio, ley 222 de 1995 y el decreto 2649 de 1993 no descarta usos adicionales de mensajes por Internet pues los nuevos ritos tienen aceptación con base en el principio de autonomía de la voluntad y superando las dificultades que ha soportado el acogimiento de la ley 527 de 1999, después de casi diez años de expedición.⁴²

40 Umaña Chaux, A.F. *Algunos comentarios sobre el principio del equivalente funcional*, Grupo de Estudios en Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones e Informática, Uniandes, 2005.

41 Sigue los lineamientos y propuestas del trabajo de los profesores Del Pozo y Chuliá, iniciadas en la *Revista de Derecho Mercantil-2000*. Se adecuan los comentarios al texto inicial realizado por Miguel Ruiz G. en publicación multiautor sobre "Derecho de Internet". Thomson Aranzadi, 2003, y se recogen también del nuevo pronunciamiento de Vicent Chuliá en 2004 (Universidad Carlos III, Madrid).

42 Legis, revista *Ámbito Jurídico* núm. 281 del 7 al 20 de septiembre de 2009, p. 16 Especial sobre 10 años de la ley de Comercio Electrónico, *Una década avanzando a paso de tortuga*.

Al no encontrar en el libro segundo de nuestro Código de Comercio una normatividad concreta sobre el uso de Internet, las sociedades comerciales en Colombia deben estar a lo dispuesto en la ley 527 de 1999 y demás legislación complementaria sobre el uso de Mensaje de Datos, Firma Electrónica y Firma Digital.

El fundamento de dicha aplicación en las comunicaciones empresariales surge de los siguientes principios primordiales:

1. Consensualidad de la actividad mercantil (artículos 4° y 1602 del Código de Comercio);
2. Propuesta de negocio (arts. 845 y ss. del cco y 14 de la ley 527 de 1999);
3. Valor probatorio de los mensajes de datos (arts. 10 y 11 ley 527 de 1999 y artículos 175 y 251 del CPC);
4. Equivalencia Funcional de escrito, firma, original y archivo (arts. 6°, 7°, 8° y 12 de la ley 527 de 1999).

Adicionalmente, existen otras normas que deben ser consideradas por su convergencia sobre el tema de *Empresa y Mensaje de Datos por Internet*, como son la ley de Racionalización de Trámites (ley 962 de 2005), ley de Protección de Datos (ley 1266 de 2008), Sociedad por Acciones Simplificada (ley 1258 de 2008), ley de TIC (ley 1341 de 2009), el documento Conpes 3620 de 9 de noviembre de

2009 sobre incentivos al Comercio Electrónico, así como los criterios de responsabilidad de administradores sobre la gestión de información (en la rendición de cuentas de corte anual, ley 603 de 2000) y de tecnologías basadas en Internet (Normas sobre Control Interno Societario: arts. 22 y 23 de la ley 222 de 1995).

Cabe agregar que por su *transversalidad*⁴³ o ámbito de aplicación, se podría afirmar que las actividades empresariales en general y específicamente, las sociedades comerciales y empresas unipersonales cuentan, desde 1999, con un sistema legal que sirve también a la interpretación de algunas instituciones societarias; en particular, cuando en ellas se demande el uso de mensajes de datos sobre Internet (ley 527).

A. Constitución de la sociedad comercial o empresa unipersonal por medios electrónicos

La ley 527 de 1999 introdujo modificaciones al régimen contractual en Colombia y da lugar a aceptar la posibilidad de celebrar Contrato de Sociedad a través de declaraciones de voluntad de todas o algunas de las partes, emi-

⁴³ Se trata de un principio que consagra el artículo 1° de ley 527 de 1999, el cual debe ser acompañado con el de *flexibilidad* al reconocer que dicha regulación no abarca todos los pormenores del comercio electrónico pues su vocación maleable no pretende modificar los planteamientos jurídicos en vigencia, mejor, se adapta a ellos, para ampliar el ámbito del comercio y permitir su incorporación al ordenamiento jurídico.

tidas y recibidas en forma de mensajes de datos por sus agentes, esto es, por inversionistas, notarías y oficinas de registro interconectados por redes, servidores seguros y amparados en firma digital.

La legislación admite la constitución de sociedades comerciales en tipos tradicionales, Sociedad por Acciones Simplificada y Empresas Unipersonales por medio de escrito, sea documento público o privado y es que éste es el fundamento o esencia de viabilidad para su constitución electrónica, por lo cual debe partirse por verificar los atributos de aquél como requisito de forma tradicional, es decir, que todos los componentes del conjunto denominado “escrito” puedan ser integrados, soportados y admitidos en mensajes de datos (equivalencia).

En efecto, de acuerdo con autorizada doctrina proveniente del Círculo de Notarios en Madrid,⁴⁴ son fundamentalmente dos las razones por las cuales se exige la forma escrita:

1. mayor conciencia al momento de emitir el consentimiento (se aduce que, la previa lectura de lo escrito implica seguro conocimiento de lo que se va a consentir), y
2. prueba de lo consentido.

IncurSIONANDO EN LA METODOLOGÍA PARA IDENTIFICACIÓN DE EQUIVALENTES FUNCIONALES CORRES-

44 Ruiz-Gallardón, Miguel. *Derecho de Internet*, Obra Multiautor, Bankinter-Thomson Aranzadi, 2003

pondería luego verificar si, admitidas estas dos razones como requisitos de forma tradicional de “escrito”, podrían entonces ser satisfechos también a través de mensajes de datos, a lo cual se responde afirmativamente con la expresa aceptación legal del equivalente funcional estipulado en el artículo 6º de la ley 527 de 1999, con especial cuidado en la protección de personas en situación de inferioridad por disminución física o mental (arts. 101 y 103 CCO),⁴⁵ vista en los países más desarrollados como una medida de amparo a consumidores; en cualquier caso, el requisito de forma tradicional está asociado a que se resalte la necesidad de obtener una clara conciencia sobre lo consentido en el documento, que es la finalidad de “escrito”, lo cual se cumple también con un “mensaje de datos”, con valor probatorio reconocido legalmente y que viene a constituirse en la prueba de lo consentido.

Sin embargo, continúa precisando el Profesor Ruiz-Gallardón, que no basta que el medio físico de escrito público o privado se sustituya entonces por un soporte electrónico. Es necesario, además:

1. que se constate el consentimiento dado por las partes, y

45 Los aportes del incapaz se sujetan a los requisitos de la legislación civil (arts. 1504, 1740, 1741, 1742 y 1746) en especial, a solicitud previa de licencia judicial. Además, si al momento de autenticar el documento constitutivo de la sociedad el compareciente fuere absolutamente incapaz y la incapacidad fuere percibida por el notario o constare en pruebas fehacientes, se debe abstener de prestar el servicio notarial.

2. que dicho consentimiento esté asociado al preciso contenido del respectivo mensaje de datos objeto de equivalencia.

En el caso de documentos objeto de autenticación (escrituras y documentos privados), es preciso acudir al servicio público que implica el ejercicio de la Fe Notarial, para que se revistan de plena autenticidad las declaraciones emitidas ante el notario.

El perfeccionamiento de la escritura pública como instrumento que contiene la declaración del acto jurídico de constitución de sociedades tradicionales, emitidas ante el Notario, con los requisitos previstos en la ley y que se incorpora al protocolo, consta de un proceso dividido en los siguientes procedimientos: *recepción, extensión, otorgamiento y autorización*.

La *recepción* consiste en percibir las declaraciones que hacen ante el Notario los interesados; la *extensión* es la versión escrita de lo declarado; el *otorgamiento* es el asentimiento expreso que aquellos prestan al instrumento extendido; y la *autorización* es la fe que imprime el notario a éste, en vista de que se han colmado los requisitos pertinentes y que las declaraciones han sido realmente emitidas por los interesados, conforme a lo señalado por el decreto 960 de 1970.

En el caso de la Sociedad Anónima Simplificada la denominada autenticidad a que se refiere el parágrafo 1º artículo 5º de la ley 1258

de 2008 hace relación es a la diligencia de reconocimiento de firma y del contenido de documento por parte de quienes hayan suscrito el documento privado de constitución, intervinientes que deben ejercer el derecho de *ruego* para que el notario autorice el reconocimiento que hacen de sus firmas y del contenido de aquél.

Señala el decreto 960 de 1970 que en este caso se procederá a extender una diligencia en el mismo documento o en hoja adicional, en el que se expresen, entre otros: notario ante quien comparecen, nombre e identificaciones de los comparecientes; la declaración de estos de que las firmas son suyas y que el contenido del documento es cierto (art. 68).

Así, con la clara conciencia del texto *público* o *privado* que se firma allí en forma manuscrita, la expresión de conformidad del interviniente con el contenido del mensaje de datos y por tanto, la manifestación de su consentimiento, se constata ahora con la estampación de firma en el respectivo tenor; aquí *Ruiz-Gallardón* asevera que

bastaría cualquier nivel del género Firma Electrónica (desde claves personales hasta firma digital) que relacionara al individuo interviniente con el contenido del mensaje y para la integridad del documento toda vez que el objetivo legal de escrito ya se encontraría satisfecho con la lectura sensata y prudente del sólo mensaje de datos en el acto de la prestación consciente de voluntad de constituir la sociedad, bastaría entonces para firmarlo cualquier contraseña o enunciación de nombre”

pues la legislación foránea, al igual que en Colombia, sólo exige prestarlos por escrito sea documento privado o público (la firma sólo atañe a aspectos probatorios, de autenticidad, artículo 110 cco y art. 5º. par. ley 1258 de 2008).

Nuestro sistema de Derecho Notarial “está regido, ente otros, por el principio de la literalidad [...], la actividad del notario en ejercicio de la función que le es propia, es esencialmente documental, respondiendo a esa función esencial que cumple el notario, los actos por él intervenidos deben constar ordinariamente por escrito”.⁴⁶

En Colombia, la ley 527 de 1999 ha previsto equivalentes de la firma manuscrita, con lo cual veneramos aquella arraigada tradición formalista e identidad de los intervinientes a través de los atributos de seguridad a ella asociados, facilitando su prueba, esto es:

1. integridad del texto original, leído y contenido;
2. autenticidad o vinculación del texto con el autor titular de la firma;
3. no repudio de envío o de recepción.

Tendríamos así una mayor aceptación sobre el valor probatorio de este específico men-

saje de datos, conforme a lo señalado en el artículo 11 de la ley 527 1999, toda vez que, una vez se haya *extendido* el documento público, pueden los constituyentes o declarantes proceder, mediante firma digital, a prestar y emitir su asentimiento expreso sobre el documento extendido, para que lo autorice el notario, dado el cumplimiento de los atributos, ya que las declaraciones, emitidas en entorno telemático seguro, han sido expresadas por quienes son los reales y legítimos interesados.

Los avances de la tecnología si permiten interconectar a los notarios en el proceso de constitución de sociedades y empresas para que intervengan con seguridad jurídica y técnica más allá de la regulación atinente a la copia de la matriz del instrumento que va en soporte físico y que sirve a la formalización de la escritura pública.⁴⁷ Por tanto, de mantenerse el modelo tradicional de constitución mediante escrito,⁴⁸ intervención de notario, oficina de

46 M.P. Humberto Murcia Ballén, Sentencia Sala Casación Civil de junio 3 de 1983.

47 La ley 588 de 2000 autorizó a los notarios en Colombia para transmitir mensajes de datos, por medios electrónicos, ópticos y similares a otros notarios y cónsules, de copias, certificados o constancias de “los documentos que tengan en sus archivos, así como de los documentos privados que los particulares quieran transmitir con destino a otros notarios y cónsules o personas naturales o jurídicas” Aún no puede hablarse en sentido estricto de documento electrónico público; sin embargo, las funcionalidades de la tecnología ya permiten ofrecer que los atributos de la escritura pública sean satisfechos a través de mensajes de datos .

48 El artículo 110 del Código de Comercio estipula que la sociedad comercial se constituirá por escritura pública para funciones de autenticidad en las declaraciones, formación de la personalidad jurídica y no es elemento de existencia del contrato social, definidos previamente en el artículo 98 del mismo estatuto; por su parte, la ley 1258 de 2008 admite la constitución de sociedad mediante documento privado (formalidades propias de la constitución de empresas unipersonales, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo VIII de la ley 222 de 1995, art. 72).

registro y autoridad fiscal, debe contemplarse el principio de equivalente funcional para los tramites subsiguientes a la constitución de la sociedad o la empresa unipersonal soportando también por medios electrónicos la inscripción en el registro mercantil, obtención de NIT y liquidación de impuestos.

La observancia de la legislación específica en materia de notariado y registro⁴⁹ en el contrato de sociedad *no* significa que éste no pueda celebrarse por medio telemático sino que, cuando por dicho medio se constituya usando la interconexión en Red, también es aplicable dicha legislación especial existente, tal como sucede en el canal tradicional o presencial.⁵⁰

49 Con el Registro Mercantil se publicitan datos relacionados con el ejercicio del comercio. La institución ha tenido por objeto la seguridad del tráfico jurídico mercantil y a él se debe acudir si se buscan determinados efectos y garantías jurídicas como es la oponibilidad de actos propios ante terceros. La intervención del registro se impone como límite al principio de la autonomía de la voluntad, independientemente del canal telemático o tradicional por el que se haya dado curso al acto sujeto a inscripción.

50 En Venezuela, la Ley del Registro Público y del Notariado de 2006 incorporó como consecuencia de la implementación de las Tecnologías de la Información y Comunicación:

Artículo 23.- “Todos los soportes físicos del sistema registral y notarial actual se digitalizarán y se transferirán a las bases de datos correspondientes. El proceso registral y notarial podrá ser llevado a cabo íntegramente a partir de un documento electrónico”.

Artículo 24.- “La firma electrónica de los registradores o registradoras y notarios o notarias tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga”.

La consagración de estos dispositivos legales, representa el reconocimiento de las Tecnologías de la Información y Comunicaciones, como mecanismo de agilizar el desarrollo de la actividad registral.

En lo que respecta al artículo 23, se permite que los soportes físicos del sistema registral existente se transfieran al formato electrónico, conservándose en una base de datos, y más allá, se establece que el proceso de inscripción de los documentos en el registro podrá ser llevado íntegramente

Mediante circular 62 de marzo de 2009, la Superintendencia de Notariado ha continuado con su propósito de integrar y mejorar sus servicios con las nuevas tecnologías y ha determinado entre sus objetivos *sistematizar la recepción, administración, organización, conservación, custodia, distribución y manejo de los documentos en forma integral de los archivos de gestión*. La primera fase del proyecto consiste en el levantamiento de información, definición del modelo misional de las oficinas de registro de instrumentos públicos, entre otros, con folio magnético.

Conjugando estos elementos, gravitando sobre el valor probatorio de los mensajes de datos y en el criterio del equivalente funcional considerado como verdadero principio que debe agregarse a los muchos que rigen el De-

a partir del documento electrónico, lo que da lugar a la llamada ficha electrónica. Dentro de las ventajas que se le reconocen a esta ficha de inscripción de documentos en formato digital, se destaca la facilidad para el acceso a la información y la posibilidad de interconexión con otras oficinas de registros y notarias, lo que podría traducirse en mayor seguridad jurídica para los otorgantes y los terceros interesados en el contenido y alcance del documento sometido a inscripción, ya que, con la ayuda de las Tecnologías de la Información y Comunicación, los documentos de los comerciantes estarán en todas partes y se podría acceder a ellos de una manera más sencilla, simplificando las relaciones entre acreedores y deudores.

Por su parte, el artículo 24 consagra la validez y eficacia probatoria que la ley le otorga a la firma manuscrita de los Registradores, a la firma electrónica de éstos. De la redacción de esta norma se puede alcanzar la consagración de la figura del documento público electrónico, lo que se traduce en la posibilidad de que los registradores puedan otorgar fe pública registral a través del empleo del medio electrónico, facultad que hasta la fecha de entrada en vigencia de esta normativa sobre el registro no era posible en el ordenamiento jurídico de Venezuela. (Chacón Gómez, N., *La firma electrónica del registrador mercantil en Venezuela*, XII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, Zaragoza, 2008).

recho Probatorio en Colombia,⁵¹ la doctrina en nuestro País viene afianzando la procedencia de la constitución de sociedades, aún con la formalidad de escritura, mediante el empleo de medios electrónicos, declarando que

Esta última sería la fase o dimensión plena de aplicación del principio en mención, con especial apoyo en lo señalado por los artículos 6º, 7º 8º y 12 de la ley 527, que precisamente emplean en su redacción, la expresión “cualquier norma”, para enfatizar que bajo esta descripción ha de entenderse que si “cualquier norma” requiere que la información conste por escrito o deba ser presentada y conservada en su forma original, dicho requisito se entenderá o quedará satisfecho con un mensaje de datos, siempre y cuando la información sea accesible para su posterior consulta.⁵²

Sin embargo, se considera que ello por ahora no es posible sólo al amparo de la autonomía de la voluntad, pues se presentan criterios reacios que continúan asociando la escritura fundacional al soporte físico en papel así como a la presencia física ante el notario (ley 588 de 2000).

Es un hecho la oferta de servicios de notariado que trascienden y pretenden recoger las necesidades de los empresarios sobre agilidad y ahorros, atendiendo el propósito del legis-

lador en cuanto a seguridad técnica y jurídica en el proceso de intercambio de mensajes de datos, esta vez, en la operación societaria, desde su constitución.⁵³

Sugiriendo su viabilidad a través de nutrida información en experiencia comparada, la Unidad de Asistencia Técnica y Legislativa (UATL) del Congreso de la República (creada mediante ley 1147 de 2007) presentó en septiembre de 2008 un estudio sobre notarias virtuales en Colombia, que incluyó un exposición de antecedentes normativos, información sobre la situación actual y las prácticas relevantes de algunos países, observando, entre otros, que “Aunque Colombia presenta alguna (si bien mínima) legislación referente al uso de herramientas como la firma electrónica por parte de los notarios, esta no es muestra contundente de una legislación que considere imperante la participación de las TIC en el proceso notarial”.

Recomienda el citado estudio que, si bien la legislación colombiana presenta un avance sustancial en términos de utilización de las TIC a nivel gubernamental, “es necesario crear una base jurídica más sólida respecto a la utilización de estas en la fe pública notarial. Asimismo es necesario establecer un marco normativo que establezca los lineamientos de seguridad jurídica”.

51 Umaña Chaux, óp. cit., p. 35.

52 Espinosa Quintero, L., óp. cit., pp. 363 y 365.

53 Ver inferior derecha texto sobre *Constitución de Sociedades* en <http://www.lexcolombia.com/#>

Lo anterior, es contrario a lo afirmado por Umaña Chaux,⁵⁴ quien desde 2005 adujo, con indefectible claridad, *que no se requeriría de norma alguna que permitiera el uso de medios electrónicos para que un notario creara una escritura pública por dicho canal*, pues la misma norma que afirma que la escritura pública debe constar por escrito debe interpretarse a la luz de la existencia de los equivalentes funcionales.

En la aproximación a la viabilidad de constituir sociedades comerciales o empresas unipersonales en Colombia por medios telemáticos como herramienta legal y técnica de contribución a la simplificación⁵⁵ y flexibilización en la regulación del ropaje empresarial, vale anotar, además de la aceptación del escrito privado ante notario, la apertura de nuestra legislación a la fórmula que trae la Sociedad por Acciones Simplificada referencia de Francia (ley 94-1 del 3 de enero de 1994) y Alemania (agosto de 1994), España (ley 7 de 2003), etcétera, con precisos objetivos de fomento, cooperación, así como de flexibilización de requisitos y formalidades habituales de la anónima tradicional, propios para

desarrollar un escenario adicional telemático, con beneficios en promoción de bienestar y ahorro para usuarios de dicho medio.

En el caso de España con la denominada Sociedad Limitada Nueva Empresa que toma como plataforma la sociedad de responsabilidad limitada, basándose en datos estadísticos según los cuales, es el tipo societario mayoritariamente aceptado (72%) y con un porcentaje de disolución más bajo, razones que aconsejaron apoyar esta forma societaria adaptándola a las características de las más pequeñas empresas, ajustando su capital, número de socios, mayor consideración *intuitio personae*, excluyendo participaciones de personas jurídicas y en general, adecuando tanto el derecho como la contabilidad a empresas de menor dimensión y propiciando un escenario de creación en entorno telemático.

Este tipo societario simplificado de España impone a registradores y notarios además de su interconexión en red, plazos máximos de calificación, inscripción, subsanación y expedición de la copia autorizada de la escritura y establece un modelo orientativo de estatutos que facilita la calificación de las escrituras de constitución, etcétera.⁵⁶

54 Umaña Chaux, "Algunos comentarios sobre el principio del equivalente funcional en la ley 527 de 1999". *Revista Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, Bogotá, Uniandes, 2005, pp. 80-81. Disponible en: http://derechoyotics.uniandes.edu.co/pdfs/RI_A3.pdf

55 La creación de una legislación más sencilla en el mercado europeo generó la ampliación de un proyecto de simplificación de normas (SLIM) que implicó proyectar reformas a directivas sobre derecho de sociedades, vigentes desde 1977, en ella se trata, entre otros, sobre la constitución de sociedades anónimas; se partió de la sensación de que varias disposiciones representaban una carga administrativa excesiva y debían ser sustituidas por normas menos gravosas.

56 El artículo 6° de la ley 1258 de 2008 atribuye a las Cámaras de Comercio la función de verificar la conformidad de las estipulaciones del acto constitutivo de la SAS y aquí debe atenderse el llamado desde el derecho comparado para evitar cuellos de botella que ha dado lugar a que en otras latitudes se asigne el control de legalidad al momento en que los socios dan su consentimiento para constituir la sociedad. En la mayoría de países de Europa Continental (por ejemplo, Italia) ese documento previamente controlado por el notario, se deposita telemáticamente en un registro mercantil central único.

Así pues, definida tanto en las tradicionales y principalmente, en las nuevas propuestas empresariales y societarias, la equivalencia funcional de “escrito”, valga enunciar las normas que, desde el punto de vista de la tutela del Gobierno Electrónico en nuestro país, avanzan hacia la permisión de interconexión de los usuarios emprendedores con las autoridades públicas y fedatarias, a saber:

- documento Conpes 3072 del 2000;
- ley 588 de 2000 (Complementada por la resolución 643 de febrero de 2004, Supernotariado),
- ley 962 de 2005;
- decreto 1151 de 2008;
- ley 1341 de 2009.

Además de las citadas normas, la creación telemática de empresas no sería jurídica ni técnicamente viable sin la ley 527 de 1999 y los siguientes precedentes legales esenciales que tratan sobre la *desmaterialización de documentos*: D. 1748/95 que introduce concepto de archivo informático; D. 1094/96. Factura Electrónica equivalente a factura de venta tradicional; ley 270/96, Estatutaria de Justicia: Validez y eficacia documentos cualquiera sea su soporte; D. 1487/99: sistema de declaración y pago DIAN; ley 573/2000: mensajes de datos en administración pública.

Tales precedentes son hoy aquí ratificados para viabilidad de constituir sociedades co-

merciales por medios telemáticos, esto es, para que los trámites necesarios en el otorgamiento e inscripción del escrito de constitución de la sociedad, empresa unipersonal, puedan realizarse a través Internet, estando a lo dispuesto sobre el uso de mensaje de datos y firma digital por parte de notarías, dirección de Impuestos y cámaras de comercio, sin lugar a la expedición de complejas normativas especiales.

Adicionalmente, la interconexión entre Notarios, Dirección de Impuestos, Cámara de Comercio (registro mercantil), constituye la contribución del Gobierno Electrónico a los emprendedores para favorecer la creación de sociedades en el entorno colaborativo que requiere la PYME, permitiéndole un nuevo canal de acceso al trámite de su constitución, aligerando cargas en términos de recursos, dinero y tiempo.

Veamos por ejemplo que el artículo 2º de la ley 1258 de 2008 señala que los atributos inherentes a la personalidad jurídica se obtienen en la SAS desde el momento mismo de la inscripción del documento de constitución de la sociedad y que la sociedad se crea mediante documento privado en el cual conste el contrato o acto unilateral que lo erige, sujeto a tal registro (art. 5º). Por tanto, al suprimirse el requisito de la Escritura Pública (flexibilización impulsada desde la ley 222 de 1995), afirma el profesor Reyes Villamizar que “Se reducen de modo significativo los denominados costos de transacción derivados del proceso consti-

tutivo en la sociedad previstos en el Código de Comercio [...] Las razones que conducen a la supresión de esta formalidad son iguales a las que sirvieron de base a la superación de este trámite en el caso de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada”.⁵⁷

Tal como se consideró con anterioridad, la denominada autenticidad a que se refiere el párrafo 1º, artículo 5º de la ley 1258 de 2008 hace relación es a un verdadero reconocimiento de firma y del contenido por parte de quienes hayan suscrito el documento privado de constitución, a lo cual el citado profesor Reyes Villamizar advierte que “La cámara de comercio, en efecto, debe verificar la identidad del compareciente o de su apoderado y ejercer un cierto control de legalidad sobre las menciones mínimas del documento constitutivo de la empresa”,⁵⁸ control de legalidad que debe respetar la autonomía del o los constituyentes, aún sobre aquellos documentos privados que le fueren remitidos en forma de mensaje de datos para supervisión, registro y publicidad, esto es, sin referencia exclusiva a un formato estatutario único.

57 Reyes Villamizar, Francisco, *La Sociedad por Acciones Simplificada*, 1ª edición, 2009, p. 48. La reducción de costos de transacción también da lugar para que el mismo autor afirme que “Asimismo, las denominadas microempresas pueden encontrar en esta nueva forma asociativa un mecanismo expedito para la formalización de su actividad, por la reducción de costos derivada de la simplificación del proceso constitutivo, la levedad de la estructura orgánica y la posibilidad de pactar salvaguardias para los diferentes accionistas”. (p. 2). “Se avanzó en la flexibilización del proceso de constitución de las empresas, al permitir su formalización mediante documento privado inscrito en el registro mercantil”. (p. 10).

58 Reyes Villamizar. óp. cit., p. 49.

Es claramente tentadora la aptitud de esta novedosa forma asociativa para el medio electrónico pero aún más sugerente la propuesta del autor al afirmar que

[...] Es de esperar que las cámaras de comercio adopten rápidamente un sistema de inscripción y certificación mediante mecanismos electrónicos. La inexistencia de un registro en línea carece por completo de justificación en la época actual, en especial si se considera la difusión de tecnologías de información que permiten la realización de estos procesos con relativa facilidad. Sería muy útil para este propósito que el Gobierno exigiera esta adaptación tecnológica a las cámaras de comercio, para lo cual, podría utilizar las facultades de reglamentación respecto de la ley SAS.⁵⁹

Para la seguridad jurídica en este medio adicional que facilitaría la constitución de formas empresariales cerradas es definitivo el establecimiento de un régimen especial de Firma entre notarios y registradores para el ejercicio de sus funciones públicas y el establecimiento de redes, equipos, funciones lógicas basados en Internet para la interconexión de los dos sistemas,⁶⁰ sustentada en la utilización de firma digital o electrónica entre usuarios públicos, privados con necesario respeto a sus respectivas competencias (empresarios, notarios y registradores) con celeridad y guarda de la seguridad y confidencialidad.

59 Reyes Villamizar. óp. cit., p. 87.

60 Así sucede, por ejemplo, en España (arts. 107 y 108 de la ley 24 de 27 diciembre de 2001) y en Venezuela (arts. 1º y 2º del decreto 1554 del 13 de noviembre de 2001), con la incorporación de los *medios electrónicos* en los *procesos registrales* y *notariales* y el uso de la *firma electrónica* de registradores y notarios.

Mediante el uso de la firma digital y en ciertos casos, con la Firma Electrónica, pueden remitirse documentos públicos y privados notariales, comunicaciones, declaraciones y liquidaciones, solicitudes o certificaciones por Internet por parte de un notario o registrador dirigidas a otro notario o registrador,⁶¹ a la Cámara de Comercio, Superintendencias o a cualquier órgano jurisdiccional, siempre en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio.

B. Comunicaciones, avisos, publicaciones, notificaciones entre la sociedad y sus socios o accionistas

En ejercicio de la autonomía⁶² y libertad de pacto propio de las sociedades, en particular de nuestra figura asociativa anónima simplificada⁶³ y aún, respetando expresas limitacio-

nes legales (normas imperativas) en los tipos que regula el libro segundo del Código de Comercio como sociedades tradicionales, se podría estipular estatutariamente que esta clase de comunicaciones, avisos, publicaciones y notificaciones se realicen utilizando Internet para provecho de su inmediatez, interactividad y principalmente, para el ahorro de costos relacionados con pago de clasificados, publicaciones, papel e impresiones.

A falta de estipulación legal o estatutaria o también cuando el libro segundo del Código de Comercio haga alusión a expresiones tales como “comunicación”, “comunicará” o “escrito” para dejar constancia de una determinada declaración que le atañe al socio, a la sociedad o sus grupos de interés, basta exigir que dicha constancia obre en la respectiva acta o se dirija una nota en papel físico al ente o persona natural respectiva.

Así sucede en los supuestos previstos por el estatuto mercantil en sus artículos 145 (aceptación de los acreedores en la disminución del capital social), 184 (poder para representación ante el máximo órgano social), 389 (indicación del nombre del cesionario cuando se negocia el derecho a la suscripción de acciones), 446 (informes al máximo órgano social sobre la gestión del representante legal y el de revisoría fiscal).

Asimismo, encontramos en la ley 222 de 1995, los artículos 5° (para que el representante legal comunique el acuerdo de escisión

61 Ventanilla Única de Registro (VUR) Es un proyecto estratégico del Gobierno Nacional liderado por la Superintendencia de Notariado y Registro que busca acercar el proceso de registro a la ciudadanía a partir de la facilitación de las relaciones del ciudadano con las entidades vinculadas y la simplificación de los trámites asociados al proceso.

62 Mercedamente, otro de los grandes principios generales que reitera la ley 527 de 1999 (artículo 4°) es el de “autonomía de la voluntad” que consiste en el reconocimiento de la libertad contractual para la propia autorregulación, permitiendo el uso de dispositivos legales (y tecnológicos) para determinar las condiciones de validez de los convenios, a partir de lo cual debe el juez atender y resolver los conflictos entre las partes.

63 Los accionistas pueden adoptar una estructura jurídica flexible para organizar, controlar la sociedad y en este caso, escoger el mecanismo más adecuado para la toma de decisiones y para acordar el contenido de sus estatutos (pp.25 y 62 de obra y autor citados, Sociedad Anónima Simplificada).

a los acreedores sociales), 14 (sobre ejercicio del derecho de retiro) y 70 (el acuerdo de accionistas), al cual también se hace referencia en el artículo 24 de la ley 1258 de 2008.

Así, en los anteriores supuestos cabe hoy también referirnos a la posibilidad de hacer tales comunicaciones mediante uso del correo electrónico de la sociedad, el de los administradores sociales o dejando mensaje en el mecanismo dispuesto en página web de la empresa al efecto, para que sea a través de datos binarios que se entienda surtido el requisito legal, generalmente con fines probatorios.

Por su parte, la sociedad puede hacerlo enviando correo electrónico a la dirección registrada por el socio o accionista en el libro de registro⁶⁴ o a la que sea públicamente conocida del respectivo socio, accionista o interesado.

Como sucede con la constitución de sociedades o empresas unipersonales, está claramente aceptado por la doctrina comparada que el uso del mensaje de datos sí procede en estos eventos por tenerse como efectivamente cumplido, con fundamento en el mismo equivalente funcional de nuestra ley 527 de 1999, el requisito de “escrito” y que otra situación distinta es el aspecto probatorio que implica su uso, por lo que se emplaza a los usuarios de

este canal para que se tenga suma diligencia y cuidado en la preconstitución de la prueba, el uso de la firma digital (art. 28) o, simplemente, una Firma Electrónica (art. 7º).

La Corte Suprema de Justicia en sentencia 2007-00230 del 4 de septiembre de 2007, magistrado ponente, Arturo Solarte Rodríguez, se refirió al Correo electrónico corporativo, atendiendo mensajes de datos transmitidos por correos electrónicos de los trabajadores de una sociedad anónima del sector real, destacando el concepto de documento electrónico y su valor probatorio. Manifestó que los mensajes de datos se asimilan a los documentos tradicionales y que en ese sentido se les debe proporcionar el carácter de prueba, respetando el derecho a la intimidad. La Corte encontró que

los mensajes capturados en la inspección judicial y grabados en los discos compactos [...], se encontraban en las diferentes “carpetas” o “bandejas” de direcciones de correos electrónicos que bien pudieran llamarse “empresariales”, cuya utilización, por tener tal carácter, se entiende, ha de referirse, en principio y primordialmente, a la transmisión de datos relacionados con la actividad de la compañía, sea con terceros ajenos a la misma o entre sus funcionarios o empleados [sic].

Las comunicaciones electrónicas son admitidas aún para el caso en que las partes del contrato social no hubieren previsto con anticipación en los estatutos este tipo de soporte electrónico (y no lo excluyeren expresamente, Ruiz-Gallardón); pues existen otras posi-

64 El Libro de registro de accionistas (Aktienregister) constituye una base de datos en Alemania (art. 67 AktG), cuyo uso está restringido a las actividades propias de la sociedad, y no de terceros.

ciones doctrinarias restrictivas, supuestamente ya superadas con fundamento en el principio de Equivalencia Funcional de escrito que aducían la no liberalidad de la obligación de comunicar cuando estas se realizaban en medios electrónicos, al no haber convenio previo (Del Pozo y Chuliá)

Tiene eco en la doctrina nacional la posición de Ruiz-Gallardón⁶⁵ pues al analizarse este aspecto desde la denominada Teoría Integradora del Contrato y que éste debe ser cumplido sobre un fundamento de lealtad y ética, comprendido y desarrollado en un entorno de buena fe, precisa que

conforme a la estructura de la ley 527 de 1999, no es necesario que las partes, previamente o expresamente, hayan pactado o pacten la fuerza vinculante de dichos medios en sus declaraciones negociales [...] Queriendo significar que esta ley avala el empleo de los medios electrónicos y los mensajes de datos, como idóneos para la formación de la voluntad negocial, sin que previamente las partes hayan discutido su pertinencia y alcance obligacional.⁶⁶

En nuestro entorno resulta preciso reiterar la necesidad de que el soporte electrónico de comunicación sea el adecuado para generar la confiabilidad de que trata el artículo 11 de la ley 527, esto es, conocer si la cuenta de correo no es simplemente nominal sino de uso habi-

tual, que verifique acuse de recibo, que se confronte si el mensaje de datos se transporta por red abierta o cerrada (Internet, Intranet, VPN), que se determinen protocolos de seguridad (firma electrónica, digital, https, SSL, etcétera) y de control interno (como diligencia de buen hombre de negocios), etc., o al menos, que se cumpla con el mínimo deber de obtener asesoría para un mejor proveer del concepto de confiabilidad en este ámbito si es que no se tiene la posibilidad de asimilar rápidamente el estado de la tecnología en calidad de emisores o receptores de este tipo de información.

En consecuencia, resulta pertinente analizar la oferta de servicios de entidades de certificación, de terceros de confianza (arts. 29 y ss. de la ley 527 de 1999) o las herramientas de *software* que contienen funcionalidades con relativa seguridad de envío y conservación, así como el servicio de los propios oferentes tradicionales de cuentas de correo electrónico, sobre firmas electrónicas y estampado cronológico.⁶⁷

Los problemas que genera el tema probatorio no son exclusivos del medio electrónico

65 Ruiz-Gallardón, óp. cit.

66 Espinosa Quintero, óp. cit., pp. 222 y 223.

67 El estampado cronológico es un sistema que permite certificar la fecha y la hora en que se ha realizado una transacción electrónica. Servicio complementario, opcional y separado del servicio de certificación para firma digital, por el cual una entidad de certificación digital suministra, de manera electrónica y a solicitud del suscriptor de un certificado digital, un mensaje de datos firmado digitalmente por la entidad de certificación que permite verificar que otro mensaje de datos generado, transmitido o recibido por el propio suscriptor no ha cambiado desde la fecha y el tiempo del día en que el suscriptor hace la solicitud.

y resultan evidentes también para comunicaciones realizadas por medios tradicionales (escrito físico), situación de la que dan cuenta las quejas o denuncias conocidas por autoridades de supervisión y jurisdiccionales que ponen en entredicho el contenido de éstas, la oportunidad, fecha o el emisor, en trámites de reformas estatutarias, negociación de acciones, derecho de preferencia, acuerdos entre accionistas, etcétera.

Respecto de la información jurídica, contable, financiera y administrativa que debe presentarse para ejercer el derecho de inspección⁶⁸ y su remisión, por correo electrónico o publicación en página web durante el lapso previo a la celebración de la reunión ordinaria del máximo órgano social en que haya de someterse a consideración y aprobación estados financieros de fin de ejercicio, son igualmente ajustables los precedentes argumentos con la propuesta consistente en que tales documentos a cargo del representante legal, contador y revisor fiscal, puedan ser remitidos por mensaje de datos dirigido a la dirección de correo electrónico identificada en el respectivo libro de registro de socios o accionistas y en su defecto, a la dirección pública conocida, en todo caso, con el uso de firma digital.

68 El derecho de inspección se encuentra consagrado en los artículos 369 y 447 del Código de Comercio y 48 de la ley 222 de 1995: Faculta a los asociados para examinar directamente o mediante delegado los libros y comprobantes de la sociedad a efecto de que puedan conocer la situación financiera de la compañía en la cual realizaron sus aportes.

A los socios o accionistas se les puede facultar también para solicitar a la sociedad, por el mismo medio electrónico confiable, la citada documentación, para el ejercicio del derecho de inspección.

De cualquier modo, el mensaje de datos también puede ser motivo de conflictos a dirimir ante el juez de conocimiento con arreglo a las normas de la sana crítica (arts. 11 de la ley 527 y 187 del CPC), pues no se puede desconocer su valor probatorio y si es el caso, no pudiendo impugnarse prácticamente nada en contra del mensaje si éste lleva anexa la firma digital del emisor (art. 28 de la ley 527 de 1999) cuando el requisito de firma era ineludible para realizar determinada comunicación societaria.

Si la firma digital no es requerida para alcanzar tal valor probatorio casi irrefutable, bastará simplemente que se concluya que el mensaje proviene del emisor (socio, accionista, sociedad, interesado), como sucede con los avisos que se publican en diarios de amplia circulación local o nacional, en los que prácticamente no se duda de la operación anunciada ni de la correspondencia entre el contenido del aviso y su legítimo creador.

Es el caso de la ley 222 de 1995, artículo 5° (aviso de escisión) y código de comercio, artículos 174 (aviso de fusión), 232 (aviso a los acreedores en liquidación privada), 249 (aviso a los asociados ausentes una vez aprobada la cuenta final de liquidación), 424 (convocatoria de la asamblea a falta de la previsión de otro medio en los estatutos).

Al efecto, resaltamos la propuesta que desde el 2000 traen los citados autores Del Pozo, Chuliá y Ruiz-Gallardón, que para nuestro medio adquiere plena vigencia -, sobre la necesidad de eliminar la ineficacia propia de los anuncios entre la sociedad y los socios y entre aquella y sus grupos de interés en procesos de fusión, escisión, liquidación privada, transformación, disminución de capital, etcétera.

Ello se cumpliría a través de la implementación de portales interactivos, esto es, con el suministro de un administrador de contenidos⁶⁹ a cargo de las sociedades o empresas unipersonales o también, con la implementación de una base de datos por parte del registro mercantil o la Superintendencia de Sociedades que comprenda toda la información de las sociedades de Colombia⁷⁰ (Deceval, por ejemplo, actúa como tercero que genera confianza al mercado de valores mediante la administración de los mensajes de datos únicos, auténticos y originales que los contienen) con el propósito de que socios y accionistas conozcan y ejerzan los derechos derivados de la adopción de reformas estatutarias con-

sistentes en fusión, escisión, transformación, disminución de capital y de toda aquella decisión de la cual se derive una necesidad de protección de crédito y de las minorías también, susceptible de ser examinadas en remoto por los entes de supervisión.

Las Cámaras de Comercio y la Superintendencia de Sociedades implementarían en sus respectivos portales institucionales vínculos que contengan la información pertinente de las sociedades y empresas unipersonales en Colombia, manteniendo la accesibilidad a dicha información durante todo el tiempo en el que puedan ejercerse los derechos derivados del anuncio o publicación, garantizando la confiabilidad del sistema y su equivalencia funcional con el requisito de publicidad asociado a tales decisiones.

Adicionalmente, las sociedades y empresas unipersonales que cuenten con su respectivo portal corporativo inscrito en el registro mercantil y accesibilidad notificada, al menos, a los socios o accionistas por el medio convenido, deberían publicitar la misma información y hacer un vínculo a la dirección implementada por las autoridades arriba señaladas.

III. CONVOCATORIAS

Aunque en la legislación comparada se encuentran referencias sobre la no procedencia de la equivalencia funcional de aviso en diario de amplia circulación, que regula el artículo

69 El suministro de soluciones en régimen de servicio o arriendo (SAAS) es una herramienta que, por su usabilidad y economía, permite la masificación del Comercio y Gestión Electrónica de las empresas. Consultar www.idc.com

70 Colombia no cuenta con una ley de archivo digital, la ley 594 de 2000 se queda corta en este aspecto. Es importante que las funciones de guarda de archivos digitales sean administrados por el nuevo Ministerio de Tics (propuesta de Marco Pérez U. director del Observatorio de las TIC de la Universidad Externado de Colombia).

424 de nuestro estatuto mercantil,⁷¹ a través de mensaje de correo electrónico dirigido al buzón de correo del accionista, la situación si es admisible en el caso de las limitadas, anónima simplificada y otras de carácter cerrado, mediante su previsión estatutaria, señalando que la Convocatoria se puede entender como surtida cuando se dirige a la dirección electrónica indicada por el inversionista.

Así se estipula en España en la denominada ley de Sociedad Limitada Nueva Empresa (ley 7 de 2003), sin necesidad de pacto estatutario expreso.⁷²

En nuestro contexto el medio escrito tiene su ya renombrado equivalente en mensaje de datos, recomendando que, tanto los socios y accionistas, como la sociedad, se preocupen por elegir y habilitar confiable dirección de correo electrónico en la cual recibir los mensajes, preferiblemente dentro del libro de registro. De todos modos se observa que la intención del legislador, sea cual sea el medio (incluidos el fax, correo certificado, escrito, mensaje de datos, etcétera) siempre pretende que el sistema utilizado para las convocatorias sea el adecuado en el sentido de recibir y conocer el mensaje, previa seguridad de que es el medio aprobado en estatutos.

71 Según el cual: "Toda convocatoria se hará en la forma prevista en los estatutos y, a falta de estipulación, mediante aviso que se publicará en un diario de circulación en el domicilio principal de la sociedad. Tratándose de asamblea extraordinaria en el aviso se insertará el orden del día".

72 Sección IV. Órganos sociales. artículo 138. "[...] pudiendo convocarse...por procedimientos telemáticos que hagan posible al socio el conocimiento de la convocatoria, a través

Si el medio aprobado entonces es el electrónico resulta conveniente que la sociedad haga uso de la equivalencia a que se refiere el artículo 12 de la ley de comercio electrónico con el fin de archivar en este mismo soporte la constancia de recibo por parte del convocado o de los mensajes que demuestren que se hizo uso del medio convenido, tal como sucede con el acuse de recibo (que puede ser rechazado por el receptor) o con el uso de terceros de confianza de que trata la misma ley como son las entidades de certificación, por la necesidad de dar permanencia de largo plazo a los mensajes de datos generados dentro de la actividad empresarial, en su proceso de conservación y archivo con la precisión de hora, fecha, origen, destinatario y todos aquellos atributos de seguridad necesarios para la integridad y autenticidad del documento electrónico (artículos 8º, 9º, 12 y 13 de la ley 527 de 1999).

Por el principio de equivalencia funcional sólo tiene cabida el concepto de escrito y no el de anuncio o aviso en diario que, aunque son igualmente tipos de "escrito" como algunos afirman, sería conveniente a todos los implicados (sociedad y accionista) en términos de costo, accesibilidad y eficiencia, que la situación quedase específicamente solucionada en el sentido de eliminar el criticado anuncio de

de la acreditación fehaciente del envío del mensaje electrónico de la convocatoria o por el acuse de recibo del socio. En estos supuestos, no será necesario el anuncio en el 'Boletín Oficial del Registro Mercantil' ni en ninguno de los diarios de mayor circulación del término municipal en que esté situado el domicilio social".

prensa, para sustituirlo por mensaje de datos al correo electrónico registrado o en la página web de la sociedad durante todo el tiempo de convocatoria y hasta la celebración; inclusive sin dejar de lado la propuesta (Del Pozo, Chuliá, Ruiz-Gallardón) relacionada con la base de datos de todas las sociedades del país que en nuestro medio puede ser administrada y gestionada por la Cámara de Comercio o por la Superintendencia de Sociedades, en orden a una base de datos única, tendencia del gobierno electrónico.

Por lo anterior, el artículo 424 del Código de Comercio podría señalar que toda convocatoria se hiciera en la forma prevista en los estatutos y que, a falta de estipulación, por mensaje de datos dirigido a la dirección de correo electrónico identificada en el respectivo libro de registro de socios o accionistas y, en su defecto, a la dirección pública conocida, en todo caso, con el uso de firma digital.

Tratándose de asamblea extraordinaria en el mensaje de datos se insertaría el orden del día. Quienes legalmente estén facultados para solicitar la convocatoria de la junta de socios o de la asamblea, podrían realizar su solicitud también en mensaje de datos dirigido a la dirección que al efecto haya proporcionado la sociedad, el representante legal o el revisor fiscal, publicitada por el registro mercantil mediante certificado de existencia y representación legal.

Las sociedades y empresas unipersonales que cuenten con su respectivo portal corporativo

y accesibilidad notificada a los destinatarios por el medio convenido deberían mantener publicada la citación desde la fecha de convocatoria y hasta el día hábil siguiente a la fecha de celebración de la reunión.

IV. REPRESENTACIÓN DE SOCIOS O ACCIONISTAS

Señala el artículo 184⁷³ del Código de Comercio el procedimiento mediante el cual pueden los socios hacerse representar en las reuniones del máximo órgano social. Se pretende aquí verificar su equivalente en mensaje de datos con el propósito de eficiencia, seguridad y ahorros cumpliendo la formalidad de escrito, autenticidad y recepción de la comunicación por parte de la sociedad que celebrará reunión de asamblea o de junta de socios.

Por tratarse de una formalidad que se cumple mediante escrito, este requisito viene hoy día a ser cubierto por el medio electrónico (art. 6° de la ley 527); sin embargo, es necesario entonces proceder a verificar, en el mismo soporte electrónico, el otorgamiento del poder y su vigencia, en donde es imprescindible asegurar el establecimiento de una especie de protocolo virtual, una base de datos, en donde conste

73 Estipula que: “Todo socio podrá hacerse representar en las reuniones de la Junta de Socios o Asamblea mediante poder otorgado por escrito, en el que se indique el nombre del apoderado, la persona en quien éste puede sustituirlo, si es del caso, la fecha o época de la reunión o reuniones para las que se confiere y los demás requisitos que se señalen en los estatutos.

Los poderes otorgados en el exterior sólo requerirán las formalidades aquí previstas”.

la constitución y vigencia del poder o su revocación, por lo cual resultan también ajustables los comentarios que en párrafos precedentes se hace sobre la seguridad y autenticidad de los documentos electrónicos, sugeridos por el Círculo de Notarios de Madrid.⁷⁴

Para obtener seguridad de que el representado efectivamente confirió el poder se recomienda que sea a través de mensajes con firma digital (y de sus atributos de autenticidad, integridad y no repudio) el medio por el que se ofrezca mayores niveles de certeza de los que actualmente se verifican, dando paso a que en el futuro se amplíen las posibilidades de representación en sociedades con capital abiertas, cuyo mercado de capital se incentiva hoy en Colombia a través de un Consejo Directivo para su promoción como alternativa de financiación empresarial, creada mediante resolución 0792 de 2008 del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

No obstante la posibilidad de adoptar actualmente esta herramienta que soporta el mecanismo de representación de socios o accionistas, a través de mensajes de datos, firma digital y entorno seguro de comunicaciones dispuesto por la sociedad y sus inversionistas para conocer oportunamente la concesión o revocación de poderes, también aquí es conveniente suscitar una propuesta de regulación para las sociedades tradicionales que prevea el envío del mensaje de datos a la dirección o vínculo pro-

porcionado por la sociedad (portal corporativo), en los que se verifiquen los otorgamientos o anulaciones de poderes, sustituyendo el artículo 184 del Código de Comercio, para que todo socio o accionista pueda hacerse representar en las reuniones de junta de socios o de asamblea, además del poder físico tradicional, por mensaje de datos suscrito con firma digital y dirigido al correo electrónico de la sociedad o empresa unipersonal, en el que se indique el nombre del apoderado, la persona en quien éste puede sustituirlo, si es del caso, la fecha o época de la reunión o reuniones para las que se confiere y los demás requisitos señalados en los estatutos. La revocación del poder también podría realizarse por estos medios.

Las sociedades y empresas unipersonales que contaren con su respectivo portal corporativo con accesibilidad notificada a los destinatarios por el medio convenido, podría mantener un vínculo en el que se permita comunicar, en entorno seguro, el otorgamiento y revocación del poder, desde el día de la citación a la respectiva reunión y hasta el día hábil siguiente a la fecha de su celebración.

Los poderes otorgados en el exterior también requerirían las mismas formalidades.

Finalmente, en provecho del artículo 17 de la ley 1258 de 2008, para la regulación estatutaria de la representación a través de apoderado puede considerarse plenamente una representación electrónica de varias formas como podría ser por ejemplo que el accionis-

74 Ruiz-Gallardón, óp. cit.

ta que quiera hacerse representar enviara correo electrónico al buzón o al administrador web de la sociedad, indicando la constitución del apoderado y demás requisitos legales y estatutarios; previniendo los mecanismos de seguridad necesarios para garantizar la existencia de su otorgamiento como su vigencia (portal corporativo con un vínculo específico sobre poderes y revocatorias, terceros de confianza, estampado cronológico).

V. CONCLUSIONES

Son los propios empresarios, administradores sociales, inversionistas (socios, accionistas, empresario unipersonal) y grupos de interés (proveedores y trabajadores) quienes tienen en su haber la facultad de utilizar y explotar los mensajes de datos en la operación de negocios, en el ejercicio del derecho de Inspección, en las deliberaciones y demás comunicaciones empresariales, salvo que, por acuerdo expreso y en ejercicio de su autonomía, decidan apartarse del uso de estos medios alternativos de expresión de la voluntad, conforme a lo señalado por los artículos 4° y 14 de la ley 527 de 1999.

Cumplidos diez años de vigencia de la denominada Ley de Comercio Electrónico, que otorga valor probatorio a los mensajes de datos, más que discusión y elaboración de proyectos de reforma, se requiere mantener la persistencia que ha demostrado el sector Gobierno en la consolidación de la inversión de recursos e implementación de infraestructuras necesarias para el enlace interinstitucional que permita la constitución de sociedades comerciales y empresas unipersonales por medio telemático. Así lo confirman prudentes y autorizados estudios sobre la implantación del documento electrónico en el entorno empresarial en el que, más que corregir el marco legal de la ley 527, precisa mejor concentrarse en los grandes temas de institucionalidad que comprendan asegurar el amparo de bienes jurídicos tutelables, como es la protección del consumidor, datos y contenidos, tributación, etc., que aseguren el respaldo del sistema de justicia al usuario y lograr la consiguiente confianza del sector productivo, principal destinatario de la ley.

La constitución de nuevas entidades de servicios de certificación en Colombia viene extendiendo el número de usuarios de firmas electrónicas y digitales dado que la competencia entre los oferentes viene proyectando, de una parte, *íntegra difusión de conocimiento* sobre las firmas como valor numérico o como método de identificación, armónico con los niveles de seguridad e identidad requeridos y de otra, una significativa *reducción de costos con más valores agregados*, por lo cual, germina una importante señal de apertura a la masificación de su uso.

Es una realidad en nuestro país la infraestructura legal y técnica para introducir certeza en el intercambio de comunicaciones por mensaje de datos, sólo que deben complementarse con portales interactivos y de administra-

ciones necesarias para el enlace interinstitucional que permita la constitución de sociedades comerciales y empresas unipersonales por medio telemático. Así lo confirman prudentes y autorizados estudios sobre la implantación del documento electrónico en el entorno empresarial en el que, más que corregir el marco legal de la ley 527, precisa mejor concentrarse en los grandes temas de institucionalidad que comprendan asegurar el amparo de bienes jurídicos tutelables, como es la protección del consumidor, datos y contenidos, tributación, etc., que aseguren el respaldo del sistema de justicia al usuario y lograr la consiguiente confianza del sector productivo, principal destinatario de la ley.

ción de contenidos, por parte de empresarios, apoyados por una base de datos que comprenda la información de todas las sociedades en Colombia. Servicios como el estampa- do cronológico y el archivo y conservación de documentos electrónicos a través de terceros de confianza previstos en la ley 527 de 1999, ofertados por entidades de certificación, se fundan en que determinado mensaje de datos no tiene otro de su especie y que proviene directamente de certificable identidad: autor o emisor que lo ha generado y enviado.

Bibliografía

- ESPINOSA QUINTERO, L., *La adaptación del ordenamiento jurídico colombiano a la contratación por medios electrónicos: Análisis desde la perspectiva del Derecho Comparado*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2008.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, VICENT CHULIA, Francisco, "Internet y Derecho de Sociedades. Una primera aproximación", en *Revista de Derecho Mercantil* núm. 237, 2000.
- MATEU DE ROS, Rafael, LÓPEZ-MONIS GALLEGO, Mónica. *Derecho de Internet. Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. capítulo IV (Alberto Alonso Ureba y Arístides J Viera González), capítulo XI (Miguel Ruiz- Gallardón), capítulo XVI (María Isabel Barreiro Fernández), Editorial Aranzadi, 2003.
- REVISTA ÁMBITO JURÍDICO NÚM. 281. *Especial sobre 10 años de la Ley de Comercio Electrónico. Una década avanzando a paso de tortuga*. Bogotá, Legis, p. 16.
- REYES VILLAMIZAR, Francisco, *La sociedad por acciones simplificadas*, 1ª edición, Bogotá, Editorial Legis, 2009.
- UMAÑA CHAUX. A.F., *Algunos comentarios sobre el principio del equivalente funcional*, Bogotá, Grupo de estudios en Comercio Electrónico, Uniandes, 2005.
- VV. AA., *Internet, comercio electrónico & telecomunicaciones. Grupo de Estudios en Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones e Informática de la Universidad de los Andes*, Bogotá, Legis, 2002.
- Recursos Web citados y en línea durante septiembre y octubre de 2009:
- <http://www.lexcolombia.com/#>
- www.profitline.com.co/BPO/BusinessProcessesOutsourcing/147/arrendamiento-de-software-hardware-sas.html
- www.epmbogota.com
- http://web.presidencia.gov.co/sp/2009/septiembre/08/doing_colombia.pdf
- <http://www.notariado.org/publicaciones/escritura/numeros/58/01.htm>