



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

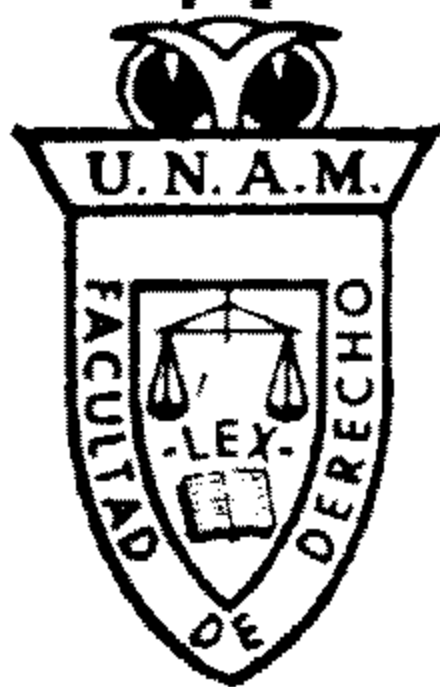
FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

**“LA VALIDEZ DE LAS ASAMBLEAS DE
ACCIONISTAS Y SESIONES DE CONSEJO DE
ADMINISTRACION EN LA SOCIEDAD ANONIMA
CELEBRADAS POR MEDIOS ELECTRONICOS”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
FRANCISCO JOSE FUENTES SOSA**



ASESOR: MTRO. JORGE ZALDIVAR VAZQUEZ

MEXICO, D. F.

2005



m341344



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Agradecimientos y Dedicatorias

*Lo más importante, agradezco a Dios por darme
vida, salud y una familia.*

*A mi madre la señora María Teresa Araceli Sosa Huelgas,
por estar siempre conmigo.*

*A mi padre el señor Francisco Braulio Fuentes Miranda, por haberme
inspirado en un inicio para estudiar esta carrera.*

*A mi abuelito Pepe y a mi abuelita Nena,
quienes siempre me apoyaron.*

Nombre: Francisco Braulio Fuentes Miranda
Código: 123456789
NOMBRE: Francisco Braulio Fuentes Miranda
FECHA: 12/12/2023
FIRMA: [Firma manuscrita]

A mis hermanos.

A mis tíos Lula, Alejandro, Víctor y Andrea.

A mi escuela, La Universidad Nacional Autónoma de México.

A todos mis maestros, y en especial:

*A mi maestro de obligaciones, el Licenciado Fausto Rico Álvarez,
Notario número 6 del Distrito Federal.*

A mi maestro de Filosofía, el Doctor Javier Saldaña Serrano.

*A mi maestro de Derecho Penal, el Licenciado José Pablo Patiño Souza,
por su apoyo y amistad.*

*Al Licenciado Jorge Saldivar Vázquez, por su apoyo y orientación
en la elaboración de la Tesis.*

*Al Doctor Alberto Fabián Mondragón Pedrero, Director del Seminario de
Derecho Mercantil, por la guía y el apoyo siempre disponibles.*

*Al Doctor Víctor Zamenfeld, maestro de Derecho Comercial de la Universidad
de Buenos Aires, por sus comentarios y reflexiones acerca de esta tesis.*

*A María Ely Alatraste Herver, por todo el amor y apoyo incondicional,
y a su familia.*

A mis amigos, y en especial:

A Adriana Alcántara

Eduardo Lomelí

Paola Martínez

Lisette García Sabino

Alina Orozco y

Marcela Cervantes.

*A Daniela Bustamante, por su cariño
y apoyo.*

*Al Licenciado José Antonio Manzanero Escutia,
Notario número 138 del Distrito Federal.*

*Al Licenciado Mario E. Vivanco Paredes, Notario número 67 del
Distrito Federal, por la guía, el consejo y el gran apoyo
que siempre me ha brindado.*

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO PRIMERO. LA SOCIEDAD ANÓNIMA	3
1.1 ANTECEDENTES	3
1.1.1 EDAD MEDIA	8
1.1.2 SIGLOS XVII Y XVIII	9
1.2 LA SOCIEDAD ANÓNIMA MEXICANA	11
1.2.1 EL CÓDIGO DE COMERCIO	16
1.2.2 LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES	18
1.3 CARÁCTERÍSTICAS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA	20
1.3.1 CONCEPTO DE SOCIEDAD ANÓNIMA	37
1.3.2 ELEMENTOS, DENOMINACIÓN, OBJETO, DOMICILIO, DURACIÓN, CAPITAL SOCIAL Y ACCIONES, APORTACIONES DE LOS SOCIOS Y NACIONALIDAD	39
1.3.3 ÓRGANOS SOCIALES. LA ASAMBLEA. LA ADMINISTRACIÓN. LA VIGILANCIA.	51
1.3.4 EL ESTATUTO. REGLAS DE ORGANIZACIÓN, FUNCIONAMIENTO, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN.	55
1.3.5 LOS ACCIONISTAS	57
1.3.5.1 DERECHOS PATRIMONIALES	58
1.3.5.2 DERECHOS SOCIALES O CORPORATIVOS	58
1.3.5.3 OBLIGACIONES	59
CAPÍTULO SEGUNDO. LA ASAMBLEA DE ACCIONISTAS Y EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN	62
2.1 LA ASAMBLEA DE ACCIONISTAS	63
2.1.1 CONCEPTO DE ASAMBLEA DE ACCIONISTAS	63
2.1.2 CLASES Y COMPETENCIA DE LAS ASAMBLEAS	66
2.1.2.1 CLASES O TIPOS DE ASAMBLEAS	66

2.1.2.2 COMPETENCIA DE LAS ASAMBLEAS _____	68
2.1.3 CONVOCATORIA A LAS ASAMBLEAS _____	72
2.1.4 INTEGRACIÓN DE LA ASAMBLEA _____	77
2.1.5 FUNCIONAMIENTO DE LA ASAMBLEA _____	81
2.1.6 APLAZAMIENTO DE LA VOTACIÓN _____	84
2.1.7 FORMALIDADES DE LAS ASAMBLEAS _____	85
2.1.7.1 ACTA DE LA REUNIÓN _____	88
2.1.8 NULIDAD E IMPUGNACIÓN DE LAS ASAMBLEAS _____	92
2.1.9 ASAMBLEAS INEXISTENTES _____	93
2.2 EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN. ADMINISTRADOR ÚNICO Y CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN _____	94
2.2.1 CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN. CONCEPTO _____	95
2.2.2 CARACTERÍSTICAS, REQUISITOS, FUNCIONES Y RESPONSABILIDADES DE LOS ADMINISTRADORES _____	96
2.2.3 LAS SESIONES DE CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN _____	105
2.2.3.1 CONVOCATORIA. _____	106
2.2.3.2. TIEMPO DE REUNIÓN _____	107
2.2.3.3 LUGAR DE REUNIÓN _____	107
2.2.3.4 FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO _____	108
2.2.3.4.1 QUÓRUM DE ASISTENCIA, PRESIDENCIA Y SECRETARÍA _____	108
2.2.3.4.2 QUÓRUM DE VOTACIÓN Y VOTO DE CALIDAD _____	110
CAPÍTULO TERCERO. LA FIRMA ELECTRÓNICA _____	114
3.1 LA FIRMA AUTÓGRAFA _____	115
3.1.1 CONCEPTO _____	116
3.1.2 CARACTERÍSTICAS _____	117
3.1.3 ELEMENTOS FORMALES Y FUNCIONALES _____	118
3.2 FIRMA ELECTRÓNICA _____	120

3.2.1 EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA _____	122
3.2.2 EN LATINOAMÉRICA _____	124
3.2.3 EN EUROPA _____	127
3.2.4 A NIVEL INTERNACIONAL _____	131
3.3 LEGISLACIÓN MEXICANA ACTUAL _____	132
3.3.1 CÓDIGO CIVIL FEDERAL _____	133
3.3.2 CÓDIGO DE COMERCIO _____	134
3.3.2.1 PRINCIPIOS Y EFECTOS JURÍDICOS _____	134
3.3.2.2 VALOR PROBATORIO _____	137
3.3.2.3 CONCEPTOS RELACIONADOS _____	137
3.3.2.4 PRESTADORES DE SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN ____	144
3.3.3 REGLAMENTO DEL CÓDIGO DE COMERCIO EN MATERIA DE PRESTADORES DE SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN _____	150
3.3.4 NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-151-SCFI-2002, PRÁCTICAS COMERCIALES-REQUISITOS QUE DEBEN OBSERVARSE PARA LA CONSERVACIÓN DE MENSAJES DE DATOS _____	153

**CAPÍTULO CUARTO. LA VALIDEZ DE LAS ASAMBLEAS DE
ACCIONISTAS Y SESIONES DE CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN EN
LA SOCIEDAD ANONIMA, CELEBRADAS POR MEDIOS
ELECTRÓNICOS _____**

4.1 LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS _____	159
4.1.1 CONCEPTOS RELACIONADOS Y DIVERSAS CLASES DE MEDIOS ELECTRÓNICOS _____	160
4.2 PRESENCIA VIRTUAL, QUÓRUM, PARTICIPACIÓN Y VOTACIÓN REAL A TRAVÉS DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS, Y SU CONFIRMACIÓN POR MEDIO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA ____	165
4.3 PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LAS REUNIONES A DISTANCIA _____	172

4.4 MECANISMO RELATIVO A LA REUNIÓN CELEBRADA POR MEDIOS ELECTRÓNICOS	179
4.4.1 REUNIÓN MEDIANTE VIDEOCONFERENCIA O TECNOLOGÍA SIMILAR	180
4.4.2 ADOPCIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS DE ACUERDOS SIN SESIÓN	181
PROPUESTA DE REFORMAS A LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES	185
CONCLUSIONES	191
BIBLIOGRAFÍA	194

INTRODUCCIÓN

La tesis que presento para obtener el Título de Licenciado en Derecho tiene como objetivo proponer una serie de reformas a la Ley General de Sociedades Mercantiles para adaptarla a la época de la Revolución Tecnológica en que se vive.

El derecho, para poder tener plena eficacia, debe estar acorde a la realidad. El legislador mexicano de los siglos XIX y XX no conoció los actuales medios electrónicos. Gracias a estas nuevas formas de comunicación, accesibles actualmente a la gran mayoría de la gente, la presencia física de las personas, como requisito para la toma de decisiones en los órganos colegiados de la Sociedad Anónima, y de las sociedades en general, es prescindible.

En el primer capítulo de este trabajo estudiaré primeramente a la Sociedad Anónima, sus antecedentes, la legislación mexicana sobre el tema y las características fundamentales de esta persona moral.

El segundo capítulo versará sobre el análisis de la Asamblea de Accionistas y del Consejo de Administración como órganos de decisión de la Sociedad, haciendo especial énfasis en los requisitos para su integración, deliberación y funcionamiento.

Posteriormente, en el tercer capítulo se analizarán dos figuras de reciente regulación en México, como son: la Firma Electrónica y los Prestadores de Servicios de Certificación, siendo estos últimos los encargados de dar certeza jurídica al certificar que una firma electrónica ha sido creada por el emisor de la misma usando las claves y los medios electrónicos adecuados.

Para ello hablaré sobre la firma en general, su concepto, características y elementos, y así después estudiaré a la firma electrónica, haciendo comentarios referentes a distintas legislaciones en el mundo sobre el particular, y finalmente se analizará la reciente legislación mexicana.

De tal manera que en el último capítulo y derivado de la interrelación entre los órganos de la Sociedad Anónima y las figuras relacionadas con los medios electrónicos de comunicación, estaré en posibilidades de sustentar la validez de las Asambleas de Accionistas y las Sesiones de Consejo de Administración, cuando se celebren por medios electrónicos.

CAPÍTULO PRIMERO.

LA SOCIEDAD ANÓNIMA

1.1 ANTECEDENTES

EL CONTRATO DE SOCIEDAD EN EL DERECHO ROMANO

Para comenzar a tratar el tema de la sociedad mercantil, debo empezar con el nacimiento del contrato de sociedad. El maestro GUILLERMO FLORIS MARGADANT, en su obra "Derecho Privado Romano" afirma que el contrato de sociedad era: "... por el cual dos o más personas ponían en común determinados objetos o sus energías, o una combinación de objetos y energías, para dedicarse a determinadas actividades, no necesariamente económicas, y repartirse los resultados".¹

¹ MARGADANT S., Guillermo Floris. "EL DERECHO PRIVADO ROMANO". 26ª EDICIÓN. EDITORIAL ESFINGE. MÉXICO 2003, p. 421.

Se trataba de un contrato bilateral o multilateral, de buena fe. Las partes se obligaban a hacer la aportación convenida y a cuidar los intereses de la sociedad. Pero como los socios debían conocerse íntimamente, ninguno podía reclamar al otro más de lo que, en vista de sus cualidades especiales, podía esperarse de él. De ahí que cada socio se asociaba con una persona considerada como “buen amigo suyo”, cuyos defectos conocía. Este rasgo de la sociedad romana concuerda con la teoría de que el origen de esta institución es un último reflejo de la herencia indivisa, la cual formaba entre los hermanos una sociedad con cuotas hereditarias “no puestas en movimiento”, que duraba hasta que uno de los hermanos ejerciera la acción divisoria.

Además, cada socio que obtuviera una ganancia para la sociedad, estaba obligado a entregar a los demás una porción de la misma, según la clave convenida para distribuir los resultados. Por otra parte, cada socio tenía la obligación de contribuir a las pérdidas sufridas por los demás en los negocios celebrados para la sociedad. La sociedad romana, salvo raras excepciones, no era una persona jurídica, un centro de imputación de derechos y deberes; tenía una eficacia interna, no externa. Los terceros únicamente tenían que ver con el socio que celebraba un negocio con ellos, y los efectos benéficos o perjudiciales de cada negocio realizado repercutían, en primer término, en el patrimonio del socio que lo había llevado a cabo. De ahí el deber de éste de distribuir las ganancias, y la facultad que tenía para recuperar una parte proporcional de las pérdidas.²

Para el maestro MARGADANT, como la sociedad antigua no tenía personalidad, las aportaciones de bienes hechas por los socios no eran

² Cfr. MARGADANT S., Guillermo Floris. Op. cit. p. 421.

transmisiones a la sociedad, sino que solían convertirse en copropiedad de los socios, o eran objeto de un comodato o de un mutuo, según lo que convenían los interesados. El reparto de pérdidas y ganancias se hacía por partes iguales, salvo acuerdo en contrario, y si se había previsto una manera peculiar o específica para el reparto de las ganancias, las pérdidas se distribuían en la misma proporción, salvo pacto en contrario. De igual modo podía pactarse que algunos socios nunca participarían de las pérdidas, pero el pacto que excluía a algún socio de las ganancias quitaba a la sociedad su carácter original para convertirla en una donación.³ El derecho moderno adopta una posición algo distinta frente a tales sociedades “leoninas”,⁴ y las declara nulas; lo cual se puede corroborar con el artículo 2696 del Código Civil Federal y con el artículo 17 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que transcribo:

Artículo 2696 del Código Civil Federal: Será nula la sociedad en que se estipule que los provechos pertenezcan exclusivamente a alguno o algunos de los socios y todas las pérdidas a otro u otros.

Artículo 17 de la Ley General de Sociedades Mercantiles: No producirán efecto legal las estipulaciones que excluyan a uno o más socios de la participación en las ganancias.

Para el Derecho Romano, la sociedad formada con un fin ilícito o delictuoso era declarada nula, de modo que la aportación hecha por cada socio era un pago de lo indebido, que podría recuperarse. Dicha sanción de la ley, por la ilicitud en el objeto, coincide en el derecho mexicano actual; según el artículo 2692 del Código Civil Federal y el artículo 3º la Ley General de Sociedades Mercantiles, que se transcriben:

³ Cfr. *Ibidem*, p. 422.

⁴ La Real Academia Española define el término “Leonina” como sigue: “Dícese del contrato oneroso en que toda la ventaja o ganancia se atribuye a una de las partes, sin la equitativa conmutación entre estas. Dícese de pactos o condiciones de carácter despótico” DICCIONARIO ESENCIAL DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2ª Edición, Editorial Espasa Calpe, Madrid 2001, p.666.

Artículo 2692 del Código Civil Federal: Si se formare una sociedad para un objeto ilícito, a solicitud de cualquiera de los socios o de un tercero interesado, se declarará la nulidad de la sociedad, la cual se pondrá en liquidación...-

Artículo 3° de la Ley General de Sociedades Mercantiles: Las sociedades que tengan un objeto ilícito o ejecuten habitualmente actos ilícitos, serán nulas y se procederá a su inmediata liquidación, a petición que en todo tiempo podrá hacer cualquier persona, incluso el Ministerio Público, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar...

En cuanto a la administración de la sociedad, por regla general todos los socios tenían igual derecho a participar en ella; pero, en la práctica, se solía nombrar – en el mismo contrato de sociedad o por mandato posterior – administradores. En lo relativo a las partes sociales, cada socio podía ceder su parte social a un tercero, pero para los demás socios tal cesión era una *res inter alios acta*, que no estaban obligados a reconocer. Lo mismo podía decirse de una subsociedad que formara un socio con un tercero respecto a su parte en la sociedad, alegando que *el socio de mi socio no es mi socio*.⁵

En el Derecho Romano, se distinguen dos sociedades universales y dos particulares.⁶

Las universales eran:

- a) La sociedad de todos los bienes que tuvieran los socios; por ejemplo, la formada entre los hijos de familia que no querían dividir la herencia de su padre.
- b) La *societas quaestus*, que comprendía todas las adquisiciones obtenidas por el esfuerzo propio de los socios; por tanto, comprendía

⁵ Cfr. MARGADANT S, Guillermo Floris. Op. cit. p. 422.

⁶ Cfr. Ibídem, p. 423-424.

herencias, legados o donaciones. Esta sociedad era frecuente entre cónyuges que no se habían casado "*cum manu*."⁷

Las particulares eran:

- a) La sociedad que tenía por objeto determinada clase de negocios.
- b) La sociedad para la explotación de una cosa determinada.

Los deberes de los socios se reclamaban mediante la *actio pro socio*, de carácter infamante, que implicaba automáticamente la disolución de la sociedad. Una colaboración tan íntima y basada en confianza mutua, no debería continuar con el estigma de una acción judicial que uno de los socios hubiera intentado contra otro.

La sociedad se extinguía por las siguientes causas:

- a) Por pérdida de su objeto material o por imposibilidad de realizar su fin.
- b) Por la muerte o por pérdida de capacidad jurídica, o concurso de un socio. Por tratarse de un contrato *intuitu persona*, a nadie podía obligársele a continuar una sociedad con los herederos del socio difunto. La cláusula por la cual una sociedad continuaría con los herederos de algún socio difunto era, inclusive, nula.
- c) Por la voluntad de los accionistas. Si todos los accionistas estaban de acuerdo en disolver la sociedad, se está en presencia del caso común y corriente del "disenso" que anulaba el "consenso" original. Ahora bien, en materia de sociedades, se permitía inclusive que ésta fuera liquidada por la voluntad de algunos socios y hasta de uno solo. Se presentaba así el caso excepcional de una renuncia, que anulaba, por

⁷ *Ibidem*, p.199. Si el matrimonio romano se celebraba *cum manu*, la mujer salía del dominio o de la *manus* del original *paterfamilias*, y entraba en el dominio del marido o del *paterfamilias* del marido; le correspondía el lugar de una hija de su propio cónyuge. Por el contrario, si el matrimonio se celebraba *sine manu*, la mujer no estaba bajo el poder del marido.

acción unilateral, lo que había nacido de un acuerdo bilateral o multilateral, con lo que se derogaba el principio de: "... *nihil tam naturale est, quam eo genero quicquid disolvere quo colligatum est*, o sea, que... por regla general, las situaciones jurídicas se deshacen de un modo semejante a como fueron constituidas: una ley debe ser modificada por otra ley;...y un contrato bilateral, únicamente por la voluntad de ambas partes."⁸

- d) Por la acción de división, producto de la acción pro socio. A causa del esencial ambiente de fraternidad dentro de la sociedad, no se quería que continuara una sociedad con el trauma de una acción pro socio.

El maestro ROMÁN IGLESIAS afirma que:

La sociedad no tuvo gran desarrollo en Roma, probablemente porque el *paterfamilias* acostumbraba administrar sus bienes a través de la división que de ellos hacía en peculios, entre sus hijos o entre sus esclavos, limitando así su responsabilidad hasta el importe del peculio.

Sólo en tres casos reconoció el Derecho Romano a la sociedad –*societas*– como persona jurídica, con capacidad de goce y de ejercicio, independientemente de la personalidad y de la capacidad de cada uno de los socios. Estos casos se refieren a las sociedades que explotaban minas, salinas y también a aquellas que se formaban para arrendar el cobro de los impuestos: las llamadas sociedades de publicanos (*societas vectigalis publicanorum rerum*).

Lo anterior probablemente se debe a que en los tres casos mencionados el interés social trascendía al de un grupo de personas y afectaba también a la comunidad en su totalidad.⁹

1.1.1 EDAD MEDIA

El maestro MIGUEL ACOSTA ROMERO,¹⁰ al tratar los antecedentes de la sociedad anónima, señala que en la Alta Edad Media se habló de

⁸ *Ibidem*, p. 424.

⁹ IGLESIAS GONZÁLEZ, Román y MORINEAU IDUARTE, Marta. "DERECHO ROMANO". 4ª EDICIÓN EDITORIAL OXFORD UNIVERSITY PRESS. MÉXICO 2003, p. 191-192.

“fraternidad” y “hermandad” como una comunidad que desbordaba la familia y respondía al modelo de organización para explotar alguna actividad mercantil en común, así algunos fueros municipales reconocieron la agrupación de algunas personas dedicadas a una actividad determinada (Fueros de Zamora y de Daroca).

En el siglo XII, ya parte de la Baja Edad Media, el desarrollo del comercio marítimo y terrestre propició la aparición de las primeras sociedades mercantiles en las Repúblicas del Norte de Italia y en las ferias de Champagne, principalmente en el comercio de la banca y así se habló de la Sociedad general y ordinaria, y de la comenda (sociedades de personas en nombre colectivo que respondían solidaria y subsidiariamente con todos los bienes de los socios de las operaciones de la Sociedad).

1.1.2 SIGLOS XVII Y XVIII

El maestro JORGE BARRERA GRAFF señala que:

La SA, con sus características propias, o sea, división de capital social en acciones, responsabilidad limitada de sus socios (accionistas), transmisión fácil de sus acciones, y con ello cambio de socios, y la posibilidad muy amplia y frecuente de que la administración esté a cargo de terceros, sólo surge a mediados del siglo XVII, en que se organizan con esas notas las compañías para el comercio con las Indias, primero en Holanda, en Inglaterra y Francia después.¹¹

Por su parte ACOSTA ROMERO, como antecedentes de la sociedad mercantil moderna en el siglo XVIII, comenta que:

¹⁰ Cfr. ACOSTA ROMERO, Miguel y LARA LUNA, Julieta Areli. “NUEVO DERECHO MERCANTIL”. 2ª EDICIÓN. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2003, p. 326.

¹¹ BARRERA GRAFF, Jorge. “INSTITUCIONES DE DERECHO MERCANTIL”. QUINTA REIMPRESIÓN. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2003, p. 387.

Las grandes compañías que fueron organizadas y operadas por los gobiernos de Holanda y Francia, tenían el monopolio del comercio con las colonias de ultramar y de algunas funciones administrativas y hasta judiciales como en el caso de Inglaterra. En Francia la reglamentación fue evolucionando, la Ordenanza de Colbert reglamentó la Sociedad en Comandita y la Sociedad General que apareció en Italia del Norte.

En España. Las Ordenanzas de Bilbao (1737) regulan en forma específica por primera vez la compañía mercantil, sin embargo, anteriormente hubo manifestaciones del Contrato de Compañía tanto en Castilla como en León.

En Castilla se comenzó a perfilar el tratamiento jurídico de la Sociedad como contrato de carácter consensual con tendencia progresiva a la forma escrita. Su objeto no era muy claro, pero se supone que debía ser lícito y generalmente abarcaba las actividades de algún gremio u oficio y algunas tenían por objeto cobrar la recaudación de tributos del poder público, conocidas como "compañías vectigales"¹²

El maestro ROBERTO MANTILLA MOLINA,¹³ al tratar los antecedentes históricos de la Sociedad Anónima, coincide con los autores citados y afirma que ésta surge verdaderamente cuando se intentan grandes empresas de descubrimiento y colonización de nuevas tierras, y para ello se organizan las Compañías Holandesas de las Indias, entre otras, que no solamente perseguían finalidades económicas sino políticas. En estas sociedades es en las que se origina la estructura de la actual sociedad anónima.

Por su parte, el jurista JORGE BARRERA GRAFF¹⁴ opina que el surgimiento de la Sociedad Anónima coincide con el nacimiento del capitalismo, que impuso la creación de empresas comerciales, para cuya fundación y funcionamiento se requerían muy grandes capitales, y la limitación de la responsabilidad de los socios a la cuantía de sus aportaciones. El desarrollo del capitalismo hasta la fecha, se logra a través de la Sociedad Anónima, que ha constituido su instrumento más idóneo,

¹² ACOSTA ROMERO, Miguel y LARA LUNA, Julieta Areli. "NUEVO DERECHO MERCANTIL". Op. cit. p. 326.

¹³ Cfr. MANTILLA MOLINA, Roberto. "DERECHO MERCANTIL". 29ª EDICIÓN, 11ª REIMPRESIÓN. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2003, p. 342.

¹⁴ Cfr. BARRERA GRAF, Jorge. Op. cit. p. 388.

sobre todo al permitir la fácil transmisión de las acciones representativas del capital social de los socios fundadores a terceros, ya sea a través de acciones al portador (que se transmiten mediante su simple entrega), o de las nominativas (que además de la tradición requieren el endoso del documento).

Durante la primera etapa del capitalismo, con el desarrollo industrial y comercial de los principales países europeos, las primitivas Sociedades Anónimas se mantienen como sociedades privadas que aunque igualmente requerían la concesión estatal, poco a poco fueron extendiendo sus actividades para satisfacer las nuevas exigencias de la burguesía que comenzaba a destacar. Tal situación perduró hasta fines del siglo XVIII, durante el período anterior a la Revolución Francesa y a la Independencia de las colonias de América, que se inició en 1787 en los Estados Unidos de América y a partir de las dos primeras décadas del siglo XIX en las colonias españolas.

1.2 LA SOCIEDAD ANÓNIMA MEXICANA

En México a partir de la independencia se continuaron aplicando algunas leyes españolas como Las Siete Partidas, la Novísima Recopilación, las Ordenanzas de Bilbao y algunas disposiciones posteriores como el Código de Comercio Español de 1829 y la Ley española de Enjuiciamiento Civil de 1855.

El doctor MIGUEL ACOSTA ROMERO recalca que:

-... ni la Constitución Federal de 1824, ni las centralistas de 1835-1836 y las de 1843 y la Constitución Federalista de 1857, tuvieron disposiciones sobre materia mercantil, y se

consideró que esta materia estaba reservada a la legislación estatal, no obstante que en 1854 se expidió el Código de Comercio conocido como Código Lares, en honor a su autor Don Teodosio Lares, y no se precisó si tenía el carácter de Federal o no. Este código de comercio reguló el comercio terrestre y el marítimo, y compañías de comercio, la Sociedad Colectiva, la Comandita y la Anónima. Puede afirmarse que su vida fue efímera y fue aplicado en algunos Estados de la República hasta 1884.¹⁵

En virtud de la influencia española, italiana y francesa, entre otras, que existe en las leyes mercantiles, me referiré, en este punto, al nacimiento de la legislación comercial mexicana a partir de legislaciones del siglo XIX de estas naciones, comentando leyes y códigos de ellas como antecedentes relevantes de nuestro sistema jurídico y sus aportaciones a la Sociedad Anónima Mexicana actual.

Para lo anterior, seguiré las ideas del maestro BARRERA GRAF,¹⁶ quien afirma en su obra, al hablar sobre el origen y desarrollo de la Sociedad Anónima, que el Código de Comercio francés de 1808 (conocido como Código de Comercio de Napoleón), al recoger la fuerte corriente costumbrista que ya se había manifestado en las Ordenanzas de Luis XIV de 1673 y 1684, por primera vez reglamentó, al lado de la Sociedad en Nombre Colectivo y de la Sociedad en Comandita, a la Sociedad Anónima, que así denominó porque en el nombre de la sociedad, no debía incluirse el nombre de los socios, y por el hecho de que éstos cambiaban constantemente, e inclusive, sin su conocimiento, a través de la transferencia de las acciones al portador.

El Código de Comercio de Napoleón tuvo sólo diez artículos que trataban de la Sociedad Anónima; en él se exigía expresamente para la existencia de la

¹⁵ ACOSTA ROMERO Miguel, GARCÍA RAMOS, Fernando de A. y GARCÍA ÁLVAREZ, Paola. "TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES, CON ÉNFASIS EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA". EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2001, p. 6

¹⁶ Cfr. BARRERA GRAF, Jorge. Op. cit. p. 388-392.

sociedad, la autorización del Rey. Con esta aprobación, que se realizaba en un acto público, se autorizaba que las acciones fueran al portador, y se estableció la responsabilidad limitada de los socios; admitiendo que los administradores (considerados simples mandatarios temporales y revocables), no fueran socios. Con lo anterior, se fijaron las bases de la moderna Sociedad Anónima, y que, en virtud de la Ley francesa del 24 de julio de 1867 se eliminó la necesidad de autorización a cargo del Poder Público.

Algunos de los principios del Código galo, comenta el autor, fueron copiados en España, por el Código de Comercio de Sainz de Andino de 1829, el cual, requería la autorización del tribunal de comercio para el efecto de su constitución, y la del Rey solamente en casos de reformas al estatuto. Ese Código no acogió las acciones nominativas o al portador, sino que el carácter del socio y su derecho podrían representarse por cédulas, sujetas a un régimen ciertamente complejo. Estableció ciertas normas de notoria relevancia, que incluso aún existen en los ordenamientos mercantiles, como la exigencia de la escritura pública (de cualquiera de los tipos de sociedad que dicho Código reglamentó), los datos que la escritura debía contener, la publicidad de la sociedad y de sus reformas, la personalidad en ciernes de la sociedad, las reglas de distribución proporcional de utilidades y pérdidas; el principio de la responsabilidad por daños ocurridos en los intereses de la compañía, por dolo, abuso de facultades o negligencia grave de uno de los socios.

La importancia de este Código estriba en que influyó, a su vez, en el primer Código de Comercio de México en 1854, el que, sin embargo, estableció un régimen corporativo más claro y sistemático, así como algunas reglas propias de las cuales las más importantes, a juicio de BARRERA GRAF,

son: el nombre de la sociedad, “anónima o por acciones” y la declaración terminante, (más precisa que la correspondiente del Código español), de que “la responsabilidad de cada socio llega hasta donde alcance el valor de la acción o acciones que tenga”; la obligación de inscripción y del registro de la compañía cuyo incumplimiento motivaba que “no surtiera efecto alguno en perjuicio de terceros”; y en fin, el reconocimiento de las Sociedades Irregulares.

En Francia se dictó una ley especial de sociedades el 24 de julio de 1867, que con algunas reformas estuvo en vigor prácticamente un siglo, hasta la ley vigente de 1966. En esa ley, se otorgó el reconocimiento de la personalidad de la Sociedad Anónima, prescindiendo de la previa autorización oficial para la constitución de sociedades, como señalé en párrafos anteriores. Se indicaba claramente que las acciones eran negociables; se fijó en siete el número mínimo de socios; la asamblea de accionistas tenía competencia exclusiva para nombrar administradores, que debían ser accionistas, y comisarios, y para modificar los estatutos; se adoptó también, el principio mayoritario, y se fijó el quórum de asistencia en las asambleas, en fin, se regulaba el sistema del capital variable. Esta ley de 1867, que en realidad fue la primera en el mundo que reguló sistemáticamente a la Sociedad Anónima, fue seguida por los Códigos de Comercio italiano de 1882 y español de 1885, todos los cuales influyeron decisivamente en los códigos mexicanos de 1884 y 1889, así como en ley de sociedades anónimas mexicana de 1888.

La ley francesa de 1867 se derogó y en su lugar entró en vigor la ley del 24 de julio de 1966, un ordenamiento prolijo y farragoso —a decir del maestro BARRERA GRAF— (pues tenía 509 artículos), y en el cual a las sociedades por acciones se dedican más de la mitad de los artículos, y en la que

resaltan las disposiciones penales, las acciones de nulidad, la prohibición de negociar las acciones con anterioridad a la inscripción de la Sociedad Anónima en el registro, disposiciones sobre acciones a los trabajadores, capitales mínimos de quinientos mil francos si la sociedad ofrece sus acciones al público y de cien mil si no lo hace, el “derecho de veto” respecto al Consejo de Administración, aunque no respecto a las asambleas; las acciones de voto plural; restricciones en el caso de información privilegiada; la concurrencia del Consejo de Administración y de un Directorio si lo establece el pacto; y sobre el Consejo de Vigilancia.

El Código de Comercio italiano de 1882, sobre cuyo modelo se formuló la vigente Ley General de Sociedades Mercantiles, dedicó a la Sociedad Anónima 65 preceptos, además de múltiples disposiciones generales aplicables tanto a este tipo social como a los demás. Vinculó el objeto de las “sociedades comerciales”, a uno o varios actos de comercio; previno que el contrato de sociedad debía ser escrito, y contener varios requisitos; impuso responsabilidad solidaria e ilimitada a los socios, promotores y administradores, que actuaran a nombre de la sociedad antes de su protocolización y registro; dictó reglas expresas y amplias sobre la constitución simultánea y la sucesiva de la Sociedad Anónima, sobre cada uno de los órganos sociales, la asamblea de accionistas y sobre el órgano de vigilancia; reguló a las acciones y a las obligaciones emitidas por ellas, así como al balance social. Reservó capítulos amplios para la exclusión de socios, a la disolución de sociedades, a la fusión y a la liquidación.

Por otro lado, señala BARRERA GRAF¹⁷ que el Código de Comercio español de 1885, apartándose del Código de 1829, no siguió al reciente

¹⁷ Cfr. Ídem

italiano de 1882, ni la ley francesa de 1867. Sus principales aportaciones fueron: atribuir personalidad a todas las sociedades mercantiles, en lo que influyó en las leyes mexicanas; establecer el principio que recogió artículo 88 de la mexicana Ley General de Sociedades Mercantiles, de que la denominación de la Sociedad Anónima será distinta a la de cualquiera otra, si bien, adecuada al objeto de la especulación que hubiera elegido; admitió que las acciones que se crearan o emitieran fueran nominativas o al portador, y estableció el régimen propio de cada una de ellas.

1.2.1 EL CÓDIGO DE COMERCIO

El Código de Comercio mexicano de 1884 reglamentó a la Sociedad Anónima en sus artículos del 527 al 588. Esta reglamentación fue relativamente modesta en relación con la generalidad de las obras legislativas de tal época. El legislador no obtuvo definiciones legales completas y sistemáticamente ordenadas como en otras normas jurídicas.

En esta reglamentación, comenta el maestro WALTER FRISCH PHILIPP,¹⁸ "... se manifiesta una concesión del legislador demasiado amplia a favor de la autonomía de la voluntad de los particulares". Para mencionar ejemplos al respecto, cita el artículo 564 del Código, según el cual "...las juntas generales tendrán las atribuciones que establezcan los estatutos...", y el artículo 555, conforme al cual "toda modificación en los estatutos de la compañía se verificará en la forma prescrita en ellos...".

¹⁸ FRISCH PHILIPP, Walter. "LA SOCIEDAD ANÓNIMA MEXICANA". 3ª EDICIÓN. EDITORIAL HARLA. MÉXICO 1994, p. 15.

Esta amplia libertad, parece en la actualidad casi incomprensible debido a que estamos acostumbrados a que el creador de reglamentaciones legales sobre la Sociedad Anónima se sirva, en cuanto a las competencias de sus órganos, de normas imperativas y limita así, en ciertos puntos, la libertad de las partes en forma estricta, como debe corresponder a todo principio protector relativo a sociedades de capitales, cuyas acciones circulan rápida y fácilmente, de lo cual resulta la obligación del legislador de proteger a adquirentes futuros de acciones, contra normas estatutarias perjudiciales a tales adquirentes. De ello se dio cuenta el legislador moderno y creó un gran número de normas imperativas. Además, se refirió a tal necesidad en la exposición de motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles.¹⁹

El 10 de abril de 1888 se publicó la Ley de Sociedades Anónimas con la que se derogó la reglamentación del Código de Comercio comentada en el párrafo anterior, producto de la necesidad imperante de modernización de todo orden jurídico.

El 1º de enero de 1890 entró en vigor el actual Código de Comercio, que en sus artículos del 163 al 225 reglamentó a la Sociedad Anónima. Por medio de estas disposiciones se derogó la Ley de 1888. Sin embargo, la vida tan corta de la ley mencionada no se debió a sus inconveniencias, sino solamente al deseo comprensible del legislador de reunir las normas relativas a la Sociedad Anónima en el mismo Código de Comercio de 1889, ya que se preservó fielmente el texto completo de la Ley de 1888 en los artículos citados del Código.

¹⁹ Cfr. FRISCH PHILIPP, Walter. Op. cit. p. 15-16.

De este desarrollo jurídico histórico se infiere que la Ley General de Sociedades Mercantiles en vigor tuvo, desde el punto de vista sustancial, dos precursores en cuanto a la reglamentación de la Sociedad Anónima desde la federalización del derecho mercantil en México.²⁰

1.2.2 LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES

La Ley General de Sociedades Mercantiles mexicana, del 28 de julio de 1934, fue creada por el Poder Ejecutivo en uso de las facultades extraordinarias conferidas por decreto emanado por el Congreso de la Unión, el 28 de diciembre de 1933, con el objeto de expedir un nuevo Código de Comercio y las leyes especiales en materia de comercio y de derecho procesal mercantil, según lo expresó el Poder Ejecutivo en el acto de promulgación y publicación de dicha Ley. El decreto del congreso fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de enero de 1934 y se limitó a conferir las facultades antes citadas, sin decir, nada acerca del contenido de la Ley aludida.

De lo expuesto resulta que el Congreso de la Unión efectuó una delegación para legislar sin haber creado de manera alguna el contenido de la multicitada Ley. Esto fue inconstitucional y con ello también su producto; es decir, la Ley General de Sociedades Mercantiles, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1934.

Según el artículo 49 de la Constitución General de la República, en relación con los artículos 50 y siguientes, y 73 de la misma Carta Magna, el Congreso General tiene competencia exclusiva de legislar, entre otras

²⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 17-18

materias, en comercio, el cual es materia federal. Esta regla general tiene solamente las excepciones previstas en los artículos 29 y 49 constitucionales. Es decir, sólo respecto de la concesión de facultades extraordinarias para legislar en el caso de la suspensión de garantías y en materia de comercio exterior (artículo 131), el Congreso Federal no tiene sólo la facultad de legislar sino también la obligación, de manera que no puede autorizar en forma abstracta que se legisle. Además, conforme al artículo 49, transcrito a continuación, salvo los casos previstos en los artículos 29 y 131, "un individuo solo", jamás puede ejercer la actividad de legislar.

Artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.

Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su parte conducente: "El Congreso tiene facultad para:
... X.- Para legislar en toda la República sobre...comercio...-

La situación constitucional expuesta existía ya antes de la reforma del artículo 49, publicada en agosto de 1938, dado que ésta no proporcionó nuevo contenido a la disposición constitucional aludida, sino que acentuó la prohibición ya existente de delegar la facultad legislativa.

La opinión del doctrinario FRISCH PHILIPP acerca de la inconstitucionalidad de la ley mercantil en cuestión es acorde a la de FELIPE TENA RAMÍREZ, sobre la inconstitucionalidad de las leyes creadas por delegación del tipo de referencia; igualmente es acorde con el criterio de la Corte, que sostiene en una Tesis del Pleno del año de 1967:

...son inconstitucionales las concedidas (hablando de las facultades extraordinarias), al Gobernador de un Estado por el Congreso del mismo fuera de los casos permitidos por la Constitución Federal y Local (Estado de Veracruz)". En esta Tesis la Suprema Corte expuso: "Así como no pueden reunirse dos o más de los poderes federales en una sola persona o corporación, salvo en los casos de facultades extraordinarias concedidas al Ejecutivo de la Unión, previstas por los artículos 29 y 131 de la Carta Fundamental porque así lo dispone el artículo 49 de la misma."²¹.

Por lo que atañe a la constitucionalidad actual de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el maestro FRISCH PHILIPP opina lo siguiente:

El Congreso Federal tiene constitucionalmente la posibilidad de subsanar el nacimiento inconstitucional de la Ley citada, de tal modo que una Ley puede considerarse como constitucional con efectos retroactivos. En efecto, en nuestra opinión el Congreso tiene la facultad de efectuar ratificaciones posteriores, no para conceder, empero, una delegación previa en el sentido antes referido. En caso de ratificación posterior conoce el contenido de las normas, en tanto que en caso de la delegación previa, carece de tal conocimiento. En el último caso, se trataría por tanto, de una autorización "en blanco", en contradicción con el art. 49 de la Constitución, según el cual el Congreso debe formar el contenido de las leyes.

Ahora bien, en el caso de la Ley que se comenta, se puede afirmar que el Congreso Federal la ratificó con el efecto de convalidación retroactiva mencionado. Podemos afirmar que sí se llevó al cabo tal subsanación, en virtud de las diversas reformas que el Congreso ha hecho a la Ley General de Sociedades Mercantiles. Estas reformas deben considerarse como una ratificación implícita, aunque unívoca de la Ley. En efecto, solamente se pueden reformar normas si simultáneamente se reconoce en forma implícita, por parte del legislador, la existencia jurídica de la norma reformada, de lo contrario la reforma se encontraría en el "aire", carecería de base, ...por lo tanto, resumiendo, la ley de la materia es actualmente constitucional, aunque en su nacimiento haya sido inconstitucional.²²

1.3 CARACTERÍSTICAS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Antes de iniciar el estudio de la Sociedad Anónima y sus características, primeramente trataré el tema de la Sociedad como persona y sus atributos; más adelante hablaré de la Sociedad como contrato, sus características y clasificación; posteriormente distinguiré entre el Contrato de Sociedad Civil y

²¹ FRISCH PHILIPP, Walter. Op. cit. p.18.

²² Ibidem, p. 19

el Mercantil, para finalmente adentrarme en la Sociedad Anónima como persona moral que nace en un contrato, regulado en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

La Real Academia Española define el término Persona como: "Ser sujeto de derecho". El vocablo "ser" en una de sus acepciones significa: "cualquier cosa creada". Por lo tanto, se puede afirmar que la Sociedad, desde el punto de vista jurídico, es un Ser sujeto de derecho, esto quiere decir que es un ente capaz de tener facultades y deberes.

El concepto Persona se divide en dos: se denomina a los seres humanos "personas físicas" y a los seres creados en el mundo jurídico, capaces de tener un patrimonio, se les denomina "personas morales" o "personas jurídico-colectivas".²³ En este último rubro entran, entre otras, las sociedades, tanto las civiles como las mercantiles.

El Código Civil Federal reconoce a las personas físicas y su capacidad como tales, desde el momento en que el individuo es concebido, y enumera quienes son personas morales.

Artículo 22. La capacidad de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código."

Artículo 25.- Son personas morales: I. La Nación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios; II. Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley; III. Las sociedades civiles o mercantiles; IV. Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal;...-

²³ Se hace la aclaración de que el presente trabajo se valdrá del término "personas morales" indistintamente con el de "personas jurídico-colectivas", ya que la doctrina emplea ambos conceptos, y el Código Civil, entre otras disposiciones legales, las denomina PERSONAS MORALES. En lo particular considero que las dos expresiones son correctas.

El maestro EDUARDO GARCÍA MAYNEZ, al dar el concepto jurídico de persona afirma que, "...se da éste nombre a todo ente capaz de tener facultades y deberes."²⁴ Comenta el autor que la noción de persona, suscita diversos problemas; uno de ellos estriba en definir ¿qué son los sujetos de derecho?

La persona física, o como también la llama el doctrinario GARCÍA MAYNEZ, la persona jurídica individual, es el Hombre, el Ser Humano. De acuerdo a la concepción tradicional, el ser humano, por el simple hecho de serlo, posee personalidad, si bien es cierto que bajo ciertas limitaciones impuestas por la ley (edad, uso de razón, etcétera), este principio no ha sido siempre reconocido; un ejemplo es la institución de la esclavitud. En los sistemas que la aceptan, o la aceptaban, el esclavo no es sujeto de derecho, sino objeto de relaciones jurídicas especiales, es decir, es una cosa.²⁵

Respecto a las personas morales o personas jurídico-colectivas, la más difundida de las teorías acerca de éstas, es la teoría de la ficción, cuyo representante más destacado es el alemán Savigny, quien afirma que las personas morales o colectivas son: "seres creados artificialmente, capaces de tener un patrimonio". El razonamiento de Savigny es el siguiente: "persona es todo ente capaz de tener obligaciones y derechos; derechos sólo pueden tenerlos los entes dotados de voluntad; por tanto, la subjetividad jurídica de las personas colectivas o morales, es resultado de una ficción, ya que tales entes carecen de albedrío".²⁶ Por esta razón, nuestro Código Civil, en su artículo 27 indica que las personas morales

²⁴ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. "INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO". 56ª EDICIÓN. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2004. p. 271.

²⁵ Cfr. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Op. cit. p. 275.

²⁶ SAVIGNY citado por GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Op. cit. p. 279.

obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, sea por disposición de la ley o conforme a sus estatutos.

El maestro RAFAEL ROJINA VILLEGAS al tratar el tema de las personas morales dice: “ El derecho, no sólo ha reconocido que el hombre es el único sujeto capaz de tener facultades y deberes; también a ciertas entidades que no tienen una realidad material o corporal, se les ha reconocido la capacidad jurídica de tener derechos y obligaciones y poder actuar como tales entidades...”²⁷

La persona moral puede ser definida como “toda unidad orgánica resultante de una colectividad organizada de personas o de un conjunto de bienes y a los que, para la consecución de un fin social durable y permanente, es reconocida por el Estado una capacidad de derechos patrimoniales”.²⁸

Una vez tratado el concepto jurídico de persona, tanto física como moral, hablaré brevemente de las características o atributos que tiene cada una de ellas. Cabe señalar que existe una correspondencia entre los atributos de la persona física y los de la moral, exceptuándose lo relacionado con el estado civil, que sólo puede darse en las personas físicas, ya que deriva del parentesco, del matrimonio, del divorcio o del concubinato.

1).- En primer término, está la persona física, que tiene los siguientes atributos:

²⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael. “COMPENDIO DE DERECHO CIVIL I, INTRODUCCIÓN, PERSONAS Y FAMILIA”. 34ª EDICIÓN. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2004. p. 75.

²⁸ *Ibidem*, p. 155.

i) capacidad, ii) estado civil, iii) patrimonio, iv) nombre, v) domicilio y vi) nacionalidad.

A continuación expondré brevemente cada uno de ellos, siguiendo al jurista ROJINA VILLEGAS,²⁹ para posteriormente, referirme a los atributos de la persona moral.

1. CAPACIDAD. Es el atributo más importante de las personas. Todo sujeto de derecho, por serlo, debe tener capacidad jurídica; ésta puede ser total o parcial. La capacidad se divide en capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Todo sujeto la tiene, pues si se llegase a suprimir, desaparecería la personalidad por cuanto que impide al ente la posibilidad jurídica de actuar. Por tanto, se afianza con estas ideas, el principio de que *todo hombre es persona*. Y lo corroboramos con el texto del artículo 22 del Código Civil, transcrito con anterioridad. De la misma manera, nuestra legislación indica que la capacidad termina cuando termina la persona, es decir, con la muerte. Con la excepción del que es declarado ausente; pues en este caso, la personalidad termina cuando se decreta la presunción de muerte. Y con la interesante posibilidad de que se readquiriese la personalidad, con la aparición del declarado ausente y presuntamente muerto.

La capacidad de ejercicio, por su parte, supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre

²⁹ Véase ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. cit, p. 154-169.

propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales. Para el caso de que un sujeto no goce de esta capacidad, existe la institución de la representación, como figura auxiliar de la incapacidad de ejercicio.

Siguiendo las ideas del maestro ROJINA VILLEGAS, se afirma que *la regla es la capacidad de ejercicio*, es decir, existiendo la de goce, debe existir la de ejercicio, excepto para los menores de edad y para los que sufran perturbaciones mentales o carezcan de inteligencia. La incapacidad, por tanto, considerada una excepción, debe estar declarada expresamente por la ley.

Ahora bien, no obstante que un sujeto sea capaz plenamente para contratar, en ocasiones se requiere de una capacidad especial para realizar determinados actos jurídicos: por esto se debe diferenciar entre la capacidad general, que tienen los mayores de edad en pleno uso y goce de sus facultades mentales, y la capacidad especial que requiere la ley para llevar a cabo ciertos actos. En algunos actos jurídicos, no basta tener capacidad general por ser mayor de edad, sino la posibilidad jurídica de disponer de los bienes de que se trate. Verbigracia, en el contrato de compraventa, además de tener la capacidad general, se debe ser propietario del bien objeto del contrato para venderlo o contar con facultades de actos de dominio para obrar por cuenta del titular de ese bien.

2. ESTADO CIVIL. Este atributo de la persona es considerado como la situación jurídica concreta que guarda un sujeto en relación con la familia. Sus fuentes son como se anotó anteriormente: el parentesco, el matrimonio, el divorcio y el concubinato.

El estado civil puede existir como una situación jurídica calificada con todas las características de la legitimidad, por realizarse los supuestos formativos constitutivos de la misma, o como una situación de hecho, que en lo absoluto carezca de legitimidad, pero que no obstante ello, atribuya a su titular un comportamiento, trato, fama y posición semejantes al estado legítimo. De aquí que el derecho reconozca esta situación real y la tome como supuesto jurídico capaz de producir consecuencias semejantes a las del propio estado del cual se tiene sólo la posesión.

Para ampliar un poco estas últimas ideas, ROJINA VILLEGAS transcribe en su obra, el artículo 321 del Código Napoleón, que al respecto de la posesión de estado civil, dice:

La posesión de estado se justifica por el concurso suficiente de hechos que indiquen la relación de filiación y parentesco entre un individuo y la familia a la que pretende pertenecer. Los principales de estos hechos son: que el individuo haya usado el apellido del que se supone sea su padre; que éste le haya tratado como a hijo, suministrándole en este concepto lo necesario para su educación, mantenimiento y colocación definitiva; que públicamente haya sido como su padre, y que haya tenido el mismo concepto para la familia.³⁰

El estado civil de las personas origina determinados derechos subjetivos, unos patrimoniales y otros no valorizables en dinero. Tales son los derechos a heredar en la sucesión legítima, de exigir alimentos y de llevar el apellido de los progenitores.

3. PATRIMONIO. El maestro ERNESTO GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ define este atributo de la personalidad como "el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de una persona, pecuniarios y morales, que forman una

³⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. cit. p. 172.

universalidad de derecho.”³¹ Dentro del patrimonio pecuniario, se encuentran los bienes y derechos (patrimonio activo) y las obligaciones o deudas (patrimonio pasivo).

4. NOMBRE. El diccionario de la Real Academia Española define este concepto como: “*Palabra con la que se designan los seres animados, las cosas o las ideas*”. Respecto del vocablo Nombre Propio indica lo siguiente: “*El que se aplica a seres animados o inanimados para designarlos y diferenciarlos de otros de su misma clase, y que, por no evocar necesariamente propiedades de dichos seres, puede imponerse a más de uno, incluso a seres de distinta clase.*”³²

DON ERNESTO GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ afirma que: “...el nombre es el bien jurídico constituido por la proyección psíquica del ser humano, de tener para sí, una denominación propia, y los apellidos o patronímicos de sus ascendientes, con los que se le designa e individualiza en todas las manifestaciones de su vida social.”³³

Por su parte, el maestro ROJINA VILLEGAS,³⁴ al igual que GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, considera que el nombre es un derecho subjetivo extrapatrimonial, no valorizable en dinero, y que no puede ser objeto de contratación. El derecho al nombre, afirma, no depende de la vida de la persona, pues el nombre patronímico pertenece a una familia y, por lo tanto, no está referido exclusivamente a la existencia de un individuo. El nombre, desde el punto de vista civil, constituye una base de diferenciación de los

³¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. “EL PATRIMONIO”. 6ª EDICIÓN, EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 1999, p. 170.

³² “DICCIONARIO ESENCIAL DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA”. 2ª EDICIÓN. EDITORIAL ESPASA CALPE. MADRID, ESPAÑA 2001, p. 771.

³³ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Op. cit. p. 815.

³⁴ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. cit. p. 197-198.

sujetos para poder referir a ellos consecuencias jurídicas determinadas, concluye el autor.

5. DOMICILIO. El Código Civil Federal define en su artículo 29 al domicilio como sigue: "El domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de éstos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encontraren. Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en él por más de seis meses."

ROJINA VILLEGAS³⁵ señala que tradicionalmente, el domicilio se ha definido como el lugar de residencia habitual por constituir el hogar y morada de la persona, este es el dato o elemento objetivo del concepto. Pero este dato objetivo, no siempre es suficiente; por eso nuestro derecho, como se desprende del artículo 29 del Código Civil transcrito anteriormente, considera que además de este elemento, debe existir el propósito de radicarse en un cierto lugar, para que éste se considere como la residencia habitual y, por lo tanto, pueda servir para determinar las múltiples consecuencias jurídicas que se derivan del domicilio.

6. NACIONALIDAD. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 30, estatuye quienes son mexicanos, tanto por nacimiento como por naturalización:

Artículo 30.

La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización A) Son mexicanos por nacimiento: I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres; II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional,

³⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 191.

o de madre mexicana nacida en territorio nacional; III. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización; y IV. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes. B) Son mexicanos por naturalización: I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones Exteriores carta de naturalización; y II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley.

II).- Siguiendo con el tema de los atributos de la personalidad, en segundo término, está la persona moral, que tiene lo siguientes :

i) nombre, ii) domicilio, iii) nacionalidad, iv) capacidad y v) patrimonio.

NOMBRE. El nombre conocido también como denominación o razón social, se autoriza por el Secretario de Relaciones Exteriores mediante el permiso a que se refiere la Ley de Inversión Extranjera.

Se dice Razón Social si la sociedad lleva el nombre de alguno de los socios, y Denominación cuando no es así. La denominación o razón social debe ir presidida de las palabras asociación civil, sociedad civil, sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, etcétera o sus siglas.³⁶

DOMICILIO. Es la ciudad, el pueblo o el municipio donde se encuentra asentada la administración de la sociedad, y no el lugar físico de sus oficinas necesariamente, pues puede tener incluso, sucursales en diversas plazas o países.

NACIONALIDAD. Son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes de la República Mexicana y tengan en

³⁶ Cfr. PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. "CONTRATOS CIVILES". 9ª EDICIÓN. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2003, p. 295.

el país su domicilio legal. Serán extranjeras las que carezcan de alguno de estos requisitos.³⁷

CAPACIDAD. Esta se determina primeramente por el reconocimiento de la ley a la personalidad de la sociedad y posteriormente por el objeto o finalidad de la misma.

PATRIMONIO. Siguiendo al notario BERNARDO PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO,³⁸ se define al patrimonio como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que tiene una sociedad o asociación, así como la garantía de los terceros que contratan con ella. Se constituye por las cuotas o aportaciones que se obligar a dar los socios, mismas que pueden consistir en: muebles o inmuebles; derechos reales o personales, etcétera o bien el trabajo personal.

El patrimonio de una persona moral es distinto al de las personas que la integran (sean físicas o morales), pues éstos sólo tienen derecho de crédito en contra de la sociedad y por lo tanto no pueden exigir ningún derecho de copropiedad sobre el mismo.

Una vez tratado el tema de la Sociedad como persona, ahora la estudiaré brevemente como Contrato. El maestro MANUEL BORJA SORIANO, transcribe la definición de COLIN y CAPITANT sobre el particular: "El contrato o convenio es un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos. Contratando, las partes pueden tener por fin, sea crear una relación de derecho: crear o transmitir un derecho real o dar

³⁷ Cfr. PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Op. cit. p. 295.

³⁸ Cfr. Ídem

nacimiento a obligaciones; sea modificar una relación preexistente; sea en fin extinguirla.”³⁹

El Código Civil Federal lo define de manera muy similar:

Artículo 1792. Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Artículo 1793. Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos.

Las mismas reglas que se aplican a los contratos se aplican a los convenios, lo cual se confirma con la lectura del artículo 1859: “Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.”

Los elementos de existencia del contrato son los siguientes: I. El acuerdo de voluntades, II. El objeto, y III. Aunque no se incluye en el Código Civil, se tiene en tercer lugar a la solemnidad, que de manera excepcional, es una forma, elevada al rango de elemento de existencia.⁴⁰

Los requisitos de validez del contrato, según el artículo 1795 del Código Civil, interpretado a contrario sensu, son: I. Capacidad de las partes que intervienen en el acto, II. Voluntad de esas personas, libre o exenta de

³⁹ BORJA SORIANO, Manuel. “TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES”, 18ª EDICIÓN. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2001, p. 111.

⁴⁰ Cfr. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. “DERECHO DE LAS OBLIGACIONES”. 14ª EDICIÓN, 1ª REIMPRESIÓN. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2002, p. 219.

vicios, III. El objeto, motivo o fin lícito que se propongan y IV. Observancia por las partes, de la forma que exija la ley, para externar la voluntad.⁴¹

Una vez determinado el concepto de contrato, y sus elementos de existencia y requisitos de validez, hablaré brevemente del contrato de sociedad civil.

El maestro MIGUEL ÁNGEL ZAMORA Y VALENCIA, define al Contrato de Sociedad Civil como: "...aquel por virtud del cual dos o más personas se obligan a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común lícito y posible, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial y que origina la creación de una persona jurídica diferente a la de los contratantes";⁴² y enumera las siguientes características:

- Como ya se apuntó es un contrato que produce el efecto de dar nacimiento a una persona jurídica diferente a la de los contratantes.
- La finalidad que persiguen los contratantes, llamados socios, debe ser posible y lícita.
- La finalidad puede tener un carácter preponderantemente económico, pero no debe constituir una especulación comercial; y
- La sociedad tiene un capital social que se representa en partes sociales.

La clasificación dada por el notario MIGUEL ZAMORA Y VALENCIA es la siguiente: Es un contrato principal, porque no depende de otro para su existencia y validez; es bilateral, porque genera provechos y gravámenes

⁴¹ Cfr. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. "DERECHO DE LAS OBLIGACIONES". Op. cit. p. 220.

⁴² ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. "CONTRATOS CIVILES". 9ª EDICIÓN. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2002, p. 347.

entre todos los socios; es intuitu persona, porque generalmente se celebra en atención a consideraciones personales de los socios, y es formal, porque la ley exige siempre, para su validez, que se celebre por escrito.⁴³

Por su parte el maestro RAMÓN SÁNCHEZ MEDAL,⁴⁴ dentro de la clasificación que hace de los contratos, identifica a la sociedad como un contrato de gestión colectiva o asociativo.

Abundando más sobre el tema del contrato asociativo, el maestro MANUEL GARCÍA RENDÓN, comenta que el contrato de sociedad,

-...es un contrato de organización, cuyas características son: I. Que es un contrato plurilateral, puesto que cada una de las partes, tiene varias contrapartes; II. Las aportaciones son atípicas, dado que las partes pueden aportar a la sociedad bienes o derechos de diversa naturaleza, y III. Las partes no solo tienen la obligación de realizar su prestación, sino que además tienen el derecho de hacerlo.⁴⁵

A esta clasificación se puede agregar la del maestro FRANCISCO LOZANO NORIEGA,⁴⁶ quien además de los criterios enumerados anteriormente, da los siguientes: es un contrato definitivo, en oposición a los preparatorios; es oneroso, porque hay provechos y gravámenes recíprocos para todos los contratantes, y es conmutativo, porque siendo la sociedad un contrato oneroso, las ganancias o pérdidas no se van a determinar por acontecimientos inciertos, pues atendiendo al momento de su nacimiento, desde el inicio los socios saben cuanto pueden ganar o perder. No obstante lo anterior, el citado autor manifiesta que ésta última clasificación no es

⁴³ Cfr. ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Op. cit. p. 347-348.

⁴⁴ Véase SÁNCHEZ MEDAL, Ramón "DE LOS CONTRATOS CIVILES" 19ª EDICIÓN EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2002, p. 111-122.

⁴⁵ GARCÍA RENDÓN, Manuel. "SOCIEDADES MERCANTILES". 2ª EDICIÓN. EDITORIAL OXFORD UNIVERSITY PRESS. MÉXICO 2003, p. 20-21.

⁴⁶ Cfr. LOZANO NORIEGA, Francisco. "CUARTO CURSO DE DERECHO CIVIL. CONTRATOS". 6ª EDICIÓN. EDITORIAL ASOCIACIÓN NACIONAL DEL NOTARIADO MEXICANO. MÉXICO 1994, p.317-318.

aceptada por algunos doctrinarios, quienes consideran al contrato de sociedad como aleatorio, ya que la ganancia o pérdida que tengan los socios, depende del éxito de la sociedad, de la eficiencia de los administradores, de los buenos o malos negocios, etcétera.

A continuación expondré brevemente la distinción, entre el contrato civil y el mercantil, y posteriormente entre la sociedad civil y la sociedad mercantil.

El maestro MANUEL BEJARANO SÁNCHEZ,⁴⁷ distingue a los contratos civiles de los mercantiles, afirmando que los primeros son concertados entre particulares, o aún entre el particular y el Estado cuando éste interviene en un plano de igualdad, como si fuera un sujeto privado; y los segundos, adquieren el carácter de mercantilidad porque las partes contratantes están realizando un acto de comercio, en términos de lo que dispone el Código de Comercio en sus artículos 4º, 75 y 76, y los intereses que inducen a su celebración son también privados.

El jurista y notario don FRANCISCO LOZANO NORIEGA,⁴⁸ distingue entre la sociedad civil y la sociedad mercantil indicando que existen cuatro criterios doctrinales fundamentales para distinguir la sociedad civil de la mercantil. De estos criterios, el tercero es el que ha sido usado por la mayor parte de las legislaciones, para hacer la diferenciación:

Primer Criterio: La intención de los contratantes. La declaración que los contratantes hagan de considerar si la sociedad es civil o mercantil. Este criterio, señala el autor, no ha sido aceptado nunca por la doctrina.

⁴⁷ Cfr. BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. "OBLIGACIONES CIVILES". 5ª EDICIÓN. EDITORIAL OXFORD UNIVERSITY PRESS HARLA. MÉXICO 1999, p. 32-33.

⁴⁸ Cfr. LOZANO NORIEGA, Francisco. Op. cit. p. 318-319.

Segundo Criterio: Atendiendo a la calidad de las personas. Si la sociedad está formada por comerciantes será mercantil. El Código de Comercio de Nicaragua, según comenta el autor, es el único ordenamiento que reconoce este criterio.

Tercer Criterio: El formal. Ha sido adoptado por casi todos los códigos del mundo, entre ellos el mexicano, la sociedad es mercantil si se constituye de acuerdo con el Código de Comercio o con la Ley General de Sociedades Mercantiles; será civil si se constituye de acuerdo con el Código Civil.

Cuarto Criterio: El objetivo. Si en derecho es comerciante la persona que realiza una actividad comercial de una manera permanente, o la que posee una negociación, también debe serlo la sociedad que habitualmente realice actos de comercio. Este criterio tampoco ha sido tomado en cuenta en la práctica.

El maestro JOAQUÍN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ,⁴⁹ señala algunos efectos importantes en la distinción entre las sociedades civiles y mercantiles, de los cuales comento los siguientes:

- a) En cuanto a la forma, puesto que las sociedades mercantiles han de constituirse precisamente en una de las formas establecidas por la Ley General de Sociedades Mercantiles.
- b) En cuanto a la publicidad, ya que las sociedades mercantiles están sometidas a una especial publicidad derivada de su inscripción en el

⁴⁹ Cfr. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. "TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES". 7ª EDICIÓN. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2001, p. 9.

Registro Público de Comercio, así como de la publicidad que debe hacerse de ciertos actos sociales.

c) Los efectos derivados del carácter de comerciantes de las sociedades mercantiles en materia de contabilidad y conservación de correspondencia, quiebra, poder calificador de ciertos actos y obligaciones específicas de los comerciantes.

Las sociedades mercantiles se pueden clasificar de diversas maneras y criterios, daré a continuación, una de las clasificaciones más comunes tratadas por los autores de la materia, citando en este caso al maestro ERNESTO GALINDO SIFUENTES,⁵⁰ quien las clasifica en: sociedades de personas y sociedades de capitales.

Las sociedades de personas se caracterizan por: a) la importancia y trascendencia de la persona de los socios que forman la sociedad, y el carácter cerrado y privado en cuanto a la admisión de nuevos socios, ya que para ello se requiere el consentimiento de la mayoría de los socios; b) la responsabilidad solidaria, subsidiaria e ilimitada de los socios por las deudas de la sociedad; y c) la administración de la sociedad está reservada exclusivamente a los socios de la misma.

Dentro de esta clase de sociedades se encuentran las siguientes: sociedad en nombre colectivo, sociedad en comandita simple, sociedad de responsabilidad limitada, (aunque a esta sociedad se le puede considerar como mixta en función de que cuenta con características de una sociedad de capitales en atención a que la responsabilidad de los socios está limitada al pago de sus aportaciones y el capital está dividido en partes sociales).

⁵⁰ Cfr. GALINDO SIFUENTES, Ernesto. "DERECHO MERCANTIL". EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2004, p.170-171.

Por otro lado las sociedades de capitales tienen como características: a) que la persona del socio no importa para la sociedad, pues lo que es básico son las aportaciones que para formar el capital social hacen los socios a la sociedad, encontrándose en esta clasificación la sociedad anónima y la sociedad en comandita por acciones; b) la responsabilidad de los socios no es ilimitada puesto que solo responden hasta por el monto de sus aportaciones, c) la administración de la sociedad puede recaer en los socios o en personas ajenas a la sociedad.

1.3.1 CONCEPTO DE SOCIEDAD ANÓNIMA

El concepto de sociedad anónima del ilustre jurista italiano CESARE VIVANTE, transcrito en nota al pie de página por el maestro JOAQUÍN RODRÍGUEZ, es el siguiente: "La sociedad anónima es una sociedad pura de capital con responsabilidad limitada, deber de aportación limitado, exclusivamente de estructura colectiva capitalista."⁵¹

El concepto del propio maestro RODRÍGUEZ es el siguiente: "La sociedad anónima es una sociedad mercantil, de estructura colectiva capitalista, con denominación, de capital fundacional, dividido en acciones, cuyos socios tienen su responsabilidad limitada al importe de sus aportaciones."⁵²

La Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 87 la define como sigue: "*Sociedad anónima es la que existe bajo una denominación y se*

⁵¹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, Op. cit. p.215.

⁵² *Ibíd.*, p. 216.

compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones."

El maestro ACOSTA ROMERO indica lo siguiente sobre el concepto que se trata en este punto:

El vocablo Sociedad Anónima tiene su origen en el derecho francés, usado por primera vez por Luis XIV (1763), aunque originariamente se aplicaba a la Sociedad en Participación. Actualmente se considera que dicha expresión es impropia porque Anónima, significa sin nombre y la Sociedad evidentemente no carece de nombre.

El anonimato se refiere a los socios, cuya identidad podría desconocerse principalmente en el caso de las sociedades con acciones al portador. Significa, además, que la Sociedad es de tipo capitalista, ya que los nombres de los socios no deben figurar en el nombre social, mas cabe observar que en la práctica mexicana no se cumple con el mandato legal que configura a las Sociedades Anónimas como Sociedad cuyo nombre es una denominación. Abundan las Anónimas con razón social. Una persona cuyo nombre ha alcanzado algún prestigio en el mundo comercial, si desea establecer una Empresa y no comprometer en ella todo su activo patrimonial, constituye una Sociedad Anónima con razón social. Sistemáticamente y pasando sobre el precepto legal, los jueces han otorgado su homologación a este tipo de Sociedades, las que una vez registradas no podrán ser declaradas nulas, según lo que dispone el artículo 2º de la Ley General de Sociedades Mercantiles.⁵³

Artículo 2º de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio, tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios. Salvo el caso previsto en el artículo siguiente, no podrán ser declaradas nulas las sociedades inscritas en el Registro Público de Comercio...-(El artículo siguiente habla de las sociedades que tengan un objeto ilícito o que realicen habitualmente actos ilícitos).

Al respecto el maestro JOAQUÍN RODRÍGUEZ opina que la práctica de incluir nombres de personas en la denominación de las sociedades mercantiles, y en especial en la Anónima, debe considerarse ilegal y peligroso. Puesto que resulta claramente de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que no ha querido permitir la presencia de nombres personales en las denominaciones sociales. Por eso regula minuciosamente cómo ha de integrarse la razón social con los nombres de alguno o algunos de los

⁵³ ACOSTA ROMERO, Miguel, y LARA LUNA, Julieta Areli. "NUEVO DERECHO MERCANTIL". Op. cit. p. 325.

socios y se prevén con detalle los casos en que pueda faltarse al principio de la veracidad.⁵⁴

1.3.2 ELEMENTOS, DENOMINACIÓN, OBJETO, DOMICILIO, DURACIÓN, CAPITAL SOCIAL Y ACCIONES, APORTACIONES DE LOS SOCIOS Y NACIONALIDAD

Los elementos que constituyen el negocio o contrato social, siguiendo las ideas del maestro JORGE BARRERA GRAF,⁵⁵ son: “el consentimiento y el objeto; y dos los elementos para su validez: el fin o motivo y la forma que la ley establezca.” En este punto haré especial énfasis en el tema del consentimiento, tanto de los socios como de la sociedad, y al efecto señala el maestro que, en la peculiar naturaleza jurídica del negocio social deben distinguirse dos fases o etapas de él, la primera, que se trata de un contrato o negocio plurilateral en el que, en principio, los vicios de que adolezca el consentimiento, el objeto, el fin o la forma del acto jurídico ejecutado por el socio (ya sea en la aportación o en el voto), sólo afecta a ese acto, no a la sociedad misma; y segunda, que el aspecto contractual que tiene el negocio social al tiempo de su creación o constitución, difiere del carácter que asume durante el funcionamiento del ente, por lo cual, no siempre se aplican las disposiciones del derecho mercantil o común sobre obligaciones y sobre contratos de cambio.

El consentimiento de los socios, expreso o tácito, se manifiesta en el periodo constitutivo, e inclusive, en uno anterior a la constitución, en la expresión de voluntad de ingresar como socio de la sociedad que se

⁵⁴ Cfr. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Op. cit. p. 219.

⁵⁵ Véase BARRERA GRAF, Jorge. Op. cit. p. 269-282.

proyecta, estando de acuerdo con su finalidad y con los bienes o servicios que ellos aportan a ese efecto, los que forman el patrimonio inicial de la sociedad conocido como capital social.

Esta voluntad de los socios de formar parte de una sociedad, de constituir dentro de ella una relación permanente y de adquirir el status de socio, se denomina *affectio societatis*. Ahora bien, en este primer periodo de la sociedad, el consentimiento de los socios suele darse simultáneamente y en el mismo acto (comparecencia ante el fedatario público, ya sea corredor público o notario); o bien, pero sólo en el caso de la Sociedad Anónima, de manera sucesiva, al obligarse a suscribir cada uno de los socios una parte del capital social (constitución por suscripción pública).

Durante el funcionamiento de la sociedad ya constituida, debe distinguirse el consentimiento de ésta como persona moral, del de cada uno de los socios que la integran. El consentimiento de ellos, en cuanto tales socios y en relación precisamente con derechos sociales o corporativos, se manifiesta generalmente dentro de la asamblea de socios que al efecto se convoque y se celebre, a través del voto, que es la manifestación de dicho consentimiento del socio; no en forma individual o aislada, sino del grupo mismo, que decide por el principio de mayoría, aplicable a todos los órganos colegiados de este ente.

En ambas etapas sociales, ya sea de constitución o de funcionamiento, el consentimiento implica la capacidad jurídica del socio para ejercitar sus derechos, la cual se rige por el derecho civil, salvo disposiciones especiales

de las leyes mercantiles;⁵⁶ tales serían los casos de la prohibición al socio de votar en el caso de que “en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad” (artículo 196 de la Ley General de Sociedades Mercantiles); o votar, cuando al propio tiempo los socios sean administradores o comisarios de la sociedad, respecto de la acción de responsabilidad en contra de unos y otros, que se planteara ante la asamblea como órgano supremo (artículo 197); o cuando siendo extranjero, vote a través de testaferro o prestanombres, sobre asuntos que le están prohibidos por la Ley de Inversión Extranjera (artículo 6°).

En cuanto a la sociedad, su capacidad de ejercicio y de goce se mide en función de su finalidad (objeto social) y de la nacionalidad de los socios que la integran. Además en ocasiones, la ley limita la capacidad de ejercicio de derechos por parte de las sociedades, tal es el caso de aquellas que están en estados de disolución o de liquidación, a las que no se permite el ejercicio de operaciones distintas a la liquidación social (artículo 233 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

En cuanto a los vicios del consentimiento de los socios están regidos por las reglas relativas del derecho civil, con algunas excepciones propias del contrato social. Cabe señalar que el vicio del consentimiento afecta únicamente al acto que sea realiza de dicha manera, sin anular o invalidar necesariamente, el contrato social; lo que sería nulo en todo caso, sería la aportación o el voto del socio en particular.

⁵⁶ Artículo 5° del Código de Comercio. “Toda persona que según las leyes comunes es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tiene capacidad legal para ejercerlo.”

Una vez comentado este aspecto fundamental del consentimiento, analizaré brevemente los requisitos y características especiales de la Sociedad Anónima para su constitución.

En el proceso de constitución de la sociedad mercantil en general, sea éste de carácter instantáneo o bien por suscripción pública o sucesiva, sobresalen dos aspectos de cuyo cumplimiento depende la regularidad de la sociedad y son su constitución ante fedatario público y su inscripción ante el Registro Público de Comercio.

Para que pueda llevarse a cabo la constitución de la sociedad ante fedatario público y su inscripción en el Registro de Comercio, es preciso que cuente con la autorización que le otorgue el Estado, a través del Secretario de Relaciones Exteriores; lo anterior lo dispone la Ley de Inversión Extranjera en su título tercero, artículo quince, que a la letra dice: *“Se requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para la constitución de sociedades. Se deberá insertar en los estatutos de las sociedades que se constituyan, la cláusula de exclusión de extranjeros o el convenio previsto en la fracción I del artículo 27 Constitucional.”*

La inscripción de la sociedad ante el Registro Público de Comercio permite a cualquier interesado mediante su consulta, la verificación de su legal existencia, sus antecedentes, nombres de los socios, capital social y resultados de sus operaciones comerciales y financieras, además de conocer la extensión o limitaciones de las facultades de representación de sus administradores, gerentes y apoderados que actúan en su nombre, otorgando así a los terceros con los cuales realizará operaciones de carácter diverso la garantía de la regularidad de su existencia jurídica, y de las circunstancias particulares que la rodean, además de imprimir

certidumbre jurídica y económica a las relaciones que el ente social lleve a cabo con dichos terceros.⁵⁷

La Ley General de Sociedades Mercantiles enumera los requisitos que debe contener el Contrato de Sociedad Mercantil en general y a la Sociedad Anónima le marca ciertos requisitos especiales. El artículo sexto enumera los requisitos para la escritura constitutiva de la sociedad, el artículo séptimo habla de la forma de constitución y de la lectura del octavo, se desprende la clasificación de las cláusulas del contrato, en esenciales, naturales y accidentales. Dichos artículos son transcritos en su parte conducente como sigue:

Artículo 6.

La escritura constitutiva de una sociedad deberá contener:

I.- Los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyan la sociedad; II.- El objeto de la sociedad; III.- Su razón social o denominación; IV.- Su duración; V.- El importe del capital social; VI.- La expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes; el valor atribuido a éstos y el criterio seguido para su valorización. Cuando el capital sea variable, así se expresará indicándose el mínimo que se fije; VII.- El domicilio de la sociedad; VIII.- La manera conforme a la cual haya de administrarse la sociedad y las facultades de los administradores; IX.- El nombramiento de los administradores y la designación de los que han de llevar la firma social; X.- La manera de hacer la distribución de las utilidades y pérdidas entre los miembros de la sociedad; XI.- El importe del fondo de reserva; XII.- Los casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente, y XIII.- Las bases para practicar la liquidación de la sociedad y el modo de proceder a la elección de los liquidadores, cuando no hayan sido designados anticipadamente. Todos los requisitos a que se refiere este artículo y las demás reglas que se establezcan en la escritura sobre organización y funcionamiento de la sociedad constituirán los estatutos de la misma.

Artículo 7.

Si el contrato social no se hubiere otorgado en escritura ante Notario, pero contuviere los requisitos que señalan las fracciones I a VII del artículo 6º, cualquiera persona que figure como socio podrá demandar en la vía sumaria el otorgamiento de la escritura correspondiente. En caso de que la escritura social no se presentare dentro del término de quince días a partir de su fecha, para su inscripción en el Registro Público de Comercio, cualquier socio podrá demandar en la vía sumaria dicho registro. Las personas que celebren operaciones a nombre de la sociedad, antes del registro de la escritura

⁵⁷ Cfr. CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor M. "SOCIEDADES MERCANTILES". EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2003, p. 97.

constitutiva, contraerán frente a terceros responsabilidad ilimitada y solidaria por dichas operaciones.

Artículo 8.

En caso de que se omitan los requisitos que señalan las fracciones VIII a XIII, inclusive, del artículo 6º, se aplicarán las disposiciones relativas de esta Ley...

Artículo 89.

Para proceder a la constitución de una sociedad anónima se requiere:

I.- Que haya dos socios como mínimo, y que cada uno de ellos suscriba una acción por lo menos;

II.- Que el capital social no sea menor de cincuenta millones de pesos y que esté íntegramente suscrito; III.- Que se exhiba en dinero efectivo, cuando menos el veinte por ciento del valor de cada acción pagadera en numerario, y IV.- Que se exhiba íntegramente el valor de cada acción que haya de pagarse, en todo o en parte, con bienes distintos del numerario...

Artículo 91

La escritura constitutiva de la sociedad anónima deberá contener, además de los datos requeridos por el artículo 6º, los siguientes: I.- La parte exhibida del capital social; II.- El número, valor nominal y naturaleza de las acciones en que se divide el capital social, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo de la fracción IV del artículo 125; III.- La forma y términos en que deba pagarse la parte insoluble de las acciones; IV.- La participación en las utilidades concedidas a los fundadores; V.- El nombramiento de uno o varios comisarios; VI.- Las facultades de la Asamblea General y las condiciones para la validez de sus deliberaciones, así como para el ejercicio del derecho de voto, en cuanto las disposiciones legales puedan ser modificadas por la voluntad de los socios.

A continuación comentaré cada uno de ellos de manera sucinta, siguiendo las ideas del maestro ERNESTO GALINDO SIFUENTES.⁵⁸ De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 6º la escritura constitutiva deberá contener:

- a) Atributos de los socios. Los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyan la sociedad; además que deberán ser personas con capacidad jurídica para obligarse y estar en pleno uso de sus facultades mentales.

⁵⁸ Cfr. GALINDO SIFUENTES, Ernesto. "DERECHO MERCANTIL". Op. cit., p.172-175.

- b) Denominación Social es el nombre que se le da a la sociedad anónima y en las que generalmente no figura el nombre de los socios.⁵⁹
- c) El objeto de la sociedad. Son los actos o fines que va a realizar la sociedad durante su funcionamiento. Dicho objeto tiene que ser lícito y posible, pues de lo contrario se estaría en presencia de una sociedad nula. El objeto social es el medio para lograr los fines de la sociedad y tiene las siguientes funciones:
- 1) Delimita la actividad de la sociedad;
 - 2) Determina la esfera de actividades en que sea invertido el capital social;
 - 3) Enmarca la competencia de obrar de los órganos sociales, como la asamblea de socios y el consejo de administración;
 - 4) Fija las facultades de los representantes de la sociedad;
 - 5) Es una restricción a la autonomía contractual de los socios que incide en la capacidad de la persona moral.
- d) Domicilio. Es el lugar, la ciudad o la plaza en donde la sociedad va a realizar sus fines, así como también en donde la sociedad deberá ser requerida para el cumplimiento de sus obligaciones. Como lo establece el Código Civil, el domicilio es el lugar donde la persona moral tiene establecida su administración. El domicilio tiene que estar dentro de la República Mexicana, si bien es cierto, que la Ley General de Sociedades Mercantiles no dispone nada al respecto, algunas leyes especiales si lo hacen, como la Ley de Nacionalidad, en su

⁵⁹ Respecto a la Denominación ver la opinión vertida por el maestro JOAQUÍN RODRÍGUEZ en el punto 1.3.1 anterior, al tratar el origen de la Sociedad Anónima y lo peligroso o inconveniente que podría resultar usar una razón social en ella, en especial, en materia de responsabilidad.

artículo 8 que dispone: *“Son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes mexicanas y tengan en el territorio nacional su domicilio legal.”*

- e) Duración. Es el plazo durante el cual la sociedad va a llevar al cabo los fines para los que fue constituida y puede ser definido o indefinido, es común en la práctica que los socios al constituir la sociedad establezcan un plazo mucho más largo que el requerido para la consecución de sus fines, sin embargo, esto lo hacen para tener un margen lo suficientemente amplio para cumplir sus objetivos, ya que en el caso contrario si llega a cumplirse el plazo de su duración tendría que procederse a la disolución inmediata de la sociedad como lo dispone la primera fracción del artículo 229 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.
- f) Capital social y acciones. El importe del capital social es la cantidad con la que la sociedad va a realizar su objeto. El capital, en sentido amplio, es el conjunto de bienes que una persona posee; ahora bien, hay que distinguir entre las diversas clases de capital los siguientes:
- 1) Capital mínimo. Es el mínimo exigido por la ley para la constitución de las sociedades, en la sociedad anónima es de cincuenta mil pesos. No obstante que el artículo 89 de la Ley General de Sociedades Mercantiles habla de cincuenta millones, la reforma a la ley monetaria que entró en vigor el 1º de enero de 1993, suprimiendo tres ceros al signo monetario peso mexicano, afectó la cifra del citado artículo 89.
 - 2) Capital emitido. Es la parte del capital autorizado, que por acuerdo de la asamblea general de accionistas o del consejo de administración se ofrecerá al público para su suscripción.

- 3) Capital suscrito. Es el total de las aportaciones que los socios se han comprometido a hacer a la sociedad; o también es la suma del valor de las acciones en la Sociedad Anónima.
- 4) Capital exhibido o pagado. Es la suma de las aportaciones efectivamente hechas a la sociedad por los socios, suma que en la Sociedad Anónima debe ser, por lo menos, del veinte por ciento de cada acción pagadera en efectivo o de cien por ciento de cada acción que haya de pagarse, en todo o en parte, con bienes distintos al numerario.
- 5) Capital fijo. Es aquél respecto del cual, en las sociedades de capital variable, los socios no tienen derecho de retiro y cuyo monto no podrá ser inferior a cincuenta mil pesos para la Sociedad Anónima.
- 6) Capital variable. Al contrario del anterior, es la parte del capital social respecto de la cual los socios tienen derecho de retiro. Cuando la sociedad se constituya con la modalidad de capital variable, así debe expresarse e indicarse el mínimo que se fije para tal efecto.
- 7) Capital social. Es la suma del valor nominal de las aportaciones realizadas o prometidas por los socios.
- 8) Patrimonio social. Es la suma de valores reales poseídos por la sociedad en un momento determinado.

La acción, como parte alícuota del capital social, representa en dinero la contrapartida de las aportaciones patrimoniales efectivas realizadas por los socios o accionistas. La expresión en términos monetarios de cada parte alícuota del capital social, constituye el valor nominal de la acción. Este valor nominal es diverso del valor real, que es aquel que resulta como cociente después de dividir el

patrimonio social entre el número de acciones emitidas; del valor contable y del valor bursátil.⁶⁰ Ahora bien, la acción vista desde el punto de vista del conjunto de derechos y obligaciones que de ellas emanan, otorgan a su titular, el *status* de socio, del cual se hablará en el punto 1.3.5 siguiente.

Sobre la naturaleza jurídica de la acción, sigo las ideas del maestro BARRERA GRAF,⁶¹ quien afirma que la acción no es propiamente un título de crédito, puesto que no cuenta con ciertas características fundamentales de estos últimos como son: la literalidad, ya que la acción es un título causal, pues está subordinada a las estipulaciones del estatuto social, e inclusive en ocasiones, a acuerdos de la asamblea de accionistas o del órgano de administración (artículo 216 párrafo 2º de la Ley General de Sociedades Mercantiles); y el carácter de documento necesario para ejercitar el derecho que en él se consigna, requisito que, aunque existe en la acción, en la práctica diaria se prescinde de la exhibición del documento, no sólo cuando la sociedad no emite acciones o no las entrega a los accionistas (violando lo que dispone el artículo 124 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), sino también cuando se permite al socio acudir a asambleas y votar, sin que realmente tenga el documento y lo presente a la sociedad al ejercer sus derechos.

9) Aportaciones de los socios. Son las obligaciones de dar o hacer que los socios se comprometen a transferir a la sociedad para que con ellas se cumplan los fines establecidos en el contrato

⁶⁰ Cfr. DICCIONARIO DE DERECHO MERCANTIL. QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2001, p. 3-4.

⁶¹ Cfr. BARRERA GRAF, Jorge. Op. cit. p. 485-486.

social. Para la Sociedad Anónima pueden ser aportaciones de dinero en efectivo, o aportaciones en especie dentro de las que se comprenden: bienes muebles, inmuebles, derechos de propiedad industrial, derechos de propiedad intelectual, entre otros.

- g) Nacionalidad y Cláusula Calvo. Como se ha transcrito y comentado anteriormente, para que una sociedad se considere mexicana se requiere que se constituya conforme a las leyes mexicanas y que establezca en el territorio nacional su domicilio legal. Sobre este tema, FRISCH PHILIPP⁶² comenta que el término nacionalidad es más adecuado para la personas físicas que para las morales ya que, en tratándose de éstas últimas, lo correcto sería hablar de “ley aplicable a su estatuto personal”; y así el artículo 2736 del Código Civil ya no habla de nacionalidad de personas morales, sino de *“derecho de su constitución”*.

Artículo 2736 La existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, funcionamiento, transformación, disolución, liquidación y fusión de las personas morales extranjeras de naturaleza privada se regirán por el derecho de su constitución, entendiéndose por tal, aquél del estado en que se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas.

En ningún caso el reconocimiento de la capacidad de una persona moral extranjera excederá a la que le otorgue el derecho conforme al cual se constituyó.

⁶² Cfr. FRISCH PHILIPP, Walter. “EL DOMICILIO, LA LEY CONSTITUTIVA Y LA SIMULACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN EL DERECHO SOCIETARIO INTERNACIONAL”. REVISTA IURIS TANTUM. NÚMERO 11, AÑO XV. UNIVERSIDAD ANÁHUAC. MÉXICO 2000, p. 39.

Un tema relacionado a la nacionalidad, tanto de la persona moral como de los socios que la integran, es el relativo a la "Cláusula Calvo", pues al constituirse la sociedad deberá definir su posición sobre la admisión o exclusión de socios extranjeros; en caso afirmativo, y siempre que la Ley de Inversión Extranjera y la normatividad complementaria lo autorice, deberá incorporarse en los estatutos la Cláusula Calvo de admisión de extranjeros, de conformidad con el artículo 27, párrafo 7º fracción primera, de la Constitución.

Artículo 27 constitucional en su parte conducente: "...La capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación, se regirá por las siguientes prescripciones:

I.- Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.

Cabe señalar que la cláusula se denomina así por el ilustre jurista argentino Carlos Calvo (1824-1906), "... quien condenó la intervención diplomática o armada de un país en otro, como medio legítimo, no solamente para cobrar deudas públicas, sino como camino para hacer valer toda clase de reclamaciones privadas, de orden pecuniario, fundadas en un contrato o como resultado de insurrección o del furor popular".⁶³ Ahora bien, si por el contrario, ya sea porque la ley lo prohíba o porque lo socios así lo decidan, se establezca la imposibilidad de la participación de socios extranjeros en la sociedad, (personas físicas extranjeras o sociedades mexicanas que no

⁶³ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. "DERECHO DE LAS OBLIGACIONES." Op. cit. p. 397.

incorporen la cláusula de exclusión de extranjeros), se deberá entonces incluir la cláusula de exclusión de extranjeros, señalada en el artículo 2º, fracción VII, de la Ley de Inversión Extranjera, que la define así: “...VII.- *Cláusula de Exclusión de Extranjeros: El convenio o pacto expreso que forme parte integrante de los estatutos sociales, por el que se establezca que las sociedades de que se trate no admitirán directa ni indirectamente como socios o accionistas a inversionistas extranjeros, ni a sociedades con cláusula de admisión de extranjeros.*”

1.3.3 ÓRGANOS SOCIALES. LA ASAMBLEA. LA ADMINISTRACIÓN. LA VIGILANCIA.

Para el funcionamiento de la Sociedad Anónima existen tres órganos sociales: el órgano supremo o asamblea general, el órgano de administración y el de vigilancia.

Cabe hacer referencia, como lo indica el maestro ARTURO DÍAZ BRAVO, a la teoría conocida como organicista, según la cual:

...si las sociedades son personas, deben estar dotadas, al igual que las personas físicas, de los tres órganos fundamentales con los que ambas actúan y se manifiestan. De este modo, el cerebro es, en las sociedades, la asamblea general, ya que en los dos casos se surten los mismos supuestos del acto volitivo, a saber, concepción, deliberación y decisión. En efecto, a la asamblea general corresponde el conocimiento de los asuntos más importantes, tras de lo cual se presenta la deliberación por parte de los socios y, finalmente, la decisión, no así la ejecución, que corresponde a otros órganos que, en las personas físicas, son la lengua, los brazos y las piernas, al paso que en las sociedades son el órgano de administración y el de vigilancia.⁶⁴

⁶⁴ DÍAZ BRAVO, Arturo. "DERECHO MERCANTIL". EDITORIAL IURE EDITORES. MÉXICO 2002, p. 93.

Conforme a esta teoría organicista u orgánica, como también se le conoce, el principal órgano dinámico es el administrador o consejo de administración, a quien corresponde la manifestación y actuación frente a terceros, en acatamiento de las decisiones del cerebro-asamblea. Finalmente, el órgano de visión y denuncia, en las sociedades, está formado por el comisario o comisarios, en su función de vigilantes permanentes del manejo de la sociedad y de información a la asamblea.

- a) LA ASAMBLEA. En su calidad de órgano supremo de la sociedad, la asamblea general de accionistas podrá actuar y ratificar todos los actos y operaciones de ésta y sus resoluciones serán cumplidas por la persona que ella misma designe, o a falta de designación, por el administrador o el consejo de administración. El calificativo de generales atribuido a estas asambleas pone de manifiesto la circunstancia de que en ellas deben y tienen derecho de participar todos los accionistas con derecho a voto. En cambio, son asambleas especiales las que sólo requieren la presencia de una categoría de accionistas. En el capítulo segundo de la tesis, hablaré con toda amplitud y profundidad de la Asamblea.

- b) LA ADMINISTRACIÓN. La operación directa de la Sociedad Anónima, como ya se apuntó, corre a cargo del órgano de administración, que, en la terminología de la teoría orgánica, cumple las funciones dinámicas, esto es las dos principales manifestaciones de la anónima ante terceros y ante los socios, que son la representación externa y la administración interna, respectivamente. Por lo mismo, a este órgano de administración corresponde la facultad de realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad, salvo lo que expresamente establezcan la ley y el contrato social, al igual que la

operación interna (artículos 10 y 142 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

El órgano de administración puede ser unitario o colegiado en la Sociedad Anónima; cuando es unitario se le denomina Administrador Único, cuando es colegiado recibe el nombre de Consejo de Administración, por lo que a sus integrantes se le conoce, en la práctica, indistintamente como administradores o consejeros. Las características y regulación específica de este órgano social se estudiarán con toda amplitud en el siguiente capítulo.

- c) LA VIGILANCIA. Según la concepción orgánica de las sociedades, a quienes corresponde actuar como si fueran sus ojos es al comisario o comisarios, que en este segundo caso constituirán el consejo de vigilancia. El carácter colegiado del órgano de vigilancia resulta, en la práctica, de la existencia de diversas series de acciones, pero también de lo dispuesto por leyes reguladoras de específicas actividades sociales.

Las características del cargo son que el comisario es temporal y revocable; puede recaer en socios o personas extrañas a la sociedad y por regla general es remunerado. Aunque la ley no lo exige, para ser comisario se deben tener conocimientos fiscales, contables y financieros.

Para el desempeño del cargo existen ciertos impedimentos como son: i) la inhabilitación para el ejercicio del comercio; ii) el carácter de empleados de la sociedad misma o de las sociedades que sean accionistas de ella en más de un veinticinco por ciento del capital

social, y los empleados de las sociedades en las que sea accionista la sociedad en cuestión, por más de un cincuenta por ciento; iii) el parentesco de consanguinidad con los administradores en línea recta y sin limitación de grado, o bien de colateralidad dentro del cuarto o de afinidad dentro del segundo (artículo 165 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), y aunque la ley no lo exige así, el matrimonio entre el comisario y el administrador, es considerado como impedimento en la práctica.

En cuanto a las numerosas facultades y obligaciones de los comisarios, lo cierto es que sus funciones podrían resumirse con la mención de que deben vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad, pero es necesario informar también que, a petición de cualquier accionista, deben dar cuenta a la asamblea con las denuncias que se les presenten con motivo de supuestas irregularidades en la administración, acompañadas de sus consideraciones y de las propuestas que estimen pertinentes.

La designación de los comisarios corresponde a la asamblea ordinaria, misma que debe determinar sus emolumentos, cuando no se hayan fijado en los estatutos.

En cuanto a la responsabilidad, los comisarios serán individualmente responsables para con la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen, lo que no restringe su facultad de auxiliarse de personas que actúen bajo su dirección y dependencia, o bien de técnicos o profesionistas independientes.

Cuando los comisarios tengan un interés opuesto al de la sociedad en cualquier operación, deberán abstenerse de intervenir, pues de otro modo serán, como se verá más adelante con los administradores, responsables de los daños y perjuicios que con motivo de su actuación causen a la sociedad.⁶⁵

1.3.4 EL ESTATUTO. REGLAS DE ORGANIZACIÓN, FUNCIONAMIENTO, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN.

La Real Academia Española define el vocablo *estatuto* como: "Establecimiento, regla que tiene fuerza de ley para el gobierno de una corporación."⁶⁶ Las reglas que rigen a la sociedad en cuanto a su organización, funcionamiento, disolución y liquidación, constituyen el estatuto social. No obstante lo anterior, la mayor parte de la doctrina y la legislación misma, utiliza tanto el vocablo estatuto, como el de "estatutos", para hablar de estas reglas; por lo que hablaré indistintamente con los dos términos.

La naturaleza jurídica del estatuto consiste en un reglamento de particulares permitido expresamente por la ley mediante una delegación contenida en el último párrafo del artículo 6º de la Ley General de Sociedades Mercantiles.⁶⁷

Los estatutos son connaturales a todo negocio social, de modo que, si se omiten, se aplican supletoriamente las disposiciones de la ley, concernientes a la organización, funcionamiento, disolución y liquidación de

⁶⁵ Véase DÍAZ BRAVO, Arturo. Op. cit. p. 92-109.

⁶⁶ DICCIONARIO ESENCIAL DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2ª EDICIÓN. EDITORIAL ESPASA CALPE. MADRID, ESPAÑA 2001, p. 483.

⁶⁷ Cfr. ACOSTA ROMERO, Miguel, y otros. "TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES. CON ÉNFASIS EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA". Op. cit., p.489.

las sociedades mercantiles. Esto significa que los estatutos pueden ser omitidos o modificados. Pero la modificación de los mismos no es absoluta, por cuanto se rigen por ciertas reglas imperativas de la ley, cuya infracción produce la nulidad de la estipulación que las acuerde. Así, por caso, serán nulos los pactos que disminuyan los quora de asistencia y votación para las asambleas o, en general, los que impidan a los accionistas el ejercicio de sus derechos.⁶⁸

El texto del estatuto se encuentra en el cuerpo de la escritura en donde se hace constar el contrato por el que se constituye la Sociedad Anónima, o puede estar también como documento anexo en el apéndice de la escritura notarial. El contrato de sociedad anónima puede otorgarse ante notario o ante corredor público, para el caso del segundo, el instrumento que se redacta se denomina póliza, en lugar de escritura.

Las reglas de organización de la sociedad, como su nombre lo indica, son las que se ocupan de la forma de integrar los órganos sociales, o sea las asambleas, los consejos de gerentes o de administradores, los interventores, los consejos de vigilancia, los comisarios y los liquidadores.

Las reglas de funcionamiento de los diversos órganos sociales también están reglamentados con detalle por la Ley General de Sociedades Mercantiles. Es en este campo del estatuto en donde los socios tienen una mayor flexibilidad, en particular en lo concerniente a las facultades y funciones de los órganos de administración. Sin embargo, también existen en este ámbito, ciertos preceptos inmodificables, como lo son, entre otros: los que establecen los quora mínimos de votación, y el que atribuye voto de

⁶⁸ Cfr. GARCÍA RENDÓN, Manuel. Op. cit. p. 119-120.

calidad al presidente del consejo de administración en la Sociedad Anónima.

Las reglas de disolución atienden a la declaración y reconocimiento de que la sociedad debe cesar sus operaciones normales. No se les debe confundir con las causas de disolución previstas en los artículos 229 y 230 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, éstas se refieren a las circunstancias que motivan el cese de las operaciones, aquellas a la forma de declarar y reconocer que existe una causa de disolución y a las consecuencias que derivan de tal declaración y reconocimiento.

Las reglas de liquidación son las que atañen a las operaciones que tienen por objeto liquidar a la sociedad. En principio, lo socios tienen amplia libertad para establecer estas reglas; pero, para que sean válidas, no deben atacar los derechos de los acreedores ni los de los socios.⁶⁹

1.3.5 LOS ACCIONISTAS

El maestro DÍAZ BRAVO afirma que:

Como se sabe, en el mundo del Derecho un *status* es un conjunto de derechos, obligaciones, deberes y cargas, todos ellos de contenido jurídico, derivados de la situación o condición especial de una persona física o moral, pero también de una colectividad e incluso de un país... Pues bien, el de socio es un verdadero status, ya que en torno a él existe una trama de derechos, obligaciones, deberes y cargas propios de su condición de miembro de la sociedad. Calidad tal, es fácilmente transmisible en la Sociedad Anónima, mediante el endoso y entrega de los títulos accionarios.⁷⁰

⁶⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 120-121.

⁷⁰ DÍAZ BRAVO, Arturo. *Op. cit.* p. 72.

El primero de los derechos es el de recibir el título o títulos de las acciones que le correspondan, pues serán tales títulos los únicos que le servirán para acreditar y transmitir su calidad, así como sus derechos.⁷¹

1.3.5.1 DERECHOS PATRIMONIALES

Los derechos de los accionistas en el ramo patrimonial de la Sociedad Anónima son los de participar en las utilidades que anualmente se obtengan como resultado de las operaciones de la persona jurídico-colectiva, proporcionalmente al monto de su aportación, previa aprobación por parte de la asamblea general ordinaria de accionistas del estado financiero que presente la administración, y el de participar también de manera proporcional a su aportación o tenencia accionaria, en la cuota final de liquidación cuando se disuelva la sociedad.⁷²

Además también se consideran derechos patrimoniales el de suscribir, en la debida proporción, los aumentos de capital fijo, y el de transmitir libremente las acciones salvo disposiciones legales o estatutarias en otro sentido, al igual que la facultad de obtener provecho de la acción en otras formas, como la pignoraticia y el usufructo, entre otras.⁷³

1.3.5.2 DERECHOS SOCIALES O CORPORATIVOS

Dentro de los derechos corporativos, también conocidos en la doctrina como Derechos de Consecución, destaca desde luego el derecho esencial que

⁷¹ Cfr. *Ibidem*, p. 89.

⁷² Cfr. CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor M. *Op. cit.* p. 327.

⁷³ Cfr. DÍAZ BRAVO, Arturo. *Op. cit.* p. 91.

tienen los socios a participar en las deliberaciones de la sociedad mediante el voto, de manera proporcional a su participación accionaria, y se considera también un derecho la posibilidad del socio de ser elegible para ocupar cargos en la administración y en la vigilancia.⁷⁴

Otros derechos importantes de los accionistas dentro del ámbito social o corporativo son: el derecho a pedir el aplazamiento de una votación, el de demandar judicialmente la nulidad de la asamblea, el de formular oposición judicial a una resolución, el de exigir responsabilidades a los administradores y comisarios, y finalmente el derecho de retiro que existe cuando se haya votado en contra del cambio de objeto, de nacionalidad o en contra de la transformación de la sociedad.⁷⁵

1.3.5.3 OBLIGACIONES

La principal obligación del accionista es pagar sus acciones, según lo dispone la Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 87:

“Sociedad anónima es la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones”

Dicha obligación principal de pago de la aportación a que se haya obligado el socio para ingresar y formar parte de la Sociedad Anónima, está ligada con la obligación del socio de suscribir acciones, cuando menos una por cada socio (artículo 89 de la citada ley). Ambas obligaciones constituyen una unidad, se dan en tiempos que pueden ser diversos, pues al

⁷⁴ Cfr. CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor M. Op. cit. p. 327-328.

⁷⁵ Cfr. DÍAZ BRAVO, Arturo. Op. cit. p. 91.

constituirse la sociedad, el accionista debe suscribir sus acciones (obligación de hacer), y el pago lo puede efectuar en un momento posterior, para el caso del pago parcial (obligación de dar).

El valor nominal de la acción constituye el límite de la obligación del socio, y de su responsabilidad frente a la sociedad y frente a los acreedores de ella. Por su parte, la asamblea de accionistas, en su carácter de órgano supremo, puede fijar obligaciones adicionales a los socios, como también lo puede hacer el estatuto.

Por otro lado la doctrina habla del deber de lealtad de todos los socios a favor del ente (sociedad) al que pertenecen, que se manifiesta en la fidelidad de éstos respecto a la conservación y respeto al "fin social", y a la colaboración de cada socio con los demás, con el mismo propósito. El deber de fidelidad, como tal, no se impone en disposición legal alguna, y sólo en algunos casos puede ir acompañado de una sanción concreta que imponga la sociedad; un ejemplo de estos es la obligación del accionista de no votar, en el caso de conflicto de sus intereses con los intereses sociales (artículo 196 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).⁷⁶

Después de estudiar a la Sociedad Anónima desde su nacimiento en la edad media, sus antecedentes romanos, y la legislación mexicana antigua y actual, se puede afirmar que esta Institución es una persona moral o persona jurídico-colectiva, creada en un contrato. Puede nacer simultáneamente (comparecencia ante fedatario público) o sucesivamente (suscripción pública).

⁷⁶ Cfr. BARRERA GRAF, Jorge. Op. cit. p.517-519.

Como persona que es, la Sociedad Anónima tiene ciertos atributos o elementos, los cuales son: denominación, objeto, domicilio, duración, patrimonio, y nacionalidad; todos ellos fueron estudiados oportunamente.

La Sociedad, como ente jurídico, funciona y se desenvuelve por medio de diversos órganos: el órgano supremo es la Asamblea Ordinaria, el órgano dinámico es la Administración, y el órgano de vigilancia es el Comisario.

Las personas que constituyen una Sociedad Anónima adquieren la calidad de socios o accionistas, cuya principal obligación es el pago de sus acciones; siendo el valor nominal de dichos títulos, el límite de su responsabilidad.

Al adquirir el status de socio, se contraen diversos derechos y obligaciones, tanto de índole patrimonial como corporativo, los cuales fueron estudiados en su oportunidad.

Son derechos fundamentales de los accionistas el participar en las ganancias que se obtienen con las operaciones de la sociedad, y el participar, deliberar y votar en las decisiones corporativas o sociales.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA ASAMBLEA DE ACCIONISTAS

Y

EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

En el desarrollo del presente capítulo estudiaré en primer término, a la Asamblea de Accionistas como órgano supremo y en segundo lugar, al Órgano de Administración, en especial las sesiones de consejo, como el órgano dinámico de la Sociedad Anónima.

2.1 LA ASAMBLEA DE ACCIONISTAS

La asamblea de accionistas en la Sociedad Anónima es el órgano supremo de la sociedad. El objetivo de este punto del trabajo es conocer la regulación que establece la Ley General de Sociedades Mercantiles sobre la misma, en cuanto a su concepto, las clases de asambleas, su competencia, sus formalidades, y en general su funcionamiento, para poder dar pauta al estudio y propuestas sobre una nueva forma de celebrar asambleas mediante la reunión virtual de los socios utilizando medios electrónicos; que se analizará en el último capítulo de la tesis.

2.1.1 CONCEPTO DE ASAMBLEA DE ACCIONISTAS

La Ley General de Sociedades Mercantiles define a la Asamblea General de Accionistas en su artículo 178, que establece:

La Asamblea General de Accionistas es el Órgano Supremo de la Sociedad; podrá acordar y ratificar todos los actos y operaciones de ésta y sus resoluciones serán cumplidas por la persona que ella misma designe, o a falta de designación, por el Administrador o por el Consejo de Administración...-

Se trata del órgano supremo, del que los otros dependen en cuanto a nombramiento y revocación, y es un órgano esencial que nunca puede faltar, como sí en cambio ocurre, si bien transitoriamente, respecto a los órganos de administración y vigilancia.

Para abundar sobre la naturaleza de la Asamblea, comentaré un poco sobre la Sociedad Anónima Europea; la cual fue creada por el Consejo de la Unión Europea, como ente comercial que eventualmente regirá a toda la legislación comercial europea en materia de Sociedad Anónima. En el

Reglamento 2157/2001 del Consejo Europeo se define a la "Junta General" (figura homóloga de la Asamblea General de Accionistas), como el órgano supremo de la Sociedad Anónima Europea (SE), en el cual se forma la voluntad interna de la sociedad, que requiere de otro órgano para exteriorizarse (llamado órgano de gestión en dicha SE).

Siguiendo al citado reglamento, la Junta General es un órgano deliberante y de decisión que actúa con base en el principio mayoritario. Es el órgano soberano de la sociedad y al que quedan jerárquicamente subordinados los restantes órganos sociales, por concentrarse en la Junta la voluntad social.⁷⁷

Volviendo a la legislación mexicana, los integrantes de la asamblea, como miembros o partes de ella, solamente son los accionistas; aunque quienes no lo sean, pero que también integren lo otros dos órganos sociales, como son los administradores y los comisarios, deben concurrir a ella (artículos 193 y 166 fracción VIII de la Ley General de Sociedades Mercantiles); así también otras personas, terceros respecto a la sociedad, pueden participar si así lo acuerda la asamblea.

Cuando todos los accionistas pueden participar estaremos frente a la asamblea general; por el contrario, cuando los integrantes sólo constituyan una categoría de acciones, se tratará de asambleas especiales.

⁷⁷ Cfr. AGUILÓ PIÑA, José F. "LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA: CONSTITUCIÓN, ÓRGANOS Y OTROS ASPECTOS". REVISTA DE DERECHO MERCANTIL. NÚMERO 246. MADRID, ESPAÑA 2002, p.1795-1798, 1880-1881.

La asamblea de accionistas la define BARRERA GRAF, siguiendo las ideas del maestro JOAQUÍN RODRÍGUEZ, como: "...la reunión de los socios para deliberar y acordar asuntos de su competencia".⁷⁸

Se habla de reunión de socios, porque se convoca a todos los que representen al capital social, o a todos los que integren una categoría de acciones, y porque generalmente concurren varios, pero no resulta ilegal ni imposible que sólo un socio concorra, ya porque sea el titular de varias acciones (suficientes para integrar el quórum de presencia y votación), o porque se trate de asamblea ordinaria en segunda convocatoria en que una sola acción basta para celebrar la reunión y para que el voto obligue a todos los que no concurren.

La Ley General de Sociedades Mercantiles, confirma lo antes establecido:

Artículo 191. Si la Asamblea no pudiere celebrarse el día señalado para su reunión, se hará una segunda convocatoria con expresión de esta circunstancia y en la junta se resolverá sobre los asuntos indicados en la Orden del Día, cualquiera que sea el número de acciones representadas.

Tratándose de Asambleas Extraordinarias, las decisiones se tomarán siempre por el voto favorable del número de acciones que representen, por lo menos, la mitad del capital social.

Artículo 200. Las resoluciones legalmente adoptadas por las Asambleas de Accionistas son obligatorias aun para los ausentes o disidentes, salvo el derecho de oposición en los términos de esta Ley.

Sólo las asambleas generales constituyen el órgano supremo, como indica el mismo artículo 178, pero respecto de todas se habla del órgano social; se trata, en consecuencia, de un concepto único, no de varios, aunque haya varias clases de asambleas, como veremos más adelante.

⁷⁸ BARRERA GRAF, Jorge. Op. cit. p.546.

Integran, pues, las asambleas, los socios, quienes pueden actuar por representación que concedan a otros socios o a terceros, personas físicas o sociedades, salvo que los estatutos indiquen que sólo pueden ser representantes los accionistas; normalmente es indiferente que quien se ostenta como socio sólo sea un representante indirecto (prestanombre), salvo que dicha representación esté prohibida legalmente, como sucede en el caso de la Ley de Inversión Extranjera en sus artículos 6º y 7º, respecto a inversionistas extranjeros.⁷⁹

2.1.2 CLASES Y COMPETENCIA DE LAS ASAMBLEAS

2.1.2.1 CLASES O TIPOS DE ASAMBLEAS

Existen dos tipos de asambleas, como se ha comentado con anterioridad; las generales y las especiales, según tengan derecho a concurrir, todas o sólo una categoría de acciones. Las asambleas generales, a su vez, pueden ser ordinarias (artículos 180 y 181), extraordinarias (artículo 182), y la asamblea constitutiva en la constitución sucesiva (artículos 100 y 101). Son asambleas especiales, las constituidas por una o varias categorías de acciones, cuando el contrato social prevea la existencia de éstas. Cabe señalar que la Ley General de Sociedades Mercantiles habla también de asambleas de liquidación y de fusión, que no son asambleas especiales, sino también asambleas generales.⁸⁰

⁷⁹ Cfr. BARRERA GRAF, Jorge. Op. cit., p. 546.

⁸⁰ Cfr. Ibídem, p. 547.

Por otra parte, cuando concurren todas las acciones con derecho a voto y estén presentes hasta el momento de la votación, se habla, como en el derecho italiano, de la asamblea totalitaria (artículo 188), que no requiere unanimidad de votos, sino sólo que todas las acciones con derecho de voto estén presentes hasta el momento de la votación. El principio de unanimidad, que aún conservaba la ley francesa de 1867, no es propio de las Sociedades Anónimas modernas en las que, en cambio, rige el principio de la mayoría, que permite un funcionamiento eficaz y que los acuerdos vinculen tanto a la minoría o sea, a los accionistas disidentes, como a los socios que se abstengan de votar o que no concurren a la reunión (artículo 200 de la ley de sociedades, transcrito con anterioridad).

Una misma asamblea (general o especial), puede tener el carácter de mixta, cuando en ella se traten asuntos que sean de la competencia tanto de la asamblea ordinaria como de la extraordinaria, y siempre que la convocatoria respectiva indique dicho carácter mixto. En este caso, para su constitución se exigirá el quórum de asistencia mayor de las asambleas extraordinarias; y el quórum de votación será la mayoría de los socios presentes, si el acuerdo es propio de las ordinarias, y del cincuenta por ciento del capital social con derecho a voto si fuera propio de las asambleas extraordinarias.

La asamblea totalitaria, por último, puede indistintamente tratar de los asuntos de la asamblea extraordinaria o de la asamblea ordinaria, inclusive los de la asamblea ordinaria anual, dado que todas las acciones representativas del capital social deben estar presentes.⁸¹

⁸¹ Cfr. *Ibíd.*, p. 547-548.

2.1.2.2 COMPETENCIA DE LAS ASAMBLEAS

La competencia de cada una de ellas, la fija la Ley General de Sociedades Mercantiles; expresamente de las extraordinarias, de la constitutiva y de las especiales. En unas y otras, la competencia se restringe a los casos enumerados en los artículos 182 y 100 de la Ley, respectivamente.

En relación con las asambleas extraordinarias, el artículo 182 fracción XI preceptúa que cualquiera modificación del contrato social es competencia de ellas, y la mayor parte de las fracciones anteriores implican necesariamente una modificación al estatuto; respecto a otras fracciones (VII, VIII y IX), aunque es posible que no modifiquen el estatuto social, o que no lo modifiquen siempre, también corresponden a la extraordinaria exclusivamente, pues a decir del maestro JORGE BARRERA GRAF:

-...el órgano de administración puede convocar a una asamblea extraordinaria respecto de asuntos que, fundadamente, a su juicio, impliquen alteraciones sustanciales de la situación patrimonial de la empresa: verbigracia la escisión patrimonial a favor de un socio o de otra empresa que se constituya o que ya existía, venta de ciertos bienes del activo fijo, que se consideren esenciales para el funcionamiento de la sociedad, como puedan ser entre otros bienes: una patente, acciones o partes sociales de otra sociedad, el arrendamiento de una planta industrial, y de otras de similar importancia.⁸²

En cuanto a la asamblea constitutiva, su competencia la indica el artículo 100 de la Ley General de Sociedades Mercantiles; se trata no de un órgano de la sociedad ya formada, sino de una reunión preparatoria a la constitución del organismo social.

Respecto de la asamblea ordinaria, la competencia se da por exclusión de la que corresponde a la asamblea extraordinaria y a la constitutiva: todo lo

⁸² BARRERA GRAF, JORGE. Op. cit. p. 548.

que no sea propio de éstas, y que no quepa en la lista del artículo 182 de la Ley, corresponde a las ordinarias, entre las que sobresale y se distingue la ordinaria anual contemplada en el artículo 181.

A mayor abundamiento a continuación transcribo dichos artículos:

Artículo 181 La Asamblea Ordinaria se reunirá por lo menos una vez al año dentro de los cuatro meses que sigan a la clausura del ejercicio social y se ocupará, además de los asuntos incluidos en la orden del día, de los siguientes:

- I.- Discutir, aprobar o modificar el informe de los administradores a que se refiere el enunciado general del artículo 172, tomando en cuenta el informe de los comisarios, y tomar las medidas que juzgue oportunas.
- II.- En su caso, nombrar al Administrador o Consejo de Administración y a los Comisarios;
- III.- Determinar los emolumentos correspondientes a los Administradores y Comisarios, cuando no hayan sido fijados en los estatutos.

Artículo 182 Son asambleas extraordinarias, las que se reúnan para tratar cualquiera de los siguientes asuntos:

- I.- Prórroga de la duración de la sociedad;
 - II.- Disolución anticipada de la sociedad;
 - III.- Aumento o reducción del capital social;
 - IV.- Cambio de objeto de la sociedad;
 - V.- Cambio de nacionalidad de la sociedad;
 - VI.- Transformación de la sociedad;
 - VII.- Fusión con otra sociedad;
 - VIII.- Emisión de acciones privilegiadas;
 - IX.- Amortización por la sociedad de sus propias acciones y emisión de acciones de goce;
 - X.- Emisión de bonos;
 - XI.- Cualquiera otra modificación del contrato social, y
 - XII.- Los demás asuntos para los que la Ley o el contrato social exija un quórum especial.
- Estas asambleas podrán reunirse en cualquier tiempo.

Cuando la asamblea de accionistas sea totalitaria, ésta podrá conocer de cualquier asunto de las asambleas extraordinarias o de las ordinarias, inclusive de la asamblea ordinaria anual, ya que la totalidad de las acciones representativas del capital social con derecho a voto deben estar presentes; de ahí que se les conozca en la doctrina como Asambleas Totalitarias.

Por otro lado, las asambleas especiales, deberán conocer y resolver de cualquiera proposición que pueda perjudicar los derechos de la categoría de acciones que la integren ya sean, acciones de voto limitado, acciones preferentes sin limitación de votos, o acciones privilegiadas.

Las facultades propias de las asambleas son indelegables, tanto de las ordinarias anuales, como las modificaciones estatutarias de las asambleas extraordinarias; no obstante, algunos asuntos corresponden por igual a la asamblea ordinaria y a los órganos de administración o de vigilancia, como son los casos del nombramiento de gerentes y apoderados, y el nombramiento provisional de administradores en el supuesto del artículo 155 fracción segunda, que transcribo a continuación:

Artículo 155 En los casos de revocación del nombramiento de los Administradores, se observarán las siguientes reglas:

...

II.- Cuando se revoque el nombramiento del Administrador único, o cuando habiendo varios Administradores se revoque el nombramiento de todos o de un número tal que los restantes no reúnan el quórum estatutario, los Comisarios designarán con carácter provisional a los Administradores faltantes. Iguales reglas se observarán en los casos de que la falta de los Administradores sea ocasionada por muerte, impedimento u otra causa.

El artículo 178 de la ley atribuye competencia a la asamblea general para acordar "todos los actos y operaciones de la sociedad", sin embargo, hay límites a la asamblea en ciertos casos, que no se pueden evadir o evitar, que son infranqueables, puesto que los impone tanto la ley como la doctrina, por ejemplo: respecto al órgano de administración, sus facultades de gestión interna y de representación ante terceros, respecto al órgano de vigilancia, vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad; respecto a ambos órganos, convocar a asambleas.

La regla general, tanto respecto a la gestión social como a la representación de la sociedad ante terceros, y a la ejecución de los acuerdos de las asambleas, es que estas facultades corresponden al órgano de administración, sin embargo, cuando se trate de ciertos actos o determinada actividad, la asamblea puede conocer y resolver de unos y de otra, así como prohibir su ejercicio al órgano de administración, si el estatuto social así lo establece, y la ejecución de ellos, normalmente estará a cargo de los administradores, de los gerentes, de los apoderados, e inclusive de los delegados especiales nombrados por la asamblea, o por el órgano de administración.

Si nos preguntamos, ¿qué otros límites son oponibles a la asamblea? En general, su ámbito de competencia corresponde al objeto social, establecido en el estatuto social, y que éste o la ley, pueden reducir imponiendo restricciones o limitaciones; pero de acuerdo con el artículo 178 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la asamblea también puede “ratificar todos los actos y operaciones” sociales, que el órgano de administración, los gerentes, etcétera, hubieran otorgado en exceso de sus facultades.

Problema distinto es el abuso de poder de la asamblea. Este fenómeno debe juzgarse en función de tres notas, principalmente: a) que se trate de una violación legal, o de usos, o de buenas costumbres, e inclusive del espíritu de la ley; b) que se violen por la mayoría derechos individuales o indisponibles del socio, así como derechos de la minoría, c) que el acuerdo de la asamblea se tome en violación al principio del artículo 196, o sea, haciendo prevalecer el interés particular del socio que vota, cuando resulte contrario al interés de la sociedad⁸³.

⁸³ Cfr. *Ibidem*, p. 549-550.

2.1.3 CONVOCATORIA A LAS ASAMBLEAS

La convocatoria es el llamado que hacen los Administradores o los Comisarios a los Accionistas para que concurran a una Asamblea; a ella se refieren los artículos 183, 186 y 187 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Se trata de un requisito esencial, en cuya ausencia la asamblea que se reuniera sería nula, así lo señala el artículo 188.

A continuación transcribo los artículos a que se ha hecho alusión:

Artículo 183 La convocatoria para las asambleas deberá hacerse por el Administrador o el Consejo de Administración, o por los Comisarios, salvo lo dispuesto en los artículos 168, 184 y 185.

Artículo 186 La convocatoria para las asambleas generales deberá hacerse por medio de la publicación de un aviso en el periódico oficial de la entidad del domicilio de la sociedad, o en uno de los periódicos de mayor circulación en dicho domicilio con la anticipación que fijen los estatutos, o en su defecto, quince días antes de la fecha señalada para la reunión. Durante todo este tiempo estará a disposición de los accionistas, en las oficinas de la sociedad, el informe a que se refiere el enunciado general del artículo 172.

Artículo 187 La convocatoria para las Asambleas deberá contener la Orden del Día y será firmada por quien la haga.

Artículo 188 Toda resolución de la Asamblea tomada con infracción de lo que disponen los dos artículos anteriores, será nula, salvo que en el momento de la votación haya estado representada la totalidad de las acciones.

Sin embargo, la Ley General de Sociedades Mercantiles permite que se prescinda de la publicación de la convocatoria cuando se trate de asamblea totalitaria (artículo 188 in fine), y cuando se suspenda la sesión, para reanudarla dentro de los tres días siguientes, si respecto a algún asunto en discusión los accionistas no se consideran suficientemente informados para emitir su voto; así lo contempla el artículo 199, concediendo tal derecho de suspensión para reanudar la asamblea "sin necesidad de nueva convocatoria", a una minoría del treinta y tres por ciento de las acciones

representadas en la sesión, o cuanto más si el porcentaje que solicitara la suspensión fuese mayor.⁸⁴

De acuerdo al artículo 193 de la Ley la convocatoria debe hacerse por el órgano de administración, o por el de vigilancia; en caso de que ellos rehusasen, la convocatoria se haría por el juez del domicilio de la sociedad a solicitud del 33% del capital social, exhibiéndose al efecto los títulos de las acciones, como lo indica artículo 184. Si la Sociedad es administrada por un Consejo de Administración y el estatuto no señalare el miembro de éste a quien se faculte para convocar, se acostumbra que la convocatoria la realice el Presidente o el Secretario, o bien, que el Consejo se reúna para ordenar una convocatoria y autorizar persona que la haga.⁸⁵

La publicación de la convocatoria se realizará por medio de un aviso en el periódico oficial de la entidad del domicilio social, o bien, en uno de los periódicos de mayor circulación en dicho domicilio,⁸⁶ según dispone el artículo 186 de la Ley General de Sociedades Mercantiles; ahora bien, salvo que el contrato social requiera otros medios, o inclusive, que fije un periódico determinado que sea de amplia circulación, dicha publicidad resulta inconveniente e insuficiente en la práctica; primero, porque es alternativa; segundo, porque el periódico oficial del domicilio social pocas veces se consulta y en ocasiones se publica irregularmente; y en tercer

⁸⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 550.

⁸⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 551.

⁸⁶ En la legislación española y en la mexicana se presenta un problema relacionado con el tema de los periódicos donde se realiza la publicación, ya que ambas legislaciones obligan a que, la publicación de la convocatoria se realice en uno de los periódicos de mayor circulación EN la entidad o domicilio de la sociedad, no DE la entidad. Pues ejemplifica el jurista español JOSÉ MANUEL OTERO LASTRES, que en Madrid existen 2 o 3 diarios locales de esa entidad, pero en ella misma circulan más de 15 diarios de todo España, por lo que resulta imposible controlar todos los periódicos que circulan en el domicilio social; todo ello habilita la posibilidad de que se convoque "clandestinamente" a las asambleas, a través de diversos medios impresos. OTERO LASTRES, José Manuel, y otros. "ESTUDIOS SOBRE LA SOCIEDAD ANÓNIMA". TOMO II. EDITORIAL CIVITAS. MADRID, ESPAÑA 1993, p. 66-68.

lugar, porque el órgano de circulación mayor, entre los muchos que existan (por ejemplo en la Ciudad de México), puede ser poco leído por aquellas personas a que la convocatoria se destine. Lo ideal sería que el estatuto fijara el periódico del domicilio social en que debiera publicarse.⁸⁷

En lo tocante a este tema, el maestro ROBERTO MANTILLA MOLINA, opina que las normas que se refieren a la forma de hacer la convocatoria son defectuosas, “pues los accionistas ignoran en que periódico va a aparecer, sin en el oficial o en uno de los de mayor circulación; esta expresión es ambigua y abre ancho margen al arbitrio de los administradores.”⁸⁸

Al igual que los juristas BARRERA GRAF y MANTILLA MOLINA, considero preferente que en el estatuto se indique el periódico donde se hará la publicación, y ¿porqué no? también fijar desde el estatuto, que independientemente de la publicación, los accionistas recibirán por la vía electrónica más adecuada en el momento la convocatoria (ya sea por fax o correo electrónico por mencionar algunos medios).

En mi opinión, la publicación de la convocatoria en un Diario, ya sea oficial o no, es una costumbre en desuso y que en la realidad no cumple su función, que es garantizar el derecho del accionista a conocer la convocatoria para poder asistir a la reunión societaria. Para esto pregunto ¿cuántos diarios circulan en nuestro país? ¿cuántas páginas tiene cada diario? A manera de juicio particular, pienso que es muy fácil convocar a través de los medios impresos y que “casi” nadie se entere.

⁸⁷ Véase BARRERA GRAF, Jorge. Op. cit. p. 551.

⁸⁸ MANTILLA MOLINA, Roberto. Op. cit. p. 403.

La convocatoria que se publique debe aparecer con quince días de anticipación cuando menos, de la fecha en que se celebre la asamblea (artículo 186). Se trata de días naturales, pero en tal plazo no se cuentan ni el primero ni el último día de la publicación; la asamblea debe celebrarse un día después de éste último, con tal de que no sea feriado. Esto se refiere a primera convocatoria; para la segunda o ulteriores no hay regla; debe entenderse, sin embargo, que entre la primera y la segunda corra un lapso prudente para que quienes no concurrieran a aquélla puedan hacerlo a ésta. En todo caso, la legalidad de la segunda convocatoria supone la regularidad de la primera.

Los datos que deben indicarse en la convocatoria son lugar, día y hora en que la asamblea se verifique, así como el orden del día, y debe aparecer firmada por quien la hiciera (artículo 187). Sobre el lugar de la reunión, no se precisa que sea en las oficinas de la compañía, con tal de que sea en la ciudad donde “tenga establecida su administración”, que es el concepto de domicilio social de las personas morales, según el artículo 33 del Código Civil Federal; y de igual manera la Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 179 ordena que las reuniones societarias sean en el domicilio social, salvo caso fortuito o fuerza mayor; y de no realizarse en el domicilio indicado, la asamblea será nula.

El lugar, día y la hora, obviamente son requisitos necesarios para que los accionistas sepan el momento preciso y el lugar donde la reunión se llevará al cabo, con lo cual se garantiza el derecho del socio para poder asistir a la asamblea.

Las asambleas totalitarias,⁸⁹ como se indicado anteriormente, pueden celebrarse sin convocatoria alguna (o mejor dicho, sin la publicación de la convocatoria), y en consecuencia, pueden adoptar acuerdos válidos: la presencia de todas las acciones con derecho a voto durante la reunión convalida legalmente tal omisión. Si algún accionista no estuviere de acuerdo con la constitución, o con alguno de los asuntos que se propongan, podría desintegrar el quórum de votación con retirarse formalmente de la reunión, por lo que a partir del momento de su retiro, serían nulos los acuerdos que se adoptaran posteriormente.

Para el caso de la asamblea totalitaria, ésta se puede llevar al cabo en cualquier lugar, puesto que si todos los accionistas o sus representantes están presentes, el derecho a participar y asistir en la asamblea no es vulnerado.

En cuanto al orden del día, consiste en la lista de asuntos que habrán de discutirse y votarse en el seno de la asamblea, normalmente en el orden en que figuran. Y a esa lista debe concretarse la deliberación y el voto, porque si se agregan otros, los socios que no concurren y los que objetaron la adición, tendrán acción para demandar la nulidad del o de los acuerdos respectivos. Los distintos puntos que comprenda ese orden del día, deben ser clara y concretamente expuestos; es una práctica viciosa el incluir dentro del orden del día el punto de "asuntos generales".

⁸⁹ Asamblea Totalitaria o Junta Universal como la denomina el Derecho Español se caracteriza por los siguientes puntos: i) no se requiere publicación de la convocatoria; ii) es necesaria la concurrencia de todos los accionistas o sus representantes; iii) los asistentes a la reunión deben aceptar por unanimidad la celebración de la junta y el orden del día y deben estar presentes al final de la votación. Como inconveniente a la asamblea totalitaria, es la reunión simultánea de todos los accionistas en el caso de sociedades grandes, con accionistas que viven en distintos lugares o países, pues bastaría la ausencia de uno de ellos para que no se pudiese constituir legalmente la asamblea sin la convocatoria respectiva publicada. CACHÓN BLANCO, José Enrique. "LA SOCIEDAD ANÓNIMA. CIEN PREGUNTAS CLAVE Y SUS RESPUESTAS". 3ª EDICIÓN. EDITORIAL DICKINSON, SL. MADRID, ESPAÑA 2000, p. 109-110.

No obstante lo anterior, es posible tomar acuerdos determinados sin que aparezcan en el orden del día; tales como los que se indican en el artículo 181 de la ley, relativos a la asamblea ordinaria anual, así como a la remoción de administradores o comisarios y la exigencia de responsabilidad en que, a juicio de cualquier socio, hubieran incurrido, según se desprenda de los asuntos que se discutan en ellas (principalmente, la no presentación oportuna o el rechazo al balance o de ciertas partidas de éste).⁹⁰

En el último capítulo de este trabajo, haré los comentarios pertinentes al LUGAR DE CELEBRACIÓN DE LA ASAMBLEA, pues hoy día, el lugar y la reunión física de los accionistas, de los que habla el legislador de los siglos XIX y XX, puede ser distinto al lugar en donde, VIRTUALMENTE, es factible que se conjuguen las voluntades de los miembros de la sociedad, para acordar lo conducente en la Asamblea.

2.1.4 INTEGRACIÓN DE LA ASAMBLEA

Para la integración de la Asamblea señala el maestro BARRERA GRAF en su obra de Instituciones de Derecho Mercantil lo siguiente:

Al comparecer los accionistas o sus representantes al lugar en el día y la hora que la convocatoria señale (o en defecto de ella, en las asambleas totalitarias, al llamado que verbalmente, o por otros medios de comunicación distintos, les hubiera hecho un administrador, o un comisario), el primer acuerdo será la designación de quien la presida, en el caso de que los estatutos no lo prevean, y el primer acto del Presidente será comprobar si existe o no quórum para constituir la. La persona o personas presentes que él designe como escrutadores se encargarán de dicha tarea, comprobando quiénes sean los accionistas allí reunidos que tengan derecho a participar, según los datos del libro de actas, o en defecto de éste de la escritura constitutiva (o bien, con la tenencia material de

⁹⁰ Cfr. BARRERA GRAF, Jorge. Op. cit. p. 552.

las acciones de que sean titulares); el número de acciones que corresponde a cada accionista; el examen y regularidad de los poderes que hubieren otorgado los socios.

Los escrutadores consideran también si los socios que concurren depositaron sus acciones como ordene la convocatoria, quienes en tal caso deben presentar la constancia respectiva del depósito. Los escrutadores formularán una lista de asistencia en la que indiquen los nombres de los comparecientes (socios y representantes), así como el número de acciones con las que comparecen; rendirán, además, un dictamen al Presidente en el que indiquen el número total de acciones presentes para que éste compruebe si se integra el quórum legal o estatutario, caso en el cual el Presidente declarará legalmente constituida la asamblea; en el caso de que "no haya quórum", deberá ordenar una segunda convocatoria, en que indique nuevamente el día y la hora, el mismo lugar u otro, y el mismo orden del día. Los escrutadores, incurrirán en responsabilidad personal en el caso de dar datos falsos en su dictamen; y lo mismo el Presidente, que supiera o debiera saber de dicha falsedad, lo que podría conducir a que la asamblea fuera nula.⁹¹

En relación con la convocatoria, el maestro JOAQUÍN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ,⁹² afirma que en la misma convocatoria se puede citar para primera y segunda reunión, y que ésta última no debe citarse para el mismo día.

Las asambleas generales, salvo estipulación contraria del estatuto, serán presididas por el administrador único o por el consejo de administración, y a falta de ellos, por quien fuere designado por el voto de la mayoría de las acciones presentes; que siempre es el caso de las asambleas especiales; normalmente, el Presidente del consejo también presidirá las asambleas generales, y éstas, siempre podrán designar de entre sus miembros un delegado para la ejecución de actos concretos. Pese al texto del artículo 193 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la asamblea está en libertad de designar un Presidente que no sea administrador, aunque los estatutos indicaran la persona o el funcionario social que presida; esto es consecuencia por un lado, del carácter eminentemente revocable de los

⁹¹ BARRERA GRAF, Jorge. Op. cit. p. 552-553.

⁹² Véase RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Op. cit. p. 500.

administradores, y por el otro de la amplitud de facultades que corresponden a las asambleas.

Es práctica corriente nombrar un Secretario de la asamblea (de quien además se infiere la existencia, dado que el artículo 194 de la Ley General de Sociedades Mercantiles obliga al Presidente y al Secretario para firmar el acta que se levante de la reunión); a dicho personaje corresponde verificar la lista de la asistencia, el dictamen de los escrutadores y la regularidad de los poderes, así como redactar el acta de la reunión, que ponga a consideración de los accionistas en la misma junta o en la siguiente. Más adelante haré comentarios al respecto, sobre la doctrina española,⁹³ es frecuente también que los estatutos faculten al Secretario, y desde luego al Presidente del Consejo, para formular y firmar las convocatorias. El Secretario no tiene que ser miembro del consejo, y de hecho, suele no serlo en muchas sociedades.

El maestro BARRERA GRAF,⁹⁴ a cuya opinión me adhiero, afirma que: "Tienen derecho a comparecer en la asamblea todos los socios (y sus representantes), que sean titulares de acciones representativas del capital social... ya sea que tengan o que carezcan del derecho de voto en la asamblea respectiva, o respecto a alguno o algunos de los asuntos que en ella se trate." El razonamiento de BARRERA GRAF es que el derecho de los accionistas a participar se desprende de que es un derecho propio, vinculado con el derecho de información, del que ninguna disposición legal los priva.

⁹³ En del Derecho Mercantil Mexicano no se fija el plazo o el momento en que deberá ser redactada, aprobada y firmada el acta. Las ideas de este trabajo, seguirán el camino de modificar lo anterior, no con el ánimo de tornar rígida la regulación societaria, sino en aras de mayor seguridad jurídica en el caso de reuniones societarias a distancia o virtuales.

⁹⁴ BARRERA GRAF, Jorge. Op. cit. p. 553.

Por el contrario, WALTER FRISCH PHILIPP⁹⁵ considera que solo pueden participar en la asamblea los accionistas legitimados para votar, aduciendo que las exclusiones del derecho de voto, implican una exclusión del derecho a asistencia en la misma asamblea. Esta discusión suscitada por los autores, es producto de que el derecho mexicano no distingue entre el derecho a participar en la asamblea y el derecho a votar en ella.

Sobre la integración de la asamblea, solamente las acciones con derecho de voto computarán para conformar los quora de asistencia y de votación en las asambleas ordinarias y extraordinarias, y respecto a las asambleas especiales, sólo tendrán derecho a votar los titulares de acciones de la categoría respectiva; en tratándose de la asamblea constitutiva, estarán facultados para concurrir todos los "socios" (suscriptores), ya sea personalmente o a través de representante, que hayan aprobado el programa inicial y que hayan convenido en realizar las aportaciones que integrarán el capital social.⁹⁶ Asimismo, estarán facultados e incluso obligados en ciertos casos, a participar los administradores y los comisarios. No tendrán derecho a participar, personas distintas a las anteriormente citadas, pero podrá autorizarse por el Presidente a petición propia o de algún socio, que sujetos ajenos a la sociedad estén presentes en la reunión.

En cuanto al tema de depositar las acciones a cargo de cada accionista, como condición para participar en la Asamblea, la Ley de Sociedades Mercantiles nada dispone sobre el mismo; sin embargo, suele indicarse en

⁹⁵ Cfr. FRISCH PHILIPP, Walter. Op. cit. p. 438.

⁹⁶ Cfr. BARRERA GRAF, Jorge. Op. cit. p. 553-554.

la convocatoria, este requerimiento. La persona que se señala como depositaria suele ser una Institución de Crédito.⁹⁷

2.1.5 FUNCIONAMIENTO DE LA ASAMBLEA

El objeto de la asamblea consiste en que los accionistas deliberen y voten los asuntos de que ella conozca. El resultado del voto es adoptar los acuerdos, que serán válidos si se obtienen por mayoría de las acciones, o por todas ellas. En tal virtud, se está en presencia de un acto jurídico plurilateral, en cuanto que el acuerdo produce efectos internamente y frente a terceros, salvo que se trate de actos meramente declarativos; se le clasifica también a la asamblea, dentro de la teoría del acto jurídico, como un acto de naturaleza compleja, colectivo (porque tiene más de una voluntad), y unilateral (porque no existe oposición de intereses entre dichas voluntades).

Siguiendo al maestro BARRERA GRAF,⁹⁸ quienes participen en la asamblea tienen, todos, derecho de voz. El deber del socio de abstenerse de “toda deliberación” respecto a asuntos en que tenga un interés contrario a la sociedad, no se refiere al derecho de discutir el asunto, sino sólo al derecho de votar para resolverlo. En cuanto a los administradores que en determinado asunto tengan intereses opuestos a los de la sociedad, me parece que el caso es distinto, y disiento de la opinión del Maestro, ya que el artículo 156 de la ley, les impide deliberar y resolver; luego entonces, al estar los dos verbos en el citado artículo 156, uno excluye al otro, por lo que deliberar se entiende en este contexto como discutir.

⁹⁷ Cfr. Ídem.

⁹⁸ Cfr. Ibídem, p. 554-555.

El derecho al uso de la palabra es moderado por el Presidente de la asamblea, quien no debe lesionar los derechos del socio, al regular la reunión.

Las mayorías necesarias para constituir asambleas, es decir, el quórum de presencia, varía en las diferentes clases en virtud de primera, de segunda o ulterior convocatorias.

En el caso de las asambleas ordinarias, en primera convocatoria se requiere la presencia del 50% del capital social con derecho a voto, para que se constituyan, y el voto de la mayoría de las acciones presentes con derecho a voto, para tomar acuerdos válidos (artículo 189 de la Ley General de Sociedades Mercantiles). En segunda convocatoria, que se haría si no se reúne en la primera convocatoria el referido 50% del capital, la asamblea puede celebrarse con las acciones que concurren, y los acuerdos también se pueden adoptar por la mayoría de las acciones presentes (artículo 191).

Para las asambleas extraordinarias, el quórum de presencia en primera convocatoria debe ser el 75% de las acciones con derecho a voto. Sobre el quórum de votación, la regulación es más estricta por la propia naturaleza de las resoluciones que pueden tomar estas asambleas, y deberá ser del 50% de todas las acciones que integran el capital social con derecho a voto (artículo 190). En segunda convocatoria, el quórum de presencia se reduce al 50%, y se mantiene el quórum de votación de dicho 50% de acciones que integren el capital social con derecho a voto (artículo 191).

En todos los casos, los porcentajes legales son los mínimos, puesto que no pueden reducirse; en cambio, por disposición estatutaria podrían aumentarse.

En el caso de la asamblea constitutiva, como ya se vio en los puntos 2.1.2.1 y 2.1.2.2 anteriores, ésta es una reunión preparatoria a la constitución del organismo social; los individuos que se reúnen tienen el carácter de suscriptores, y del resultado de la asamblea y de la creación de la persona moral, obtendrán la calidad de accionistas. Para estas asambleas se aplicarán las mismas reglas de la asamblea ordinaria, es decir, se requerirá la presencia, al menos, de la mitad de las acciones suscritas, y el voto de la mayoría de las acciones presentes (artículo 189); y en segunda convocatoria, la asamblea se celebrará y adoptará los acuerdos pertinentes con las acciones suscritas que concurren.

En cuanto a las asambleas especiales, la ley remite a las reglas de las asambleas extraordinarias, esto es, el quórum de asistencia es el 75% de las acciones de la clase que se trate, y el quórum de votación es el 50% de las acciones que integren dicha categoría especial.

Para las asambleas totalitarias el quórum de presencia debe ser el 100% de las acciones con derecho a voto, y el quórum de votación será el de la asamblea extraordinaria si se trata de algún asunto de los comprendidos en el artículo 182, y el de la ordinaria en caso de que se trate de cualquiera otro asunto.

Sobre la votación en la asamblea, el maestro BARRERA GRAF, explica lo siguiente:

La votación, que se toma cuando la asamblea o el Presidente considera el asunto suficientemente discutido, consiste en que el accionista (o su representante), en relación con cada acción de que sea titular, emita su voto, que puede ser favorable o desfavorable, o bien, que se abstenga de votar respecto al punto propuesto. Como se ha dicho, el voto expresa la voluntad del emitente. La votación puede ser económica o nominal; en el primer caso, se toma por el Presidente pidiendo a los socios que levanten la mano en señal de aprobación, o bien, que la levanten en señal de desaprobación, y la mayoría en un caso o en el otro será la del número más alto de las acciones presentes con derecho de voto. La votación nominal, en cambio, se hace cuando cada socio al votar expresa su nombre, o cuando el voto se formula por escrito. Según la lista de asistencia que los escrutadores hubiesen hecho al inicio de la sesión, se sabrá el número de votos que corresponda a cada accionista, y salvo que él indique votos divergentes respecto a sus diferentes acciones, el Presidente considerará que vota en el mismo sentido todas sus acciones.⁹⁹

2.1.6 APLAZAMIENTO DE LA VOTACIÓN

En cuanto al aplazamiento de la votación, puede suspenderse ésta cuando el 33% o más, de las acciones representadas en una asamblea, lo soliciten, según dispone el artículo 199 de la ley. Esta facultad de aplazar la asamblea, está limitada en su uso a una sola vez para el mismo asunto, y dispone el artículo en comento, que la nueva reunión que se celebre será “para dentro de tres días y sin necesidad de nueva convocatoria”; ya que se trata de la misma asamblea, que continuará a partir del asunto cuya resolución se aplazó, y por ende, continúa el mismo orden del día, sin alteraciones, y deben participar las mismas personas que concurrieran a la reunión previa, salvo que por acuerdo de los accionistas se autorice que otros socios acudan, o bien, porque sea indispensable que más socios estén presentes para continuar o desahogar los asuntos pendientes. El precepto parece también limitar este derecho de aplazamiento a los asuntos de los que los accionistas “no se consideran suficientemente informados”; no obstante esa primera impresión, es posible también aplazar la votación

⁹⁹ BARRERA GRAF, Jorge. Op. cit. p. 556.

por razones de falta de tiempo para agotar la agenda, e inclusive, por caso fortuito o fuerza mayor.¹⁰⁰

2.1.7 FORMALIDADES DE LAS ASAMBLEAS

La Ley General de Sociedades Mercantiles, en su artículo 194, y el Código de Comercio en su artículo 49, artículos que transcribo a continuación, ordenan que se levanten actas de las asambleas generales,¹⁰¹ que se asienten en el libro respectivo, que sean firmadas por el Presidente y por el Secretario, así como por los Comisarios que concurren, y que se agreguen a ellas los documentos que justifiquen que las convocatorias se hicieron en los términos que establece la ley de sociedades. Se deben agregar también a ella, la lista de asistencia y el dictamen de escrutadores, y si se trata de asamblea ordinaria anual, el informe de los administradores a que se refiere el artículo 172.

Artículo 194 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Las actas de las Asambleas Generales de Accionistas se asentarán en el libro respectivo y deberán ser firmadas por el Presidente y por el Secretario de la Asamblea, así como por los Comisarios que concurren. Se agregarán a las actas los documentos que justifiquen que las convocatorias se hicieron en los términos que esta Ley establece. Cuando por cualquiera circunstancia no pudiere asentarse el acta de una asamblea en el libro respectivo, se protocolizará ante Notario. Las actas de las Asambleas Extraordinarias serán protocolizadas ante Notario e inscritas en el Registro Público de Comercio.

Artículo 41 del Código de Comercio. En el libro de actas que llevará cada sociedad, cuando se trate de juntas generales, se expresará: la fecha respectiva, los asistentes a ellas, los números de acciones que cada uno represente, el número de votos de que pueden hacer uso, los acuerdos que se tomen, los que se consignarán a la letra; y cuando las votaciones no sean económicas, los votos emitidos, cuidando además de consignar todo lo que conduzca al perfecto conocimiento de lo acordado. Cuando el acta se refiera a

¹⁰⁰ Cfr. Ídem.

¹⁰¹ Se acostumbra también levantar actas de las asambleas especiales, pues en la parte final del artículo 195 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se desprende que se aplican las mismas reglas para las asambleas especiales, que las establecidas para las generales.

junta del consejo de administración, solo se expresará: la fecha, nombre de los asistentes y relación de los acuerdos aprobados. Estas actas serán autorizadas con las firmas de las personas a quienes los estatutos confieran esta facultad.

Los administradores son responsables de levantar el acta, que ella contenga las menciones que indican los ordenamientos legales aplicables, y que el Presidente y el Secretario la firmen; obligación que se desprende del artículo 158 fracción III de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Por su parte, el órgano de vigilancia debe cuidar que los administradores cumplan con dicha obligación. Sobre la validez de los acuerdos tomados en la asamblea, estas formalidades no son esenciales respecto de lo que no se levante en el acta, ya sea porque no se elabore el acta, porque no se transcriban ciertos puntos, o porque el documento contenga omisiones o defectos. Los accionistas tendrán derecho para obligar a los administradores y a los comisarios cuando ocurran estas faltas.

En el libro de actas de la asamblea deben hacerse constar todos los acuerdos relativos a la marcha de la sociedad que tomen las asambleas y en su caso, los administradores, constituidos en consejo; se trata de un libro obligatorio, como se desprende del artículo 41 del Código de Comercio, transcrito anteriormente, que ordena que lo deberá llevar cada sociedad; además estos libros de actas forman parte del sistema de contabilidad del comerciante.

Cuando el acta de la Asamblea no se asiente en el libro correspondiente deberá ser protocolizada ante notario, y para el caso de las asambleas extraordinarias, éstas deberán protocolizarse e inscribirse en el Registro Público de Comercio (artículo 194 último párrafo); independientemente de que en algunos casos, los acuerdos de la asamblea extraordinaria no modifiquen el estatuto social.

El maestro WALTER FRISCH PHILIPP comenta en relación a la grabación en cinta sobre lo ocurrido en las asambleas lo siguiente:

Grabaciones en cinta pueden ser utilizadas como medio técnico auxiliar para la redacción del acta cuya integración no podrá ser reemplazada por grabación alguna. Debido a que ésta no está prevista en la ley, se plantea la cuestión relativa al consentimiento necesario para el uso de grabadoras. Según SHIEMER...se requiere el consentimiento unánime de todos los participantes en la asamblea, sin que sea suficiente una resolución mayoritaria de los accionistas o una decisión del presidente de la asamblea, dado que "la grabación afecta a la esfera privada de los participantes y no tiene carácter de un procedimiento indiferente". No nos parece justificado este criterio en el derecho mexicano cuyo artículo 194, LSM, atribuye de cualquier manera al presidente de la asamblea en reunión con el secretario de la misma la redacción del acta, y, con esto, la reproducción del contenido de la asamblea sin que pueda intervenir alguno de los accionistas presentes en la formación del acta. Por tal motivo, opinamos que es suficiente para la procedencia de grabación la decisión del presidente de la asamblea o una resolución tomada por la mayoría simple de los accionistas presentes. Otra cosa sucede, si los estatutos o la mayoría simple de los accionistas prohibiesen grabación en cinta.¹⁰²

Sobre este tema de la grabación del desarrollo de la asamblea, en el Derecho Argentino existen diversas disposiciones que facultan a los accionistas de la sociedad para solicitar la presencia de un notario o "escribano" (como le llaman ellos), en el momento de la celebración de la reunión corporativa. Es de gran practicidad que para el cometido de su misión el escribano se auxilie con una grabadora, lo cual le permite relatar con indudable veracidad todo cuanto se ha dicho en el desarrollo de la asamblea. La grabación constituirá la base para la redacción del Acta Notarial, ya que servirá como memoria para el fedatario, quien no transcribirá íntegramente el contenido de la cinta.¹⁰³

¹⁰² FRISCH PHILIPP, Walter. Op. cit. p. 444-445.

¹⁰³ Cfr. FARINA, Juan María. "ASAMBLEAS DE SOCIEDADES ANÓNIMA Y LA ACTUACIÓN NOTARIAL". REVISTA NOTARIAL DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, ARGENTINA. AÑO 105. NÚMERO 933. ARGENTINA 1999, p. 321.

2.1.7.1 ACTA DE LA REUNIÓN

En el desarrollo de este punto profundizaré en el tema de las actas de la asamblea, haciendo primeramente ciertas consideraciones previas. En primer lugar, hablaré del acta como documento privado en oposición al público; como documento narrativo en oposición a constitutivo o dispositivo y posteriormente de su función, del tiempo de su redacción y aprobación, y de la lista de asistencia que la acompaña.

La regulación mexicana sobre las actas de las asambleas es muy escueta, lo hemos podido constatar en el desarrollo del punto anterior, relativo a las formalidades de las asambleas, más aún la regulación de las listas de asistencia a las asambleas, la cual prácticamente no existe. En el artículo 41 del Código de Comercio encontramos reglas generales de los elementos del acta y la obligación que tiene la sociedad de asentarlas en los libros para tal efecto que deberá llevar, establecida en el artículo 34 del mismo ordenamiento.

Por lo anterior, he acudido a la doctrina y legislación española, de la que he obtenido importantes conceptos. El Notario y Doctor en Derecho, AQUILES PATERNOTTRE SUÁREZ,¹⁰⁴ destacado jurista español define a los documentos públicos como: “los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley” (en México entenderíamos por públicos aquellos emitidos por un fedatario público o por el Estado). Por su parte, los documentos privados, indica, “son todos los demás”, es decir, todos los que no cumplen con los requisitos para ser públicos.

¹⁰⁴ PATERNOTTRE SUÁREZ, Aquiles. “LAS ACTAS DE LAS JUNTAS DE ACCIONISTAS”. EDITORIAL CIVITAS MADRID, ESPAÑA 1994, p. 27-28

Las listas de asistencia y las actas de las asambleas de las sociedades anónimas elaboradas por los órganos actuarios de las mismas (secretario de la asamblea en derecho mexicano), son documentos privados narrativos por los que sus autores, mediante declaraciones de ciencia, relatan o describen reuniones de personas en que consisten las juntas de accionistas y los acontecimientos o hechos que en ellas ocurren, especialmente los acuerdos adoptados en las mismas. Advierte el autor, que el empleo de documentos narrativos en las juntas de la sociedad anónima, como su uso en los órganos colegiados en general, aunque no sea la solución perfecta, concuerda muy bien con su modo de funcionar.¹⁰⁵

La función de las actas y de las listas de asistencia tiene tres cometidos fundamentalmente:

En primer lugar valen indiscutiblemente para informar, para dar a conocer mediante su lectura los hechos referentes a esos colegios que en las mismas se relatan.

En segundo lugar, sirven también para acreditar o probar dichos hechos ante los Juzgados y demás organismos;...

Y, finalmente, sirven para controlar la actuación de las juntas... puesto que contienen una narración de todo o parte de lo sucedido en ellas, permiten examinar o supervisar lo actuado y, si el examen revelase la existencia de infracciones, servirán de estímulo para exigir su corrección...¹⁰⁶

Concluye el maestro PATERNOTTRE,¹⁰⁷ que las actas de las juntas y las listas de asistentes tienen solamente la eficacia probatoria de los documentos privados, a cuya categoría pertenecen, aunque con dos especialidades que aumentan esa eficacia y le dan un cierto parecido a los

¹⁰⁵ Cfr. PATERNOTTRE SUÁREZ, Aquiles. Op. cit. p. 70-71.

¹⁰⁶ PATERNOTTRE SUÁREZ, Aquiles. Op. cit. p. 73.

¹⁰⁷ Cfr. Ibídem, p. 132-133.

documentos públicos; en México los calificamos como documentos que admiten prueba en contrario.

Las actas y las listas suplen a los documentos privados constitutivos, que son prácticamente inasequibles a las juntas generales y a otros colegios, por la dificultad que presenta la firma, elaboración y presencia de los que integran la reunión, al mismo tiempo de la redacción y generación del documento constitutivo, y tienen una eficacia probatoria que viene a ser un sucedáneo de la de aquéllos.

En cuanto al tiempo en que debe elaborarse el acta, existen diversas teorías; algunas afirman que el acta debe elaborarse al mismo tiempo en que se desarrolla la junta, otras que inmediatamente después de la terminación de la reunión. Lo mismo sucede con la lista de asistencia de los accionistas, pues lo técnico-jurídico sería que la lista se hiciera al momento de integrar la asamblea, aprobar el orden del día y declararla válidamente reunida.

Para el desempeño de la función probatoria, asevera PATERNOTTRE,¹⁰⁸ que es indiferente que la lista se forme al comienzo de la reunión o después de terminada ésta. El derecho mexicano no fija un plazo, de hecho ni habla de cuando debe levantarse el acta, sólo especifica que deberá ser firmada por el presidente y el secretario, que debe asentarse en el libro, o si se asienta en hoja por separado, ésta debe ser foliada y encuadernada en un plazo de 3 meses al cierre del ejercicio.

¹⁰⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 260-277.

Para concluir este comentario sobre el tiempo de redacción del acta y de la lista de asistentes, en el derecho español deben otorgarse estos documentos (el Acta y la Lista de Asistencia), al final del acto o en un plazo que no exceda de 15 días transcurridos desde la asamblea. En México, no hay un plazo para lo anterior.

En el capítulo final del trabajo, se estudiará la conveniencia de proponer una regulación más amplia, con motivo de justificar y proteger la firma electrónica como elemento probatorio y de certeza a la celebración de las reuniones societarias a distancia.

Por ahora comentaré brevemente sobre las garantías que existen sobre la redacción del acta de la asamblea y en general sobre los documentos de las juntas de accionistas que sirven entre otras cosas, para defenderlos de los atentados de que puedan ser objeto.

Una de las garantías más importantes es sin duda la responsabilidad a que quedan sujetos los que cometan esos atentados (hablaríamos en el derecho mexicano del Presidente de la Asamblea, del Secretario y de los Comisarios). Se trata de una garantía genérica, que asegura no sólo la corrección de dichos documentos, sino la de todos los documentos y la de todos los demás actos de cualesquiera personas físicas o jurídicas.

Por su parte la APROBACIÓN del acta y de la lista de asistentes que le dé efectos plenos a estos instrumentos, es la garantía específica que busca asegurar la corrección de los documentos mismos de la asamblea y la fidelidad de los acuerdos tomados.

2.1.8 NULIDAD E IMPUGNACIÓN DE LAS ASAMBLEAS

El maestro BARRERA GRAF,¹⁰⁹ comenta que la materia de nulidades está muy mal regulada en la Ley General de Sociedades Mercantiles; y la doctrina mexicana no ha logrado construir un sistema completo y sistemático que se base en dicha ley, y supletoriamente en el Código Civil; éste, a su vez, no resulta congruente y oportuno en las escasas normas que dedica a las sociedades civiles, en sus artículos 2691, 2692 y 2696, ni éstas pueden aplicarse supletoriamente a la Ley General de Sociedades Mercantiles, puesto que dichos preceptos corresponden a los artículos 2, 3, 7, 8 y 17 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que contienen soluciones diferentes. En cambio, ciertas disposiciones relativas a la inexistencia y nulidad del negocio jurídico (artículos 2224 a 2242 del Código Civil), sí resultan aplicables supletoriamente.

El maestro ARTURO DÍAZ BRAVO,¹¹⁰ coincide con las anteriores ideas, y comenta en relación a esto, que en varias ocasiones nuestra ley hace referencia a la nulidad de asambleas, de acuerdos y de pactos,

-...pero en numerosos casos no precisa el carácter jurídico de actuaciones contrarias a alguna ley o a los estatutos, de todo lo cual resulta que el régimen tutelar de los derechos que asisten a los accionistas es sumamente confuso e incompleto. Confuso, por cuanto no es clara la vía judicial a la que pueden acudir los afectados, e incompleta, por razón de que tampoco resulta claro el camino a seguir para obtener la satisfacción de derechos de los accionistas como el de información, el de deliberación, el de combatir los abusos de la mayoría, el de obtener que a los menos la asamblea anual de balance sea convocada con toda oportunidad, el de que se entreguen oportunamente los dividendos y otros.

En cuanto a los casos de nulidad de una asamblea o de sus acuerdos, previstos por los artículos 179 y 188, no queda sino estimar que la acción para obtener que se declaren habrá de intentarse en un juicio ordinario mercantil, si bien surge una nueva incógnita en cuanto a la determinación de la parte demandada. Al parecer, este carácter sólo

¹⁰⁹ Cfr. BARRERA GRAF, Jorge. Op. cit. p. 558.

¹¹⁰ DÍAZ BRAVO, Arturo. Op. cit. p. 99-100.

corresponde a la sociedad misma, pues atribuir tal carácter a los socios que tomaron el acuerdo o a los administradores que lo ejecutaron, ofrecería muy serias dificultades de orden práctico y procesal.

En cambio, el régimen legal de oposición a los acuerdos de las asambleas resulta de mayor claridad. En principio, sólo puede formularse cuando el acuerdo de la asamblea sea contrario a un precepto legal o a una cláusula estatutaria, y siempre que el reclamante no haya concurrido a la asamblea o haya votado en contra del acuerdo, de donde se desprende que si concurrió a la asamblea y se abstuvo de votar, no le asistirá el derecho de formular esta oposición.

El escrito de oposición debe presentarse dentro de los quince días siguientes a la clausura de la asamblea, plazo que, por ser de índole procesal, deberá entenderse que comprende sólo días hábiles judicialmente hablando, si bien debe aclararse que este juicio de oposición no procede en contra de acuerdos relativos a la responsabilidad de los administradores o de los comisarios...

Ahora bien, quien formule juicio de oposición podrá obtener que el juez suspenda la ejecución de la resolución impugnada, siempre que otorgue "...fianza bastante para responder de los daños y perjuicios que pudieren causarse a la sociedad por la inejecución...", en caso de que la sentencia declare infundada la oposición (artículo 202 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

Finalmente, es preciso dejar sentado que todas las oposiciones que se formulen contra una misma resolución deben acumularse para ser decididas en una sola sentencia..., misma que surtirá efectos respecto de todos los socios y, naturalmente, frente a la sociedad misma... También hay que decir que tanto esta acción de oposición, como las de nulidad antes mencionadas, precisan el previo depósito de los títulos de acciones ante notario público o en una institución de crédito, quien expedirá el certificado correspondiente para acompañarse a la demanda. Las acciones sólo se devolverán una vez concluido el juicio respectivo. (artículos 203 a 205 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

2.1.9 ASAMBLEAS INEXISTENTES

El maestro JORGE BARRERA GRAF¹¹¹ afirma que una práctica viciosa e ilegal que resulta ser frecuente en las sociedades anónimas, es la de las asambleas inexistentes. En muchas ocasiones las asambleas no se celebran realmente, sino que, de acuerdo con los socios, uno de ellos, generalmente el administrador, redacta o hace redactar un acta, como si la reunión se hubiera celebrado realmente con el contenido previamente

¹¹¹ Cfr. BARRERA GRAF, Jorge. Op. cit. p. 405.

convenido, y después la firman quienes supuestamente comparecieron, socios, administradores, comisarios, e incluso terceros. Esta costumbre implica la inexistencia de la asamblea y por consiguiente la nulidad de los acuerdos que en ella se hayan adoptado, que cualquier interesado (socio, administrador, comisario e inclusive algún acreedor de la sociedad o de los socios), puede invocar; y tanto los administradores, como los comisarios resultarían responsables por permitir dicha situación o participar en dicha actividad ilícita y contraria a la naturaleza misma de la Asamblea, como reunión de accionistas. Este problema, conocido también como las ASAMBLEAS DE PAPEL o ASAMBLEAS DE ESCRITORIO es una de las causas fundamentales que me han llevado a desarrollar este trabajo, además del interés por contribuir a la evolución del derecho mercantil mexicano, para integrarlo al mundo moderno.

2.2 EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN. ADMINISTRADOR ÚNICO Y CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

En el derecho mercantil mexicano, la administración de la Sociedad Anónima corre a cargo de un Administrador Único, cuando es un sólo individuo, o a cargo de un Consejo de Administración, cuando se compone de más de un individuo, según se apuntó en el primer capítulo. Es el órgano que lleva la operación directa de la Sociedad Anónima; cumple la función dinámica de la sociedad, que es la representación externa frente a terceros y la administración interna.

En el desarrollo de este punto del capítulo hablaré de la regulación de este órgano, haciendo énfasis en la administración colegiada; para dar paso en

la última sección del trabajo, a la posibilidad de que opere de una manera distinta a la actual, en cuanto a las reuniones que celebra el Consejo.

2.2.1 CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN. CONCEPTO

Se entiende por Consejo de Administración al órgano colegiado dependiente de la Asamblea de Accionistas (Junta General para el derecho español), en cuanto a su nombramiento y separación, compuesto por el número de miembros que determinen los estatutos o, en su defecto, la asamblea dentro de los límites señalados por aquéllos, y que actúa directamente por delegación en sus miembros o por apoderados.

Comenta el jurista español PEDRO ÁVILA NAVARRO,¹¹² el acierto de la legislación de su país, que a partir de 1990, ordena que el número mínimo de miembros del consejo debe ser tres, puesto que si se integrara por dos personas, todos los acuerdos deberán ser tomados por unanimidad debido a la imposibilidad de establecer una mayoría.

La ley española encomienda al mismo consejo la regulación de su propio funcionamiento, salvo disposición estatutaria en contrario. El consejo puede reunirse en cualquier lugar, ya que la ley de sociedades anónimas española no exige el requisito de que se celebre en el domicilio, como si lo hace con la Junta General, el equivalente a la Asamblea General de la Sociedad Anónima mexicana. La libertad de reunión del "Consejo Universal" (consejo reunido con todos sus miembros), es absoluta, y la del "Consejo Mayoritario" no tendrá más límites que los de la buena fe, que se conculcará

¹¹² Cfr. ÁVILA NAVARRO, Pedro. "LA SOCIEDAD ANÓNIMA". TOMO II. EDITORIAL BOSCH. BARCELONA, ESPAÑA 1997, p.737-738.

cuando se fije un lugar tal que impida la asistencia de algún consejero. Lo mismo sucede en la legislación mexicana, puesto que en la Ley General de Sociedades Mercantiles tampoco se exige que la reunión del consejo sea en el domicilio de la sociedad, pero de la regulación nacional se infiere que si la Sesión no se celebrase en el domicilio, serían anulables las decisiones en caso de que no estuvieran presentes todos los miembros del cuerpo colegiado.¹¹³

2.2.2 CARACTERÍSTICAS, REQUISITOS, FUNCIONES Y RESPONSABILIDADES DE LOS ADMINISTRADORES

El artículo 142 de la Ley General de Sociedades Mercantiles califica como mandatarios a los administradores, pero en realidad no son apoderados de la sociedad y tampoco se celebra con ellos contrato de mandato alguno. La naturaleza del cargo, según el artículo décimo de la ley de sociedades, es la de representantes de la persona moral, de donde resulta que sus facultades para actuar derivan directamente de la ley y del estatuto social.

Artículo 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. La representación de toda sociedad mercantil corresponderá a su administrador o administradores, quienes podrán realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad, salvo lo que expresamente establezcan la Ley y el contrato social...-

Por lo anterior, el maestro ARTURO DÍAZ BRAVO¹¹⁴ destaca que el considerarlos mandatarios, conduce a la práctica equivocada de conferir a los administradores las facultades que a favor de mandatarios consigna el artículo 2254 del Código Civil, sin que ello sea necesario, atento a lo dispuesto por el artículo 10 de la ley de sociedades, en el sentido de que

¹¹³ Cfr. ibidem, p. 762-765.

¹¹⁴ Cfr. DÍAZ BRAVO, Arturo Op cit p 101-102.

realmente son representantes; y cita el maestro, el ejemplo de la madre y el padre del menor, que no requieren de mandato alguno para actuar en nombre del hijo.

El cargo de administrador es personal, temporal, revocable y por lo general es remunerado, características que plantean, primeramente, la imposibilidad de desempeñarlo por conducto de otra persona, la improcedencia de una designación definitiva, así como la nulidad de una cláusula en la que se pactara su irrevocabilidad. En cuanto a la remuneración del administrador o administradores, corresponde a la Asamblea Ordinaria la determinación de sus emolumentos. Más en la actualidad, es frecuente que los propios administradores renuncien a percibir remuneración, decisión que no puede calificarse de nula o ilegal, especialmente si se considera que ellos son, con frecuencia, también accionistas de la sociedad.

El desempeño personal del cargo deriva en la imposibilidad de que se designe administrador a una persona moral.

En la Ley General de Sociedades Mercantiles se tiene como requisito para ser Administrador de una Sociedad Anónima, el no estar inhabilitado para ejercer el comercio (artículo 151). El nombramiento de administrador debe inscribirse en el Registro Público de Comercio (artículo 6º fracción IX).

En el estatuto o por acuerdo de la Asamblea, se puede fijar como requisito para el desempeño del cargo de Administrador, la obligación de prestar garantía o caución, con la finalidad de asegurar la responsabilidad que pudiese contraer en el ejercicio del cargo (artículo 152); garantía que puede fijarse con toda libertad, y hasta que no se compruebe el debido

otorgamiento de la misma, no se podrá inscribir el nombramiento en el Registro Público de Comercio (artículo 153).

Existen otras disposiciones legales que afectan al órgano de administración de la sociedad anónima y que incluso lo imponen como forma administrativa obligatoria de la persona moral; aunque en este caso ya no se trata de la Sociedad Anónima de carácter privado que se analiza. A manera de ejemplo, cito dos de los ordenamientos aludidos: La Ley de Instituciones de Crédito y la Ley de Sociedades de Inversión.

La primera de ellas regula, entre otras sociedades, a las Instituciones de Banca Múltiple, cuya naturaleza primaria es la de Sociedades Anónimas, autorizadas por los Estados Unidos Mexicanos, por conducto del Secretario de Hacienda, para operar como tales. Dicha ley determina las cualidades, requisitos e imposibilidades para ser miembro del Consejo de Administración en las instituciones de crédito. Del referido ordenamiento, transcribo en lo conducente los siguientes artículos:

LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO.

DE LAS INSTITUCIONES DE BANCA MÚLTIPLE.

Artículo 21. La administración de las instituciones de banca múltiple estará encomendada a un consejo de administración y a un director general, en sus respectivas esferas de competencia...

Artículo 22. El consejo de administración de las instituciones de banca múltiple estará integrado por un mínimo de cinco y un máximo de quince consejeros propietarios, de los cuales cuando menos el veinticinco por ciento deberán ser independientes. Por cada consejero propietario se designará a su respectivo suplente, en el entendido de que los consejeros suplentes de los consejeros independientes, deberán tener este mismo carácter.

Por consejero independiente, deberá entenderse a la persona que sea ajena a la administración de la institución de banca múltiple respectiva, y que reúna los requisitos y condiciones que determine la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, mediante disposiciones de carácter general, en las que igualmente se establecerán los supuestos

bajo los cuales, se considerará que un consejero deja de ser independiente, para los efectos de este artículo.

En ningún caso podrán ser consejeros independientes:

I. Empleados o directivos de la institución;

II. Accionistas que sin ser empleados o directivos de la institución, tengan poder de mando sobre los directivos de la misma;

III. Socios o empleados de sociedades o asociaciones que presten servicios de asesoría o consultoría a la institución o a las empresas que pertenezcan al mismo grupo económico del cual forme parte ésta, cuyos ingresos representen el diez por ciento o más de sus ingresos;

IV. Clientes, proveedores, deudores, acreedores, socios, consejeros o empleados de una sociedad que sea cliente, proveedor, deudor o acreedor importante de la institución.

Se considera que un cliente o proveedor es importante cuando los servicios que le preste la institución o las ventas que le haga a ésta, representan más del diez por ciento de los servicios o ventas totales del cliente o del proveedor, respectivamente. Asimismo, se considera que un deudor o acreedor es importante cuando el importe del crédito es mayor al quince por ciento de los activos de la institución o de su contraparte;

V. Empleados de una fundación, asociación o sociedad civiles que reciban donativos importantes de la institución.

Se consideran donativos importantes a aquellos que representen más del quince por ciento del total de donativos recibidos por la fundación, asociación o sociedad civiles de que se trate;

VI. Directores generales o directivos de alto nivel de una sociedad en cuyo consejo de administración participe el director general o un directivo de alto nivel de la institución;

VII. Cónyuges o concubenarios, así como los parientes por consanguinidad, afinidad o civil hasta el primer grado respecto de alguna de las personas mencionadas en las fracciones III a VI anteriores, o bien, hasta el tercer grado, en relación con las señaladas en las fracciones I, II y VIII de este artículo, y

VIII. Quienes hayan ocupado un cargo de dirección o administrativo en la institución o en el grupo financiero al que, en su caso, pertenezca la propia institución, durante el año anterior al momento en que se pretenda hacer su designación.

El consejo deberá reunirse por lo menos trimestralmente y en forma extraordinaria, cuando sea convocado por el Presidente del consejo, al menos el veinticinco por ciento de los consejeros, o cualquiera de los comisarios de la institución. Para la celebración de las sesiones ordinarias y extraordinarias del consejo de administración se deberá contar con la asistencia de cuando menos el cincuenta y uno por ciento de los consejeros, de los cuales por lo menos uno deberá ser consejero independiente.

Los accionistas que representen cuando menos un diez por ciento del capital pagado ordinario de la institución, tendrán derecho a designar un consejero. Sólo podrá revocarse el nombramiento de los consejeros de minoría, cuando se revoque el de todos los demás. El Presidente del consejo tendrá voto de calidad en caso de empate.

Artículo 23. Los nombramientos de consejeros de las instituciones de banca múltiple deberán recaer en personas que cuenten con calidad técnica, honorabilidad e historial crediticio satisfactorio, así como con amplios conocimientos y experiencia en materia financiera, legal o administrativa.

Los consejeros estarán obligados a abstenerse expresamente de participar en la deliberación y votación de cualquier asunto que implique para ellos un conflicto de interés. Asimismo, deberán mantener absoluta confidencialidad respecto de todos aquellos actos, hechos o acontecimientos relativos a la institución de banca múltiple de que sea consejero, así como de toda deliberación que se lleve a cabo en el consejo, sin perjuicio

de la obligación que tendrá la institución de proporcionar toda la información que les sea solicitada al amparo de la presente Ley.

En ningún caso podrán ser consejeros:

I. Los funcionarios y empleados de la institución, con excepción del director general y de los funcionarios de la sociedad que ocupen cargos con las dos jerarquías administrativas inmediatas inferiores a la de aquél, sin que éstos constituyan más de la tercera parte del consejo de administración.

II. El cónyuge. Las personas que tengan parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, o civil, con más de dos consejeros;

III. Las personas que tengan litigio pendiente con la institución de que se trate;

IV. Las personas sentenciadas por delitos patrimoniales; las inhabilitadas para ejercer el comercio o para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público, o en el sistema financiero mexicano;

V. Los quebrados y concursados que no hayan sido rehabilitados;

VI. Quienes realicen funciones de inspección y vigilancia de las instituciones de crédito, y

VII.- Quienes realicen funciones de regulación de las instituciones de crédito, salvo que exista participación del Gobierno Federal en el capital de las mismas, o reciban apoyos del Fondo Bancario de Protección al Ahorro.

VIII. Quienes participen en el consejo de administración de entidades financieras pertenecientes, en su caso, a otros grupos financieros, o de las sociedades controladoras de los mismos, así como de otras entidades financieras no agrupadas.

La mayoría de los consejeros deberán ser mexicanos o extranjeros residentes en el territorio nacional.

En la Ley de Sociedades de Inversión también se impone al Consejo de Administración como forma de administración obligatoria. En estas sociedades existe también una regulación especial para poder ser miembro del consejo de administración. De igual manera estas personas morales se organizan como sociedades anónimas y son autorizadas para operar como Sociedades de Inversión por el Estado, como se verá en los artículos que se transcriben:

LEY DE SOCIEDADES DE INVERSIÓN.

Artículo 5. Las sociedades de inversión tendrán por objeto, la adquisición y venta de Activos Objeto de Inversión con recursos provenientes de la colocación de las acciones representativas de su capital social entre el público inversionista, así como la contratación de los servicios y la realización de las demás actividades previstas en este ordenamiento...-

Artículo 12. Las sociedades de inversión deberán organizarse como sociedades anónimas, con arreglo a las disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles y a las siguientes reglas especiales:

...X. El consejo de administración estará integrado por un mínimo de cinco y un máximo de quince consejeros propietarios, de los cuales cuando menos el treinta y tres por ciento deberán ser independientes. Por cada consejero propietario se designará a su respectivo suplente, en el entendido de que los consejeros suplentes de los consejeros independientes, deberán tener este mismo carácter. Sólo podrá revocarse el nombramiento de los consejeros independientes, cuando se revoque igualmente el nombramiento de todos los demás consejeros. Los consejeros independientes de las sociedades de inversión deberán ser personas que seleccionadas por su experiencia, capacidad y prestigio profesional, reúnan los requisitos que para consejeros independientes de sociedades emisoras de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores define la Ley del Mercado de Valores. En ningún caso podrán ser consejeros:

- a) El cónyuge y las personas que tengan parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado o civil, con cualquier consejero;
- b) Las personas que tengan litigio pendiente con la sociedad de inversión de que se trate;
- c) Las personas condenadas por sentencia irrevocable por delitos intencionales de carácter patrimonial y las inhabilitadas para ejercer el comercio o para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público o en el sistema financiero mexicano;
- d) Los concursados que no hayan sido rehabilitados;
- e) Los servidores públicos que realicen funciones de inspección, vigilancia o regulación de las sociedades de inversión a que se refiere esta Ley, y
- f) El contralor normativo de la sociedad operadora que preste servicios a la sociedad de inversión de que se trate.

En cuanto a las funciones de los administradores, éstas corresponden a dos esferas de actuación: la interna y la externa, sin más limitación que el cumplimiento del objeto social.

En atención a la importancia cuantitativa y cualitativa de la sociedad, los administradores, al igual que la asamblea general, pueden nombrar uno o más gerentes generales o especiales, quienes tendrán las facultades que se les confieran estatutariamente o al ser designados, con la circunstancia de que gozarán, dentro de la órbita de sus atribuciones, de las más amplias facultades de representación y ejecución; todo lo cual explica que estos cargos gerenciales sean también personalísimos.

Un aspecto importante del órgano de administración es el relacionado con las facultades que tiene para conferir poderes en nombre de la sociedad, mismos que serán revocables en cualquier momento (artículo 149 de la Ley

General de Sociedades Mercantiles), sin que nuestra ley aclare si tales poderes son revocables también por la asamblea, lo que parece indudable, en razón de su carácter de órgano supremo de la sociedad.¹¹⁵

Las delegaciones y poderes otorgados, en modo alguno restringen las facultades de los administradores, si bien más importante aún, resulta dejar precisado que la terminación de las funciones de tales administradores no extingue tales delegaciones ni los poderes que hayan otorgado (artículo 150).

En cuanto a la terminación del cargo, concluido el plazo para el que hubieren sido designados, o revocado el nombramiento por la asamblea, los administradores no deben abandonar el cargo mientras los designados no se presenten a asumirlo. Tal disposición muestra la justificada preocupación del legislador en el sentido de no propiciar la falta del órgano de administración en las sociedades, como también se muestra en la regla según la cual, en caso de falta del administrador único o de un número tal de consejeros que los restantes no reúnan el quórum necesario para actuar, los comisarios estarán facultados para designar, provisionalmente, a los administradores faltantes (artículo 155).

Por otro lado, cuando un administrador tenga, en cualquier operación, un interés contrario al de la sociedad, deberá ponerlo en conocimiento de los demás y abstenerse de intervenir en las deliberaciones y en la votación; de no acatar tales disposiciones, será responsable de los daños y perjuicios que se causen a la sociedad (artículo 156).

¹¹⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 102-106.

Los administradores son designados por la asamblea ordinaria de accionistas, según se conoció al tratar el tema de la asamblea y su competencia. Cabe resaltar, como uno de los derechos de las minorías, que cuando la sociedad tiene tres o más consejeros, "...el contrato social determinará los derechos que correspondan a la minoría en la designación, pero en todo caso la minoría que represente un veinticinco por ciento del capital social nombrará cuando menos un consejero. Este porcentaje será del diez por ciento, cuando se trate de aquellas sociedades que tengan inscritas sus acciones en la Bolsa de Valores" (artículo 144). Se podrá revocar el nombramiento de los administradores designados por las minorías, sólo cuando se revoque también el nombramiento de todos los demás.

Salvo disposición estatutaria sobre el particular, será presidente del consejo el administrador primeramente nombrado y a falta de él quien le siga en el orden de la designación. A él corresponde, en caso de empate, la decisión de los asuntos. El consejo puede funcionar legalmente con la mitad de sus integrantes. Salvo que los estatutos dispongan otra cosa, las decisiones en el Consejo, se tomarán por simple mayoría de votos. Más adelante ampliaré los comentarios sobre el funcionamiento de este órgano.

Como en el caso de la asamblea, los estatutos podrán prever la posibilidad de que las resoluciones se tomen sin necesidad de una sesión formal de consejo, pero aquí también será preciso que los acuerdos se tomen por unanimidad de todos los integrantes, quienes deberán confirmar su voto por escrito (artículo 143).

"Aunque no especifica nuestra ley el lugar en el que deben celebrarse las sesiones del consejo, parece necesario" –comenta el maestro DÍAZ

BRAVO- “concluir que deben llevarse en el domicilio social, con sólo recordar que el lugar en que se administre la sociedad será el domicilio social, por disposición del artículo 33 del Código Civil.”¹¹⁶No obstante esa opinión, más adelante se verán que para otros autores, no es imperativo realizar las sesiones en el domicilio de la sociedad.

En cuanto a la responsabilidad de los administradores, ésta deriva de la naturaleza del cargo y de las obligaciones que la ley y el estatuto social les imponen. A manera de resumen general, señalo diversos aspectos relevantes de las responsabilidades de este cargo:

- De la realidad de las aportaciones hechas por los socios.
- Del cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios en cuanto al reparto de dividendos.
- De la existencia y mantenimiento de los sistemas de contabilidad, control, registro, archivo e información que prevengan las leyes.
- Del exacto cumplimiento de los acuerdos de las asambleas (artículo 158).
- De las irregularidades en que hayan incurrido los administradores previos, sí, a pesar de conocerlas, no las denunciaren por escrito a los comisarios. En este caso la responsabilidad es solidaria con dichos administradores precedentes (artículo 160).
- De los daños y perjuicios que causen a la sociedad y a sus acreedores, en caso de que autoricen la adquisición de acciones del capital de la propia sociedad por un camino diferente a la adjudicación judicial (artículo 138).
- Del indebido reparto de dividendos a los accionistas (artículo 19).

¹¹⁶ DÍAZ BRAVO, Arturo. Op. cit. p. 105.

-En caso de que no se haga la separación del cinco por ciento anual de las utilidades para constituir o recuperar (reconstituir) el fondo de reserva (artículos 20 y 21).

-La responsabilidad de los administradores sólo podrá ser exigida por acuerdo de la asamblea general de accionistas, la que designará la persona que haya de ejercitar la acción correspondiente. En cuanto la asamblea acuerde exigir estas responsabilidades, los administradores respectivos cesarán en sus cargos, y sólo podrán ser nuevamente nombrados una vez que se dicte sentencia que declare infundada la acción (artículo 162). La acción de responsabilidad podrá ejercitarse por accionistas titulares de un mínimo del treinta y tres por ciento del capital social, siempre que no hayan votado a favor de la resolución tomada por la asamblea en el sentido de no proceder contra dichos administradores, y que la demanda comprenda el total de responsabilidades a favor de la sociedad a la que, en su caso, asistirá el derecho de percibir los bienes que se obtengan como resultado de la reclamación (artículo 163).¹¹⁷

2.2.3 LAS SESIONES DE CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

El maestro MANUEL GARCÍA RENDÓN¹¹⁸ indica que la legislación mexicana sobre el Consejo de Administración es muy poca; para hablar de éste, será necesario recurrir a los usos mercantiles y a la costumbre. La constitución del consejo, está sujeta a ciertos requisitos de convocatoria, de tiempo y lugar de reunión y de integración de los quora de asistencia legales y estatutarios. En el desarrollo de este punto trataré cada uno de los puntos anteriores.

¹¹⁷ Cfr. DÍAZ BRAVO, Arturo. Op. cit., p. 105-106.

¹¹⁸ Cfr. GARCÍA RENDÓN, Manuel. Op. cit. p. 433-439.

2.2.3.1 CONVOCATORIA.

En cuanto a la Constitución del Consejo la ley no determina a quién corresponde convocar a las juntas y la forma en que debe hacerse la convocatoria. Por lo general, en el estatuto, se concede esta facultad al presidente del propio consejo o, en su defecto, a dos o más consejeros, a quienes se autoriza a convocar mediante simple escrito dirigido a los demás administradores.

Cuando no se han determinado previamente las fechas de reunión, se usa estipular que la convocatoria se hará mediante aviso escrito, por carta, télex o telefax, dirigido a los consejeros con cierta antelación. Lo cual no impide que se usen medios electrónicos propios de nuestro tiempo.

La falta de convocatoria vicia de nulidad los acuerdos del consejo, salvo que al momento de la votación se encuentre reunida la totalidad de sus miembros. La ilicitud de la reunión deviene del hecho de que la Ley General de Sociedades Mercantiles, en el párrafo segundo del artículo 143, implícitamente estatuye que los administradores deben ejercer la facultad de gestión de forma colegiada; es decir, que dos o más administradores no pueden actuar sin el concurso de los otros, fuera de los casos previstos por la ley o las buenas costumbres (artículos 1830 y 2715 del Código Civil).

La falta del orden del día en la convocatoria no vicia de nulidad las reuniones del consejo, pues sus miembros tienen la más amplia facultad de que se les informe con detalle sobre los asuntos deliberados antes de manifestarse a través del voto.

La ley es omisa en cuanto a si el orden del día debe ser firmado por quien lo hace. La falta de firma no tiene trascendencia jurídica alguna a mi entender. La naturaleza del órgano de administración, como órgano dinámico debe tener en la ley, como lo hace hasta ahora, una normatividad que permita un amplio margen de autorregulación. Los administradores están en permanente contacto, tanto entre ellos, como con los negocios de la sociedad. Por ello, considero que no es indispensable, como si para las Asambleas, contar con reglas estrictas para salvaguardar los derechos de los miembros que integren ese órgano colegiado.

2.2.3.2. TIEMPO DE REUNIÓN

El consejo de administración se reúne periódicamente en los plazos o fechas específicas determinadas por él mismo o por los estatutos sociales, aunque es frecuente encontrar en éstos la estipulación de que el Consejo se reunirá cuantas veces lo estime necesario su Presidente, o dos o más de sus miembros. La determinación previa de las fechas de reunión cumple las funciones de convocatoria.

2.2.3.3 LUGAR DE REUNIÓN

La Ley General de Sociedades Mercantiles concede a los accionistas plena libertad para determinar el lugar de reunión del consejo. Por esta razón, especialmente en las sociedades en cuyo capital participa inversión extranjera, es común encontrar estipulaciones de que el consejo se reunirá alternativamente en una ciudad de la República o del extranjero.

A falta de pacto del lugar de reunión se presume que el consejo deberá reunirse en el domicilio u oficinas de la sociedad o, al menos, en el lugar en el que ésta tenga el principal asiento de sus negocios.

“La costumbre de facultar al presidente del consejo para fijar el lugar de reunión” –opina el maestro GARCÍA RENDÓN,- “puede dar lugar a abusos, en especial en aquellos casos en que no se hace provisión de viáticos a los consejeros.”¹¹⁹

2.2.3.4 FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO

Las reglas de funcionamiento están consignadas en tan solo unos renglones del artículo 143 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (párrafo tercero), por lo que en este caso también será menester recurrir a las soluciones que nos ofrecen los usos y costumbres mercantiles y, además, otros ordenamientos jurídicos.

Artículo 143. Cuando los administradores sean dos o más, constituirán el Consejo de Administración

Salvo pacto en contrario, será Presidente del Consejo el Consejero primeramente nombrado, y a falta de éste el que le siga en el orden de la designación.

Para que el Consejo de Administración funcione legalmente deberá asistir, por lo menos, la mitad de sus miembros, y sus resoluciones serán válidas cuando sean tomadas por la mayoría de los presentes. En caso de empate, el Presidente del Consejo decidirá con voto de calidad.

En los estatutos se podrá prever que las resoluciones tomadas fuera de sesión de consejo, por unanimidad de sus miembros tendrán, para todos los efectos legales, la misma validez que si hubieren sido adoptadas en sesión de consejo, siempre que se confirmen por escrito.

¹¹⁹ GARCÍA RENDÓN, Manuel. Op. cit. p. 435.

2.2.3.4.1 QUÓRUM DE ASISTENCIA, PRESIDENCIA Y SECRETARÍA

El quórum de asistencia a las juntas de consejo se integra, como se vio en el artículo 143 transcrito en el punto anterior, con la mitad de sus miembros. De lo que se infiere, que se puede fijar un quórum mayor.

Sobre la Presidencia y Secretaría, con arreglo a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 143 de la multicitada ley de sociedades, “salvo pacto en contrario, será presidente del consejo el consejero primeramente nombrado y a falta de éste el que le siga en el orden de su designación.”

En virtud de que el dispositivo legal mencionado permite establecer otros procedimientos de designación del presidente del consejo, en la práctica se suele acordar: i) Que corresponderá a la asamblea hacer el nombramiento, o ii) Que, si la asamblea no hace la designación, el consejo, en su primera reunión, nombrará al presidente de entre sus miembros.

La ley también es omisa en lo que concierne a la designación de un secretario del consejo, lo que motiva que suela crearse este puesto estatutariamente. En algunos casos, la creación del puesto de secretario del consejo no sólo es conveniente, sino necesaria, puesto que diversas disposiciones legales y administrativas le confieren facultades de fedatario.

El cargo de secretario del consejo de administración es común que lo desempeñen personas extrañas al mismo, a las que se les confieren ciertas facultades específicamente descritas en los estatutos, como las de expedir certificaciones de las actas y de las resoluciones de las asambleas y del

consejo, así como las de autorizar con su firma dichas actas y otros documentos y libros sociales, entre ellos el de registro de acciones. En este supuesto, me parece que no se puede hablar con propiedad de un secretario o de un delegado del consejo, sino más bien de un “secretario de actas” investido de facultades especiales de representación similar a las de los apoderados. Sobre lo anterior, comenta el maestro MANUEL GARCÍA RENDÓN:

El concepto *secretario de actas* está tomado de diversas disposiciones del derecho administrativo que le atribuyen a dicho funcionario la única facultad de redactar las actas de consejo de los organismos públicos descentralizados. Los secretarios de actas no tienen voz ni voto en las declaraciones y decisiones de los órganos a los cuales están adscritos, aunque si asisten a las juntas de los mismos con el exclusivo fin de poder cumplir con sus funciones.¹²⁰

2.2.3.4.2 QUÓRUM DE VOTACIÓN Y VOTO DE CALIDAD

En lo tocante a este tema, el último párrafo del artículo 143 enuncia que las resoluciones del consejo serán válidas cuando sean tomadas por la mayoría de los presentes. De la redacción de este párrafo no puede deducirse la validez de pactar quora de votación más elevados que el de la mayoría de los consejeros presentes, porque la expresión de “*por lo menos*” está referida únicamente al quórum de asistencia.¹²¹

En cuanto al voto de calidad, la Ley General de Sociedades Mercantiles confiere imperativamente al Presidente del Consejo el privilegio de decidir las deliberaciones con voto de calidad, situación que se presenta en el caso de empates en los sufragios de los consejeros. La razón legal del voto de calidad es evitar que se entorpezca la buena marcha de la sociedad. Por

¹²⁰ *Ibíd.*, p. 436.

¹²¹ *Cfr. Ibíd.*, p. 436-437.

tanto, considero al igual que GARCÍA RENDÓN, ilícita la estipulación que prive del voto de calidad al Presidente del Consejo.

En páginas anteriores, comenté sobre la legislación española en materia del Consejo de Administración, la cual sufrió una reforma en 1990, en la cual se prohibió conformar el Consejo con dos integrantes, en aras de evitar la parálisis administrativa por no poder alcanzar acuerdos por mayoría. En la legislación mexicana no hay una disposición equivalente, pero como el Presidente tiene voto de calidad, una sociedad con dos consejeros se manejaría como si la administrara un Administrador Único.

En el tema de la prohibición para votar en el caso de que los administradores tengan interés opuesto a la sociedad, se presenta la cuestión del consejo compuesto por tres miembros, en el cual dos de ellos tienen un interés opuesto a la sociedad; esto impediría la integración de los quora de deliberación y votación que establece la ley. La solución que se propone es llevar a la asamblea ordinaria la decisión, con la condición de que, si los consejeros son también accionistas, se abstengan de votar en el punto de conflicto de intereses.¹²²

Recapitulando lo estudiado en esta parte del trabajo, se puede afirmar que la Asamblea de Accionistas es el Órgano Supremo de la Sociedad Anónima. Su función es discutir y decidir las acciones que tomará la sociedad, basándose en el principio de mayoría. Los accionistas o sus representantes, son los facultados para intervenir en las deliberaciones y votaciones de éste órgano. El derecho de discutir y votar dentro de la asamblea, es uno de los derechos esenciales de los accionistas, como se analizó en el capítulo

¹²² Cfr. *Ibíd.*, p. 437.

primero de la tesis. Para garantizar el derecho de participación y votación, se ha estudiado el régimen normativo de las asambleas; lugar de celebración, los quora de asistencia y votación, la forma de convocar a los accionistas, el funcionamiento y las formalidades de la reunión, así como lo relativo a las actas que se levanten con motivo de las mismas, garantizando que las resoluciones de la asamblea tengan plena validez.

Las asambleas pueden ser generales o especiales, dependiendo de la categoría de acciones que las integren, y cada una tiene facultades para resolver asuntos específicos, siendo la asamblea general la que tiene la mayor competencia. Dentro de las clases de asambleas se encuentra también la asamblea constitutiva, que se presenta cuando la sociedad se constituye por suscripción pública, figura de escaso o nulo uso en México.

La segunda parte del capítulo versó sobre el Órgano de Administración. Se ha estudiado con amplitud la forma en que una Sociedad Anónima es administrada, ya sea por un Administrador Único o por un Consejo de Administración. Se analizó con especial atención al Consejo, tratando sus características como órgano dinámico que lleva la operación directa social, sus facultades, sus responsabilidades, sus funciones y la manera en que se llevan al cabo sus sesiones.

Ha quedado claro que la regulación del Consejo de Administración es más flexible que la Asamblea de Accionistas. La naturaleza dinámica y relativamente más pequeña de este órgano, permite esta flexibilidad, que a la vez, da pauta para diversas formas de autorregulación.

El funcionamiento y las normas que lo rigen, siguen también el principio mayoritario para sus resoluciones.

Se ha abundado en las formas de convocar a las sesiones de consejo, en el lugar y tiempo para su reunión, los quora de asistencia y votación, y el voto de calidad del Presidente del Consejo para el caso de empate, dando la fluidez necesaria a las operaciones sociales.

CAPÍTULO TERCERO

LA FIRMA ELECTRÓNICA

El desarrollo del presente capítulo tiene por objeto analizar conceptos fundamentales para la justificación de este trabajo, ya que como el título lo indica, la idea central es darle sustento legal a las reuniones societarias celebradas a distancia utilizando medios electrónicos. Para ello, la forma más segura (más no la única), de llevar al cabo dichas congregaciones virtuales, ya sea de accionistas o consejeros es a través de la firma electrónica, como medio que permita participar, deliberar y votar a los integrantes de dichos órganos sin estar necesariamente reunidos físicamente en un mismo lugar y tiempo, y que vincule a dicha firma electrónica con el firmante, garantizando que quien participa, delibera y vota es el accionista o consejero legitimado para hacerlo.

En tal virtud, se estudiará el concepto de FIRMA, en sus diversas modalidades o clases, dentro de las cuales está la mencionada FIRMA

ELECTRÓNICA. Además se tratará la legislación mexicana actual sobre el tema, haciendo énfasis en el Código de Comercio, el Código Civil Federal y el recientemente publicado Reglamento del Código de Comercio en Materia de Prestadores de Servicios de Certificación.

3.1 LA FIRMA AUTÓGRAFA

El maestro MIGUEL ACOSTA ROMERO establece el siguiente concepto:

“Firma es el conjunto de letras y signos entrelazados, que identifican a la persona que la estampa, con un documento o texto.”¹²³

De ahí, el viejo adagio jurídico que dice: “documento sin firma no vale”.

Existen diversas clases de firmas: la autógrafa, en facsímil, mecánica, de la persona física, de la persona moral (a través de sus órganos de representación), con lápiz o tinta, con otros instrumentos de escritura y la firma electrónica.

En este punto se hablará de las clases de firma que tienen relación directa con el trabajo. Primeramente, y siguiendo a ACOSTA ROMERO, comentaré sobre la firma autógrafa, que es:

-...la que suscribe la persona física con su propia mano y consiste en un conjunto de letras o bien, algún compoene de su nombre y a veces el nombre y apellido, aunado a una serie de trazos caprichosos que pueden abarcar toda gama de evoluciones del instrumento de escritura, que señalan e identifican al sujeto y lo separan de otros, en los documentos que suscribe, y es un elemento que refleja permanentemente su voluntad de expresar lo que firma, o de obligarse al tenor del texto que suscribe.¹²⁴

¹²³ ACOSTA ROMERO, Miguel y LARA LUNA, Julieta Areli. “NUEVO DERECHO MERCANTIL”. Op. cit. p. 561.

¹²⁴ Ídem

3.1.1 CONCEPTO

MUSTAPICH, citado por el maestro MIGUEL ACOSTA ROMERO, define a la firma como: “el nombre escrito por propia mano en caracteres alfabéticos y de una manera particular, al pie del documento al efecto de autenticar su contenido”.¹²⁵

PLANIOL y RIPERT, también citados por ACOSTA ROMERO, consideran que: “La firma es una inscripción manuscrita que indica el nombre de una persona que entiende hacer suyas las declaraciones del acto.”¹²⁶

Las definiciones de los autores citados en los párrafos anteriores no concuerdan con la realidad actual, al afirmar que la firma es el nombre escrito por propia mano en caracteres alfabéticos, pues quedarían fuera de esa definición las firmas que se componen exclusivamente de rasgos que no sólo no expresan el nombre del firmante, sino que no tienen semejanza con los caracteres alfabéticos.

Desde el punto de vista jurídico, la firma autógrafa implica el hecho de tratarse de una inscripción hecha a mano realizada de una manera particular, formulada con el ánimo de obligarse al reconocimiento del contenido del escrito en que se plasme, es decir, con el ánimo de reconocer el texto como propio o de asumir lo establecido en el texto.

¹²⁵ Ídem

¹²⁶ Ibídem, p. 561-562.

En cuanto a los efectos jurídicos de la firma, ACOSTA ROMERO señala que no toda firma los tiene, y explica lo siguiente:

-...para el Derecho en general, se entiende que la colocación en un documento, en una obra de arte o en un escrito, de la palabra o palabras, o signos que utiliza su autor para identificarse, tienen el efecto jurídico respecto de las obras de arte, de identificarlas como hechas por el autor y respecto de los escritos, de identificar a la persona que los suscribe, aun cuando el texto no haya sido escrito, en todo, ni en parte por ésta.¹²⁷

Por su parte, el maestro ALFREDO ALEJANDRO REYES KRAFFT cita el Vocabulario Jurídico de Couture, que define a la firma como: "Trazado gráfico, conteniendo habitualmente el nombre, los apellidos y la rúbrica de una persona, con el cual se suscriben los documentos para darles autoría y virtualidad y obligarse en lo que en ellos se dice".¹²⁸

3.1.2 CARACTERÍSTICAS

Según las anteriores definiciones, la firma tiene las siguientes características:

1. Es IDENTIFICATIVA en cuanto sirve para identificar quién es el autor del documento.
2. Es DECLARATIVA puesto que significa la asunción del contenido del documento por el autor de la firma. Sobre todo cuando se trata de la conclusión de un contrato, la firma es el signo principal que representa la voluntad de obligarse.

¹²⁷ *Ibíd.*, p. 563.

¹²⁸ REYES KRAFFT, Alfredo Alejandro. "LA FIRMA ELECTRÓNICA Y LAS ENTIDADES DE CERTIFICACIÓN". EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2003, p. 85.

3. Es PROBATORIA en cuanto permite identificar si el autor de la firma es efectivamente aquél que ha sido identificado como tal en el acto de la propia firma.

3.1.3 ELEMENTOS FORMALES Y FUNCIONALES

El maestro REYES KRAFFT, en relación a los elementos formales, afirma: "Son aquellos elementos materiales de la firma que están en relación con los procedimientos utilizados para firmar, y el grafismo mismo de la misma"¹²⁹

-La firma como *signo personal* se presenta como un signo distintivo y particular, ya que debe ser puesta de puño y letra del firmante. Esta característica de la firma manuscrita puede ser eliminada y sustituida por otros medios en la firma electrónica.

-El *animus signandi* es el elemento intencional o intelectual de la firma y consiste en la voluntad de asumir el contenido de un documento, que no debe confundirse con la voluntad de contratar.

Siguiendo al maestro REYES KRAFFT, respecto a los elementos funcionales y tomando a la firma como el signo o conjunto de signos, ésta tiene una doble función:

-*IDENTIFICADORA*. La firma asegura la relación jurídica entre el acto firmado y la persona que lo ha firmado. La identidad de la persona nos determina su personalidad a efectos de atribución de los derechos y obligaciones. La firma manuscrita expresa la identidad, aceptación y autoría del firmante. No es un método de autenticación totalmente

¹²⁹ REYES KRAFFT, Alfredo Alejandro. Op. cit. p. 105.

fiable. En el caso de que se reconozca la firma, el documento podría haber sido modificado en cuanto a su contenido –falsificado– y en el caso de que no exista la firma autógrafa puede ser que ya no exista otro modo de autenticación. En caso de duda o negación puede establecerse la correspondiente pericial caligráfica para su esclarecimiento.

-AUTENTICACIÓN. El autor del acto expresa su consentimiento y hace propio el mensaje: i) operación pasiva que no requiere del consentimiento, ni del conocimiento siquiera del sujeto identificado; ii) proceso activo por el cual alguien se identifica conscientemente en cuanto al contenido suscrito y se adhiere al mismo.

La firma es el lazo que une al firmante con el documento en que se pone... Para establecer ese lazo, la firma no necesita ni ser nominal ni ser legible; esto es, no requiere expresar de manera legible el nombre del firmante; en una palabra no requiere aptitud para desempeñar aquella función identificativa de la firma... los documentos, en efecto, no suelen indicar mediante la firma quien es su autor (ni quienes son los demás que intervienen), sino que lo hacen en su encabezamiento,... o en el cuerpo del documento, a lo que quiero llegar y polarizando hacia la firma electrónica, es que la función identificativa de la firma es una exigencia de la contratación a distancia y no de los conceptos tradicionales de documento y firma.

...la función primordial de la firma no es entonces, la identificación del firmante, sino la de ser el instrumento de su declaración de voluntad, que exige esa actuación personal del firmante en la que declara que aquello es un documento y no un proyecto o un borrador, que el documento está terminado y declara que el firmante asume como propias las manifestaciones, declaraciones o acuerdos que contiene.¹³⁰

Por lo tanto, si la firma es la exteriorización de la declaración de voluntad de un sujeto, ésta exteriorización puede hacerse por otro medio, como pudiera ser el electrónico, siempre que la haga el firmante o legalmente se atribuya a él. Retomando la idea de la función identificativa de la firma, ahora desde el punto de vista de la firma electrónica, pues ésta sí requiere de identificación del autor para dar certeza de que es él y no un tercero quien declara su voluntad. Con estas ideas, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, en sus siglas en inglés o CNUDMI con siglas en español), ha formulado el concepto de “equivalente funcional de la firma”.¹³¹

¹³⁰ Ibidem, p. 105-107.

¹³¹ Cfr. Ibidem, p. 107.

3.2 FIRMA ELECTRÓNICA

La utilidad de hablar sobre la firma electrónica en este trabajo, es que ésta es el medio más seguro para realizar actos jurídicos a través de medios electrónicos. Por tanto, si se celebra una reunión societaria, llámese Asamblea o Sesión de Consejo, sin la presencia física de sus integrantes, la manera más fiable de dar certeza de que se está tratando con las personas indicadas, es que plasmen su voluntad a través de un documento que lleve su firma electrónica. No es la única forma, como se verá en el último capítulo, puede estarse a la buena práctica corporativa; pero sin duda, es el medio idóneo para cumplir con las ideas de la tesis que sostengo.

La firma electrónica ya está regulada en nuestro país; es un terreno ciertamente inexplorado aún en el derecho societario mexicano. A continuación daré un panorama general de la firma electrónica en el mundo, para concluir con las normas jurídicas mexicanas que la regulan.

Primeramente comento que la evolución de la firma electrónica en la legislación mundial, ha hecho que el concepto de firma electrónica sea un término genérico, y ahora se habla de clases o tipos específicos de firma electrónica como lo es la Firma Digital.

Esta "firma digital" es de las llamadas firmas avanzadas; es tecnológicamente específica, pues se crea usando un sistema de criptografía asimétrica o de clave pública (frente a las firmas electrónicas tecnológicamente indefinidas, por cuanto comprenden cualquier método, incluido, pero no limitado, el de los sistemas de clave pública).

La criptografía es la única manera conocida hasta ahora para proteger los datos que viajan por Internet de una manera segura. Actualmente, se dispone de una avanzada tecnología en métodos matemáticos que codifican los "bits"¹³² de tal forma, que resulta imposible interpretarlos sin las fórmulas esenciales que los crearon, convirtiendo la información en algo inviolable. Básicamente existen dos tipos de codificación: los RSA de clave pública y los DES, de clave secreta.¹³³

Los criptosistemas de clave pública están basados en el uso de un par de claves asociadas: una clave privada o clave de firma, conocida sólo por su titular, que debe mantenerla en secreto (y que inclusive puede que ni su titular conozca y accese a ella a través de un medio distinto, como por ejemplo la huella digital), y una clave pública o clave de verificación, matemáticamente relacionada con la primera, y libremente accesible por cualquier persona. Si bien las dos claves están relacionadas entre sí matemáticamente, el diseño y la ejecución en forma segura de un criptosistema asimétrico hace virtualmente imposible que las personas que conocen la clave pública puedan derivar de ella la clave privada.

Con estos sistemas de criptografía la firma digital puede ser tanto o más útil, válida y eficaz en el comercio y en el derecho, como la firma escrita sobre papel. El método es aplicar la clave privada del emisor sobre el mensaje a efectos de firma, y verificado el mismo por el destinatario con la clave

¹³² Bit. Entendemos por este término a la unidad mínima de memoria o de información que puede ser procesada por una computadora. La Real Academia Española lo define como: "Unidad de medida de información equivalente a la elección entre dos posibilidades igualmente probables." DICCIONARIO ESENCIAL DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2ª EDICIÓN. EDITORIAL ESPASA CALPE. MADRID, ESPAÑA 2001, p. 155.

¹³³ Véase DI MARTINO ORTIZ, Rosa Elena. "LA FIRMA DIGITAL Y SU AUTENTICACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS". REVISTA NOTARIAL DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, ARGENTINA. AÑO 105. NÚMERO 933. ARGENTINA 1999, p. 327-328.

pública de aquél, si el resultado es positivo, se tiene la garantía de la autenticación e integridad del mensaje, así como del no rechazo en origen, ya que el mensaje verificado con la clave pública sólo puede haber sido firmado con la clave privada (por ello se atribuye a su titular), y además, el emisor del mensaje no puede negar ser el autor de ese mensaje con un determinado contenido (no rechazo en origen).¹³⁴

En los siguientes puntos del capítulo hablaré de la firma electrónica en el plano internacional, siguiendo el trabajo del maestro ALFREDO ALEJANDRO REYES KRAFFT, quien afirma que:

La firma electrónica tiene muy poco de haber surgido debido a la necesidad de un mundo globalizado en donde las transacciones y la interacción entre individuos son impersonales y sin vínculos físicos, haciendo de la identificación un problema y requerimiento de primera necesidad. Los medios tradicionales de identificación pierden validez en el mundo electrónico, surgiendo así medios digitales de identificación.¹³⁵

3.2.1 EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA¹³⁶

El gobierno de los Estados Unidos de América publicó, a finales de los setenta, el *Data Encryption Standard* para sus comunicaciones de datos sensibles pero no clasificados. En abril de 1993, anunció una nueva iniciativa criptográfica (proyecto *Clipper*), encaminada a proporcionar un alto nivel de seguridad en las comunicaciones a los civiles.

En este país es donde más avanzada está la legislación sobre firma electrónica, aunque el proyecto de estandarización del Instituto Nacional de

¹³⁴ Cfr. MARTÍNEZ NADAL, Apol-Lónia. "LA LEY DE FIRMA ELECTRÓNICA". EDITORIAL CIVITAS. ESPAÑA 2000, p. 41-42.

¹³⁵ REYES KRAFFT, Alfredo Alejandro. Op. cit. p. 109.

¹³⁶ Cfr. Ibídem, p. 110-131.

Ciencia y Tecnología de los Estados Unidos aún no logra dicha estandarización. Este Instituto ha introducido dentro del proyecto denominado *Capstone*, el *DSS (digital signature standard)* como estándar de firma, si bien todavía el gobierno norteamericano no ha asumido como estándar su utilización. El Instituto se ha pronunciado a favor de la equiparación de la firma manuscrita y la digital.

La ley de referencia de la firma digital para los legisladores de Estados Unidos es la ABA (*American Bar Association*), *Digital Signature Guidelines*, del primero de agosto de 1996.

El Estado de Utah ha admitido el valor probatorio de la firma; primer Estado en legislar sobre firma digital. La firma digital de Utah se basa en un "Criptosistema Asimétrico" definido como un algoritmo que proporciona una pareja de claves segura. Sus objetivos son: i) facilitar el comercio por medio de mensajes electrónicos fiables, ii) minimizar las incidencias de la falsificación de firmas digitales y, iii) evitar el fraude en el comercio electrónico.

La firma digital, según la legislación que se comenta, es una transformación de un mensaje utilizando un criptosistema asimétrico, de tal forma que una persona que tenga el mensaje cifrado y la clave pública de quien lo firmó, puede determinar con precisión el mensaje en claro y si se cifró usando la clave privada que corresponde a la pública del firmante; este es el sistema de claves públicas que se comentó en el punto anterior.

Esta ley establece la presunción de que una firma digital tiene el mismo efecto legal que una firma manuscrita, si se cumplen ciertas exigencias; una de ellas es que la firma digital sea verificada por referencia a una clave

pública incluida en un certificado válido emitido por una autoridad de certificación con licencia. Como se estudiará más adelante, la firma digital en la actualidad es la que se está adoptando y regulando por la mayoría de los países, incluido México.

El 30 de junio de 2000 se emitió la "*Electronic Signatures in Global and National Commerce Act*" (*E-Sign Act*) vigente a partir del primero de octubre de 2000, otorgando a la firma y documento electrónico un estatus legal equivalente a la firma autógrafa y al documento de papel.

El 9 de noviembre de 2001 el Congreso de los Estados Unidos de América aprobó una legislación para sustituir la firma convencional por la digital en determinados documentos. Aunque la votación pública resultó positiva para la firma electrónica (356/66), todavía queda mucho camino por delante. Por lo pronto la oposición ha solicitado que se repita la votación, pero que ésta vez sea secreta. Se cree que, aún volviendo a votar los congresistas a favor de esta nueva legislación, la Casa Blanca vetaría la propuesta alegando que agrede los derechos de los ciudadanos. Además de que la revisión del Senado podría transformar completamente la propuesta de ley.

3.2.2 EN LATINOAMÉRICA¹³⁷

ARGENTINA. En esta nación del sur de América en 1999 se encargó a un grupo de juristas la redacción de un proyecto de Código Civil que también abarcase las materias electrónico-comerciales, y en el cual se prevén importantes modificaciones en el tratamiento de los instrumentos. Se mantiene la regla de libertad de formas y se prevé la forma convenida que

¹³⁷ Cfr. *Ibíd.*, p. 131-154.

es obligatoria para las partes bajo pena de invalidez del acto jurídico. Se reconocen los instrumentos públicos, los instrumentos privados y los instrumentos particulares que son los no firmados.

Lo relevante de este proyecto argentino es:

i) Que se amplía la noción de “escrito”, de modo que puede considerarse expresión escrita la que se produce, consta o lee a través de medios electrónicos;

ii) Se define a la firma y se considera satisfecho el requisito de la firma cuando en los documentos electrónicos se sigue un método que asegure razonablemente la autoría e inalterabilidad del documento;

iii) Se prevé expresamente la posibilidad de que existan instrumentos públicos digitales. En este sentido el Código se abre a la realidad abrumadora de los documentos electrónicos, aunque con fórmulas abiertas y flexibles y sin vinculación a la tecnología actual, de modo de evitar su rápido envejecimiento que se produciría por la previsible permanente superación de esas tecnologías.

COLOMBIA. En este país con la Ley 527 de 1999 se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación. De esta ley se desprenden algunas definiciones interesantes como: Mensaje de Datos, Comercio Electrónico, Firma Digital, Entidad de Certificación, Intercambio Electrónico de Datos y Sistema de Información.

El Código de Comercio mexicano contempla la mayoría de los anteriores conceptos, no obstante me parecen importantes las definiciones siguientes emanadas de la ley colombiana relacionada en el párrafo anterior:

Comercio Electrónico: Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: i) toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; ii) todo acuerdo de distribución; iii) toda operación de representación o mandato comercial; iv) todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; v) de construcción de obras; vi) de consultoría; vii) de ingeniería; viii) de concesión de licencias; ix) todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; x) de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial, xi) de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima o férrea, o por carretera.

Firma Digital: Se entenderá como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación.

PERÚ. En agosto de 1999 se presentó el proyecto de ley que regula la contratación electrónica, el cual tiene por objeto regular la utilización de la firma electrónica, otorgándole plena validez y eficacia jurídica equiparable al uso de una firma manuscrita u otra análoga que conlleve manifestación de

voluntad. Dicho proyecto se fundamenta en la legislación colombiana, argentina, chilena y mexicana y fue aprobado por unanimidad por la Comisión de Reforma de Códigos.

3.2.3 EN EUROPA¹³⁸

La Comisión Europea está dedicándose a armonizar los reglamentos sobre Criptografía de todos los países que la integran. Hasta ahora, solo algunos de sus Estados miembros cuentan con leyes sobre firma digital y/o cifrado de datos.

ESPAÑA. La legislación actual y la jurisprudencia, son suficientemente amplias para acoger bajo el concepto de firma y de escrito a la firma digital y cualquier otro tipo de firma. Sin embargo, sería una medida ciertamente positiva, que en aras de una mayor seguridad y confianza en los usuarios de la firma electrónica y jueces, que a la postre deben juzgar sobre ella, se reformara la ley en el sentido de equiparar la firma manuscrita a cualquier otro medio de firma que cumpliera las mismas finalidades.

Mediante el Real Decreto del 17 de septiembre de 1998, se reconoció el uso de la firma electrónica, su eficacia jurídica y la prestación al público de servicios de certificación. Posteriormente se convalidó la Ley sobre Firma Digital. Por su parte el Secretario General de Comunicaciones español en 1998, anunció que casi toda la Ley sobre Firma Electrónica es aplicable directamente, pero aún resta un pequeño porcentaje (en el que se incluye la acreditación de las entidades certificadoras) que exige un breve reglamento que se está preparando.

¹³⁸ Cfr. *Ibíd.*, p. 155-160.

Por su parte, el Parlamento Europeo en ese mismo año de 1998 aprobó una ley comunitaria que establece un marco común para la firma electrónica; y los ministros de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones son los encargados de velar por ello.

Actualmente en España se aprobó la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (publicada en el Boletín Oficial de España el 12 de julio de 2002), que regula ciertos aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, como las obligaciones de los prestadores de servicios que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por la Red, las comunicaciones comerciales, la información previa y posterior a la celebración de los contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia, y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios a la sociedad de la información. Incorporando novedades importantes como la necesidad de constancia registral del Nombre de Dominio, ciertas obligaciones en relación con los contenidos de Internet, régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de información y certificación, impulso a la elaboración y aplicación de Códigos de Conducta, regulación de comunicaciones comerciales y contratación por vía electrónica, solución judicial y extrajudicial de conflictos (procurando fomentar la solución extrajudicial de litigios vía arbitraje), supervisión y control, infracciones y sanciones, así como reformas que permitan la informatización de los Registros Públicos.

Los puntos más destacados de esta ley son:

1. Promoción de Autorregulación de la Industria.

2. Concepto de Firma Electrónica Reconocida.
3. Sello de tiempo relativo a integridad (time stamping).
4. Declaración de prácticas de certificación.
5. Documento Nacional de Identidad Electrónico y
6. Certificados de Personas Morales

ALEMANIA. La ley de firma digital regula los certificados de las claves y la autoridad certificadora. Permite el pseudónimo, pero prevé su identificación real por orden judicial. A la firma electrónica se le define como sello digital, con una clave privada asociada a la clave pública certificada por un certificador.

ITALIA. La ley del 15 de marzo de 1997, número 59, es la primera norma del ordenamiento jurídico italiano que recoge el principio de la plena validez de los documentos informáticos; por su parte, para el reglamento aprobado por el Consejo de Ministros de octubre de 1997, sobre el efectivo reconocimiento del valor jurídico de la documentación informática y de las firmas digitales; será necesario esperar a que sea operativo, en virtud de la emanación de los posteriores e indispensables reglamentos técnicos de actuación.

En estas disposiciones italianas se define a la firma digital como el resultado del proceso informático (validación), basado en un sistema de claves asimétricas o dobles, una pública y una privada, que permite al suscriptor transmitir la clave privada y al destinatario transmitir la clave pública, respectivamente, para verificar la procedencia y la integridad de un documento informático o de un conjunto de documentos informáticos.

En el reglamento comentado en párrafos anteriores, se equipara la firma digital sobre un documento informático a la firma escrita en soporte papel; asimismo se establece que los contratos realizados por medios telemáticos o informáticos mediante el uso de la firma digital según las disposiciones del reglamento serán válidos y eficaces a todos los efectos legales. Por otro lado, se establece que cualquiera que pretenda utilizar la criptografía asimétrica con los efectos establecidos en el ordenamiento invocado, debe conseguir un par de claves adecuado y hacer pública una de ellas a través del procedimiento de certificación efectuado por un certificador.

COMUNIDAD EUROPEA. La Comisión Europea ha financiado numerosos proyectos para la investigación de los aspectos técnicos, legales y económicos de la firma digital.

El objetivo de la Comisión es encontrar reconocimiento legal común en Europa de la firma digital, con el fin de armonizar las diferentes legislaciones, para que ésta tenga carta de naturaleza legal ante tribunales en materia penal, civil y mercantil, a efectos de prueba, apercibimiento y autenticidad.

Para lograr dar cumplimiento a esta previsión, se expidió a finales de 1998 un borrador de propuesta de directiva sobre firma electrónica y servicios relacionados. Pese a la seguridad ofrecida por la firma digital, el borrador de propuesta de directiva regula la firma electrónica en general, y no sólo la firma digital en particular, en un intento de abarcar otras firmas electrónicas, basadas en técnicas distintas de la criptografía asimétrica. Esta tendencia de neutralidad tecnológica se ha acentuado a medida que se han ido sucediendo las distintas versiones del borrador de propuesta de directiva.

Es importante señalar la necesidad del establecimiento de una política europea de control armónica con otras potencias económicas como Estados Unidos, Canadá y Japón, para lograr homologar las legislaciones de los Estados europeos.

3.2.4 A NIVEL INTERNACIONAL¹³⁹

El 16 de diciembre de 1996 se emitió la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL), la cual es una sugerencia a cada país para eliminar diferencias en la legislación interna y se contribuya a garantizar la seguridad jurídica internacional en el comercio electrónico; y el 5 de julio de 2001 fue adoptado por la misma Comisión la Ley Modelo sobre Firma Electrónica.

La Ley Modelo sobre Firma Electrónica¹⁴⁰ define a la firma electrónica como: "los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información contenida en el mensaje de datos". Y distingue la firma electrónica "fiable", como aquella en que:

- a) los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante;
- b) los datos de creación de la firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante;

¹³⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 161-163.

¹⁴⁰ LEY MODELO DE UNCITRAL (CNUDMI) SOBRE FIRMA ELECTRÓNICA DEL AÑO 2001, transcrita por REYES KRAFFT, Alfredo Alejandro. *Op. cit.* p.162.

- c) es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma.

3.3 LEGISLACIÓN MEXICANA ACTUAL

Con la creación por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, se reformaron en nuestro país el Código Civil Federal, el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código de Comercio y la Ley Federal de Protección al Consumidor, y se creó la Norma Oficial Mexicana NOM-151-SCFI-2002 sobre Prácticas Comerciales y Requisitos que deben Observarse para la Conservación de Mensajes de Datos, todo ello, con el fin de establecer el esquema jurídico para brindar mayor certeza a las operaciones vía electrónica o digital.¹⁴¹

Con motivo de la emisión de la Ley Modelo sobre Firma Electrónica también de la CNUDMI, se reformó el Código de Comercio (agosto 2003), para regular precisamente a ésta figura jurídica, creando conceptos fundamentales como Firma Electrónica, Firma Electrónica Avanzada y Prestadores de Servicios de Certificación, entre otros.

Por su parte el Presidente de la República expidió el Reglamento sobre la materia, llamado Reglamento del Código de Comercio en Materia de Prestadores de Servicios de Certificación, de reciente publicación (19 de julio de 2004).

¹⁴¹ Cfr. REYES KRAFFT, Alfredo Alejandro. Op. cit. p. 163-164.

A continuación comentaré sobre las principales disposiciones mexicanas en materia de firma electrónica y comercio electrónico.

3.3.1 CÓDIGO CIVIL FEDERAL¹⁴²

El Código Civil Federal se refiere a la manifestación del consentimiento a través de medios electrónicos, así como a la propuesta y aceptación usando estos mecanismos en sus artículos 1803, 1805, 1811 y 1834 bis, que a continuación transcribo:

Artículo 1803. El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente:

I.- Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y

II.- El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

Artículo 1805. Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata.

Artículo 1811. La propuesta y aceptación hechas por telégrafo producen efectos si los contratantes con anterioridad habían estipulado por escrito esta manera de contratar, y si los originales de los respectivos telegramas contienen las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos .

Artículo 1834. Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación. Si alguna de ellas no puede o no sabe firmar, lo hará otra a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no firmó.

Artículo 1834 bis. Los supuestos previstos por el artículo anterior se tendrán por cumplidos mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra, a través de dichos medios sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta.

¹⁴² Código Civil Federal reformado en estos artículos en abril de 2000.

En los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán generar, enviar, recibir, archivar o comunicar la información que contenga los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, en cuyo caso el fedatario público, deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuye dicha información a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de la misma para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige.

3.3.2 CÓDIGO DE COMERCIO¹⁴³

El Código de Comercio reglamenta al comercio electrónico y a la firma electrónica en sus artículos 80, 89 al 114, 1205, y 1298-A. En este código se tratan los conceptos fundamentales que hemos comentado relativos a la Firma Electrónica, también se regulan principios y efectos jurídicos de los actos celebrados por medios electrónicos reconociéndoles su valor, se enumera una serie de conceptos relacionados con el tema y se dan las pautas también sobre las Entidades que prestan los Servicios de Certificación.

3.3.2.1 PRINCIPIOS Y EFECTOS JURÍDICOS

En el artículo 89 del citado Código de Comercio se habla de principios a los cuales se someterán en su interpretación y aplicación las actividades reguladas por el Título Segundo del Comercio Electrónico, los cuales son: De Neutralidad Tecnológica, Autonomía de la Voluntad, Compatibilidad Internacional y Equivalencia Funcional del Mensaje de Datos en relación con la información documentada en medios no electrónicos, y de la Firma Electrónica en relación con la Firma Autógrafa.

¹⁴³ Código de Comercio reformado en este tema por última vez en agosto de 2003.

El principio de NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA implica el no hacer referencia ni comprometerse con ninguna tecnología en particular en las leyes. Esto se debe a la rapidez y evolución de nuevas tecnologías, lo que siempre supera a la creación de normas jurídicas actualizadas que regulen de manera inmediata y eficaz tal situación. Es evidente que resulta imposible legislar al ritmo de la evolución informática. Con la Neutralidad Tecnológica, se busca la igualdad entre los contratos que tengan soporte informático con aquellos que se consignen en papel, evitando así la ausencia de un régimen general del comercio electrónico.¹⁴⁴

En cuanto al principio de AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, el maestro MANUEL BORJA SORIANO¹⁴⁵ afirma que este principio implica que “todo lo que no está prohibido está permitido”, sin embargo actualmente el principio no es tan amplio como en su origen. Y comenta que, no obstante la autonomía de la voluntad sigue siendo la base del derecho moderno en materia de contratos, ésta ha sido debilitada, pues cada vez la ley impone mayor número de limitaciones a la libertad contractual bajo una doble influencia: la dependencia material cada día más estrecha del individuo con relación al medio en que se vive, y que debe velar por el mantenimiento de cierto grado de justicia.

ALFREDO ALEJANDRO REYES KRAFFT indica que la EQUIVALENCIA FUNCIONAL es un principio basado en:

-...un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel, con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones a través de medios electrónicos.

¹⁴⁴ Cfr. REYES KRAFFT, Alfredo Alejandro. Op. cit. p. 167.

¹⁴⁵ Cfr. BORJA SORIANO, Manuel. Op. cit. p. 122-123.

Es decir, ese documento papel cumple funciones como las siguientes:

- Proporcionar un texto legible para todos.
- Asegurar la inalterabilidad de un mensaje a lo largo del tiempo.
- Permitir su reproducción a fin de que cada una de las partes disponga de un ejemplar del mismo.
- Permitir la autenticación de los datos consignados suscribiéndolos con una firma y,
- Proporcionar una forma aceptable para la presentación de un escrito ante las autoridades públicas y los tribunales.

Cabe señalar que respecto de todas esas funciones, la documentación consignada por medios electrónicos puede ofrecer un grado de seguridad equivalente al del papel y, en la mayoría de los casos, mucha mayor confiabilidad y rapidez, especialmente respecto de la determinación del origen y del contenido de datos, siempre y cuando se observen ciertos requisitos técnicos y jurídicos.¹⁴⁶

Estos requisitos en especial deben ser: i) Identificación de la persona; ii) Imputación de la información a la persona y, iii) La utilización de un método fiable en la creación y certificación.

Sobre la COMPATIBILIDAD INTERNACIONAL es evidente que las disposiciones en materia de comercio electrónico y firma electrónica deben estar acorde con la legislación internacional expedida con anterioridad a las normas locales.

En lo relativo a los efectos jurídicos de la información consignada en Mensajes de Datos señala el artículo 89 bis del Código de Comercio lo siguiente:

“No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a cualquier tipo de información por la sola razón de que esté contenida en un Mensaje de Datos”.

¹⁴⁶ REYES KRAFFT, Alfredo Alejandro. Op. cit. p. 165-166.

3.3.2.2 VALOR PROBATORIO

El Código Federal de Procedimientos Civiles reconoce como prueba a los medios electrónicos y su valor probatorio en el artículo 210-A.

De igual manera, el Código de Comercio hace lo propio:

Artículo 1205. Son admisibles como medios de prueba todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos y en consecuencia serán tomadas como pruebas las declaraciones de las partes, terceros, peritos, documentos públicos o privados, inspección judicial, fotografías, facsímiles, cintas cinematográficas, de videos, de sonido, mensajes de datos, reconstrucciones de hechos y en general cualquier otra similar u objeto que sirva para averiguar la verdad.

Artículo 1298-A. Se reconoce como prueba los mensajes de datos. Para valorar la fuerza probatoria de dichos mensajes, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, archivada, comunicada o conservada.

3.3.2.3 CONCEPTOS RELACIONADOS

A continuación transcribiré los conceptos que se relacionan con el tema, establecidos en el Código de Comercio. Como se podrá comparar, existe gran similitud y en ocasiones igualdad, entre lo establecido por nuestro código y las leyes modelo de Naciones Unidas.

CERTIFICADO: Todo Mensaje de Datos u otro registro que confirme el vínculo entre un Firmante y los datos de creación de Firma Electrónica.

DATOS DE CREACIÓN DE FIRMA ELECTRÓNICA: Son los datos únicos, como códigos o claves criptográficas privadas, que el Firmante genera de manera secreta y utiliza para crear su Firma Electrónica, a fin de lograr el vínculo entre dicha Firma Electrónica y el Firmante.

DESTINATARIO: La persona designada por el Emisor para recibir el Mensaje de Datos, pero que no esté actuando a título de Intermediario con respecto a dicho Mensaje.

EMISOR: Toda persona que, al tenor del Mensaje de Datos, haya actuado a nombre propio o en cuyo nombre se haya enviado o generado ese mensaje antes de ser archivado, si éste es el caso, pero que no haya actuado a título de Intermediario.

FIRMA ELECTRÓNICA: Los datos en forma electrónica consignados en un Mensaje de Datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo por cualquier tecnología, que son utilizados para identificar al Firmante en relación con el Mensaje de Datos e indicar que el Firmante aprueba la información contenida en el Mensaje de Datos, y que produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa, siendo admisible como prueba en juicio.

FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA O FIABLE: Aquella Firma Electrónica que cumpla con los requisitos contemplados en las fracciones I a IV del artículo 97. En aquellas disposiciones que se refieran a Firma Digital, se considerará a ésta como una especie de la Firma Electrónica.

FIRMANTE: La persona que posee los datos de la creación de la firma y que actúa en nombre propio o de la persona a la que representa.

INTERMEDIARIO: En relación con un determinado Mensaje de Datos, se entenderá toda persona que, actuando por cuenta de otra, envíe, reciba o archive dicho Mensaje o preste algún otro servicio con respecto a él.

MENSAJE DE DATOS: La información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología.

PARTE QUE CONFÍA: La persona que, siendo o no el Destinatario, actúa sobre la base de un Certificado o de una Firma Electrónica.

PRESTADOR DE SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN: La persona o institución pública que preste servicios relacionados con Firmas Electrónicas y que expide los Certificados, en su caso.

SISTEMA DE INFORMACIÓN: Se entenderá todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma Mensajes de Datos.

TITULAR DEL CERTIFICADO: Se entenderá a la persona a cuyo favor fue expedido el Certificado.

En las siguientes páginas transcribiré los artículos relativos del Código de Comercio que regulan a los Mensajes de Datos y a la Firma Electrónica, los cuales son de gran relevancia para este capítulo.

Esta nueva regulación sobre Mensajes de Datos, Firma Electrónica y Autoridades de Certificación desarrolla un sistema que, de manera segura y confiable, asocia a una determinada persona a un par de claves.

Con todo esto se puede establecer el vínculo necesario entre un Mensaje de Datos y/o la firma electrónica, y la persona que los emite; de tal manera que el receptor de la comunicación o firma, vía electrónica, puede confiar en

que la información que recibe ha sido creada por la persona considerada como emisora de la misma.

Es importante comentar que los siguientes artículos constituyen regulación específica en materia del consentimiento que se otorga entre no presentes. La teoría que utiliza el Código de Comercio para este caso, es la teoría de la recepción (artículo 80 del Código), esto es, que el consentimiento se perfecciona en el momento en que el emisor recibe la aceptación de su propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada.

Artículo 90. Se presumirá que un Mensaje de Datos proviene del Emisor si ha sido enviado:

- I. Por el propio Emisor;
- II. Usando medios de identificación, tales como claves o contraseñas del Emisor o por alguna persona facultada para actuar en nombre del Emisor respecto a ese Mensaje de Datos, o
- III. Por un Sistema de Información programado por el Emisor o en su nombre para que opere automáticamente.

Artículo 90 bis. Se presume que un Mensaje de Datos ha sido enviado por el Emisor y, por lo tanto, el Destinatario o la Parte que Confía, en su caso, podrá actuar en consecuencia, cuando:

- I. Haya aplicado en forma adecuada el procedimiento acordado previamente con el Emisor, con el fin de establecer que el Mensaje de Datos provenía efectivamente de éste, o
- II. El Mensaje de Datos que reciba el Destinatario o la Parte que Confía, resulte de los actos de un Intermediario que le haya dado acceso a algún método utilizado por el Emisor para identificar un Mensaje de Datos como propio.

Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará:

- I. A partir del momento en que el Destinatario o la Parte que Confía, haya sido informado por el Emisor de que el Mensaje de Datos no provenía de éste, y haya dispuesto de un plazo razonable para actuar en consecuencia, o
- II. A partir del momento en que el Destinatario o la Parte que Confía, tenga conocimiento, o debiere tenerlo, de haber actuado con la debida diligencia o aplicado algún método convenido, que el Mensaje de Datos no provenía del Emisor.

Salvo prueba en contrario y sin perjuicio del uso de cualquier otro método de verificación de la identidad del Emisor, se presumirá que se actuó con la debida diligencia si el método que usó el Destinatario o la Parte que Confía cumple con los requisitos establecidos en este Código para la verificación de la fiabilidad de las Firmas Electrónicas.

Artículo 91. Salvo pacto en contrario entre el Emisor y el Destinatario, el momento de recepción de un Mensaje de Datos se determinará como sigue:

I. Si el Destinatario ha designado un Sistema de Información para la recepción de Mensajes de Datos, ésta tendrá lugar en el momento en que ingrese en dicho Sistema de Información;

II. De enviarse el Mensaje de Datos a un Sistema de Información del Destinatario que no sea el Sistema de Información designado, o de no haber un Sistema de Información designado, en el momento en que el Destinatario recupere el Mensaje de Datos. o

III. Si el Destinatario no ha designado un Sistema de Información, la recepción tendrá lugar cuando el Mensaje de Datos ingrese a un Sistema de Información del Destinatario.

Lo dispuesto en este artículo será aplicable aun cuando el Sistema de Información esté ubicado en un lugar distinto de donde se tenga por recibido el Mensaje de Datos conforme al artículo 94.

Artículo 91 bis. Salvo pacto en contrario entre el Emisor y el Destinatario, el Mensaje de Datos se tendrá por expedido cuando ingrese en un Sistema de Información que no esté bajo el control del Emisor o del Intermediario.

Artículo 92. En lo referente a acuse de recibo de Mensajes de Datos, se estará a lo siguiente:

I. Si al enviar o antes de enviar un Mensaje de Datos, el Emisor solicita o acuerda con el Destinatario que se acuse recibo del Mensaje de Datos, pero no se ha acordado entre éstos una forma o método determinado para efectuarlo, se podrá acusar recibo mediante:

a) Toda comunicación del Destinatario, automatizada o no, o

b) Todo acto del Destinatario, que baste para indicar al Emisor que se ha recibido el Mensaje de Datos.

II. Cuando el Emisor haya indicado que los efectos del Mensaje de Datos estarán condicionados a la recepción de un acuse de recibo, se considerará que el Mensaje de Datos no ha sido enviado en tanto que no se haya recibido el acuse de recibo en el plazo fijado por el Emisor o dentro de un plazo razonable atendiendo a la naturaleza del negocio, a partir del momento del envío del Mensaje de Datos;

III. Cuando el Emisor haya solicitado o acordado con el Destinatario que se acuse recibo del Mensaje de Datos, independientemente de la forma o método determinado para efectuarlo, salvo que:

a) El Emisor no haya indicado expresamente que los efectos del Mensaje de Datos estén condicionados a la recepción del acuse de recibo, y

b) No se haya recibido el acuse de recibo en el plazo solicitado o acordado o, en su defecto, dentro de un plazo razonable atendiendo a la naturaleza del negocio.

El Emisor podrá dar aviso al Destinatario de que no ha recibido el acuse de recibo solicitado o acordado y fijar un nuevo plazo razonable para su recepción, contado a partir del momento de este aviso. Cuando el Emisor reciba acuse de recibo del Destinatario, se presumirá que éste ha recibido el Mensaje de Datos correspondiente;

IV. Cuando en el acuse de recibo se indique que el Mensaje de Datos recibido cumple con los requisitos técnicos convenidos o establecidos en ley, se presumirá que ello es así.

Artículo 93. Cuando la ley exija la forma escrita para los actos, convenios o contratos, este supuesto se tendrá por cumplido tratándose de Mensaje de Datos, siempre que la información en él contenida se mantenga íntegra y sea accesible para su ulterior consulta, sin importar el formato en el que se encuentre o represente.

Cuando adicionalmente la ley exija la firma de las partes, dicho requisito se tendrá por cumplido tratándose de Mensaje de Datos, siempre que éste sea atribuible a dichas partes.

En los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán, a través de Mensajes de Datos, expresar los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, en cuyo caso el fedatario público deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuyen dichos mensajes a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de los mismos para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige.

Artículo 93 bis. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49 de este Código, cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho respecto a un Mensaje de Datos:

I. Si existe garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información, a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como Mensaje de Datos o en alguna otra forma, y

II. De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona a la que se deba presentar.

Para efectos de este artículo, se considerará que el contenido de un Mensaje de Datos es íntegro, si éste ha permanecido completo e inalterado independientemente de los cambios que hubiere podido sufrir el medio que lo contiene, resultado del proceso de comunicación, archivo o presentación. El grado de confiabilidad requerido será determinado conforme a los fines para los que se generó la información y de todas las circunstancias relevantes del caso.

Artículo 94. Salvo pacto en contrario entre el Emisor y el Destinatario, el Mensaje de Datos se tendrá por expedido en el lugar donde el Emisor tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el Destinatario tenga el suyo. Para los fines del presente artículo:

I. Si el Emisor o el Destinatario tienen más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal, y

II. Si el Emisor o el Destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.

Artículo 95. Conforme al artículo 90, siempre que se entienda que el Mensaje de Datos proviene del Emisor, o que el Destinatario tenga derecho a actuar con arreglo a este supuesto, dicho Destinatario tendrá derecho a considerar que el Mensaje de Datos recibido corresponde al que quería enviar el iniciador, y podrá proceder en consecuencia. El Destinatario no gozará de este derecho si sabía o hubiera sabido, de haber actuado con la debida diligencia, o de haber aplicado algún método previamente acordado, que la transmisión había dado lugar a un error en el Mensaje de Datos recibido.

Se presume que cada Mensaje de Datos recibido es un Mensaje de Datos diferente, salvo que el Destinatario sepa, o debiera saber, de haber actuado con la debida diligencia, o de haber aplicado algún método previamente acordado, que el nuevo Mensaje de Datos era un duplicado.

CAPITULO II De las Firmas

Artículo 96. Las disposiciones del presente Código serán aplicadas de modo que no excluyan, restrinjan o priven de efecto jurídico cualquier método para crear una Firma Electrónica.

Artículo 97. Cuando la ley requiera o las partes acuerden la existencia de una Firma en relación con un Mensaje de Datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si se utiliza una Firma Electrónica que resulte apropiada para los fines para los cuales se generó o comunicó ese Mensaje de Datos.

La Firma Electrónica se considerará Avanzada o Fiable si cumple por lo menos los siguientes requisitos:

I. Los Datos de Creación de la Firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al Firmante;

II. Los Datos de Creación de la Firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del Firmante;

III. Es posible detectar cualquier alteración de la Firma Electrónica hecha después del momento de la firma, y

IV. Respecto a la integridad de la información de un Mensaje de Datos, es posible detectar cualquier alteración de ésta hecha después del momento de la firma.

Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que cualquier persona demuestre de cualquier otra manera la fiabilidad de una Firma Electrónica; o presente pruebas de que una Firma Electrónica no es fiable.

Artículo 98. Los Prestadores de Servicios de Certificación determinarán y harán del conocimiento de los usuarios si las Firmas Electrónicas Avanzadas o Fiables que les ofrecen cumplen o no los requerimientos dispuestos en las fracciones I a IV del artículo 97.

La determinación que se haga, con arreglo al párrafo anterior, deberá ser compatible con las normas y criterios internacionales reconocidos.

Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las normas del derecho internacional privado.

Artículo 99. El Firmante deberá:

I. Cumplir las obligaciones derivadas del uso de la Firma Electrónica;

II. Actuar con diligencia y establecer los medios razonables para evitar la utilización no autorizada de los Datos de Creación de la Firma;

III. Cuando se emplee un Certificado en relación con una Firma Electrónica, actuar con diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaraciones que haya hecho en relación con el Certificado, con su vigencia, o que hayan sido consignadas en el mismo, son exactas.

El Firmante será responsable de las consecuencias jurídicas que deriven por no cumplir oportunamente las obligaciones previstas en el presente artículo, y

IV. Responder por las obligaciones derivadas del uso no autorizado de su firma, cuando no hubiere obrado con la debida diligencia para impedir su utilización, salvo que el Destinatario conociere de la inseguridad de la Firma Electrónica o no hubiere actuado con la debida diligencia.

En los artículos transcritos se establecen normas claras para poder vincular a una persona que emite un Mensaje de Datos con éste y para que la persona que recibe la información en los términos establecidos, pueda estar

cierta de que la información proviene del emisor, y de igual manera, cuándo no podrá o no deberá tener esa certeza.

Asimismo, se confirma lo establecido en el artículo 80 del Código, al ordenar que los actos jurídicos que se deban celebrar por escrito, se considerarán válidos otorgados mediante medios electrónicos, siempre que la información contenida en los Mensajes de Datos se mantenga íntegra y accesible para su ulterior consulta, sin importar el formato en el que se encuentre o represente.

Además es necesario resaltar que, tratándose de la firma electrónica, la legislación mexicana no restringe o excluye ningún método para crearla. Y establece las bases para la certificación de la firma, como el medio más seguro para vincular a ésta con su creador.

3.3.2.4 PRESTADORES DE SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN

La jurista argentina ROSA ELENA DI MARTINO ORTIZ comenta que si bien es cierto que en numerosos países como Italia, España, Alemania, Argentina, Estados Unidos y México, entre otros, se encuentran legislando y diseñando la aplicación inminente de la firma electrónica, o modificando sus leyes de la materia para adaptarlas de una mejor manera a las crecientes necesidades de seguridad, rapidez y confianza del tráfico comercial electrónico; el problema de la certificación de este nuevo tipo de firmas reviste especial atención, al grado de que en muchos casos, ha servido para frenar varios intentos legislativos.¹⁴⁷

¹⁴⁷ Cfr. DI MARTINO ORTIZ, Rosa Elena. Op. cit. p. 331-335.

En este punto del trabajo se buscará conocer el significado de esta institución que surge como natural complemento a la firma electrónica digital, es decir, firma electrónica avanzada que usa la criptografía de acuerdo a los principios de la certificación.

La autoridad de certificación es un sector de actividad novedoso, surgido a raíz de la prestación de un servicio público hasta el momento destinado a ser prestado por un Profesional del Derecho investido de fe pública específica (Notario).

Las autoridades de certificación son esenciales para que la firma digital se convierta en un instrumento universalmente aceptado en las legislaciones nacionales. El objetivo fundamental de los certificadores es autenticar la propiedad y las características de una clave pública, de manera que resulte digna de confianza; una vez que la autoridad de certificación haya constatado fehacientemente que la propiedad y características de una clave pública son correctas, expide un certificado en el que figuran dicha clave junto con otros datos.

Este certificado también se firma digitalmente, es decir, la autoridad de certificación lo firma con su clave privada de manera a establecer una correlación con el propietario de la clave.

Cuando se añade la clave pública de la autoridad de certificación, se puede hacer una simple verificación automática. Sin embargo, el receptor debe confiar en la autoridad de certificación. En otras palabras, comenta DI MARTINO, "es fundamental que la autoridad de certificación goce de

confianza de ambas partes, lo mismo sucede con un Notario que desempeña la tarea de certificar una firma”.¹⁴⁸

Como ya se vio en el punto anterior, al describir los conceptos relacionados con la temática, se definió al prestador de servicios de certificación como: La persona o institución pública que preste servicios relacionados con Firmas Electrónicas y que expide los Certificados, en su caso.

A continuación transcribiré los artículos relativos del Código de Comercio sobre los Certificadores para conocer quiénes pueden serlo, qué se requiere para desempeñar tal función, los servicios que ofrecen y sus obligaciones. Y en el siguiente punto comentaré sobre el Reglamento del Código de Comercio en esta materia, publicado en julio de 2004.

CAPITULO III

De los prestadores de servicios de certificación

Artículo 100. Podrán ser Prestadores de Servicios de Certificación, previa acreditación ante la Secretaría:

- I. Los notarios públicos y corredores públicos;
- II. Las personas morales de carácter privado, y
- III. Las instituciones públicas, conforme a las leyes que les son aplicables.

La facultad de expedir Certificados no conlleva fe pública por sí misma, así los notarios y corredores públicos podrán llevar a cabo certificaciones que impliquen o no la fe pública, en documentos en papel, archivos electrónicos, o en cualquier otro medio o sustancia en el que pueda incluirse información.

Artículo 101. Los Prestadores de Servicios de Certificación a los que se refiere la fracción II del artículo anterior, contendrán en su objeto social las actividades siguientes:

- I. Verificar la identidad de los usuarios y su vinculación con los medios de identificación electrónica;
- II. Comprobar la integridad y suficiencia del Mensaje de Datos del solicitante y verificar la Firma Electrónica de quien realiza la verificación;
- III. Llevar a cabo registros de los elementos de identificación de los Firmantes y de aquella información con la que haya verificado el cumplimiento de fiabilidad de las Firmas Electrónicas Avanzadas y emitir el Certificado, y
- IV. Cualquier otra actividad no incompatible con las anteriores.

¹⁴⁸ DI MARTINO ORTIZ, Rosa Elena. Op. cit. p. 332.

Artículo 102. Los Prestadores de Servicios de Certificación que hayan obtenido la acreditación de la Secretaría deberán notificar a ésta la iniciación de la prestación de servicios de certificación dentro de los 45 días naturales siguientes al comienzo de dicha actividad.

A) Para que las personas indicadas en el artículo 100 puedan ser Prestadores de Servicios de Certificación, se requiere acreditación de la Secretaría, la cual no podrá ser negada si el solicitante cumple los siguientes requisitos, en el entendido de que la Secretaría podrá requerir a los Prestadores de Servicios de Certificación que comprueben la subsistencia del cumplimiento de los mismos:

I. Solicitar a la Secretaría la acreditación como Prestador de Servicios de Certificación;

II. Contar con los elementos humanos, materiales, económicos y tecnológicos requeridos para prestar el servicio, a efecto de garantizar la seguridad de la información y su confidencialidad;

III. Contar con procedimientos definidos y específicos para la tramitación del Certificado, y medidas que garanticen la seriedad de los Certificados emitidos, la conservación y consulta de los registros;

IV. Quienes operen o tengan acceso a los sistemas de certificación de los Prestadores de Servicios de Certificación no podrán haber sido condenados por delito contra el patrimonio de las personas o que haya merecido pena privativa de la libertad, ni que por cualquier motivo hayan sido inhabilitados para el ejercicio de su profesión, para desempeñar un puesto en el servicio público, en el sistema financiero o para ejercer el comercio;

V. Contar con fianza vigente por el monto y condiciones que se determinen en forma general en las reglas generales que al efecto se expidan por la Secretaría;

VI. Establecer por escrito su conformidad para ser sujeto a Auditoría por parte de la Secretaría, y

VII. Registrar su Certificado ante la Secretaría.

B) Si la Secretaría no ha resuelto respecto a la petición del solicitante, para ser acreditado conforme al artículo 100 anterior, dentro de los 45 días siguientes a la presentación de la solicitud, se tendrá por concedida la acreditación.

Artículo 103. Las responsabilidades de las Entidades Prestadoras de Servicios de Certificación deberán estipularse en el contrato con los firmantes.

Artículo 104. Los Prestadores de Servicios de Certificación deben cumplir las siguientes obligaciones:

I. Comprobar por sí o por medio de una persona física o moral que actúe en nombre y por cuenta suyos, la identidad de los solicitantes y cualesquiera circunstancias pertinentes para la emisión de los Certificados, utilizando cualquiera de los medios admitidos en derecho, siempre y cuando sean previamente notificados al solicitante;

II. Poner a disposición del Firmante los dispositivos de generación de los Datos de Creación y de verificación de la Firma Electrónica;

III. Informar, antes de la emisión de un Certificado, a la persona que solicite sus servicios, de su precio, de las condiciones precisas para la utilización del Certificado, de sus limitaciones de uso y, en su caso, de la forma en que garantiza su posible responsabilidad;

IV. Mantener un registro de Certificados, en el que quedará constancia de los emitidos y figurarán las circunstancias que afecten a la suspensión, pérdida o terminación de vigencia de sus efectos. A dicho registro podrá accederse por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y su contenido público estará a disposición de las personas que lo soliciten, el contenido privado estará a disposición del Destinatario y de

las personas que lo soliciten cuando así lo autorice el Firmante, así como en los casos a que se refieran las reglas generales que al efecto establezca la Secretaría;

V. Guardar confidencialidad respecto a la información que haya recibido para la prestación del servicio de certificación;

VI. En el caso de cesar en su actividad, los Prestadores de Servicios de Certificación deberán comunicarlo a la Secretaría a fin de determinar, conforme a lo establecido en las reglas generales expedidas, el destino que se dará a sus registros y archivos;

VII. Asegurar las medidas para evitar la alteración de los Certificados y mantener la confidencialidad de los datos en el proceso de generación de los Datos de Creación de la Firma Electrónica;

VIII. Establecer declaraciones sobre sus normas y prácticas, las cuales harán del conocimiento del usuario y el Destinatario, y

IX. Proporcionar medios de acceso que permitan a la Parte que Confía en el Certificado determinar:

- a) La identidad del Prestador de Servicios de Certificación;
- b) Que el Firmante nombrado en el Certificado tenía bajo su control el dispositivo y los Datos de Creación de la Firma en el momento en que se expidió el Certificado;
- c) Que los Datos de Creación de la Firma eran válidos en la fecha en que se expidió el Certificado;
- d) El método utilizado para identificar al Firmante;
- e) Cualquier limitación en los fines o el valor respecto de los cuales puedan utilizarse los Datos de Creación de la Firma o el Certificado;
- f) Cualquier limitación en cuanto al ámbito o el alcance de la responsabilidad indicada por el Prestador de Servicios de Certificación;
- g) Si existe un medio para que el Firmante dé aviso al Prestador de Servicios de Certificación de que los Datos de Creación de la Firma han sido de alguna manera controvertidos, y
- h) Si se ofrece un servicio de terminación de vigencia del Certificado.

Artículo 105. La Secretaría coordinará y actuará como autoridad Certificadora, y registradora, respecto de los Prestadores de Servicios de Certificación, previstos en este Capítulo.

Artículo 106. Para la prestación de servicios de certificación, las instituciones financieras y las empresas que les prestan servicios auxiliares o complementarios relacionados con transferencias de fondos o valores, se sujetarán a las leyes que las regulan, así como a las disposiciones y autorizaciones que emitan las autoridades financieras.

Artículo 107. Serán responsabilidad del Destinatario y de la Parte que Confía, en su caso, las consecuencias jurídicas que entrañe el hecho de que no hayan tomado medidas razonables para:

- I. Verificar la fiabilidad de la Firma Electrónica, o
- II. Cuando la Firma Electrónica esté sustentada por un Certificado:
 - a) Verificar, incluso en forma inmediata, la validez, suspensión o revocación del Certificado, y
 - b) Tener en cuenta cualquier limitación de uso contenida en el Certificado.

Artículo 108. Los Certificados, para ser considerados válidos, deberán contener:

- I. La indicación de que se expiden como tales;
- II. El código de identificación único del Certificado;

- III. La identificación del Prestador de Servicios de Certificación que expide el Certificado, razón social, su domicilio, dirección de correo electrónico, en su caso, y los datos de acreditación ante la Secretaría;
- IV. Nombre del titular del Certificado;
- V. Periodo de vigencia del Certificado;
- VI. La fecha y hora de la emisión, suspensión, y renovación del Certificado;
- VII. El alcance de las responsabilidades que asume el Prestador de Servicios de Certificación, y
- VIII. La referencia de la tecnología empleada para la creación de la Firma Electrónica.

Artículo 109. Un Certificado dejará de surtir efectos para el futuro, en los siguientes casos:

- I. Expiración del periodo de vigencia del Certificado, el cual no podrá ser superior a dos años, contados a partir de la fecha en que se hubieren expedido. Antes de que concluya el periodo de vigencia del Certificado podrá el Firmante renovarlo ante el Prestador de Servicios de Certificación;
- II. Revocación por el Prestador de Servicios de Certificación, a solicitud del Firmante, o por la persona física o moral representada por éste o por un tercero autorizado;
- III. Pérdida o inutilización por daños del dispositivo en el que se contenga dicho Certificado;
- IV. Por haberse comprobado que al momento de su expedición, el Certificado no cumplió con los requisitos establecidos en la ley, situación que no afectará los derechos de terceros de buena fe, y
- V. Resolución judicial o de autoridad competente que lo ordene.

Artículo 110. El Prestador de Servicios de Certificación que incumpla con las obligaciones que se le imponen en el presente Capítulo, previa garantía de audiencia, y mediante resolución debidamente fundada y motivada, tomando en cuenta la gravedad de la situación y reincidencia, podrá ser sancionado por la Secretaría con suspensión temporal o definitiva de sus funciones. Este procedimiento tendrá lugar conforme a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Artículo 111. Las sanciones que se señalan en este Capítulo se aplicarán sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal y de las penas que correspondan a los delitos en que, en su caso, incurran los infractores.

Artículo 112. Las autoridades competentes harán uso de las medidas legales necesarias, incluyendo el auxilio de la fuerza pública, para lograr la ejecución de las sanciones y medidas de seguridad que procedan conforme a esta Ley. Incluso, en los procedimientos instaurados se podrá solicitar a los órganos competentes la adopción de las medidas cautelares que se estimen necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que definitivamente se dicte.

Artículo 113. En el caso de que un Prestador de Servicios de Certificación sea suspendido, inhabilitado o cancelado en su ejercicio, el registro y los Certificados que haya expedido pasarán, para su administración, a otro Prestador de Servicios de Certificación, que para tal efecto señale la Secretaría mediante reglas generales.

CAPITULO IV

Reconocimiento de certificados y firmas electrónicas extranjeros

Artículo 114. Para determinar si un Certificado o una Firma Electrónica extranjeros producen efectos jurídicos, o en qué medida los producen, no se tomará en consideración cualquiera de los siguientes supuestos:

I. El lugar en que se haya expedido el Certificado o en que se haya creado o utilizado la Firma Electrónica, y

II. El lugar en que se encuentre el establecimiento del Prestador de Servicios de Certificación o del Firmante.

Todo Certificado expedido fuera de la República Mexicana producirá los mismos efectos jurídicos en la misma que un Certificado expedido en la República Mexicana si presenta un grado de fiabilidad equivalente a los contemplados por este Título.

Toda Firma Electrónica creada o utilizada fuera de la República Mexicana producirá los mismos efectos jurídicos en la misma que una Firma Electrónica creada o utilizada en la República Mexicana si presenta un grado de fiabilidad equivalente.

A efectos de determinar si un Certificado o una Firma Electrónica presentan un grado de fiabilidad equivalente para los fines de los dos párrafos anteriores, se tomarán en consideración las normas internacionales reconocidas por México y cualquier otro medio de convicción pertinente.

Cuando, sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, las partes acuerden entre sí la utilización de determinados tipos de Firmas Electrónicas y Certificados, se reconocerá que ese acuerdo es suficiente a efectos del reconocimiento transfronterizo, salvo que ese acuerdo no sea válido o eficaz conforme al derecho aplicable.

Como se podrá ver, en nuestro país ya está regulada la materia, sólo falta que en la realidad se apliquen las disposiciones. Uno de los factores que influyen en la escasa o nula atención que se ha puesto sobre la firma electrónica en materia de derecho privado, es el factor económico. Obtener un certificado de firma electrónica avanzada cuesta cerca de diez mil pesos (ochocientos dólares aproximadamente). Es por eso que el Estado y los Instituciones Bancarias tienen en sus manos la posibilidad de desarrollar la figura jurídica con mayor amplitud y especialidad, dada la infraestructura tecnológica y económica a su alcance.

3.3.3 REGLAMENTO DEL CÓDIGO DE COMERCIO EN MATERIA DE PRESTADORES DE SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN

El 19 de julio de 2004 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Reglamento del Código de Comercio en Materia de Prestadores de

Servicios de Certificación, en el cual se establecen las normas que regularán a los certificadores y la expedición de los certificados.

En este reglamento se establecen los principios y reglas a los cuales se deben someter los entes que pretendan brindar este servicio, los requisitos que deben cumplir, el trámite para su acreditación como Certificadores ante la Secretaría de Economía, la forma de operar, la vigencia de los certificados que expidan, las obligaciones que tendrán como autoridades certificadoras y el régimen de infracciones y sanciones a que estarán sujetos.

A continuación transcribo las partes más relevantes para nuestra materia sobre el citado reglamento:

Disposiciones Generales

ARTÍCULO 1o. El presente ordenamiento tiene por objeto establecer las normas reglamentarias a las que deben sujetarse los Prestadores de Servicios de Certificación en materia de firma electrónica y expedición de Certificados para actos de comercio. En la aplicación de este Reglamento se estará a las definiciones a que se refiere el artículo 89 del Código de Comercio.

ARTÍCULO 2o. La Secretaría aceptará cualquier método o sistema para crear una Firma Electrónica, Firma Electrónica Avanzada o Certificado, y promoverá que éstos puedan concurrir o funcionar con diferentes equipos y programas de cómputo, de conformidad con los principios de neutralidad tecnológica y compatibilidad internacional, en términos del Código de Comercio, este Reglamento y las Reglas Generales que expida la Secretaría. De los Requisitos y del Trámite de Acreditación...

ARTÍCULO 5o. Los interesados en obtener la acreditación como Prestador de Servicios de Certificación deberán:

- I. Presentar la solicitud de acreditación en los formatos que determine la Secretaría;
- II. Adjuntar a la solicitud, según corresponda, lo siguiente:
 - a) En caso de los notarios o corredores públicos, copia certificada de la patente, título de habilitación o documento que en términos de la legislación de la materia les acredite estar en ejercicio de la fe pública;
 - b) En caso de las personas morales, copia certificada de su acta constitutiva, póliza u otro instrumento público, que acredite su constitución de acuerdo con las leyes mexicanas y que su objeto social es el establecido en el artículo 101 del Código de Comercio. y

c) Las instituciones públicas, copia certificada del instrumento jurídico de su creación o, en su caso, copia certificada de su acta constitutiva, de conformidad con las disposiciones jurídica aplicables;

III. Comprobar que se cuenta al menos con los siguientes elementos:

a) Humanos.- Un profesionista jurídico, un profesionista informático y cinco auxiliares de apoyo informático;

b) Materiales.- Espacio físico apropiado para la actividad, controles de seguridad, accesos y perímetros de seguridad física, medidas de protección, así como con las políticas necesarias para garantizar la seguridad del área;

c) Económicos.- Capital que comprenderá al menos el equivalente a una cuarta parte de la inversión requerida para cumplir con los elementos humanos, tecnológicos y materiales, y un seguro de responsabilidad civil cuyo monto será determinado por la Secretaría con base en el análisis de las operaciones comerciales y mercantiles en que sean utilizados los Certificados y no será menor al equivalente a treinta veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal correspondiente a un año, y

d) Tecnológicos.- Consistentes en: I).- Análisis y Evaluación de Riesgos y Amenazas, II).- Infraestructura informática, III).- Equipo de cómputo y software, IV).- Política de Seguridad de la Información, V).- Plan de continuidad del Negocio y Recuperación ante Desastres, VI).- Plan de Seguridad de Sistemas, VII).- Estructura de Certificados, VIII).- Estructura de la Lista de Certificados Revocados, IX).- Sitio electrónico, X).- Procedimientos que informen de las características de los procesos de creación y verificación de Firma Electrónica Avanzada, XI).- Política de Certificados, XII).- Declaración de Prácticas de Certificación, XIII).- Modelos de las autoridades certificadora y registradora, XIV).- Plan de administración de claves.

Los elementos descritos en la presente fracción deberán ajustarse a las especificaciones que determine la Secretaría en las Reglas Generales, a efecto de que las prácticas y políticas que se apliquen garanticen la continuidad del servicio, la seguridad de la información y su confidencialidad;

IV. Contar con procedimientos claros y definidos de conformidad con las Reglas Generales que emita la Secretaría;

V. Adjuntar a la solicitud una carta suscrita por cada persona física que pretenda operar o tener acceso a los sistemas que utilizará en caso de ser acreditado, donde dicha persona manifieste bajo protesta de decir verdad y advertido de las penas en que incurrirán los que declaren falsamente ante una autoridad distinta a la judicial, de que no fue condenado por delito contra el patrimonio de las personas y mucho menos inhabilitado para el ejercicio de la profesión, o para desempeñar un puesto en el servicio público, en el sistema financiero o para ejercer el comercio;

VI. Contar con una póliza de fianza por el monto y condiciones que se determinan en el presente Reglamento y en las Reglas Generales que al efecto expida la Secretaría;

VII. Acompañar a su solicitud, escrito de conformidad para ser sujeto de auditoría por parte de la Secretaría en todo momento, para que ésta verifique el cumplimiento de los requisitos para obtener y mantener la acreditación como Prestador de Servicios de Certificación;

Cuando el interesado pretenda que sus Datos de Creación de Firma Electrónica permanezcan en resguardo fuera del territorio nacional, deberá solicitarlo a la Secretaría. En este caso, el interesado manifestará por escrito su conformidad de asumir los costos que impliquen a la Secretaría el traslado de su personal para efectuar sus auditorías, y

VIII. Registrar ante la Secretaría su Certificado, en los términos que establece el presente Reglamento.

ARTÍCULO 6o. Los notarios o corredores públicos podrán solicitar la acreditación a través de personas morales, conforme a lo que establezca la legislación que les rige. En ningún caso se les eximirá de la responsabilidad individual, ni aun cuando para obtener la acreditación compartan la infraestructura que les permita prestar los servicios de certificación...

ARTÍCULO 8o. La Secretaría establecerá en las Reglas Generales las condiciones a que se sujetará la fianza que otorgarán los interesados que obtengan su acreditación, previo al inicio de operaciones como Prestadores de Servicios de Certificación...

ARTÍCULO 11o. El Prestador de Servicios de Certificación o su representante no podrán revelar los Datos de Creación de Firma Electrónica que correspondan a su propio Certificado y en todo caso serán responsables de su mala utilización. Dicho Certificado tendrá una vigencia de diez años...

ARTÍCULO 19o. La emisión, registro y conservación de los Certificados por parte de los Prestadores de Servicios de Certificación se efectuará en territorio nacional. La Secretaría, a través de las Reglas Generales preverá los mecanismos que garanticen que los Certificados emitidos por los Prestadores de Servicios de Certificación, en ningún caso, contengan elementos que puedan generar confusión en la Parte que Confía...-

3.3.4 NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-151-SCFI-2002, PRÁCTICAS COMERCIALES-REQUISITOS QUE DEBEN OBSERVARSE PARA LA CONSERVACIÓN DE MENSAJES DE DATOS

El 4 de junio de 2002 se publicó en el Diario Oficial de la Federación esta Norma Oficial Mexicana, que tiene como objetivo regular el cumplimiento del artículo 49 del Código de Comercio, que establece lo siguiente:

- Los comerciantes están obligados a conservar por un plazo mínimo de diez años los originales de aquellas cartas, telegramas, mensajes de datos o cualesquiera otros documentos en que se consignen contratos, convenios o compromisos que den nacimiento a derechos y obligaciones. Para efectos de la conservación o presentación de originales, en el caso de mensajes de datos, se requerirá que la información se haya mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y sea accesible para su ulterior consulta. La Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (ahora de Economía) emitirá la Norma Oficial Mexicana que establezca los requisitos que deberán observarse para la conservación de mensajes de datos.-

En la introducción de la norma se establece que:

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 40 de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, en relación con el 49 del Código de Comercio, la Secretaría de Economía deberá emitir una Norma Oficial Mexicana que permita el cumplimiento de la obligación, a cargo de los comerciantes que utilicen mensajes de datos para realizar actos de comercio, de conservar por el plazo establecido en dicho Código, el contenido de los mensajes de datos en que se hayan consignado contratos, convenios o compromisos que den nacimiento a derechos y obligaciones; y cuyo contenido debe mantenerse íntegro e inalterado a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, debiendo ser accesible para su ulterior consulta.¹⁴⁹

El objetivo de la NOM es establecer los requisitos que deben observarse para la conservación de los mensajes de datos citados. Esta norma oficial mexicana es de aplicación para todos los comerciantes que deban conservar estos mensajes, así como para todas aquellas personas con quienes los comerciantes realicen actos que deban ser conservados en los referidos mensajes de datos.

Dentro del apartado de definiciones encontramos las definiciones de firma electrónica y firma digital establecidas en la Ley Modelo de la materia, expedida por la CNUDMI.

El método a seguir para la conservación de los mensajes de datos se describe en el apéndice del proyecto, requiere de la utilización de tecnología "PKI" (*PUBLIC KEY INFRASTRUCTURE*, INFRAESTRUCTURA DE LLAVE PÚBLICA) y de la existencia y participación de un Prestador de Servicios de Certificación. La información que se desee conservar se podrá almacenar en uno o varios archivos diferentes y/o en una o varias computadoras.

El método para digitalizar archivos soportados en medio físico es a través de la "migración" cotejada por un tercero legalmente autorizado, quien

¹⁴⁹ NOM-151-SCFI-2002, PRÁCTICAS COMERCIALES-REQUISITOS QUE DEBEN OBSERVARSE PARA LA CONSERVACIÓN DE MENSAJES DE DATOS, Número 0 - Introducción.

constatará que dicha "migración" se realice íntegra e inalterablemente tal y como se generó por primera vez en su forma definitiva.

Los elementos que intervienen en la conservación del mensaje de datos son: i) La firma electrónica y/o digital; ii) El prestador de servicios de certificación; iii) El certificado emitido por el certificador; y iv) Equipos y programas informáticos en y con los que se almacenen los mensajes de datos.

La vigilancia será a cargo de la Secretaría de Economía conforme a sus atribuciones y la legislación aplicable.

Para concluir con este capítulo, y adelantando un poco al siguiente, propongo y cuestiono la validez de almacenar mediante Mensajes de Datos las actas que se levanten con motivo de las reuniones societarias, usando por analogía lo antes expuesto; es decir, aplicar el artículo 49 del Código de Comercio analógicamente al artículo 41 del mismo ordenamiento, junto con toda la normatividad y regulación de la Norma Oficial Mexicana comentada en este apartado.

CAPÍTULO CUARTO

LA VALIDEZ DE LAS ASAMBLEAS DE ACCIONISTAS Y SESIONES DE CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA, CELEBRADAS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Para comenzar este capítulo hablaré del trabajo de dos destacados juristas españoles LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO Y FRANCISCO VICENT CHULIÁ. Estos dos autores han escrito sobre Internet y Derecho de Sociedades, haciendo importantes críticas y aportaciones al sistema legal español y europeo sobre Derecho Mercantil, y cuya opinión ha sido de gran trascendencia para este trabajo.

A lo largo de la cita textual que me permito hacer a continuación, con el objeto de apoyar los conceptos e ideas que desarrollaré más adelante, se

podrá comprobar la vigencia y aplicabilidad de esta obra en el sistema legal mexicano:

La generalización, desde 1995, del uso de Internet con fines publicitarios y "corporativos" en general, por las sociedades mercantiles, ha provocado cierta sensación de frustración por la falta de regulación de este fenómeno en el marco del Derecho de sociedades...

No es sólo que exista ese inevitable desajuste entre la realidad viva de la práctica de los negocios y el Derecho positivo –quizás en algún punto, como el relativo a la firma electrónica el legislador se ha anticipado a la realidad que pretende disciplinar-; es que, además, es difícil sustraerse a la impresión de que existe una utilización significativamente cicatera de las nuevas técnicas de comunicación precisamente en el área usualmente más innovadora de nuestro Derecho. Porque el Derecho de Sociedades es el Derecho de organización por excelencia, en el que el trabajo del jurista como ingeniero u organizador social adquiere su máxima expresión; y donde, además, su experiencia práctica le legitima y le obliga a solicitar la intervención puntual del legislador en puntos clave que dinamicen la fuerza de autoorganización o autorregulación de la propia sociedad civil...

Aunque no disponemos de estudios precisos, que sí existen para otros países, es notorio que muchas son nuestras sociedades que mantienen un sitio corporativo en Internet y que se apresuran a registrar sus respectivos nombres de dominio. Por contra, en el ámbito de las comunicaciones con socios y terceros, las nuevas tecnologías no representan un reto serio a las tradicionales basadas en soporte papel. Lo que debería llamarnos la atención si tomamos en consideración que la posibilidad de comunicación telemática está siendo objeto de una universal aceptación y regulación positiva en el ámbito de las comunicaciones que se traban entre administrados y el Estado y sus agentes: Agencia Tributaria, Seguridad Social, Administraciones públicas en general...y, por supuesto, el Registro de la Propiedad y Mercantil. No deja de ser sorprendente que una sociedad mercantil pueda, de hecho lo está ya haciendo, liquidar sus impuestos o presentar sus cuentas anuales en soporte magnético o telemáticamente, y, en cambio, ni siquiera las sociedades cotizadas demuestran la menor inquietud por aprovecharse de las posibilidades de las nuevas tecnologías para abaratar costes de transacción en las comunicaciones. Sigue siendo cierto que en nuestro Derecho el legislador ha prestado más atención a la regulación del uso de medios electrónicos en las relaciones con la Administración Pública que a la regulación de las relaciones jurídicas entre particulares y por esos mismos medios...

Lo que ocurre es que, por razones obvias, todos nuestros textos formativos están exclusivamente pensados en el documento en soporte papel. Sería positivo que el legislador asumiera un papel activo en el Derecho positivo de sociedades...

Ahora bien: es evidente que la Ley, toda Ley, presupone la realidad tecnológica del momento en que se dictó...El estado actual de la técnica en relación a la realidad social

obligan a considerar incluido en la "comunicación escrita" las formas o procedimientos de comunicación sin soporte documental cuando exista un equivalente funcional. - ¹⁵⁰

Este trabajo tiene por objeto redefinir ciertos conceptos de la legislación mercantil mexicana, o mejor aún, modificarlos para adecuarlos a la revolución tecnológica en que estamos inmersos en la actualidad.

El derecho, para poder tener plena eficacia, debe estar acorde a la realidad. El legislador mexicano de los siglos XIX y XX no conoció las nuevas formas de comunicación de la actualidad. En estas páginas se hablará sobre algunos medios de comunicación modernos, como lo son Internet, el correo electrónico y las videoconferencias, entre otros. Gracias a estas nuevas formas de comunicación, accesibles actualmente a la gran mayoría de la gente, la PRESENCIA FÍSICA de las personas, como requisito para la toma de decisiones en la sociedad anónima y en la sociedad mercantil en general, es prescindible.

La PRESENCIA VIRTUAL es hoy, una realidad. La voluntad se puede manifestar a través de medios electrónicos y tener plena validez. Así lo establecen el Código Civil Federal y el Código de Comercio. Pues ahora será el turno de la Ley General de Sociedades Mercantiles, y para ello propongo los siguientes razonamientos:

- Si la voluntad es válida a través de medios electrónicos, una persona moral puede contratar vía electrónica. Esto quiere decir que una sociedad puede tener relaciones jurídicas válidas con terceros celebrando actos jurídicos a través de medios electrónicos. Pues con

¹⁵⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, y VICENT CHULIÁ, Francisco. "INTERNET Y DERECHO DE SOCIEDADES. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN". REVISTA DE DERECHO MERCANTIL. NÚMERO 237. MADRID, ESPAÑA 2000, p. 915-937.

mayor razón, los cuerpos colegiados de las sociedades en general, y la Asamblea de Accionistas y el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima en particular, deben estar en posibilidades de usar estos medios para funcionar y resolver asuntos de la competencia interna de la persona moral, con plenos efectos jurídicos..-

- ¿Qué se necesita para lograr lo anterior? Pues garantizar que las condiciones de legalidad que establece la legislación mercantil actual, para asegurar que las reuniones de los órganos de la sociedad no violan los derechos corporativos esenciales de sus integrantes, se mantengan en las reuniones que se pretenden celebrar a distancia, usando los citados medios electrónicos, o los medios que la tecnología invente o desarrolle en el futuro y que permitan la comunicación segura y directa entre las personas no presentes físicamente en un determinado lugar.

Partiendo de los razonamientos enunciados anteriormente, a continuación hablaré de los medios electrónicos más destacados que competen a esta investigación; su evolución y características principales. Con ello, se podrá definir la PRESENCIA VIRTUAL que permita sesionar válidamente a la Asamblea y al Órgano Colegiado de Administración de la Sociedad Anónima.

4.1 LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS

En la era del fax, la telefonía móvil, las redes telemáticas, la televisión por cable, el Internet, etcétera, la informática está liderando el proceso de conversión de unas sociedades basadas en la transmisión de la información en soporte papel a nuevas sociedades, gobernadas por el dominio de la información, en las cuales ésta circulará libremente por redes de alcance mundial que permitirán al usuario el acceso directo a

fuentes de información. Paralelamente se está transformando el formato de la información y la comunicación que, cada vez más, se realizan con tecnologías multimedia o, incluso, simulando un espacio en tres dimensiones con el que es posible interactuar (la realidad virtual).

La integración de las telecomunicaciones y la computación o informática en la nueva disciplina llamada telemática ha supuesto el surgimiento de multitud de otras nuevas aplicaciones y servicios. Merece ser particularmente destacada la aparición de nuevas formas de comunicación y su rápida aceptación por un número cada vez más creciente de usuarios.¹⁵¹

Entre estas nuevas formas de comunicación, que para efectos de la legislación mexicana entendemos como MEDIOS ELECTRÓNICOS, están:

- las autopistas de la información, de las cuales Internet es el ejemplo más destacado.
- la integración de varios medios de comunicación en las tecnologías multimedia.
- la posibilidad de utilizar el ordenador o computadora, para crear una realidad virtual en tres dimensiones para interactuar con ella.

4.1.1 CONCEPTOS RELACIONADOS Y DIVERSAS CLASES DE MEDIOS ELECTRÓNICOS

En este punto trataré de manera enunciativa, más no limitativa, distintos medios electrónicos (internet, world wide web, correo electrónico o e-mail, videoconferencia, teleconferencia, entre otros), para conocer como funcionan y que finalidad u objetivo cumplen, en especial para los efectos de esta tesis.

¹⁵¹ "ENCICLOPEDIA DIDÁCTICA DE COMPUTACIÓN". EDITORIAL OCÉANO. BARCELONA, ESPAÑA 1999, p.149-150.

INTERNET

El diccionario de Informática e Internet de Microsoft, define el término Internet como:

Conjunto de redes y puertas de acceso a nivel mundial que usan la colección de protocolos TCP/IP para comunicarse entre ellas. En el núcleo de Internet se encuentra una red troncal de líneas de comunicación de datos a alta velocidad entre los nodos principales de computadoras "host" (huéspedes) en miles de sistemas informáticos comerciales, gubernamentales, educativos y de otra naturaleza, que se encargan de dirigir los datos y mensajes. Es posible que uno o más nodos de Internet puedan quedar fuera de línea sin que ello suponga un peligro para la globalizada de la red, ni causar interrupción en el tránsito de datos en Internet, dado que no existe ninguna computadora ni red específica que tenga el control.

La génesis de Internet fue una red descentralizada denominada ARPANET, creada por el Departamento de Defensa (de los Estados Unidos de América) en 1969, con el fin de facilitar las comunicaciones en caso de un ataque nuclear. Poco a poco, se fueron conectando a ARPANET otras redes, como BITNET, USENET, UUCP, y NSFNet. Actualmente, Internet ofrece una diversidad de servicios a los usuarios, como FTP (protocolo de transferencia de datos), correo electrónico, el World Wide Web (WWW), telnet, y otros.¹⁵²

WORLD WIDE WEB

El World Wide Web, WWW, WEB o W3, es un sistema de información distribuida, creado por los científicos del Centro Europeo de Investigación Nuclear de Ginebra, basado en el concepto de hipertexto. El hipertexto es una herramienta que permite navegar de una parte a otra a través de palabras activadas que conducen de manera automática a otra referencia ya sea del mismo archivo o de archivos situados en otros servidores de otras partes del mundo.

Los servidores Web están cargados con documentos de texto (dotados de otros elementos multimedia, como imágenes, videos, etcétera, que los transforman en realidad en documentos hipermedia) en los que aparecen algunos conceptos resaltados en color, que pueden ser activados para obtener más información relacionada con el tema en cuestión. Los documentos a los que se accede por este medio pueden contar asimismo con nuevas palabras clave, que facilitan la "navegación" a través de la red en busca de informaciones concretas.

Esta posibilidad de búsqueda es la que ha dado origen a la expresión "navegar por la red" para indicar que, en Internet, la localización de una información determinada no se basa en una consulta clásica, sino que abarca las interconexiones que los propios creadores de

¹⁵² "DICCIONARIO DE INFORMÁTICA E INTERNET DE MICROSOFT". EDITORIAL MCGRAW HILL, ESPAÑA 2001, p. 320-321

las páginas de la red hayan establecido. WWW es, por su facilidad de uso y por la potencia de búsqueda que implica el empleo de este tipo de información hipertextual, el servicio más utilizado en la actualidad por los usuarios de Internet.¹⁵³

CORREO ELECTRÓNICO

Gracias a que Internet es una red de ámbito mundial, el correo electrónico (e-mail), se convierte en una herramienta de gran importancia, ya que permite que una persona se comunique con otra que está en las antípodas, con la ventaja de un coste mínimo... de forma casi instantánea y con la ventaja añadida de que no es necesario asegurarse de que el receptor está delante de la computadora; el mensaje se guarda en el servidor al que se está conectado y, cuando un usuario entra en Internet, el servidor le refresca su correo transmitiéndole los mensajes que haya recibido.

Desde el punto de vista de las empresas, el correo electrónico supone un ahorro enorme en los costes de telefonía y añade la ventaja de la seguridad de la recepción del mensaje (ya que si éste no llega a su destino, la red lo devuelve a su emisor, indicándole cuál ha sido el problema de transmisión)¹⁵⁴

Por esto, el correo electrónico es un medio idóneo para entablar una comunicación directa y segura entre las personas que integran una sociedad con la persona moral, y para comunicar a la persona moral con sus integrantes y con los terceros con quienes tenga relaciones jurídicas.

Para los usuarios particulares el correo electrónico o e-mail, además de permitir comunicarse con todo el mundo a precio módico, permite el acceso a diversos servicios de transferencia de información que de otro modo, no les serían accesibles.

TELECONFERENCIA

Este medio electrónico de comunicación consiste en: "la utilización de audio, video o equipo de computadora unida a través de un sistema de

¹⁵³ "ENCICLOPEDIA DIDÁCTICA DE COMPUTACIÓN". Op. cit. p. 152-153.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 153.

comunicaciones para permitir a los individuos separados geográficamente que participen en una reunión o discusión.”¹⁵⁵

VIDEOCONFERENCIA

Es un tipo de teleconferencia en la que las imágenes de video se transmiten en una reunión entre diversos participantes separados geográficamente.

Inicialmente se realizó utilizando video analógico y enlaces vía satélite; sin embargo, en la actualidad las videoconferencias se valen de imágenes digitales comprimidas que se transmiten mediante redes de área o banda ancha o Internet. Un canal de comunicaciones de 56 Kilobytes por segundo (56 K) puede transmitir imágenes en video congeladas, mientras que un canal de 1.544 Megabytes por segundo (T1) puede enviar y recibir un video plenamente dinámico.¹⁵⁶

VIDEOTELEFONO

“Dispositivo equipado con una cámara y una pantalla, así como un micrófono y un altavoz, capaz de transmitir y recibir señales de video y voz a través de la línea telefónica.”¹⁵⁷

Ya hemos visto que en la actualidad el videoteléfono transmite imágenes en tiempo real con conexiones de banda ancha.¹⁵⁸

A través de Internet y los medios electrónicos en general, la Sociedad Anónima puede suministrar a los Accionistas y a los miembros del Consejo, la información que se requiera: convocatorias a Asambleas y Sesiones de

¹⁵⁵ “DICCIONARIO DE INFORMÁTICA E INTERNET DE MICROSOFT”. Op. cit. p.576.

¹⁵⁶ *Ibídem*, p. 613-614.

¹⁵⁷ *Ibídem*, p. 614.

¹⁵⁸ “El desarrollo del videoteléfono fue de gran importancia en la transmisión de información por los canales de noticias del mundo en la guerra de Irak en 2003, ya que las redes televisivas y telefónicas locales fueron destruidas por los bombardeos estadounidenses.

Consejo, los informes de los Administradores y Comisarios, por mencionar algunos ejemplos; usando métodos de seguridad como contraseñas y protocolos de autenticación y reconocimiento de usuarios, para no poner en riesgo sus operaciones, siendo la firma electrónica una posible vía. Y los accionistas y consejeros, por su parte, pueden usar la red y/o distintos medios de comunicación electrónica, para atender a las reuniones, asistir a ellas de manera virtual, deliberar y votar, como se analizará más adelante.

Por su propia naturaleza los medios antes estudiados, en especial aquellos que permiten la comunicación directa e inmediata, son idóneos para las reuniones societarias a distancia, y lo serán de mejor manera a medida que evolucionen y desarrollen mayores capacidades. Por lo pronto, la tendencia actual indica que nos dirigimos a ese camino.

Además de los autores españoles citados al principio de este capítulo, el otro autor en el que me he inspirado en gran medida para realizar este trabajo, y que inclusive me ha permitido establecer con él comunicación directa vía correo electrónico, asesorando y enriqueciendo este trabajo con su opinión y sus reflexiones, es el jurista argentino Doctor VÍCTOR ZAMENFELD, catedrático de Derecho Comercial de la Universidad de Buenos Aires, quien escribe:

-Va de suyo, entonces, que con declarada prudencia, procuraremos en éste penetrar en modernos y actuales procedimientos que permitan sesionar a algunos órganos societarios, en particular a los cuerpos colegiados ejecutivos o de control de las sociedades por acciones, para establecer la validez de aquellos que, aunque bajo una mirada superficial puedan parecer inaplicables, deban reputarse legítimos, a poco que nos adentremos en una interpretación actualizada de los textos legales. Es que así analizados, se advertirá que tales procedimientos no sólo son legítimos, sino mejores que los conocidos hasta ahora, por razones de eficacia, adecuación a los tiempos y transparencia, ideal de siempre al que debemos propender para asegurar la aplicación y eficacia de la materia societaria y su fortaleza; siempre –lo reiteramos respetando los límites que la legislación vigente otorga a la utilización de tales métodos...Es evidente que avanzamos hacia un sistema societario en el que sea natural la participación por

videoconferencia u otros medios electrónicos eficientes, y que la confirmación de la participación por firma digital u otros métodos igualmente fehacientes colaborará con ello, pero por ahora la realidad demuestra que tales técnicas deben ser aplicadas en materia directorial, comisiones fiscalizadores, consejos de vigilancias y de tenedores de obligaciones negociables y cuerpos de administración y gestión en general (a que nos hemos referido al comienzo de éste).¹⁵⁹

4.2 PRESENCIA VIRTUAL, QUÓRUM, PARTICIPACIÓN Y VOTACIÓN REAL A TRAVÉS DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS, Y SU CONFIRMACIÓN POR MEDIO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA

Como el título lo indica, el objetivo central de esta tesis es dar validez a las reuniones de los cuerpos colegiados de las sociedades mercantiles en general, y a las Asambleas de Accionistas y Sesiones de Consejo de Administración de la Sociedad Anónima en particular, que se celebren usando medios electrónicos.

La intención es confirmar todo lo acontecido a través de éstos medios usando la FIRMA ELECTRÓNICA. Esto es, que no se requiera forzosamente que los miembros de los órganos colegiados de la sociedad se reúnan físicamente en el domicilio pactado en el estatuto social para poder deliberar y votar, y que sus resoluciones sólo sean válidas cuando se asienten en un acta elaborada en papel. Sino que por el contrario, estos órganos tengan plena libertad para reunirse, sesionar, deliberar y votar usando los medios que la tecnología del momento proporcione, garantizando desde luego, el derecho de asistir, discutir y votar las resoluciones, que tienen todos los miembros que los integren.

¹⁵⁹ ZAMENFELD, Víctor. "REUNIONES (SOCIETARIAS) A DISTANCIA". REVISTA ELECTRÓNICA DE DERECHO COMERCIAL. PUBLICADA EN INTERNET EN LA PÁGINA www.derecho-comercial.com.

PRESENCIA VIRTUAL

La Real Academia Española¹⁶⁰ define el término PRESENCIA como: "Asistencia personal, o estado de la persona que se halla delante de otra u otras o en el mismo sitio que ellas". Y define a la palabra VIRTUAL como: "Que tiene existencia aparente y no real." De tal manera que si unimos los dos vocablos podemos afirmar que PRESENCIA VIRTUAL ES LA ASISTENCIA PERSONAL APARENTE O EL ESTADO DE LA PERSONA QUE SE HALLA APARENTEMENTE DELANTE DE OTRA U OTRAS, O EN EL MISMO SITIO APARENTE QUE ELLAS.

¿Que objetivo se logra con esta construcción gramatical? Pues afirmar que es posible asistir personal aunque no físicamente a un lugar y estar reunido con otras personas, sin que exista una reunión física, sino virtual o aparente. Y ¿porqué razón? Porque la tecnología ha auspiciado la concepción esta idea, que en otro tiempo hubiera sido descabellada, imposible e incluso, objeto de persecución.

Para apoyar lo anterior, cito textualmente al Doctor ZAMENFELD:

-Las reuniones "virtuales" hoy son tan posibles como las reales; y es notorio que unas y otras deben ser admitidas, salvo en aquellos casos en que advirtamos que en la ley existen reglas que impidan o dificulten su aplicación. Si comenzamos por admitir lo obvio, que la sede social es necesaria sólo cuando la única forma de deliberar posible es la que se da con el cuerpo del hombre "colocado" en simultáneo con el lugar en que emite la palabra, comenzaremos a desandar un camino que alguna vez fue indispensable y hoy sólo sirve para generar trabas en el desarrollo de la actividad mercantil. La existencia de la sede es imprescindible a otros fines (fijar el lugar en que se encontrarán los libros y documentación social y donde se labrarán las actas, determinar la jurisdicción y ley aplicable, por caso), pero no para deliberar, si se garantiza la debida participación de los que están facultados a hacerlo; así, la presencia física en el lugar de reunión pasa a ser un dato menor en determinados casos. De tal

¹⁶⁰ DICCIONARIO ESENCIAL DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2ª Edición, Editorial Espasa Calpe, Madrid 2001, p.888 y 1138.

modo, la deliberación mediante la utilización de métodos virtuales, no es cuestionable salvo por ahora y por lo que se viene explicando, en materia de asambleas. La práctica verificable en el derecho comparado es por demás enriquecedora (7)" (Y cita al Doctor Marcelo Castrogiovanni, director de la Revista Electrónica de Derecho Comercial consultada). Continúo con la cita de la nota al pie: "7 En tal sentido, caso por demás interesante es el que nos ha sido proporcionado por el Dr. Marcelo Castrogiovanni, profesor de nuestra cátedra de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la U.B.A., el de la denominada "ISOLA TELEMATICA S.r.l.", sociedad recientemente constituida en Italia. Sus artículos 12 y 13, enriquecen nuestro texto y, maguer su extensión, no podemos dejar de transcribirlos por la información que proporcionan y el modelo que proponen. Dicen: "Art. 12) Asambleas por videoconferencia. La asamblea ordinaria puede reunirse mediante videoconferencia en la sede o alguna sucursal de la sociedad, indicándolo en el edicto de convocatoria. Requisito esencial para la validez de la asamblea por videoconferencia en la sede o sucursal, será que todos los participantes puedan ser identificados y participen de la discusión, intervengan en tiempo real en el tratamiento de los temas y participen de la votación. Verificándose tales recaudos, la asamblea se considerará celebrada en el lugar en la cual se encuentre el presidente y donde debe además encontrarse el secretario de la sesión, que será donde se extenderá y firmará el acta en el libro correspondiente. A tal fin por cada sucursal se designarán dos participantes con funciones de Presidente y Secretario de la asamblea "local", quienes bajo la supervisión del presidente y del Secretario de la asamblea "general", tendrán competencia para verificar la presencia de los socios, la validez de los poderes, la posibilidad de intervenir en tiempo real por parte de todos los socios, la regularidad de la votación, y de dar cumplimiento a las directivas del Presidente de la asamblea "General", a quien transmitirán el acta que se firme. Cuando a la hora prevista para el comienzo de una asamblea, no fuese técnicamente posible la conexión con una sucursal, la asamblea no será válida y deberá ser convocada para una fecha posterior. En el caso de una asamblea en que por motivos técnicos existan problemas de conexión con una filial luego de iniciada la misma, el presidente de la asamblea "General" deberá suspenderla y serán consideradas válidas las decisiones adoptadas hasta el momento de la suspensión. En caso de impugnación, podrá ser utilizada por el Presidente y el Secretario de la asamblea "General", como prueba de la presencia del socio, de la validez de la reunión y de la deliberación, la vídeo registración de la videoconferencia. **Cuando por efecto del desarrollo de la tecnología se puedan utilizar otras formas de convocatoria para la reunión y la votación, las consecuentes formas podrán ser utilizadas en el futuro, previa decisión de la asamblea que se adopte por mayoría de 2/3 (dos tercios) de los socios. Tales formas deberán garantizar a todos los socios la recepción del aviso de convocatoria en las condiciones previstas en el segundo párrafo de este artículo.**" "Art. 13) Órgano de administración. La Sociedad es administrada por un Administrador único, socio o no, o por un Consejo de Administración compuesto por dos a nueve miembros, socios o no... El Consejo de Administración puede ser convocado por el presidente ... mediante envío postal, fax, correo electrónico al domicilio notificado a la sociedad ... Se admite que la reunión del Consejo de Administración y del Comité Ejecutivo se pueda llevar a cabo por teleconferencia, videoconferencia, comunicación por video escrita en tiempo real (chat), según se establezca en el reglamento que dicte el Consejo de Administración. ... En particular el reglamento deberá establecer que todos los participantes deben poder ser identificados, seguir la discusión e intervenir en tiempo real en el tratamiento de los temas; verificándose tales presupuestos el Consejo deberá

considerarse como reunido en el lugar en el cual se encuentra el presidente y donde también debe encontrarse el secretario de la reunión, allí asimismo se consensuará (sic) el texto y se firmará el acta en el libro.”¹⁶¹

Por otro lado, el Doctor ZAMENFELD comenta que en materia de Asambleas existe la problemática del gran número de miembros que pueden llegar a tener, y por ello se inclina más por negar la posibilidad a la celebración de Asambleas por medios electrónicos, en tanto se tienen los medios tecnológicos adecuados que garanticen la posibilidad de que todos los miembros de la Asamblea puedan participar, deliberar y votar en tiempo real y de manera simultánea.

-En nuestro sistema, como se verá, no resulta válido participar a distancia en las asambleas societarias; distinta es la solución en materia directorial. Por otra parte, es igualmente así como se presenta la cuestión en la mayoría del derecho comparado. Pensamos que la motivación para que ello sea así, debe ser atribuida a las dificultades técnicas aún existentes como para autorizar la confluencia “virtual”, en una asamblea, de núcleos importantes y diversos de personas distantes y dispersas entre sí, situación que - en lugar de ayudar- podría complicar el panorama, ante la necesidad –por caso- de tener que recurrirse a multiplicidad de pantallas (en las videoconferencias) o a otro tipo de contactos convergentes, que hagan difícil la comunicación a distancia simultánea y con el carácter virtual de presencial. En cambio los Directorios, a diferencia de las asambleas, son cuerpos de más reducido número de integrantes, menos dispersos y cuyas reuniones a distancia, por estos motivos, resultarán menos complejas, ya que cabe suponer que la dispersión no generará mucho más de uno o dos espacios virtuales o similares. Son circunstancias no menores que permiten entender la diferenciación que se advierte en la más reciente legislación conocida o proyectada, en la que se exige la presencia física en un caso y no en el otro. El avance tecnológico seguramente derribará muy pronto la diferencia que señalamos, que de todos modos aún cabe esperar. El derecho a la participación, requiere la actuación en simultáneo entre todos los integrantes de un órgano de estructura colegial de limitada dispersión geográfica, de modo de poder oír y ser oído, opinar, refutar y, agotada la discusión, finalmente votar. Los métodos modernos permiten ese proceder, sin que sea menester la presencia física de los integrantes de determinados cuerpos deliberativos, pero a condición que la dispersión material no sea importante. Es la visión que así recorre la mayoría del derecho comparado.-¹⁶²

¹⁶¹ ZAMENFELD, Víctor. "REUNIONES (SOCIETARIAS) A DISTANCIA". Op. cit.

¹⁶² Ídem.

Esta reflexión del Doctor Zamenfeld, la corroboró en el correo electrónico que envió al suscrito en septiembre de 2004, y que a continuación transcribo en su parte conducente:

-...Quiero comenzar aclarándole que mi trabajo se llama, no casualmente, "Reuniones (societarias) a distancia", queriendo indicar con la palabra societaria puesta entre paréntesis, que aquellas reuniones a las que me refiero no sólo son necesariamente las societarias y servir para otras de otro tipo, que también allí son susceptibles de tener igual significado y trascendencia. En verdad, quise indicar que en el texto trato sobre las reuniones societarias en general y en particular sobre las societarias, como género y especie, aprovechando así en todos los casos aplicables los maravillosos instrumentos que nos ha dado la tecnología de los tiempos que corren.

En mi país se han reconocido y en sucesivas decisiones administrativas de autoridades de control de las personas jurídicas, así ha ocurrido (caso de la Inspección General de Justicia y la Comisión Nacional de Valores, por ejemplo). Fue un movimiento que coincidió con mi trabajo, que me hizo muy feliz, pues de alguna manera me sentí como impulsor - que no el único, por cierto- de esos esfuerzos, notorio progreso en nuestra materia.

Eso sí, aclaré que hasta tanto no existiesen por entonces (el trabajo tiene tres años, y hoy en diez todo ha envejecido en nuestra materia) herramientas que viabilizaran el control de asistencia y la firma de libros que en la ley (por eso vieja) se exige; hoy, por caso, tenemos la ley de firma digital, que ha significado una notoria superación al respecto, pues permite legitimar situaciones que antes eran de difícil solución. También por eso apunté que en la legislación comparada se advertía una cierta facilidad para admitir las reuniones a distancia entre cuerpos chicos (el board, directorio, o Junta para vds.; la asamblea de reducido número de accionistas), mientras que no ocurría lo mismo con las asambleas, sobre todo si tienen cierto volumen de asistencia probable.

Este es el tema más difícil de resolver por ahora -seguramente por allí vienen sus dudas- y no tenga dudas que la respuesta nos vendrá dada por la tecnología que, así como permitió abrir el marco de las reuniones a distancia, ahora debe permitirlo sin que importe el número de participantes. Seguramente tendremos prontamente alguna respuesta, por ahora es difícil darla.

No sé si con esto, que escribo casi sin revisar en razón de que debo dejarlo ahora por razones de trabajo, contesto en parte sus preguntas...¹⁶³

QUÓRUM (VIRTUAL)

En este punto se estudiará al quórum como requisito para que, tanto la Asamblea de Accionistas como el Consejo de Administración de la

¹⁶³ Texto que se transcribe del correo electrónico que el Doctor Víctor Zamenfeld envió al autor el 21 de septiembre de 2004 proveniente de su dirección de correo victor@zamenfeld.com.ar

Sociedad Anónima, se reúnan y resuelvan válidamente, haciendo uso de medios electrónicos.

La Real Academia Española define a QUÓRUM como: "El número de individuos necesario para que un cuerpo deliberante tome ciertos acuerdos.- Proporción de votos favorables para que haya acuerdo."¹⁶⁴ En esta definición encontramos los dos tipos de quórum de los órganos de la Sociedad Anónima: el de integración del cuerpo colegiado, como número mínimo para reunirse válidamente; y el de votación, como número mínimo de votos necesarios para que el acuerdo tomado sea obligatorio. Ambos conceptos fueron analizados en su oportunidad en el capítulo segundo.

Sobre el QUÓRUM de asistencia y el de votación en las reuniones societarias celebradas a distancia, hago el siguiente razonamiento:

- Si las personas se pueden reunir a través de medios de comunicación electrónicos, si pueden estar presentes virtualmente, si pueden verse, escucharse y/o leerse simultáneamente, de tal forma que se identifiquen plenamente y se reconozcan su derecho a asistir, deliberar y votar, entonces es perfectamente válido que las personas que participen en dichas reuniones por medios electrónicos, sean computadas para integrar los quora de asistencia y votación, requeridos por la Ley General de Sociedades Mercantiles.-

Si se logran los quora de integración y votación a través de medios electrónicos, y se garantiza el derecho de todo accionista para participar en la reunión del órgano colegiado, la votación que se realice será

¹⁶⁴ DICCIONARIO ESENCIAL DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Op. cit. p. 919

completamente real, aunque la presencia de las personas sea virtual (quórum virtual), pues lo que interesa al legislador es que se manifieste el consentimiento de cada individuo y se garantice el derecho a asistir a la reunión respectiva. El fundamento jurídico para la aseveración anterior son los artículos 1803 del Código Civil Federal y 80 del Código de Comercio, los cuales autorizan que el consentimiento se pueda otorgar, entre otras formas, por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología.

Para todo lo anterior, LA FIRMA ELECTRÓNICA, y su especie LA FIRMA DIGITAL o FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA, es el instrumento idóneo para manifestar el consentimiento y en su caso, confirmarlo, en las reuniones societarias celebradas a distancia, es decir, usando medios electrónicos de comunicación.

En el capítulo tercero anterior, se estudió la figura de la Firma Electrónica, sus características, sus modalidades, niveles de seguridad y la funcionalidad que tiene como medio de identificación de las personas que se obligan por medios electrónicos.

De acuerdo al desarrollo actual de esta figura en México, y el recién legislado tema sobre los Prestadores de Servicios de Certificación,¹⁶⁵ la FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA, que es certificada por estas autoridades, resulta la de mayor viabilidad para garantizar la seguridad de identificación de la persona que la emite. Por lo tanto, si los miembros de la

¹⁶⁵ Las autoridades de certificación son esenciales para que la firma digital se convierta en un instrumento universalmente aceptado en las legislaciones nacionales. El objetivo fundamental de los certificadores es autenticar la propiedad y las características de una clave pública, de manera que resulte digna de confianza; una vez que la autoridad de certificación haya constatado fehacientemente que la propiedad y características de una clave pública son correctas, expide un certificado en el que figuran dicha clave junto con otros datos. Este certificado también se firma digitalmente, es decir, la autoridad de certificación lo firma con su clave privada de manera a establecer una correlación con el propietario de la clave.

Asamblea o del Consejo de Administración, sesionan a través de medios electrónicos y confirman su presencia y participación enviando su voto firmado electrónicamente, y dicho voto es certificado por un Prestador del Servicio de Certificación, no habrá lugar a duda sobre la presencia del miembro del cuerpo colegiado y la legalidad del voto emitido por éste en la reunión electrónica.

4.3 PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LAS REUNIONES A DISTANCIA

Dentro de los derechos que tienen las personas que constituyen una Sociedad, según se trató en el capítulo primero, se encuentran los derechos corporativos de índole no patrimonial (conocidos por la doctrina como “de Consecución”), cuyo contenido tiene por objeto, precisamente, garantizar los derechos patrimoniales de los accionistas. Esta garantía, señala el maestro JOAQUÍN RODRÍGUEZ, se tiene en un doble orden: “en primer lugar, en cuanto los socios tienen derecho a cooperar en la formación de la voluntad social y en la ejecución de la misma; en segundo, en cuanto tienen derecho a vigilar toda gestión de la sociedad.”¹⁶⁶

Los derechos que se relacionan con el primer aspecto, se denominan derechos de administración; a los que hacen referencia al segundo de los aspectos mencionados se les conoce como derechos de control.

“Los derechos de administración, en su sentido más amplio, son aquellos que se conceden a los accionistas para asegurar su intervención en la formación de la voluntad colectiva y en su ejecución.”¹⁶⁷ Dentro de ellos se

¹⁶⁶ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Op. cit. p. 383.

¹⁶⁷ Ídem

encuentran el DERECHO DE PARTICIPACIÓN y el DERECHO DE VOTO. Aquí radica la legalidad de las reuniones societarias.

El primero consiste en el derecho que tiene cada socio para tomar parte en las asambleas generales; va implícito en la afirmación de que la asamblea general es una reunión de socios convocada con ciertas formalidades, entre las cuales, la más importante concierne a la publicación de la convocatoria, como invitación obligatoria para la asistencia de aquélla.

El derecho de voto, es el derecho esencial de consecución del accionista, y consiste en el que tiene cada uno de estos individuos para expresar en la asamblea su voluntad, la que conjugada con las demás voluntades integrará la llamada “voluntad colectiva”.

El principio básico de esta materia en la Ley General de Sociedades Mercantiles, se formula en el artículo 113, que manifiesta que “cada acción sólo tendrá derecho a un voto”, lo que implica que cada acción debe tener, por lo menos, un voto. Y como derecho esencial que es, se puede afirmar “la calidad de socio sin derecho a voto queda excluida”.¹⁶⁸

En lo relativo al derecho que tienen los administradores para ser convocados, asistir, deliberar y votar a las sesiones del órgano administrativo de la sociedad, las ideas expresadas en los párrafos anteriores para los accionistas son aplicables por analogía a los consejeros. De tal forma que, el principio de legalidad de que se viene hablando se aplica, tanto en la Asamblea de Accionistas, como en el Consejo de Administración.

¹⁶⁸ Ídem

El artículo 143 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece el principio de legalidad tratado en este punto, al prescribir la obligación de reunir cuando menos a la mitad de los miembros del Consejo, para que pueda sesionar válidamente. El espíritu de la ley y las buenas prácticas mercantiles obligan la convocatoria de todos los miembros del Consejo de Administración, aunque esta medida es, ciertamente, más flexible para el órgano de administración que para la Asamblea, en lo tocante a la integración del quórum respectivo

Por otro lado, y retomando el tópico de la tecnología, la electrónica puede contribuir a simplificar y agilizar la adopción de acuerdos mediante diversas técnicas que los estudios comparados encuadran bajo el epígrafe de "voto electrónico". Aunque la ley y la doctrina presuponen, en la reunión o sesión del órgano, la presencia física de asistentes en un determinado lugar en que se produce el intercambio de pareceres "cara a cara", no es disparatado, según se ha comentado a lo largo de este capítulo, defender que lo esencial para que exista sesión es precisamente la posibilidad del intercambio de pareceres y la deliberación en un mismo momento temporal (intercomunicación simultánea de los miembros), aunque la declaración de voluntad se produzca entre personas no presentes físicamente. Lo que vale en la contratación debe valer en el funcionamiento de los órganos de las personas morales. El equivalente puede, con todo, ser más o menos perfecto, la sustituibilidad puede estar más o menos justificada desde la perspectiva del juego de intereses que subyace a la regulación legal.

En realidad, del "voto electrónico" existen dos modalidades: el voto que se vierte en la reunión del órgano transmitida electrónicamente (una asamblea o un consejo en sesiones transmitidas por videoconferencia o técnica de

similar alcance) y el voto que se emite en tiempo hábil y con un procedimiento habilitado para el intercambio de propuestas e intercambio de pareceres (el “voto electrónico” en estricto sentido).¹⁶⁹

El primer supuesto –asamblea o sesión de consejo transmitida por videoconferencia o técnica de similar alcance– constituiría el trasunto, el equivalente electrónico del sistema de adopción de acuerdos con sesión. Existe “sesión” o “reunión” en sentido amplio, sólo se rompe la presencia física en un determinado lugar de todos los asistentes, pero la PRESENCIA VIRTUAL es una realidad. Los “asistentes remotos” no sólo tienen noticia en tiempo real de lo que ocurre, sino que pueden desde luego, intervenir a distancia de una manera interactiva y ejercitar su derecho de voto. De esta manera, el accionista debidamente acreditado, aunque sin presencia física, se considera a todos los efectos como asistente y computa para los quora de asistencia y votación.¹⁷⁰

En el segundo caso –el más radical, al que debería reservarse la denominación de “asamblea o sesión virtual”, se estaría ante una modalidad de la adopción de acuerdos sin sesión y “sin escrito”, en la que el soporte papel se sustituye totalmente por el soporte electrónico; la correspondencia postal o telegráfica por el correo electrónico, y la firma autógrafa por la electrónica. En la asamblea o sesión de consejo “virtuales” se rompe absolutamente con la regla de las dos unidades (tiempo y lugar). Pero la voluntad de las personas que integren dicha reunión será confirmada usando la Firma Electrónica.¹⁷¹

¹⁶⁹ Cfr. FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, y VICENT CHULIÁ, Francisco. Op. cit. p. 957-958.

¹⁷⁰ Cfr. Ibídem, p. 958-959.

¹⁷¹ Cfr. Ibídem, p. 960-961

Partiendo de las premisas enumeradas anteriormente, los problemas que se tienen que resolver para que las reuniones societarias a distancia sean válidas y no se violente el PRINCIPIO DE LEGALIDAD, son dos:

- 1. Que se pueda identificar con plena seguridad a los participantes de las reuniones que se celebren de manera virtual.**
- 2. Que se pueda asegurar que se cumplen los quora de integración y votación de los respectivos órganos, sin perjudicar los derechos de todos sus miembros para asistir, deliberar y votar.**

¿Cómo resolver estos dos problemas?

El primero se puede solucionar de diversas maneras. Dependiendo del medio electrónico que se use para la reunión, será el nivel de seguridad que se tenga en la identificación de la persona que no se encuentra físicamente en el lugar.

Por ejemplo, si se usa la videoconferencia, la teleconferencia, el videoteléfono, o cualquier otra tecnología que permita verse y escucharse de manera simultánea, se tendrá la certeza inmediata y en tiempo real de la persona o personas con las que se está sesionando. Si se usa una tecnología que sólo permita escucharse recíprocamente, la certeza disminuye en cuanto a que no necesariamente se conoce o se puede identificar la voz de todos los miembros que integren la Asamblea o el Consejo; en especial, si es una Asamblea de Accionistas, ésta podría estar integrada por un número muy elevado de personas, que haría muy complicado el identificar las voces de todos (situación que puede ser

solucionada en el futuro por la misma tecnología). Y si el medio que se usa, permite únicamente intercambiar opiniones de manera escrita usando un medio de plática virtual (chat), la cuestión de identificación se hace más compleja.¹⁷²

Independientemente de la tecnología que se emplee en la celebración de la Asamblea o Sesión de Consejo, la solución que propongo para identificar a las personas que sesionen a distancia, es confirmar la participación y votación a través de la firma electrónica (considerando que la Firma Electrónica Avanzada es la más confiable actualmente), pues es el medio idóneo para identificar a los individuos que usan los medios electrónicos para comunicarse.

Ahora bien, respecto al segundo problema relativo al cumplimiento de los quora de integración y votación de los respectivos órganos, sin perjudicar los derechos de todos sus miembros para asistir, deliberar y votar, en las Asambleas de Accionistas y en las Sesiones de Consejo de Administración de la Sociedad Anónima que se celebren por medios electrónicos, la solución que propongo es la siguiente:

i) Se deberá acordar primeramente en el estatuto social, la posibilidad de celebrar las reuniones usando estos medios. Con lo cual se podrá sesionar válidamente fuera del Domicilio Social y sin que se cuente con la presencia

¹⁷² Para asegurarse de la identidad de las personas en un "chat", se les pueden dar claves de acceso a una página de Internet donde se encuentre el espacio virtual del "chat" en donde se llevará a cabo la sesión. Dicha dirección electrónica sólo podrá ser usada por las personas que cuenten con la clave o código de acceso y deberá contar con las medidas de seguridad informáticas que impidan la irrupción de personas extrañas a la sociedad en la sesión. En fin, las soluciones que proporciona en la actualidad y que proporcionará en el futuro la tecnología, para lograr reunir por medios electrónicos a las personas que estén separadas geográficamente, serán con toda seguridad muchas e irán mejorando con el paso del tiempo. Lo cierto es que el orden jurídico debe considerar como fuente real del derecho, la Revolución Tecnológica en que vivimos, para ajustar las normas jurídicas al mundo moderno.

de todos los integrantes del órgano en la reunión, es decir, que no sea una Asamblea o Sesión de Consejo "Totalitaria", pero con la condicionante de que se haya garantizado el derecho de presencia y votación de todos los miembros.

ii) Sobre la convocatoria para la Asamblea de Accionistas, se deberá dar aviso de la convocatoria por vía electrónica a cada uno de los accionistas, usando los medios previamente acordados. Deberá llevarse un control estricto de los medios o vías por los cuales será notificado cada accionista y las medidas de seguridad para garantizar debidamente este derecho. Propongo la inscripción de la dirección electrónica de cada accionista para ser convocado en el libro de registro de acciones; en el entendido de que cualquier modificación en la dirección o vía de comunicación deberá ser también inscrito en dicho libro.

iii) De la convocatoria para la Sesión de Consejo de Administración, la Ley General de Sociedades Mercantiles no prevé la misma regulación de la publicación como lo hace para la Asamblea, de tal forma que la aceptación de la convocatoria por vía electrónica no presenta mayor dificultad.

Ahora bien, la convocatoria por vía electrónica para ambas reuniones puede ser de tan diversas maneras como tecnología se desarrolle. El correo electrónico es, desde hace tiempo, el medio idóneo para comunicarse, y como se analizó en el punto 4.1 anterior, tiene características que lo hacen un medio de comunicación seguro y confiable hasta cierto punto.¹⁷³

¹⁷³ La confiabilidad y seguridad del correo electrónico y en general de los medios electrónicos de comunicación relacionados con Internet, es un tema difícil. La existencia de personas (conocidos como hackers y/o crackers) que se dedican a intervenir y crear programas (catalogados como virus, caballos de troya y gusanos, por mencionar algunos), que afectan negativamente los sistemas de información conectados a Internet, hace vulnerable casi cualquier computadora en el

Otra forma de convocar a las Asambleas y Sesiones de Consejo que resultaría de gran viabilidad, sería publicar la convocatoria en una dirección electrónica o página de Internet creada y mantenida de manera permanente por la sociedad, para dar a conocer la mencionada convocatoria a los accionistas y/o consejeros.

El fax, el correo certificado, y otros medios de comunicación pueden ser también válidos para convocar. Lo importante es que la convocatoria sea conocida de manera fehaciente por todas las personas que tengan derecho a saberlo y que se pueda probar que se convocó.¹⁷⁴

4.4 MECANISMO RELATIVO A LA REUNIÓN CELEBRADA POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

El mecanismo que planteo para las reuniones a distancia usando medios electrónicos tiene dos variantes, que presento a continuación:

mundo. Para evitar o contrarrestar el poder de los hackers y de los crackers, constantemente se están desarrollando sistemas de defensa como antivirus y vacunas en general, que protegen y restauran los daños, en la medida de lo posible, causados por los virus y demás programas dañinos que se ejecutan cuando una computadora realiza determinadas acciones en la red y es infectada por uno de estos programas. No obstante la complejidad del tema de la seguridad en Internet, el mundo no puede detenerse ante estos inminentes riesgos, y tanto las sociedades mercantiles, como el público en general, se seguirán comunicando y relacionando a través de la Red de Redes, procurando contar con los mejores y más eficaces controles, herramientas, programas y sistemas de seguridad a su alcance.

¹⁷⁴ Esto lograría terminar con uno de los problemas más evidentes del sistema legal actual, por el cual resulta muy fácil convocar clandestinamente a reuniones societarias, logrando que las personas legitimadas para asistir no se enteren de la publicación hecha en una página recóndita del Diario Oficial, o de algún periódico en la ciudad.

4.4.1 REUNIÓN MEDIANTE VIDEOCONFERENCIA O TECNOLOGÍA SIMILAR

Esta primera variante está diseñada para cuerpos colegiados pequeños o relativamente pequeños, que tengan la infraestructura tecnológica adecuada para poder enlazar electrónicamente a todos sus participantes de una manera eficiente y segura; esto es, debe quedar garantizada la comunicación multidireccional “limpia” en tiempo real, imagen y sonido, entre todos los asistentes y se deberán adoptar las precauciones necesarias para la identificación de los asistentes. La Asamblea o Sesión de Consejo se deberá celebrar de forma simultánea y se deberá permitir a los socios ver, oír y sentirse partícipes en la reunión y ejercitar su derecho de voz, su derecho de información, su derecho de voto, su derecho a hacer constar su oposición expresa al acuerdo adoptado para su eventual impugnación, etcétera. Esta manera de sesionar puede, inclusive, sustituir la firma electrónica como medio de confirmación de asistencia, participación y votación, por la grabación digital de la videoconferencia.

En el futuro, y según se desarrollen nuevas capacidades tecnológicas y logísticas para comunicar a las personas, el número de miembros que compongan estas sesiones por videoconferencia o tecnología de similar alcance, podrá ser mayor. Si la Asamblea de Accionistas es muy numerosa, y la tecnología permite y garantiza las condiciones de comunicación entre todos los miembros de la reunión enumeradas en el párrafo anterior, será perfectamente posible usar este método de sesión.

4.4.2 ADOPCIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS DE ACUERDOS SIN SESIÓN

Esta variante es la de mayor rango de aplicación. Está diseñada para solucionar diversas situaciones:

- Es viable para cuerpos colegiados de gran tamaño, o que no siendo tan numerosos, no gocen de la infraestructura tecnológica para comunicarse en tiempo real, con imagen y sonido, o con sonido al menos.
- Se puede aplicar también cuando no es posible la coincidencia temporal de asistentes y el intercambio de pareceres en tiempo real, sin importar la infraestructura tecnológica con que se cuente. Además será aplicable para el caso de que no se reúnan y voten de manera simultánea todas las personas que efectivamente emitan su voto, esto es, se podrá realizar la sesión virtual y se dejará un lapso para que los miembros que no pudieron estar presentes en la sesión conozcan las resoluciones adoptadas y puedan posteriormente emitir su voto, el cual será computado para integrar el quórum de votación. De esta manera se protegerá el derecho corporativo esencial de asistir y votar en la reunión societaria de que se trate.
- Es útil también cuando los miembros del cuerpo colegiado se reúnen, deliberan y resuelven asuntos usando cualquier otro medio de comunicación que no les permita verse o escucharse en tiempo real, o que sea difícil guardar constancia o grabación de la sesión que constituya un medio de prueba *ad hoc* (conferencia telefónica, chat en Internet, correo electrónico, conversación por radio o nextel, por mencionar algunos).

La mecánica a seguir con esta variante de la reunión electrónica de voluntades, prescinde de la reunión en tiempo real del órgano, de forma que llegue a formarse un acuerdo social mediante la adhesión de los socios o consejeros, por voto transmitido electrónicamente a la sociedad en tiempo hábil (a través del mensaje de datos que regulan el Código de Comercio y el Código Civil Federal), y el cual deberá ir firmado electrónicamente para identificar al Firmante en relación con el Mensaje de Datos e indicar que éste emitió y aprueba la información contenida en dicho Mensaje, produciendo los mismos efectos jurídicos de la firma autógrafa, siendo admisible como prueba en juicio (artículo 89 del Código de Comercio).

A efectos de instrumentar una versión electrónica del viejo sistema tradicional de la adopción de acuerdos sin sesión, indican LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO Y FRANCISCO VICENT CHULIÁ,¹⁷⁵ que las nuevas tecnologías pueden ofrecer soluciones interesantes. El mecanismo puede ser el siguiente: la sociedad abre una página en la red en donde se permite el acceso reservado y seguro de quienes tienen la condición de accionistas o consejeros. Para ello posiblemente haya que establecer una puerta de seguridad (firewall) que permita el acceso de los miembros registrados que se identifican con contraseñas. En esa página puede habilitarse un foro de discusión de las propuestas y sugerencias de quienes deseen y estén legitimados para intervenir en una fase previa de deliberación. La dirección o presidencia de la asamblea o de la sesión puede contestar a las preguntas y sugerencias realizadas y mantener un documento-resumen actualizado de la discusión. Después del período de discusión, se podrá formular la propuesta de adopción de acuerdos con una completa redacción de la "consulta" a propósito de la cual se solicita el voto

¹⁷⁵ Cfr. FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, y VICENT CHULIÁ, Francisco. Op. cit. p. 968-969

electrónico de los miembros, de modo que baste la adhesión o el rechazo de los votantes. La comunicación entre la sociedad y los miembros puede ser electrónica: la sociedad comunica electrónicamente la adopción del acuerdo (que hace las veces de convocatoria) y suministra por la misma vía la información complementaria adicional (o una referencia al sitio en la web o Internet, donde puede encontrarse si el contenido es muy amplio); el miembro puede votar electrónicamente en cualquier sentido (a favor o en contra o absteniéndose), previa la identificación, durante el plazo hábil que se le fije a contar desde la recepción de la propuesta (un máximo fijado desde que reciba la solicitud del voto electrónico). Podrá entenderse que los acuerdos han sido adoptados en el lugar del domicilio social y en la fecha de recepción del último de los votos emitidos.¹⁷⁶ Según estos mecanismos planteados, sería posible un sistema mixto de comunicación y adopción de acuerdos por correspondencia y por correo electrónico.

Finalmente, y para garantizar la legitimidad de las decisiones de la Asamblea y del Consejo de Administración en la Sociedad Anónima, que sesionen por medios electrónicos, toda la información generada en las reuniones celebradas virtualmente (en donde se podrá incluir la grabación electrónica, digital u otra análoga de la reunión misma), se deberá conservar en Mensajes de Datos, esto es, en los archivos digitales, electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología que garanticen que la información se mantenga íntegra y sea accesible para su posterior consulta, sin importar el formato en el que se encuentre o represente, todo esto con fundamento en el artículo 93 del Código de Comercio y en las bases que establece la Norma Oficial Mexicana NOM-151-SCFI-2002, relativa a los requisitos que

¹⁷⁶ Siguiendo la pauta del artículo 80 del Código de Comercio, recientemente reformado en virtud de la contratación electrónica, propongo aplicar también la teoría de la recepción en materia de consentimiento entre no presentes.

deben observarse para la conservación de mensajes de datos. Y reitero, como lo hice en el capítulo tercero, que nuestra legislación prevé que no se pueden negar efectos jurídicos a dichos Mensajes de Datos (artículo 89 bis del Código de Comercio).

PROPUESTA DE REFORMAS
A LA
LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES

A continuación, presentaré una serie de propuestas para reformar la Ley General de Sociedades Mercantiles en el sentido de estar en posibilidades de celebrar válidamente Asambleas de Accionistas y Sesiones de Consejo de Administración en la Sociedad Anónima por Medios Electrónicos. Posteriormente enumeraré las conclusiones obtenidas en esta investigación.

PRIMERA. En lo relativo a las Sesiones de Consejo de Administración en la Sociedad Anónima que se celebren por medios electrónicos, propongo la creación del artículo 143 Bis, que presento a continuación. La propuesta incluye, tanto a la Sesión de Consejo en estricto sentido, como a la Reunión del Consejo que no se realice en tiempo real y de manera simultánea, o que no se celebre utilizando medios electrónicos que permitan verse y

escucharse, o tan solo escucharse, de manera simultánea a todos los integrantes del Consejo.

“Artículo 143 Bis. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior y cuando así lo prevean los estatutos, el Consejo de Administración podrá reunirse, deliberar y votar por medios electrónicos o cualquier otra tecnología similar, sujetándose a las siguientes reglas mínimas, las cuales podrán ser ampliadas por el contrato social:

I. La sociedad deberá contar con la infraestructura tecnológica adecuada para poder reunir por medios electrónicos o su equivalente funcional, a todos los consejeros de una manera eficiente y segura, garantizando la comunicación multidireccional en tiempo real, imagen y sonido, o sonido, entre todos los asistentes, y se deberán adoptar las precauciones necesarias para la identificación de los participantes. La Sesión de Consejo se deberá celebrar de forma simultánea y se deberá garantizar a los consejeros el ejercicio pleno de sus derechos.

II. Si los consejeros no se reúnen en tiempo real y de manera simultánea, o no se reúnen en las circunstancias del inciso anterior, podrán adoptar resoluciones fuera de Sesión de Consejo en términos de este artículo, siempre y cuando sean convocados oportunamente, y cuenten con toda la información necesaria para poder participar, deliberar y votar. Cuando se adopten este tipo de resoluciones, bastará que se integren los quora de asistencia y votación establecidos en el párrafo tercero del artículo 143. Los consejeros gozarán de un término de diez días contados a partir de la fecha en que reciba cada uno la solicitud del voto, para emitirlo por la vía electrónica que establezcan los estatutos, sin perjuicio de que puedan votar por escrito. La resolución aprobada será válida a partir de la fecha en que

se reciba en el domicilio social, el último de los votos emitidos dentro del plazo establecido.

Toda la información generada en la Sesión de Consejo o Resolución Fuera de Sesión celebrada en los términos de este artículo, se sujetará a la regulación sobre conservación de Mensajes de Datos y Firma Electrónica que establece el Código de Comercio y la legislación complementaria.”

SEGUNDA.- En lo relativo a las Asambleas de Accionistas que se celebren por medios electrónicos, propongo la creación del artículo 179 Bis, que presento a continuación. Cabe señalar que la propuesta incluye, tanto a la Asamblea en estricto sentido, como a la Reunión que no se realice en tiempo real y de manera simultánea, o que no se celebre utilizando medios electrónicos que permitan verse y escucharse simultáneamente a todos los integrantes de la Asamblea.

“Artículo 179 Bis. Sin perjuicio de lo establecido en los dos artículos anteriores, y cuando así lo prevean los estatutos, la asamblea podrá celebrarse a través de medios electrónicos o cualquier otro medio tecnológico similar, sujetándose a las siguientes reglas mínimas, las cuales podrán ser ampliadas por el contrato social:

I. La sociedad deberá contar con la infraestructura tecnológica adecuada para poder reunir por medios electrónicos o su equivalente funcional, a todos los accionistas de una manera eficiente y segura, garantizando la comunicación multidireccional en tiempo real, imagen y sonido, entre todos los asistentes, y se deberán adoptar las precauciones necesarias para la identificación y el cómputo del voto de los participantes. La Asamblea se

deberá celebrar de forma simultánea y se deberá garantizar a los accionistas el ejercicio pleno de sus derechos.

II. Si los accionistas no se reúnen en tiempo real y de manera simultánea, o no se reúnen en las circunstancias del inciso anterior, podrán adoptar resoluciones fuera de Asamblea en términos de este artículo, siempre y cuando sean convocados en los términos de ley, y cuenten con toda la información necesaria para poder participar, deliberar y votar. Cuando se adopten este tipo de resoluciones, no se requerirá la unanimidad y presencia de la totalidad de las acciones que integren el capital social, que ordena el artículo 178 para ellas. En este supuesto los quora de integración y votación serán los mismos que se requieren para los distintos tipos de Asambleas, atendiendo a la naturaleza de las resoluciones adoptadas. Los accionistas gozarán de un término de diez días contados a partir de la fecha en que cada uno reciba la solicitud del voto, para emitirlo por la vía electrónica que establezcan los estatutos, sin perjuicio de que puedan votar por escrito. La resolución aprobada será válida a partir de la fecha en que se reciba en el domicilio social, el último de los votos emitidos dentro del plazo establecido.

Toda la información generada en la Asamblea o Resolución Fuera de Asamblea celebrada en los términos de este artículo, se sujetará a la regulación sobre conservación de Mensajes de Datos y Firma Electrónica que establece el Código de Comercio y la legislación complementaria.

Si la Asamblea de Accionistas o la Resolución Fuera de Asamblea se celebra de acuerdo a lo establecido por este artículo, no podrá ser declarada nula en función de que no estén presentes y voten los accionistas que representen la totalidad de las acciones, y sus resoluciones serán

válidas, aún cuando los accionistas no se reúnan físicamente en el domicilio de la sociedad.”

TERCERA.- En relación a la convocatoria electrónica para las asambleas, propongo la adición de un párrafo al artículo 186, que presento a continuación. Dicha convocatoria podrá ser hecha por los medios electrónicos que acuerden los accionistas, y se deberá describir en el libro de registro de acciones el medio por el cual se avisará a cada accionista sobre la celebración de la asamblea:

“Artículo 186. La convocatoria para las asambleas generales deberá hacerse por medio de la publicación de un aviso en el periódico oficial de la entidad del domicilio de la sociedad, o en uno de los periódicos de mayor circulación en dicho domicilio con la anticipación que fijen los estatutos, o en su defecto, quince días antes de la fecha señalada para la reunión. Durante todo este tiempo estará a disposición de los accionistas, en las oficinas de la sociedad, el informe a que se refiere el enunciado general del artículo 172.

(Nuevo Párrafo)

Si los estatutos lo prevén, la publicación de la convocatoria en términos del párrafo anterior, podrá ser sustituida por el aviso que se les dé a todos y cada uno de los accionistas con la misma antelación, utilizando los medios electrónicos o de cualquier otra tecnología similar, que establezca el contrato social. Para lo anterior, los accionistas estarán obligados a informar al órgano de administración sobre cualquier cambio o modificación de la dirección electrónica o su equivalente funcional, en donde deban ser convocados. Los estatutos establecerán las medidas de seguridad pertinentes para garantizar la convocatoria de todos los accionistas.

Asimismo se deberán inscribir en el libro de registro de acciones los datos electrónicos o su equivalente funcional en donde se convocará a cada accionista.”

CUARTA.- Sobre las Actas que se levanten con motivo de las Asambleas de Accionistas celebradas por medios electrónicos, propongo la adición de un párrafo al artículo 194.

“**Artículo 194.** Las actas de las Asambleas Generales de Accionistas se asentarán en el libro respectivo y deberán ser firmadas por el Presidente y por el Secretario de la Asamblea, así como por los Comisarios que concurren. Se agregarán a las actas los documentos que justifiquen que las convocatorias se hicieron en los términos que esta Ley establece.

(Nuevo párrafo)

Las actas de las Asambleas o de Resoluciones Fuera de Asamblea celebradas en términos del artículo 179 Bis, deberán ir acompañadas de la información generada, almacenada y conservada de las mismas, conforme a la regulación sobre Mensajes de Datos y Firma Electrónica que establece el Código de Comercio y la legislación complementaria.

...

...”

CONCLUSIONES

1.- Si el espíritu de la ley es la transparencia y la legalidad de las resoluciones de los órganos colegiados de las sociedades, la tecnología contribuirá, en gran medida, a lograr dichos objetivos en la práctica comercial mundial, sustituyendo viejas formas de publicidad y comunicación, por los modernos medios electrónicos de comunicación. Con lo cual, no sólo se cumplirá con el principio de legalidad de las reuniones de los órganos societarios, sino que se fomentará la participación de mucha gente que está legitimada para participar en la vida de las sociedades, pero que por no tener un poder real de decisión o influencia dentro de ellas, es decir, por ser minoría, no participa ni asiste a las Asambleas; y que ahora con la facilidad para integrarse a la vida corporativa que proporcionan los medios electrónicos, podrá manifestar su voluntad de una manera sencilla, transparente y económica.

2.- La evidencia de que la legislación mercantil de sociedades se ha quedado atrás, me ha llevado a proponer la adecuación de las disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles a la realidad actual. Existen

ciertos conceptos en la Ley, como: la Firma Autógrafa (asentada por escrito en soporte papel), el Domicilio o Lugar de celebración de las Asambleas, el Quórum como Presencia Física en un lugar y momento determinados, y la Publicación de Convocatorias en Periódicos Oficiales o de Mayor Circulación, que según los medios de comunicación modernos deben evolucionar y darle paso a nuevas figuras jurídicas como: la Firma Electrónica, la Firma Electrónica Avanzada, los Prestadores de Servicios de Certificación en materia de Firma Electrónica, el Domicilio Virtual, los Mensajes de Datos, la Presencia y Quórum virtuales, por mencionar algunos; de tal forma, que todos ellos puedan ser utilizados por las sociedades según sus capacidades y conveniencia, logrando así una mayor transparencia y dinamismo corporativos.

3. Independientemente del número de personas que integren la Asamblea de Accionistas y el Consejo de Administración (y en general toda reunión societaria), y sin importar el medio electrónico que se emplee para comunicar a sus integrantes, garantizando siempre el principio de legalidad en estas congregaciones virtuales, la Firma Electrónica es la figura más adecuada que tenemos a nuestra disposición actualmente, para manifestar válidamente el consentimiento a través de medios electrónicos y dejar constancia de ello.

4.- Las "Asambleas de Papel" (también conocidas como "Asambleas de Escritorio"), que elaboran los despachos corporativos y que simulan Asambleas de Accionistas y Sesiones de Consejo de Administración, que en la mayoría de los casos no se llevan a cabo, ya no serán necesarias con la tesis que sostengo. La asesoría preventiva que brindan los abogados que

se especializan en derecho mercantil no debe consistir en simular reuniones societarias que no se celebran, que no existen, y que por lo tanto, son nulas.

5.- La práctica comercial, la vida corporativa de las sociedades y la manera en que éstas funcionan, puede y debe estar acorde a lo que dispone la Ley General de Sociedades Mercantiles. Para ello, he propuesto las reformas a la referida Ley, con la finalidad de que las reuniones de los órganos de la Sociedad Anónima puedan celebrarse válidamente por medios electrónicos u otros de similar alcance, creados por la Revolución Tecnológica en que vivimos.

FRANCISCO JOSÉ FUENTES SOSA

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. ACOSTA ROMERO, Miguel, y LARA LUNA, Julieta Areli. "NUEVO DERECHO MERCANTIL". 2ª EDICIÓN. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2003.
2. ACOSTA ROMERO, Miguel, GARCÍA RAMOS, Fernando de A. y GARCÍA ÁLVAREZ, Paola. "TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES, CON ÉNFASIS EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA". EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2001.
3. ÁVILA NAVARRO, Pedro. "LA SOCIEDAD ANÓNIMA". TOMO II. EDITORIAL BOSCH. BARCELONA, ESPAÑA 1997.
4. BARRERA GRAF, Jorge. "INSTITUCIONES DE DERECHO MERCANTIL". QUINTA REIMPRESIÓN. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2003.
5. BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. "OBLIGACIONES CIVILES". 5ª EDICIÓN. EDITORIAL OXFORD UNIVERSITY PRESS HARLA. MÉXICO 1999.
6. BORJA SORIANO, Manuel. "TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES", 18ª EDICIÓN. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2001.
7. CACHÓN BLANCO, José Enrique. "LA SOCIEDAD ANÓNIMA. CIEN PREGUNTAS CLAVE Y SUS RESPUESTAS". 3ª EDICIÓN. EDITORIAL DICKINSON, SL. MADRID, ESPAÑA 2000.
8. CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor M. "SOCIEDADES MERCANTILES". EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2003.
9. DÍAZ BRAVO, Arturo. "DERECHO MERCANTIL". EDITORIAL IURE EDITORES. MÉXICO 2002.
10. FRISCH PHILIPP, Walter. "LA SOCIEDAD ANÓNIMA MEXICANA". 3ª EDICIÓN. EDITORIAL HARLA. MÉXICO 1994.

11. GALINDO SIFUENTES, Ernesto. "DERECHO MERCANTIL". EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2004.
12. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. "INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO". 56ª EDICIÓN. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2004.
13. GARCÍA RENDÓN, Manuel. "SOCIEDADES MERCANTILES". 2ª EDICIÓN. EDITORIAL OXFORD UNIVERSITY PRESS. MÉXICO 2003.
14. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. "DERECHO DE LAS OBLIGACIONES". 14ª EDICIÓN, 1ª REIMPRESIÓN. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2002.
15. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. "EL PATRIMONIO". 6ª EDICIÓN, EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 1999.
16. LOZANO NORIEGA, Francisco. "CUARTO CURSO DE DERECHO CIVIL. CONTRATOS". 6ª EDICIÓN. EDITORIAL ASOCIACIÓN NACIONAL DEL NOTARIADO MEXICANO. MÉXICO 1994.
17. MANTILLA MOLINA, Roberto. "DERECHO MERCANTIL". 29ª EDICIÓN, 11ª REIMPRESIÓN. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2003.
18. MARGADANT S. Guillermo Floris. "EL DERECHO PRIVADO ROMANO". 26ª EDICIÓN. EDITORIAL ESFINGE. MÉXICO 2003.
19. MARTÍNEZ NADAL, Apol-Lónia. "LA LEY DE FIRMA ELECTRÓNICA". EDITORIAL CIVITAS. ESPAÑA 2000.
20. IGLESIAS GONZÁLEZ, Román y MORINEAU IDUARTE , Marta. "DERECHO ROMANO". 4ª EDICIÓN. EDITORIAL OXFORD UNIVERSITY PRESS. MÉXICO 2003.
21. OTERO LASTRES, José Manuel, y otros. "ESTUDIOS SOBRE LA SOCIEDAD ANÓNIMA". TOMO II. EDITORIAL CIVITAS. MADRID, ESPAÑA 1993.
22. PATERNOTTRE SUÁREZ, Aquiles. "LAS ACTAS DE LAS JUNTAS DE ACCIONISTAS". EDITORIAL CIVITAS. MADRID, ESPAÑA 1994.
23. PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. "CONTRATOS CIVILES". 9ª EDICIÓN. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2003.

24. REYES KRAFFT, Alfredo Alejandro. "LA FIRMA ELECTRÓNICA Y LAS ENTIDADES DE CERTIFICACIÓN". 1ª EDICIÓN. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2003.
25. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. "TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES". 7ª EDICIÓN. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2001.
26. ROJINA VILLEGAS, Rafael. "COMPENDIO DE DERECHO CIVIL I, INTRODUCCIÓN, PERSONAS Y FAMILIA". 34ª EDICIÓN. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2004.
27. SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. "DE LOS CONTRATOS CIVILES". 19ª EDICIÓN. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2002.
28. ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. "CONTRATOS CIVILES". 9ª EDICIÓN. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2002.

PUBLICACIONES PERIÓDICAS

1. AGUILÓ PIÑA, José F. "LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA: CONSTITUCIÓN, ÓRGANOS Y OTROS ASPECTOS". REVISTA DE DERECHO MERCANTIL. NÚMERO 246. MADRID, ESPAÑA 2002.
2. DI MARTINO ORTIZ, Rosa Elena. "LA FIRMA DIGITAL Y SU AUTENTICACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS". REVISTA NOTARIAL DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, ARGENTINA. AÑO 105. NÚMERO 933. ARGENTINA 1999.
3. FARINA, Juan María. "ASAMBLEAS DE SOCIEDADES ANÓNIMA Y LA ACTUACIÓN NOTARIAL". REVISTA NOTARIAL DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, ARGENTINA. AÑO 105. NÚMERO 933. ARGENTINA 1999.
4. FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, y VICENT CHULIÁ, Francisco. "INTERNET Y DERECHO DE SOCIEDADES. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN". REVISTA DE DERECHO MERCANTIL. NÚMERO 237. MADRID, ESPAÑA 2000.

5. FRISCH PHILLIPP, Walter. "EL DOMICILIO, LA LEY CONSTITUTIVA Y LA SIMULACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN EL DERECHO SOCIETARIO INTERNACIONAL". REVISTA IURIS TANTUM. NÚMERO 11, AÑO XV. UNIVERSIDAD ANÁHUAC. MÉXICO 2000.

6. ZAMENFELD, Víctor. "REUNIONES (SOCIETARIAS) A DISTANCIA". REVISTA ELECTRÓNICA DE DERECHO COMERCIAL. PUBLICADA EN INTERNET www.derecho-comercial.com.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

1. "DICCIONARIO DE DERECHO MERCANTIL". QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. EDITORIAL PORRÚA. MÉXICO 2001.

2. "DICCIONARIO DE INFORMÁTICA E INTERNET DE MICROSOFT". EDITORIAL MCGRAW HILL. ESPAÑA 2001.

3. "DICCIONARIO ESENCIAL DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA". 2ª EDICIÓN. EDITORIAL ESPASA CALPE. MADRID, ESPAÑA 2001.

4. "ENCICLOPEDIA DIDÁCTICA DE COMPUTACIÓN". EDITORIAL OCEANO. BARCELONA, ESPAÑA 1999.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

CÓDIGO CIVIL FEDERAL.

CÓDIGO DE COMERCIO.

CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO

LEY DE INVERSIÓN EXTRANJERA Y SU REGLAMENTO.

LEY DE NACIONALIDAD.

LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.

NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-151-SCFI-2002, PRÁCTICAS COMERCIALES-REQUISITOS QUE DEBEN OBSERVARSE PARA LA CONSERVACIÓN DE MENSAJES DE DATOS.

REGLAMENTO DEL CÓDIGO DE COMERCIO EN MATERIA DE PRESTADORES DE SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN.