



**REFLEXIONES SOBRE
LA JUNTA GENERAL
DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL**

**Garantías al ejercicio de los derechos del accionista
por medios electrónicos**

María de la Sierra Flores Doña

Profesora Titular de Derecho Mercantil (Universidad Complutense de Madrid)

Comunicación presentada a la Jornada Internacional “Reflexiones sobre la Junta General de las sociedades de capital”, organizada en el marco del proyecto de investigación SEJ 2007-63752/JURI “Estudio de la función de la Junta General en las sociedades de capital: problemas y propuestas de solución”, cuyo investigador principal es el Prof. RODRÍGUEZ ARTIGAS.

Garantías al ejercicio de los derechos del accionista por medios electrónicos

Dra. M^a de la Sierra Flores Doña
Titular de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

Resumen

La Ley de sociedades anónimas (LSA) establece la posibilidad de que los accionistas puedan ejercer sus derechos de asistencia (97.5), voto (105.4) y representación (106.2) por medios electrónicos. El desarrollo en los Estatutos de los instrumentos y el procedimiento que han de seguir los accionistas se limita a la garantía de la identidad de quien ejerce su derecho. A estos preceptos se suma el ejercicio del derecho de información del accionista, junto con la obligación de la sociedad cotizada de disponer de una página Web de la sociedad para difundir igualmente la información regulada al mercado (art. 117 LMV).

Las disposiciones del Derecho de sociedades anónimas han de aplicarse conjuntamente con la normativa reguladora de las firmas electrónicas (LFE 59/2003) y de la página web de la sociedad cotizada (Orden ECO 3722/2003, de 26 de diciembre, Circular 1/2004 de la CNMV, de 17 de marzo y RD 1362/2007, de 19 de octubre). En estas últimas residen las claves de la garantía de la identidad del accionista y de seguridad de las comunicaciones electrónicas, que son el contenido mínimo impuesto por la Directiva 2007/36/CE para el ejercicio de los derechos por medios electrónicos en las sociedades cotizadas.

Índice

I.	Planteamiento	3
II.	El ejercicio de los derechos del accionista por medios electrónicos en el escenario plural de la Junta General y su influencia en el funcionamiento orgánico de la sociedad	5
III.	Las garantías proporcionadas de la identidad del accionista y la seguridad de las comunicaciones electrónicas	10
1.	Límites legales a la regulación del ejercicio de los derechos del accionista por medios electrónicos	10
2.	El certificado reconocido de firma electrónica como documento acreditativo de la identidad del accionista y presupuesto legitimador para el ejercicio de los derechos por medios electrónicos	13
3.	Idoneidad de la página web de la sociedad como sistema integrado de las garantías de autenticidad de la identidad del accionista y de los actos de comunicación a la sociedad relacionados con el ejercicio de los derechos	22
IV.	Conclusiones	26
V.	Bibliografía	28

I. Planteamiento

La apertura del ejercicio electrónico de los derechos del accionista entronca con los fundamentos de política jurídica encaminados a potenciar el activismo accionarial en las sociedades cotizadas y el control efectivo de los administradores. En este sentido, la Directiva 2007/36/CE impone a los Estados miembros que permitan que sus sociedades ofrezcan a sus accionistas “cualquier forma de participación por medios electrónicos”, sin más restricciones que “las necesarias para la verificación de la identidad y la seguridad de las comunicaciones electrónicas” [Considerando (9)¹].

La integración de los programas, aplicaciones y demás recursos ofrecidos por las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) en los mecanismos de participación de los accionista en la Junta se añade al anteriormente establecido la Directiva de Transparencia (2004/109/CE) para el derecho de información a los accionistas y difusión al mercado de la información relevante, dentro del Plan de Acción para los Servicios Financieros de la Unión Europea, aprobado por la Comisión en 1999.

Conforme a las ideas formuladas en los respectivos considerandos, la Directiva 2007/36/CE ordena a los Estados miembros, que permitan a las sociedades que “ofrezca a su accionistas cualquier forma de participación en la Junta General por medios electrónicos, como la emisión del voto” (art. 8.1), “nombren representante por vía electrónica” (art. 11.1). En todo caso, los métodos y procedimientos establecidos deberán garantizar la identidad del accionista y la seguridad de las comunicaciones electrónicas, de modo que resulte proporcionado y debiéndose respetar el principio de igualdad de los accionistas (art. 4). La Directiva alcanza a todas las sociedades que tengan su domicilio social en un Estado miembro y cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado regulado que esté situado u opere en un Estado miembro” (art. 1.2).

¹ El considerando (9) de la Directiva 2007/36/CE indica: “Las sociedades no deben encontrar obstáculos jurídicos a la hora de ofrecer a sus accionistas cualquier forma de participación por medios electrónicos en la junta general. El ejercicio del voto sin asistencia personal a la junta general, ya sea por correo o por medios electrónicos, no debe estar sujeto a restricciones, con excepción de las necesarias para la verificación de la identidad y la seguridad de las comunicaciones electrónicas. No obstante, esto no debe impedir a los Estados miembros adoptar normas destinadas a garantizar que los resultados de la votación reflejan las intenciones de los accionistas en todas las circunstancias, incluidas normas destinadas a tratar situaciones en las que se produzcan o se revelen circunstancias nuevas después de que un accionista haya emitido su voto por correo o por medios electrónicos”

En los medios electrónicos relacionados en la Directiva se establece una estrecha vinculación entre el ejercicio de los derechos del accionista y el sitio Internet de la sociedad. Así se deduce, cuando señala que la “presente Directiva parte del supuesto de que todas las sociedades cotizadas disponen ya de un sitio Internet” [considerando (6)²]. Asimismo el protagonismo de la página Web de la sociedad en el ejercicio de los derechos del accionista se articula en las múltiples y variadas funciones que desempeña el sitio Internet en la organización y funcionamiento de la sociedad. Junto a la función principal de carácter informativo, se encuentra la función de Registro de los formularios que se utilizan en el ejercicio de los derechos del accionista (art. 5.4.e) e, implícitamente, como un posible mecanismo para emitir el voto (art. 8.1.c).

La incorporación de los medios electrónicos en el ejercicio de los derechos del accionista en la LSA se introdujo por la Ley de Transparencia 26/2003. En ella se dejaba a los Estatutos la regulación del ejercicio del derecho de asistencia a la Junta, el de voto y el de representación [arts. 97.5 –asistencia a la Junta-, 105.4 –voto-, 106.2 –representación-], si bien la modificación simultánea de los Estatutos y Reglamentos es el método seguido por las sociedades españolas para desarrollar los instrumentos y el procedimiento relacionados con el ejercicio de los derechos del accionista por medios electrónicos³. En todos los supuestos se exigía la garantía proporcionada para verificar la identidad del accionista y respetando el principio general de igualdad de trato de los accionistas. La disciplina se completaba con la obligación de las sociedades cotizadas de establecer una página web, dirigida a facilitar el ejercicio del derecho de información del accionista y de difusión al mercado de la información relevante (art. 117 LMV.2).

La admisibilidad en el modelo comunitario y español de todos los canales que estimulen la comunicación entre la sociedad y sus accionistas es necesario y conveniente con el propósito de aprovechar las posibilidades que ofrecen las tecnologías de la información y de la

² Considerando (6) de la Directiva 2007/36/CE: “Es importante que los accionistas, con independencia de su lugar de residencia, puedan votar con conocimiento de causa en la Junta General, o antes de ella. Todos los accionistas, con independencia de su lugar de residencia, puedan votar con conocimiento de causa en la junta general, o antes de ella. Todos los accionistas deben tener tiempo suficiente para examinar los documentos que vayan a ser presentados en la junta general y determinar el sentido de su voto. A tal fin, es necesario que la junta general se anuncie de manera oportuna y que los accionistas reciban toda la información que vaya a presentar a la junta general. Deben aprovecharse las posibilidades que ofrecen las tecnologías modernas para hacer que la información esté inmediatamente disponible. La presente Directiva parte del supuesto de que todas las sociedades cotizadas disponen ya de un sitio Internet”

³ Vid. FERNANDEZ DEL POZO, L.: “El escaso éxito del Reglamento de la Junta de accionistas como instrumento de revitalización de este órgano”, págs. 105 y ss.; RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: “El Reglamento de la Junta General y los derechos del accionista: planteamiento general”, pág. 308.

comunicación. A estos propósitos es indiferente que los medios elegidos por la sociedad pertenezcan a campos tecnológicos diversos: de un lado, el de la red telefónica (como es el caso del teléfono fijo y el fax); de otro, el de la telemática, que posibilita la aplicación de las técnicas de comunicación y de la informática a la transmisión a distancia de información computarizada: datos e imágenes. Aun cuando la diversa tecnología condicionará el instrumento y las características que debe revestir el ejercicio de los derechos del accionista (reproductor de voz, imagen...) interesa resaltar que el estado de la técnica actual permite la conexión de las diferentes tecnologías de la información a través de Internet, como Red informática mundial. A esta idea de conexión y, sobre todo, de interoperabilidad de los diversos medios elegidos por la sociedad responden las especificaciones técnicas que deben observarse en la *página Web* o *sitio internet* corporativa (art. 117.2 de la LMV); en concreto, las relacionadas con la compatibilidad de la estructura técnica de la página web y los ficheros que den soporte a los contenidos con la navegabilidad y accesibilidad con productos informáticos de uso común en el entorno de Internet y con un tiempo de respuesta que no impida la operatividad de la consulta (7.a.7 de la Circular 1/2004, CNMV).

II. El ejercicio de los derechos del accionista por medios electrónicos en el escenario plural de la Junta General y su influencia en el funcionamiento orgánico de la sociedad

Si se atiende a la naturaleza y función básica de las TIC, de medio de comunicación rápido y ágil a través de la Red de Internet es cierto que la disponibilidad por los accionistas de los medios electrónicos estimula el “ejercicio ágil y efectivo” de sus derechos señalado por la Directiva 2007/36/CE, [Considerando (3) y (4)]⁴. Las ventajas de rapidez y de reducido coste de los medios electrónicos también ha sido recurrente en las propuestas favorables a su incorporación en las sociedades anónimas⁵. Sin duda, el vertiginoso avance tecnológico ha

⁴ La incorporación de las nuevas tecnologías en las estructuras mismas del gobierno societario “se incardinan en el conjunto de Acciones desarrolladas por las instancias europeas dirigidas a “promover la incorporación de las TIC en el ámbito y en el espíritu empresarial, según se refleja en el Documento de Trabajo de la Comisión, de 19 de abril de 2007 (SEC (2007) 526 sobre “Seguimiento de las recomendaciones del Grupo Operativo sobre la Competitividad del Sector de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) e incorporación de las TIC” (MARTINEZ MARTINEZ, D.F.: “La armonización del derecho societario europeo en el siglo XXI: un análisis sistemático desde la integración uniforme de las fuentes comunitarias”, pág. 271)

⁵ El empleo de las comunicaciones electrónicas “por las sociedades y/o socios presenta un gran interés. Su generalización tendrá efectos importantes en el sistema de comunicaciones societario y puede repercutir en una severa reducción de costes de transacción y contribuirá a poner en evidencia algunos de los lugares comunes sobre el funcionamiento societario como el que afirma que la junta de accionistas es un órgano irremediablemente condenado a no cumplir su función” (FERNÁNDEZ DEL POZO, L. y VICENT CHULIA, F.: “Internet y Derecho de Sociedades Una primera aproximación”, pág. 929). También RECALDE, A. señala que “Las ventajas que pueden vincularse a las TIC serían las relacionadas con el ahorro que comportan unos instrumentos tecnológicos que facilitan la comunicación a distancia a costes despreciables. Así las TIC permitirían a los accionistas participar desde el punto de conexión que les interese, evitando unos costes de

simplificado la organización y funcionamiento de las sociedades anónimas; puesto que los programas, herramientas y aplicaciones informáticas son el instrumento que permiten la generación, transmisión y registro o archivo de todos los formularios, modelos y contenidos de las declaraciones de voluntad del socio, en orden a la emisión o sentido de su voto, el nombramiento de representante o el planteamiento de una pregunta, según se deduce de la lectura de los textos reguladores, en coordinación con la operativa de las sociedades cotizadas. Estas funciones organizativas de las TIC imprimen una mayor racionalidad en el funcionamiento de las Juntas y, desde esta perspectiva, la incorporación de los medios electrónicos estimula la participación de los accionistas y promueven “el ejercicio ágil y efectivo de los derechos de los accionistas vinculados a acciones con derecho a voto”, según se invoca por la Directiva 2007/36/CE (Considerando (4)). Por similares razones, se contribuye activamente a la consecución del objetivo de la Directiva, de facilitar la participación de los accionistas transfronterizos, de un modo ágil y efectivo, porque técnicamente, el ejercicio de los derechos por medios electrónicos puede considerarse como una de las medidas que facilitan el ejercicio de los derechos en orden a revitalizar la Junta General⁶.

Los cambios impulsados por el legislador comunitario son visibles en la realidad de las sociedades cotizadas españolas. Al amparo de la remisión que la LSA realiza los *Estatutos* (arts. 97.5, 105.4 y 106.2), los Reglamentos de funcionamiento de la Junta General y los Acuerdos del Consejo de Administración anunciados en la Convocatoria de la Junta ordinaria desarrollan los instrumentos (formularios y líneas de contenido) y procedimientos para el ejercicio de los derechos del accionista, así como las posibles incidencias relacionadas con el funcionamiento del sistema, tanto a nivel tecnológico (fallos e interrupción de la comunicación) como jurídico (recuento de votos, duplicidad de nombramiento de representante). Entre los ejemplos de Reglamentos de Junta General examinados se encuentran los de Acciona, Iberdrola o Inditex. Entre los Acuerdos del Consejo de Administración fijados en los anuncios de convocatoria los de Técnicas Reunidas o el de Cintra.

traslado que se venía diciendo que constituyen una de las razones del absentismo accionarial. Por ello, se pensaba que, por esta vía, podría superarse la pasividad de los inversores individuales” (“Incidencia de las Tecnologías de la Información y Comunicación en el desarrollo de las juntas generales de las sociedades anónimas españolas”, pág. 15)

⁶ RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: “La Junta General en la encrucijada” <http://www.proyectojuntageneral.org> (abril 2009)

Esta nueva realidad empresarial y jurídica manifiestan que, en apenas una década: (i) las TIC han modificado los modelos de organizar los recursos materiales e intangibles en la sociedad anónima, (ii) que las TIC han redimensionado el entorno de la Junta General, han multiplicado las modalidades de participación de los accionistas y han renovado el sentido de la implicación de estos últimos en la toma de decisiones. En efecto, la Junta General formada por todos los socios reunidos en el mismo lugar y tiempo, en los que se adoptaban sucesivamente sus respectivos acuerdos, ha transitado a la convergencia de esta modalidad de celebración y de acuerdos de modo presencial con una modalidad virtual en el que los socios pueden asistir a la Junta y ejercer sus derechos de asistencia, voto y representación a distancia, a través de múltiples canales de comunicación pertenecientes a campos tecnológicos distintos pero conectados por la Red Internet. Este escenario plural de la Junta General de la sociedad cotizada en el siglo XXI supone el comienzo de una verdadera transformación en la organización de las sociedades anónimas, en el funcionamiento y adopción de acuerdos por la Junta General. Y este cambio brinda la oportunidad de reflexionar acerca de que “quizás debamos superar el viejo modelo de asamblea colegial y presencial de accionistas”⁷.

Sin embargo, la articulación de las TIC no ha tenido el desarrollo adecuado para alcanzar el “control efectivo de los administradores por los accionistas”, tal y como se propone la Directiva 2007/36/CE, fundamentalmente por la timidez de los medios técnicos ofrecidos por las sociedades cotizadas y por la insuficiente regulación del contenido de los derechos del accionista. Entre las causas principales del relativo fracaso de las TIC en el ejercicio de los derechos del accionista hay que resaltar, que el modelo tendencialmente autorregulador instaurado por la Directiva 2007/36/CE, reduce el nivel de armonización de las legislaciones nacionales. Ello significa el alejamiento con la orientación “regulatoria”, adoptada por el legislador comunitario en otras Directivas aplicables a los Mercados de Valores (como la Directiva de Transparencia 2004/109/CE, que impuso la utilización de los medios electrónicos en el ámbito de la obligación de difusión de la información al mercado⁸, en

⁷ RODRIGUEZ ARTIGAS, R.: “Presentación” de las Jornadas “Reflexiones sobre la Junta General de las Sociedades de Capital”, <http://www.proyectojuntageneral.org> (abril 2009)

⁸ La resistencia de las sociedades a cualquier cambio en su estructura organizativa estuvo en la base de I marco regulador e imperativo de la incorporación de las TIC en la Directiva de Transparencia. Esta idea fue recurrente en la declaración contenida en el Proyecto de Directiva (2003/0045 (COD), de 26 de marzo), que decía: “si en la presente iniciativa no se contemplara el uso de los sitios Internet del emisor, los Estados miembros podrían verse tentados a seguir con sus actuales sistemas nacionales. Los medios que los Estados miembros pueden imponer para difundir efectivamente la información no son solamente cuestiones técnicas..., sino que deben considerarse como otro obstáculo en la cadena de barreras que impide a los emisores buscar

orden a alcanzar un mayor nivel de homogeneidad en el mercado interior y reducir la competencia legislativa entre los Estados miembros). El desarrollo desigual de las normas que habilitan los modelos y regulan el procedimiento del ejercicio electrónico de los derechos del accionista también están suponiendo un cierto retraimiento en la explotación de las posibilidades que ofrecen las tecnologías de la información. En este sentido en las sociedades anónimas españolas se aprecia la tendencia de un modelo de comunicación exclusivamente unidireccional o bidireccional en las herramientas y aplicaciones informáticas seleccionadas y que aseguran la comunicación entre el socio-sociedad-mercado. De este modo, las aplicaciones del correo electrónico con la sociedad o desde la sociedad a los accionistas, anuncios en la página web, solicitud de información por el accionista facilitan el ejercicio del derecho de información (según se pretendía con la Directiva de Transparencia 2004/109/CE). Asimismo, estimulan el ejercicio del derecho de representación del accionista y la concentración de los votos a favor del Consejo el ejercicio. En cambio, la inexistencia en la Web corporativa, de aplicaciones que promueven la comunicación multilateral entre los socios (como es el blog, foro, etc.⁹), desincentivan, el activismo accionarial de los “socios interesados, pero no significativos”, en orden a poder influir conjuntamente en los Acuerdos de la Junta y como efecto reflejo, el control de la Junta sobre los administradores [según se aspira por la Directiva 2007/36/CE, Considerandos (3) y (4)]. Desde esta dimensión de funcionamiento interorgánico, el modelo mínimo de la Directiva y de la LSA¹⁰ está las fórmulas, instrumentos y procedimientos del ejercicio de los derechos del accionista contemplados en los Estatutos, así como en los

acceso a los mercados regulados de varios Estados miembros, a los inversores en la toma de decisiones). En coherencia con estas ideas, el acceso a la información regulada a través del sitio Internet centralizado en cada Estado miembro se establece en el art. 21.1.2, en relación con el art. 19.1 de la Directiva 2004/109/CE. (Más información en FLORES DOÑA, M^a.S.: “Las TIC como sustento de la transparencia corporativa y vehículo de comunicación en los Mercados de Valores europeos”, pág. 161 y ss.)

⁹ La opción de la Directiva de que las sociedades desarrollen los mecanismos que impulsen el ejercicio de los derechos de votos, significa la renuncia de las instancias europeas a la existencia de mecanismos de comunicación multilateral entre los accionistas nacionales e internacionales. En efecto y con excepción de aquellos países que han impulsado la creación de un foro en la página web, no existen herramientas de comunicación, ni de carácter abierto, como es el caso del foro y del blog; ni de carácter cerrado, como sucedería con el correo interno dentro del sistema desarrollado en la página Web de la Sociedad. Ello explica el relativo consenso dogmático respecto de la escasa incidencia del ejercicio electrónico en el activismo accionarial y en el control efectivo de los administradores (RECALDE, A.: “Incidencia de las Tecnologías de la Información y Comunicación en el desarrollo de las juntas generales de las sociedades anónimas españolas”, pág. 11 y 38).

¹⁰ “Es dudoso que el carácter voluntario de los sistemas de votación y delegación electrónica que prevé la legislación española (art. 105.4 y 106 LSA) permita entender que satisface la prohibición de obstáculos al ejercicio de este tipo de voto, que exige el artículo 8 de la Propuesta de Directiva. En relación con el derecho a incluir nuevos asuntos en el orden del día que también contempla la Propuesta de la Directiva (art. 6), la Ley 19/2004, de 14 de noviembre, que regula la sociedad anónima europea domiciliada en España modificó el artículo 97 de la LSA reconociendo el derecho de accionistas titulares, al menos, del 5% del capital a incluir asuntos en el orden del día (RECALDE, A.: “Incidencia de las Tecnologías de la Información y Comunicación en el desarrollo de las juntas generales de las sociedades anónimas españolas”, pág. 10)

Reglamentos de funcionamiento interno de la Junta y Acuerdos del Consejo de Administración. En este sentido es bastante ilustrativa la lectura de algunas de las cláusulas de determinación del sentido del voto o su contenido en blanco, que frecuentemente se reflejan en los formularios sobre solicitud pública de representación, a instancias del Consejo de Administración. De este modo, el ejercicio de los derechos del accionista por medios electrónicos se está convirtiendo en un instrumento más a disposición del órgano administrativo para fortalecer el poder de los administradores y debilitar o neutralizar el control efectivo de los mismos por la Junta General.

Estas consideraciones se sitúan en el centro del debate científico y orientan las ideas en la que profundiza la doctrina a la hora de mostrar su desacuerdo y críticas a la adecuación de los métodos y procedimientos desarrollados por las sociedades anónimas para el ejercicio de los derechos del accionista por medios electrónicos. En este orden de ideas se ha indicado, que el modelo actual pone en duda: (i) la eficacia de un sistema voluntario, que deja a los administradores la decisión final de la utilización de los medios electrónicos¹¹, (ii) la adecuación del modelo para alcanzar los fundamentos de política jurídica invocados por la Directiva¹², de reforzar los derechos de los accionistas¹³, promover el activismo accionarial¹⁴

¹¹ En relación con el ejercicio del derecho de representación, el profesor RONCERO resume la experiencia española del siguiente modo, “la decisión final sobre la utilización de estos mecanismos ha quedado confiada a sus respectivos órganos de administración ..., de modo que también en ellos ha quedado confiada la consecución de los objetivos de política jurídica perseguidos con la incorporación de estas medidas; pero, no parece que quienes actualmente utilizan el mecanismo de representación como instrumento para asegurar y perpetuar el control sobre la sociedad vayan a estar muy dispuestos a modificar el sistema y facilitar la labor a accionistas opositores” (“La captación del voto a través de la solicitud pública de representación: transparencia, igualdad de oportunidades y conflictos de interés”, pág. 429)

¹² “Hubiera sido conveniente que el legislador comunitario se hubiese pronunciado “sobre los delicados problemas que plantea la integración en el debate colectivo (con sus posibilidades de dinamismo) de declaraciones de voluntad emitidas al margen de la reunión *presencial* (y por tanto, respecto a propuestas que pueden no coincidir con las que finalmente se apruebe, o con información que no pudo conocer el que votó al margen de la reunión)” (MARTINEZ MARTINEZ, M^a.T.: “La Directiva sobre el ejercicio de los derechos de los accionistas en la Junta general de las sociedades cotizadas, y su impacto sobre el Derecho español”, pág. 65)

¹³ “La captación del voto por medios electrónicos eleva el desequilibrio entre administradores de control y terceros a consecuencia del campo abierto a la autorregulación y la ingenuidad de confiar en que por esta vía se propicien mecanismos que socaven la posición de los administradores. Este dato empieza a observarse de forma generalizada; entre los juristas, aunque se recomendase la ampliación del tiempo de anticipación con que debe anunciarse la convocatoria respecto de la fecha de celebración de la Junta, ello sólo se produjo cuando lo impuso el art. 97.1 LSA en la Ley 19/2005” (MARTINEZ MARTINEZ, M^a.T.: “El derecho de información del accionista en los supuestos de ampliación del orden del día de asistencia telemática del socio a la Junta General”, 39 y ss.).

¹⁴ La relevante importancia de las TIC en la revitalización de la Junta fue una de las razones esgrimidas por la doctrina para impulsar su incorporación en el ejercicio de los derechos en la junta (FERNANDEZ DEL POZO, L./VICENT CHULIA, F.: “Internet y Derecho de Sociedades: una aproximación crítica”, págs. 918 y ss.);). También como instrumento a la “creciente insurgencia electoral de otros grupos accionariales” y a que “el activismo político de tales opositores insurgentes vendrá intensamente facilitado por el alivio de costes y el incremento de la transparencia que Internet y otros sistemas de comunicación electrónica proporcionarán a los

y avanzar en el control efectivo de la Junta sobre el órgano administrativo¹⁵. En resumen, es preciso que esos instrumentos de participación cuenten con una regulación mucho mejor de la que tienen ahora¹⁶.

III. Las garantías proporcionadas de la identidad del accionista y la seguridad de las comunicaciones electrónicas

La confianza jurídica en la identidad del accionista, de los documentos asociados al mismo y la integridad de los contenidos comunicados por la Red Internet requieren examinar la disciplina del ejercicio de los derechos del accionista, coordinadamente con la regulación de la firma electrónica (LFE 59/2003) y de la página web o sitio de Internet de las sociedades cotizadas (art. 117 de la LMV y su desarrollo reglamentario por la Orden ECO 2722/2003, de 26 de diciembre, la Circular 1/2004 de la CNMV, de 17 de marzo y el RD1362/2007, de 19 de octubre).

1. Límites legales a la regulación del ejercicio de los derechos del accionista por medios electrónicos

El ejercicio de los derechos del accionista por medios electrónicos se limita por la Directiva 2007/36/CE¹⁷ a que las legislaciones nacionales exijan a sus sociedades que las fórmulas y procedimientos elegidos “garanticen la identidad del accionista y la seguridad de las comunicaciones electrónicas y únicamente en la medida en que resulten proporcionados

accionistas” (GARCIMARTIN ALFEREZ, F.J.: “La propuesta de Directiva sobre el ejercicio transfronterizo de los derechos de voto”, pág. 205). Sin embargo, la falta de regulación y solución adecuada de los problemas jurídicos que plantea la Ley de Firma Electrónica o la Ley de Transparencia “determina que el intérprete de las normas contenidas en los artículos 105 y 106 se enfrente a los problemas esbozados con graves dosis de inseguridad” (ALCOVER GARAU, G.: “El voto electrónico”, pág. 398).

¹⁵ FERNANDEZ DEL POZO, L.: “El escaso éxito del Reglamento de la Junta de accionista como instrumento de revitalización de este órgano”, págs. 105 y ss.. En palabras del profesor RODRIGUEZ ARTIGAS, F. “No parece que hasta el momento ello haya servido para reforzar el poder de las Juntas, sino al contrario para incrementar el control de estos reuniones por los administradores” (El Reglamento de la Junta General y los derechos del accionista: planteamiento general”, pág. 296).

¹⁶ “En suma, son plausibles todos estos intentos de revitalizar la Junta mediante el expediente de facilitar al accionista en general y al minoritario en particular el ejercicio de sus derechos “no nos engañemos; es necesario cambiar la mentalidad del minoritario y transformarlo de inversor individual en accionista; y para ello resulta imprescindible, entre otras cosas, que esos instrumentos de participación cuenten con una regulación mucho mejor de la que tienen ahora, de forma que no se limiten a permitir que el accionista “esté” en la Junta (presente, representado, o a distancia), sino que participe en ella activamente y con conocimiento de causa” RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: “La Junta General en la encrucijada”, (<http://www.proyectojuntageneral.org/abstracts/presentacion.html>).

¹⁷ En el Considerando (9) de la Directiva 2007/39/CE se declara: “Las sociedades no deben encontrar obstáculos jurídicos a la hora de ofrecer a sus accionistas cualquier forma de participación por medios electrónicos en la junta general. El ejercicio del voto sin asistencia personal a la junta general, ya sea por correo o por medios electrónicos, no debe estar sujeto a restricciones, con excepción de las necesarias para la verificación de la identidad y la seguridad de las comunicaciones electrónicas”.

para alcanzar este objetivo”¹⁸. Estas garantías nacionales deben respetar también el principio de igualdad de los accionistas que estén en la misma posición (art. 4 de la Directiva 2007/36/CE).

La incorporación del ejercicio de los derechos del accionista por medios electrónicos en la LSA española (aplicable también a la SE con domicilio social en el territorio español –art. 53 del Reglamento, S.E¹⁹., en relación con los arts. 5 y 6 LSA) se inició en relación con el derecho de información y la difusión de la información relevante al mercado por la Ley de Transparencia 26/2003. En ella se dejaba a los Estatutos la regulación del ejercicio del derecho de asistencia a la Junta, el de voto y el de representación [arts. 97.5 –asistencia a la Junta-, 105.4 –voto-, 106.2 –representación-]²⁰. La introducción de los medios electrónicos en el ejercicio de los derechos del accionista debía igualmente respetar el principio general de igualdad de trato de los accionistas²¹.

Las garantías de seguridad respecto de la identidad de las partes implicadas (accionista-sociedad o emisor) y de la comunicación entre ellas se establecen en el desarrollo reglamentario del art. 117 de la LMV, relacionado con la página web de la sociedad

¹⁸ La Directiva 2007/36/CE se ocupa del ejercicio del derecho de participación y voto en la Junta General en el art. 7. En su número 4 señala: “La prueba de la condición de accionista sólo puede supeditarse a los requisitos necesarios para garantizar la verificación de la identidad de los accionistas y únicamente en la medida que resulten proporcionados para alcanzar este objetivo”. En cuanto a la participación en la Junta General por medios electrónicos, el art. 8.2 dice: “El uso de medios electrónicos para permitir a los accionistas participar en las juntas generales sólo podrá supeditarse a los requisitos y restricciones necesarios para garantizar la verificación de la identidad de los accionistas y la seguridad de las comunicaciones electrónicas y únicamente en la medida en que resulten proporcionados para alcanzar dichos objetivos”. Respecto al ejercicio del derecho al voto por correo, el art. 12 “sólo podrá estar sujeto a los requisitos y restricciones necesarios para garantizar la identificación de los accionistas y únicamente en la medida en que resulten proporcionados para alcanzar este objetivo”. La Directiva omite cualquier otra garantía relacionada a la “seguridad de las comunicaciones electrónicas”, contrariamente a su exigencia expresa en el resto de los derechos. Por último, en relación al nombramiento y notificación del representante, el art. 11.2 señala, que “el nombramiento de representante, la notificación del nombramiento a la sociedad y la comunicación al representante de las instrucciones de voto, caso de haberlas, únicamente podrán estar sujetas a los requisitos formales que sean necesarios para garantizar la identificación del accionista y del representante, o para garantizar la posibilidad de verificar del contenido de las instrucciones de voto, respectivamente, y sólo en la medida en que dichos requisitos resulten proporcionados para alcanzar esos objetivos”.

¹⁹ El art. 53 del Reglamento SE declara: “Sin perjuicio de las normas previstas en la presente sección, la organización y desarrollo de la junta general, así como sus procedimientos de votación, se regirán por la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio social de la SE.

²⁰ La modificación simultánea de los Estatutos y de los Reglamentos ha sido el método seguido por las sociedades anónimas para regular el empleo de los medios de comunicación electrónicos en el ejercicio de los derechos. Vid. RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: “El Reglamento de la Junta General y los derechos del accionista: planteamiento general”, págs.. 308).

²¹ “En todo caso, por aplicación de los principios generales, no cabría dispensar un trato diferente a los accionistas que están en iguales condiciones. El principio de igualdad de trato impediría, así, que la sociedad o sus órganos sólo ofrecieran esos medios de comunicación a algunos accionistas mientras se los negara a otros” (RECALDE, A.: “Incidencia de las Tecnologías de la Información y Comunicación en el desarrollo de las juntas generales de las sociedades anónimas españolas”, pág. 21).

cotizada²². De una parte, en los instrumentos de información a los que se refiere la Orden ECO 2722/2003, de 26 de diciembre [Cuarto, 1. letras h), i), j) y en los requisitos de conectividad e interoperabilidad señalados en la Circular 1/2004 de la CNMV, de 17 de febrero (norma 7.a)]. De otra, en las exigencias de seguridad implícitas en las cláusulas de certidumbre en la fuente de emisión-recepción, seguridad en la comunicación y minimización del riesgo de corrupción de datos y de acceso no autorizado, dispuestas en el RD1362/2007, de 19 de octubre (art. 4).

La normativa tuvo una respuesta inmediata y masiva en las sociedades anónimas cotizadas²³. El desarrollo de los métodos y procedimientos se contienen en los Reglamentos de funcionamiento de la Junta General, concretándose para cada Junta por el Consejo de Administración, según se deduce de los anuncios de convocatoria de Junta General publicados, en coordinación con los Reglamentos de funcionamiento interno²⁴.

En la causa de las garantías de identidad del accionista y de la seguridad de las comunicaciones electrónicas impuestas por la Directiva 2007/36/CE, como exigencias de obligado cumplimiento en la regulación del ejercicio de los derechos por medios electrónicos subyace la sensibilidad estructural del protocolo de comunicación en la Red Internet (*http*) a la hora de asegurar: de un lado, la certeza respecto de la coincidencia entre la persona del accionista o autor real de las claves de firma y la persona del autor aparente que dice ser cuando cumplimenta el formulario de nombramiento de un representante y lo comunica electrónicamente a la sociedad (cuando emite su voto en un determinado sentido o formula una pregunta a la Junta), mediante el uso de las claves representativas de la firma;

²² Las especificaciones técnicas y jurídicas de las páginas Web establecidas por La Circular 1/2004, de 17 de marzo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) no se ocupan de las garantías de seguridad de la identidad del accionista y de las comunicaciones electrónicas. Los aspectos y materias objeto de regulación por la Circular se refieren a: (i) la exigencia de que la página tenga un nombre de dominio Internet registrado (7.a.1), (ii) el acceso directo a la “información para accionistas e inversores (7.a.1 segundo párrafo) y con un máximo de tres pasos de navegación (clicks) desde la página principal a los contenidos de la información publicada (7.a.2), (iii) la accesibilidad rápida y gratuita a la información, posibilidad de imprimirse, redacción en castellano (7.a.5), (iv) la compatibilidad de la estructura técnica de la página web y los ficheros que den soporte a los contenidos con la navegabilidad y accesibilidad con productos informáticos de uso común en el entorno de Internet y con un tiempo de respuesta que no impida la operatividad de la consulta (7.a.7).

²³ “Habida cuenta de que el mecanismo para conferir la delegación por medios electrónicos ha de disponer de las adecuadas garantías de autenticidad y de identidad del sujeto que delega, los accionistas que deseen utilizar este mecanismo de delegación deberán disponer previamente de una firma electrónica, avanzada o reconocida, en la Ley 59/2003....., basada en un certificado reconocido del cual no conste su revocación...” (Técnicas reunidas, S.A.).

²⁴ En este sentido se señala en relación con el derecho de voto a distancia (RECALDE, A.: “Incidencia de las Tecnologías de la Información y Comunicación en el desarrollo de las juntas generales de las sociedades anónimas españolas”, pág. 20).

de otro, la certeza respecto de la integridad e inalterabilidad del contenido de la declaración del accionista durante su envío y recepción por la sociedad..

El documento electrónico es, por esencia, inseguro. La separación estructural entre la firma electrónica del accionista [códigos o claves de identificador y contraseña (claves de acceso y operativa) o cualquiera otros términos usuales], que formaliza el modelo de voto electrónico o el de nombramiento de representante disponibles en la Web de la sociedad cotizada, por ejemplo y la persona que utiliza las claves (el propio accionista u otra persona que conoce sus claves) favorece la situación de confusión en el receptor (en nuestro caso, la sociedad) respecto de la identidad del remitente (es decir, entre el titular real y el titular aparente), que figura como autor del sentido del voto del accionista, persona representante del accionista, en el ejemplo. A ello hay que sumar, que el envío del documento con la correspondiente información a través de la Red de Internet y con el protocolo de comunicación ordinario, se enfrenta a la fácil manipulación del Acto, con la casi imposibilidad técnica de detectar la diferencia entre el documento recibido (archivado o depositado) y el original (el correspondiente al Acto de emisión del voto, contenido de la representación, etc.). De aquí la causa y razón de ser de la seguridad tecnológica requerida para ser merecedora de la confianza jurídica

La respuesta a la incertidumbre jurídica provocada por la estructura funcional de Internet, aplicada al ejercicio de los derechos del accionista se sostiene en dos institutos dependientes entre sí y funcionalmente interoperativos: (i) el de la firma electrónica reconocida, basada en el sistema de clave pública, (que se regula en la LFE 59/2003) (ii) el protocolo seguro de transmisión de hipertexto *https* (*hypertext transfert protocol secure*), a través del cifrado predominante SSL (*Secure Sockets Layer*). En el estado de la técnica actual, el juego de los elementos descritos ofrece la seguridad tecnológica razonable, no sólo respecto de la identidad del emisor y receptor (sociedad-accionista o viceversa), sino también en cuanto a la inalterabilidad de la información contenida en los mensajes debido a la confidencialidad (o privacidad) de todo el procedimiento. Analicemos cada uno de estos elementos del sistema de seguridad electrónica por separado.

2. El certificado reconocido de firma electrónica como documento acreditativo de la identidad del accionista y presupuesto legitimador para el ejercicio de los derechos por medios electrónicos

La “garantía de la identidad del accionista” es contenido imperativo en la LSA para la regulación estatutaria del ejercicio del “derecho de asistencia a la Junta por medios telemáticos” (art. 97.5), del “voto por correspondencia electrónica” (art. 105.4 LSA) y del nombramiento de representante (art. 106.2 LSA). El legislador español ya ha incorporado esta exigencia impuesta por la Directiva 2007/36/CE en relación con la participación y voto

en la Junta (art. 8.4)²⁵, así como con el nombramiento y notificación del representante (art. 11.2)²⁶. La certeza respecto del “emisor” y de la fuente de información, es decir, de la persona que ha facilitado la información es también requisito inexcusable para la publicación y difusión de la información regulada en la página web del emisor (art. 4 del RD 1362/2007).

El silencio respecto del documento acreditativo de la identidad del accionista en el tráfico corporativo²⁷ se resuelve mediante la aplicación de la normativa general dispuesta en la Ley de Firma electrónica 59/2003²⁸.

La legislación electrónica se ha desarrollado entre los años 1997-2004, de modo casi simultáneo en los Textos supranacionales y nacionales de Firma Electrónica. Los textos vigentes tienen una acusada influencia de la Ley Modelo de Firma Electrónica UNCITRAL (2001)²⁹.

A grandes rasgos y a los efectos de situar los antecedentes y estado de la cuestión de la “garantía de la identidad del accionista” requerida en el ejercicio de los derechos del accionista en la LSA, la Directiva de Firma (1999/93/CE) impone a los Estados miembros: (i) la admisión sustantiva y procesal de las firmas electrónicas (art. 5.1, primer párrafo y 5.1.b), (ii) la equiparación funcional entre la firma electrónica avanzada certificada respecto del documento al que se acompaña o asocia y la manuscrita respecto del documento en papel (5.2). La equivalencia jurídica de la firma electrónica avanzada a la firma manuscrita descansa en los requerimientos de nivel de seguridad tecnológica asociada a la firma electrónica avanzada. Formalmente, la confianza jurídica se acredita mediante los certificados (Anexos I) emitidos por Prestadores de Servicios reconocidos, por su especial rigor en las normas de *status* (Anexo II); entre los que debe resaltarse el establecimiento de un Servicio rápido de revocación seguro de Certificados (Anexo II.b), con eficacia constitutiva para los terceros y, en definitiva, sobre el que recae toda la confiabilidad de la firma electrónica avanzada reconocida, (iii), los Estados miembros deberán regular la responsabilidad del Prestador de Servicios de Certificación reconocido por los daños causados en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, en la expedición del certificado y falta de inscripción de la revocación del certificado en el Registro (art. 6.1 y 2), (iv) la cuantía de la responsabilidad del prestador de Servicios de Certificación constará en el

²⁵ El art. 8.4 de la Directiva 2007/36/CE dice: “La prueba de la condición de accionista sólo puede supeditarse a los requisitos necesarios para garantizar la verificación de la identidad de los accionistas y únicamente en la medida en que resulten proporcionados para alcanzar este objetivo”

²⁶ El art. 11.2 de la Directiva 2007/36/CE declara: “el nombramiento de representante, la notificación del nombramiento a la sociedad y la comunicación al representante de las instrucciones de voto, caso de haberlas, únicamente podrán estar sujetas a los requisitos formales que sean necesarios para garantizar la identificación del accionista y del representante, o para garantizar la posibilidad de verificar del contenido de las instrucciones de voto, respectivamente, y sólo en la medida en que dichos requisitos resulten proporcionados para alcanzar esos objetivos”

²⁷ En el Informe del Ministerio de Justicia sobre el Anteproyecto de Ley de Transposición de la Directiva 2007/36/CE no consta expresamente el documento acreditativo de la identidad del accionista

²⁸ El carácter general de la LFE se proclama en el artículo 1, que dice:

“*Objeto*. 1. Esta ley regula la firma electrónica, su eficacia jurídica y la prestación de servicios de certificación. 2. Las disposiciones contenidas en esta ley no alteran las normas relativas a la celebración, formalización, validez y eficacia de los contratos y cualesquiera otros actos jurídicos ni las relativas a los documentos en que unos y otros consten”.

²⁹ El marco mínimo armonizado del reconocimiento a la validez y efectos jurídicos de la forma y firma electrónicas en la Unión europea se encuentra en las Directivas de Firma (1999/93/CE –DFE-) y del Comercio electrónico (2000/31/CE –DCE-) (www.europa.eu/int). En ellas se han dejado influir las recomendaciones de las Leyes Modelos *Uncitral* del Comercio (versión 1998) y Firma electrónica (julio 2001) (www.uncitral.org) que, a su vez, se han inspirado en las propuestas de las Grandes empresas norteamericanas, por residir en ellas el germen y motor del comercio electrónico.

certificado (art. 6.3 y 4). El modelo armonizado se cierra con la obligación de los Estados miembros de las legislaciones tendrán que reconocer los certificados emitidos en otro país (art. 7.)³⁰.

En las reformas nacionales europeas del Derecho Privado de Obligaciones y contratos, cada ordenamiento presenta particularidades en la transposición de la Directiva. En la ordenación sistemática de la materia electrónica se han seguido dos técnicas diferentes, según que las disposiciones incorporadas se hayan o no acompañado de la reforma del Código Civil (CC) y de la legislación procesal (y otras leyes complementarias).

En el primer grupo se encuentran la Ley de Firma electrónica alemana de 1997 (*Gesetz zur digitalen Signatur –SigG–*)³¹ y la Ley francesa 2000-230³². Estas disposiciones se han ordenado sistemáticamente en sus respectivos Códigos civiles, mediante la forma y firma electrónica como nueva modalidad de consentimiento y forma de los actos jurídicos. En cambio, Italia y España han optado por una ley especial de Firma electrónica, acompañada de la regla general de inalterabilidad del régimen general de obligaciones y contratos, proclamada en las disposiciones electrónicas. En los dos ordenamientos y de modo similar a lo sucedido en otros países europeos, las leyes promulgadas en los tres últimos años del siglo XX se han modificado en los primeros del siglo XXI (DL 10, de 23 de enero de 2002 y Ley española de firma electrónica 59/2003). En la doctrina italiana preocupan las alternativas para combatir los casos de uso indebido de los certificados de firma electrónica avanzada,

³⁰ Los aspectos técnicos de la firma electrónica avanzada se disponen en los Anexos I a IV de la Directiva. Se debe compartir el acierto en la elección de normas de revisión y evaluación conforme a patrones o criterios de seguridad legal y no conforme a “modelos de mercado” (*Marktmodell*), con lo que, indirectamente infundirá seguridad de los ordenamientos nacionales” (ROSSNAGEL: “Die europäische Richtlinie für elektronische Signaturen und ihre Umsetzung in neuen Signaturgesetz”, pág. 160).

La revisión técnica de los instrumentos de creación y verificación de los datos de firma electrónica avanzada se actualizan por la Comisión, auxiliada por el Comité de firma electrónica (arts. 9 y 10). Este, a su vez, tendrá en cuenta los trabajos realizados por el grupo de Expertos sobre la Estandarización de la Firma electrónica en Europa (*European Electronic Signature Standardization Initiative –EESSI–*). El cumplimiento de las previsiones técnicas condiciona los deberes *status* del Prestador de Servicios de Certificación y su consiguiente responsabilidad de su actividad por los daños derivados a los terceros, quienes confiaron razonablemente en un certificado reconocido y, formalmente inscrito como tal en el Servicio de Consulta del Prestador de Servicios

³¹ La Ley alemana define firma electrónica reconocida o cualificada (*qualifizierten elektronischen Signatur*) como “el sello creado con una clave privada, funcionalmente unida a otra pública y certificándose por una autoridad de certificación junto con la identidad de su titular” (parágrafo 2 (2)). La norma y los aspectos técnicos de la firma digital se desarrollan en la Ordenanza de firma digital, de noviembre de 1997 (*Verordnung zur digitalen Signatur*).

En junio de 2001, las exigencias sustantivas de las firmas electrónicas ordenadas por la Directiva no se incorporan en la SigG, sino en el CC, mediante la Ley de adaptación de las prescripciones formales del Derecho Privado a las modernas relaciones jurídicas negociales (*Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts*). La norma legal se remite a la consideración de firma electrónica cualificada establecida en la SigG (art. 126 a). También se reforma el Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch –BGB–*) y el Código procesal civil (*Zivilprozessordnung –ZPO–*). Las modificaciones del BGB y del ZPO rigen, necesariamente para las firmas avanzadas, cualificadas (*qualifizierten elektronischen Signatur*) o de nivel medio de seguridad (*mittlere Stufe*) y reconocidas, acreditadas (*akkreditierten Signaturverfahren*) o de elevado nivel de seguridad (*höher Stufe*). (ROSSNAGEL: “Die europäische Richtlinie für elektronische Signaturen und ihre Umsetzung im neuen Signaturgesetz”, pág. 157).

³² En el CC francés se comprende la modalidad electrónica en el consentimiento y la prueba literal. En síntesis: (i) la firma electrónica se considera un modo de consentimiento, siempre que permita identificar a su autor y a la declaración que el mismo realiza, (ii) se presume la identidad del autor y de la declaración realizada por el mismo, siempre que se acrediten conforme a las exigencias contenidas en el Decreto del Consejo de Estado 2001/272, regulador de los tipos de firma electrónicas y desarrollo técnico de su creación, (iii) La restricción de la prueba literal al documento escrito en papel se amplía a todos los documentos, cualquiera que sea su sustento –papel o electrónico– y la técnica de su graffa –letras o dígitos–, (iv) la equivalencia jurídica entre la firma manuscrita y la electrónica se reserva a la firma electrónica que cumpla las funciones indicativa respecto de su autor y declarativa en respecto del acto, que acompaña la firma o al que se vincula esta última (arts. 1316-1319 CC). La adaptación definitiva de la legislación francesa a las Directivas se produce con la Ley para la confianza en la firma digital 2004-575 (*Loi pour la confiance dans l’Economie numérique*); que modifica igualmente otras disposiciones nacionales. (SALAU: “Le cadre législatif et réglementaire en France”, pág. 90)

sobre la base de la “doctrina de la apariencia” como fundamento de imputabilidad del titular de la firma o su exclusión³³.

En el marco normativo de la firma electrónica, la firma electrónica reconocida o firma avanzada, acreditada con el certificado de un prestador de servicios de certificación reconocido, es la única firma electrónica avanzada: (i) que se equipara jurídicamente a la firma manuscrita en soporte papel (art. 3.4³⁴), (ii) que goza de presunción de autenticidad, según se deduce, *a sensu contrario*, de la probable impugnación de autenticidad (art. 3.8, en relación con el 3.2³⁵ y 3.1³⁶). De esta manera, la acreditación de la identidad del accionista mediante certificado reconocido de firma avanzada, determinaría el límite dentro del cual los Estatutos y los Reglamentos de funcionamiento de la Junta General podrían fijar el procedimiento de verificación de la autenticidad³⁷.

La creciente experiencia empresarial es acorde con la legislación de firma electrónica; puesto que la acreditación de la identidad del accionista se exige que se realice mediante la “firma electrónica, basada en un certificado electrónico reconocido vigente”. A este respecto se observa una mayor referencia al “certificado reconocido emitido por la Autoridad Pública de certificación española (CERES) dependiente de la FNMT-RCM.³⁸ Esta es la orientación

³³ Vid. BIANCA: “La firma digitale”, págs. 138 y ss. Tampoco faltan opiniones sobre la “inadecuada interacción sistemática de la reglamentación”. De un lado, por el carácter mínimo armonizado. De otro, por la multiplicidad de instancias, tanto en las fuentes de producción (UE, legislaciones nacionales, *lex mercatoria*), como de aplicación e interpretación (jurisdiccional, arbitraje y otros métodos de solución extrajudicial de controversias). Es síntesis de ROSELLO: “La nuova disciplina del Commercio elettronico. Principi generali e ambito di applicazione”, págs. 62-67

³⁴ El art. 3.4 de la LFE dice: “La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel”

³⁵ El art. 3.2 define a la Firma electrónica avanzada como “la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control”.

³⁶ El art. 3.1 de la LFE define a la firma electrónica como “El conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante”. De esta manera, se reconoce legalmente a la firma electrónica las funciones básicas atribuibles a la tradicional firma autógrafa o manuscrita y, por esta razón, es correcta el término *firma*, hasta ahora restringido a la firma autógrafa (entre ellas, las expresiones sustantivas de “firma”, “documento... suscrito”, “...firmada”). En principio, pues, los datos de firma electrónica (claves, códigos, signos...) son tan elemento distintivo del autor como la grafía respecto de la firma manuscrita de la persona.

³⁷ La acreditación de la identidad, sin que se exprese el documento o documentos que sirven para esta acreditación se ha interpretado en el sentido de que los Estatutos pueden o no señalar el procedimiento de verificación de la autenticidad (RECALDE, A.: “Incidencia de las Tecnologías de la Información y Comunicación en el desarrollo de las juntas generales de las sociedades anónimas españolas”, pág. 22).

³⁸ En el plano de aplicación normativa, el llamamiento por las sociedades anónimas al certificado emitido por la FNMT RCM requiere enlazar estas disposiciones reglamentarias y la cláusula general de acreditación de la identidad del accionista, exigida en los arts. 97.5 y 105.4 de la LSA con la LFE 59/2003 y con las normas relacionadas con la actividad certificadora de la FNMT-RCM y las disposiciones que la desarrollan. De una parte, con el RD 1317/2001, que regula la actividad certificadora de la FNMT RCM, de conformidad con el art. 81 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden social y del

seguida en el Reglamento de funcionamiento de la Junta General, de Inditex³⁹ y en el Acuerdo de Convocatoria de la Junta General de Técnicas Reunidas, S.A.⁴⁰

La garantía de la identidad del accionista exigida por la LSA, a través del juego de la presunción legal de la autenticidad de la firma electrónica avanzada del accionista, acreditada por el certificado de un prestador de servicios reconocido sería aplicable con independencia de la autoridad de certificación elegida por la sociedad. En efecto, la lectura coordinada de los preceptos de firma electrónica desvelan, que la diferencia fundamental entre la firma electrónica (3.1. LFE) y las firmas avanzadas reside en la fiabilidad tecnológica, en su *iter* de creación, utilización, archivo y reproducibilidad del acto o del documento al que se asocia la firma⁴¹. Así, en el momento de la creación o generación de la firma, porque sólo si *el conjunto de los datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante* (3.1 LFE⁴²) son únicos (3.2) puede afirmarse, que *el firmante puede mantener bajo su exclusivo control* (art. 3.2, *in fine* LFE) y que son susceptibles de *identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados* (art. 3.2 LFE). En el momento de su utilización (ejemplo, ejercer sus derechos de voto), porque la firma avanzada *está vinculada al firmante y a los datos a que se refiere...*, y permite *detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados*. Y en lo que concierne a su archivo, porque el accionista *puede mantener bajo su exclusivo control* (art. 3.4).

mismo modo interpretado por la STS, de 2 de julio de 2001 (RJ\2001\5397). De otra, el régimen general dispuesto para la firmas electrónicas y la prestación de servicios de certificación en la LFE 59/2003; que, a su vez, se remite a la Declaración de prácticas de Certificación elaboradas por cada prestador, en los márgenes autorizados por el artículo 19 de la LFE: “Todos los prestadores de servicios de certificación formularán una declaración de prácticas de certificación en la que se detallarán, en el marco de esta ley y de sus disposiciones de desarrollo, las obligaciones que se comprometen a cumplir en relación con la gestión ... de los certificados electrónicos, las condiciones aplicables a la solicitud, expedición, uso, suspensión y extinción de la vigencia de los certificados las medidas de seguridad técnicas y organizativas, los perfiles y los mecanismos de información sobre la vigencia de los certificados... “(1). (Más información en FLORES DOÑA, M^a S.: “Cumplimiento telemático de los deberes de información relevante a la CNMV, pág. 96 y ss.)

³⁹ “La delegación a distancia mediante correspondencia electrónica deberá realizarse a través de la página web de la compañía (www.inditex.com), debiendo seguir para ello las reglas e instrucciones que, a tal efecto, figuran en el espacio “Junta General... de la citada web corporativa. A los efectos de garantizar debidamente la autenticidad e integridad de las comunicaciones electrónicas, será necesario disponer de un certificado electrónico reconocido, en los términos previstos en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, vigente y emitido por la Autoridad Pública de Certificación Española (CERES) dependiente de la entidad pública empresarial FNMT-RCM (Fábrica Nacional de Moneda y Timbre y Real Casa de la Moneda)”. Así se establece en el Reglamento de la Junta General de Inditex para la delegación a distancia por correspondencia electrónica; el voto a distancia.

⁴⁰ “Para conferir su representación mediante comunicación electrónica con la Sociedad, los accionistas deberán hacerlo a través de la página Web de la Sociedad (www.tecnicasreunidas.es). Habida cuenta de que el mecanismo para conferir la delegación por medios electrónicos ha de disponer de las adecuadas garantías de autenticidad y de identidad del sujeto que delega, los accionistas que deseen utilizar este mecanismo de delegación deberán disponer previamente de una firma electrónica, avanzada o reconocida, en los términos previstos en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, basada en un certificado electrónico reconocido del cual no conste su revocación y que haya sido emitido por la Autoridad Pública de Certificación Española (CERES) dependiente de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre –Real Casa de la Moneda (FNMT-RCM). Una vez que el accionista disponga de su correspondiente firma electrónica podrá, a través del espacio “Junta General” de la Web de la Sociedad (www.tecnicasreunidas.es) y siguiendo las instrucciones allí previstas, otorgar su representación a otra persona, aunque no sea accionista, para que le represente en la Junta. ...”. Así para el ejercicio del derecho de representación mediante medios electrónicos y de modo parecido se formula para el derecho de información y el derecho de voto.

⁴¹ La firma electrónica avanzada es “la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control”.

⁴² El art. 3.1 LFE formula el concepto amplio de firma electrónica como “el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante”

La dispar tipología de *firma electrónica simple* y firmas avanzadas, en su doble especie, de *firma avanzada* y *firma avanzada reconocida* es coherente con el objetivo, de alcanzar un equilibrio entre la regla de admisibilidad de la modalidad electrónica y la seguridad que debe ofrecer a los terceros. Por ello, los distintos métodos de creación de firma implícitos en la definición de las clases de firma y su subsiguiente gradación en materia de equivalencia y prueba respecto del documento escrito. A estos efectos no resulta exagerado admitir, que “la finalidad del complejo diseño de los documentos y firmas electrónicos, lo constituye el criterio de imputación del documento electrónico, con el propósito de resolver el problema de la identidad unívoca de su autor y la atribución al documento informático de la misma naturaleza de un acto original con efectos jurídicos plenos, sustantivos o materiales y, eventualmente procesales”⁴³.

La firma avanzada será también reconocida si: “es generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma” (art. 3.3 LFE). Este dispositivo goza de presunción de seguridad “si se ajusta a las normas técnicas correspondientes, cuyos números de referencia hayan sido publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea”. Al mismo tiempo, esta adecuación constituye un deber de *status* del prestador de servicios de certificación reconocido (art. 28). Consiguientemente, los efectos jurídicos a favor de la firma electrónica avanzada, acreditada por el certificado de un prestador de servicios reconocido: (i) “tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel” (art. 3.4), (ii) la firma electrónica reconocida goza de presunción de autenticidad (art. 3.8, segunda frase, *a sensu contrario*)

El marco tecnológico pensado para las firmas electrónicas avanzadas y referenciado en el Título IV sobre *Dispositivos de firma electrónico* (arts. 24 y 25 LFE) descansa en el sistema de cifrado asimétrico o de clave pública, elaborado con fórmulas matemáticas ofrecidas por la Criptografía. En este sentido basta con reproducir la definición de los *Dispositivos de creación de firma electrónica* como *los datos únicos, .. códigos o claves criptográficas privadas, que el firmante utiliza para crear la firma electrónica* (art. 24.1 LFE). Y el de *Dispositivos de verificación de firma electrónica... los datos, como códigos o claves criptográficas públicas, que se utilizan para verificar la firma electrónica* (art. 25.1 LFE)⁴⁴. De este conjunto normativo resulta la definición legal de la firma electrónica avanzada como *la que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control* (art. 3.2 LFE).

Por consiguiente, la fiabilidad tecnológica de las firmas electrónicas avanzadas la hacen merecedoras de la confiabilidad jurídica en el tráfico, en cuanto a la certeza respecto del cumplimiento de la función indicativa respecto de su autor y la declarativa respecto del contenido de la declaración realizada por el mismo y en su inalterabilidad, de manera similar a lo que acontece en el ámbito de las firmas manuscritas y comparable al rigor exigido para las firmas electrónicas en el Art. 2.2 de la Directiva 1999/93/CE y recomendado en el ámbito internacional por el Art. 6.1 de la Ley Modelo UNCITRAL (2001).

⁴³ De Santis: “Documento informatico, firma digitale e dinamiche processuale”, pág. 144

⁴⁴ En síntesis, cada *firmante* o solicitante de una firma electrónica avanzada dispondrá de un par de claves relacionadas entre sí y cuya aplicación permite el cifrado y el descifrado de los contenidos (o también denominados "encriptación, encriptado y sus contrarios, desencriptación o desencriptado"). Funcionalmente, el declarante o emitente del mensaje de datos (por ej. de la declaración de aceptación, de la entrega y recepción del bien objeto del contrato) aplica una clave especial sobre el texto o contenido de la comunicación, que se transforma en ininteligible durante su transmisión en Internet hasta que la comunicación llega a su receptor. El destinatario de la declaración o del mensaje de datos aplica la misma clave (en el denominado método de algoritmos de cifrado simétrico o de clave secreta) u otra distinta (si se sigue el de algoritmos de cifrado asimétrico o de clave pública). Y de esta manera se descifra el mensaje, pudiéndose leer por el destinatario; con lo que se asegura la integridad del documento y la autoría del mismo; autoría que, además, puede reforzarse con la firma digital, elaborada sobre los mismos algoritmos utilizados para el cifrado de documentos.

El prestador de servicios de certificación reconocido elegido por la sociedad ha de ser el adecuado con el ámbito de la relación social (administradores-accionistas). En esta última, la acreditación de la seguridad tecnológica y el pilar de la confianza en el sistema del ejercicio de los derechos del accionista por medios electrónicos descansaría, no sólo en la intervención de un *prestador de servicios de certificación o autoridad de certificación*, como sucede en el tráfico económico en general, sino también en la necesidad de que este prestador de servicios fuese externo e independiente al ámbito de control e influencia de los administradores. En este sentido, el ejercicio de los derechos del accionista incide en una relación con intereses frecuentemente confrontados: el de los administradores y el de los accionistas externos o fuera de la influencia del Consejo de Administración. En el escenario potencialmente conflictivo de las relaciones corporativas, la vulnerabilidad del sistema electrónico es extrema, al estar este último gestionado bajo el control de los administradores. Por ello, ofrecería serias dudas de imparcialidad, objetividad y eficacia al ejercicio de los derechos de los accionista, si además, el control del sistema de certificación se asumiera por la parte del conflicto, cuyo control por los accionista constituye uno de los ejes invocados por el legislador comunitario [Considerando (3) de la Directiva 2007/36/CE]. Fuera del ámbito de influencia de los miembros del órgano de gobierno de la sociedad sería indiferente, que el certificado fuese emitido por la Autoridad de certificación CERES, tal y como se contempla por las sociedades Inditex, Cintra, Técnicas Reunidas o por otra de las muchas que operan en el tráfico nacional o internacional. En cualquiera de los supuestos mencionados, la relación de certificados admitidos por la sociedad para el ejercicio de los derechos por sus accionistas figurará en la *web*, de conformidad con la conectividad e interoperabilidad exigida por la Circular 1/2004 de la CNMV, en cuyo número 7.a.7 declara: “La estructura técnica de la página *web* y los ficheros que den soporte a los contenidos permitirán su navegabilidad y accesibilidad con productos informáticos de uso común en el entorno de Internet y con un tiempo de respuesta que no impida la operatividad de la consulta”.

Con carácter general, el prestador de servicios de certificación también verificará la clave pública de la firma electrónica reconocida (según se expresaba en la Comunicación sobre firma digital y cifrado - Doc. COM (907) 503 final, págs. 8 y ss.). El procedimiento básico consiste en la *personación del firmante o su acreditación documental* (arts. 12 y 13 LFE), seguido de la *emisión de un certificado*. Se trata de un documento electrónico (art. 3.5 LFE), realizado por el prestador de servicios de certificación reconocido, con un contenido reglado (Art. 11).

El certificado tiene una vigencia temporal; la cual, necesariamente ha de ser consultada por la sociedad receptora de la comunicación relacionada con el ejercicio de los derechos del accionista, a través del Servicio de Consulta del Prestador de servicios, cuyo desarrollo se deja a los códigos de buenas prácticas (art. 19 LFE). La vigencia temporal del certificado es presupuesto legitimador para el

ejercicio electrónico de los derechos por el accionista, tal y como se expresa en algún Reglamento de funcionamiento de la Junta General de los examinados (Cintra).

La presunción de autenticidad de la firma electrónica reconocida y de los documentos vinculados a ella –en nuestro caso, el formulario cumplimentado del nombramiento de representante, por ejemplo- se deduce del artículo 3.8 LFE, que dice: *Si se impugnare la autenticidad de la firma electrónica reconocida, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico* (art. 3.8, segunda frase). Por lo que el certificado reconocido del accionista cumple la función de documento de identidad y autenticidad del accionista, tanto respecto del autor de la firma como de la declaración o declaraciones vinculadas a ella (art. 6.1, en relación al mandato dispuesto en el art. 5.1.a de la Directiva de Firma electrónica). Del tenor de los preceptos de la LFE se deriva, el carácter *iuris tantum*, esto es, salvo prueba en contrario de la presunción legal de autenticidad. En este sentido, la presunción legal se deduce, a *sensu contrario* de los términos *Si se impugnare la autenticidad de la firma electrónica reconocida, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico...* Quiere decirse que se presumiría, que la declaración del accionista respecto del sentido del voto, la persona de le representa, etc. pertenece al accionista, como titular de la clave (ex art. 3.1.2 LFE), salvo que la misma se dervirtuase por alguna causa o razón (por ejemplo, porque el documento se realizó en el tiempo en que la certificación tenía sus efectos en suspenso, a petición del propio signatario -Art. 9.2 LFE-; porque el accionista sólo era aparente y, si bien estaba legitimado en virtud del uso de los datos de firma electrónica, el accionista real notificó a la sociedad la pérdida o sustracción de la clave, de conformidad con lo acordado en el contrato). En estos supuestos de uso anómalo del certificado de firma es donde encontraría su eventual aplicación las cláusulas a favor de la sociedad, para “solicitar a los accionistas los medios de identificación adicionales para garantizar...., la autenticidad del voto, de la delegación o de la asistencia telemática” (Anuncio de la convocatoria de Cintra). A los efectos probatorios juega una importancia singular la capacidad de las partes a la hora de acreditar su nivel de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones⁴⁵.

⁴⁵ Este aspecto fue decisivo para que el Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia de Murcia desestimara la pretensión del demandante por entender, que la “falta de diligencia en el deber de custodia de las claves por parte del cliente fue determinante en la sustracción de la clave de acceso a internet y de la firma electrónica y en modo alguno el sistema de seguridad del Banco” (Sentencia 69/2007, de 30 de marzo. Fundamento de Derecho Primero. JUR\2008\44072).

También para que la Audiencia Provincial de Madrid considerara que el ejercicio abusivo del derecho de firma posibilitó al demandado abrir un servicio bancario electrónico y ordenar transferencias de fondo a su favor, en perjuicio de la asociación a la que representaba; por lo que se le condenó por un delito continuado de falsedad

La equivalencia internacional de los certificados reconocidos, dispuesta en el art. 14 LFE e impuesta en el Mercado interior por la Directiva de Firma Electrónica 1999/93/CE (art. 7.1), constituye uno de los ejes en el efectivo desarrollo y credibilidad al ejercicio transfronterizo de los derechos de información y de voto por medios electrónicos, satisfaciéndose así uno de los objetivos prioritarios de la Directiva 2007/36/CE [Considerando (5)⁴⁶].

Resumiendo, la garantía tecnológica de la función indicativa y declarativa de la firma avanzada se proclama en el artículo 3.2 LFE, sobre la base de su idoneidad tecnológica-jurídica de esta modalidad de firma electrónica para *identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos*⁴⁷. Sin embargo, la equivalencia jurídica de la documentación electrónica a la escrita requiere, además, que la firma electrónica avanzada se acredite mediante un *certificado reconocido expedido por un prestador de servicios de certificación*; por ser el único cuyos productos de firma gozan de la presunción de seguridad tecnológica (art. 28.1) y por ello, los condicionantes exigidos al certificado reconocido en el artículo 11 de la LFE respecto del cumplimiento de *los requisitos establecidos en esta ley en cuanto a la comprobación de la identidad y demás circunstancias de los solicitantes y a la fiabilidad y las garantías de los servicios de certificación*. De este modo, el certificado reconocido es un documento cuya posesión y uso crea una situación objetiva de apariencia de titularidad en el tráfico electrónico y, por ende, tendrían que admitirse por todas las sociedades anónimas, como garantía suficiente y proporcionada de la identidad del accionista exigidas para el ejercicio de los derechos del accionista por medios electrónicos (arts. 97.5, 105.4 y 106.2 de la LSA en relación con los mandatos de la Directiva 2007/36/CE). Asimismo, el carácter prácticamente gratuito del certificado electrónico reconocido emitido por la FNMT-RCM lo hacen totalmente recomendable (art. 15 del RD

en documento mercantil en concurso ideal con un delito continuado de estafa (Sentencia 9/2008, de 31 de enero, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 4ª), JUR\2007\155818).

⁴⁶ En relación con el ejercicio transfronterizo de los derechos del accionista, el Considerando (5) de la Directiva 2007/36/CE declara: “Un porcentaje importante de las acciones de sociedades cotizadas obra en poder de accionistas que no residen en el Estado miembro en el que dichas sociedades tienen su domicilio social. Los accionistas no residentes deben poder ejercer sus derechos en relación con la junta general con la misma facilidad que los accionistas que residen en el Estado miembro en el que tiene su domicilio social la sociedad. A tal efecto, es necesario que se supriman los obstáculos que dificultan en la actualidad el acceso de los accionistas no residentes a la información pertinente para la junta general y el ejercicio de los derechos de voto sin asistencia a la junta general..”.

⁴⁷ El artículo 3.2 de la LFE conceptúa a la firma electrónica avanzada como “la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control”.

1317/2001). Esta última elección es compatible con cualquier otro tipo de firma avanzada, acreditada por un prestador de servicios reconocidos, que admita la sociedad, de acuerdo con el principio de libertad que rige en la actividad certificadora (art.5.1 de la LFE). La única reserva que cabría en este punto es la relativa a la necesidad de que el prestador de servicios de certificación sea externo, con el fin de evitar los riesgos de *arbitrariedad* a que conduciría el que una de las partes de la relación con intereses contrapuestos asuma al mismo tiempo la certificación que garantiza la identidad de la contraparte. Esta propuesta encontraría su apoyo en la exigencia de que se “minimice el riesgo de corrupción de datos y de acceso no autorizado” en la transmisión electrónica de la información por la sociedad cotizada (emisor) (art. 4.3 del RD 1362/2007).

3. Idoneidad de la página web de la sociedad como sistema integrado de las garantías de autenticidad de la identidad del accionista y de los actos de comunicación a la sociedad relacionados con el ejercicio de los derechos

La seguridad de las comunicaciones electrónicas es la segunda de las garantías que exige la Directiva 2007/36/CE. Así se expresa en el Considerando (9) cuando se anuncia que “las sociedades no deben encontrar obstáculos jurídicos a la hora de ofrecer a sus accionista cualquier forma de participación por medios electrónicos en la junta general, con excepción de las necesarias para la verificación, de la seguridad de las comunicaciones electrónicas” (9). Esta exigencia se declara directamente en relación con el ejercicio de los derechos de participación en la junta, cuando dice: “El uso de los medios electrónicos para permitir a los accionistas participar en las juntas generales solo podrá supeditarse a los requisitos y restricciones necesarios para garantizar....., la seguridad de las comunicaciones electrónicas” (art. 8.2).

El requerimiento de seguridad en las comunicaciones electrónicas respecto del ejercicio del voto a través de representante hay que deducirlo de la exigencia de integridad implícita en la facultad reconocida a la sociedad para que “verifique el contenido de las instrucciones de voto” (art. 11.2). Necesariamente, la efectividad de esta verificación implica contrastar el contenido comunicado y recibido por la sociedad con el formulario emitido por el accionista y enviado a la sociedad. Al igual que sucede con la garantía de la identidad del accionista, las medidas adoptadas por la sociedad en orden a la seguridad de las comunicaciones

electrónicas deben ser proporcionadas para alcanzar dicho objetivo y respetar el principio de igualdad de los accionistas (art. 8.2, 11.2.)⁴⁸.

La exclusiva referencia en la LSA española a la garantía de la identidad del sujeto en el ejercicio de los derechos de asistencia a la Junta (art. 97.5 TRLSA), el voto electrónico (art. 105.4) y el de representación (art. 106.2) exige que la LSA se adapte en este sentido a la Directiva 2007/36/CE y que los Estatutos de las sociedades anónimas habiliten un sistema de comunicación electrónica entre ella y sus accionistas que den certidumbre respecto de la confidencialidad de cualquier mensaje entre ellos y que ha permanecido inalterable durante la transmisión. Esto significaría que, por ejemplo, que el sentido del voto emitido por el socio y comunicado a la sociedad, no sólo ha sido el manifestado por el accionista, sino que el contenido declarado ha permanecido inalterable durante la transmisión por medio de la Red. A estos propósitos de seguridad en la comunicación electrónica sería recomendable que las sociedades anónimas adoptaran el protocolo seguro de comunicación *https* (*Hipertext Transfer Protocol Secure*), mediante el cifrado SSL (*Secure Sockets Layer*), extendido en la actualidad. Esta es la posición generalizada en la página Web (o sitio Internet) de las sociedades cotizadas, en el desarrollo reglamentario del art. 117.2 de la LMV, con el fin de atender el derecho de información del accionista y difundir la información relevante de la sociedad al mercado. Esta seguridad ya se estableció para la Web (o sitio Internet) de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (esta última establecida por el Acuerdo de la CNMV, de 15 de septiembre de 2006 (CIFRADO/CNMV), de conformidad con las exigencias requeridas por la Directiva de Transparencia 2004/109/CE⁴⁹.

Con el protocolo seguro de comunicación: (i) se autentica la identidad de la Web social, ofreciendo certidumbre al accionista de que realmente es la *web* de la sociedad que indica la URL, (ii) se cifra la información alojada en ella y se asegura la confidencialidad de los mensajes comunicados entre la sociedad y sus accionistas; en el caso que nos ocupa, los actos relacionados con el ejercicio de los derechos. Esta tecnología se visualiza en pantalla mediante las siglas *https* y el certificado de autenticidad, colocando el cursor en la imagen

⁴⁸ El art. 8.2 de la Directiva 2007/36/CE dice: “El uso de medios electrónicos para permitir a los accionistas participar en las juntas generales sólo podrá supeditarse a los requisitos y restricciones necesarios para garantizar la verificación..., de la seguridad de las comunicaciones electrónicas y únicamente en la medida en que resulten proporcionados para alcanzar dichos objetivos”

⁴⁹ La estructura y características del sistema CIFRADO/CNMV puede consultarse en FLORES DOÑA, M^a.S.: “Cumplimiento telemático de los deberes de información relevante a la CNMV”, págs. 79 y ss.

del candado que aparece en la pantalla y haciendo un doble *clicks* sobre la misma. El desarrollo de esta tecnología se realiza mediante especificaciones y estándares internacionales; los cuales evolucionan al compás de los avances tecnológicos. El legislador se abstrae de la técnica a través de la que se obtiene la garantía de certidumbre respecto de la identidad del accionista y de seguridad de las comunicaciones electrónicas. Pero estas exigencias están implícitas en las cláusulas “certidumbre respecto de la fuente de información”, “protocolo seguro de comunicación”, “confidencialidad, seguridad de la comunicación, minimización de riesgo de acceso no autorizados, certidumbre respecto de la fuente de recepción”. Las expresiones se utilizan en el art. 4.3 del RD 1362/2007, sobre “publicación y difusión de la información regulada” en la página web del emisor y con ellas pueden relacionarse las especificaciones “técnicas y jurídicas”, mencionadas en el art. 117.4 de la LMV para la página web de la sociedad cotizada⁵⁰ y toda vez, que la página web constituye un referente importante de la Directiva 2007/36/CE [Considerando (6)]. En este contexto relacional y de equivalencias entre el “lenguaje electrónico” y el “lenguaje jurídico”: (i) la “certidumbre respecto de la fuente de información y de recepción” ofrecida por la web de la sociedad (*ex* art. 4.3, en conjunción con el 4.6.a) del RD 1362/2007) reforzaría la identidad del accionista, cuya garantía asume directamente la firma electrónica avanzada, acreditada con el certificado reconocido (arts. 97.5, 105.4 y 106.2 LSA, en relación con el art. 3.4 de la LFE), (ii) la “confidencialidad” y la “seguridad de la comunicación” requerida a la web de la sociedad ((*ex* art. 4.3 del RD 1362/2007) ofrecería la “seguridad de la comunicación electrónica” impuesta por la Directiva 2007/36/CE para el ejercicio de los derechos del accionista y que las sociedades españolas vienen cumpliendo, a través del protocolo seguro de transferencia de hipertexto (*https*), con el que interactúa el programa del certificado de firma avanzada reconocida del accionista (o la tarjeta criptográfica, en caso de que se habilite esta modalidad)⁵¹. Finalmente, la “minimización del riesgo de corrupción y de acceso no autorizados” (art. 4.3 del RD 1362/2007) se refiere a la

⁵⁰ La técnica de cláusulas generales se sigue también en otras disposiciones relacionadas con la Web empresarial. Tal es el caso de las referencias a la “accesibilidad y reproducibilidad sin cambios de la información almacenada requeridas al soporte duradero” de las empresas adscritas a los mercados financieros (art. 6 de la Ley 22/2007, de comercialización a distancia de servicios financieros con el consumidor). O los niveles de seguridad exigidos a las empresas que presten servicios al público (art. 2 de la Ley de Impulso a la Sociedad de la Información, 56/2007).

⁵¹ La protección del perímetro de seguridad es un desafío permanente de las empresas de seguridad tecnológica. En este sentido se indica que “una de las mayores preocupaciones de todas las organizaciones, tanto públicas como privadas, es la protección de sus Sistemas de Información y Telecomunicaciones”. La interconexión mediante las “infraestructuras de comunicaciones que proporciona la red Internet... exige que la protección del perímetro de nuestras redes, la *frontera del mundo civilizado*, tiene que estar en constante evolución, para poder mantener el adecuado nivel de protección, contra las amenazas provenientes del territorio de los bárbaros, Internet” (CAÑIZARES, “Dispositivos de protección de perímetros”, págs. 66-67)

inalterabilidad e integridad de los contenidos registrados en la *web* corporativa y tiene como idea subyacente la “impenetrabilidad del sistema”, es decir, la entrada prohibida de “personas” extrañas al círculo estrictamente necesario para el funcionamiento tecnológico del entorno que sustenta toda la información social. Por ello, la exigencia de impenetrabilidad es un tema especialmente delicado en el caso de los actos relacionados con el ejercicio de los derechos del accionista, porque su significado debe asociarse con la sensibilidad del sentido del voto o la pregunta que formula un accionista y la potencial conflictividad del contenido declarado por el socio con el interés dominante (s) en el círculo de influencia de los administradores y accionistas significativos; en quienes reside el control último de todo el Sistema tecnológico, al que ya se ha hecho referencia anteriormente.

La comparación de las ideas señaladas con el modelo predominante adoptado en las sociedades cotizadas españolas descubre que la página web de la sociedad a través de la cual se realizan los actos comprendidos en el ejercicio de los derechos del accionista⁵², es un sistema integrado⁵³, permite organizar unitariamente todos los elementos que componen los requerimientos, actos y procedimiento implicados en el ejercicio de los derechos del accionista. El carácter instrumental de la *web* corporativa en el ejercicio del derecho de información, formulado en el art. 117.2 de la LMV se extiende en las sociedades cotizadas a los demás derechos, como el de voto y representación. En este entorno electrónico, la disposición del certificado de firma electrónica avanzada, y su interoperabilidad con todos los elementos del sistema y el cifrado de los contenidos aseguran la identidad del accionista que ejerce sus derechos y la integridad del acto durante la comunicación a la sociedad, de acuerdo con el nivel de confianza establecido por la LSA. En este contexto tienen sentido las previsiones de los Reglamentos de las sociedades a favor de la recepción de la comunicación del acto remitido por el accionista a través de la Web como prueba de su cumplimiento

⁵² El carácter instrumental de la página web en el ejercicio de los derechos del accionista por medios electrónicos es predominante en las sociedades cotizadas. Entre los textos consultados pueden señalarse los siguientes: “Acreditar la identidad del accionista y la autenticidad del contenido del mensaje mediante formalización según el modelo o fichero que se inserte en la página Web” (Reglamento de la Junta General de Acciona); “comunicación a la sociedad a través de su página Web” (Reglamento de la Junta General de Iberdrola); “para conferir su representación mediante comunicación electrónica con la sociedad, los accionistas deberán hacerlo a través de la página Web de la Sociedad (www.tecnicasreunidas.es)”

⁵³ La naturaleza de la página web como sistema integrado de todos los actos, formularios, instrucciones,... comprendidos en el ejercicio de los derechos del accionista se descubre en el siguiente tenor del Reglamento de la Junta General de Técnicas Reunidas, S.A.: “Una vez que el accionista disponga de su correspondiente firma electrónica podrá, a través del espacio “Junta General” de la Web de la sociedad (www.tecnicasreunidas.es) y siguiendo las instrucciones allí prevista, otorgar su representación a otra persona”.

electrónico⁵⁴. En cambio podría considerarse atentatoria con el principio de proporcionalidad exigida en materia de garantías, la amplitud de la cláusula de reserva de derecho a favor de la sociedad para solicitar a los accionistas los medios de identificación adicionales que considere oportunos para garantizar la autenticidad del voto, de la delegación o de la asistencia telemática.

IV. Conclusiones

- La incertidumbre que provoca la falta de seguridad ofrecida por la estructura funcional de Internet se soluciona jurídicamente con dos institutos dependientes entre sí y funcionalmente interoperativos: (i) el de la firma electrónica reconocida, acreditada por el certificado de un prestador de servicios reconocido (que se regula en la LFE 59/2003) (ii) el protocolo seguro de transmisión de hipertexto, mediante cifrado (*https*), que está implícito en el desarrollo reglamentario de las exigencias requeridas a la *web* corporativa o Sitio Internet de las sociedades cotizadas (Orden ECO 3722/2003, de 26 de diciembre, Circular 1/2004 de la CNMV, de 17 de marzo y RD 1362/2007, de 19 de octubre, en relación con el art. 117 de la LMV).
- La firma electrónica reconocida o firma avanzada, acreditada con el certificado de un prestador de servicios de certificación reconocido, es la única firma electrónica avanzada: (i) que se equipara a la firma manuscrita en soporte papel (art. 3.4 LFE), (ii) que goza de presunción de autenticidad, según se deduce, *a sensu contrario* del art. 3.8, en relación con el 3.2 LFE y 3.1 LFE. De esta manera, la acreditación de la identidad del accionista mediante certificado reconocido de firma avanzada, determinaría el límite dentro del cual los Estatutos y los Reglamentos de funcionamiento de la Junta General podrían fijar el procedimiento de verificación de la autenticidad.
- La experiencia de las sociedades cotizadas es acorde con la legislación de firma electrónica. La preferencia por el certificado emitido por la Autoridad Pública de certificación española CERES -entre otras, por Inditex y Técnicas Reunidas, S.A.-, es compatible con cualquier otro tipo de certificado reconocido de firma avanzada que la sociedad seleccione, de acuerdo con el principio de libertad que rige en la actividad certificadora (art.5.1 de la LFE). No obstante, sería necesario, que el prestador de servicios de certificación elegido por la sociedad fuese externo, con el fin de evitar los riesgos de *arbitrariedad* a que conduciría el que una de las partes de la relación con interés frecuentemente en conflicto con los del accionista (s) decida quien ha de certificar la identidad de la contraparte. Esta propuesta encontraría su apoyo en la exigencia de que se “minimice el riesgo de corrupción de datos y de acceso no autorizado” en la transmisión electrónica de la información por la sociedad cotizada (emisor) (art. 4.3 del RD 1362/2007).

⁵⁴ “Con la recepción se entiende realizada la comunicación de la representación” (Inditex). “Cuando la representación se confiera a algún Consejero y/o al Secretario del Consejo de Administración, esta comunicación se entenderá realizada mediante la recepción por la Sociedad de dicha delegación electrónica” (Técnicas Reunidas, S.A.). Reglas comunes para la prueba del acto de emisión de voto y de representación: “documento electrónico formalizado por accionista a través de la Web social y autorizado con su firma electrónica reconocida será estimado a los efectos de la representación y emisión del voto a distancia “como copia en formato electrónico inalterable de la tarjeta de asistencia, delegación y voto” (Iberdrola).

- El certificado reconocido es un documento cuya posesión y uso crea una situación objetiva de apariencia de titularidad en el tráfico electrónico. Por ello, tendrían que admitirse por todas las sociedades anónimas, como garantía suficiente y proporcionada de la identidad del accionista exigidas para el ejercicio de los derechos del accionista por medios electrónicos (arts. 97.5, 105.4 y 106.2 de la LSA en relación con los mandatos de la Directiva 2007/36/CE). Además, la equivalencia internacional de los certificados reconocidos (art. 14 LFE e impuesta en el Mercado interior por la DFE 1999/93/CE) es una pieza clave en el efectivo desarrollo y credibilidad del ejercicio transfronterizo de los derechos de información y de voto por medios electrónicos.
- La exclusiva referencia en la LSA española a la garantía de la identidad del accionista exige su adaptación a la Directiva 2007/36/CE, con el fin de que los Estatutos de las sociedades anónimas habiliten un sistema de comunicación electrónica entre ella y sus accionistas que den certeza respecto de la confidencialidad de cualquier mensaje y la inalterabilidad de su contenido durante la transmisión. Esto significaría, por ejemplo, que el sentido del voto emitido por el socio y comunicado a la sociedad, no sólo ha sido el manifestado por el accionista, sino que el contenido declarado ha permanecido inalterable durante la transmisión por medio de la Red. A estos propósitos sería recomendable que las sociedades anónimas adoptaran el protocolo seguro de comunicación de cifrado, que siguen las sociedades cotizadas y que está implícito en las exigencias requeridas a la *web* corporativa: (i) “certidumbre respecto de la fuente de información y de recepción”, (ii) “confidencialidad” y “seguridad de la comunicación” (*ex art. 4.3, en conjunción con el 4.6.a) del RD 1362/2007*)
- La favorable aceptación de las sociedades cotizadas españolas al ejercicio de los derechos del accionista por medios electrónicos permite apreciar: (i) el elevado potencial y las múltiples alternativas que ofrecen las tecnologías de la información y comunicación en la mayor y mejor racionalización en la organización y dinamismo en el funcionamiento de la Junta General, (ii) que la página web de la sociedad (o sitio Internet) constituye el instrumento común para el ejercicio de los derechos del accionista, (iii) la idoneidad de la página *web* como sistema integrado, de las garantías legalmente exigidas en el ejercicio de los derechos del accionista. De un lado, el uso de la firma avanzada, acreditada por un prestador de servicios reconocido como modelo preferente para garantizar la identidad del accionista. De otro el protocolo seguro de comunicación y el cifrado de los contenidos, como garantías de la seguridad de las comunicaciones entre la sociedad y el accionista (o viceversa).
- Esta nueva realidad empresarial y jurídica indica el comienzo de una verdadera transformación en la organización de las sociedades anónimas, en el funcionamiento y adopción de acuerdos por la Junta General. En apenas una década, desde una Junta General formada por todos los socios reunidos en el mismo lugar y tiempo, en los que se adoptaban sucesivamente sus respectivos acuerdos, se ha transitado a la coexistencia de esta modalidad de celebración y de acuerdos de modo presencial con una modalidad virtual en el que los socios pueden asistir a la Junta y ejercer sus derechos de asistencia, voto y representación a distancia, a través de múltiples canales vertebrados por la Red Internet. Las transformaciones indicadas y el escenario plural de la Junta General de la sociedad cotizada invita a profundizar en la atinada reflexión del profesor Rodríguez Artigas: (i) en cuanto a la conveniencia de que “quizás debamos superar el viejo modelo de asamblea colegial y presencial de accionistas”, (ii) respecto de la necesidad de que “nos planteemos seriamente si la Junta de las Sociedades Cotizadas es realmente el

órgano adecuado para desempeñar las complejas e importantes funciones que le encomienda la Ley y cuyo correcto ejercicio afecta a muchos y muy variados intereses”.

- Sin embargo, la articulación de las TIC no ha tenido el desarrollo adecuado para alcanzar el “control efectivo de los administradores por los accionistas” (según se propone por la Directiva 2007/36/CE), fundamentalmente: (i) por la timidez de los medios técnicos ofrecidos por las sociedades cotizadas, (ii) por la insuficiente regulación del contenido de los derechos del accionistas. Las elecciones empresariales en este sentido no contribuyen al activismo accionarial ni inciden en el efectivo control de los administradores por los accionistas. En efecto, las sociedades cotizadas se inclinan por aplicaciones de comunicación exclusivamente unidireccional o bidireccional (correo sociedad-socio o viceversa, solicitud de información por el accionista, representación mediante solicitud pública), con lo que enriquecen los canales de comunicación entre el socio-sociedad-mercado y se estimula el ejercicio del derecho de representación del accionista y la concentración de los votos a favor del Consejo el ejercicio. En cambio, la inexistencia en la Web corporativa, de aplicaciones que promueven la comunicación multilateral entre los socios (como es el blog, foro, etc.) desincentivan el activismo accionarial de los “socios interesados, pero no significativos”, en orden a poder influir conjuntamente en los Acuerdos de la Junta y como efecto reflejo, el control de la Junta sobre los administradores [según se aspira por la Directiva 2007/36/CE, Considerandos (3) y (4)]. De este modo, el modelo diseñado por las sociedades para el ejercicio de los derechos del accionista por medios electrónicos se está convirtiendo en un instrumento más a disposición del órgano administrativo para fortalecer el poder de los administradores y debilitar o neutralizar el control efectivo de los mismos por la Junta General. Estas ideas constituyen el centro del debate científico, mostrando los desacuerdos y críticas a la adecuación de los métodos y procedimientos desarrollados por las sociedades anónimas para el ejercicio del accionista.

V. Bibliografía

AAVV: *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, I, Cizur Menor (Navarra), 2006.

AAVV: *Commercio elettronico, Documento informatico e firma digitale* (ROSELLO/FINOCCHIARO/TOSI, dirs.), Milano 2000

ALCOVER GARAU, G.: “Aproximación al régimen jurídico del voto electrónico”, en AAVV: *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, I, Cizur Menor (Navarra), 2006.

BIANCA: “La firma digitale”, *Commercio elettronico e categorie civilistiche* (SICA/STANZIONE, dir.), Milano 2002.

BÜCHNER,: “Internetspezifische Vertragsformen in europäische Kontext”, en *Electronic business in Europa* (LEHMANN,dir.), München, Wien 2002.

CAÑIZARES: “Dispositivos de protección de perímetros”, a+D *auditoría + seguridad*, 2006-5, septiembre-octubre, págs. 66 y ss.

DE SANTIS: “Documento informatico, firma digitale e dinamiche processuale in Commercio elettronico, en *documento informatico e categoria civilistiche* (SICA/STANZIONE, dirs.), Milano 2002.

FERNANDEZ DEL POZO, L.: “El escaso éxito del Reglamento de la Junta de accionistas como instrumento de revitalización de este órgano”, *RDBB* 106-2006, págs. 105 y ss.

---/VICENT CHULIA, F.: “Internet y Derecho de Sociedades. Una primera aproximación”, *RDM* 237/2000, págs. 915 y ss.

FLORES DOÑA, M^a.S.: “Cumplimiento telemático de los deberes de información relevante a la CNMV”, *RMV* 3-2008, págs. 79 y ss.

---: “Documento electrónico (*electronic document*)”, “Firma electrónica (*electronic signature*)”. El significado y régimen de los términos utilizados sobre Firmas y Derecho electrónico pueden consultarse en *Glosario explicativo e-derecho* (FLORES/FERNÁNDEZ-PAMPILLON/MATESANZ/LOPEZ-OROZCO,coords.), http://www.ucm.es/info/contratos/index_es.htm

---: “Las TIC como sustento de la transparencia corporativa y vehículo de comunicación en los Mercados de Valores europeos”, *RMV* 2-2008, págs. 153 y ss.

---: “El modelo armonizado de publicidad en el *Sitio Internet* de las autoridades supervisoras de los Mercados de Valores”, en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal* (Libro Homenaje al profesor Rafael García Villaverde), I, Madrid 2007.

GARCIMARTIN, F.J.: “La propuesta de Directiva sobre el ejercicio transfronterizo de los derechos de voto”, *RdS* 26-2006, págs. 203 y ss.

MARTINEZ MARTINEZ, D.F.: “La armonización del derecho societario europeo en el siglo XXI: un análisis sistemático desde la integración uniforme de las fuentes comunitarias”, *RdS* 30-2008, págs. 239 y ss.

MARTINEZ MARTINEZ, M^a.T.: “La Directiva sobre el ejercicio de los derechos de los accionistas en la Junta general de las sociedades cotizadas, y su impacto sobre el Derecho español”, *RdS* 2-2007, pág. 65

---: “Derecho de información del accionistas e instrumentos y obligaciones de información de la sociedad”, en AAVV: *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, I, Cizur Menor (Navarra), 2006.

---: “El derecho de información de accionista en los supuestos de ampliación del orden del día. Su ejercicio en los supuestos de asistencia telemática del socio a la Junta General”, *RdS* 26, 2006-1, págs. 39 y ss.

MUÑOZ PAREDES, J.M^a.: *Nuevas Tecnologías en el funcionamiento de las Juntas geneales y de los consejos de administración*, Madrid 2005.

NOACK: “Neue Entwicklungen im Aktienrecht und moderne Informationstechnologie 2003-2005!”, *NZG* 7-2004, págs. 297 y ss.

RECALDE, A.: “Incidencia de las Tecnologías de la Información y Comunicación en el desarrollo de las juntas generales de las sociedades anónimas españolas”, *InDret* 3/2007, (www.indret.com)

RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: “La Junta General en la encrucijada”, *Abstract*, <http://www.proyectojuntageneral.org/abstracts/presentación.html>

---: “El Reglamento de la Junta General y los derechos del accionista: planteamiento general”, en AAVV: *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, I, Cizur Menor (Navarra), 2006.

RONCERO, A.: “La captación del voto a través de la solicitud pública de representación: transparencia, igualdad de oportunidades y conflictos de interés”, en AAVV: *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, I, Cizur Menor (Navarra), 2006.

ROSELLO: “La nuova disciplina del Commercio elettronico. Principi generali e ambito di aplicación”, *Giur. Comm* 18.1-2004, págs. 43 y ss.

ROSSNAGEL: “Die europäische Richtlinie für elektronische Signaturen und ihre Umsetzung im neuen Signaturgesetz”, en *Electronic business in Europa* (LEHMANN,dir.), München, Wien 2002.

SALAU: “Le cadre législatif et réglementaire en France », Lovaine 2000.

ZAGAMI: *Firma digitale e sicurezza giuridica*, Milano 2000