



Tribuna
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2008

8



Reseña de Jurisprudencia
De lo Social

13



Actualidad Legislativa Comentada
Supresión del I. Patrimonio

16

DOCTRINA

LA LEY 130/2009

El derecho de información de los administradores, antes y después de la ley de transparencia

Pablo RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA

Responsable del Departamento de Derecho Procesal. Manubens & Asociados Abogados

A pesar de ser una cuestión tradicionalmente controvertida, el reconocimiento del derecho de información en favor del administrador no ha merecido la atención que cabía esperar de parte de nuestros autores. En las siguientes líneas se intenta analizar la evolución de la jurisprudencia sobre la materia, particularmente para destacar las diferencias entre la línea mantenida antes y después de la aprobación de la Ley de Transparencia.

Con carácter previo, deben consignarse algunas consideraciones generales, así como exponer el marco en el que, históricamente y actualmente, deben resolverse estas controversias:

a) Como es conocido, la infracción del derecho de información, dado su carácter imperativo y vinculado con el orden público, determina la nulidad radical de la totalidad de los acuerdos adoptados por la Junta. Esta sanción ha sido tradicionalmente justificada en el entendimiento de que aquella violación determina que el socio asista a dicha Junta sin poder llevar a cabo un responsable y consciente ejercicio del derecho de voto (1).

b) De otro lado, con base en el artículo 7 del Código Civil (CC), nuestros Tribunales tienen también sentado que debe rechazarse todo ejercicio abusivo del derecho de información, que, lejos de dirigirse al mencionado ejercicio responsable del voto, tiene como finalidad dificultar el normal desarrollo de la vida societaria (2). Dice, por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2003: «el derecho de información (...) no se puede llevar a un extremo tal que produzca un imposible funcionamiento correcto y normal de la sociedad, sobre todo enclavando la alegación de tal derecho en el área del abuso del derecho; y—se añade ahora— no se puede desvincular el derecho de los socios a obtener información de su propia finalidad, cual es el ejercicio adecuado y responsable de su derecho de voto».

c) Específicamente en relación con el derecho de información del administrador, debe partirse de la siguiente dualidad: por una parte, la presunción de que aquél conoce la marcha, contabilidad y evolución de la sociedad; por otra parte, la constatación de una realidad tan innegable como lamenta-

I. FINALIDAD DEL ARTÍCULO

Este artículo persigue someter a revisión la afirmación que, todavía a día de hoy, mantiene buena parte de nuestra doctrina sobre esta materia, consistente en que el socio que también es administrador y que, a pesar de su cargo, ignora la marcha de la sociedad, (i) puede ejercitar el derecho de información legalmente reconocido en favor de los socios (artículos 112 de la Ley de Sociedades Anónimas —LSA—, y 51 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada —LSL—), y (ii) si ese derecho no le es satisfecho, aquél está legitimado para impugnar la Junta General respecto de la que la información le ha sido denegada.

Como necesaria consecuencia de lo anterior, en este trabajo se llevará a cabo un examen de los supuestos en los que ese derecho de información ha venido siendo admitido por nuestros Tribunales.

sumario

■ Tribuna	¿Es idónea a efectos de contradicción una sentencia afectada por una transacción homologada por el Tribunal Supremo?	8
■ Reseña de Jurisprudencia	De lo Social	13
■ Jurisprudencia	Doctrina legal sobre infracciones muy graves en relación con la realización de transportes discrecionales de viajeros y mercancías	15
	Delito de prevaricación judicial por retardo malicioso en la Administración de Justicia	15
■ Actualidad Legislativa Comentada	Supresión del Impuesto sobre el Patrimonio y otras modificaciones en la normativa tributaria	16



Tribunal Supremo
la sentenciadel día

Interpretación del vocablo «crédito» litigioso incluido en el art. 1535 CC, respecto al cual se reconoce al deudor derecho de retracto en caso de venta

Ponente: Corbal Fernández, Jesús

11



OPINIÓN

El reconocimiento del derecho de información a favor del administrador y, por tanto, se halla en principio obligado a suministrar aquélla, puede parecer una cuestión sorprendente.

No obstante, es obvio que el primer requisito para facilitar información es disponer de ella, y la realidad constantemente nos enseña que muchos administradores (especialmente, de sociedades de gran tamaño y cotizadas) no disponen del más elemental conocimiento que les permita informar a quienes se lo solicitan. Tal es la razón de que el derecho de información analizado haya sido reconocido.

Sin embargo, sucede que en numerosas ocasiones ese reconocimiento ha sido otorgado con demasiada generosidad, en favor de administradores cuya ignorancia no constaba o que habían contribuido en mantenerse en un cómodo desconocimiento.

Tras la aprobación de la Ley de Transparencia, que impone a cada administrador el específico deber de informarse, esos reconocimientos no pueden seguir manteniéndose, cuando menos en los términos históricamente aceptados. Así lo han entendido (con algunas excepciones) los Tribunales, bien supeditando la posibilidad de ejercer el derecho de información a que el administrador haya tratado de informarse de las cuestiones a tratar en determinada Junta; bien sencillamente considerando que si un administrador es ignorante al momento de dicha Junta, ha sido negligente en el cumplimiento de su obligación de procurarse constante información, lo que le impide ejercer posteriormente su derecho a ella.

Desde luego, este generalizado endurecimiento de los presupuestos para el ejercicio del derecho de información del administrador únicamente puede ser bienvenido. No obstante, en este artículo se lamenta que haya sido necesaria una reforma legislativa para que ese cambio de tendencia haya tenido lugar, cuando ya antes disponíamos de instrumentos suficientes para poner coto a los comportamientos abusivos de los administradores. Se concluye, pues, con la triste constatación de que la práctica otorga razón al inacabable afán regulatorio del legislador.

ble: como ya se denunciaba en el documento «Reflexiones sobre la reforma de los Consejos de Administración» (3), buena parte de los administradores de nuestro país son perfectos desconocedores de los extremos antes mencionados.

Una de las denuncias más gráficas vertidas sobre este fenómeno ha sido descrita por JOSÉ LUIS DE URQUIJO y ANTONIO CRESPO: «Si atendemos a las principales manifestaciones de esta falta de información —según los resultados obtenidos en las encuestas realizadas entre varios consejeros de distintas empresas nacionales de gran dimensión— resulta curioso destacar cómo, en bastantes ocasiones, la prensa y los medios de comunicación en general adquieren información relevante con anterioridad a que ésta se facilite al consejo de la empresa interesada. Así, numerosos consejeros se quejan de que en ocasiones la documentación no es recibida con la debida antelación, siendo muchas veces insuficiente y poco homogénea —en cuanto a su amplitud— entre los miembros del consejo. Éstos acceden a través de la prensa a informaciones que debieran conocer por su condición de consejeros, dado que los asuntos de importancia se resuelven frecuentemente al margen del consejo» (4).

Ante esta situación (en gran medida, todavía predicable a día de hoy), a continuación expondremos la improcedencia de reconocer el derecho de información del administrador en los términos descritos por nuestra doctrina, que puede formularse como sigue: de acuerdo con el principio de que no cabe responsabilidad derivada de aquello que no se domina (*keine Haftung ohne Herrschaft*), aquel derecho debe corresponder a todo administrador ignorante, sin más distinciones.

En efecto: si fuera lícito operar sobre semejante lógica, quedaría abierta una enorme puerta al abuso de derecho, pues, por motivos en muchas ocasiones espurios, al administrador le puede convenir mantenerse en el más absoluto y cómodo de los desconocimientos. Se impone, pues, añadir un requisito adicional para ese reconocimiento del derecho de información: determinar si la ignorancia del administrador proviene de una actuación obstruccionista de parte de los demás administradores o si, por el contrario, deriva del simple desinterés de aquél.

Dejamos a continuación constancia de algunas consideraciones relativas a cada una de las ignorancias apuntadas; la impuesta, derivada de la infracción del derecho de información que corresponde a todo administrador; la buscada o tolerada, consecuencia de la violación del deber de aquél de informarse:

a) La ignorancia impuesta, específicamente en el seno de las sociedades cotizadas, aparece ya denunciada en el Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades de 1998 (in-

forme Olivencia), que recomendó el establecimiento de mecanismos tendentes a satisfacer el derecho de información que cualquier consejero puede ejercitar respecto de los demás (5).

Asimismo, merece la pena citar el Informe sobre Buen Gobierno de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 22 de mayo de 2006, del que, como explica, entre otros, MATEU DE ROS (6), destaca el reflejo del derecho de todo consejero a recibir, con suficiente antelación y claridad (de acuerdo con la expresión anglosajona *accurately, timely and clear*), el orden del día definitivo de la reunión, así como toda información previa relativa a los puntos a tratar en aquélla.

b) En relación con la ignorancia querida o tolerada —la predominante en las grandes sociedades, especialmente, en las cotizadas—, resulta especialmente relevante recordar que el deber de información era unánimemente considerado por nuestra doctrina como una particular manifestación del general deber de diligencia (artículos 127.1 LSA y 61.1 LSL) (7). Especialmente enfático se ha venido manifestando, en este punto, SÁNCHEZ CALERO, al señalar que la ignorancia es la mejor prueba de la negligencia del administrador en el ejercicio de su cargo: «(...) sobre los [administradores] no ejecutivos permanece igualmente el deber de desarrollar la labor precisa para que el consejo cumpla sus funciones, de programar la estrategia de la sociedad, cuidar la marcha de la misma, defender el patrimonio social, etc. La pasividad de los miembros no ejecutivos es una manifestación del incumplimiento de su deber de diligencia, cuya intensidad dependerá ciertamente de la composición del consejo, la actividad de la sociedad, el carácter presidencialista o no del propio consejo, que se trate de una sociedad abierta o cerrada, y de otros factores. En este sentido, se ha dicho que la circunstancia de que unos administradores afirmen que han estado por completo ignorantes de la gestión de la sociedad por su confianza en el presidente en el consejo o de los consejeros ejecutivos, lejos de constituir una causa de exoneración de su responsabilidad, constituye una confesión del incumplimiento del deber de diligencia que corresponde a todo miembro de la administración» (8).

La gravedad y extensión de esta modalidad de ignorancia determinó que el Informe para el Fomento de la Transparencia y Seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas (el conocido como informe Aldama) recomendara el abandono de concepciones pasivas del cargo de administrador, así como dedicar con continuidad el tiempo y esfuerzo necesarios para seguir de forma regular las cuestiones que plantea la administración de la sociedad, recabando la información suficiente para ello y la colaboración y asistencia que considere oportuna (9).

Este informe, paralelo en el ámbito de la Unión Europea al titulado *A modern regulatory framework for Company Law*

in Europa (informe Winter), desembocó en la aprobación de la Ley 26/2003, de 17 de julio —generalmente conocida como Ley de Transparencia—, por la que el deber de información de todo administrador adquirió específica consagración legal. Lo hizo mediante la introducción de un segundo párrafo en el artículo 127 LSA, con el siguiente contenido: *cada uno de los administradores deberá informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad*.

Finalmente, de nuevo en relación con las sociedades cotizadas, el ya mencionado el Informe sobre Buen Gobierno de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 22 de mayo de 2006 da buena cuenta del escepticismo del organismo rector acerca de la posibilidad de ejercer diligentemente el cargo de administrador en diversas sociedades, y acerca de que dicho cargo sea fácilmente compatible con otras actividades profesionales (10). Específicamente, puede leerse en la recomendación 26: *Que las sociedades exijan que los consejeros dediquen a su función el tiempo y esfuerzo necesarios para desempeñarla con eficacia y, en consecuencia: a) que los consejeros informen a la Comisión de Nombramientos de sus restantes obligaciones profesionales, por si pudieran interferir con la dedicación requerida; b) que las sociedades establezcan reglas sobre el número de consejos de los que puedan formar parte sus consejeros*.

Volviendo al deber de información recogido en el artículo 127.2 LSA, nuestra doctrina y Tribunales (por ejemplo, sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 24 de octubre de 2006, y de 21 de noviembre de 2005, y sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de abril de 2006) tienen pacíficamente sentado lo siguiente:

a) A pesar de que el artículo 61 LSL no ha sido modificado, el deber analizado es también predicable en el seno de las sociedades de responsabilidad limitada, pues, como se ha dicho, nos hallamos ante una norma de simple desarrollo del deber de diligencia.

b) Se trata de un deber estrictamente individual, no atribuido al órgano de administración en su conjunto (lo que sería absurdo: si debe partirse de que al menos algún administrador está debidamente informado, no cabe imponer aquel deber a quienes, por hipótesis y en su conjunto, conocen la marcha de la sociedad), sino a cada uno de los administradores, que debe hacerlo valer frente al resto.

c) Es un deber independiente del modo en el que la administración aparezca configurada (salvo, claro está, que se trate de un administrador único); particularmente, es también aplicable a los casos en que haya mediado delegación de funciones.

Es más: en este último supuesto —que da naturalmente lugar a que los conse-

jeros delegados tengan mejor conocimiento de la situación de la sociedad—, es cuando el ejercicio del deber de información debe ser más insistente, de modo que cabe considerar que nos hallamos ante el supuesto de hecho preferentemente contemplado por la norma.

d) El deber de información debe hacer valer tanto respecto de la marcha general de la sociedad, como en relación con los específicos asuntos a tratar en cada reunión del Consejo de administración (11). Esto es: al margen de que el administrador deba pedir regularmente información sobre la evolución de la sociedad, debe hacerlo, con especial intensidad, en relación con las cuestiones que van a ser analizadas en cada reunión de dicho Consejo.

En cualquier caso, en la convocatoria de esas reuniones, las principales obligaciones se imponen al presidente del Consejo, que debe poner en conocimiento de todos los consejeros los puntos a tratar, justificándolos con detalle y remitiendo la documentación necesaria para su adecuado estudio. No obstante, si un consejero considera que la información recibida no es suficiente, debe solicitar los detalles que considere oportunos; caso de que su petición no sea atendida, está facultado pedir un aplazamiento de la deliberación.

Constatada la gran amplitud del deber de información, se ha llegado a afirmar que el administrador debe, con carácter general y sin distinción alguna, informarse de cualquier decisión que pueda afectar a la sociedad (12).

e) Por último, suele añadirse que la relación de la administración respecto de la información constituye, jurídicamente, una función, que contiene tanto un deber como de un derecho [este último, además, no susceptible de limitación: resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de 4 de mayo de 2005: (13)].

No obstante, en relación con la materia específicamente analizada en este trabajo (la información en relación con la convocatoria de determinada Junta General), puede afirmarse que nos hallamos, como regla general, ante un deber, que únicamente muta en derecho cuando, tras haberse ejercido frente al resto de administradores, ha sido desatendido. Se trata, pues, de un derecho condicionado a la concurrencia de un especialísimo supuesto —la previa denegación de la información—, que impide que pueda afirmarse que el administrador tiene, como regla general y ante determinada Junta, derecho a la información. Como veremos, así lo vienen entendiendo buena parte de las resoluciones judiciales que actualmente vienen cayendo sobre esta materia.

Es más: en ocasiones, nuestros Tribunales van más allá y afirman que, considerando que el deber de informarse no consiste sólo en requerir información con

motivo de la inminente celebración de una Junta, sino, de modo categórico, en la obligación de tener continuado conocimiento de la marcha de la sociedad —así también, por ejemplo, DÍAZ ECHEGARAY (14)—, la función de información jamás mostraría su cara configurada como derecho. De acuerdo con esta tesis, convocada determinada Junta, el administrador debiera haber anteriormente conseguido, mediante su general seguimiento de la marcha de la sociedad, toda la información necesaria para estar en condiciones de, a su vez, informar a cualquier socio que así se lo pida.

A continuación pasamos a analizar la postura de nuestros autores acerca de este derecho de información, para más adelante examinar la evolución (que, ya avanzamos: existe) de nuestros Tribunales.

II. LA TESIS DOCTRINAL

Con carácter previo, debemos apuntar el principal error en que incurren nuestros autores: afirmar que nuestros Tribunales no han llevado a cabo evolución alguna sobre esta materia, sino que siempre han mantenido el mismo principio, si bien matizado en función de las circunstancias concurrentes en cada caso.

Como constataremos en los apartados siguientes, no es así. A pesar de que la evolución jurisprudencial se presenta en buena parte errática, con carácter general puede afirmarse que, hasta determinado momento, nuestros Tribunales reconocieron con notable facilidad el derecho de información del administrador ignorante, postura que ha ido evolucionado hasta la actualidad, en la que se viene exigiendo —si bien tampoco de forma unívoca— una clara constatación de que el administrador intentó obtener la información, y que ésta le fue injustificadamente denegada por los administradores sí informados de la marcha de la sociedad.

Partiendo de lo elemental, es innegable que algunas de las sentencias recaídas sobre esta materia han reconocido el derecho de información en favor del socio administrador, mientras que otras lo han rechazado. Ante semejante diversidad, y como se ha anticipado, nuestros autores inducen la siguiente regla general: puede ejercer el derecho de información quien es socio y administrador y, a pesar de ello, carece de información sobre la marcha de la sociedad. En consecuencia, se concluye que no puede hablarse de contradicción en el tratamiento que esta materia ha merecido de parte de nuestros Tribunales, pues éstos siempre han resuelto previa constatación de un presupuesto: si el administrador es o no ignorante.

En esta línea se pronuncia, por ejemplo, ÁVILA NAVARRO, que añade que quienes dudan de la existencia de una postura unívoca de nuestros Tribunales no han entendido que la resolución siempre ha dependido de la constatación o



no del presupuesto mencionado. Dice este autor que: «(...) se plantea con relativa frecuencia el caso del socio administrador que trata de impugnar los acuerdos por falta de información, y se discute si tal socio tiene también ese derecho como cualquier otro socio; el caso está suficientemente resuelto y si sigue cuestionándose es por un mal entendimiento de la jurisprudencia, que se tacha erróneamente de contradictoria (...). En definitiva, no existe la contradicción: el socio administrador tiene derecho de información, pero es absurdo que alegue falta de este derecho cuando tiene en su poder y es él la persona llamada a atender las peticiones de los socios; si podría alegarla si es un administrador honorífico, sin acceso a la documentación social o si, por mal entendimiento con los demás administradores, se le niega ese acceso» (15).

Prácticamente en los mismos términos, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, que insiste en que la denuncia de contradicción es consecuencia de un examen simplista de la jurisprudencia, que siempre ha mantenido un mismo criterio, lógicamente conducente a diferentes soluciones en función de si la ignorancia del administrador había quedado o no constatada. Como resolución paradigmática en la explicitación de la inexistencia de contradicción, invoca la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1997, que será objeto de posterior examen. Dice esta autora: «Esta presunción [de que el administrador conoce la marcha social] no puede pasar por alto la realidad de las frecuentes disensiones de los órganos de administración de composición plural, y el hecho que no siempre la designación como administrador corresponde una efectiva incidencia y participación en la toma de decisiones. Aquí caben multiplicidad de supuestos jurídicos y fácticos: desde la delegación regular de funciones en el seno del Consejo, al simple reparto de tareas administrativas sin delegación formal; desde el desinterés por asistir a las reuniones e informarse de ellas, hasta la privación fáctica de un consejero incómodo de la posibilidad de recabar información, como medio, entre otros, de impedir su incidencia efectiva en las decisiones confiadas al Consejo y la vigilancia de la actividad de los delegados. En todo caso, de lo que se trata en la jurisprudencia a que venimos refiriéndonos, es de afirmar la posibilidad, siquiera excepcional, de que el administrador pueda ejercitar eficazmente el derecho

que la Ley le reconoce como accionista, con los presupuestos y los límites de éste, y no un derecho fundado en otro título» (16). En el mismo sentido se manifiesta LLINÁS ÁLVAREZ (17).

Pues bien, anticipando lo que más adelante se irá desgranando, no puede evitarse manifestar lo siguiente:

(i) Es radicalmente falso que no haya existido evolución jurisprudencial (y contradicciones) en esta materia: como veremos, se ha pasado de reconocer el derecho de información a favor del administrador que se negó a asistir a un Consejo de administración, o a firmar los documentos contables, a —especialmente, tras los informes Olivencia y Aldama y la Ley de Transparencia— supeditar el reconocimiento de ese derecho a que el administrador haya llevado a cabo todo lo que estaba en su mano para disponer de esa información.

Es más; en ocasiones, nuestros Tribunales han afirmado que es perfectamente irrelevante la causa de la ignorancia del administrador: dado que tiene obligación de estar continuamente (no sólo con motivo de determinada Junta) informado, su ignorancia constituye la mejor prueba de que ha ejercitado negligentemente su cargo.

(ii) Al margen de lo resuelto por la jurisprudencia, el más elemental sentido común imponía, desde siempre, rechazar de plano que algunos de los supuestos citados por los autores (por ejemplo, la existencia de un administrador honorífico o desinteresado, o de una delegación o reparto de funciones), pudieran legitimar la concesión del derecho de información.

En relación con el administrador honorífico o desinteresado, porque implicaría premiar a quien está incumpliendo sus deberes más elementales. Tampoco la delegación o reparto de funciones pueden bastar para que los administradores obtengan el derecho de información: de aceptarse esta posibilidad, podrían ejercerlo la inmensa mayoría de ellos. Como se ha anticipado, parece más adecuado considerar que la delegación de funciones debe elevar la diligencia en el ejercicio del deber de información.

Analicemos a continuación la evolución jurisprudencial sobre esta materia.

III. LOS PRIMEROS RECONOCIMIENTOS JURISPRUDENCIALES DEL DERECHO DE INFORMACIÓN DEL ADMINISTRADOR

En este apartado examinaremos las primeras sentencias en las que nuestro Tribunal Supremo reconoció el mencionado derecho, que son las de 13 de abril de 1962, 10 de octubre de 1962 y 23 de junio de 1973.

La primera de estas sentencias declaró la nulidad de una Junta General por infracción del artículo 110, en relación con el 108, de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951. No obstante, contrariamente a lo que pudiera pensarse, esta resolución no se centra en si el administrador puede ejercer el derecho de información; de modo bien distinto, sólo trata esta cuestión tangencialmente, rechazando, sin más explicación, que constituya obstáculo para la impugnación de una Junta por infracción del derecho de información el hecho de que el demandante tenga la condición de consejero. Y, por supuesto, nada dice esta sentencia acerca de en qué casos el administrador puede ejercitar ese derecho: según se conduce, podía perfectamente tratarse de un consejero que conocía con todo detalle la marcha de la sociedad o, al menos, la ignoraba por su propia desidia o desinterés (18).

La sentencia de 10 de octubre de 1962 sí concede datos suficientes para conocer las características del impugnante: se trata de un antiguo administrador de la sociedad, cesado poco antes de la celebración de la Junta General (concretamente, con dos meses de antelación), a pesar de lo cual se había mantenido perfectamente informado. Estas circunstancias, conjuntamente con otras, determinan que la impugnación de la Junta sea íntegramente desestimada (19).

Por último, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1973 manifiesta que el hecho de que el impugnante tuviera, a la celebración de la Junta, la condición de consejero, implicaba su conocimiento de la documentación contable de la compañía (20). Sin embargo, de modo radicalmente distinto a lo que sucede en la primera de las sentencias citadas, en este caso bien pudiéramos hallarnos un administrador por completo ignorante de la documentación que solicitaba (por causa a él imputable, o incluso por la negativa de los demás administradores a facilitarle aquélla).

Por tanto, estas sentencias no permiten extraer una conclusión nítida, ni norma general alguna: recuérdese que la primera reconoce el derecho de información a quien es administrador (según parece, independientemente de que pudiera conocer); en el otro extremo, la última de las sentencias comentadas deniega ese derecho al consejero que bien podía desconocer absolutamente la documentación solicitada.

Al margen de ello, todas estas resoluciones merecen el mismo reproche; no despliegan el más mínimo esfuerzo en analizar el elemento que, incluso antes del actual marco normativo, debía considerarse esencial para resolver estas controversias: si la ignorancia del administrador le era o no imputable.

IV. LAS SENTENCIAS INTERMEDIAS

Analizamos aquí otras sentencias también invocadas por la doctrina como supuesto apoyo de la regla general consistente en que el administrador ignorante tiene derecho de información, y que, por ser posteriores a los primeros reconocimientos de ese derecho, y anteriores a la sentencia habitualmente invocada como definitiva en esta materia, calificamos, con más o menos acierto, de *intermedias*.

En primer lugar, citamos la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1984, que, a pesar de que el impugnante había sido consejero hasta sólo un mes antes de la celebración de la Junta, concluye que esta circunstancia no permite colegir su conocimiento de la documentación solicitada, que no estuvo a su disposición en la forma legalmente prevista (21).

Nos encontramos con una sentencia que, de nuevo, concede el derecho de información con demasiada ligereza, pues no exige acreditación alguna de que el administrador efectivamente ignorase; mucho menos, que esa eventual ignorancia no le fuera imputable. Específicamente, de la lectura de la sentencia no queda claro si la documentación de la que el impugnante carece es aquélla que debió conocer mientras fue administrador, o se trata de información posterior a su cese, única hipótesis que, a nuestro juicio, le permitiría ejercer legítimamente el derecho de información.

Debe también hacerse referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1986, que analiza un supuesto en que uno de los administradores había ejercido primordialmente la gestión social, mientras que el otro se había limitado a llevar a cabo determinados actos: concretamente, la emisión de ciertas letras de cambio y talones, y la firma de un contrato de arrendamiento. En esta ocasión, la sentencia concede al segundo administrador el derecho a la información, si bien no con base en los artículos 65 y 110 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, sino en la figura de la rendición de cuentas (22).

La sentencia resulta en buena parte adecuada a la posterior doctrina de nuestros Tribunales, pues, adelantándose a los informes Olivencia y Aldama, reconoce el derecho de todo administrador a solicitar, en cualquier momento y no únicamente con motivo de la celebración de una Junta, la información que ignore sobre la marcha de la sociedad

(consagrando así un nuevo caso de rendición de cuentas, a añadir a los tradicionalmente reconocidos: entre otros, artículos 168, 279, 908 y 1720 CC). No obstante, contradictoriamente con lo expuesto, la sentencia permite la impugnación por parte de quien voluntariamente se ha mantenido al margen de la gestión social.

Destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1985, en la que el impugnante denuncia que la información le está siendo sistemáticamente ocultada. A pesar de ello, el Tribunal resuelve aplicando, sin mayor esfuerzo, la presunción de que el administrador conocía la marcha de la sociedad

Llegados a este punto, procede hacer mención a una de las sentencias más habitualmente invocadas en esta materia, concretamente la del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1992 que, constatada la existencia de graves desencuentros en el seno del Consejo, otorga al administrador ignorante el derecho de información, así como legitimación para la posterior impugnación de la Junta. Puede leerse: «(...) aunque en términos generales, conforme a Sentencias de esta Sala de 23-6-1973 y 7-10-1985, los socios, si son consejeros, salvo prueba en contrario, no pueden alegar la falta de información del art. 65, puesto que ha de entenderse que tienen conocimiento de los libros de cuentas y documentos de la sociedad, esta información no excusa la especial del art. 110 que, en el caso de autos, debe respetarse escrupulosamente, atendidas las discrepancias entre los consejeros-administradores y la inasistencia de los socios consejeros y demandantes al Consejo de Administración en el que se aprobaron el balance, cuenta de resultados y memoria de 1987 que debía proponerse a la Junta de Accionistas de 29 del mismo mes, declarándose probado por la sentencia recurrida, que el verdadero objeto de impugnación y no la de primera instancia, según notoria doctrina jurisprudencial, que los demandantes no tuvieron conocimiento de esos documentos antes de la Junta».

A nuestro entender, la sentencia parte de un presupuesto perfectamente apto para legitimar el ejercicio del derecho de información del administrador: la concurrencia de graves discrepancias en el órgano de gestión. No obstante, ese conflicto (general, no específicamente referida a las cuestiones reflejadas en el orden del día de la Junta a celebrar) constituye únicamente el punto de partida para el reconocimiento de aquel derecho, que requiere además que en relación con la Junta, los administradores ignorantes lleven a cabo to-

do lo que está en sus manos para obtener la información, actividad de la que ningún rastro existe en esta sentencia. Más bien al contrario: por lo que parece, los impugnantes no se molestaron en acudir al Consejo que aprobó las cuentas.

No cabe considerar, pues, que los demandantes cumplieran con el deber de diligencia que su cargo les imponía (desde luego, también antes de la aprobación de la Ley de Transparencia), consistente en tratar por todos los medios de obtener previamente la información, aun cuando tuvieran la íntima convicción de que su petición no iba a recibir respuesta satisfactoria.

Por otro lado, de entre las sentencias que rechazan el derecho de información, destaca la del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1985, que resuelve un caso en el que el impugnante denuncia que la información societaria le está siendo sistemáticamente ocultada. A pesar de ello, el Tribunal resuelve aplicando, sin mayor esfuerzo, la presunción de que el administrador conocía la marcha de la sociedad (23). Se trata, por tanto, de una sentencia contradictoria con algunas de las anteriormente analizadas, en las que —como hemos comprobado— se reconoce el derecho de información con base en el hecho de que el administrador desconocía, sin entrar a analizar —al menos, con la exigencia que consideramos precedente— su comportamiento anterior.

V. LA ALEGADA RESOLUCIÓN DE LA CUESTIÓN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE JUNIO DE 1997

Procede ya analizar la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1997, generalmente invocada por nuestra doctrina, no ya como aquella que puso fin a la contradicción entre anteriores resoluciones judiciales, sino como la que detalla por qué dicha discrepancia jamás se ha producido, al manifestar que nuestros Tribunales siempre han resuelto estas controversias atendiendo al mismo principio: el administrador ignorante dispone del derecho de información, posibilidad que se niega a quien ya dispone de aquélla.

Esta sentencia (a raíz del análisis de si los administradores deben ser excluidos del cómputo del 25% prevenido en el artículo 112.2 LSA) examina un supuesto en que los administradores impugnantes alegan no haber firmado los documentos contables a analizar en la Junta. Pues bien, el Tribunal Supremo, aplicando *a fortiori* la argumentación contenida en la citada sentencia de 15 de octubre de 1992, reconoce el derecho de información en favor de aqué-

llos. Puede leerse en su Fundamento de Derecho Sexto: «(...) *la irrelevancia que confiere la sentencia recurrida al hecho acreditado de faltar las firmas de las dos Consejeras antes mencionadas en los documentos contables sometidos a la aprobación de la Junta. Ahora bien, resulta indudable que semejante ausencia de esas firmas representa un factor de primordial importancia en orden a desvirtuar la presunción del previo conocimiento a que se hizo alusión* [la ya reiterada presunción de que los administradores conocen la documentación social]» (24).

Como se ha anticipado, más allá de la resolución de un caso particular, la relevancia de esta resolución radica, muy principalmente, en su pretensión de establecer una regla uniforme en esta materia, tanto en relación con lo acontecido en el pasado, como en lo que debía entenderse para lo futuro. Así, denuncia que las sentencias dictadas hasta la fecha a menudo habían sido erróneamente calificadas de contradictorias, cuando (prosigue) siempre han respondido al mismo principio: constatado que el administrador ya conoce la información, carece de legitimación para solicitarla al amparo del artículo 112 LSA; a la inversa, si el administrador efectivamente desconoce, puede solicitar aquélla y, en su caso, impugnar la Junta.

Deben hacerse constar los siguientes comentarios:

a) La sentencia estrepitosamente fracasa en su (por lo demás, encomiable) ánimo de establecer una regla acerca de cómo había venido siendo resuelta esta cuestión. Basta, para ello, con recordar que la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1962 —expresamente citada en la ahora analizada— se limitó a manifestar, con la máxima generalidad y sin constatar si el administrador era ignorante, que aquella condición no le impedía ejercer el derecho de información.

En el otro extremo, la también analizada sentencia de 23 de junio de 1973 (de nuevo citada en la sentencia ahora tratada) se limitó a manifestar, para privar al consejero del derecho de información, que debía conocer la documentación contable, sin molestarse en constatar si, a pesar de su cargo, la desconocía. En términos muy similares, la sentencia de 7 de octubre de 1985.

b) No corre mejor suerte el segundo propósito de la sentencia: la definitiva clarificación de la cuestión. Como comprobaremos, actualmente la mayoría de las resoluciones judiciales restringen a casos excepcionales el otorgamiento del derecho de información al administrador, reconociéndolo únicamente cuando aquél ha desplegado toda la diligencia que le es exigible para estar al corriente de la marcha social y, a pesar de ello, sus compañeros le han negado la información.

Es más: en determinados casos, se rechaza cualquier derecho de información

por parte de quien es administrador, bajo la consideración de que no mantenerse informado es, por sí mismo, sobrado indicador de su negligencia.

c) Por último, debe denunciarse que el criterio sentado por esta sentencia resulta inadmisibles, pues (como se ha indicado ya en diversas ocasiones) no cabe únicamente atender a si el administrador es o no ignorante; mucho más allá, se impone adentrarse en el análisis de las causas del desconocimiento. No parece que sea protegible el comportamiento del administrador que, sin cumplir las obligaciones propias de su cargo, rechaza acudir al Consejo que debían aprobar las cuentas (salvo, obviamente, que desconociera la convocatoria, lo que no parece ser el caso).

A pesar de algunas sentencias que todavía conceden con excesiva facilidad el derecho de información, nuestros Tribunales vienen imponiendo mayores exigencias para reconocer ese derecho, e incluso tajantemente lo rechazan con abstracción del comportamiento del administrador

Tampoco cabe justificar esta sentencia manifestando que en 1997 todavía no estaba legalmente consagrado el deber de información: éste deriva tan elementalmente del general deber de diligencia que la Ley de Transparencia resultaba, en cuanto a la cuestión aquí tratada, perfectamente superflua.

VI. EVOLUCIÓN POSTERIOR

En este epígrafe analizaremos lo que puede denominarse estado actual de la cuestión, del que destaca una constatación y dos consideraciones de ella derivadas: la constatación, consistente en que, a pesar de algunas sentencias que todavía conceden con excesiva facilidad el derecho de información, nuestros Tribunales vienen imponiendo mayores exigencias para reconocer ese derecho, e incluso tajantemente lo rechazan con abstracción del comportamiento del administrador; respecto de las consideraciones, debe dejarse constancia de la crítica que merece que este cambio de tendencia haya tenido únicamente lugar tras la reforma introducida por la Ley de Transparencia, así como que nuestra doctrina siga anclada en interpretaciones pretéritas acerca cuándo viene concediéndose ese derecho de información.

Estudiemos cada uno de los puntos anunciados:

1) Ciertamente, en la actualidad continúan cayendo sentencias demasiado benévolas en el reconocimiento de

la posibilidad de que los administradores soliciten información. Por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 30 de noviembre de 2005 reitera un defecto ya antes denunciado: parte de un presupuesto idóneo para el posterior reconocimiento del derecho (la existencia de conflicto en el Consejo), pero lo concede sin exigir prueba alguna de que, en el caso particular, el impugnante ha desplegado toda la diligencia que le incumbe en la obtención de la información (25). Es más: la propia sentencia da cuenta de que no consta que el administrador había actuado diligentemente, pues sencillamente parte de la concurrencia del mencionado conflicto para, sin más (y, por tanto, sobre el vacío), concluir que la información le venía siendo negada.

A pesar de sentencias como la expuesta, resulta innegable que en la actualidad nuestros Tribunales vienen endureciendo las condiciones para que el administrador pueda ejercer el derecho de información. Esta limitación puede agruparse en la forma que sigue:

a) La admisión de esa petición única y exclusivamente cuando se ha constatado que, en relación con la Junta convocada, el administrador ignorante ha hecho todo lo posible para obtener la información, a pesar de

lo cual sus compañeros se han negado a proporcionársela. De este modo, quedan privados de toda cobertura judicial las conductas por las que el administrador ha colaborado, en mayor o menor medida, a mantenerse en la ignorancia.

En esta línea, destaca la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2005, que reconoce el derecho de información al administrador, pero únicamente tras una rigurosa constatación de que ha sido constantemente privado de aquélla, a pesar de haber ejercitado con reiteración su deber de informarse (26).

Asimismo, debe citarse la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de marzo de 2006, que señala que el administrador sólo puede impugnar la Junta —«al menos en teoría», añade críticamente— cuando, con anterioridad, su derecho a obtener información del resto de administradores ha sido infringido (27).

b) Yendo más allá, algunas resoluciones argumentan que, dado que el administrador está obligado a mantenerse informado en todo momento, necesariamente actúa de modo negligente si solicita la información, súbita y únicamente, al momento de la convocatoria de la Junta.

Obviamente, esta última corriente es la que otorga mayor vigor al deber de información, en detrimento del dere-

cho a ella: si el administrador tiene el deber general y continuado de recabar toda la información relevante, necesariamente debe carecer de ese derecho si, de modo apresurado, pretende ejercerlo al convocarse una Junta General. El fundamento de ello es simple: si hubiera ejercido convenientemente su deber de informarse, a ese momento estaría ya, por hipótesis, perfectamente documentado.

La sentencia más significativa de esta línea es la del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2001. A pesar de su menor rango, especialmente expresiva resulta la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de septiembre de 2006, que contundentemente afirma que el desconocimiento de un administrador, lejos de legitimarle para ejercer el derecho de información, es la mejor razón para negárselo, pues revela que viene incumpliendo su deber de informarse de la marcha de la sociedad. Se dice, literalmente: «*Que la demandante no ejerza las obligaciones que le son propias del cargo para el que fue nombrado y aceptado, no debe implicar premiar tal pasividad, porque su obligación es gestionar la sociedad pues el artículo 61 en relación con el artículo 69 de la Ley 2/95 le impone ser diligente y el artículo 127.2 de la Ley de Anónimas les atribuye el deber de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad, más cuando tiene acceso directo a la documentación de la sociedad administrada. Por consiguiente, no puede sostenerse que un administrador social esté desinformado y por ende exigir esa información a la propia administración social sobre la gestión de la sociedad, pues ello implícitamente significa la falta de diligencia en el ejercicio del cargo*».

Asimismo, debe citarse la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 21 de noviembre de 2005, que también rechaza el derecho de información, con ocasión de una Junta General, a quien anteriormente se había desentendido de su continuado deber de informarse (28).

También en el mismo sentido se pronuncian resoluciones recaídas en casos en que el impugnante había sido administrador hasta poco antes a su solicitud de información.

Por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de enero de 2007 resuelve la controversia, no ya aplicando la presunción de que quien había sido administrador conocía la información, sino afirmando, lisa y llanamente, que debía conocerla (29).

Citamos asimismo la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de diciembre de 2005, que concluye que no puede hablarse de infracción del derecho de información cuando, con anterioridad, el administrador no había llevado a cabo esfuerzo alguno en recabarla (30).

Otros casos en los que se rechaza el derecho de información al anterior administrador vienen reflejados en las sentencias de la Audiencia Provincial de La Coruña de 24 de mayo de 2007 (31), la de la Audiencia Provincial de Asturias de 24 de julio de 2006 (32), la de la Audiencia Provincial de Valencia de 24 de octubre de 2006 (33), y la de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 21 de febrero de 2008.

2) Constatada esa notable modificación de la postura de nuestros Tribunales, no puede dejar de criticarse que se haya producido con tanta tardanza; específicamente, que haya sido necesario esperar a la Ley de Transparencia para que el deber de informarse (como hemos visto, desde siempre incluido en el deber de diligencia) haya determinado el rechazo de las peticiones de información cursadas cuando con anterioridad no se había cumplido con aquel deber.

Como es sabido, la aprobación de la Ley de Transparencia respondió al estallido de determinados escándalos financieros de gran repercusión pública. No obstan-

te, no todo hecho nuevo requiere una reforma legislativa: ya anteriormente, la Ley otorgaba mecanismos suficientes para atajar la pasividad con la que muchos administradores se venían conduciendo; bastaba con partir de la anterior redacción del artículo 127 LSA e interpretarlo tomando particularmente en cuenta uno de los criterios contemplados en el artículo 3.1 CC: la realidad social a la que la norma debía ser aplicada.

3) Por último, procede preguntarse cómo es posible que la doctrina no se haya hecho todavía eco del cambio habido en esta materia, de modo que —cual si nada hubiera acontecido— sigue invocando la más que caduca sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1997 como aquella que resolvió definitivamente esta controversia.

Este estancamiento doctrinal resulta especialmente llamativo teniendo en consideración que fueron los mismos autores quienes, en el pasado, entendieron que el deber de información se hallaba integrado en el general deber de diligencia de los administradores.

VII. LA CONSTATAción DE UNA ADICCIÓN

Como hemos comprobado, es falso que la posición del administrador en relación con el derecho de información haya merecido un tratamiento unitario de parte de los Tribunales, por mucho que en ocasiones, para justificar las divergencias, se haya añadido el siguiente matiz: que es una doctrina única, pero flexible.

Se impone entonces cuestionarse cuán flexible puede ser una doctrina sin pasar a ser, lisa y llanamente, contradictoria. A nuestro juicio, existe flexibilidad si un mismo criterio tiene siempre aplicación, pero acarrea diferente resolución en atención a los hechos probados. En la materia que nos ocupa, pudiera hablarse de flexibilidad si, constatado que el administrador era ignorante, siempre se le hubiera concedido el derecho de información, y a la inversa.

Pero la invocación de flexibilidad no puede llevar a la ruptura de lo que se califica como principio general; en esos ca-

sos, existen divergencias, contradicciones, oposiciones. Y esto es, sin duda, lo que ha sucedido en esta materia.

Reconocer la existencia de evolución y contradicciones (se desconoce evolución que no requiera de éstas), no parece que sea algo que, sobre ser vergonzante, deba ser amagado.

A nuestro parecer, en esta materia no hay contradicciones que esconder; únicamente: decepciones sobre las que reflexionar: nos referimos a la ya adelantada constatación de que, para evitar los abusos en muchas ocasiones cometidos por los administradores, que tratan de aprovechar su ignorancia para perturbar el desenvolvimiento de la vida societaria, haya tenido que mediar una reforma legislativa que consideramos perfectamente innecesaria. En definitiva, parece que, para alcanzar la sensata resolución de los conflictos, hemos desarrollado adicción hacia un fenómeno tan pernicioso como es la conocida *hipertrofia legislativa* denunciada por IR-TI (34). Únicamente con ella parecemos capaces de avanzar. ■

NOTAS

(1) *Entre muchas, las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1983, 5 de noviembre de 1987, 25 de marzo de 1988, 26 de enero de 1993, 22 de mayo de 2002, 14 de marzo de 2005 y 13 febrero de 2006.*

(2) *Por ejemplo, sentencias del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2001, 18 de junio de 2001, 19 de junio de 2001 y 31 de julio de 2002.*

(3) *Círculo de Empresarios, 3 de octubre de 1995.*

(4) JOSÉ LUIS DE URQUIJO Y DE LA PUENTE y ANTONIO CRESPO DE LA MATA, *El consejo de administración. El gobierno de las sociedades cotizadas*, ediciones Deusto, Bilbao, 1998, página 95.

(5) *Se recomienda por ello que la normativa interna de la sociedad reconozca formalmente el derecho de todo consejero a examinar los libros, registros y documentos de cualquier clase, a contactar con los responsables de los distintos departamentos y divisiones, y a visitar las instalaciones y dependencias de la compañía.*

(6) RAFAEL MATEU DE ROS CERESO, *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, página 101.

(7) *Entre otros, GARRIGUES, Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas, Tomo II, 3.ª edición, Madrid, 1976, página 131; LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO, La información en el Consejo de Administración: derechos y deberes del Consejo y de los consejeros, en El gobierno de las sociedades cotizadas, coord. GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO, Madrid, 1999, páginas 305 y siguientes.*

(8) FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, editorial Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005, página 172.

(9) *En la página 26 del informe se destaca la importancia de que todos los miembros del Consejo de Administración, sean o no ejecutivos, desempeñen su cargo de buena fe y con la diligencia necesaria para la consecución de los intereses sociales;*

actuación que debe estar orientada hacia la participación efectiva del administrador en las reuniones del Consejo.

(10) *Es conveniente que las sociedades cotizadas se aseguren de que las restantes obligaciones profesionales de sus consejeros y, de modo especial, su participación en otros Consejos no van en detrimento del buen desempeño de sus funciones en la sociedad.*

(11) *Ya el informe Olivencia (punto 4.2) hablaba de una adecuada preparación por parte de los consejeros de las sesiones convocadas tiene dos presupuestos indispensables: información y tiempo. Sin ellos difícilmente el Consejo podrá haber una contribución importante al gobierno de la compañía.*

(12) JOSÉ ORIOL LLEBOT MAJO, *Deberes y responsabilidad de los administradores, en La responsabilidad de los administradores, coord. EMILIO M. BELTRÁN SÁNCHEZ y ÁNGEL JOSÉ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, editorial Tirant lo Blanch, 2005, páginas 23 y siguientes.*

(13) *Se plantea a propósito de la supresión del derecho de acceso a la documentación social, directamente o a través de la obtención de copia certificada de la misma, por parte de los administradores en el caso de actuar colegiadamente si así lo acuerda por mayoría cualificada el órgano de administración del que formen parte (...). Aparte de la representación, corresponden al órgano de administración las facultades de gestión o administración, que tienen diversas manifestaciones, en la mayoría de las cuales la consulta de la documentación social ha de considerarse como esencial a la hora de adoptar las oportunas decisiones o de ejecutar las ya adoptadas.*

(14) JOSÉ LUIS DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y responsabilidades de los administradores de las sociedades de capital*, editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2006, páginas 127 y siguientes.

(15) PEDRO ÁVILA NAVARRO, *La sociedad limitada, tomo I*, editorial Bosch, Barcelona, 2008, páginas 402 y 403.

(16) MARÍA TERESA MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *«Consideraciones sobre el derecho de*

información del administrador y en particular, del consejero», *Revista de Derecho de Sociedades*, editorial Aranzadi, 1999, n.º 12, páginas 177 a 180.

(17) LUIS M. LLINÁS ÁLVAREZ, *«¿Hacia el reconocimiento de un derecho de información de los administradores?»*, *Revista de Derecho de Sociedades*, editorial Aranzadi, 1999, n.º 11, páginas 382 a 388.

(18) *Considerando 3.º: Que resulta evidente que el accionista recurrente no puede tener conocimiento por falta de publicidad de los documentos a que alude el artículo 108 de la Ley especial de Sociedades anónimas con la antelación prevista, y como tal conocimiento es decisivo para formar juicio sobre la exactitud del balance, memoria etcétera es indudable que se incurrió en violación del artículo invocado en el motivo (...), sin que el dato recogido en el fallo recurrido en que el señor P., accionista, resultaba también consejero, le prive del ejercicio de sus derechos a la publicidad como tal accionista.*

(19) *Considerando 4.º: (...) inexistencia de tal negativa o innecesario de la información solicitada, no sólo porque fueron contestadas al recurrente todas sus preguntas, que en mayor parte respondían a intereses privados de tercera persona ajena a la Sociedad, sino también porque a dicho actor y recurrente le era conocido perfectamente el estado de la Sociedad, puesto que desde 5 de febrero de 1958 hasta 1.º de agosto de 1959 desempeñó el cargo de Secretario general con poderes de administración y gestión, y fue asesor técnico de la Compañía, suscribió todos los contratos que se celebraron con sociedades ajenas y desde 12 de septiembre, fecha de convocatoria de la Junta, hasta su celebración tuvo a su disposición todos los libros y documentos sociales.*

(20) *Considerando 3.º: «(...) debe destacarse que el recurrente ostentaba en el momento de celebración de la Junta cuestionada el cargo de Secretario y el de Consejero de la sociedad, y ello implica, salvo prueba en contrario, el conocimiento de los libros, cuentas y documentos de la misma, sin que la sentencia contenga afirmación alguna contraria a dicho conocimiento».*

(21) *«(...) realidad fehacientemente acreditada de que los documentos indispensables para que el accionista demandante pudiese conocer la realidad social y obtener la información económica precisa no estaban a la disposición del socio en el domicilio de la Compañía, quebrantando así lo imperativamente ordenado; premisas que arrastran la repulsa del motivo tercero, que imputa a la sentencia objeto de recurso interpretación errónea del repetidamente citado art. 110 de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, pues además de que la indicación referente a que "hasta mayo del mismo año, o sea un mes antes únicamente, el señor G. fue Consejero de la Compañía y como tal conocía a la perfección todo lo relacionado con C., S.A.", no aparece basada en dato auténtico que se cite, ya este Tribunal señaló en S. de 13 abril de 1962 que la circunstancia de que el accionista sea también consejero no le priva del ejercicio de su derecho de información, protegido por la Ley».*

(22) *«(...) Si bien un administrador ha ejecutado ciertos y concretos actos de administración, por lo que no puede atribuir al coadministrador solidario la condición de administrador "de facto" exclusivo y excluyente, ello no impide ni merma su facultad de exigirle la rendición de cuentas, el acceso a la documentación e información sobre la administración, y entrega de los saldos líquidos a la caja de la Sociedad (...) el ejercicio de la acción postulando la información y rendición de cuentas, no sólo se basa en la condición de socio del demandante sino en su cualidad de administrador solidario con el hoy recurrente de la Sociedad y cuya facultad inherente a tal condición de administradores, es mutua como corresponden a la obligación que por pasiva de aquel derecho viene prevenido en el artículo 79 de la Ley de 17 de julio de 1951».*

(23) *Esta sentencia fue objeto de estudio específico por parte de GERARDO MUÑOZ DE DIOS, La Ley, 86-1, 197-2003.*

(24) *En el Fundamento de Derecho Segundo de la reciente Sentencia de 15 octubre 1992, se sienta la doctrina anteriormente mencionada con las siguientes palabras: «...»*

conforme a Sentencias de esta Sala de 23 junio 1973 y 7 octubre 1985, los socios, si son consejeros, salvo prueba en contrario, no pueden alegar la falta de información del artículo 65, puesto que ha de entenderse que tienen conocimiento de los libros de cuentas y documentos de la sociedad (...). La sentencia reseñada anuda exclusivamente la consecuencia de una presunción "iuris tantum", a saber: el conocimiento por el accionista-administrador de toda la información de la sociedad, salvo prueba en contrario (...). Pues bien, si la sola inasistencia al Consejo que aprueba las cuentas en el caso de la sentencia reseñada es una prueba en contrario que destruye la citada presunción, con mucha mayor razón la falta de firma en las cuentas anuales de las accionistas consejeras aquí recurrentes constituye una prueba en contrario decisiva que destruye la mencionada presunción de conocimiento».

(25) «En este caso, precisamente, es un hecho acreditado la pésima relación existente entre el actor y sus hermanos Don Cosme y Don Arturo, los otros dos socios y administradores solidarios de la sociedad (...). Y, en esas circunstancias de claro enfrentamiento, es más que probable que, como afirma el demandante, le tuvieran al margen de la marcha de la sociedad, sin acceso a su documentación».

(26) «El Tribunal de Instancia tuvo en cuenta y sentó como hechos probados que doña Celestina se negó a firmar las cuentas, en reunión del Consejo de Administración, y

que éste no se reunía con la periodicidad mensual prevista en los Estatutos. A su vez doña Celestina se ha visto privada continuamente de información que por razón de su cargo le correspondía acceder por lo que la infracción del artículo 127 no aparece por ningún lado. De esta manera el derecho a obtener la información que no se le suministró en momento oportuno, se presenta como derecho legítimo y válido, dada su condición de socio (...). Su integración en el Consejo de Administración resulta mas bien nominal que efectiva al no poder ejercer el cargo conforme a la normativa legal correspondiente».

(27) «Por tanto, al menos en teoría, puede aceptarse que la infracción del derecho de información de los consejeros actores pueda sustentar la declaración de nulidad de los acuerdos del consejo de administración por suponer una infracción de los arts. 127.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 61.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, según que se trate de una u otra sociedad, al impedir a algunos de los administradores sociales el cumplimiento del deber que en tal precepto se les impone».

(28) «Pese a la evidente ambigüedad de la convocatoria, ni puede hablarse de falta de información ni, menos aún, decretar la nulidad que se postula por tal circunstancia, cuando se trata de elementos que, de no ser conocidos, podrían haber sido objeto de petición y de análisis previo precisamente en función de las responsabilidades de los

propios consejeros en el desempeño de su función».

(29) «(...) D. Luis Manuel, no puede olvidarse como antes se expuso, fue administrador, lo que implica que tenía conocimiento de los libros, cuentas y documentos (artículo 127 apartado 2 en la redacción vigente hasta la reforma operada por Ley 26/2003, de 17 de julio)».

(30) «(...) no atenta al derecho de información que pudiera interesar cualquier administrador, siendo un hecho cierto que no es que al Sr. Rodolfo se le negara información por él solicitada a la sociedad, sino que él ni pidió ni acudió al domicilio de la misma a examinar la documentación que pudiera interesarle».

(31) «El 20 de junio por la sociedad se da información requerida sobre listado de clientes que tienen saldo deudor, indicando que dada la condición de administrador hasta el 2 de diciembre de 2005, ya te debería constar dicha información por conocimiento directo y exclusivo que te correspondía tener de dicha situación».

(32) «4) No puede soslayarse que el actor había sido hasta el 15-XII-03 administrador único de la Sociedad, y que desde el 17-VII-03 era Gerente de la Empresa hasta el 2-2-04 en que se resolvió su contrato por aquélla —f. 199—. (...) 6) En todo caso se ha de recordar que como señala el TS en la sentencia de 15-X-92, citada por la parte demandada, "en

términos generales, conforme a STS de esta Sala de 23-6-73 y 7-X-85, los socios si son consejeros, salvo prueba en contrario, no pueden alegar la falta de información del art. 65, puesto que ha de entenderse que tienen conocimiento de los Libros de cuentas y documentos de los Sociedad". 7) El art. 127 de la L.S.A. dispone en su n.º 2 que "Cada uno de los administradores deberá informarse diligentemente sobre las cuentas de la Sociedad"».

(33) «El propio demandante admite que obtenía información directamente (...), esto, en suma, no viene sino a ratificar el acceso personal e inmediato a las bases y soportes contables, sin que tampoco se haya acreditado que tal petición —y correlativa denegación de información— se hubiera producido con anterioridad, excepción hecha, lógicamente, de la atinente a la propia junta impugnada, razón que refuerza la inexistencia de reclamaciones previas ni, por tanto, de una situación reiteradamente denunciada de defecto de información, y, por ende, ratifica la necesidad de rechazar la falta de información como determinante de nulidad, en este supuesto, dada la posición del socio demandante en el órgano de la administración, hasta la celebración de la misma».

(34) NATALINO IRTI, L'età de l'la decodificazione, Giuffrè, 1979, traducción de L. Rojo Ajuria, editorial Bosch, Barcelona, 1992.

Revista de Derecho del MERCADO de VALORES



DIRECCIÓN

Cándido Paz-Ares
Alberto Alonso Ureba



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

Infórmese en nuestro
Servicio de Atención al Cliente:
Tel.: 902 420 010
clientes@laley.es / www.laley.es

Una perspectiva jurídica y práctica del mercado bursátil realizada por los más prestigiosos autores

La primera y única publicación que aúna toda la información que los profesionales demandan ante el crecimiento del sector del mercado de valores.

Analiza, desde un punto de vista jurídico, las cuestiones, de frecuente complejidad técnica, que generan los mercados bursátiles.

Está orientada al tratamiento en profundidad y con vocación de generalidad de la teoría y práctica del Derecho del Mercado de Valores español y comparado, en sus vertientes de producción doctrinal, legislativa y jurisprudencial, con un alto nivel académico.

