



Los jueces ponen límites al derecho de información al socio

El Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales han desarrollado un notable esfuerzo en los últimos meses para establecer los límites del derecho a la información de los socios, no sólo para sancionar la falta de transparencia de los administradores sociales, sino para determinar los límites abusivos que eviten el colapso de las juntas generales.

XAVIER GIL PECHARROMÁN

El derecho a obtener información de la sociedad por el socio está reconocido como fundamental en la normativa societaria y en el Código Penal. Como en tantos otros aspectos legales es preciso atender a la jurisprudencia para conocer las consecuencias favorables y negativas para los administradores sociales, los socios y las propias sociedades de capital (sociedades de responsabilidad limitada -SL- y anónimas -SA-) que tiene la forma de solicitarla y la negativa a hacerla efectiva.

Mayores exigencias legales

1 La información contable no sólo debe estar a disposición de los socios, sino que la sentencia (Stc.) del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1995, amplía el concepto al determinar que la petición de información obliga a dar las aclaraciones solicitadas para la aprobación del orden del día con el adecuado conocimiento del tema.

Un breve repaso de la jurisprudencia nos aclara que la normativa impone un doble derecho de información y aclaración previo a la junta general y en el transcurso de la misma, pues la transparencia es base ineludible del aval de la junta a la gestión de los administradores sociales (Stc. de 2 de noviembre

EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DEBE SABER QUE...

Orden del día. La obligación de publicar el orden del día en el consejo de administración mantiene dividida a la *jurisprudencia menor* entre quienes eximen de tal requisito y permiten tratar cualquier asunto (Stc. de la AP de Granada, de 3 de diciembre de 2001) y quienes reclaman el derecho y el deber de informar (Stc. de la AP de Valencia, de 22 de junio de 2005). Incluso se pueden cambiar los cargos de los consejeros (Juzgado nº 1 de Alicante, en Stc. de 2 de septiembre de 2010), puesto que pertenecer al consejo exige diligencia en la actuación y conocer la situación del día a día.

Ausencia de consejero. Este mismo Juzgado Mercantil (Stc. de 2 de septiembre de 2010) señala que el plazo para impugnar un acuerdo por un administrador social empieza a correr desde su adopción, a pesar de estar ausente en la reunión del con-

sejo. Es así, incluso, cuando concurre en el administrador la condición de socio, para los que el plazo es desde que "tuvo conocimiento de la adopción del acuerdo". No puede aplicarse esta previsión al ser consejero, pues, "no sólo puede conocer los acuerdos inmediatamente, sino que tiene el deber de conocerlos dada su condición".

Nombramiento de Auditor. No se admite en el Registro Mercantil el depósito de cuentas anuales de una sociedad sin obligación de verificación contable si el socio minoritario solicita una auditoría. Así, lo ordena la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) en resolución de 4 de julio de 2008. Tanto en las SL como las SA, el socio minoritario que represente al menos el 5 por ciento del capital social, tiene, junto al derecho de información, el derecho a la auditoría, con cargo a ella.

cuya adopción tendría que basarse en los datos omitidos por falta de información o que contribuyan en alguna medida a la formación suficiente de juicio para poder emitir un voto (Stc. de 8 de octubre de 1975).

Voluntad de no recibirla

2 La jurisprudencia del TS (sentencias de 16 de diciembre de 2002, 12 de noviembre de 2003 y 24 de noviembre de 2006), reconoce que no se vulnera el derecho de información del socio si a éste no se le prohíbe examinar la contabilidad y si no lo realiza es por su propia voluntad, debiendo valorarse, para apreciar o no tal vulneración, la postura omisiva del socio.

Además, en sentencia de 23 de julio de 2010, se precisa no es exigible al órgano de administración que antes de celebrarse la junta general remita al socio absolutamente toda la documentación correspondiente a la actividad social, original o por fotocopia, ni que durante la celebración de la junta aclarar al detalle lo que esté necesitado de una previa consulta de toda esa misma documentación que en determinados casos el derecho de información del socio tiene un "deber de colaboración previo a la celebración de la junta para que los datos que le interesan le puedan ser debidamente facilitados".

No se vulnera, por tanto, el derecho de in-

de 1993 a *sensu contrario* y Stc. de 29 de marzo de 1960). Las auditorías no eximen del deber de proporcionar todos los datos por parte de los administradores (Stc. de 2 de junio de 1976), ha de ponderarse la información suministrada y sus circunstancias (Stc. de 29

de enero de 1962) y se cumple el derecho de información cuando se contestan las preguntas solicitadas (Stc. de 10 de octubre de 1962). Por todo ello, su omisión es causa de nulidad radical y de pleno derecho (Stc. de 2 de julio de 1953,) y son nulos los acuerdos



BELÉN ESPERO



formación del socio de una sociedad de responsabilidad limitada (SL) si voluntariamente renuncia, tras el ofrecimiento de la administración social, al examen en el domicilio social de todos los documentos originales que sirven de soporte a las cuentas anuales, pero durante la celebración de la junta pretenda una respuesta exacta y detallada a una larga serie de preguntas que implican un análisis total y exhaustivo de la actividad social en comparación con el ejercicio anterior.

El salvavidas del burofax

3 Se respeta el derecho a la información del socio cuando la entidad demandada remite con suficiente antelación y por medio apto para su recepción urgente por los socios, como lo es el burofax, la documentación relativa a los puntos del orden del día de la junta general, si entre la remisión y la celebración de la misma se respetan los plazos legales, aunque la recogida efectiva se produzca al día siguiente de la celebración.

Que la entrega efectiva se produjera en esa fecha posterior no permite concluir que no fuera dejado anterior aviso al demandante, dada la naturaleza y el coste del medio empleado por la sociedad en cumplimiento del requerimiento practicado por el socio.

En los casos en que se sospecha la voluntad de abuso de uno de los socios, es recomendable que con anterioridad a la votación se dio lectura íntegra a toda la documentación solicitada e incorporada al acta (Stc. de la AP de Valencia, de 6 de mayo de 2010).

Límites a la documentación

4 La Ley obliga a informar, pero no a entregar la práctica totalidad de los documentos de la sociedad, ni permite que los accionistas suplan la actividad de los auditores.

Considera la jurisprudencia que se cumple con la obligación de informar con la entrega de las cuentas y balance abreviados, según los artículos 175 y 181 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), si no concurren los requisitos exigibles.

No obstante, no debe confundirse la información que los administradores deben facilitar a los socios previa a la junta, con la documentación adicional sobre partidas, cobros, pagos, ingresos y gastos, fondos propios, salvedades y objeciones de los auditores o la práctica de una pericial técnico-económica, que solicitada en tiempo y forma legales, sería denegada indebidamente, según indica una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de abril de 2010.

Las aclaraciones realizadas en la junta al accionista sin previa entrega de documentación pueden ser suficientes para asuntos de poca trascendencia, pero no si son importantes sobre el desenvolvimiento y actuaciones de la sociedad. Que los socios pidan aclaraciones en la junta sobre el orden del día y se les dé, no significa que se cumpla el artículo 212.2 de la LSA.

Indicios de abuso del socio

5 El Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de junio de 2006 indica que la apreciación de la existencia de un ejercicio abusivo exige que se demuestre que se sobrepasan manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, lo que de-

be deducirse de la intención del autor, de la finalidad que persigue o de las circunstancias concurrentes. El carácter básico de la información para los accionistas y la obligación de transparencia exige que el carácter abusivo del ejercicio del derecho quede claramente manifestado.

Por otra parte, el Alto Tribunal regula las consecuencias de la inasistencia de los accionistas impugnantes en relación con la alegación de vulneración del derecho de información, así como el alcance de éste, que no autoriza a investigar en la contabilidad y libros sociales y menos aún en toda la documentación social (Stc. de 9 de marzo de 2006).

Sin necesidad de reiteración

6 El incumplimiento de los deberes de información incluidos en la legislación en materia de sociedades constituye delito de *conculcación del derecho de información*, sin que para ello sea necesaria una reiteración en este comportamiento ni un elemento subjetivo específico, pues el legislador suprimió en la redacción final del artículo 239 del Código Penal las expresiones *maliciosa y reiteradamente* que constaban en el proyecto de reforma.

Así, en un auto de la AP de Madrid, de 5 de abril de 2010, se concluía que el comportamiento típico exige que se actúe sin causa legal, por lo que el tipo se limita "a supuestos en los que los admi-

NO DEBE CONFUNDIRSE LA INFORMACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES CON LA PEDIDA POR SOCIOS

EL DERECHO A LA INFORMACIÓN NO SE EJERCITA CUANDO LE CONVIENE AL SOCIO

nistradores nieguen o impidan el derecho sin alegar causa alguna; a quienes alegan una causa legalmente inexistente o a aquellos en que la alegación de una causa legal sea manifiestamente abusiva".

Este tipo penal no reconoce, que el derecho de información y el examen de la contabilidad puedan ejercitarse en cualquier momento que le convenga al socio, sino limitado al periodo de convocatoria de la junta.

Si no se ha convocado la junta para la aprobación de las cuentas anuales, no es posible sostener ni que se haya "negado ni que se haya impedido" un derecho que era imposible de ejercitar por no haber nacido.

Datos ciertos de última hora

7 Si a un socio no se le entregan de modo inmediato y legible los documentos contables que solicite, aunque éste tuviera conocimiento de las cuentas de la SL por haberlas elaborado él mismo o por contar con más datos que los demás administradores, se vulnera su derecho.

La legitimación del socio para impugnar el acuerdo de aprobación de las cuentas sociales, dado que éste "se refiere a la documentación presentada en la junta, que puede coincidir o no con la contabilidad conocida por el socio" (Stc. 23 de julio de 2001). Una

cosa es que se conozca total o parcialmente la situación económica y patrimonial y otra distinta que las cuentas que se presentan a aprobación se correspondan con aquélla.

Falta del informe del auditor

8 Es válido un acuerdo de aprobación de las cuentas anuales de una sociedad, adoptado en junta general ordinaria, aun antes de haberse emitido el informe del auditor, cuando no tenga justificación su anulación al ser claro que el nuevo acuerdo sustitutivo no variaría sustancialmente respecto del primero.

Así, lo confirma una sentencia también el Tribunal Supremo (21 de julio de 2010), sin que tenga trascendencia que uno de los socios minoritarios haya ejercido la facultad de solicitar la designación por el registrador Mercantil de un auditor que efectúe la revisión y verificación de las cuentas anuales del ejercicio social.

Esta sentencia, si bien no niega la trascendencia del informe auditor, la relativiza al rechazar la impugnación del acuerdo sobre determinadas circunstancias, como que el auditor emitiera el informe con posterioridad a la junta, con la conclusión de que las cuentas reflejaban en todos los aspectos significativos una imagen fiel de la situación económica y patrimonial de la sociedad.

La oficina está cerrada

9 Si el socio encuentra cerrada la oficina de información, cuando pretenda acceder a consultar la documentación en el horario establecido por la sociedad, aún habiendo sido avisado por el administrador de que esto sucedería, la responsabilidad recae en el propio administrador.

Así, el Tribunal Supremo, en una sentencia de 26 de julio, considera vulnerado el derecho de los socios de cualquier SL, que pre-

SE CONSIDERA ABUSO LA DEMANDA DE DATOS CON INTENCIÓN MANIFIESTA DE DIFICULTAR LA JUNTA

LA FALTA DE RESPUESTA A LAS PREGUNTAS ES RAZÓN DE NULIDAD SOBRE LO ACORDADO

senten al menos el 5 por ciento del capital, a examinar en el domicilio social cualesquiera documentos relacionados con las cuentas anuales. Será así, cuando es el administrador, que es quien establece el horario para hacer factible el deber de información, es quien no cumple tal obligación al tener la oficina cerrada, sin que sea necesario que exista mala fe o la actuación abusiva por parte del socio que buscaba la información.

Nueva junta con demanda

10 Al margen del derecho a la información, es preciso tener en cuenta que son nulos los acuerdos adoptados por la junta de una SL en la que se rectifican las infracciones legales registradas en una junta previa (como, por ejemplo, la falta de presencia de un notario solicitada por un socio), si con anterioridad se ha presentado una demanda ante los tribunales.

Si se aceptase que se pueden aprobar los acuerdos de la primera junta al margen del pleito judicial, se abriría una vía para que la sociedad demandada, por más infracciones legales que cometiera en la adopción de acuerdos, nunca perdiera un pleito, pese a llevar a sus socios a la exasperación de tener que soportar la tramitación de costosos litigios contra ella para forzarle a rectificar (Stc. de la AP de Madrid, de 18 de junio de 2010).