

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 13

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
julho / dezembro de 2013

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto e Viviane Perez.

Pareceristas deste número: Caroline Da Rosa Pinheiro (UFRJ), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), Eduardo Takemi Kataoka (UERJ), Jacques Labrunie (PUC-SP), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Rodrigo Rocha Monteiro de Castro (Mackenzie – SP) e Sergio Negri (UFJF).

PATROCINADORES:

ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 13 (Julho/Dezembro de 2013)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no primeiro semestre de 2015.

**LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE INFORMACIÓN DE
LOS SOCIOS COMO MOTIVO PARA LA IMPUGNACIÓN DE
LOS ACUERDOS DE LAS JUNTAS GENERALES DE
SOCIEDADES DE CAPITAL [ARTS. 197.5 Y 204.3, b) LSC].
NOVEDADES TRAS LA REFORMA DE LA LEY DE
SOCIEDADES DE CAPITAL POR LA LEY 31/2014, DE 3 DE
DICIEMBRE, PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO
CORPORATIVO¹**

**THE INFRINGEMENT OF THE MEMBERS' RIGHT TO
INFORMATION AS A CAUSE OF CHALLENGING OF THE
GENERAL MEETING RESOLUTIONS IN CORPORATIONS
[ARTS. 197.5 and 204.3, b) LSC]. NEWS AFTER THE REFORM
OF THE CAPITAL COMPANIES ACT BY LAW 31/2014 FOR
THE IMPROVEMENT OF CORPORATE GOVERNANCE**

Maite Martínez Martínez

Resumen: El artículo aborda la vulneración del derecho de información de los socios como motivo para la impugnación de los acuerdos de la junta general en las sociedades de capital. Se analizan las novedades introducidas por la importante reforma de la Ley de Sociedades de Capital a través de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo.

Palabras clave: sociedades de capital, derechos de los socios, juntas generales, impugnación de acuerdos sociales.

Abstract: This paper discusses the infringement of the members' right to information as a cause of challenging of the general meeting resolutions in corporations. The innovations introduced by

¹ Artigo recebido em 26.02.2015 e aceito em 05.03.2015.

the major reform of the legal regime of Corporations Act by Law 31/2014 for the improvement of corporate governance are analyzed.

Keywords: private and public corporations, rights of members, general meetings, challenging of resolutions.

Sumario: 1. Introducción. 2. Motivaciones, antecedentes y concordancias en derecho comparado. 2.1. Antecedentes en España. Las motivaciones de la reforma. 2.2. El § 243.4 de la AktG alemana. 3. La inimpugnabilidad (absoluta) de los acuerdos de la junta general por la vulneración del derecho a obtener informaciones durante el transcurso de la junta general (art. 197.5 LSC). 4. La inimpugnabilidad (relativa) de los acuerdos de la junta general por la vulneración del derecho a obtener informaciones por escrito y antes de la junta general (art. 204.3 b) LSC). 5. El tratamiento procesal de los motivos de inimpugnabilidad: valoración crítica.

1. Introducción

El tratamiento de la posible violación del derecho de información de los socios como motivo para impugnar los acuerdos de la junta general, es uno de los aspectos más llamativos de la reforma del régimen de impugnación de los acuerdos a través de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. En efecto, la posibilidad de que prospere una acción impugnatoria cuando el motivo invocado sea la infracción del derecho de información se ve intensamente restringida como consecuencia de la reforma.

Ello es así en virtud de dos modificaciones complementarias. La primera se incardina en el régimen sustantivo del derecho de información de los accionistas y se expresa con rotunda claridad. Conforme al art. 197.5 LSC, “La vulneración del derecho de información previsto en el apartado 2... no será causa de impugnación de la junta general”. La norma se aplica sólo a la forma de ejercicio del derecho de información (y de satisfacción de la obligación de informar) regulada en el apartado 2 del art. 197: por tanto, a la solicitud verbal de informaciones o aclaraciones *durante* el transcurso de la junta general de una sociedad anónima, que deben responderse, siempre que sea posible, en la propia reunión.

La segunda se inserta en la novedosa incorporación a la LSC de motivos por los cuáles la impugnación resulta improcedente, esto es, de motivos de inimpugnabilidad.

Art. 204.3 LSC: Tampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en los siguientes motivos: b) La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta, salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación

La justificación de estas disposiciones, como veremos, no resulta clara, y su oportunidad es discutible. Por otra parte, al margen de la adhesión o crítica a las opciones de política jurídica expresadas en la *Ley 31/2014*, las nuevas normas sobre la impugnación de los acuerdos de las juntas generales por defectos en la información de los socios presentan ciertas incoherencias técnicas y valorativas. La norma que declara improcedente la impugnación cuando la información proporcionada a un socio sea incorrecta o incompleta, pero no esencial para el ejercicio razonable por un socio medio de sus derechos de participación (incluido, claro, el derecho de voto) [art. 204.3 b) LSC], es aplicable solamente al derecho de información ejercitado por escrito y antes de la junta general en cualquier sociedad

de capital Pero es una norma que se contrae al supuesto de información “incorrecta o insuficiente” y no obstante, información proporcionada por los administradores a requerimiento de un socio. No está comprendido el supuesto que la violación del derecho de información proceda de una negativa a informar, por parte de los administradores, que no pueda ampararse en un motivo legítimo. Como se sabe, la reforma también modifica la norma que enumera los motivos que exoneran al órgano de administración del deber de facilitar la información solicitada por los accionistas, en tiempo, forma y sobre un asunto admisible (art. 197.3 LSC). Estos motivos se amplían para incluir, junto al supuesto tradicional del perjuicio a la sociedad (y ahora también, a las *sociedades vinculadas*) por la divulgación de la información, la ausencia de la necesidad de la misma para la tutela de los derechos de los socios, y el riesgo de su empleo para fines extrasociales.

En cambio, el art. 197.5 LSC, que afirma que no es posible impugnar los acuerdos por la violación del derecho de información ejercitado en la propia junta general, sólo resulta aplicable a la SA. Salvo que se entienda procedente una aplicación analógica que resultaría muy discutible, tratándose de una restricción en los mecanismos para la tutela de un derecho de socio, la norma no se aplica a la SRL, cuyo régimen sobre el derecho de información con ocasión de la junta general, en el art. 196 LSC, no se ve alterado con la reforma. De manera que los socios de una SRL pueden pretender la anulación de los acuerdos cuando entiendan violado su derecho de información ejercitado durante el transcurso de la junta general, sin aparentes cortapisas. Es más que dudosa la procedencia de esta diferencia de trato (entre cauces de ejercicio del derecho de información, y entre tipos societarios) que en todo caso, más que en peculiaridades vinculadas a la configuración normativa de las distintas sociedades de capital, debería fundarse en sus diferencias fácticas: el carácter abierto o cerrado (y el número de socios) de la sociedad y de sus juntas generales, la existencia o no de intensos deberes de redacción y divulgación de información societaria, la política de

comunicación con los socios al margen de la junta general, las garantías para la fiabilidad de la información contable y financiera, etc. En definitiva, en aquellas circunstancias que pueden condicionar la necesidad del socio de ampliar en la junta general la información previamente disponible, y la exigencia de tutelar a la sociedad frente a solicitudes obstructivas u oportunistas.

En todo caso, debe quedar claro que la reforma sobre la impugnabilidad de los acuerdos por el incumplimiento, o el cumplimiento defectuoso de la obligación de informar a los socios, afecta exclusivamente a la modalidad del derecho de información que regulan los arts. 197 (para la SA), 520 (para la sociedad cotizada) y 196 (para la SRL) de la LSC. Esto es, al derecho a obtener las informaciones o aclaraciones o la respuesta a las preguntas que soliciten o formulen los socios acerca de los asuntos del orden del día de una junta general, o si se quiere, al derecho de información *en sentido estricto*. La reforma no incide, en cambio, sobre la tutela del derecho de los socios a examinar información documental preparatoria de la junta, que deba ser formulada y hecha accesible a los socios como consecuencia de deberes informativos de inmediato origen legal². El contexto (en el caso del art. 197.5) y el tenor literal (en el caso del art. 204.3 b) LSC: “la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta”) no permiten albergar ninguna duda a este respecto.

El derecho de pregunta o derecho de información en sentido estricto no es, desde luego, la única modalidad del derecho de información orientada a satisfacer la necesidad de los socios de

² Sobre estas dos modalidades básicas del derecho de información, pueden verse, por todos, los planteamientos de URÍA, R., MENÉNDEZ, A.; MUÑOZ PLANAS, J. M^a, *La junta general de accionistas*, en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA (dir.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. V, Civitas (Madrid 1992), p. 252, ESTEBAN VELASCO, G., “Derecho de información del accionista”, en AA VV, *Derecho de Sociedades Anónimas*, II, *Capital y acciones*, Civitas (Madrid 1994), p. 175-253, 195, y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *El derecho de información del accionista en la Sociedad Anónima*, MacGraw-Hill (Madrid 1999), p. 50-51.

minoría y apartados de la gestión, de obtener datos societarios relevantes. En todas las sociedades de capital, existen acuerdos sujetos a exigencias informativas preliminares de alcance variable (desde los acuerdos que competen a la junta general ordinaria, art. 272.2 LSC, hasta las modificaciones estatutarias, arts. 286 y 287 LSC, y especialmente, las modificaciones estructurales, art. 39.1 LME, por ceñirnos a las normas más generales), y que son objeto de deberes orgánicos de formulación, *verificación*, y puesta a disposición de los socios mediante diversos recursos informativos (depósito en el domicilio social para su consulta, entrega y envío gratuitos, inserción en la web corporativa), de multiplicidad de documentos y datos que pretenden hacer efectivo el criterio de transparencia en la gestión y poner a los socios en las condiciones idóneas de adoptar en la junta general los acuerdos correspondientes. Los deberes de preparar y difundir información relevante con ocasión de las juntas generales se acentúan exponencialmente en las sociedades cotizadas: basta con observar los contenidos que deben insertarse en la página web de estas sociedades desde la convocatoria de las juntas generales (art. 518 LSC). Pues bien, la reforma no incide en la trascendencia que las posibles infracciones a estos deberes de información y difusión puedan tener sobre las acciones de impugnación de los acuerdos de las juntas generales, que por este motivo, quedarán fuera de nuestro análisis.

2. Motivaciones, antecedentes y concordancias en derecho comparado: el §243.4 de la *AktG* alemana

2.1. Antecedentes en España. Las motivaciones de la reforma

El Informe (“*Estudio*”) sobre propuestas de modificaciones normativas de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo (Madrid, 14 de octubre de 2013), planteó la propuesta de un nuevo art. 204.3 b) como una de las medidas que pretenden evitar

el abuso del derecho de impugnación “y su utilización con fines poco confesables”³. Se trataría de un supuesto de improcedencia de la impugnación que se explica por sí mismo (*Informe*, ap. 3.9). En el caso de que se hubiera proporcionado información incorrecta o insuficiente en respuesta al ejercicio del derecho de información, y esta información no hubiera sido esencial para el ejercicio razonable, por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o cualquiera de los demás derechos de participación, concurrirían motivaciones similares a las que justifican la improcedencia de la impugnación por la infracción de requisitos de procedimiento irrelevantes, a saber: la inexistencia de un interés legítimo en la anulación del acuerdo.

En cuanto a la “justificación” del nuevo art. 197.5 LSC, el Informe de la CEGC la sostiene en la relación entre los (supuestos) fines del derecho de información cuando se ejercita durante la junta general, y las sanciones que resultan proporcionadas a su desatención por la sociedad: concretamente por el órgano de administración, que ahora, finalmente, se configura como el único legitimado para denegar la información)⁴. Si hemos de atender a lo que expresa el Informe, el derecho de información ejercitado durante la junta no tendría *per se*

³ Atendiendo a lo que expresa el Informe, la lucha contra el abuso en el ejercicio del derecho de impugnación sería el objetivo general de la reforma, al que se atiende con las modificaciones de sesgo restrictivo (sobre la legitimación para impugnar, los supuestos de improcedencia de la impugnación, y la clarificación de la posibilidad de subsanar acuerdos impugnables durante el proceso). Se daría así una respuesta normativa a la cuarta recomendación complementaria del CUBG (*Código Conthe*) de 2006, que exhortaba a estudiar las modificaciones legales precisas para evitar “el uso indebido, excesivo o abusivo de la facultad de impugnación de acuerdos de la junta general de accionistas”.

⁴ Por una parte, se afirma que por “la mera posibilidad legal” de que este derecho resulte atendido tras la junta general, resulta no incidir en su desarrollo, de manera que de mantenerse la violación del mismo como motivo de impugnación de los acuerdos de la junta general, existiría una evidente descoordinación el derecho supuestamente vulnerado y la consecuencia que se pretende. Además, la “experiencia práctica nos enseña que el ejercicio del derecho de información esconde muchas veces propósitos ajenos a su finalidad, y en ocasiones, se usa de forma abusiva con el propósito de crear artificialmente un motivo de impugnación” (*Informe*, 3.8).

influencia en el desarrollo de la misma y la posibilidad de impugnación vendría a tolerar su ejercicio con fines desviados y puramente estratégicos.

Estas afirmaciones son discutibles. Primero, porque suponen generalizar una posibilidad legal que debería entenderse como excepcional: la de postergar a un momento posterior a la junta (siete días) la información solicitada durante su transcurso, en el caso de que sea imposible de facilitar en ella (art. 197.2), y también en el supuesto, menos frecuente, de asistencia telemática del socio a la junta (art. 182). Parece cumplirse así el pronóstico de uno de nuestros más autorizados juristas, que advertía del riesgo de que en la práctica se usara habitualmente un argumento legal (la imposibilidad de proporcionar la información en la propia junta)⁵, que debería ponerse en relación con la buena fe en el ejercicio del derecho de información y sus dos posibles cauces de ejercicio. De manera que sólo aquellas informaciones que por su volumen, tecnicismo o grado de detalle, deberían haberse solicitado por el accionista, actuando de buena fe, por escrito y antes de la junta, porque no es racionalmente viable improvisarlas (por no estar en la junta, por ejemplo, el personal que puede proporcionar respuestas precisas), proporcionarlas o asimilarlas durante ella (al menos, sin dilatar extraordinariamente los debates), deberían quedar postergadas a un momento posterior a ella. Esta posibilidad de demorar el suministro de la información no es satisfactoria desde la óptica de la función del derecho (que pretende contribuir, con información relevante, a la formación de la opinión colectiva sobre el asunto inquirido) y a la igualdad de trato informativo⁶. Si el legislador considera realmente que mediante el

⁵ SÁNCHEZ CALERO, F. *La junta general en las sociedades de capital*. Madrid: Civitas, 2007. p. 283-284.

⁶ En las sociedades cotizadas, en virtud de la nueva norma del art. 520.2, “Las solicitudes válidas de informaciones, aclaraciones o preguntas realizadas por escrito y las contestaciones facilitadas por escrito por los administradores se incluirán en la página web de la sociedad”. Como se ve, la previsión no se aplica a las informaciones solicitadas verbalmente durante el transcurso de la junta.

ejercicio del derecho de información en la propia junta general no se satisface un interés informativo atendible, lo coherente sería haber limitado el ejercicio de este derecho a la solicitud por escrito, antes de la junta, confiando las preguntas durante ella a la mera posibilidad de tomar la palabra e intervenir durante los debates con sujeción a las medidas ordenadoras que disponga el reglamento de la junta general o el presidente.

Ciertamente, no es que esta modalidad del derecho de información quede privada de tutela *sobre el papel*, en virtud del nuevo art. 197. 5, que faculta al accionista “para exigir el cumplimiento de la obligación de información y los daños y perjuicios que se le hayan podido causar”. Ahora bien, resulta paradójico que un derecho de información privado de su función instrumental (propiciar el voto consciente sobre asuntos del orden del día) pueda dar lugar a daños resarcibles (causalmente conectados a la privación de la información, que deberán acreditarse por el accionista defraudado), y por otra parte, en ausencia de un proceso *ad hoc* (como el de carácter especial y sumario que regula el §132 AktG alemana), el cumplimiento coactivo del deber de informar dudosamente llegará a tiempo como para satisfacer el interés informativo del socio.

El argumento expuesto sobre los fines puramente estratégicos (“ajenos a su finalidad”) del derecho de información en la junta, pretende explicarse por sí solo, sin aportar una evidencia empírica constatable. Ciertamente, en España la litigiosidad en materia de impugnación de los acuerdos de las juntas generales es, cuantitativamente, muy abundante, y cualitativamente, aparece a menudo vinculada a la infracción del derecho de información (que parece ser el motivo más frecuente, alegado en el 38 por 100 de los supuestos)⁷. La doctrina más autorizada ha denunciado el potencial abusivo de la práctica consistente en la sistemática impugnación de las juntas, cuando existen desavenencias profundas entre las mayorías (y

⁷ Conforme al recuento estadístico que ofrece VIVES RUIZ, F. *La impugnación de acuerdos sociales en la reforma de la legislación mercantil*. Conferencia leída el 4 de noviembre de 2014 en la RAJL (separata). Madrid: RAJL 2014. p. 15-16.

sus administradores) y las minorías, sobre todo en las sociedades cerradas sin posibilidades fácticas para la desinversión. La “guerra de impugnaciones” puede obedecer al interés de lograr una transacción para obtener un buen precio por las acciones o participaciones del minoritario⁸. Si se combinan estas dos reflexiones, por un lado la conveniencia de reducir el exceso de litigiosidad, en aras al ahorro de costes y a una mayor estabilidad en el funcionamiento de las sociedades, y por otro, la frecuencia (constatada) del argumento de haberse violado el derecho de información como motivo para impugnar, parece que el legislador ha optado por lo más sencillo, que es recortar más donde hay más cantidad. No me parece lo bastante convincente, entre otros motivos porque resulta difícil acotar los supuestos de *abusividad* en el empleo del remedio impugnatorio concretamente vinculado al ejercicio *extrasocial* del derecho de información en la propia junta (que habitualmente, se asocia al ya ejercitado previamente antes de la junta, como cualquier ojeada a la abundantísima jurisprudencia en este ámbito deja ver).

Si atendemos a las propuestas normativas anteriores al Proyecto y a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, no encontramos precedentes que limiten la posibilidad de basar una impugnación de acuerdos de la junta general en la violación del derecho de información. No los hay ni en la Propuesta de Código de Sociedades redactada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación en 2002, ni en la Propuesta de Código Mercantil de 2013, en la redacción original del mismo organismo (no ya en la que corresponde al Anteproyecto de CM). El art. 214-12 de la PCM, entre las disposiciones aplicables a todas las sociedades mercantiles, incluye expresamente como uno de los supuestos tasados de nulidad (frente a la regla general de la anulabilidad de los acuerdos

⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “Impugnación de acuerdos sociales (Acuerdos impugnables)” en BERCOVITZ, A. (Coord.). *La sociedad de responsabilidad limitada*, 2ª ed., Aranzadi: Cizur Menor, 2006. p. 420, destacando las diferencias entre el empleo práctico de la impugnación en las sociedades cerradas con conflictos persistentes y las cotizadas, donde suele ser muy inferior el número de impugnaciones.

contrarios a la ley, los estatutos o lesivos), los acuerdos adoptados con violación grave del derecho de información. Y entre las exclusiones a los supuestos de invalidez (esto es, en el elenco de los *acuerdos inimpugnables* del art. 214-14), no figura ninguna alusiva a la privación de la información debida como consecuencia del ejercicio del derecho a obtenerla. En las disposiciones a aplicables a las sociedades de capital sí aparecen, en cambio, ciertas previsiones orientadas a adecuar a sus fines el ejercicio del derecho de información en la propia junta general, y también, a prevenir el abuso de la facultad para denegarla, mitigando la disparidad informativa que se produce siempre que la información se proporciona singularmente a un socio⁹.

En el curso de la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, las medidas restringiendo la impugnabilidad por la violación del derecho de información fueron objeto de enmiendas, cuya orientación común era restituir la posibilidad de impugnar los acuerdos, con ciertas cortapisas preventivas de las conductas oportunistas, cuando se hubiera denegado la información (o ésta no fuera veraz o completa) solicitada por los socios tanto antes como durante la junta general¹⁰.

⁹ Así, conforme al art. 231-69. (“*Ejercicio del derecho de información del socio en la junta General*”), la posibilidad de denegar la información solicitada en la propia junta se condiciona al supuesto de “de no ser posible por las circunstancias concurrentes satisfacer el derecho del socio en ese momento”. Una vez transcurridos los siete días en los que habrá que satisfacer la información solicitada e imposible de proporcionar en la propia junta, “*cualquier socio podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, la información facilitada por escrito, que en todo caso se incluirá como anejo del acta de la junta*”. Y conforme al art. 231-71, “*Los administradores no estarán obligados a responder a preguntas concretas de los socios cuando la información solicitada esté clara y directamente disponible para todos los socios en la página web de la sociedad bajo el formato pregunta-respuesta con una antelación de cinco días a la celebración de la junta*”.

¹⁰ En el Congreso (BOCG, Serie A, nº 97-2, de 23 de septiembre de 2014), se planteó reconocer la vulneración del derecho de información como motivo para la impugnación de acuerdos de la junta general, en las enmiendas nº 25 del GP de IU (de modificación del art. 197.5), y nº 67 del GP Socialista (de supresión del art. 197.5), por lo desafortunado de las previsiones restrictivas en el texto del Proyecto y por no venir justificada la supresión de una causa legítima de impugnación. Por su parte, la enmienda nº 70 del GP Socialista proponía añadir un nuevo art. 204 *ter*,

La impresión que todo ello arroja es que no parecía existir suficiente consenso sobre las medidas restrictivas finalmente adoptadas. Desde luego, no un nivel de consenso sobre la necesidad de reprimir los abusos en el derecho a impugnar vinculados al ejercicio del derecho de información en la junta, similar al que condujo, en Alemania, a introducir en la reforma de la *AktG* por la *UMAG*¹¹ la norma que seguramente ha inspirado el actual art. 204.3, b) LSC: el & 243.4 *AktG*.

2.2. El &243.4 de la *AktG* alemana

El contexto de esta reforma es bien conocido tanto en su país de origen como en el nuestro. En los años anteriores a la *UMAG*, suscitaron mucha polémica algunos casos de juntas generales de *Publikumsgesellschaften* en las que los debates resultaron interminables por las prácticas obstructivas de los allí conocidos como *räuberische aktionäre*. Estos accionistas, a veces con participaciones muy poco significativas, acudían a las juntas con extensísimos catálogos de preguntas o preguntas muy detalladas, que por su relación con el orden del día, y por no tratarse de información lesiva para la sociedad (o para una empresa vinculada) no era posible denegar recurriendo a los motivos (tasados) que autorizan la negativa de la Dirección a informar en la junta (&131.4 *AktG*). Pero tampoco era posible proporcionar respuestas satisfactorias sin dilatar desmesuradamente los debates, con el consiguiente desinterés y abandono de muchos de los presentes. La estrategia obstructiva

declarando que sólo procedería la impugnación basada en la infracción *grave* del derecho de información, por parte de quien hubiera ejercitado este derecho, tanto antes como durante el transcurso de la junta general, y hubiera asistido a la junta general y hecho constar en acta la infracción antes de la adopción del acuerdo. Estas propuestas se reprodujeron en las enmiendas presentadas en el Senado (BOCG, nº 425, de 29 de octubre de 2014), núms. 7 (GP Mixto), 35 y 37 (GP Entesa pel Progrès de Catalunya) y 83 y 85 (GP socialista).

¹¹ *Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts*, de 22 de septiembre de 2005.

perseguía eco mediático, y provocar un comportamiento de la Dirección (negativa a informar) o del presidente de la junta (supresión en el uso de la palabra) que permitiera sostener la impugnación de los acuerdos, y así, obtener ventajas particulares a cambio de no presentar o desistir de estas demandas¹². La necesidad de erradicar estos comportamientos oportunistas, ha seguido presente en los debates en torno a las reformas posteriores sobre el régimen de la junta general y de la impugnación de acuerdos, como expresó el Ministerio de Justicia alemán con ocasión de incorporar la Directiva 2007/36/CE sobre el ejercicio de los derechos de los accionistas en sociedades cotizadas (a través de la *ARUG*, de 30 de julio de 2009)¹³. De hecho, el art. 9 de la Directiva (*“Derecho a formular preguntas”*), que garantiza a los accionistas, sin limitaciones aparentes, el derecho a obtener de los administradores respuestas a las preguntas que formulen en relación a

¹² Para una descripción del fenómeno en Alemania, vid., por todos, MARTENS, *Leitfaden für die Leitung der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft*, 2ª ed., Köln, 2000, p. 11-17, y en “Die Reform der aktienrechtlichen Hauptversammlung”, *AG*, 5/2004, p. 238 et al; más recientemente, KOCHER, D.; LÖNNER, A., “Das Auskunftsrecht in der Hauptversammlung nach der Aktionärsrechterrichtlinie”, *AG*, 5/2010, p. 153-158, 153-154. Entre nosotros, describen la problemática de los “accionistas ladrones” y su influencia sobre las reformas del régimen de impugnación de los acuerdos en la *AktG*, JUAN y MATEU, F. “La reforma de la *Aktiengesetz* alemana por la *UMAG* de 22 de septiembre de 2005”, *RdS*, nº 25 (2005), p. 187 et al., 198-201, MARTÍNEZ, M., “El reglamento de la junta general y la información de los accionistas en las sociedades cotizadas: la insuficiencia del enfoque autorregulador”, en AA VV, *Estudios de Derecho de sociedades y de Derecho Concursal. Libro Homenaje al profesor Rafael García Villaverde*. Madrid: Marcial Pons, T. II, 2006. p. 917 et al., 926-927, FUENTES NAHARRO, “El ‘accionista depredador’. Un acercamiento a la figura y su problemática a partir de la experiencia comparada”, *RDBB* nº 128 (2012), p. 7-34, y sucintamente, HERNADO CEBRIÀ, *El abuso de la posición jurídica de socio en las sociedades de capital*. Barcelona: Bosch, 2013. p. 196.

¹³ “Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterrichtlinie“. FUENTES NAHARRO, op. cit., p. 14, alude al comunicado de prensa del Ministerio de Justicia de 29 de mayo de 2009 que contenía una *definición* de tales accionistas, como aquellos que ejercitan acciones de impugnación de acuerdos de la junta con el único propósito de perturbar significativamente la política de la empresa y obtener ventajas económicas por desistir de la acción.

los puntos del orden del día de la junta general, ha suscitado cierta inquietud por su amplitud¹⁴.

La reforma de la *AktG* a través de la *UMAG*, por lo que aquí interesa, se ciñe a dos extremos. El primero consiste en autorizar al presidente de la junta general, cuando lo prevean los estatutos o el reglamento de la junta general, a limitar temporalmente el uso de la palabra para el ejercicio del derecho de información (&131.2)¹⁵. El segundo limita la posibilidad de impugnar un acuerdo de la junta general, por causa de la negativa a informar o por haberse proporcionado información incorrecta o incompleta. Conforme al &243.4, sólo procede la impugnación por estos motivos, si de acuerdo con un criterio objetivo un accionista consideraría que la concesión de la información es un presupuesto esencial para la adecuada salvaguarda de sus derechos de participación y su condición de miembro. El alcance restrictivo de esta norma no es pacífico, con una tendencia a interpretar en términos congruentes, las circunstancias que autorizan a impugnar un acuerdo por la infracción del derecho de

¹⁴ Algún autor ha cuestionado la compatibilidad con el art. 9 de la Directiva del régimen nacional, más restrictivo y uniforme para todas las sociedades anónimas, sobre el derecho de información de los accionistas (&131): KERSTING, C. (2009), “Ausweitung des Fragerechts durch die Aktionarsrechterrichtlinie”, *ZIP*, 49/2009, p. 2317-2324. En general, esta compatibilidad se acepta, considerando que la Directiva (art. 9.2) sujeta “*el derecho a formular preguntas y la obligación de responder*” a las medidas nacionales que se adopten con el fin de garantizar, entre otros extremos, “el correcto desarrollo y la preparación de la junta general y la protección de la confidencialidad empresarial”. Por todos, en respuesta a la tesis de KERSTING, KOCHER, y LÖNNER, “Das Auskunftsrecht in der HV”, cit., *AG*, 5/2010, p. 153-158, 155-56, y PÖSCHKE, M. (2010), “Auskunft ohne Grenzen? Die Bedeutung der Aktionarsrechterrichtlinie für die Auslegung des &123 Abs. 1 Satz 1 AktG”, *ZIP*, 26/2010, p. 1221-1224.

¹⁵ Esta precisión es importante porque en Alemania, el derecho de información (“*Auskunfts-* o *Fragerecht*”) se ha concebido tradicionalmente como un derecho autónomo y de rango superior al mero derecho de voz o de palabra, que se entiende implícito en las facultades de participación del socio en las deliberaciones de un órgano colegiado como la junta general; aunque en la práctica, y como afirma expresivamente el notario WACHTER, T., “Beschränkung des Frage- und Rederechts von Aktionären”, *DB*, nº 15, p. 829-835, 833, puede ser complicado distinguir cuando el accionista simplemente habla y cuándo pregunta (las preguntas retóricas serían un buen ejemplo).

información, y los presupuestos para que su ejercicio resulte legítimo. Esto supone asimilar el supuesto de impugnabilidad por la violación del derecho de información (esto es, el supuesto de no haberse proporcionado las informaciones esenciales para la participación de los accionistas), con el que autoriza a la Dirección a denegar las informaciones solicitadas porque no son “necesarias” y por tanto, obligatorias conforme al &131.1¹⁶.

La reforma de la *UMAG*, en cambio, descartó otras propuestas más restrictivas del derecho de impugnación que contaban con autorizados defensores. En particular, las medidas que restringirían la legitimación de los socios, supeditándola a la titularidad de un cierto porcentaje accionarial, o a un vínculo con la sociedad de cierta duración. El régimen vigente en Alemania, mantiene la legitimación del socio singular para impugnar acuerdos anulables, y se limita a exigir que el demandante haya adquirido sus acciones antes de la publicación del orden del día de la junta (&245,1 y 3)¹⁷. A la hora de valorar los parecidos entre los límites a la impugnación por la lesión del derecho de información del &243.4 *AktG*, y los que resultan del nuevo art. 204.3 b) LSC, es preciso tener en cuenta, por último, que en Alemania el derecho de pregunta se reconoce sólo para ser ejercitado –y sobre todo, satisfecho– en la propia junta general (y no con anterioridad a la misma)¹⁸. Creo que la conclusión se impone por sí sola: sin que las circunstancias empíricas lo justifiquen, las restricciones a la impugnación de los acuerdos por defectos en la

¹⁶ Vid. en esta línea KERSTING, “Ausweitung des Fragerechts”, p. 2323, y KOCHER y LÖNNER, “Das Auskunftsrecht in der HV”, p. 157, con ulteriores referencias bibliográficas.

¹⁷ Vid. sobre estas propuestas, con abundantes referencias bibliográficas, R. VEIL, “Klagemöglichkeiten bei Beschlussmängeln der Hauptversammlung nach dem *UMAG*”, *AG*, 15/2005, p. 567 et al, 568.

¹⁸ Así, conforme al &131.1, “*A cada accionista se le proporcionará en la junta, previa solicitud, información sobre asuntos de la sociedad en la medida en que resulte necesaria para una valoración objetiva de los puntos del orden del día*”.

información proporcionada a los socios, que resultan de la reforma de la Ley de Sociedades de Capital española, son mayores que las introducidas en el autorizado referente alemán.

3. La inimpugnabilidad (absoluta) de los acuerdos de la junta general por la vulneración del derecho a obtener informaciones durante el transcurso de la junta general (art. 197.5 LSC)

El art. 197.5 LSC expresa una opción de política jurídica abiertamente cuestionable, pero inequívoca. Literalmente, la vulneración del derecho de información ejercitado en el transcurso de la junta general, no será causa de impugnación de ésta. La norma se aplica sólo a la sociedad anónima, y su carácter restrictivo de derechos (de los recursos para la tutela de los intereses que protege uno de los “derechos mínimos” de los socios) no permite, en mi opinión, su aplicación analógica a la SRL.

Es indiferente cuál sea la gravedad de la “infracción” del derecho de información que se haya producido en el caso concreto. Puede tratarse de la negativa, por parte de los administradores, a proporcionar a los socios la información solicitada, sin alegar motivo alguno o alegando como pretexto un motivo infundado: la posible lesión de los intereses de la sociedad o de una sociedad “*vinculada*” por la *publicidad* de la información, el carácter innecesario de la información, la sospecha de su empleo para fines extrasociales, la ausencia de relación alguna con los asuntos del orden del día, la imposibilidad de proporcionar la información en la propia junta, sin facilitarla en los siguientes siete días siguientes... O puede haberse proporcionado información insuficiente (negativa parcial a informar) para la tutela de los derechos del socio, y concretamente para orientar su participación y voto en la junta, o bien haberse proporcionado información errónea.

Por otra parte, literalmente entendida, la norma podría no tener un alcance alguno, ya que lo que dice era de sobra conocido. En

efecto, la violación del derecho de información no puede considerarse motivo de impugnación de la junta general, sino motivo de impugnación de los acuerdos adoptados sobre el asunto acerca del cual el accionista solicitó información oportuna y ésta le fue denegada sin fundamento¹⁹. La infracción del derecho de información no es un *defecto procedimental* en sentido estricto (sí en sentido amplio, si se entienden por estos defectos todos los “extrínsecos” al contenido del acuerdo), ya que no compromete la válida constitución de la junta general. Así las cosas, hay que reconocer que para quien discrepa de la opción que expresa la norma (la imposibilidad de impugnar acuerdos por la violación del derecho de información ejercitado durante la junta) es intensa la tentación de interpretarla acogiéndose a su – errónea- literalidad y vaciarla así de sentido. Éste no sería, sin embargo, un proceder adecuado para un jurista riguroso. Tanto las motivaciones expresadas en el Informe de la Comisión de Expertos para el Gobierno Corporativo, como la necesidad de una interpretación coordinada del art. 197.5 con el art. 204. 3 b) de la LSA, conducen a la inevitable conclusión de que se ha pretendido privar de virtualidad a la violación del derecho de información ejercitado en la propia junta, como motivo de impugnación de los acuerdos.

¹⁹ Esta es la consecuencia, común a la violación del derecho de información en cualquiera de sus modalidades de ejercicio, que se ha afirmado recurrentemente en la abundante jurisprudencia sobre este derecho en el marco del proceso de impugnación de acuerdos de las juntas generales. Por mencionar una sentencia reciente y representativa, dictada por el Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, puede verse en esta línea la STS 19-9-2013 (*Cementos Aliaga, SA*) (ECLI:ES:TS:2013:4950): “*Correlativamente, la negativa de la sociedad a suministrar... toda la documentación solicitada constituyó una vulneración del derecho de información del socio que vicia de nulidad los acuerdos en relación a los cuales solicitó la información*” (FD Séptimo).

4. La inimpugnabilidad (relativa) de los acuerdos de la junta general por la vulneración del derecho a obtener informaciones por escrito y antes de la junta general (art. 204.3 b) LSC).

El art. 204. 3 b) LSC trata de limitar la impugnación de los acuerdos de las juntas generales cuando el motivo alegado por el demandante para su invalidez, sea “la incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta”. El criterio de partida es restrictivo: no procederá la impugnación por estos motivos, a no ser que la información incorrecta o no facilitada “hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación”.

A diferencia del supuesto de ejercicio del derecho de información en la propia junta, la norma se aplica tanto a las sociedades anónimas como a las de responsabilidad limitada. Ningún otro sentido puede atribuirse a la expresión alternativa “accionista o socio medio”. Y también a diferencia del primer supuesto, la declaración de improcedencia de la impugnación no se hace extensiva a cualquier supuesto de “*vulneración*” del derecho de información, sino sólo a las infracciones de menor alcance que la simple negativa –infundada- a informar, esto es, a los supuestos de haberse facilitado información no veraz o insuficiente. Atendido esto, y en teoría, la simple negativa a informar por escrito y antes de la junta general, sin motivación alguna, o con una motivación cuya verosimilitud no parezca objetivamente fundada, sigue siendo motivo de impugnación de los acuerdos a los que se refería la información solicitada –y denegada.

Sin embargo, esta opción normativa parece poco coherente y escasamente efectiva. Lo primero, porque no es evidente que la información incompleta (que por serlo, puede resultar equívoca) y, sobre todo, la información errónea, sean infracciones del derecho de información de menor alcance –en términos de influencia potencial

sobre las opciones del socio para el ejercicio de sus derechos y la orientación de su voto- que la simple negativa a informar. Lo segundo, porque para ampararse en el supuesto de (relativa) inimpugnabilidad, lo más probable es que los administradores decidan proporcionar siempre alguna información (de las solicitadas por escrito y antes de la junta), siquiera genérica e inexpresiva, antes de arriesgarse a las consecuencias (la impugnación del acuerdo por los socios legitimados, sin límites aparentes) de una negativa categórica a informar. En muchos supuestos, en los que no se pidan detalles precisos sobre asuntos muy concretos, resultará sencillo sortear así la distinción entre información proporcionada e insuficiente, e información simplemente denegada.

La mayor dificultad del precepto, viene dada por la imprecisión de los términos a los que se condiciona la posibilidad de impugnar y su carácter esencialmente valorativo. A la hora de decidir la admisión de la demanda de impugnación fundada en haberse facilitado al socio información insuficiente o errónea, el juez tendrá que proceder, más que a apreciar la concurrencia de hechos objetivos, a realizar valoraciones complejas y con variables circunstanciales. No se trata, además, de valorar sólo la funcionalidad de la información sustraída o errónea para orientar el voto en la junta general, algo ya de por sí complejo cuando el *asunto* al que la información se refiere es de cierta amplitud, como sucede (según reconoce la doctrina y revela la praxis judicial) con los que competen a la junta general ordinaria (aprobación de las cuentas, de la gestión y aplicación del resultado), para los que resulta oportuna casi cualquier solicitud de información que propicie la transparencia de la gestión, y revele operaciones societarias de cierta trascendencia²⁰. Se trata de apreciar si la

²⁰ La junta general ordinaria es el escenario más conflictivo para el ejercicio del derecho de información, precisamente por la función que asume como órgano fiscalizador de la gestión y escenario de la “rendición de cuentas” a los socios. En la doctrina por todos, URÍA/MENÉNDEZ/MUÑOZ PLANAS. *Junta general*. cit., p. 255, y ESTEBAN VELASCO. *Derecho de información*. cit. p. 222 a 224. La jurisprudencia reciente ha ido mucho más allá de las ideas sostenidas en la doctrina sobre la amplitud admisible del derecho de información como derecho de aclaración

información resulta *esencial* para la tutela de cualquiera de los demás *derechos de participación* de los socios.

Así expresada, la condición de procedibilidad (para admitir la impugnación), parece tener un perímetro más estrecho que el que corresponde al nuevo motivo que autoriza a los administradores a denegar la información, basado en el carácter *innecesario* de la misma para “*la tutela de los derechos del socio*”. Sólo procederá la impugnación cuando la información resulte, no ya *necesaria* (claramente útil o relevante) para tutelar los derechos de socio en general (incluidos los económicos), sino *esencial* para el ejercicio de los *derechos de participación*: básicamente, además del voto, los de asistencia y representación. Creo que hay que incluir también los derechos de participación que se atribuyen a las minorías y concretamente, en el caso de una SA, el derecho al complemento de convocatoria (art. 172 LSC) y, en el caso de una cotizada, a presentar nuevas propuestas de acuerdo (art. 519), siempre que los accionistas que ejerciten su derecho de información reúnan los porcentajes (del 5 y del 3 por 100, respectivamente) requeridos por la ley (o los estatutos) para ejercitar tales derechos de participación. En otros

o pregunta sobre los asuntos del orden del día (y no de inspección documental), a través de un buen número de sentencias dictadas respecto a sociedades anónimas cerradas con conflictos entre socios, escasa transparencia e indicios de gestión irregular, en las que ha parecido pertinente cualquier solicitud de información y acceso a la documentación (detalles de los libros contables, liquidaciones fiscales, facturas, listados de clientes, etc.) cuando la solicitaban socios con porcentajes superiores al 25 por 100 del capital. Conforme al art. 197. 4 LSC, no es posible denegar la información a socios con este porcentaje, invocando la protección de la sociedad frente a la publicidad de datos confidenciales (y ahora, invocando los nuevos motivos de denegación): STS 1-12-2010 (ECLI:ES:TS:2010:7680); STS 21-3-2011 (ECLI:ES:TS:2011:2160); STS 21-11-2011 (ECLI:ES:TS:2011:8011); STS 30-11-2011 (ECLI:ES:TS:2011:8312); STS 16-1-2012. Sobre las tesis sostenidas en estas sentencias, vid. MARTÍNEZ, M., “Nuevas tendencias sobre el alcance del derecho de información en relación con las cuentas anuales, ejercitado por minorías cualificadas en sociedades anónimas cerradas”, *RdS* n° 38 (2012), p. 379-396, y CAMPINS, A., “Reforzamiento jurisprudencial del derecho de información de los accionistas en materia de cuentas anuales”, *RDM* n° 284 (2012), p. 423-442). Estas orientaciones se han visto respaldadas con la Sentencia del Pleno de la Sala 1ª (Civil) del TS, 19-9-2013 (ECLI:ES:TS:2013:4950).

términos: existirá información que los administradores estarán obligados a proporcionar con arreglo al régimen *sustantivo* del derecho de información (arts. 197 y 196 LSC) pero que, en caso de no proporcionarse satisfactoriamente, no permitirá impugnar los acuerdos adoptados sobre el asunto acerca del cual se pidió la información.

Esta circunstancia se dará también cuando quien ejercita el derecho de información antes de la junta, en una sociedad anónima, sea la *minoría* legal o estatutaria frente a la que no se pueden oponer los motivos (del art. 197.3) que autorizan a los administradores a denegar la información (art. 197.4). Si a ello añadimos el porcentaje mínimo del 1 por 100 del capital social (art. 206.1 LSC), o el 1 por 1000 en el caso de una cotizada (art. 495.2 b) LSC), que precisa la legitimación para impugnar de los socios, el carácter restrictivo de la reforma queda en evidencia: existirán violaciones del derecho de información individual, ejercitado antes de la junta, o del derecho de información cualificado que corresponden a las minorías, cuya *sanción* no podrá consistir en la anulación de los acuerdos adoptados sobre el asunto respecto al que se sustrajo información oportuna (relacionada con un asunto del orden del día, necesaria para la tutela de los derechos de socio, y no perjudicial para la sociedad). Los otros remedios que ahora incorpora el art. 197.5 LSC, el cumplimiento coactivo de la obligación de informar, y el resarcimiento de los daños y perjuicios causados al socio, o llegarán tarde para satisfacer el interés a la información (caso del primero, para el que no existe un procedimiento judicial idóneo), o estarán sometidos a rigurosas exigencias probatorias (caso de la acción resarcitoria) que hacen difícil su viabilidad; y se prestan, no obstante, a los mismos e incluso mayores riesgos (litigiosidad *oportunist*a y estratégica) que los que se han imputado a las acciones de impugnación.

En el caso de las sociedades cotizadas, parece difícil, a priori, que pueda darse el supuesto de que la información resulte *esencial* para la tutela de los derechos de participación de los socios, tratándose del derecho ampliado de información que tienen los accionistas de estas sociedades, y que les permite solicitar las aclaraciones que

estimen precisas sobre “la información accesible al público que la sociedad hubiera facilitado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores desde la celebración de la última junta general” aunque no guarde relación con el orden del día de la junta²¹. En efecto, cuando los accionistas soliciten por escrito la ampliación de información relevante previamente difundida, y que no guarde relación con el orden del día, lo habitual será que no se trate de información esencial para la deliberación y la votación de las propuestas de acuerdo sometidas a la junta general. Resulta coherente, por tanto, que la negativa a proporcionar las aclaraciones solicitadas sobre la información relevante previamente difundida al mercado, no pueda sostener por lo general la impugnación de un acuerdo de la junta general. Podrá ser información útil para valorar la gestión o alguna operación determinada (y por tanto, guardar una conexión laxa con la *agenda* de la junta general), pero no parece sencillo que informaciones que habrán podido difundirse varios meses antes de la fecha de la junta y habrán sido ya *procesadas* en términos de valor de cotización de las acciones, resulten *esenciales* para el ejercicio de los derechos de participación de los accionistas. Y en general, en las sociedades cotizadas, incluso cuando se ejercite el derecho de información *convencional* (esto es, se soliciten informaciones o aclaraciones o se formulen preguntas sobre asuntos del orden del día), resultará más difícil apreciar el carácter esencial de las mismas para la participación de los socios. El motivo no es otro que los intensos deberes de *disclosure* a que están sometidas estas sociedades, en todo momento y específicamente, con ocasión de las juntas generales (art. 518 LSC).

²¹ La expresión “*información accesible al público*”, debe entenderse referida, como afirma SÁNCHEZ CALERO, F., *Junta general*. cit., p. 679, a la “información relevante” en los términos del art. 82 LMV: aquella “*cuyo conocimiento pueda afectar a un inversor razonablemente para adquirir o transmitir valores o instrumentos financieros y por tanto pueda influir de forma sensible en su cotización en un mercado secundario*”. Al margen de la mayor o menor amplitud del término, es evidente que no se trata necesariamente de información relacionada con el orden del día, sino de información de interés para el mercado que los accionistas, en su condición de inversores cualificados, pueden ampliar en la junta general.

En las sociedades no cotizadas, de carácter cerrado y personalizado, donde la información regularmente accesible a los socios es escasa y poco fiable (recordemos que se trata, habitualmente, de sociedades que presentan cuentas abreviadas y sin auditar), la cuestión es si el art. 204.3 b) LSC pondrá fin a la tendencia jurisprudencial afirmada en los últimos años, sobre el alcance expansivo del derecho de información ejercitado por minorías con amplios porcentajes de participación. Mi impresión es que esto no es así necesariamente. La cuestión de qué información resulta *esencial* para la participación de los socios en sociedades opacas, con indicios de mala gestión, con conflictividad persistente con los socios minoritarios y sin posibilidades fácticas de desinversión, seguirá confiada a la apreciación de las circunstancias. En la medida en que los tribunales sigan considerando que los socios con minorías significativas tienen un derecho al control de los administradores, a través de la información que pueden recabar con ocasión de la juntas generales ordinarias, y que este derecho resulta esencial para hacer efectivo el principio de transparencia de la gestión social (como afirma la STS de 30-11-2011) y para la tutela de la condición de socio, la impugnación de los acuerdos adoptados por aquellas juntas podrá continuar siendo viable.

5. El tratamiento procesal de los motivos de inimpugnabilidad: valoración crítica

En mi opinión, la reforma de mayor alcance en relación con la violación del derecho de información de los socios ejercitado antes de la junta general, como motivo para la anulación de los acuerdos adoptados en ella, no deriva de la configuración de la causa de impugnación, sino de su tratamiento estrictamente procesal. Y es que, como sucede con los otros motivos por los que “no procederá” la demanda de impugnación (es decir, con todos los motivos de

inimpugnabilidad del elenco del art. 204.3)²² “presentada la demanda, la cuestión sobre el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación previstos en este apartado se planteará como cuestión incidental de previo pronunciamiento”.

Ciertamente, en el debate precedente sobre los criterios que debían presidir la reforma del régimen de impugnación que, desde hace años, parecía necesaria para reducir la litigiosidad y garantizar la seguridad jurídica de las sociedades y los acuerdos de sus órganos, autorizadas opiniones habían abogado por introducir algún procedimiento preliminar de inadmisión de las demandas claramente infundadas o abusivas²³. Sin embargo, esta reforma procesal no se contenía en el Proyecto de la Ley, sino que se introdujo a través de la enmienda nº 58 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados. La enmienda se declara inspirada en una de las medidas sugeridas en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de ley, para evitar la intolerable inseguridad sobre la validez de los acuerdos, en función de los nuevos criterios de

²² Esto es, la impugnación basada en infracciones irrelevantes de requisitos meramente procedimentales, en la participación no relevante de personas no legitimadas, y en la emisión de votos inválidos o el cómputo erróneo de los emitidos, cuando no resulten determinantes para la consecución de la mayoría (con arreglo a la *prueba de la resistencia*).

²³ A favor de que el reproche hacia la impugnación “no espere a la completa tramitación del procedimiento y a que recaiga sentencia”, sino que pueda ser valorado en un momento inicial, vedando el acceso a la jurisdicción de demandas abusivas, vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. “Propuestas de revisión de la impugnación de acuerdos (especial referencia a las sociedades cotizadas)” en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y otros (Coord.). *La Junta general de las sociedades de capita: Cuestiones actuales*. Madrid: Colegio Notarial de Madrid, 2009, p. 396-425, 423. También QUIJANO, J. Bases para una revisión del derecho de impugnación de los acuerdos sociales, en AA. VV., *La modernización del Derecho de Sociedades de capital en España: Cuestiones pendientes de reforma*, T. I, ed. Aranzadi: Cizur Menor, 2011. p. 261 et al., 290, entendía que entre las especialidades procesales del proceso de impugnación, debía figurar la posibilidad para el juez de lo mercantil de valorar la procedencia de la demanda en el trámite de admisión.

inimpugnabilidad, durante la larga pendencia del proceso de impugnación²⁴.

No parece, sin embargo, que tal como ha sido prevista, la inadmisión de la demanda –y la consiguiente conclusión del proceso, sin pronunciamiento sobre el fondo- en incidente de previo pronunciamiento, resulte técnicamente idónea, y admisible desde el punto de vista de las garantías procesales, para resolver *preliminarmente* cuestiones jurídicas tan controvertidas (valorativas y circunstanciales) como el carácter esencial de la información no proporcionada antes de la junta para ejercicio razonable de los derechos de participación de los accionistas. De entrada, hay que recordar que no se ha modificado la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo criterio rector, por lo que se refiere a la admisión de las demandas²⁵, deja ver el rechazo a los prejuicios sobre el fondo, fundado en el principio de la tutela judicial efectiva²⁶. La inadmisión

²⁴ “A la vista de la infinita casuística que cabe imaginar (la fenomenología es tan rica que se resiste a una clasificación o a una enumeración de grupos de casos), de prosperar la reforma, las sociedades están condenadas a soportar una inseguridad jurídica mayúscula con el riesgo de que, al cabo de mucho tiempo, confiados los administradores en el carácter irrelevante de los vicios no invalidantes de ciertos acuerdos, se puedan encontrar ellos y los socios, después, con una sentencia de nulidad de un acuerdo adoptado quizás en el lejano pasado; anulación cuya ejecución puede crear un caos organizativo interno si existen acuerdos posteriores al afectado por el vicio (pensemos en aumentos y reducciones de capital adoptados con posterioridad o actos jurídicos realizados por el administrador nombrado en junta anulada)” (Informe del CGPJ, 46).

²⁵ Art. 403.1 LEC: “Las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley”.

²⁶ En esta línea DE LA OLIVA, A., “¿Debe limitarse el derecho de impugnación de acuerdos en las sociedades anónimas cotizadas?”, *RDBB*, nº 104, 2006, p. 163 et al, 166, consideraba injustificado para casos de impugnación de acuerdos de juntas generales de sociedades, cotizadas o no, un juicio inicial de “prosperabilidad” de la demanda, recordando que conforme al principio general que consagra el art. 403.1 LEC, es preferible “el riesgo de demandas desprovistas de todo fundamento al riesgo de denegaciones de justicia sumarias”. Se trata de una idea consolidada en la doctrina procesalista: MONTERO AROCA y otros. *Derecho jurisdiccional*. 19 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. vol. II, p. 195 y ORTELLS RAMOS, M.; BELLIDO PENADÉS, R. *Derecho procesal civil*, 8 ed. Aranzadi: Cizur Menor, 2008. p. 299.

por la previsible falta de éxito de la pretensión procesal que contiene la demanda, sólo se justifica en casos tasados y expresos, cuando de un modo evidente la tutela solicitada por el demandante no está amparada por el Ordenamiento²⁷.

Las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento son aquellas, relacionadas con la falta de presupuestos procesales, que por su naturaleza suspenden el curso de las actuaciones hasta que sean resueltas, mediante el incidente específico regulado en la LEC para la excepción procesal de que se trate (caso de la declinatoria de competencia), o por el cauce del procedimiento incidental ordinario de los arts. 392 y 393 de la LEC²⁸. Y que podrían poner fin al proceso, sin pronunciamiento sobre el fondo, en el caso de resultar estimadas. Conforme a los criterios deducibles de la LEC, no parece idóneo resolver con carácter incidental y previo, la oposición a una demanda consistente en negar los hechos en que ésta se funda o en cuestionar su valoración jurídica. Unos y otros argumentos conducirán, en su caso, a la desestimación de la demanda en la sentencia²⁹. Desde esta óptica, y respecto a los motivos de impugnación que nos ocupan, parece que podrían desestimarse incidentalmente las demandas que se funden exclusivamente, en la vulneración del derecho de información ejercitado durante la junta general, ya que la impugnación por este motivo ha quedado privada de amparo normativo (art. 197.5 LSC). No así, en cambio, la vulneración del derecho de información ejercitado antes de la junta, respecto a la que el juez deberá valorar los hechos constitutivos (que se proporcionó información inexacta o insuficiente),

²⁷ ORTELLS/ BELLIDO. *Derecho procesal civil*. cit., p. 299.

²⁸ GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. en CORDON MORENO, F., y otros, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. 2 ed. Aranzadi: Cizur Menor, 2011. v. 1. p. 1621. El art. 391 LEC dispone que son cuestiones incidentales de previo pronunciamiento, aparte de las previstas como tales expresamente en la LEC (como *excepciones procesales*), las circunstancias sobrevenidas después de la audiencia previa en el juicio ordinario, en relación con la capacidad y representación de los litigantes, u otras incidencias acaecidas durante el juicio y cuya resolución sea necesaria para la continuación del mismo.

²⁹ MONTERO AROCA. Op. cit., p. 214-16.

y la cuestión jurídica de si la información que se sustrajo a los socios resultaba o no esencial para la tutela de sus derechos de participación.

A estas objeciones hay que añadir otras de índole más *técnica*, como la ausencia de precisiones sobre la iniciativa y el momento de plantear el incidente de inadmisión de las demandas de impugnación en los supuestos del art. 204.3 LSC. No parece que este incidente pueda promoverse de oficio por el juez, sino que se planteará, conforme a las reglas generales de la LEC, a instancia de parte (la sociedad demandada, en este caso)³⁰. Se entienden y comparten, por tanto, las críticas ya vertidas sobre esta manera de resolver procesalmente las cuestiones que suscitarán los nuevos supuestos de inimpugnabilidad de los acuerdos sociales, y el escepticismo expresado sobre la disposición de los jueces a inadmitir las demandas por estos motivos³¹.

³⁰ Conforme al art. 392.1 LEC, “*las cuestiones incidentales se plantearán por escrito, al que se acompañarán los documentos pertinentes y el que se propondrá la prueba que sea necesaria...*”.

³¹ Poco antes de aprobarse la *Ley 31/2014, de 3 de diciembre*, VIVES, F., *La impugnación*, p. 17-21, abogaba por una reforma procesal que pasaría por modificar el art. 403 LEC, ampliando los supuestos de inadmisibilidad de las demandas, y además, por el cambio de hábitos de nuestros jueces que “*actualmente, ni siquiera utilizan en la práctica para esta finalidad – la inadmisión de la demanda – el trámite de la audiencia previa*” (p. 21).

