



Revista de Fomento Social, 58 (2003), 571-590

---

## RECENSIONES

---

### DERECHO MERCANTIL

---

FONT GALÁN, J. I., (2002), *El derecho de información de los administradores sociales (Fundamentación y Disciplina)*, prólogo de Manuel OLIVENCIA, Córdoba, EPRINSA (Excma. Diputación Provincial de Córdoba), 236 págs.

---

Es frecuente que en las revistas y publicaciones jurídicas periódicas se contenga una sección llamada "leemos para usted", u otra denominación similar, en la que se hacen reseñas de libros o artículos jurídicos novedosos o de reciente aparición. En buena medida, eso es lo que yo he pretendido con la presentación que voy a hacer a continuación: leer para ustedes, pero no con la intención de que con ello queden ya satisfechos o saciados sobre el contenido del libro, sino antes al contrario, para que aproximándose, nazca en ustedes la curiosidad e incluso la necesidad de leerlo y estudiarlo.

Se abre el libro con un lujo en forma de prólogo del Profesor D. Manuel Olivencia. Si en este acto en vez de referirnos a la obra del Profesor Font Galán tuviéramos que hacer un panegírico de D. Manuel Olivencia, bastaría la lectura del prólogo como botón de muestra: toda su sabiduría, todo su profundo conocimiento del Derecho Mercantil en general y del Derecho de Sociedades en particular está resumido magistralmente en unas pocas páginas; llamando la atención cómo en una forma tan resumida puede haberse captado tan certeramente la esencia de un libro que es en sí mismo muy complejo.

El libro que hoy presentamos encierra una aparente paradoja: teniendo su origen en el encargo de un dictamen por la Empresa Provincial de Recaudación e Informática ("EPRINSA"), sociedad anónima unipersonal de capital público perteneciente a la Excma. Diputación Provincial de Córdoba, y por lo tanto, teniendo una vocación práctica en cuanto va dirigido a orientar y en buena

medida solventar un problema jurídico concreto, por otro lado constituye un profundo trabajo de investigación, que trasciende el supuesto específico para el que fue concebido, para llegar a ser una dogmática completa de un arduo problema mercantil, cual es el del derecho de información del administrador en las sociedades.

Además, fruto de las inquietudes personales e intelectuales del Dr. Font Galán, no es un libro que responda exclusivamente a intereses propios del positivismo jurídico, y que se base sólo y únicamente en bibliografía jurídica, con el estudio de mercantilistas prestigiosísimos como Garrigues, Olivencia, Suárez-Llanos, Muñoz Planas, García Villaverde, Sánchez Calero y otros muchos que se citan en el profuso aparato de notas a pie de página y en la bibliografía que se contiene al final del libro; sino que, además, se encuentran en él evocaciones de la sociología jurídica o de la historia de las ideas, mediante citas de autores como Max Weber o Werner Sombart, que aparte de retrotraer al lector, como me ha sucedido a mí, a esos magníficos libros del Fondo de Cultura Económica o de Alianza Universidad que fueron fuente de aprendizaje y de placer para miles de universitarios españoles, ubican y contextualizan perfectamente el problema jurídico tratado en un marco más amplio, como sucede siempre con las instituciones jurídicas, que no pueden sustraerse al contexto histórico y social donde tienen cabida.

No obstante, ello no oculta la cualidad principal del texto, que es su gran categoría de estudio jurídico, en el sentido más clásico del término. En esta época en que tan en boga está (o se

quiere que esté), el llamado “análisis económico del derecho”, nos encontramos ante una obra ejemplar bajo el prisma de la metodología del derecho, que responde a los cánones clásicos de la argumentación jurídica. Se trata de un estudio del Derecho como fenómeno normativo, y cuyo objetivo es comprender el sentido y alcance de tales normas, imprimiendo racionalidad a su aplicación. Pero no desde una visión “pandectista”, como simple ejercicio intelectual, sino desde una perspectiva axiológica, en la que el conocimiento y análisis de la norma no es un fin en sí mismo, sino que pretende orientar y canalizar su aplicación a través de la praxis jurídica. Lo que, por lo demás, es reconocido explícitamente por el autor, que no en vano anuncia textualmente en la página 74 del libro: *“Subvenir a este déficit argumentativo de fundamentación jurídico-legal del derecho de información de los administradores, así como a la denunciada falta de expresividad jurídico-positiva de nuestra legislación societaria en la materia, será, en gran medida, tarea capital del presente estudio jurídico”*.

La cuestión nuclear sobre la que versa el libro que hoy presentamos, el derecho de información de los administradores sociales, incide de lleno en una de las cuestiones más candentes del moderno Derecho de Sociedades, cual es la denominada “transparencia” en la gestión social, o utilizando la terminología que se ha usado más recientemente en España, “el buen gobierno de las empresas” (véanse los informes “Olivencia” y “Aldama”). La cual está siendo objeto de tratamiento legislativo en la actualidad, mediante el “Proyecto de Ley por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28

de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas” (título que, dicho sea jocosamente, trae inmediatamente a la memoria aquel famoso comentario “soto voçe” del Presidente del Congreso, Sr. Trillo-Figueroa, que se oyó en todo el hemisferio por “maravillas de la técnica”). Proyecto que se encuentra actualmente en fase de tramitación en el Senado, tras haber sido aprobado en el Pleno del Congreso en mayo pasado. Y que ya ha tenido cierto reflejo en la modificación de la Ley de Mercado de Valores operada por la Ley 44/2002, de Reforma del Sistema Financiero.

Preocupación por la transparencia que obviamente no es exclusiva de nuestro país, sino que es objeto de preocupación en todo el mundo (piénsese en la repercusión de escándalos recientes como el “caso Enron”), y en particular en la Unión Europea, cuya Comisión está elaborando un Plan de acción sobre derecho de sociedades, partiendo del Informe sobre la modernización del derecho de sociedades comunitario del Grupo Winter, presentado en noviembre de 2002. Y que está siendo objeto de tratamiento en diversos países de nuestro entorno: así, en Alemania se aprobó el año pasado el Informe Cromme; Francia e Italia han revisado sus Códigos, y a principios de 2003 los Informes Higgs y Smith han propuesto un conjunto de modificaciones en el código británico basado en el Informe Cadbury de 1992.

En España, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de julio de 2002,

se creó la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y la Seguridad en los Mercados y Sociedades Cotizadas, con el encargo de elaborar un informe, hecho público el 8 de enero de 2003, que ha representado un nuevo paso adelante en el camino ya seguido por la anterior Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades.

Sobre la base de este informe, el mencionado Proyecto de Ley recoge determinadas recomendaciones referidas a:

- a) Los deberes de información y transparencia.
- b) La definición y régimen de los deberes de los administradores, especialmente en el ámbito del conflicto de intereses.
- c) La obligación de dotarse de un conjunto de mecanismos en materia de gobierno corporativo que comprendan, entre otros, un reglamento del consejo de administración, así como de la junta general.

Como consecuencia de ello, la reforma normativa propuesta se concreta, por una parte, en la modificación de ciertos preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas, cuando los mismos tengan aplicación general para todas las sociedades anónimas, y por otra, en la introducción de un nuevo Título en la Ley del Mercado de Valores, dedicado a las sociedades cotizadas.

Y en lo que más importa en relación con el libro objeto de presentación en este acto, en el citado nuevo Título de la Ley del Mercado de Valores se incluye un Capítulo que tiene por rúbrica “De la

información societaria”, y se modifica el artículo 112 de la Ley de Sociedades Anónimas, relativo al derecho de información. Aunque la reforma parece anclada en las viejas concepciones que comentaremos más adelante, al establecer en el nuevo artículo 127.2 LSA el deber de información de los administradores, como deber de diligencia, pero sin hacer referencia al correlativo derecho de información del administrador.

Centrándonos ya en el texto objeto de presentación, el autor se enfrenta a una realidad que él mismo denomina “poliédrica”, dado que el derecho de información societaria presenta múltiples caras y aristas que deben ser abordadas desde diferentes perspectivas. Lo que acontece a y en una sociedad mercantil interesa o puede interesar a una pluralidad de personas, empresarios, instituciones y administraciones públicas. Quizás uno de los temas más debatidos en el derecho societario moderno ha sido y es el del derecho de información del socio. Sin embargo, este trabajo no se refiere a dicha cara más conocida del derecho de información, sino que versa sobre otra problemática mucho menos tratada, pero no por ello menos importante, que es el derecho de información del administrador social, que adquiere su sentido más pleno y su principal razón de ser en el sistema de administración colegiada o conjunta, puesto que el derecho de información del administrador o del integrante del consejo de administración es un instrumento inexcusable de la función deliberante y decisoria del órgano gestor.

El estudio parte de una premisa inicial: tanto la legislación como la jurisprudencia dan por supuesto que los

administradores, precisamente por serlo, están informados de los asuntos sociales. Y por ello, no se preocupan específicamente de regular su derecho de información, pues son ellos quienes la poseen y quienes tienen la obligación de facilitarla. Sin embargo, la realidad de la gestión societaria en las últimas décadas ha puesto de manifiesto que esta idea preconcebida no deja de ser una ingenuidad, cuando no una grave imprevisión: en órganos de gestión societaria en que hay representantes de grupos minoritarios que no controlan la sociedad, o representantes institucionales (piénsese en empresas públicas o cajas de ahorros), o administradores externos, no es infrecuente que los administradores que dominan de facto el gobierno de la sociedad oculten o hurten a otros administradores información relevante para el control y dirección de la empresa.

Se dice que vivimos en la sociedad de la información y en la era del conocimiento. Es ya un lugar común de nuestra cultura y nuestra sociedad decir que “la información es poder”; y la información societaria no escapa a dicha regla general, puesto que es un elemento decisivo para alcanzar, ejercer o retener el poder en la sociedad.

Como con toda nitidez se expresa en el texto que nos ocupa (página 35), en el marco de las nuevas tendencias normativas, postuladoras de un nuevo y más transparente gobierno de las sociedades, el derecho de información de los administradores se configura como un instrumento decisivo para el reequilibrio de poderes en el órgano de administración, la potenciación de la autenticidad y eficacia de la colegialidad del

consejo de administración y el reforzamiento de la transparencia y control de la gestión social.

El autor expone que la información societaria constituye jurídicamente un fenómeno complejo que puede representarse mediante una figura geométrica “cóncavo-convexa”: para el administrador, la información es, a un tiempo, un deber de su cargo que ha de desempeñar con toda diligencia, facilitándola a quienes tienen derecho a ella, y simultáneamente, un derecho al acceso a tal información, en tanto en cuanto que para tomar decisiones en la empresa hay que estar debidamente informado y que para poder ofrecerla a terceros hay que conocerla previamente. Y aquí radica la principal diferencia con el derecho de información del socio; mientras que éste es puramente subjetivo, el del administrador es una potestad o facultad jurídica, asociada al “*officium*” de derecho privado, es decir, al cargo de gestor social, y por tanto no ejercitable al simple arbitrio del interesado.

El legislador decimonónico parece que consideró que la información del administrador no estaba necesitada de previsión normativa. No obstante, el profesor Font, haciendo un alarde de prospección investigadora, encuentra determinados preceptos de los Códigos de Comercio de 1829 y 1885 en los que, si no de forma directa, si indirectamente, puede encontrarse algún tipo de regulación de este derecho. Concretamente, en el artículo 308 del Código de Comercio de 1829 y en el artículo 133 del Código de Comercio de 1885, que reconocen al socio colectivo, sea administrador o no, el derecho a examinar el estado de la administración y

de la contabilidad, haciendo las reclamaciones que estime convenientes al interés común.

No se trata de que el Código de Comercio reconozca explícitamente el derecho de información de los administradores, sino que al reconocérselo a todos los socios colectivos, lo hace extensivo a aquéllos que además administran la sociedad. El autor, interpretando exhaustivamente estos preceptos, concluye que el codificador, en realidad, quiere sobre todo reconocer el derecho de información a aquellas personas facultadas u obligadas a administrar y controlar la sociedad; es más, este derecho se establece y concede en virtud de la función o cargo de administrador social y no ya en virtud de la mera e inespecífica condición de socio. Es decir, este derecho-facultad se concibe como atributo inherente al cargo de administrador social, de todo administrador social, sea o no socio, lo que tiene una evidente proyección respecto de los administradores de las sociedades anónimas.

Asimismo, en esa labor de “rastreo”, encuentra el autor una mención a la protección judicial del derecho de información de los administradores en el artículo 2166 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que permite al administrador acudir al Juez para pedir que se le pongan de manifiesto los libros y documentos de la sociedad que quiera examinar.

En la legislación societaria especial, no existe regulación del derecho de información de los administradores, que ni siquiera es tratado entre los conflictos de intereses que pueden surgir en el

ámbito de la gestión y control de la sociedad. No obstante, nuevamente encuentra nuestro autor vestigios de, por lo menos, una preocupación legislativa por la información del administrador, en el artículo 38 de la Ley de Cooperativas, referido a los interventores de la sociedad, y en los artículos 303 y 304 de la Ley de Sociedades Anónimas, referidos al comisario-presidente del sindicato de obligacionistas.

Igualmente, en los artículos 37.3 del Código de Comercio, 112, 132.2, 238.2 y 258 de la Ley de Sociedades Anónimas y 51 y 65 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, considera el profesor Font que se encuentran vestigios de esa concepción dual, según la cual el deber de información del administrador tiene que tener necesariamente, como el otro lado del espejo, de forma refleja, el derecho de acceder a dicha información.

Por último, reseña que el artículo 24.3 del Reglamento de Cooperativas de Crédito tutela el derecho de información del consejero miembro del Consejo Rector.

Pero no limita el Dr. Font su estudio al ámbito legislativo, sino que también hace un completo análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia.

Se resalta la timidez o, quizás más bien la visión alicorta, con que nuestro Alto Tribunal ha abordado este problema, pues sólo en la Sentencia de 9 de mayo de 1986, objeto de amplio estudio en esta obra, se ha pronunciado de forma clara y rotunda sobre el reconocimiento jurídico del derecho de información a los administradores sociales.

Si bien, la razón de ello puede encontrarse en que todos los demás casos tratados y resueltos, concurría en el reclamante de información la doble cualidad de socio y administrador, haciendo valer, a efectos de legitimación procesal y material, únicamente la primera de tales condiciones.

Distingue el autor tres fases evolutivas en la doctrina del Tribunal Supremo en la materia:

– Una primera fase, representada por las Sentencias de 24 de junio de 1961, 13 de abril y 4 de octubre de 1962, en la que se protege el derecho de información del socio-administrador únicamente en su papel de socio.

– Una segunda fase, que arranca con la Sentencia de 23 de junio de 1973 y que con diversos pronunciamientos se prolonga hasta la de 12 de junio de 1997, en la que se parte de la presunción *iuris tantum* de que el administrador social está debidamente informado por su condición de tal. En estas sentencias, el Tribunal de Casación establece como requisito legitimatorio para el ejercicio del derecho de información del administrador-socio la prueba del desconocimiento o desinformación del administrador demandante o impugnante. En alguna de tales Sentencias, como la de 7 de octubre de 1985, el Tribunal Supremo reconoce implícitamente el derecho de información del administrador, como derecho distinto del que se reconoce al socio. Nos encontramos, como dice Font, en una fase de “media madurez”, pues lo que caracteriza a este segundo momento evolutivo no es tanto el reconocimiento expreso del derecho, como el establecimiento de pautas o condicio-

nes para el ejercicio y protección del derecho de información por parte del administrador-socio.

- Y una tercera fase, representada por la Sentencia de 9 de mayo de 1986, en la que sí se hace un reconocimiento cabal del derecho de información del administrador social, como derecho propio y autónomo, inherente a la función o cargo de gestión, y con independencia de la posible concurrencia de la cualidad de socio. En la argumentación de esta sentencia, todo administrador social no actuante tiene derecho a obtener información por conducto de la rendición de cuentas a la que, a su vez, están mutuamente obligados todos los administradores actuantes en la labor gestora. De tal modo que el derecho de información de cada administrador se fundamenta en la obligación de información recíproca de todos los administradores, y ésta, a su vez, en la obligación de diligencia inherente al cargo, como tal, legalmente típica (artículo 79 LSA 1951, correspondiente al art. 127.1 LSA vigente). El derecho de información se fundamenta en la obligación de ofrecerla: es la cara y la cruz de un mismo "estatuto" de derechos y obligaciones de los administradores y consejeros sociales.

Por último, el libro que presentamos estudia en extenso la disciplina jurídica del derecho de información de los administradores y consejeros sociales, es decir, las condiciones y límites en los que puede ejercitarse ese derecho. Parte de la inaplicabilidad subsidiaria del régimen jurídico-positivo del derecho de información de los socios, por entender el autor que no hay razón de analogía jurídica que lo justifique. Como con-

secuencia de ello, a falta de regulación legal, habrá de afrontarse la disciplina de ejercicio de este derecho con materiales normativos establecidos en los principios generales y en cláusulas generales como la "buena fe", la "diligencia profesional", la "lealtad del representante fiduciario", el "abuso del derecho", el "abuso de facultades", etc.

Ante la falta de regulación y la escasez de respuesta jurisprudencial, se hace también un estudio de jurisprudencia comparada, en particular de la Corte de Casación francesa, a través de la reseña y estudio de sentencias recaídas en casos como "Cointreau" o "Dennerly".

Trata el texto la titularidad y legitimación activa de los peticionarios de dicha información, que se entiende corresponde a todo administrador o consejero social, como derecho de naturaleza individual, que corresponde individualmente a su titular, descartándose todo ejercicio orgánico de este derecho. El requisito o presupuesto más importante para el ejercicio del mismo es la buena fe del administrador solicitante.

En cuanto a la legitimación pasiva o decisoria de la petición de autorización, se afirma que debe corresponder a una comisión de control o de reclamaciones, o incluso a una específica comisión de información, y sólo cuando no sea conflictiva, por su plena razonabilidad, al presidente o secretario del consejo.

Respecto del momento u ocasión del ejercicio del derecho de información de los administradores sociales, se considera, en línea con el Código de Buen Gobierno de las Sociedades, que debe concederse un plazo flexible y en todo

caso suficiente para un correcto ejercicio del derecho. Debiendo satisfacerse el derecho con antelación suficiente al inicio de los procesos deliberativos, cuya convocatoria u orden del día deben establecer de forma clara y precisa las cuestiones a tratar.

En referencia al alcance del derecho de información, se analiza detalladamente el problema de los límites del mismo. El contenido del derecho de información del administrador social se integra por dos facultades: la de petición de información y la de uso o aplicación de la misma.

Razona el autor que el administrador o consejero no tiene derecho a conocer todos los secretos empresariales, porque el ordenamiento no le atribuye un poder jurídico de información abstracta o sin límites, sino únicamente en concreto, y por tanto, sólo podrá conocer aquello que esté en relación con sus funciones o cometidos en la sociedad.

El derecho-deber de información se traduce a su vez en tres deberes concretos interrelacionados funcionalmente y conectados con el deber de diligencia en la administración: el deber de informarse, el deber de vigilancia y el deber de investigar.

Se impone, asimismo, como límite al derecho de información, el deber de lealtad, que conlleva un deber de abstención, en el sentido de no solicitar información que no sea precisa para el desempeño del cargo, y en el sentido de no utilizar indebidamente dicha información (“uso de información privilegiada”).

La deslealtad del administrador en el

uso del derecho de información se configura jurídicamente como un ilícito de conducta, sancionable tanto por su resultado lesivo al interés de la sociedad, como porque dicho resultado sólo sea razonablemente previsible. Concluye el autor que la mera creación de una situación de conflicto de intereses entre la sociedad y el administrador es en sí misma desleal, háyase o no producido aún un daño efectivo a la sociedad.

Hasta aquí la exposición del contenido del libro. Sólo mencionar que, entre sus virtudes que podríamos llamar “extrajurídicas”, se encuentra la de estar escrito en un magnífico castellano, con una sintaxis precisa y un vocabulario rico y expresivo, que facilitan la lectura y mantienen en todo momento el interés de la exposición. Olivencia dice en su prólogo que se utiliza “*una prosa encendida, a veces deslumbrante*”; y que “*en la riqueza de su lenguaje, recamado de imágenes y tropos, hay mucho de orfebrería y de gongorismo, en la mejor tradición artesana y literaria de la tierra*”.

Y para terminar, un inciso final: últimamente, y de forma malévolamente podría pensarse que en gran medida gracias a la informática, se está generalizando un tipo de obra jurídica que alguien en gracioso retruécano ha denominado como “notaría de la jurisprudencia”, que llena páginas y páginas recopilando lo resuelto sobre el particular por los tribunales y compilando una especie de estado general de la cuestión (lo cual, por lo demás, es bastante útil, según sabemos quienes nos dedicamos a la aplicación del derecho). Pues bien, no es ni mucho menos ésta una de esas obras. Al contrario, partiendo de una parquedad legislativa casi absoluta y de unos antecedentes



jurisprudenciales prácticamente inexistentes, se construye “ex novo” una completa teoría que da cumplida respuesta al problema concreto inicialmente planteado, y más allá, a la cuestión general en que el mismo se enmarca.

Me atrevo a aventurar que este libro no sólo será objeto de estudio por investigadores y docentes del Derecho Mercantil, dada su altura científica y lo novedoso de sus planteamientos; sino que también se va a convertir, a poco que sea conocido, en instrumento indispensable para aquéllos que nos dedicamos al ejercicio práctico del derecho, –abogados, notarios, registradores, jueces–, y en particular, para las asesorías jurídicas de empresas, públicas o privadas, con órganos de administración colegiados. Difícilmente se podía pedir más.

Pedro Vela Torres

## **DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO**

JIMÉNEZ ESCOBAR, J., (2002), *Los beneficios fiscales de la Iglesia Católica. Negociación, fundamento y alcance*, Colección ETEA, Bilbao, Desclee De Brouwer, 371 págs.

El autor, Profesor Titular de Derecho Tributario en la Facultad de Empresariales de titularidad de la Compañía de Jesús (ETEA), adscrita a la Universidad de Córdoba, y especialista en tributación de organizaciones no lucrativas,

adelanta en la *Introducción* el origen y el contenido de la obra. Estamos ante la primera parte de su tesis doctoral sobre la tributación de la Iglesia Católica en el ordenamiento español. Esta génesis aporta al libro un voluminoso, y a veces excesivo, aparato doctrinal; y abundantes referencias y ampliaciones en notas a pie de página que, en ocasiones, merecen ir en el texto. A lo largo de cuatro sólidos Capítulos, el Prof. Jiménez Escobar desgrana y vertebrada desde la gestación del Acuerdo sobre Asuntos Económicos con la Santa Sede (los Acuerdos entre el Estado Español y la Santa Sede se rubrican el 3 de enero de 1979) hasta la inserción del citado Acuerdo en el marco constitucional (nuestra Carta Magna fue aprobada en Sesiones Plenarias del Congreso y del Senado el 31 de octubre de 1978), pasando por una ordenación de su contenido. La obra termina con el estudio de las organizaciones personificadas de la Iglesia Católica que son acreedoras de los beneficios tributarios pactados en los comentados Acuerdos. Las fuentes documentales empleadas, en ocasiones inéditas o de difícil acceso, y el rigor intelectual del autor en el estudio de las materias enunciadas, bien merecen un acercamiento más detenido, siquiera a modo de ejemplo, a algunas aportaciones de esta obra.

Los vigentes Acuerdos entre España y la Santa Sede son, desde finales de la década de los sesenta, una necesidad sentida por la Iglesia Española y por el Estado Español. El autor comenta, exhaustivamente, los beneficios tributarios que por diversos mecanismos (p. ej. el Concordato de 1953, la legislación española e, incluso, la interpretación judicial) se aplicaban a las organizacio-