

INFORMACIÓN EN LAS PARTICIPACIONES ENTRE SOCIEDADES

EFRÁIN HUGO RICHARD

PONENCIA

Intentamos reflexionar sobre los efectos del incumplimiento del deber de informar impuesto por la ley, en casos de participaciones calificadas.

FUNDAMENTOS

a. Al margen del aspecto cualitativo de las participaciones societarias, previsto en el art. 30 LS, la legislación prescribe un aspecto cuantitativo generado por la limitación de las participaciones a cierto porcentaje del capital y reservas, y la reciprocidad de las mismas.

Obviamente si se autoriza a crear sociedades, también la ley expresamente autoriza la participación en la constitución o en el capital de otras sociedades, fenómeno llamado como "agrupamiento de segundo grado".

Sus problemas son la posibilidad de agrupamiento de capital y la repotenciación de los votos a través de esas participaciones espúreas.

El derecho comparado exhibe la solución de la información como técnica de solución.

El art. 31 LS distingue dos supuestos. Uno específico, de la sociedad cuyo objeto es exclusivamente financiero que no tiene limitación alguna en la participación en estas sociedades.¹

¹ Esta sociedad es denominada *holding* y desconceptualiza la definición del art. 1° LS, como referimos en la lección 1ª del cap. 1° del libro colectivo "Lecciones preliminares de derecho societario y de seguros", Advocatus 1993. Es la incongruencia entre el régimen de la conceptualización y el de la tipicidad de la sociedad. Consecuencia de esa previsión específica es la exclusión del régimen de limitación de las sociedades que están

Otro general, correspondiente al resto de las sociedades, donde se limita las participaciones como medio "jurídico" de asegurar el cumplimiento de su propio objeto, congruente con la noción formal de "capital social" que mantiene nuestra ley. Esas sociedades sólo pueden tomar o mantener participación (constitutiva o por adquisición o por suscripción de aumentos de capital) de no más de la mitad de su capital y reservas legales, a lo que puede sumar la totalidad de las reservas libres que pueden haber sido constituidas a tal fin (art. 66.3/70 LS).

b. Estas simples participaciones imponen un deber de información contable en el art. 65 2 c. LS, mediante su expresión en cuadros anexos cuando media simple participación.

No se computan dentro del límite cuantitativo las participaciones involuntarias tales como el pago de dividendo en acciones o la capitalización de reservas, no obstante lo cual deben ser expresadas en esos cuadros.

Conforme ese límite, *ante el exceso* la ley impone la enajenación de las participaciones que lo superen, dentro del plazo de 6 meses de la aprobación del balance del que resulte la extralimitación.

La constatación del exceso impone la obligación de notificar a la sociedad participada dentro de los 10 días, imposición que debe vincularse con los efectos que puede generar esa enajenación y para que la participada aplique las sanciones que prevé de seguido la norma: la pérdida del derecho de voto y a las utilidades que correspondan a esas participaciones en exceso hasta que se cumpla con ella. La misma solución se aplica en el caso de participaciones entre sociedades controlante-controladas (art. 32 *in fine* L.S.).

Entendemos que a partir del vencimiento del plazo, la participada puede invocar el incumplimiento como justa causa de exclusión (art. 90 LS), por cuanto de no existir información se generaría un beneficio para quién incumple su obligación legal de informar, al implicar extenderle el plazo hasta cuando provea la información, o cuando lo conozca la sociedad participada por otros medios. La ley nada prevé en cuanto a ese incumplimiento, por lo que corresponde catalogar a esa ley, conforme lo hace tradicionalmente Messineo, como una norma imperfecta, por pertenecer a esa categoría de las que determinando una conducta, no prevén nada para el caso del apartamiento y mantienen al negocio como inatacable.

No obstante, consideramos que el incumplimiento *del deber de informar* impondrá el resarcimiento de daños, como mínimo, e incluso —como señalamos— la posibilidad de accionar por exclusión.

c. Cuando se trate de participaciones en sociedades controladas o controladas por éstas o en las participaciones que las controladas tengan en las controlantes, el límite se agrava en todos los supuestos, incluso aplicable a las sociedades *holding* y fi-

autorizadas para operar como financieras dentro de la ley 24.144 (modificatoria de la ley 21.526 que sustituyó a la ley 18.061), cuyo margen lo fija el BCRA.

nancieras, que se limita al de las reservas libres (art. 32 LS). Esto resulta del texto literal de la norma que no distingue como en el caso del art. 31 LS.

La sanción prevista en los artículos en comentario sería la pérdida del derecho de voto y de las utilidades, lo que es ridículo e incluso perjudicará a la *minoría* que no tomó parte de la decisión, en beneficio de la cual se aplicaría la sanción que indicamos en el párrafo siguiente.

En este supuesto, el incumplir tanto en la obligación de informar como en la de aplicar las sanciones previstas, implicaría un supuesto de control abusivo, que los terceros podrían aducir para la aplicación del supuesto del art. 54 *in fine* L.S..

d. Vinculación. Calificación de la participación cuantitativa. Hemos referido precedentemente los límites de participación de la participante. Ahora nos referiremos a los efectos que se producen conforme la intensidad de la participación sobre el capital de la participada.²

El art. 33 L.S., reformado por ley 22903, regula estas situaciones, señala tres grados:

1. Mera participación si no alcanza el 10%
2. Vinculación cuando una participe en más del 10% del capital de la otra.
3. Vinculación calificada cuando esa participación supere el 25%, y
4. Control, que puede ser interno o jurídico, o externo o de hecho.

Conforme el grado de la participación se imponen específicos efectos:

En todos los casos la transparencia en la información contable dispuesta por los arts. 63 1b, d, 2a; 64 1 b8; 65 1 q; 66 ap. 6 L.S..

En el caso de control interno o de derecho, la controlante debe formalizar balances consolidados (art. 62 LS y 67) o sea donde se tome como conjunto el patrimonio de ambas y específicamente se excluyan las operaciones entre las mismas, mientras no se consoliden por vincular a terceros extraños.

La vinculación calificada impone una notificación expresa a la sociedad participada para que ésta tome conocimiento en su última asamblea ordinaria (debería referirse más ampliamente a la próxima reunión de socios o accionistas).

e. Qué sanción corresponde si los representantes de la sociedad participante vinculada en forma calificada no informan a la participada? Se trata sin duda de una norma imperfecta pues impone una conducta pero ninguna sanción por la omisión.³

Sin duda que debió preverse que la información se formalizara cuando excediere el 10% para asegurar la recíproca información contable requerida.

² En el Código de Portugal se denominan sociedades coligadas (título III Simple participación).

³ Esta situación como las anteriores, ya fue advertida por la jurisprudencia, señalándose que "en nuestro medio, la vinculación entre sociedades, situaciones de control y aun la evidencia de pertenecer a un mismo grupo económico, no tienen sanciones legales concretas por ese mero hecho" del voto del Dr. Etcheverry en fallo de la CNCom. Sala A del 9.8.79 LL 1980 C 26, fallo 78417.

Ante la omisión ilegal no hay duda que se generará responsabilidad por parte de esos administradores, imputable a la propia sociedad participante. Según el caso podríamos avanzar en la posibilidad de excluir a ese participante, entendiéndola como justa causa a esa omisión, que puede corresponder a una acción de adquisición del control interno de hecho o del control interno de derecho. Una situación como esta última podría fundar la anulabilidad de las adquisiciones.