
La elección de los Administradores de una sociedad y condiciones de invalidez

1. – Introducción. – Un tema importante que a veces parece no que no se trata a fondo es el relacionado con las operaciones de elección y nombramiento de los Administradores de la sociedad, ya se trate de sociedades de capital o de cooperativas.

El autor de estas líneas se propone completar el estudio con una serie de reflexiones fruto de una larga experiencia personal en calidad de presidente y administrador societario, a las que aporta su sensibilidad e intuición como jurista.

El autor recuerda aquí que con el pasar del tiempo se ha ido desarrollando una vasta categoría de profesionales que participan de manera en las Juntas, ya sea con actitud crítica o de defensa, mostrando a menudo grandes dotes y perspicacia y orientando las opiniones de los socios accionistas.

La importancia del tema no necesita más comentarios, en la medida en que se piensa que la elección de los sujetos llamados a ser investidos con cargos administrativos está encaminada a influenciar la vida de las sociedades y el destino de las empresas.

La decisión de la Junta por la que se designa a los administradores va precedida de una serie de operaciones y, junto con las anteriores, constituye, según una famosa expresión jurídica, «una circunstancia procedimental».

Fuente: «Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali», 2001, núm. 1. 1.

Esta expresión indica que nos hallamos en presencia de una sucesión de actos asociados y coordinados con características funcionales específicas, cada uno de los cuales condiciona el siguiente y da lugar a una sucesión de fases de las que hablaremos a continuación.

2. – La disciplina. – Es oportuno comenzar señalando de forma sintética las fuentes de derecho de las diferentes normas que regulan específicamente el procedimiento de nombramiento y designación de los administradores, considerando las diferencias pertinentes en función del tipo específico de sociedad (como, por ejemplo, las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada o las cooperativas) existentes en cada caso.

Las fuentes normativas a las que aludíamos antes son, por orden jerárquico:

A) En primer lugar, la ley general codificada, que dicta algunas líneas de disciplina desde el art. 2363 al art. 2383 del CC italiano en lo que concierne a las sociedades de capital, y desde el art. 2532 al art. 2535 en lo referente a las cooperativas que, en territorio italiano, desempeñan un papel relevante en sectores destacados, como es el caso de las cooperativas de crédito industrial en el ámbito del crédito.

La disciplina general se integra a menudo con leyes y normas específicas promulgadas en cada caso por el legislador para garantizar una representación equilibrada de las minorías, al menos en sociedades que poseen títulos y valores cotizados en bolsa, como es el caso de la reciente Ley Draghi en Italia.

A su vez, dichas normas se completan también con instrucciones específicas en la materia promulgadas por la Comisión Nacional italiana para el Control de Empresas y del Mercado de Valores, siempre en lo que concierne a las sociedades con títulos y acciones cotizados en bolsa.

B) El Estatuto de las sociedades individuales constituye una ulterior fuente de derecho.

Así por ejemplo, encontramos Estatutos societarios en virtud de los cuales compete al Consejo de Administración la elección del presidente, del vicepresidente y del Comité Ejecutivo o del director o administrador adjunto, mientras que otros atribuyen a la Junta el poder de nombrar al presidente, a uno o varios vicepresidentes ⁽¹⁾ y, en ocasiones, al Comité Ejecutivo.

⁽¹⁾ Como el Estatuto de la entidad Banca Popolare di Milano.

C) Algunas sociedades están dotadas de un Reglamento asambleario ⁽²⁾ por el que se rigen las actividades electorales para el nombramiento de administradores que, en este caso, constituye una fuente de derecho.

D) Otra fuente de reglamentación está representada por los pactos parasociales, como en el caso en el que estos vinculan entre sí algunos grupos de control de la mayoría del capital o de una cuota de referencia.

Uno de los ejemplos más notorios es el del sindicato bancario de Mediobanca y de otras sociedades por acciones, tales como Assicurazioni Generali [entidad italiana de seguros].

E) Otra fuente la constituyen las prácticas consuetudinarias o costumbres en uso en la sociedad válidas en cuanto referencia a la que se remiten los contratos parasociales o espontáneamente observadas hasta que se produce su transformación.

F) Por último, en ausencia de fuentes específicas en materia interpretativa algunas normas se extraen, por analogía, a partir del sistema electoral público con remisión a los principios sistemáticos.

A este respecto, cabe recordar el planteamiento que fuera expresado en pasado por el Tribunal competente y legitimado.

3. – Las fases del procedimiento. – Pasemos ahora a hablar de las distintas fases del procedimiento de designación de los Administradores.

La doctrina y la jurisprudencia consideran inderogable la norma contenida en el art. 2383 del CC italiano, según la cual el nombramiento de los administradores es competencia de la Junta, a excepción de los nuevos administradores, que pueden ser designados por los suscriptores del acto de constitución conforme a lo que estipula el mencionado artículo, o mediante cooptación por parte de los restantes administradores en caso de de ausencia de alguno de ellos –*ex art. 2386* ⁽³⁾–.

⁽²⁾ Como en el caso de la entidad Banca Popolare di Novara.

⁽³⁾ STS italiano núm. 136, Sala de lo Civil, de 23 de enero de 1965, en *Il Foro italiano*, 1965, I, 427; STJ de Catania, de 23 de julio de 1965, en *Diritto fallimentare* 1965, II, 940; Sent. del Tribunal de Apelación de Milán, de 27 de agosto de 1969, en *Giurisprudenza italiana*, 1970, I, 2, 546; STJ de Milán, de 29 de enero de 1982, en

El art. 2368.1.º del CC italiano prevé que el acto constitutivo puede establecer normas particulares para el nombramiento de los cargos societarios, si bien se reduce a normas específicas que disciplinan la constitución de la Junta, los quórumos o porcentajes mayoritarios y los sistemas de votación, de cara a garantizar la representación de la minoría ⁽⁴⁾.

La cláusula que atribuye el nombramiento de los Administradores a un número limitado de socios se considera generalmente nula ⁽⁵⁾.

4. – La elección por parte de la Junta de Accionistas. – La elección de los administradores por parte de la Junta tiene lugar designando a los administradores de entre varios y distintos candidatos por parte de los socios y accionistas reunidos en Junta.

A este punto, cabe describir las distintas fases de dicho procedimiento:

La convocatoria de la Junta

Ante todo, la Junta para la elección de los administradores debe ser convocada por un órgano legitimado y competente como el Consejo de Administración en virtud de los arts. 2363 y 2366 del CC italiano o, en su ausencia, por el Comité de Auditores y, en caso de solicitarlo la minoría, por parte del presidente del Tribunal de Justicia de conformidad con el art. 2367.

Mediante la publicación de la notificación de convocatoria se da inicio al procedimiento de formación de la Junta (STS italiano núm. 3422, Sala de lo Civil, de 2 de agosto de 1977, en *Rivista delle società*, 1977, II, págs. 76 y 77).

Giurisprudenza commerciale, 1983, II, 125, entre otras muchas.

En doctrina: MINERVINI, *Gli amministratori delle società per azioni*, Milán, 1956, p. 14; MIGNOLI-NOBILI, *Enciclopedia del diritto*, voz *Amministratori di società*, en *Enciclopedia del diritto*, I, Milán, 1954; FERRI, *Le società*, Turín, 1971, p. 492; COTTINO, *Diritto commerciale*, Padova, 1976, p. 661; FRE, *La società per azioni*, en *Commentario al codice civile* de Scialoja y Branca, *sub arts.* 2364 y 2380; SCALFI, en *Rivista delle società*, 1971, p. 40.

⁽⁴⁾ PESUCCI-PACCHI, en *Rivista delle società* 1974, 606; BIGIAMI, en *Rivista di diritto civile*, 1956, 1023; SCALFI, en *Rivista delle società*, 1971, p. 40.

⁽⁵⁾ Sentencia del Tribunal de Apelación de Milán, de 27 de agosto de 1969; COTTINO, *Diritto commerciale*, p. 660; FERRI, *Le società*, p. 498.

De acuerdo con el planteamiento predominante de la doctrina y de la jurisprudencia, la falta de convocatoria mediante la notificación antedicha será causa de inexistencia de las decisiones y acuerdos ⁽⁶⁾.

Sobre la base de algunas sentencias, una Junta convocada por un sujeto desprovisto de legitimación como, por ejemplo, un administrador o un Consejo [de Administración] *de facto*, se considera inexistente al igual que los acuerdos y decisiones que hayan podido adoptarse con motivo de aquélla).

Asimismo, se ha considerado que la convocatoria de la Junta por parte de un solo administrador en funciones y no por parte del Consejo [de Administración] determinaría la anulabilidad y no la nulidad (STS italiano núm. 3422, Sala de lo Civil, de 2 de agosto de 1977).

La jurisprudencia cuestiona el hecho de que una convocatoria irregular de la Junta determine su inexistencia (Sentencia del Tribunal de Apelación de Milán, de 23 de julio de 1957, en *Massimario di Giurisprudenza civile*, 1957, 61) o su anulabilidad (STS italiano núm. 175, Sala de lo Civil, de 3 de febrero de 1965, en *Diritto fallimentare*, 1965, II, 298).

Del mismo modo, la jurisprudencia ha considerado inexistentes la Junta y las decisiones subsiguientes adoptadas en caso de haberse reunido de forma irregular el órgano competente para convocarla.

Esto ocurre en el caso de que se reúnan varios administradores sin que medie una convocatoria de sesión plenaria con la pertinente antelación contemplada en el Estatuto, o bien utilizando a tal fin medios de comunicación de carácter urgente en los casos previstos.

⁽⁶⁾ SSTS italiano núm. 6340, Sala de lo Civil, de 28 de noviembre de 1981, en *Giurisprudenza commerciale*, 1982, II, 424; la núm. 136, Sala de lo Civil, de 25 de enero de 1965, en *Il Foro italiano*, 1965, I, 1599, y la núm. 886, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 1961, en *Il Foro italiano*, 1961, I, 1711.

En doctrina: GIANATTASIO, en *Giustizia civile*, 1961, I, 1305; CANDIAN, en *Temì*, 1955, p. 69; ASCARELLI, en *Rivista di diritto commerciale*, 1950, I, p. 169; TRIMARCHI, en *Riviste delle società*, 1957, p. 451; es contrario ROMANO PAVONI, *Le deliberazioni*, en *Il Foro padano*, 1953, I, 59.

Sin embargo, es distinto el caso de reuniones en las que participe una minoría del Consejo de Administración o del Comité de Auditores que respondan, no obstante, a una regular convocatoria de todos sus componentes, siempre que el Estatuto no excluya dicha posibilidad.

La convocatoria de los socios se efectúa mediante un anuncio publicado en un medio de información específica designado legalmente o en virtud del Estatuto, como puede ser el caso del Boletín Oficial o el Tablón de anuncios y avisos legales, con la debida antelación en relación con el día estipulado para la celebración de la Junta, medio oficializado legalmente o en base al Estatuto.

La jurisprudencia ha afirmado que «la no comunicación a algunos socios de la convocatoria de Junta determina tan sólo la anulabilidad y no la nulidad absoluta (STJ de Nápoles, de 9 de julio de 1957).

Dicha convocatoria puede y debe completarse, en los casos previstos por el Estatuto y en virtud de la praxis, con una notificación personalizada a los socios que deberá enviarse a su domicilio, indicando el día y la hora de celebración de la Junta, el lugar o la sede y el orden del día de la reunión, junto con cualquier otra información pertinente.

En caso de no respetar el plazo legalmente previsto entre la notificación y la reunión, las decisiones y acuerdos se considerarán anulables ⁽⁷⁾.

Asimismo, toda decisión adoptada por la Junta en relación con un asunto no mencionado en la notificación de convocatoria se considerará válida y eficaz de no ser impugnada conforme al art. 2377 del CC italiano, es decir, será anulable (STS italiano núm. 989, Sala de lo Civil, de 11 de marzo de 1977).

Se insta a los socios y accionistas a manifestar a la sociedad su voluntad de asistir a la Junta enviando una solicitud de admisión mediante la tarjeta de asistencia, normalmente preimpresa, o de delegación, indicando eventualmente a través

⁽⁷⁾ Sentencia del Tribunal de Apelación de Bari, de 3 de enero de 1978, en *Diritto fallimentare*, 1978, II, 230; STJ de Nápoles, de 20 de junio de 1979, en *Giurisprudenza commerciale*, 1980, II, 569.

de la pertinente fórmula que se autoriza a otro socio o accionista a representarle.

Una de las modalidades habitualmente empleadas consiste en enviar a los socios material impreso para facilitar su identificación, acceso y ejercicio del derecho de voto individual (como la tarjeta de asistencia a la Junta y el número de votos, incluso por delegación), que presenta analogías con la tarjeta electoral utilizada para las elecciones públicas.

La tarjeta de asistencia a la Junta, junto con otro material electoral en su caso, puede enviarse al domicilio del socio o bien este último puede recogerla en la oficina indicada encargada de la organización de la Junta, .

La constitución de la Junta

Los arts. 2368, 2369 y 2369 *bis* del CC italiano establecen un quórum de presencias de socios y accionistas que representen al menos la mitad del capital social para la Junta General Ordinaria, excluidas del cómputo las acciones de voto limitado.

Si no se alcanza el quórum legalmente previsto, la Junta se considera inexistente (STJ de Nápoles, de 10 de febrero de 1958, en *Diritto e giurisprudenza*, 1958, 917).

Del mismo modo, se considera inexistente una Junta en la que participan personas ajenas, cuyo número se revela decisivo mediante la denominada «prueba de resistencia» [método consistente en la constatación de la legitimidad y validez de los votos para determinar el eventual derecho de oposición e impugnación de la decisión por parte de los socios].

La constatación de la constitución o composición regular de la Junta debe realizarse inmediatamente antes de proceder a la votación sobre cualquier asunto.

Se ha afirmado que «las irregularidades relativas a la constitución de la Junta comportan tan sólo su anulabilidad en cuanto protegen los intereses de los socios y no de la sociedad» (STS italiano núm. 938, Sala de lo Civil, de 13 de marzo de 1975, en *Giurisprudenza commerciale*, 1976, II, 14).

La Junta aprobará las decisiones por mayoría absoluta, salvo en caso de una mayoría superior, siempre y cuando lo prevea el Estatuto.

La norma reza: «de cara al nombramiento de los cargos societarios, el acto constitutivo puede establecer normas especiales».

El quórum necesario de cara a la constitución válida de la Junta se ha considerado fijado, so pena de inexistencia de la Junta (STJ de Nápoles, de 10 de febrero de 1958, en *Diritto e giurisprudenza*, 1958, p. 917).

La jurisprudencia ha sostenido que la constatación debe ser inmediatamente anterior a la votación de un determinado asunto, al tiempo que, ante la falta de constatación, se considerará nula toda decisión (STJ de Venecia, de 18 de mayo de 1959, en *Giurisprudenza italiana*, I, p. 278).

Para la adopción de los acuerdos y decisiones durante las Juntas Generales Ordinarias en primera convocatoria se requiere la mayoría absoluta, mientras que en el caso de las Juntas Extraordinarias, se requiere al menos la mitad del capital social.

La presencia y participación en la Junta de personas ajenas a la sociedad sin legitimación alguna en cualquiera de las modalidades previstas es motivo para considerar inexistentes los acuerdos que se revelen decisivos para alcanzar el quórum de presencias, o bien para anularlas por no alcanzarse el quórum.

Las candidaturas y su presentación

Los candidatos a los cargos de administrador o auditor, para ser votados por los socios reunidos en Junta, pueden o deben cumplir una serie de requisitos establecidos legalmente, por el Estatuto o por el Reglamento de la Junta.

Los requisitos legales más frecuentes con arreglo al art. 2382 del CC italiano son: que el candidato sea mayor de edad (siempre que no esté autorizado para el ejercicio del comercio), que no se halle incapacitado o inhabilitado, que no haya incurrido en un procedimiento de quiebra, que no haya sido separado mediante expediente disciplinario, incluso de forma temporal, del servicio de cualquiera de las Administraciones Públicas y que no se halle sujeto a una sanción o condena que implique su inhabilitación para el ejercicio de las funciones ejecutivas.

Por lo general, también se puede nombrar a los no socios, salvo que el Estatuto disponga lo contrario, hecho que se verifica a menudo en lo relación con los Estatutos de cooperativas, tales como, por ejemplo, las bancarias.

Ciertamente, el hecho de ostentar la condición de socio atribuye al candidato un estatus de credibilidad moral que lo muestra interesado en la sociedad y en su buena gestión.

Las autoridades gubernamentales competentes y la CONSOB [Comisión Nacional italiana para el Control de Empresas y del Mercado de Valores] prescriben especiales requisitos de profesionalidad y respetabilidad para quienes se presentan como candidatos a desempeñar funciones administrativas u ocupar puestos directivos y de control en el seno de bancos o entidades financieras (art. 14 de la «Ley Draghi» italiana).

Un ulterior requisito para que la decisión plenaria de nombramiento sea válida radica en que el candidato no haya sido revocado con anterioridad del cargo debido a serias irregularidades por parte de la autoridad judicial competente (STJ de Milán, de 9 de mayo de 1991, en *Giurisprudenza commerciale*, 1992, 342).

El candidato adquiere la consideración de tal al ser presentado, normalmente, por otros socios o grupos de socios, si bien puede presentar también su candidatura por su propia cuenta, de forma espontánea, o recibir el voto de los socios sin haber sido previamente presentado por alguno de ellos.

La presentación constituye, pues, una fase eventual y no necesaria, por lo que puede omitirse y el candidato no necesariamente ha de ser presentado por uno o varios socios.

El grupo que propone una candidatura puede ser numeroso o componerse de un solo sujeto, ya tenga o no intereses significativos en la sociedad.

Por lo general, en el caso de las sociedades anónimas y cooperativas de crédito, la autoridad de la candidatura depende del apoyo recibido por un determinado número de socios partidarios fiables.

El candidato, para convertirse en Administrador, debe recibir el voto de los socios reunidos en Junta y alcanzar el quórum necesario y suficiente para resultar elegido.

Los socios ostentan el derecho de sufragio activo y los candidatos gozan, asimismo, del derecho de sufragio pasivo, es decir, el derecho a recibir votos.

La votación y sus métodos en general

El voto representa una manifestación de *voluntad expresa, directa o por representación, libre y homogénea*, y se expresa a través de los medios convencionales, fijados por el presidente de la Junta o por la totalidad de los miembros que la componen, o bien por el Estatuto.

La Junta General Ordinaria puede convocarse para votar sobre diversos asuntos, siendo la elección del método competencia del presidente de la misma, asistido por el secretario y los escrutadores.

Se pueden tratar múltiples asuntos, del debate y la aprobación del presupuesto general, al informe del Consejo de Administración y del Comité de Auditores y, de forma más general, las diversas propuestas presentadas a la atención de la Junta, tales como, por ejemplo, la interposición de una acción de responsabilidad contra los administradores.

En ocasiones, el Estatuto puede contemplar que el presidente de la Junta sea el propio presidente societario y no el sujeto designado por los socios.

El nombramiento del secretario y de los escrutadores tiene lugar, normalmente, a propuesta del presidente y es acordado por la Junta.

La Junta puede establecer, asimismo, que ocupe el cargo de secretario un miembro del Colegio Notarial, como veremos más adelante.

El voto representa una manifestación de *voluntad expresa, directa o por representación, libre y homogénea*, y se expresa a través de los medios convencionales, fijados por el presidente de la Junta o por la totalidad de los miembros que la componen, salvo haber sido fijados por el Estatuto o por el Reglamento.

Ante todo, el voto debe manifestarse abierta y expresamente, y no puede ser tácito o implícito y presunto ⁽⁸⁾.

⁽⁸⁾ No se admiten las «decisiones implícitas»: STS italiano núm. 2672, Sala de lo

Un voto no expresado equivale a un no voto.

Los casos son por lo general monotemáticos y la elección de los socios es simple, traduciéndose en un «sí», en un «no» o en un «no sé».

El voto puede expresarse a través de una votación a mano alzada, mediante una tarjeta electoral en una urna o de cualquier otra forma.

Hemos señalado que las formas de votación pueden ser distintas entre sí, si bien el criterio de votación debe ser uniforme .

Nos encontraremos ante un método igualitario o democrático cuando el socio esté llamado a expresar un voto por individuo.

Ello ocurre en caso de votación a mano alzada, por la posición de sentado o levantado, por separación en la sala, en caso de votación nominal o de un sistema de votación electrónica, cuando se trate de Juntas multitudinarias ⁽⁹⁾.

En el seno de las cooperativas, en cuyo caso el voto por individuo es coherente con su característica de sociedad personalista, puede darse un voto múltiple, como ya hemos señalado, en caso de autorizaciones recibidas por parte de otros socios o cuando el socio represente legalmente a hijos menores de edad, entre otros.

En estos supuestos, el socio ejercerá un derecho de voto múltiple dependiendo de las autorizaciones que le hayan sido conferidas, dentro de los límites de cuanto dispuesto en el Estatuto o en virtud de la voluntad de los socios a quienes representa legalmente.

El número de los votos manifestados personalmente o por delegación puede indicarse mediante el uso de una tarjeta

Civil, de 24 de julio de 1968, en *Rivista di diritto commerciale*, 1969, II, 181; FERRO LUZZI, en *Rivista di diritto commerciale*, 1969, II, 181; GRISENTI, en *Rivista delle società*, 1968, 598.

⁽⁹⁾ La Junta del Credito Italiano celebrada en Génova hace unos años, que suscitó oposición en materia de validación, representa un ejemplo de Junta multitudinaria.

distintiva que indica el número de los votos que ostenta el elector, y que se muestra con la mano alzada.

El voto igualitario también puede ser adoptado, a discreción, por las Juntas de sociedades de capital, en cuyo caso el derecho de voto corresponde, normalmente, al socio en proporción a las acciones suscritas personalmente y por delegación.

A su vez, una sociedad anónima puede poseer acciones propias o por delegación y el derecho de voto puede ser ejercido por su representante *pro tempore* o por una persona cualquiera dotada de poder de representación.

La votación puede ser también desigual, hecho que se verifica en caso de ejercer el derecho de voto los socios accionistas reunidos en Junta en virtud del número de acciones poseídas o representadas. Este voto puede manifestarse mediante el sistema de votación nominal por llamamiento, en cuyo caso el presidente tomará nota de la expresión de dicho voto y le atribuirá una determinada relevancia en función de las acciones poseídas por cada socio.

Un método más adecuado al distinto número de acciones poseídas consiste en la utilización de tarjetas que expresan también la cantidad de votos electorales ostentados por cada individuo.

La votación de los administradores en particular

El nombramiento de los administradores depende de una votación mucho más compleja que la votación monotemática antes mencionada, que consiste en la selección de las personas elegibles por parte de la Junta.

Las características a las que hemos hecho alusión en precedencia saltan a la vista.

Así pues, el voto deberá expresarse de forma directa o a través de un representante legal, garantizándose al socio la libertad de manifestación, y deberá ser homogéneo.

Ni que decir tiene que el hecho de que el voto de los administradores deba manifestarse de forma expresa, ya se trate de un voto a favor, en contra o de una abstención, no pudiendo ser tácito ni presunto, representa un principio inderogable.

Se considerará inexistente la votación que sólo recoja los votos contrarios y las abstenciones y en donde se presuman «por diferencia» como votos favorables los de los socios presentes que no hayan votado o que se hayan abstenido.

Se trata, pues, de una votación inexistente en cuanto no expresada, sino tan sólo presunta a modo de conjetura, como cualquier manifestación tácita o implícita.

Esto es lo que ha ocurrido en ocasiones en algunas Juntas en las que se ha alegado el exceso de peticiones de celeridad ⁽¹⁰⁾ para explicar la ausencia e infracción de principios jurídicos inderogables.

Otro requisito es que el voto debe corresponder a la libertad de elección no eliminable del accionista, por lo que éste debe poder cancelar o reemplazar los candidatos propuestos con personas a las que dé su aprobación.

Será igualmente inexistente una votación no homogénea, como en el caso de que los socios a favor estén llamados a expresarse de forma distinta de aquellos disidentes o abstenidos, más allá de la lógica de la prueba y contraprueba.

El Estatuto puede contemplar sistemas de votación especiales; en caso contrario, el presidente y la Junta los determinarán mediante elección.

Algunos Estatutos prevén asimismo sistemas que garantizan la representación de las minorías en el Consejo de Administración y en el Comité de Auditores.

Nos hallaremos ante un sistema igualitario cuando el socio esté llamado a expresar un voto por persona.

Ello ocurre, como ya hemos señalado, en los casos de votación a mano alzada, por la posición de sentado o levantado, por separación de los socios en el aula, en caso de votación nominal o de votación en urna.

En el caso mencionado, el socio puede ejercer un derecho de voto múltiple tan sólo cuando haya sido delegado por otros socios o cuando represente legalmente a personas incapacitadas.

En este caso, se alza la mano sosteniendo, por ejemplo, una tarjeta con el número de votos del que se es portador.

⁽¹⁰⁾ La Sentencia núm. 75/99 del Tribunal de Justicia de Varese, de 1 de marzo de 1999, no publicada, consideró erróneamente existente y válida una votación de esta índole.

En el sistema electoral basado en el voto correspondiente a una determinada cantidad de acciones, el accionista introduce en las urnas electorales las tarjetas de voto que ha cumplimentado especificando el nombre de las personas preelegidas, que indican, asimismo, la cantidad de votos electorales, mientras que en otra urna se depositan las tarjetas que sirven para identificar al votante.

La jurisprudencia ha considerado contrario a las normas imperativas el Estatuto de una sociedad por acciones que contemple la votación secreta ⁽¹¹⁾.

La jurisprudencia que considera nulos los votos expresados a través de tarjetas preimpresas de candidatos que alejan la atención del socio de su libertad de voto y no permiten anular y sustituir un nombre con otro mediante un espacio en blanco junto al nombre propuesto se inspira en el principio de garantía de la libertad del accionista para elegir al Administrador (véase nota 17).

En consecuencia, cabe considerar nula una votación mediante tarjetas que contengan una lista de candidatos no susceptible de sustituciones, es decir, predefinida.

Algunas sentencias han considerado válida la votación de una lista de candidatos ⁽¹²⁾, siempre que dicha lista respete la libertad de sustitución de los candidatos por otros a discreción del accionista.

⁽¹¹⁾ STJ de Milán, de 21 de junio de 1988, en *Giurisprudenza italiana*, 1989, I, 2, 12; STJ de Trieste, de 26 de septiembre de 1984, en *Società*, 1985, 60; STJ de Milán, de 27 de septiembre de 1982, en *Società*, 1983, 638; Sentencia del Tribunal de Apelación de Florencia, de 14 de enero de 1965, en *Il Foro italiano*, 1965, I, 317. La doctrina se divide, por un lado, en relación con la admisibilidad: GRAZIANI, *Diritto delle società*, Nápoles, 1963, p. 311; FRÉ, *Società per azioni*, en *Commentario al codice civile*, Scialoja y Branca, Bolonia-Roma, 1982, p. 350; GALGANO, *La Società per azioni*, Padova, 1984, p. 214; por otro lado, en lo referente a la inadmisibilidad: ROMANO PAVONI, *Le delibere delle assemblee delle società*, Milán, 1951, p. 204; SENA, *Il voto nelle assemblee delle società per azioni*, Milán, 1961, p. 425.

⁽¹²⁾ STS italiano núm. 10121, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 1990; Sentencia del Tribunal de Apelación de L'Aquila, de 24 de agosto de 1998, en *Giurisprudenza italiana*, 1999, 1252, y en *Rassegna*, 1999, p. 252; Sent. del Tribunal de Apelación de Bolonia, de 4 de mayo de 1992, en *Giurisprudenza commerciale*, 1993, II, 621; Sent. del Tribunal de Apelación de Turín, de 11 de febrero de 1987, en *Giurisprudenza italiana*, 1987, I, 2, 389; STJ de Bari, de 20 de diciembre de 1988, en *Giurisprudenza commerciale*, 1989, II, 74.

En este caso, el votante podrá efectuar cancelaciones o seleccionar sus preferencias en los casos y en las secciones previstos dentro de la lista.

Cabe la posibilidad de que otros socios propongan una lista alternativa de candidatos. En este caso serán proclamados administradores quienes reciban el mayor número de votos, por encima del quórum.

Algunos Estatutos contemplan sistemas especiales electorales y garantizan una representación proporcional de las minorías o reservan a la mayoría un número de escaños inferior.

Por lo general, se excluye la posibilidad de designar Administradores a quienes no hayan recibido votos expresos a favor sino tan sólo votos supuestamente calculados, deduciendo del número de los socios presentes el de los socios que sólo hayan votado en contra o que se hayan abstenido.

Éste puede ser el caso en que la Junta esté llamada a manifestar mediante votación a mano alzada únicamente los votos en contra o las abstenciones, en lugar de los votos a favor por parte de los socios accionistas. Es fundamental garantizar la libertad de elección al accionista.

La distinción entre las fases de votación y de escrutinio o recuento de los votos

Los votantes son los socios, mientras que el escrutador es el presidente de la Junta o el secretario (este último, en particular, mediante su certificación en las Juntas Extraordinarias).

El recuento de los resultados de la votación tiene lugar mediante el escrutinio (por lo que se tendrán en cuenta el número de manos alzadas, de personas sentadas o levantadas, de personas reunidas en lugares distintos del aula o de los votos expresados en base al número de acciones poseídas por parte del socio votante).

En las Juntas multitudinarias compuestas de numerosos socios en las que el recuento resulta complejo, se procede al nombramiento de escrutadores desde el comienzo de la Junta y estos deberán colaborar con la presidencia. El recuento de los resultados de la votación puede ser automático, como en el caso del sistema de votación electrónico.

A menudo se confunden las fases de votación y de escrutinio o recuento de los votos, considerándolas un único fenómeno o fase.

Si bien la votación se hace pública mediante el recuento de los votos por parte de la presidencia de la Junta, del secretario y, eventualmente, también de los escrutadores, ya se trate de votos por persona o de votos por número de acciones, nos encontramos ante fenómenos distintos.

La fase de escrutinio o recuento de los votos representa, a menudo, un proceso complejo, como en el caso de que se presenten numerosas anulaciones y sustituciones.

Dicha fase puede prolongarse durante horas, especialmente en el caso de Juntas multitudinarias, y exigir la intervención de numerosos escrutadores.

Una vez concluida dicha fase, se transcriben y registran los resultados de la votación en el acta de la Junta, que indica los votos electorales obtenidos por cada candidato.

Ya en pasado se concluyó acertadamente que «el hecho de que las decisiones deban constar en el acta suscrita por el presidente y el secretario o notario, debe interpretarse como el establecimiento del requisito de la forma escrita *ad substantiam*» (STS italiano núm. 2286, Sala de lo Civil, de 26 de junio de 1956, en *Diritto fallimentare*, 1956, II, p. 699).

Ambas fases de recuento de los votos y de registro en las actas pueden fijarse de forma autónoma. Por su parte, el acta puede ser analítica o sintética.

El acta de una Junta General Ordinaria se considera sintética, aun cuando participe en su redacción un secretario-notario, por representar un acto paranotarial y no un acto público.

En este caso, el secretario certifica y confirma –como ya hemos dicho– tan sólo las declaraciones del presidente o la voluntad de la Junta a través de sus palabras, y no ya la coherencia del acta con los hechos manifestados.

En lo que respecta al acta distinta de la Junta Extraordinaria, debe responder a los requisitos de la Ley del Notariado, so pena de nulidad.

Dicha acta, para tener eficacia de acto público, debe ser inmune a aquellos defectos que determinarían su nulidad en cuanto, en caso contrario, no podría dar fe de los hechos acontecidos y

podría, incluso, ser contestada por falsedad en documento público.

Una votación cuyos resultados no se hayan recontado y registrado en acta da lugar a un procedimiento de nombramiento inexistente desde el punto de vista jurídico (STS italiano núm. 6340, Sala de lo Civil, de 28 de noviembre de 1981).

La CONSOB prevé que los anexos con los nombres de quienes votan en contra o se abstienen también deben registrarse en el acta, con el fin de probar la legitimación de quien(es) esté(n) interesado(s) en presentar una impugnación.

No se requiere la lista de los votos a favor, puesto que no se plantea el problema de su legitimación para contestar la decisión adoptada.

La proclamación del resultado

Esta responsabilidad recae sobre el presidente de la Junta y el secretario, quienes redactan conjuntamente el acta con la proclamación del resultado. En caso de que los escrutadores también hayan participado éstos suscribirán igualmente el acta, a pesar de que no se les exige, so pena de inexistencia de la decisión.

La proclamación no se limita a la sola comunicación del resultado numérico de los votos a favor, en contra o abstenidos, sino que consiste también en la declaración solemne por parte del presidente de la Junta acerca de la aprobación o desistimiento de la propuesta sobre la base del recuento de los votos a favor o en contra, efectuado por la presidencia y registrado en acta.

En lo que concierne al nombramiento de los administradores, se designa a quien haya resultado elegido y, a menudo, también a los candidatos con un número de votos inmediatamente inferior de entre los no elegidos, estando prevista la posibilidad de una sustitución o reemplazamiento en caso de que alguno de los candidatos electos renuncie al encargo o incurra en alguna causa que le prohíba ejercer el cargo. Normalmente, también se hacen públicos el quórum necesario y los votos obtenidos por cada candidato.

La no proclamación del resultado y de la elección da lugar a la inexistencia del nombramiento.

5. – *Las condiciones de invalidez de la Junta y de sus decisiones.* – Existen tres clases de condiciones de invalidez: la forma más extrema, representada por la inexistencia, seguida inmediatamente por la nulidad y, por último, la anulabilidad ⁽¹³⁾.

Hablaremos de invalidez cuando la Junta y sus decisiones no se adopten con arreglo a la legislación vigente y al acto constitutivo, tal y como reza el art. 2377.2.º del CC italiano.

A) Concurrirá la *inexistencia* cuando el procedimiento de formación de la decisión no se lleve a cabo o se interrumpa debido a la concurrencia de un factor positivo o negativo que impide su realización, dependiendo del objetivo.

Una fuente autoritaria ha especificado que concurre la inexistencia cuando la hipótesis procedimental carece de los requisitos indispensables para la formación de una decisión imputable a la sociedad, con el resultado de determinar un modelo casuístico aparente que no es subsumible en la categoría jurídica de las decisiones plenarias debido a su inadecuación estructural o funcional con respecto del modelo normativo.

La jurisprudencia ha sostenido constantemente en diferentes casos que «la decisión societaria es inexistente» ⁽¹⁴⁾ cuando: *a)* No se convoca la Junta, *b)* no se realiza la votación, *c)* no se alcanza la mayoría exigida legalmente, *d)* no se efectúa el recuento de los votos ni el registro en acta (STS italiano núm. 835, Sala de lo Civil, de 24 de enero de 1995, citada previamente) y, por último, *e)* no se proclaman los resultados.

Asimismo, se ha considerado inexistente una decisión adoptada con la participación de personas sin derecho de voto ⁽¹⁵⁾.

⁽¹³⁾ BIGIAMI, en *Rivista di diritto civile*, 1956, 1023.

⁽¹⁴⁾ STS italiano núm. 6340, Sala de lo Civil, de 28 de noviembre de 1981; STJ de Milán, de 14 de noviembre de 1977, en *Repertorio della Giustizia civile*, 1979, II, p. 3397; STJ de Milán, de 9 de octubre de 1975, en *Giurisprudenza commerciale*, 1976, II, p. 521, entre otras muchas.

⁽¹⁵⁾ STS italiano núm. 3491, de 9 de noviembre de 1974, en *Giurisprudenza commerciale*, 1975, II, 305.

Del mismo modo, se ha considerado inexistente dicha decisión ⁽¹⁶⁾ en caso de no haberse alcanzado la mayoría legalmente exigible para celebrar la votación.

B) Por el contrario, procederá la *nulidad* cuando se incurra en la violación de la norma inspirada en la protección y defensa de los intereses generales y no del socio individual, titular del derecho de impugnación ⁽¹⁷⁾.

Éste es el caso de una decisión adoptada por una Junta no plenaria cuyas condiciones de convocatoria y celebración hayan infringido la normativa legal ⁽¹⁸⁾. Existen dos tipos de nulidad: la nulidad usual, es decir, prescriptible y convalidable o, al menos, susceptible de conversión, y la nulidad excepcional, *ex art.* 2379 del CC italiano, que es tal «debido a la imposibilidad o ilicitud del objeto», esto es, no prescriptible y cuya convalidación no es admisible.

No es raro, en la doctrina especialmente, reducir la nulidad a esta última hipótesis, mientras que la nulidad considerada prescriptible y convalidable por la norma que nos ocupa se generaliza con efectos idénticos a los de la anulabilidad.

Dicha opinión –desde mi punto de vista– es inexacta, dado que el *genus* de la nulidad no puede reducirse a la *species* de la nulidad con motivo de la imposibilidad e ilicitud del objeto, al igual que no puede confundirse la nulidad normal con la anulabilidad.

Esta última hipótesis concurre cuando el resultado global resulta cuestionable en la medida en que, por ejemplo, se hayan considerado válidos o nulos votos decisivos de cara al resultado final.

⁽¹⁶⁾ SSTS italiano núm. 835, Sala de lo Civil, de 24 de enero de 1995, y la núm. 403, Sala de lo Civil, de 14 de enero de 1993; STJ de Milán, de 23 de mayo de 1995, en *Giurisprudenza italiana*, 1996, 808; STS italiano núm. 511, Sala de lo Civil, de 4 de marzo de 1963, en *Diritto fallimentare*, 1963, II, 255, en *Giurisprudenza italiana*, 1963, I, 1, 576.

⁽¹⁷⁾ STS italiano núm. 45, Sala de lo Civil, de 4 de enero de 1966, en *Diritto fallimentare*, 1966, II, 226.

⁽¹⁸⁾ STS italiano núm. 3421, Sala de lo Civil, de 9 de noviembre de 1974, en *Giurisprudenza commerciale*, 1975, II, 305.

Se ha considerado nula la decisión plenaria que, aun haciendo pública la existencia de votos en contra, no indique el nombre de los disidentes en lo que respecta a la facultad de impugnación ⁽¹⁹⁾.

Del mismo modo, se considera nula la Junta no plenaria cuyas condiciones de convocatoria y celebración hayan infringido la normativa legal o hayan violado las disposiciones del Estatuto ⁽²⁰⁾.

C) Serán anulables todas las decisiones que no sean inexistentes o nulas.

Las hipótesis de anulabilidad consideradas por la jurisprudencia son extremadamente distintas y no parece existir un criterio unitario.

Así por ejemplo, se ha decidido que, por lo general, comportan la anulabilidad «las irregularidades y defectos relativos a la constitución de la Junta, en cuanto protegen los intereses de los socios y no de la sociedad» ⁽²¹⁾.

Será anulable una Junta convocada por un solo administrador de no hacerlo el Consejo de Administración y, más genéricamente, la convocada de forma irregular ⁽²²⁾.

Se considerará asimismo anulable «la decisión plenaria sobre un asunto no indicado en la notificación de convocatoria» y la decisión adoptada por todos los socios reunidos en un lugar distinto de la sede mencionada en la notificación de convocatoria, incluso en ausencia del Comité de Auditores ⁽²³⁾.

Otro texto del autor sobre el mismo tema:

⁽¹⁹⁾ Sentencia del Tribunal de Apelación de Milán, de 24 de septiembre de 1967, en *Giurisprudenza italiana*, 1968, I, 2, 236.

⁽²⁰⁾ STJ de Milán, de 3 de septiembre de 1990, en *Rivista del notariato*, 1991, II, p. 499.

⁽²¹⁾ STJ de Génova, de 22 de octubre de 1987, en *Società*, 1988, 392.

⁽²²⁾ STJ de Milán, de 3 de septiembre de 1990, en *Rivista del notariato*, 1991, II, p. 499.; Sentencia del Tribunal de Apelación de Milán, de 24 de septiembre de 1967, en *Giurisprudenza italiana*, 1968, I, 2, 236; Sent. del Tribunal de Apelación de Milán, de 22 de octubre de 1987, en *Società*, 1988, p. 39; STS italiano núm. 938, Sala de lo Civil, de 13 de marzo de 1975, en *Giurisprudenza commerciale*, 1976, II, p. 14.

⁽²³⁾ STS italiano núm. 3422, Sala de lo Civil, de 2 de agosto de 1977; STS italiano núm. 989, Sala de lo Civil, de 11 de marzo de 1977; STJ de Milán, de 27 de enero de 1986, en *Diritto fallimentare*, 1986, 623.

- *«Alcune osservazioni sulle linee del progetto Pajardi di riforma dell'amministrazione controllata e del concordato preventivo», en Problemi attuali e prospettive di riforma del processo civile, p. 435.*