

## Il sito per le imprese che operano con l'estero

# I doveri degli amministratori delle società di capitali in Spagna

Vista la vasta diffusione del fenomeno delle interlocking directorates nella corporate governance spagnola e in molti gruppi multinazionali italiani presenti in Spagna, riteniamo opportuno dedicare una specifica circolare ai doveri degli amministratori delle società di capitali spagnole. Per interlocking directorates s'intende quella situazione in cui un soggetto ricopre l'incarico di amministratore in più aziende contemporaneamente.

Indubbiamente, questa coincidenza di ruoli tra la capogruppo e la legal entity spagnola genera importanti profili di rischio nei confronti degli amministratori delle società visti i numerosi obblighi legali previsti dalla Ley de Sociedades de Capitales (di seguito "LSC"), recentemente modificata dalla Ley Orgánica 31/2014.

## I doveri degli amministratori

I doveri degli amministratori delle società di capitali spagnole possono essere sommariamente riassunti nei doveri di diligenza e di lealtà, come previsto degli articoli 225 e seguenti della LSC.

#### 1.Gli obblighi connessi al dovere di diligenza

Gli amministratori sono tenuti ad operare con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico, osservando rigorosamente i doveri imposti dalla legge, dallo statuto sociale e dalla normativa interna della società.

La LSC richiede agli amministratori di svolgere le loro funzioni con la diligenza dell'ordinato e coscienzioso amministratore, in funzione della realtà aziendale. Al fine di stabilire la portata del citato dovere, infatti, si dovranno prendere in considerazione diversi fattori: la struttura dell'Organo di amministrazione, le eventuali deleghe in capo a uno o più amministratori, la funzione che spetta all'organo di amministrazione della società, l'attività sociale, ecc.

La diligenza richiesta, inoltre, varierà in base alle diverse strutture dell'organo di amministrazione esistenti in Spagna: amministrazione unica, amministratori con firma congiunta o disgiunta, consiglio di amministrazione (ad esempio, la diligenza richiesta ad un amministratore delegato non potrà essere la stessa che viene richiesta a un amministratore non esecutivo).

Con riferimento al dovere di diligenza, è importante menzionare il **dovere di svolgere** efficacemente le funzioni imposte dalla carica ricoperta. La LSC, infatti, richiede agli amministratori una condotta attiva che dimostri la loro implicazione nella gestione e nella supervisione della società.

Alcune condotte specifiche possono testimoniare un esercizio effettivo delle funzioni da parte degli amministratori tra le quali, a titolo d'esempio: analizzare previamente l'ordine del girono del consiglio di amministrazione, preparare adeguatamente le riunioni del consiglio di amministrazione, assistere personalmente alle riunioni (anche mediante teleconferenza), partecipare e contribuire alle decisioni del consiglio di amministrazione, supervisionare l'esecuzione degli accordi adottati e verificare la loro osservanza.

Il dovere di diligenza presuppone, inoltre, il dovere di vigilare e supervisionare l'attività sociale e la struttura dell'impresa in modo continuativo, adottando le misure necessarie affinché il controllo della società sia reale e costante. La supervisione e la vigilanza sono doveri personali degli amministratori che, tuttavia, potranno essere delegati a funzioni societarie interne. È importante sottolineare come la delega dei citati doveri non liberi totalmente gli amministratori dalle loro responsabilità, obbligandoli ugualmente a vigilare e supervisionare l'organo o la funzione aziendale interna oggetto di tale delega. Dal punto di vista pratico, la diligenza richiesta dall'art. 225 obbliga gli amministratori a valutare diverse tipologie di rischi: finanziari, legali, ambientali, operativi, gestionali, ecc.

Un altro obbligo che la *LSC* attribuisce apertis verbis agli amministratori è quello di agire in modo informato. Il citato obbligo include il diritto/dovere degli amministratori di ricevere informazioni adeguate al fine di realizzare le funzioni previste ex lege; ad esempio: diritto/dovere di accedere alla documentazione, ai dati societari ed ad essere informato dei fatti che sono relazionati con l'attività sociale.

L'ordinamento giuridico spagnolo, inoltre, tutela e protegge in particolar modo la discrezionalità degli amministratori ex art. 226. Infatti, l'obbligo che gli amministratori assumono accettando l'incarico non è quello di assicurare un risultato economico alla società, bensì quello di esercitare il loro incarico e le loro funzioni nel rispetto della legge e dello statuto sociale con la diligenza dell'ordinato e coscienzioso amministratore. L'ordinamento spagnolo recepisce, così, il principio americano conosciuto come Business Judgment Rule, che limita la responsabilità degli amministratori in relazione alle decisioni societarie che adottano. Il dissesto di una società cagionato da errate scelte organizzative dell'organo di amministrazione, ad esempio, non può determinare iuris tantum una responsabilità degli amministratori. L'autorità giudiziaria può verificare la modalità con cui è stata presa la decisione, ma non potrà sindacare il contenuto della decisione se adottata in buona fede, in assenza di conflitto d'interesse e con la sufficiente informazione.

La recente Ley Orgánica 31/2014, che ha modificato in modo consistente la LSC, introduce il citato principio all'interno dell'ordinamento spagnolo al fine di proteggere la libertà degli amministratori, i quali possono prendere le decisioni strategiche e di business che ritengono più appropriate.

### Nella sezione

Investire in Turchia

I doveri degli amministratori delle società di capitali in Spagna

I controlli interni nelle società per azioni e nelle società quotate in Spagna

La responsabilità penale delle persone giuridiche in Spagna

Guida Italia Svizzera alle attività transfrontaliere

Canton Ticino: novità per le imprese artigianali

Restrizioni alla circolazione di software nella Federazione Russa

Grecia: problemi ed opportunità

#### 2. l dovere di lealtà

Il dovere di lealtà, previsto all'articolo 227 della LSC, obbliga gli amministratori ad esercitare le loro funzioni nell'interesse della società. Anche in questo caso la condotta degli amministratori delle società di capitali spagnole deve adeguarsi a un modello di condotta offerto dal legislatore spagnolo: la diligenza di un "fedele rappresentante". Attualmente, il dovere di lealtà ex art. 227 LSC obbliga gli amministratori a:

- Non esercitare i loro poteri per fini differenti da quelli per cui sono stati conferiti.
- Non divulgare dati, informazioni e documenti ai quali hanno avuto accesso nell'esercizio delle loro funzioni, anche una volta decaduti dalla carica, salvo le eccezioni previste dalla legge (ad esempio, quando queste informazioni siano richieste dall'autorità giudiziaria).
- Astenersi dalle votazioni in cui gli amministratori o una persona collegata con questi abbiano un conflitto d'interesse diretto o indiretto con la società.
- Realizzare le proprie funzioni liberamente e con indipendenza.
- Evitare tutte quelle situazioni nelle quali i loro interessi possano essere in conflitto con l'interesse della società e con i loro dovere rispetto alla società.

Il dovere di lealtà include, inoltre, il dovere di evitare situazioni di conflitto d'interesse, ex art. 229 LSC, imponendo di fatto all'amministratore un obbligo di astensione. In particolare, l'amministratore è obbligato a non realizzare operazioni con la società; saranno consentite solo quelle operazioni ordinarie realizzate a valore di mercato. Inoltre gli amministratori, ai sensi dell'articolo 229 LSC, saranno obbligati a non utilizzare il nome della società e a non approfittare della loro posizione per influenzare indebitamente operazioni con privati, così come a non utilizzare gli attivi della società per fini privati o personali e a non approfittare delle opportunità di business per trarne un vantaggio proprio.

Il principale dovere degli amministratori è quello di astenersi dal realizzare le attività menzionate supra, salvo che la società lo autorizzi con voto favorevole dell'assemblea dei soci (o, in alcuni casi, dall'organo di amministrazione).

Correlato al dovere di evitare situazioni di conflitto d'interesse, esiste anche il dovere di comunicare alla società qualsisasi tipo di conflitto d'interesse, diretto o indiretto.

Gli amministratori devono comunicare alla società le attività commerciali a cui si dedicano personalmente, nonché le quote, le azioni e le cariche sociali possedute in altre società che possano portare a un conflitto d'interessi. I destinatari delle comunicazioni si differenziano in base alla forma dell'organo di amministrazione; in caso di amministratore unico la comunicazione relativa al conflitto d'interesse debe essere diretta all'assemblea dei soci. Nel caso di vari amministratori, invece, la comunicazione va diretta agli amministratori restanti e, nell'eventualità di un consiglio di amministrazione, direttamente al consiglio. Inoltre, la situazione di conflitto d'interessi e la relativa comunicazione all'organo di amministrazione devono essere specificatamente indicati nel rapporto annuale che accompagna il deposito del bilancio.

La LSC, all'articolo 230, prevede un regime di eccezioni. La società, infatti, può autorizzare l'amministratore o una parte collegata con quest'ultimo, ad effettuare una determinata operazione con la società, come ad esempio approfittare di una concreta opportunità di businnes, utilizzare una parte degli attivi sociale, ecc. Come regola generale, l'autorizzazione spetta all'organo di amministrazione della società o, in via eccezionale, all'assemblea dei soci.

Nel caso in cui non sia necessaria l'autorizzazione da parte dell'assemblea dei soci, l'autorizzazione può essere concessa dall'organo di amministrazione, purché si garantisca l'indipendenza degli amministratori, l'operazione sia irrilevante per il patrimonio sociale e sia conforme ai prezzi del mercato (in tal caso l'amministratore in possibile conflitto d'interesse con la società non può intervenire nella decisione in questione).

Viceversa, sarà necessaria l'autorizzazione dell'assemblea dei soci quando l'operazione determini un vantaggio o una remunerazione a favore degli amministratori, quando l'operazione superi il 10% degli attivi della società e qualora non esista un patto di non concorrenza con la società.

#### Conclusioni

Da un'analisi sistematica della LSC emerge chiaramente come, soprattutto in seguito alla riforma introdotta dalla Ley Orgánica 31/2014, gli amministratori delle società di capitali spagnole detengano una posizione di garanzia all'interno della società a causa degli specifici obblighi di controllo e di vigilanza previsti dagli articoli 225 e seguenti della LSC. Le conseguenze della citata posizione di garanzia, infatti, non sono limitate alla responsabilità professionale degli amministratori, ma si estendono anche all'ambito penale. Il dovere di vigilare e supervisionare l'attività sociale in modo continuativo, limitando e prevenendo la possibile commisione di reati nel seno dell'impresa, infatti, può portare a una possibile responsabilità penale degli amministratori non diligenti per aver causato o per non avere impedito la realizzazione di illeciti penali.

Fernando Escura, Enzo Colarossi e Jacopo Cortinovis